Université Paris I – Panthéon Sorbonne
École doctorale de droit international et européen

Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international

Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit
Présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2013 par

Anne-Charlotte Martineau

Membres du jury :

Mme **Hélène Ruiz Fabri**, professeure à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (présidente du jury)
Mme **Emmanuelle Tourme Jouannet**, professeure à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (directrice de recherche)
M. **Olivier Corten**, professeur à l'Université Libre de Bruxelles (rapporteur)
M. **Martti Koskenniemi**, professeur à l'Université de Helsinki (rapporteur)
M. **Michel Troper**, professeur émérite à l'Université Paris X Nanterre

À Émile

Remerciements

Je suis de celles qui aiment lire les remerciements. Comme si, entre les lignes, il était possible de me rapprocher un peu plus du « véritable » auteur du texte. Je suis bonne joueuse ; j'aime les remerciements à tendance humoristique, dramatique, etc. Même les remerciements les plus formels et laconiques, je les lis. Qui a influencé la pensée de l'auteur ? Qui a financé ses recherches ? Je ressens une vive sympathie lorsqu'une sommité remercie, en les nommant, ses doctorants. Je jette un coup d'œil au dernier paragraphe, car c'est souvent là où l'auteur se permet une petite familiarité –apparaissent les noms ou les initiales de ses proches.

Alors voilà : c'est à mon tour de remercier ceux et celles qui m'ont aidé à mener ce projet à terme et, au fil des années, ma liste s'est considérablement étoffée. J'aimerais tout d'abord remercier les professeurs Emmanuelle Jouannet et Martti Koskenniemi pour leur bienveillante supervision. Emmanuelle Jouannet a toujours fait preuve de discernement à l'égard de mes idées, tout en m'encourageant à penser par moi-même. Son soutien m'a été indispensable, surtout dans les moments particulièrement difficiles de ces dernières années. Quant à Martti Koskenniemi, il a accepté de codiriger ma thèse avec une intelligence et une détermination remarquables ; il représente pour moi une source inestimable de motivation et d'inspiration.

Je voudrais également remercier mes parents, Béatrice Doizé et Guy Martineau, pour leur affection et leur soutien. D'autres membres de ma famille (Hélène Martineau, Cécile Doizé, Franz Dessy et Apolline Cathala) et Michel Tort ont toujours répondu avec générosité à mes sollicitations. Il en va de même pour mes amis à Paris, à Montréal et à Helsinki : Julie Migner-Laurin, Myriam Kouadri, Véronique Pellerin, Flore Pellerin, Elodie Pellerin, Paola Sanchez, Laura Betancur, Marion Falgairette, Alexandre Franchesci, Benoit Legourrierec, Emmanuel Pire, Emmy Martens, Paula Salminen, Juliette Petit et le groupe de Pantin. Merci à ceux et celles qui ont relu des sections de ma thèse. Pour les autres, je sais que vous ne la lirez jamais, mais ce n'est pas grave, parce que c'est un peu comme si vous l'aviez écrite avec moi.

Sur le plan professionnel, plusieurs personnes ont cru en mon travail et, en le faisant savoir publiquement, m'ont offert une porte d'entrée au sein de la discipline. Je pense à Alexandra Kemmerer et à la regrettée Amanda Perreau-Saussine. J'ai aussi eu la chance de confronter mes idées avec des professeurs de renom : Benedict Kingsbury, Duncan Kennedy, Nathaniel Berman, Susan Marks et Jan Klabbers. Qu'ils trouvent ici la marque de ma reconnaissance.

De manière plus informelle, j'ai profité du soutien et d'échanges avec de nombreux collègues et amis : Jarna Petman, Tzvika Nissel, Ida Koivisto, Mario Prost, Rémi Bachand, Robert Heinsch, Yannick Radi, Pamela Slotte, Silke Trommer, Liliana Obregón, René Urueña, Anna Dolize et Mirina Grotz. Je me plais à penser qu'un jour nous serons réunis au sein d'un même institut et que nous travaillerons ensemble « para que siga la lucha ».

En attendant, cette thèse n'aurait matériellement pas vu le jour sans l'aide financière de plusieurs institutions : le Fonds de recherche Société et Culture du Québec, le Ministère de l'enseigment supérieur et de la recherche en France, la fondation Wihuri et l'université de Helsinki (au travers du centre CIMO « Centre for International Mobility », du Fonds « Sasakawa Young Leaders » et, par-dessus tout, de son institut Erik Castrén).

Liste des abréviations

ACDI	Anuario Colombiana de Derecho internacional
AJIL	American Journal of International Law
Am. J. of Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Polit. Sci. Rev.	American Political Science Review
AFRI	Annuaire français de relations internationales
Annu. Rev. Law. Soc. Sci.	Annual Review of Law and Social Science
Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
Buffalo L. Rev.	Buffalo Law Review
BYIL	British Yearbook of International Law
CIS	Cahiers internationaux de sociologie
Cal. L. Rev.	California Law Review
Chi. J. Int'l L.	Chicago Journal of International Law
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Droits	Droits (Revue française de théorie juridique)
Duke J. of Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
EJIL	European Journal of International Law
EJIR	European Journal of International Relations
EJLS	European Journal of Legal Studies
Euro. J. Social Theory	European Journal of Social Theory
EHRLR	European Human Rights Law Review
FYBIL	Finnish Yearbook of International Law
Global Env. Pol.	Global Environmental Politics
GYBIL	German Yearbook of International Law
Harvard Hum. Rts. J.	Harvard Human Rights Journal
Harvard Intl L. J.	Harvard International Law Journal
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
Ind. J. Global Legal Stud.	Indiana Journal of Global Legal Studies
Intl J. of Cons. L.	International Journal of Constitutional Law
Intl J. of Ref. L.	International Journal of Refugee Law
Intl Org.	International Organization
Intl Org. L. Rev.	International Organizations Law Review
ISQ	International Studies Quarterly
Intl Studies Rev.	International Studies Review
J. of Dispute Res.	Journal of Dispute Resolution
JICL	Journal of International Criminal Justice
J. of Conflict Res.	Journal of Conflict Resolution
J. of Int'l Criminal L.	Journal of International Criminal Law
J. of Int'l Eco. L.	Journal of International Economic Law

JILIR	Journal of International Law and International Relations
JIRD	Journal of International Relations and Development
Law & Con. Prob.	Law and Contemporary Problems
LJIL	Leiden Journal of International Law
Lo. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYU JILP	New York University Journal of International Law and Politics
Max Planck YB of UN L.	Max Planck Yearbook of United Nations Law
Mich. J. of Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Michigan L. Rev	Michigan Law Review
Millenium	Millenium: Journal of International Studies
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
No Fo	No Foundations
Nordic J. of Int'l L.	Nordic Journal of International Law
Org. Stu.	Organization Studies
Penn State Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
RCADI	Recueil des cours de l'académie de droit international
Rev. of Int'l Studies	Review of International Studies
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale du droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridique
RQDI	Revue québécoise de droit international
Rev. trim. dr. h.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Third World Q.	Third World Quarterly
Trans. L. & Cont. Prob.	Transnational Law & Contemporary Problems
U. of Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. of Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UOLTJ	University of Ottawa Law & Technology journal
Vanderbilt L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wisconsin Int'l L. J.	Wisconsin International Law Journal
Yale J. of Int'l L.	Yale Journal of International Law
YB Int'l Envt'l L.	Yearbook of International Environmental Law
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Sommaire

INTRODUCTION

§1. Une approche « critique » du débat sur la fragmentation
§2. Le débat dans une perspective diachronique
§3. Le débat dans une perspective synchronique
§4. La problématique de la fragmentation

PREMIÈRE PARTIE : LE POINT DE VUE EXTERNE

Titre 1. La position pluraliste

Chapitre 1. La sociologisation du droit international
Chapitre 2. Le pluralisme ordonné
Chapitre 3. Le pluralisme managérial

Titre 2. La position différentialiste

Chapitre 4. La revendication du différend
Chapitre 5. Des régimes auto-poïétiques
Chapitre 6. Des régimes hégémoniques

DEUXIÈME PARTIE : LE POINT DE VUE INTERNE

Titre 3. La position constitutionnaliste

Chapitre 7. Le projet de constitutionnalisation du droit international
Chapitre 8. Le constitutionnalisme matériel
Chapitre 9. Le constitutionnalisme processuel

Titre 4. La position pragmatique

Chapitre 10. Le repli pragmatique
Chapitre 11. Le pragmatisme stratégique
Chapitre 12. Le pragmatisme éclectique

CONCLUSION

§1. L'impossibilité de ne retenir qu'un seul des deux points de vue
§2. L'impossibilité d'intégrer les deux points de vue
§3. L'impossibilité de rejeter les deux points de vue
§4. « Ni dedans, ni dehors, mais aux frontières »

BIBLIOGRAPHIE

Introduction

« *L'humanité est constamment aux prises avec deux processus contradictoires dont l'un tend à instaurer l'unification, tandis que l'autre vise à maintenir ou à rétablir la diversification* »[1].

Le débat sur la fragmentation du droit international fait rage depuis plus d'une quinzaine d'années au sein de la discipline. Il est généralement compris comme un débat doctrinal, au sein duquel les auteurs s'interrogent sur le maintien de l'unité et de la cohérence du droit international public. D'un droit traditionnellement suspect et critiqué pour son sous-développement, on serait aujourd'hui confronté à un ensemble juridique complexe, dépassé voire même menacé par son surdéveloppement[2]. Ce n'est plus la paupérisation normative et institutionnelle qui poserait problème, mais bien la surabondance du droit. Ce qui fût un système interétatique ordonné autour de quelques principes monolithiques peinerait désormais à contenir la diversification de ses règles et la multiplication de ses institutions. Cependant, cette vision anxieuse et alarmiste est loin de faire l'unanimité au sein de la discipline ; de nombreuses voix se sont fait entendre pour proposer une lecture plus nuancée des phénomènes en cours. Quelques-unes y voient le signe bienheureux d'une nouvelle forme de pluralisme juridique global, avec la mise en ordre « *à vitesse et à géométrie variables* »[3] des espaces normatifs. D'autres internationalistes estiment que les phénomènes actuels participent davantage à la constitutionnalisation de l'ordre international[4]. Quelques voix, enfin, qualifient le débat sur la fragmentation de « faux débat ». Selon elles, il faut abandonner l'utopie d'une unité mondiale : le désordre constitue la réalité fondamentale de toute vie sociale[5].

---

[1] Propos de Claude Lévi-Strauss *in* « Entretien avec Jacques Chancel –1988 », Textes lus (livre CD), Radio France, 2001.

[2] Kanwar (V.), « International Emergency Governance: Fragments of a Driverless System », *Critical Sense*, *Special Issue on States of Emergency*, 2004, p. 44.

[3] Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 134.

[4] Ainsi que l'écrit Erika De Wet : « *the different national, regional and functional (sectorial) constitutional form the building blocks of the international community ('international polity') that is underpinned by a core value system common to all communities* ». De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *ICLQ*, vol. 55, n° 1, 2006, p. 53.

[5] Voir par exemple Kennedy (D.), « The Mystery of Global Governance », Kormendy Lecture, Ohio Northern University, 25 janvier 2008, p. 16. Disponible sur internet (dernière consultation : le 31 octobre 2013) : http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/Kennedy_GlobalGovernance.pdf

Un nombre étourdissant de colloques, d'articles et d'ouvrages se sont intéressés au débat sur la fragmentation du droit international, sans qu'il ait été possible de le trancher une fois pour toute. Les positions les plus diverses ont été adoptées, invoquant des exemples tirés de la pratique, sans qu'aucune position ne sache l'emporter sur les autres de manière définitive. Peu à peu, il a semblé que les termes du débat étaient exagérés et que la nature fragmentée ou non du droit international dépende essentiellement, selon les termes de Pierre-Marie Dupuy, « *des perceptions qu'on en a* »[6]. D'ailleurs, comme l'a écrit Benedetto Conforti, n'est-il pas évident que le droit international est un système et que l'application de ses règles et principes est liée à l'interprétation qu'en font les instances juridictionnelles[7] ? Dans ces circonstances, d'aucuns peuvent se demander quel est l'intérêt d'un énième ouvrage dédié à ce sujet.

Cette thèse de doctorat a pour ambition de déconstruire le débat sur la fragmentation du droit international. « [*D*]*éconstruire n'est pas détruire* », a fait remarquer Emmanuelle Jouannet, « *c'est plutôt révéler un sens que les jeux de langage et les agencements de pensée ont dissimulé ou interdit* »[8]. Au lieu de le résoudre, nous chercherons donc à « faire sens » du débat sur la fragmentation : que permet-il et qu'occulte-t-il ? Pour répondre à ces questions, il faudra adopter une attitude critique (§1) et replacer le débat dans une perspective diachronique ou historique (§2) ainsi que dans une perspective synchronique ou structurelle (§3).

§1. UNE APPROCHE CRITIQUE DU DÉBAT SUR LA FRAGMENTATION

Cette thèse s'inscrit dans le mouvement de pensée « critique » du droit international[9]. Ce mouvement, qui a été connu pendant un temps sous l'acronyme NAIL (« *New Approaches to International Law* »), est souvent associé aux noms de David Kennedy et Martti Koskenniemi[10].

---

[6] Dupuy (P.-M.), « La fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *EUI Working Paper*, n° 14, 2006, p. 1.

[7] Telle est la position de Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international : « *glissez, mortels, n'appuyez pas !* » », *RGDIP*, vol. 1, 2007, pp. 5-18.

[8] Jouannet (E.), « Présentation critique », p. 15, *in* Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, Paris, Pédone, coll. Doctrine(s), 2007, 423 p. Elle cite Christian Descamps dans *Quarante ans de philosophie en France. La pensée singulière. De Sartre à Deleuze*, Paris, Bordas, 2003 p. 150.

[9] Pour une analyse très fine et extensive de la pensée « critique » en droit international, voir Lorite Escorihuela (A.), « Critical Approaches and Political Conceptions of International Law », *Evaluating Critical Approaches to International Law*, colloque organisé par l'Université Paris A Panthéon-Sorbonne, 11-12 décembre 2009, 68 p.

[10] Ces derniers ont été influencés par les CLS (« *Critical Legal Studies* ») aux États-Unis, et notamment par les travaux de Roberto Unger et Duncan Kennedy. Voir Unger (R.), *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975, ix-341 p. Unger (R.), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976, ix-309 p. Un résumé des CLS a été écrit par Duncan Kennedy lui-même : « Critical Legal Studies », pp. 133-139, *in* Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, xxxvii-758 p.

Alors que leurs travaux ont connu un retentissement majeur dans le monde anglo-saxon dès les années 1990, ils sont restés peu connus en France. À l'initiative d'Emmanuelle Jouannet, une traduction française des principaux articles de tradition critique est désormais disponible[11]. Dans sa présentation de l'un de ces recueils, Emmanuelle Jouannet souligne à quel point il est difficile, et même indésirable, d'enfermer les internationalistes critiques dans des théories (telles que le positivisme ou le jusnaturalisme) ou dans des clivages classiques (tels que réalisme *vs*. formalisme), car ils cherchent précisément à les dépasser. Il est néanmoins possible, ajoute-t-elle, de dégager quelques-uns de leurs présupposés ou « *thèmes de prédilection concernant le fond* »[12]. Pour les fins de cette thèse, deux de ces thèmes seront mis en avant.

Le premier est la mise en lumière de la structure argumentative du langage juridique international et de l'indétermination fondamentale du droit, par une approche structuraliste, déconstructiviste et anti-libérale. Selon les auteurs critiques, le discours internationaliste obéit à une structure argumentative à laquelle nous ne pouvons pas échapper. Ce discours oscille « *interminablement et nécessairement entre ces deux pôles d'argumentation que sont l'utopie abstraite des idéalistes et l'apologie du pouvoir des réalistes. Personne ne peut y échapper car* […] *plus un argument est normatif, moins il peut se justifier par rapport à ce qui existe dans le monde et plus il devient vulnérable au reproche d'utopisme. Et inversement, plus un argument cherche à devenir concret afin d'échapper au reproche d'utopisme, plus il se rapproche du pouvoir, le rend indissociable du droit, et tombe sous le coup du reproche d'apologie* »[13]. Les internationalistes sont, pour ainsi dire, « enfermés » entre ces deux pôles d'argumentation que sont l'utopie et l'apologie, qui à la fois s'opposent et s'entrecroisent. En effet, le jeu même du langage entraîne chaque camp à défendre sa position en empruntant les prémisses de l'argumentation inverse, et ce, de manière inlassable et récurrente. « *Il en résulte une indétermination fondamentale de l'argumentation juridique qui reste indécidable au seul niveau du droit. Seul un choix politique (une politique du droit ou des droits) peut déterminer une solution* »[14].

La mise à jour de la structure argumentative du discours internationaliste est liée à une critique du libéralisme politique et de l'idée (illusoire) de la primauté du droit sur la politique.

---

[11] Kennedy (Da.), *Nouvelles approches du droit international*, Paris, Pédone, Coll. Doctrine(s), 2009, 318 p. Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, *supra* note 8. Chaque recueil fait l'objet d'une présentation critique qui vise à mettre les travaux ainsi que les auteurs en contexte, au travers d'une interprétation de leurs parcours intellectuel.

[12] Jouannet (E.), « Présentation critique », *supra* note 8, p. 11.

[13] *Ibid.*, p. 16.

[14] *Ibid.*, p. 17. Cette indétermination n'est pas l'indétermination de la norme. C'est l'impossibilité de trancher la solution sur la base du droit en raison des relations d'agencement entre les normes, les principes et les doctrines. Voir l'épilogue de Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005, xix-683 p. [ci-après, *From Apology to Utopia*]

Cette dénonciation des effets du libéralisme politique sur le droit s'inspire de travaux menés en sciences sociales par Roberto Unger, Alasdair MacIntyre et Charles Taylor, ces derniers ayant mis en évidence les rouages du libéralisme politique qui, dans les sociétés internes, se fonde sur une contradiction fondamentale, à savoir le conflit entre la liberté individuelle et l'ordre social. Toute l'ambition du libéralisme politique est de résoudre cette contradiction au travers d'une réconciliation dont la pierre angulaire est la primauté du droit[15]. Or, les auteurs critiques ont montré comment, en droit interne (Duncan Kennedy, Peter Gabel) tout comme en droit international (David Kennedy, Martti Koskenniemi), la contradiction libérale se retrouve inscrite en droit. Cela se traduit par la présence d'arguments et de contre-arguments qui viennent en paires opposées et qui sont incapables, en eux-mêmes, de fonder une décision. Le choix de l'argument ne pouvant pas être justifié de manière purement juridique, il faut recourir à une vision matérielle de la vie en société, ce à quoi s'interdit le libéralisme politique. Au final, donc, la discussion politique est évincée et la solution juridique dépend des préférences idiosyncrasiques de ceux qui sont en position de décider[16].

Le deuxième thème est d'ordre historique. Le droit international n'est pas qu'une simple structure langagière. C'est aussi un discours adressé par des individus à d'autres individus dans des circonstances spécifiques, et les auteurs critiques s'attèlent à montrer son caractère historiquement situé. Dans son ouvrage « *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law. 1870-1960* », Martti Koskenniemi soutient que le droit international en tant que discipline professionnelle est aminé par une mission de civilisation, de tradition libérale et humaniste[17]. Le droit international est un projet qui est né en Europe avec les premiers grands professionnels de la discipline et qui a atteint son âge d'or durant l'entre-deux-guerres. Ce projet s'est éteint, selon l'auteur, dans les années 1960. En effet, la dynamique historique qui portait le droit international jusqu'alors s'est achevée, parce qu'épuisée : ni la sociologie, ni la philosophie n'ont su fonder le droit international. Cette approche historique caractérise aussi les travaux de Nathaniel Berman. Son recueil sur les relations entre le droit international, le

---

[15] Unger (R.), *Knowledge and Politics*, *supra* note 10. MacIntyre (A.), *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 3ème éd., 2007, xix-286 p. Taylor (C.), *Le malaise de la modernité*, Paris, Les éditions du Cerf, trad. par C. Melançon, 2005, 126 p. Kennedy (Du.), « A Semiotics of Legal Argument », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. III, n° 2, 1994, pp. 309-365. Cette critique a été reprise et élargie par David Kennedy dans « Theses about International Law Discourse », *GYBIL*, vol. 23, 1980, pp. 353-391 et *International Legal Structures*, Nomos, Baden-Baden, 1987, 294 p.

[16] Autrement dit, les auteurs critiques dénoncent le fait que « *la neutralité politique poursuivie par le libéralisme internationaliste depuis la naissance du droit international moderne est un leurre qui a des effets profondément néfastes car il encourage la suprématie des experts et des bureaucrates au détriment de la vraie décision politique* ». Jouannet (E.), « Présentation critique », *supra* note 8, p. 23.

[17] Koskenniemi (M.), *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law. 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2002, 569 p.

nationalisme et le colonialisme montre l'ambivalence de la créativité des juristes de l'entre-deux-guerres, laquelle fait écho à la matrice du modernisme : « *But the alternative is despair* »[18].

En résumé, les auteurs critiques examinent à la fois la dimension synchronique du droit international (le droit en tant que structure langagière) ainsi que sa dimension diachronique (le droit en tant que discours qui évolue dans un contexte historique, social et culturel). Ces deux dimensions seront reprises et transposées à l'analyse du débat sur la fragmentation du droit international. En effet, il semble impossible de saisir pleinement le sens et la portée du débat sans examiner ses deux dimensions, diachronique et synchronique.

§2. LE DÉBAT DANS UNE PERSPECTIVE DIACHRONIQUE

Lorsqu'on cherche à retracer les premières traces du terme « fragmentation »[19] dans le discours juridique international ainsi que son utilisation dans le temps, on constate rapidement que ce n'est pas la première fois que l'expression est invoquée par les internationalistes[20]. Au contraire, elle est utilisée à des intervalles réguliers depuis au moins la moitié du 19ème siècle, que ce soit par le courant majoritaire ou par le courant minoritaire[21].

À titre d'exemple, le langage de la fragmentation apparaît fréquemment entre 1914 et 1925 pour qualifier l'état du droit international. En raison du « *discrédit* » jeté par la guerre, le droit traverse une « *véritable crise* » qui exige de « *profondes modifications* »[22]. Les internationalistes considèrent que le droit international d'avant-guerre a échoué en raison du jeu d'alliances

---

[18] Berman (N.), *Passions et ambivalence : Le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Paris, Pédone, coll. Doctrine(s), 2008, 476 p.

[19] Si l'on s'en tient à une définition lexicale, la fragmentation peut s'entendre de deux façons. Comme souvent pour les mots de même terminaison, l'expression désigne à la fois une activité et son produit : la fragmentation signifie aussi bien un processus d'éclatement (« le droit se fragmente ») que le résultat de ce processus (« le droit est fragmenté »). Voir Guastini (R.), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ème éd., UNAM, México, 2003, p. 71. Nul ne contestera que le débat actuel se réfère au terme « fragmentation » dans son premier sens, lequel est dynamique, tandis que la fragmentation dans son deuxième sens, statique, renvoie au caractère prétendument incomplet ou rudimentaire du droit international. Les deux sens sont néanmoins liés, dans la mesure où parler de fragmentation au sens dynamique revient à nier son sens statique (car : si désormais le droit se fragmente, c'est finalement parce qu'il n'était pas si primitif que cela). Pour une analyse récente de la fragmentation dans son sens statique, voir Kolb (R.), « Le droit international est-il un droit primitif ? », *ZöR*, vol. 55, 2000, pp. 101-113.

[20] Martineau (A.-C.), « The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law », *LJIL*, vol. 22, 2009, pp. 1-28.

[21] La thèse selon laquelle le discours internationaliste oscille entre un courant majoritaire et un contre-courant minoritaire est développée par Kennedy (Da.), « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *NYU JILP.*, vol. 32, n° 2, 2000, pp. 335-500.

[22] Ces termes sont ceux d'Alejandro Alvarez dans sa préface de l'ouvrage de Strupp (K.), *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Rousseau, 1927, pp. vii-ix. Il tient déjà des propos pessimistes dans *La codification du droit international, ses tendances, ses bases*, Paris, Pédone, 1912, 294 p.

qu'il permettait, de l'absence de clause d'arbitrage obligatoire et de la sur-spécialisation de ses règles. Ils estiment qu'il faut recréer le droit international de toutes pièces, en privilégiant les principes généraux et en créant une institution universelle, la Société des Nations[23].

Le langage de la fragmentation revient en force à la fin des années 1930, pour dénoncer les dérogations apportées au Pacte de la Société des Nations par les traités bilatéraux d'alliance et de neutralité. Dans son cours à La Haye de 1936, Jules Basdevant consacre un chapitre entier aux rapports entre le droit général et le droit particulier. S'opposant au « *morcellement du droit international* »[24], il déduit de la pratique l'existence de règles générales, obligatoires pour tous les États, à côté de (et au-dessus de) règles particulières. Dans le même ordre d'idées, Robert Redslob examine en 1937 la question de l'incompatibilité entre un traité collectif et un traité particulier. Sa solution est sans appel : le principe de résolution n'est jamais la *lex specialis* mais toujours la *lex generalis* ; « *le traité collectif prévaut toujours sur le traité particulier* »[25].

Si le ton au sein de la discipline est plus réaliste et pragmatique après la seconde guerre mondiale, cela n'empêche pas les internationalistes de dénoncer la division de système en deux blocs idéologiques et, par là même, la « régionalisation » du droit. Ces phénomènes sont perçus comme des embûches à l'universalité du droit international. En 1957, Gerald Fitzmaurice s'inquiète de l'existence de plusieurs courants qui menacent « *l'unité du droit international* »[26], à commencer par le régionalisme et la revendication de circonstances spéciales ou d'intérêts particuliers. Charles de Visscher condamne l'instabilité politique de l'époque, car elle est « *peu propice à la création de règles générales* »[27]. Au même moment, l'intégration des États issus de la décolonisation modifie la composition de la communauté internationale. Selon René-Jean Dupuy, il faut laisser de côté la conception traditionnelle car les nouveaux États veulent insérer des règles visant une égalité matérielle, fondée sur la justice distributive[28].

---

[23] Voir Pillet (A.), *La guerre et le droit*, Louvain, Uystpruyst-Dieudonné, 1922, VII-159 p. Voir aussi Otlet (P.), *Constitution mondiale de la Société des Nations. Le nouveau droit des gens*, Genève, Éditions Atar, 1917, 255 p.

[24] Basdevant (J.), « Règles du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, tome IV, 1936 p. 492. Rousseau (C.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, pp. 132-192.

[25] Redslob (R.), *Les principes du droit des gens moderne*, Paris, Rousseau, 1937, p. 19. Cette idée avait déjà été exprimée par Fauchille (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1921, p. 301.

[26] Fitzmaurice (G.), « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, vol. 92, tome II, 1957, p. 95. Il veut démontrer que toute règle –régionale ou spéciale– fait partie du droit global. Voir aussi Dubouis (L.), « Les rapports du droit régional et du droit universel », p. 266, *in Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, colloque de la SFDI de Bordeaux, Paris, Pédone, 1977, 358 p.

[27] De Visscher (C.), « Cours général de principes de droit international public », *RCADI*, vol. 86, tome II, 1954, p. 271.

[28] Dupuy (R.-J.), « Communauté internationale et disparités de développement : cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 165, tome IV, 1979, pp. 9-232.

Plus près de nous, au tournant du 21ème siècle, le langage de la fragmentation est repris pour condamner la multiplication des institutions, notamment des instances juridictionnelles, chacune d'elles défendant des intérêts spécifiques et statuant selon son parti-pris structurel. Deux présidents successifs de la Cour internationale de Justice (CIJ) alertent les Nations Unies des risques d'incohérence et de fragmentation découlant de la concurrence juridictionnelle. Ils cherchent plus précisément à dénoncer les positions antagoniques adoptées par un tribunal concurrent, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), et revendiquent la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle, avec, bien entendu, la CIJ à son sommet[29].

Le fait de replacer le débat sur la fragmentation dans une perspective diachronique met en lumière deux éléments. Premièrement, l'analyse historique permet de voir que les phénomènes désignés par le terme « fragmentation » varient au fil du temps : la fragmentation désigne tout d'abord l'absence de mécanismes contraignants et la sur-spécialisation des règles relatives au maintien de la paix, puis l'adoption de traités dérogeant à la constitution mondiale qu'est le Pacte de la SdN, ensuite le risque de régionalisation par les deux blocs idéologiques et l'expansion du droit international suite à la décolonisation et, finalement, le *forum-shopping* des solutions juridiques dû à la multiplication des institutions spécialisées.

Deuxièmement, l'analyse historique suggère que même si la notion de fragmentation a été invoquée à maintes reprises par les internationalistes, cela n'a jamais été fait pour exprimer une anxiété postmoderne[30]. Cette notion est utilisée à des fins de contestation et de critique. Elle permet à ceux qui l'invoquent, ou bien d'insister sur l'ampleur des changements en cours (et ainsi d'invalider le système dominant et de souligner l'impérativité d'un nouvel ordre international)[31], ou bien de dénoncer les changements en cours (afin de maintenir

[29] Voir le discours prononcé par le juge Schwebel devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 26 octobre 1999 et ceux prononcés par le juge Guillaume devant la Sixième Commission le 27 octobre 2000 et le 31 octobre 2001. Ils sont disponibles sur le site internet de la CIJ : www. icj-cij.org

[30] Koskenniemi (M.) et Leino (P.), « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *LJIL*, vol. 15, n° 3, 2003, pp. 553-579.

[31] C'est le cas d'Alejandro Alvarez. S'il a autant insisté sur la fragmentation du système dans l'entre-deux-guerres, période dominée par les efforts de systématisation normative (Kelsen) et sociologique (Scelle), c'était pour mieux promouvoir une conception alternative, au sein de laquelle l'Amérique Latine occuperait une place prédominante. Voir Alvarez (A.), « *Préface* », pp. i-vi, *in* Strupp (K.), *Éléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Rousseau, 1927, xv-432 p. Voir plus généralement Landauer (C.), « A Latin American in Paris: Alejandro Alvarez's *Le droit public américain* », *LJIL*, vol. 19, n° 4, 2006, pp. 957-981. Une position similaire est aujourd'hui défendue par Okafor (O.), « Viewing International Legal Fragmentation from a Third World Plane: a TWAIL Perspective », pp. 115-132, *in Proceedings of the Canadian Council on International Law*, London, Kluwer, 2006, iv-361 p.

l'organisation sociale en déclin et de préserver le *statu quo* existant)[32]. Dans les deux cas, le langage de la fragmentation dénonce un projet normatif d'organisation sociale et ouvre la voie à un projet alternatif. Il est toujours possible de contester cette présentation narrative. « *What from one angle looks like a terribly chaotic image of something, may from another appear just as a finely nuanced and sophisticated reflection of a deeper unity* »[33]. Là où Kelsen et Scelle voyaient un ordre unifié, Alvarez parlait d'uniformité oppressante. Au moment où Antonio Cassese célébrait la diversification du droit international, Gilbert Guillaume dénonçait sa fragmentation.

Pour le dire plus succinctement, la « fragmentation » est un outil rhétorique. Et c'est un outil particulièrement efficace pour les partisans d'un ordre juridique différent de celui qui domine la scène à un moment donné. Car même si la dénotation du terme de fragmentation a changé au cours des années, sa connotation, elle, est restée la même : en tant que performatif, le terme de fragmentation renvoie à un sentiment d'incompréhension et de perte de sens, à la peur d'anarchie et de désordre, à la crainte de voir disparaître un véritable « ordre ».

Par conséquent, le fait que le débat actuel ait surgi sous le nom de fragmentation et qu'il le soit resté, en dépit des efforts déployés par le Groupe d'étude de la Commission pour le modifier[34], est loin d'être anodin. Le débat s'est construit et déployé sur fond d'une métaphore particulièrement forte et chargée, racontant une histoire qui nous est familière : jadis il y avait unité, dit-elle, et aujourd'hui il ne reste plus que des fragments. En se construisant sur cette vision historiciste d'une unité perdue, vaincue, voire trahie par une trop grande diversité, le débat sur la fragmentation véhicule à la fois l'image apocalyptique d'un droit international en pleine explosion, mais aussi l'idée implicite que le droit international était jusqu'alors un ensemble cohérent et unifié. Ainsi le débat sur la fragmentation se structure-t-il autour d'un

---

[32] C'est le cas de l'emploi du terme par les juges de la CIJ aujourd'hui. Voir *supra*, note 29. Que le débat actuel soit lié à une lutte institutionnelle est un élément qui a été souligné par Martti Koskenniemi et Päivi Leino. « *To read the debate about fragmentation as if it had to do only with coherence in the abstract is to be mistaken about what is actually at stake. Special regimes and new organs are parts of an attempt to advance beyond the political present that in one way or another has been revealed unsatisfactory. The jurisdictional tensions express deviating preferences held by influential players in the international areas* ». Koskenniemi (M.) et Leino (P.), « Fragmentation of International Law… », *supra* note 30, p. 578.

[33] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics », *Modern Law Review*, vol. 70, n° 1, 2007, p. 25.

[34] À 52ème session, en 2000, la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet des « *risques que pose la fragmentation du droit international* » à son programme de travail à long terme. À sa 54ème session, en 2002, la Commission a créé un Groupe d'étude du sujet. Elle a aussi décidé d'en modifier le titre, qui est devenu « *La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* », afin de souligner que le phénomène pouvait aussi revêtir des aspects positifs. Voir le rapport de la Commission, 55ème session, A/CN.4/L/644, 18 juillet 2003. En 2006, la Commission a présenté le rapport final du Groupe d'étude devant l'Assemblée générale. Voir *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006. [ci-après, Rapport final du Groupe d'étude de la CDI]

jeu subtil entre l'unité et la diversité, ces deux éléments étant mis en relation de façon à privilégier le premier sur le second (puisqu'il s'agirait de retrouver une unité perdue). Dans une perspective synchronique, la relation entre l'unité et la diversité est fondamentale.

§3. LE DÉBAT DANS UNE PERSPECTIVE SYNCHRONIQUE

En effet, le cœur du débat sur la fragmentation porte sur la tension libérale entre le besoin de garantir une unité normative et le besoin de promouvoir une diversité factuelle : comment assurer l'existence d'un ensemble cohérent, stable et coordonné (*unité*), tout en favorisant le développement des règles et des institutions spécialisées (*diversité*)[35] ?

Les internationalistes s'interrogent sur la meilleure façon d'associer la diversification du droit avec la nécessité d'assurer un certain ordre au sein de ce processus. La difficulté est que la diversification ne peut pas se faire sans porte atteinte à l'unité du droit, tandis que l'unification met forcément un frein à la diversification possible. Cette difficulté s'accentue du fait qu'il semble impossible d'écarter entièrement ou irrémédiablement le besoin de diversité factuelle tout comme le besoin d'unité normative. D'un côté, le processus de diversification est essentiel, parce qu'il permet au droit de s'ajuster aux phénomènes sociaux et, ainsi, d'être un instrument sophistiqué de réglementation sociale. De l'autre côté, l'existence d'un système unifié ou d'une structure chapeautant les régimes spécialisés est jugée indispensable pour assurer que « *cette nouvelle pluralité soit bénéfique à tous et non pas le signe d'un grand bazar international qui ne serait profitable qu'aux plus puissants de ce jeu désorganisé* »[36]. En fin de compte, c'est parce que la diversification et l'unification du droit sont perçues comme étant deux phénomènes désirables, mais contradictoires, que l'on cherche à réduire les tensions entre eux. C'est cette relation qui se trouve au centre des réflexions actuelles, aussi variées soient-elles.

---

[35] Formulé ainsi, le débat sur la fragmentation n'est pas sans rappeler la problématique libérale, constitutive du droit international moderne. En effet, la question contemporaine « comment est-il possible d'avoir un droit entre régimes spécialisés ? » s'apparente à la question plus traditionnelle « comment est-il possible d'avoir un droit entre États souverains ? ». Cette similitude est évoquée par Martti Koskenniemi dans « Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre 'Constitutionnalisme' et 'Gestionnariat' », *EJLS*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 1-21. Voir aussi le paragraphe 17 du Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *ibid.*. Cette façon libérale de problématiser la tension constitutive du droit international est bien expliquée dans Kennedy (Da.), « A New World Order: Yesterday, Today, and Tomorrow », *Trans. L. & Cont. Prob.*, vol. 4, 1994, pp. 329-375.

[36] « [*A*]*utrement dit que soit conservée la fonction sociale première du droit international qui est d'imposer des limites au libre déploiement des souverainetés étatiques ainsi que des puissances transnationales et mondiales de tous ordres* ». Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », p. 116, *in* Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.) (*dir.*), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2005, xxii-280 p.

Dans des termes plus abstraits, le débat sur la fragmentation renvoie à la tension libérale qui existe entre deux besoins apparemment contradictoires, mais tout aussi indispensables l'un que l'autre : le besoin de diversité (de liberté individuelle ou d'innovation) et le besoin d'unité (de centralité ou de contrôle)[37]. Ces deux besoins sont indispensables : un monde sans diversité, sans innovation ni liberté serait un monde uniforme, oppressant, statique. À l'inverse, un monde sans unité, sans ordre ni stabilité serait un monde chaotique, arbitraire, où régnerait la loi du plus fort. Or, les besoins de diversité et d'unité sont incompatibles ou antagoniques. Il y a une tension évidente entre eux. La diversité n'a de sens qu'en l'absence d'absolutisme ; elle suppose qu'il n'y a pas de principe uniformisant auquel il faille se conformer. L'unité implique que la diversité est organisée ; l'existence d'un ordre suppose qu'il n'y a pas de fragmentation. Que fait-on, alors ? L'attitude moderne consiste à réduire cette tension en réunissant les deux termes. « *La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion. L'unité qui ne dépend pas de la multitude est tyrannie* »[38]. Autrement dit, il faut éviter les deux dangers opposés que sont l'uniformité (un excès d'unité) et l'anarchie (un excès de diversité). Un minimum de diversité permet d'éviter l'uniformité, tandis qu'un minimum d'unité permet d'éviter l'anarchie ou le chaos.

La même démarche caractérise les positions prises dans le débat sur la fragmentation du droit international[39]. Comme l'écrit Joost Pauwelyn, le défi qui attend les internationalistes est celui de trouver un équilibre entre les deux exigences d'unité et de diversité : « *The challenge ahead is to find a balance between, on the one hand, the need for diversity and specialized regimes and solutions and, on the other hand, the importance of maintaining an overall framework or 'system' of international law that offers a sufficient degree of security and coherence* »[40]. Ce qui est débattu est le *juste* équilibre à atteindre entre le besoin de diversité et le besoin d'unité, de manière à éviter leurs dangers respectifs que sont l'anarchie et l'uniformité. Les solutions avancées cherchent toutes à réduire les tensions entre le besoin d'unité et le besoin de diversité, de façon à ce qu'ils se neutralisent mutuellement, c'est-à-dire, de façon à ce qu'ils ne se transforment pas en leur revers négatifs (unité/uniformité ; diversité/anarchie). Si bien que le débat sur la fragmentation du droit

[37] Envisagé sous cette filiation libérale, le débat sur la fragmentation renvoie à la « *contradiction fondamentale* » entre l'individu et la communauté : comment réconcilier ce qui semble être des exigences essentielles mais incompatibles pour la liberté individuelle et l'organisation sociale ? Kennedy (Du.), « The Structure of Blackstone's Commentaries », *Buffalo L. Rev.*, vol. 28, 1979, pp. 209-382. Mais Duncan Kennedy semble être revenu sur sa position dans « Roll over Beethoven », *Stan. L. Rev.*, vol. 36, n° 1, 1984, pp. 1-54.
[38] Le Guern (M.) (*dir.*) Pensées de Pascal, Paris, Folio, 2004, § 871.
[39] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation? », Chorley Lecture, London School of Economics, 7 juin 2006. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKChorley%20Text-06a.pdf
[40] Pauwelyn (J.), « Fragmentation of International Law », p. 17, *in* Wolfrum (R.) (*éd.*), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011. Disponible sur internet : disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://opil.ouplaw.com/home/EPIL

international s'articule autour de la question suivante : comment garantir à la fois une unité normative (sans pour autant qu'elle ne culmine en uniformité) et une diversité factuelle (sans pour autant qu'elle ne conduise à l'anarchie) ?

On fera remarquer que le débat est structuré de manière à éviter toute prise de position matérielle, les termes d'unité et de diversité ne renvoyant à aucun idéal communautaire ou individualiste spécifique. Cependant, même s'ils évitent de débattre ouvertement du contenu de leurs positions, les internationalistes le font quand même, indirectement, au travers de la réversibilité des notions (unité/uniformité ; diversité/anarchie). Un projet souhaitable est celui qui garantit à la fois l'unité et la diversité ; un projet indésirable est celui qui conduit à l'uniformité ou à l'anarchie. Le problème avec cette façon de procéder, on le verra, n'est pas seulement que la discussion politique se fait à mots couverts, mais aussi que *n'importe quel* projet, indépendamment de son contenu, est vulnérable à la critique de l'uniformité et de l'anarchie.

§4. LA PROBLÉMATIQUE DE LA « FRAGMENTATION »

Comment, à partir de ces éclairages historiques et structuralistes, pouvons-nous procéder ? Dans une perspective historique, le langage de la fragmentation renvoie désormais à deux phénomènes distincts, même si reliés : la spécialisation fonctionnelle et la déformalisation du droit. Le premier phénomène renvoie à la segmentation du droit international en « *régimes* »[41] spécialisés, chargés de répondre à des besoins fonctionnels précis (tels que le commerce, les droits de l'homme, l'environnement, etc.). Le second phénomène renvoie au délaissement des règles et des institutions de droit public, au profit de standards cognitifs et de mécanismes informels de mise en conformité[42]. Sachant que l'on reviendra sur ces phénomènes tout au long de la thèse, on se limitera ici à signaler qu'ils ont une forte résonance wébérienne. En effet, les phénomènes de fragmentation du droit participeraient à des mouvements plus généraux que sont, d'une part, l'apparition de nouveaux ensembles « bureaucratiques »,

[41] La notion de régime a été définie par le Groupe d'étude de la CDI comme un système au champ d'application géographique ou fonctionnel, s'accompagnant « *de ses propres principes, de son propre savoir-faire et de sa propre éthique, laquelle ne s'apparente pas forcément celle des spécialisations voisines* ». Voir Rapport du Groupe d'étude de la CDI, § 15, *supra* note 34. C'est dans ce sens que sera utilisée cette notion, à moins d'une indication contraire.

[42] Pour une définition de la déformalisation du droit, voir Corten (O.), « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit et société*, vol. 1, n° 50, 2002, p. 200. Corten (O.), *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 5. Voir aussi Arnaud (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2004, spé. p. 31 : les interactions du « global » et du « local » produisent la « *segmentation d'une raison juridique jusqu'ici normalisée et normativisée autour de l'idée de souveraineté nationale* ».

certains entrant en compétition directe avec le droit international (interétatique)[43] et, d'autre part, l'émergence de nouveaux modes de régulation sociale, de nature déformalisée[44]. Pour le dire encore plus succinctement, la fragmentation du droit international s'inscrirait dans les deux problématiques fondamentales que sont le déclin de l'État et la fin des règles formelles[45].

Quoi qu'il en soit, les internationalistes semblent confrontés aujourd'hui à ce que Pufendorf a appelé, il y a trois cent cinquante ans, un monstre (« *irregulare aliquod corpus et monstro simile* »[46]). En effet, comment peut-on penser conjointement –et ainsi gouverner– les États souverains et les régimes de régulation fonctionnellement différenciés ? Faut-il, de pair avec Jean Louise Cohen, chercher à élaborer un modèle de gouvernance hybride (« *dualistic world order* »[47]) ? À cette interrogation s'ajoute une autre difficulté. C'est que les phénomènes de fragmentation n'affectent pas seulement le droit international public en tant que projet de gouvernance. Les phénomènes de fragmentation affectent aussi la discipline du droit international :

> « *Examined from the outside, international law appears sidelined by the informal structures of private governance while, from the inside, its function differentiation ('fragmentation') has raised the question of whether any unifying centre remains in public international law that would still seem worthy of professional or ideological commitment* »[48].

---

[43] Il est bien connu que Weber associe la spécialisation fonctionnelle à la modernisation de la société et surtout à sa bureaucratisation, considérée comme la forme d'organisation la mieux adaptée à la domination rationnelle-légale, mais qu'en même temps, l'univers bureaucratique possède une perfection technique qui constitue un danger pour la liberté humaine. La domination d'une couche de bureaucrates, dotés de compétences spécialisées mais incapables de la responsabilité politique impliquée par une décision, est à ses yeux le principal danger qui menace les États modernes. Colliot-Thélène (C.), *La sociologie de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2008, 128 p.

[44] Si Weber tient le droit formel comme étant le cadre juridique le plus approprié pour le développement du capitalisme, il est loin de n'attribuer que des mérites au formalisme juridique, d'une part, et il est conscient que la rationalité matérielle ne peut –et ne doit– pas être totalement évacuée, d'autre part. Cette position ambivalente que Weber entretient à l'égard du libéralisme politique expliquerait son appel au charisme comme « antidote » à la domination bureaucratique : à côté de la bureaucratisation de l'État, Weber plaide pour le maintien, chez les grands hommes politiques, d'une capacité de décision qui permettrait de transcender les contraintes techniques de la bureaucratie et qui reposerait sur des choix non rationalisables. Voir Weber (M.), *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, préface, trad. et notes de C. Colliot-Thélène, 2003, 206 p. Raynaud (P.), *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, PUF, 1987, 217 p. Wolfgang Mommsen qualifie Weber de « libéral désespéré » : *Max Weber et la politique allemande (1890-1920)*, PUF, Paris, 1985, 548 p.

[45] La difficulté est en effet que la spécialisation fonctionnelle transcende la séparation classique entre le national et l'international, le fait et la norme, le privé et le public, etc. : « *la diversification des foyers de droit* [s'effectue] *au sein même de l'État*[.] [*Cela*] *suscite des problèmes délicats d'ajustement des compétences des uns et des autres ; chacune de ses structures tend à devenir un îlot de droit, apte à produire des règles et à prendre des décisions dotées de la force obligatoire* […] *en fonction des besoins propres du secteur qu'elle est chargée de réguler* » Chevallier (J.), *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, p. 117.

[46] Au sujet du Saint Empire romain germanique. L'association entre la situation chaotique d'aujourd'hui et celle « monstrueuse » de l'époque a été soulignée par plusieurs auteurs. Koskenniemi (M.), « "Not Excepting the Iroquois Themselves…". Machiavelli, Pufendorf and the Prehistory of International Law », *Max Weber Lecture Series*, n° 7, 2007, p. 18. Cette expression a aussi été utilisée pour qualifier l'Union européenne par Helmut Wagner : « La notion juridique de l'Union européenne : une vision allemande », *Note du Cerfa*, vol. 30, 2006, p. 1. Krisch (N.), « Europe's Constitutional Monstrosity », *Oxford J. of Legal Studies*, vol. 25, n° 2, 2005, pp. 321-334.

[47] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2012.

[48] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. xiii.

Dans une perspective structuraliste, on peut dire que deux orientations ont été privilégiées par les internationalistes. La première insiste sur le besoin d'unité normative et de cohérence disciplinaire ; c'est la perspective interne. La seconde insiste sur le besoin de diversité factuelle et d'interdisciplinarité ; c'est la perspective externe[49]. Du point de vue interne (ou normatif), la multiplication des règles et des institutions spécialisées est perçue comme un danger qui doit – et qui peut– être évitée tant et aussi longtemps que l'on assure la cohérence ou l'unité d'interprétation du droit international « général » et de ses branches spécialisées, travail qui incombe aussi bien à la dogmatique juridique qu'à la pratique juridictionnelle. (Deuxième partie). Du point de vue externe (ou sociologique), l'apparition des régimes de régulation témoigne plus simplement de l'impact de la mondialisation sur le droit « global » et de la façon dont celui-ci s'adapte à celle-là au travers de nouveaux processus déformalisés de juridisation. Ce sont ces processus, qui témoignent par ailleurs du déclin du droit public traditionnel, sur lesquels il faudrait désormais se pencher. (Première partie).

Ce tableau des positions relatives à la fragmentation ne saurait être complet sans ajouter que le point de vue interne et le point de vue externe s'articulent eux-mêmes autour de deux positions opposées. Le point de vue interne se décline en une variante constitutionnaliste et une variante pragmatique. Le point de vue externe se décline en une variante pluraliste et une variante différentialiste. Notre thèse consiste à dire que ces quatre variantes regroupent toutes les positions possibles dans le débat sur la fragmentation du droit international[50]. Nous montrerons également qu'aucune de ces positions ne peut l'emporter sur les autres, au seul niveau du droit, en raison de la structure argumentative qu'elles partagent. En effet, toutes les positions oscillent entre ces deux pôles d'argumentation que sont le besoin d'atteindre une unité normative (utopique) et le besoin d'assurer une diversité factuelle (apologétique).

[49] Sur la distinction entre les points de vue interne et externe, voir Leader (S.), « Interne/externe (Perspective) », pp. 312-313, *in* Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, xxxvii-758 p.
[50] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. 158.

Première partie

Le point de vue externe

Introduction

Adopter le point de vue externe signifie, de manière très générale, examiner le droit non pas depuis la position d'un participant, mais depuis celle d'un observateur qui se situe en marge du champ juridique. Le point de vue externe est privilégié par les internationalistes qui, pour comprendre les transformations du droit, examinent d'abord et avant tout le contexte social dans lequel ces transformations ont lieu. Ce point de vue peut donc être qualifié de sociologique dans un sens délibérément large, au sens où l'entend Roger Cotterrell quand il écrit : « *The numerous approaches to legal analysis that can be categorized as sociological in the broadest sense are unified only by their deliberate self-distancing from the professional viewpoint of the lawyer* »[51].

Qualifier le point de vue externe de sociologique permet d'insister sur le fait qu'il se caractérise par une mise à distance du point de vue interne (normatif), et inversement par un engagement avec la réalité sociale (factuelle). Le point de vue externe vise avant toute chose à rendre compte des phénomènes de fragmentation du droit en des termes descriptifs et explicatifs, en rompant avec les méthodes d'analyse juridique et en privilégiant celles des sciences sociales. C'est pourquoi les internationalistes adhérant au point de vue externe se considèrent généralement mus par une aspiration « scientifique », à savoir celle d'offrir la compréhension la plus précise et la plus exacte possible du contexte social dans lequel évolue le droit, et ce, encore une fois, par opposition au point de vue interne (dogmatique).

En insistant sur la prise en compte des phénomènes sociaux qui influenceraient le droit international et que celui-ci influencerait à son tour, les adhérents au point de vue externe ambitionnent de remédier aux insuffisances présumées du point de vue interne[52]. Celui-ci serait en effet obnubilé par son projet de cohérence normative, ce qui le rendrait incapable de percevoir les conditions factuelles d'existence et de développement du droit. Du point de vue externe, il est vain de vouloir identifier la nature et de mesurer l'ampleur des phénomènes de

[51] Cotterrell (R.), *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 25. Voir aussi Hirsch (M.), « The Sociology of International Law: Invitation to Study International Rules In Their Social Context », *U of T L. J.*, vol. 55, n° 4, 2005, pp. 891-939.
[52] *Ibid.*, *loc. cit.*. Voir aussi Arnaud (A.-J.) et Farinas Dulce (M.J.), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 1-19.

fragmentation en partant d'un postulat de cohérence, car cela conduit à une vision tronquée ou du moins limitée de la réalité. C'est ainsi, par exemple, que les partisans du point de vue interne (et en particulier les constitutionnalistes) tendent à voir les normes élaborées par les acteurs privés comme une difficulté, voire comme un danger. András Sajó l'a parfaitement remarqué : « *where legislation is delegated to nongovernmental bodies, constitutionalists prefer to regard it as anomalous* »[53]. Du point de vue externe, le statut subsidiaire auquel sont relégués les acteurs privés dans la gouvernance mondiale est non seulement utopique (au sens où il ne correspond pas à la réalité mondialisée), mais il est également apologétique : « *where the State gives up (or has never achieved) control over the "private", constitutional law simply turns away its gaze, claiming that no relevant norm generation is taking place. Hence, it accepts that private risk allocation, injustice, and so forth are being generated, sometimes within the confines of constitutionally protected private autonomy* »[54]. Afin de prendre ces phénomènes en compte, il faut élargir le cadre d'analyse et partir d'un constat de diversité factuelle, de différentiation, de développement spontané –bref, de « pluralité ».

Les adhérents au point de vue externe, on l'aura compris, défendent une conception large des phénomènes de fragmentation du droit international, conception qui s'inscrit dans un cadre de pensée pluraliste. L'une des thèses du « pluralisme normatif »[55] est que les catégories juridiques traditionnelles ne sont plus à même de traduire les nouveaux rapports sociaux ainsi que les nouvelles configurations du pouvoir. L'« État » est la première de ces catégories obsolètes : les communautés politiques sont désormais beaucoup plus hétérogènes et leurs frontières, beaucoup plus poreuses, que ne laissent entendre les images lisses et clichées de la souveraineté et du droit international interétatique. Loin d'avoir le monopole du droit, l'État est désormais concurrencé par plusieurs « *espaces-temps de légalité* »[56], pour reprendre la formule de Boaventura de Sousa Santos, que sont la localité, la nationalité et la transnationalité. Une autre thèse pluraliste porte sur la fin des règles formelles ou la modifications de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse ; à la généralité, l'individualité ; à la stabilité, l'adaptabilité.

---

[53] Sajó (A.), « Book Review. Christian Joerges, Inger-Johanne Sand, and Gunther Teubner, eds., *Transnational Governance and Constitutionalism: International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2004. 386 pp. Anne-Marie Slaugher, *A New World Order*. Princeton University Press, 2004. 341 pp. », *Int'l J. of Cons. L.*, vol. 3, 2005, p. 699.

[54] *Ibid. loc. cit.* Une critique similaire est formulée par Bhuta (N.), « The Rule International Actors Other Than States can Play in the New World Order », pp. 61-75, *in* Cassese (A.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, xxii-700 p.

[55] Pour un aperçu de différentes thèses pluralistes, voir Lajoie (A.), MacDonald (R.), Janda (R.) et Rocher (G.) (*dir.*), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Paris, Montréal, Bruylant, Thémis, 1998, x-266 p. Pour une généalogie du pluralisme normatif, voir Roberts (S.), « After Government? On Representing Law Without the State », *Modern L. Rev.*, vol. 68, n° 1, 2005, pp. 1-24.

[56] De Sousa Santos (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 143.

La norme n'opère plus par commandement autoritaire (de l'État) mais par régulation, ajustement, rétablissement[57]. Comme l'écrit Gérard Timsit, la société post-moderne requiert « *un autre droit –actuellement en formation– qui se caractérise* […] *par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir* »[58].

C'est un véritable leitmotiv chez les partisans du point de vue externe de dire que nous vivons aujourd'hui dans un monde pluriel, fluctuant et mondialisé, en proie à des phénomènes qui semblent se globaliser d'eux-mêmes, à des dynamiques propres liées au développement économique mais aussi aux développements scientifique, culturel, technologique, etc. –et que ces phénomènes affectent, en retour, le droit ainsi que notre façon de penser le droit. Peut-être faut-il penser l'inter-légalité conjointement avec le concept du réseau, c'est-à-dire avec l'idée de maillage constitué de fils et de nœuds[59] ? Penser le droit en réseau permettrait de dépasser le modèle pyramidal et sa logique de subordination pour donner forme au paradoxe d'une « *unitas* multiplex » entre des régimes autonomes, certes, mais inter-reliés. Penser le droit en réseaux permettrait donc de dépasser l'opposition unité *vs*. fragmentation, grâce à une unité systémique plus modeste, plus souple, et de conclure que même si le droit est fragmenté en régimes autonomes, ceux-ci sont connectés par des liens adaptatifs et décentralisés.

Bien évidemment, les internationalistes sensibles au pluralisme normatif ne participent pas de la même façon au débat sur la fragmentation. Bon nombre d'entre eux privilégient un pluralisme « modéré », qui prend la forme d'un pluralisme ordonné autour de quelques valeurs émergentes communes ou la forme d'un appel à l'interdisciplinarité entre la discipline des relations internationales et celle du droit international. Moins nombreux sont ceux qui défendent un pluralisme « radical », basé sur la théorie des systèmes de Niklas Luhmann ou sur la théorie de l'hégémonie d'Ernesto Laclau. Au-delà de leurs différences, toutefois, ces entreprises de « *sociologisation* »[60] du droit appellent toutes à délaisser les catégories, les classifications et les concepts juridiques traditionnels, au profit de nouveaux vocabulaires plus à même de capter la nouvelle réalité sociale, fluide et complexe –en un mot, des vocabulaires plus « réalistes »–, ces vocabulaires étant plus à même d'assurer, au droit international ainsi

[57] Telle est la thèse que défend Carbonnier (J.), *Sociologique juridique*, PUF, Paris, 2004, 415 p.
[58] Timsit (G.), « La peur de l'impensable dans l'histoire des sciences : le cas de la science juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XXXVIII, n° 119, 2000, p. 86.
[59] Sur la théorie du réseau, voir Ost (F.) et van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 587 p.
[60] Cette expression est celle d'André-Jean Arnaud, *Introduction à l'analyse sociologique*…, *supra* note 52, p. 12.

qu'aux internationalistes, un avenir dans cette nouvelle ère mondialisée[61].

Ainsi, en plus d'être motivés par une ambition descriptive (c'est-à-dire, par le souci d'offrir l'image la plus exacte du droit international dans la société mondialisée), les tenants du point de vue externe sont emprunts d'une ambition normative, qui consiste à vouloir repenser la place du droit international public et de la profession juridique[62]. Cela les conduit à adopter des positions variées. Du point de vue pluraliste, la fragmentation du droit international est mal comprise et donc injustement redoutée : en réalité, elle témoigne de l'émergence bienheureuse d'une gouvernance mondiale. (Titre 1) Du point de vue différentialiste, la fragmentation du droit international est sous-estimée : en réalité, elle témoigne de la fragmentation plus profonde de la société contre laquelle il est difficile de lutter. (Titre 2)

[61] Si les uns et les autres partagent la même sensibilité pluraliste et la même argumentation de nature sociologisante, cela ne les empêchera pas d'offrir des lectures contrastées et souvent même opposées des processus de mondialisation et de leur incidence sur le droit international public. Néanmoins, ils s'entendent sur un point fondamental : la fragmentation du droit international fait partie de processus sociaux plus vastes qui dépassent le champ juridique. Nous ne sommes pas en présence d'une simple fragmentation du droit, disent-ils, mais d'une véritable mondialisation de la fragmentation.

[62] Cette double aspiration est analysée par Maisani (P.) et Wiener (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, vol. 27, 1994, pp. 443-464.

Titre 1

La position pluraliste

Introduction

Depuis plus d'un siècle, de nombreux auteurs, principalement issus de la sociologie et de l'anthropologie du droit, contestent la représentation du droit comme émanant uniquement de l'État[63]. Leurs théories pluralistes cherchent à combattre la conception selon laquelle tout le droit émane de l'État et que celui-ci est le seul producteur légitime de normes juridiques. Plus récemment, les pluralistes se sont intéressés aux effets de la mondialisation sur les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international. N'est-il pas vrai que les réglementations sont de plus en plus nombreuses et qu'elles proviennent de sources placées au-dessus de l'État ou au-dessous de lui, voire en parallèle de lui ? Il faut repenser les dichotomies traditionnelles (public/privé, national/international), afin de rendre compte de la multiplicité des organes de production et d'application du droit, au nombre desquels les organes étatiques ne sont pas toujours –ni forcément– prédominants.

Cet appel visant à acquérir une meilleure connaissance et, par là, à assurer une meilleure assise sociologique au droit n'est pas totalement étranger aux internationalistes. Dès la deuxième moitié du 19ème siècle, les internationalistes ont été soucieux de rapprocher leurs revendications normatives des développements économiques, scientifiques et techniques de leur temps. C'est par le biais d'un vocabulaire sociologisant (avec des formules telles que le « *progrès de la civilisation* »[64], le « *perfectionnement des voies de communication* »[65] et les « *découvertes scientifiques admirables* »[66]) qu'ils ont revendiqué l'adoption de nouvelles règles et la création de nouvelles institutions, participant ainsi à la naissance du droit international moderne. En ce sens, le droit international moderne s'est développé en étroite relation avec ce que Duncan Kennedy a appelé la « deuxième mondialisation de la pensée juridique »[67], c'est-à-dire « *the*

---

[63] Pour une analyse historique du pluralisme en droit, voir Engle Merry (S.), « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, pp. 869-896. Griffiths (J.), « What is Legal Pluralism? », *J. of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, pp. 2-55.

[64] Chauveau (E.), *Droit des gens ou droit international public*, Paris, A. Rousseau, 1892, p. 12.

[65] Von Holtzendorf (F.), *Éléments de droit international public*, Paris, A. Rousseau, 1871, p. 8.

[66] *Ibid.*, p. 38.

[67] Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « François Gény aux Etats-Unis », pp. 295-320, *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (P.) (*dir.*), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essaie critique : thèmes & commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, xvii-397 p.

critique of the legal form and an emphasis on the law' "social" basis and "function" »[68].

De nos jours, c'est aussi par une argumentation sociologisante que les pluralistes participent au débat sur la fragmentation du droit international. En insistant sur la nouvelle dynamique sociale et sur les multiples manifestations du droit, ils dépeignent le projet concurrent (à savoir, le constitutionnalisme mondial) comme un mode de gouvernement archaïque, bureaucratique, à la fois trop lourd et trop rigide pour maîtriser, précisément, la « mondialisation ». Celle-ci est entendue comme un processus politico-économique plus ou moins spontané qui dépasse les frontières étatiques, qui est conduit par des intérêts avant tout privés et qui se structure autour d'un droit qui lui est propre (le « droit global »). C'est pour se rapprocher de cette nouvelle réalité mondialisée que les pluralistes appellent à modifier notre façon de concevoir le droit international. En effet, comme le remarque Frédéric Mégret, « *international law is increasingly required to deal with* […] *global issues* […] *Some 'global' issues are classical international law issues that have been reformulated in conditions of globalization: for example, the law of the sea is gradually transformed from primarily an issue of jurisdiction and freedoms, to a regime of sharing of resources, management of stocks, and the protection of the environment* »[69] (Chapitre 1).

En Europe, cet appel prend souvent la forme d'un « pluralisme ordonné ». Cette formule, qui est celle de Mireille Delmas-Marty, suggère que l'ordre juridique international n'est pas régi par une hiérarchie normative et/ou institutionnelle, mais bien par des « *hiérarchies enchevêtrées et des boucles étranges* »[70]. Nous devons appréhender le « multiple », c'est-à-dire la multiplicité des ensembles normatifs, de manière à dégager les règles juridiques produites par les différentes sources du droit. Toutefois, Mireille Delmas-Marty insiste sur le fait que penser le multiple ne saurait aboutir à l'anomie et au règne de l'état de fait. D'où la nécessité d'inventer un « *droit commun pluraliste et non hégémonique* »[71] (Chapitre 2).

Aux États-Unis, cet appel prend plutôt la forme d'un « pluralisme managérial ». Les auteurs proposent de réformer le droit international en s'appuyant sur des thèses émanant de la discipline des relations internationales. Ils qualifient la volonté des constitutionnalistes de

[68] Koskenniemi (M.), « "Not Excepting the Iroquois Themselves…"… », *supra* note 46, p. 2.
[69] Mégret (F.), « Globalization », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP, § 26.
[70] Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, Paris, 1994, p. 77.
[71] Delmas-Marty (M.), « Droit comparé et droit international : interactions et internormativité », p. 26, *in* Chiavario M. (*dir.*), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Milan, Dalloz, Giuffre editore, 2003, 398 p.

préserver l'unité du droit de « *dogmatique* »[72], de « *positiviste* »[73], ou encore de « *formaliste* »[74] –ces termes étant employés de manière péjorative, renvoyant à ce qui est rigide, superficiel et insensible aux exigences de la vie moderne. « *Global constitutionalism* [*is*] *an awfully vague and possibly sinister term* »[75]. Ils attendent des internationalistes qu'ils se défassent de leurs doctrines traditionnelles (telles que la doctrine des sources), lesquelles sont incapables de rendre compte de ce qui se passe en réalité, pour adopter une démarche empirique, soucieuse d'établir des liens de causalité, la seule méthode apte à déterminer la véritable mesure du droit international dans les processus de mondialisation (Chapitre 3).

[72] Ratner (S.), « Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law », *AJIL*, vol. 102, 2008, p. 476.
[73] Lambert (H.), « International Refugee Law: Dominant and Emerging Approaches », spé. pp. 344-348, *in* Armstrong (D.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, London, New York, 2009, 468 p.
[74] Picciotto (S.), « Constitutionalizing Multilevel Governance? », *Intl J. of Cons. L.*, vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 457-479.
[75] Young (E.), « The Trouble with Global Constitutionalism », *Texas Int' L. J ?*, vol. 38, 2003, p. 528.

Chapitre 1

Le projet de sociologisation du droit international

« *Comme le disaient déjà les Romains,* ubi societas ibi ius *: il n'y a pas de société humaine sans droit* »[76].

Le point de départ du pluralisme normatif global (« *global normative pluralism* »[77]) est une réflexion d'ordre épistémologique qui entend dénoncer le fait que les internationalistes auraient consacré la plus grande partie de leur temps à élaborer des constructions normatives abstraites, oubliant par là de s'assurer de la correspondance du droit avec la réalité. Les pluralistes appellent les internationalistes à délaisser les concepts traditionnels et à partir à la recherche de nouveaux paradigmes, afin de parvenir à « *une meilleure compréhension de notre monde et du rôle qu'y joue le droit* »[78]. Or, cette rhétorique est loin d'être nouvelle dans le discours du droit international. Les réflexions sociologiques ont toujours occupé une place importante, surtout dans la période de l'entre-deux-guerres (§1), et se sont radicalisées avec la critique réaliste d'après 1945 (§2). Aujourd'hui, le pluralisme normatif global se présente sous une forme ordonnée en Europe et sous une forme managériale aux États-Unis (§4).

§1. L'ASSISE SOCIOLOGIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

Les internationalistes se sont toujours préoccupés de la correspondance de leur droit avec la réalité, afin de contrer l'accusation selon laquelle celui-ci ne serait soit qu'une utopie moraliste inefficace, soit qu'une simple apologie du pouvoir[79]. Ceci étant dit, le recours au

[76] Frydman (B.), « Comment penser le droit global ? », p. 27, *in* Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (*dir.*), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xiii-302 p.
[77] Notre description s'inspire des idées présentées par Koskenniemi (M.), « Global Legal Pluralism », allocution à l'université de Harvard, 5 mars 2005. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf
[78] Chérot (J.-Y), « Concept de droit et globalisation », p. 7, *in* Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (*dir.*), *La science du droit dans la globalisation*, *supra* note 76.
[79] Telle est la thèse développée par Martti Koskenniemi dans *From Apology to Utopia*, *supra* note 14.

langage sociologique s'est accentué pendant l'entre-deux-guerres. Les ouvrages de l'époque, et en particulier les ouvrages de langue française, regorgent de références aux thèses sociologiques naissantes, souvent fonctionnalistes. Ces thèses sont invoquées pour rendre compte des nouvelles organisations internationales et des changements structurels au niveau mondial. L'un des auteurs emblématiques de ce tournant sociologique est George Scelle : en s'inspirant des thèses de Léon Duguit, il relève que la solidarité sociale est le fait d'individus, aussi bien dans les sociétés internes que dans la société internationale. Il en déduit que le droit international s'applique non pas aux États mais aux individus, et qu'il y a non pas un droit interétatique mais un « droit des gens ». Dès lors, seule la société internationale universelle détient la souveraineté et l'inexistence d'organes internationaux supérieurs aux États relève d'une « carence institutionnelle », à laquelle il est nécessaire et possible de remédier.

Toutefois, un certain nombre d'internationalistes se montrent déjà sceptiques à l'égard de la rhétorique sociologique visant à engendrer un fédéralisme international. Il est impossible, écrit Louis Le Fur, de fonder le droit international sur le fait « pur » que serait la solidarité sociale, comme le veulent Duguit et Scelle, car « *il y a une bonne et une mauvaise solidarité ; il y a la solidarité du lion et de l'antilope, ou encore celle du maître et de l'esclave, qui a été la plus étroite de toutes et qui a duré des siècles* »[80]. Louis Le Fur met ici le doigt sur la normativité cachée de toute sociologie du droit[81], même si c'est pour mieux enraciner le droit international dans une conception chrétienne.

On retrouve chez E.H. Carr une critique similaire, c'est-à-dire anti-fonctionnaliste, dirigée contre la doctrine de « l'harmonie des intérêts » en politique internationale. Cette doctrine, qui se présente comme la marque du libéralisme économique, est devenue la vision dominante entre les deux guerres mondiales, sous l'influence de Wilson. « *The economic expert, dominated in the main by laissez-faire doctrine, considers the hypothetical economic interest of the world as a whole, and is content to assume that this is identical with the interest of each individual country. The politician pursues the concrete interest of his country, and assumes (if he makes any assumption at all) that the interest of the world as a whole is identical with it* »[82]. E.H. Carr s'attache à montrer à quel point la doctrine de « l'harmonie des intérêts » a supprimé tout sens politique chez les hommes d'État face aux contradictions de leur temps et aux conflits mondiaux en gestation.

---

[80] Le Fur (L.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, tome 54, 1935-IV, p. 93 et p. 97.
[81] Voir aussi Cotterrell (R.), *Law's Community*…, *supra* note 51, p. 41.
[82] Carr (E.H.), *The 'Twenty Years' Crisis 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, London, MacMillan, 1939, p. 55.

Les entreprises de sociologisation du droit international sont donc souvent dénoncées comme étant « idéalistes » par des internationalistes qui, pour y parvenir, déploient une argumentation similaire, de nature sociologique, mais proclamée plus « réaliste », mettant l'emphase non pas sur la solidarité (utopique) entre les États et/ou les hommes, mais sur les disparités et les différences (réelles) entre eux. À titre d'exemple, Charles Dupuis s'oppose ouvertement à George Scelle en attribuant les échecs de la Société des Nations à l'absence de prise en compte, dans le Pacte, des rapports de force entre États et de la conception de chacun d'eux des relations internationales[83]. Dans le même ordre d'idées, Georg Schwarzenberger reprend la distinction entre communauté et société, élaborée par le sociologue allemand Ferdinand Tönnies, pour expliquer « *the social background of international law* »[84]. Ce contexte est celui d'une société, c'est-à-dire d'une hostilité irréductible entre les États ; par conséquent, le droit international n'a pas pour fonction de limiter la force mais uniquement celle de maintenir (ou de contenir) les hiérarchies établies sur la base de la puissance.

Tout en cherchant à identifier le « *substratum sociologique* »[85] du droit international, d'autres internationalistes s'interrogent sur les limites du recours aux méthodes sociologiques en droit. C'est le cas de Dietrich Schindler dans son cours à l'académie de la Haye de 1933. Sa démarche sera reprise et étayée par Julius Stone après la seconde guerre mondiale. Influencé par l'un des pères de la « *sociological jurisprudence* » (Roscoe Pound), Julius Stone estime que l'entreprise de refondation du droit international sur une sociologie du monde international, aussi importante soit-elle, n'est pas une mince affaire. Il faut faire fi de la distinction entre l'international et le national, parce que l'élément constitutif du droit est les « communications humaines ». Cependant, à défaut de pouvoir étudier l'ensemble des attitudes et des revendications communiquées par l'ensemble des individus sur la planète, il faut se replier sur les communications passées entre le personnel des ministères des affaires étrangères. Julius Stone se garde bien d'être optimiste. « *The aspiring sociologist of international law must move still in a difficult and unknown land, with conditions unknown and paths unglazed* »[86].

[83] Dupuis (C.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 32, 1930-II, spé. pp. 7-8.
[84] Keeton (G.) et Schwarzenberger (G.), *Making International Law Work*, London, Stevens, 2ème éd., 1946, spé. pp. 14-48.
[85] Schindler (D.), « Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international », *RCADI*, 1933-IV, vol. 46, pp. 229-326.
[86] Stone (J.), « Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law », *RCADI*, vol. 89, 1956-I, p. 156.

§2. LA SOCIOLOGIE RÉALISTE DE L'APRÈS-GUERRE

L'amateurisme sociologique de l'entre-deux-guerres était également au cœur de la critique formulée par Hans Morgenthau : au lieu de chercher à exorciser les démons de la société en invoquant inlassablement des formules magiques, écrit-il en 1940, les internationalistes feraient mieux de comprendre la façon dont les relations entre États sont réellement régies. Selon lui, ils devraient développer une théorie fonctionnelle du droit international, dont l'objet serait à la fois de prendre en compte les sensibilités éthiques des dirigeants et d'analyser « *the sociological context of economic interests, social tensions, and aspirations of power, which are the motivating forces in the international field* »[87].

On sait que cette invitation à refonder le droit international sur une sociologie du monde interétatique est restée largement sans suite. Et pour cause : si le droit ne faisait que « refléter » des phénomènes psychologiques et sociaux, il ne possèderait plus aucune force normative, aucun pouvoir contraignant. Le droit serait réduit à n'être qu'un simple instrument permettant aux acteurs les plus puissants d'arriver à leurs fins. En même temps, on sait aussi que la trajectoire de cet appel visant à un plus grand réalisme sociologique ne s'arrête pas là. La critique réaliste n'a peut-être pas conduit au renouvellement de la discipline, mais elle n'en a pas moins affecté la confiance, voire l'identité de la discipline, de deux façons différentes.

D'un côté, la critique de Morgenthau a conduit à l'établissement d'une discipline sœur, les relations internationales, dont l'ambition est de faire précisément ce que les juristes se sont entêtés à refuser : partir de la réalité, des faits bruts, de la condition d'anarchie pour comprendre les conditions d'un ordre international, d'une part, et pour conseiller les dirigeants politiques sur les mesures les plus appropriées à prendre, d'autre part. On notera que la vision réaliste des relations interétatiques comme étant l'opération d'une balance des pouvoirs s'est trouvée peu à peu contestée au sein même de cette discipline, plusieurs auteurs dénonçant –ce qui n'est pas sans intérêt pour nous– son scepticisme à l'égard des institutions internationales. On notera aussi que Morgenthau, en recourant à un langage sociologique pour se démarquer de la discipline juridique, n'a pas pu faire autrement qu'importer la

[87] Morgenthau (H.), « Positivism, Functionalism and International Law », *AJIL*, vol. 34, n° 2, 1940, pp. 260-284. La critique réaliste de l'entre-deux-guerres deviendra une véritable antienne chez les internationalistes américains. Richard Falk écrit en 1967 que « *The international lawyers of the period after World War I* […] *relied for a new system of world order upon agreed legal rules, but they failed to develop an adequate appreciation of the social and political difficulties of making these rules into effective behavioural norms* ». Falk (R.), « New Approaches to the Study of International Law », *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 478.

Methodenstreit des sciences sociales –controverse à propos de laquelle il avait lui-même une opinion tranchée et avec laquelle ses successeurs se débattent encore aujourd'hui[88].

De leur côté, les internationalistes ne se sont visiblement pas remis de la critique réaliste qui veut que le droit international n'obéit qu'à des motivations de pouvoir et de force, et que le maintien d'un ordre mondial dépend, en dernier lieu, de la sensibilité des dirigeants[89]. Prenant cette critique au sérieux, les internationalistes américains ont cherché à élaborer une sociologie plus poussée du droit international, afin de garantir la respectabilité de leur discipline. Aux premiers rangs de ceux-ci figurent Myres McDougal et Harold Lasswell. Ils ont remis en question la tendance des internationalistes à analyser les règles formelles *in abstracto*, en les dissociant de la politique. Ensemble, ils ont tenté de retranscrire « *the core insight of legal realism* [*i.e.*,] *its critical focus on the interplay between rules and social process in the enunciation of law in authoritative form* […,] *into a comprehensive framework of inquiry* »[90]. Concevoir le droit international comme un processus permanent de décision d'autorité et de contrôle devait permettre à l'école de New Haven de rapprocher le droit de la réalité sociale, mais aussi d'élaborer un droit en faveur de la « dignité humaine »[91]. Cette entreprise de sociologisation et de refondation du droit a toutefois été la cible de critiques, lesquelles ont dénoncé son parti pris politique en faveur des intérêts américains dans le contexte de la guerre froide[92].

Par contraste, le projet de « *neutralité humaniste* »[93] poursuivi par l'école de Columbia était

---

[88] Il est en effet frappant de constater à quel point les principales lignes de clivages entre les « écoles » inter-relationnistes recoupent la controverse épistémologique qui marque la sociologie depuis le début du 20ème siècle. Morgenthau étai lui même opposé à toute approche empirique ou quantitative ; ses propos étaient dirigés contre les théories comportementalistes. Morgenthau (H.), *Scientific Man* vs. *Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1946, p. ix-243 p. Sur la situation des relations internationales en France, voir Ragaru (N.), « L'état des relations internationales en France », *Revue internationale et stratégique*, vol. 3, n° 47, 2002, pp. 77-81.

[89] « [*L*]*a pensée réaliste tire essentiellement des préceptes de politique étrangère, une praxis : prudence et modération dans les rapports avec les autres États, recherche de l'équilibre des puissances par le jeu des alliances, primauté éventuelle, en cas de dilemme, de ce pragmatisme sur les principes philosophiques et moraux* ». Noël (P.), « Théorie des « régimes », économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *AFRI*, vol. I, 2000, p. 148.

[90] Falk (R.), « Casting the Spell: The New Haven School of international Law », *Yale L. J.*, vol. 104, n° 7, 1995, p 1997. Tout en acceptant la critique réaliste des règles (« *legal realism* »), McDougal et Lasswell rejettent la critique réaliste qui consiste à nier toute normativité au droit (« *political realism* »). Le réalisme politique, écrit McDougal, « *underestimates the role of rules and of legal processes in general, and over-emphasizes the importance of naked power* ». McDougal (M.), « International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception », *RCADI*, vol. 82, 1953-I, p. 157.

[91] Pour une analyse et critique de l'école de New Haven, voir Cot (J.-P), « Tableau de la pensée juridique américaine », RGDIP, vol. 6, n° 3, 2006, spé. pp. 567-572. Cao-Huy (T.), « Droit et relations internationales », pp. 173-208, *in Le droit en procès*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1983, 230 p.

[92] Pour une critique du langage techno-sociologique de McDougal et Burke, voir Allott (P.), « Language, Method and the Nature of International Law », *BYIL*, vol. XLV, 1971, pp. 79-135. Voir aussi Kennedy (Da.), « When Renewal Repeats… », *supra* note 21, spé. pp. 380-387.

[93] Cette expression est celle de David Kennedy dans « When Renewal Repeats… », *ibid.*, p. 382.

plus normatif et moins ouvertement sociologique. Ce projet, qui a dominé la doctrine américaine pendant plus de trente ans, était le suivant : « *to build an international legal order focused on the institutions of the United Nations, to establish a normative fabric that could bridge the gap between East and West, and to establish a flexible institutional locus for decolonization and development in the Third World, outside the Cold War divisions* »[94]. Pourtant, ce projet reposait lui aussi sur une assise sociologique. En effet, l'école de Columbia se voulait réaliste et anti-formaliste, attaquant notamment le concept de l'autonomie souveraine qui, selon elle, était dépassé par la réalité des organisations internationales. Cependant, l'école de Columbia s'en est tenue à des généralités sociologiques en ce qui concernait l'état des relations internationales et l'équilibre des pouvoirs. Ainsi en est-il de la thèse de Wolfgang Friedmann, qui voyait dans les développements normatifs et institutionnels de l'époque la preuve de la transformation du droit international, celui-ci passant d'un simple droit de la coordination à un véritable droit de la coopération[95].

De la même façon, en France, ils ont été plusieurs après la seconde guerre mondiale à appeler la discipline à « *passer au crible d'une critique mieux informée des réalités les règles et les pratiques du droit international appréhendées dans le vif de leur application, de relever les facteurs* […] *qui déterminent leur formation, qui les soutiennent et les développent, ceux qui contribuent à les déformer ou qui entraînent leur disparition* »[96]. Cet appel à un plus grand réalisme ne revenait toutefois pas à mener des investigations en dehors du droit, sous réserve de nuire à l'élaboration d'une « science de droit international ». Dans les années 1970-1980, l'invitation à examiner l'ensemble des réalités sociales a été réitérée par l'école de Reims. Dénonçant à la fois le formalisme juridique, qui aboutit « *à faire du droit une fin en soi, le droit pour le droit, en oubliant que le droit ne peut être détaché des réalités qu'il recouvre* », et l'utopie normative (« *la vision abstraite du droit international conçu comme l'harmonisation de la société internationale par une solidarité et une coopération apparentes* »), Charles Chaumont a appelé ses pairs à examiner les « *données immédiates des relations internationales qui sont d'abord formées de contradictions* »[97]. L'étude des règles de droit international ne peut se faire sans l'étude des contradictions qui marquent la société internationale, les règles étant la solution

---

[94] *Ibid.*, *loc. cit.*

[95] Friedmann (W.), *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, xvi-410 p. Voir aussi Jenks (W.), *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, xxvi-456 p.

[96] Visscher (C.), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, 468 p. Voir aussi Virally (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », pp. 488-505, *in Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, lxx-536 p.

[97] Chaumont (C.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970-I, pp. 345-346. Voir Jouannet (E.), « La pensée juridique de Charles Chaumont : force et faiblesses d'une pensée internationaliste proche du marxisme », pp. 299-331, *in* Jouannet (E.) et Motoc (I.) (*dir.*), *Les doctrines internationalistes durant les années du communisme réel en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2012, 567 p. L'analyse réaliste sera reprise par Raymond Aron dans *Paix et guerre entre les Nations*, Calmann-Lévy, Paris, 1962, 794 p.

juridique momentanée à ces contradictions. Chaumont a pris soin de distinguer sa démarche de celle des réalistes américains : constater que le droit international est fondé sur des contradictions sociales n'aboutit pas, insiste-t-il, à une vision pessimiste ou désabusée « *comme le pensent certains tenants de l'école dite « réaliste »* »[98].

§3. LE PLURALISME JURIDIQUE CONTEMPORAIN

En dépit de ces invitations, la critique réaliste au sens strict n'est pas venue ébranler le positivisme qui domine la discipline internationaliste française[99]. Un consensus pragmatique s'est forgé autour d'un réalisme méthodologique qui insiste sur la fidélité au réel[100]. S'il y a un certain renouvellement de la sociologie du droit en France et plus généralement en Europe, cela a plutôt à voir avec les réflexions portant sur l'intégration européenne.

En 1993, Neil MacCormick a écrit un article qui a connu un retentissement important et dans lequel il a formulé la question suivante : « *How does the European Community affect our own sovereignty?* »[101]. Dans un monde post-westphalien, expliqua-t-il, la relation entre les ordres étatiques et l'ordre juridique européen doit s'appréhender sous la forme du pluralisme systémique (« *system-oriented approach* »[102]). Seule cette approche permet de rendre compte de la complexité des relations qu'entretiennent les ordres juridiques, ceux-ci apparaissant liés les uns aux autres alors qu'ils sont, en réalité, indépendants les uns des autres. Il n'existe aucun cadre permettant de déterminer lequel des deux ordres est hiérarchiquement inférieur ou subordonné. En 1998, Neil MacCormick est revenu quelque peu sur sa position[103]. Au lieu d'un pluralisme « *radical* », il proposait désormais un pluralisme « *sous le droit international* »[104]. Celui-ci exige des institutions qu'elles se prennent en compte lorsqu'elles interprètent leurs documents constitutifs et lorsqu'elles prennent des décisions qui affectent l'autre ordre juridique : « *The ECJ ought not to reach its interpretative judgments without regard to their potential impact on national constitutions. National courts ought not to interpret laws or constitutions without regard to the*

[98] *Ibid.*, p. 347.
[99] Jouannet (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. XLVI, 2000, pp. 1-57.
[100] Voir le chapitre 10 (« Le repli pragmatique), *infra.*
[101] MacCormick (N.), « Beyond the Sovereign State », *Modern L. Rev.*, vol. 56, 1993, p. 2.
[102] *Ibid.*, p. 8.
[103] La question à laquelle il cherche à répondre est désormais la suivante : « *how to settle boundaries between interacting systems on the assumption of non-hierarchical ranking between them* ». MacCormick (N.), « Risking Constitutional Collision in Europe? », *Oxford J. of Legal Studies*, vol. 18, 1998, p. 524.
[104] Ces termes sont les siens. Le pluralisme « radical » renvoie à l'approche systémique que MacCormick défendait en 1993. Quant au « pluralisme sous le droit international », cela signifie que les deux ordres juridiques « *are both cohering within a common legal universe governed by the norms of international law* ». *Ibid.*, p. 527.

resolution of their compatriots to take full part in the European Union and European Community »[105]. Grâce au pluralisme sous le droit international, on arrive à la situation où l'inconciliable est concilié : des ordres juridiques séparés et distincts coexistent harmonieusement et parviennent à établir des relations entre eux. Cet idéal, on le verra, est au cœur du « pluralisme ordonné ».

Aux États-Unis, l'influence du réalisme est encore palpable chez les internationalistes[106]. Ils partent systématiquement d'une prémisse réaliste à l'égard du droit (« *rule-skepticism* ») et leurs analyses visent à déboucher sur des conseils pratiques (« *policy advice* »)[107]. D'où leurs regards tournés vers l'interdisciplinarité. En effet, à partir du moment où l'on accepte que le droit n'explique pas en lui-même pourquoi les décisions ont été adoptées, pourquoi et quand les règles sont respectées, quel est leur contenu, etc., alors il faut dépasser l'analyse formaliste pour étudier là où siège la réalité de la puissance ou l'interaction entre les groupes sociaux, avec leurs revendications et influences respectives. Dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationales, par exemple, cela consiste à abandonner les analyses formelles de l'ONU et de ses organes au profit d'une analyse pluridisciplinaire des facteurs historiques, économiques, géopolitiques, psychologiques et puis juridiques des rapports entre les acteurs influents (étatiques et autres). Autrement dit, si le droit international n'est qu'un simple facteur parmi d'autres dans le maintien des relations internationales, s'il n'est qu'un instrument dans les mains des dirigeants pour parvenir à leurs fins, alors la meilleure façon de mesurer sa portée semble se trouver dans le vocabulaire empirique qui domine les sciences politiques avoisinantes. C'est donc pour assurer une plus grande fidélité à la réalité et pour asseoir le droit international sur une base plus solide, plus « scientifique », que les internationalistes se tournent avec espoir vers la discipline des relations internationales[108]. « *Today, international law is eagerly adopting political science vocabularies about effective regimes, legitimacy and compliance –and learns to speak the language of globalization– to buttress its sociological respectability* »[109].

---

[105] *Ibid.*, p. 530. Voir aussi les commentaires de Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *LSE Law, Society, and Economy Working Papers*, n° 12, 2009, p. 15.

[106] Pour une analyse beaucoup plus détaillée en français, voir Delabie (L.), *Approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, Paris, Pedone, 2011, 506 p.

[107] Le virage vers les relations internationales aux États-Unis a été minutieusement analysé par Koskenniemi (M.), « Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations », pp. 17-34, *in* Byers (M.) (*éd.*), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 354 p.

[108] Certains n'hésitant pas à formaliser cet attrait interdisciplinaire par l'élaboration d'un agenda commun. Parmi les premiers appels de ce genre : Abbott (K.), « International Law and International Relations Theory: Building Bridges. Elements of a Joint Discipline », *ASIL Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 167-172. Slaughter (A.-M.), Tulumetto (A.) et Wood (S.), « International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship », *AJIL*, vol. 92, 1998, pp. 367-397.

[109] Koskenniemi (M.), « "Not Excepting the Iroquois Themselves..."… », *supra* note 46, p. 2.

Chapitre 2

Le pluralisme ordonné

« Pour tenter d'échapper à la fois au désordre du monde […] et à l'ordre qui serait imposé par le plus fort au nom d'un universalisme de surplomb […], il faut chercher […] à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un « pluralisme ordonné » »[110].

En Europe, les internationalistes tendent à défendre l'idée d'un « *pluralisme ordonné* »[111]. Que ce soit en France (Emmanuelle Jouannet), en Finlande (Kaarlo Tuori), en Allemagne (Nico Krisch et Mattias Kumm) ou en Italie (au sein de l'institut universitaire de Florence), les auteurs estiment que la situation actuelle est complexe, certes, mais qu'elle n'est pas pour autant chaotique. Ils s'attèlent donc à examiner la complexité des relations qui se nouent entre les espaces normatifs. Le problème, ainsi que le déplore Mireille Delmas-Marty, est que « [*l*]*es pauvres mots du langage juridique ordinaire –des mots pourtant si commodes comme ordre ou système, hiérarchie ou autonomie– peinent à traduire une réalité, globalisée mais fragmentée, et des processus, parfois contradictoires et toujours évolutifs* »[112]. C'est pourquoi il faut élaborer un nouveau vocabulaire (on parle d'« *intervalidité* »[113] et de « *cross-fertilization* »[114]) et faire appel à de nouvelles métaphores (comme le « *jeu des nuages* »[115], le « *ballet des planètes* »[116] ou encore le droit « *contrapunctique* »[117]).

---

[110] Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, *supra* note 3, p. 28.

[111] Cette expression est celle de Mireille Delmas-Marty. Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, 439 p. Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, 303 p. [ci-après, *Le pluralisme ordonné*] Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2007, 299 p.

[112] *Ibid.*, p. 90. Pour une analyse extensive des théories pluralistes, voir Ost (F.) et Van De Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau…*, *supra* note 59.

[113] Besson (S.), « How International is the European Legal Order? Retracing Tuori's Steps in the Exploration of European Legal Pluralism », *NoFo*, vol. 5, 2008, pp. 50-70.

[114] Jacobs (F.), « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Tex. Int'l L. J.*, vol. 38, 2003, pp. 547-556.

[115] « *Les rapprocher en une harmonie faite tout à la fois de leur subordination à un ordre supranational et de leur coordination selon des principes communs. Comme autant de nuages qui portés par un même souffle s'ordonnerait peu à peu tout en gardant leur propre rythme, leur propre force* ». Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, *supra* note 70, p. 284.

[116] « *La galaxie juridique contemporaine est constituée de planètes qui évoluent les unes par rapport aux autres et dont la course se croise à de multiples reprises. Ce ballet devrait être réglé par les lois de la mécanique céleste mais le Grand Architecte ne semble guère s'en être soucié* ». Jacqué (J.-P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, vol. 69, n° 1, 2007, p. 6.

Par opposition aux thèses constitutionnalistes, le pluralisme ordonné reconnaît la disparition d'une grille unique et stable définissant les relations entre les espaces normatifs (§1). « *Ce qu'il nous reste est, par conséquent, un* désordre *des ordres normatifs* »[118]. Par cette phrase, Neil Walker nous invite à accepter le désordre, pour ensuite décrire les processus variés et parfois antinomiques qui forment « *la pluralité des processus d'intégration juridique* »[119] (§2). Mais comment assurer une certaine lisibilité ainsi qu'une mesure du commun dans cet « *ordonnancement non hiérarchique du multiple* »[120] ? La voie privilégiée est celle du pluralisme constitutionnel, qui insiste sur la mise en place d'un dialogue interinstitutionnel et d'une compatibilité progressive entre les ordres juridiques (§3). Le paradoxe relève du fait que le pluralisme ordonné se rapproche des thèses constitutionnalistes concurrentes. Le pluralisme ordonné ne serait qu'un tremplin en vue de la réalisation du constitutionnalisme mondial : « *it seems constitutionalism still provides the better alternative once postnational politics has become more settled and 'domesticated'* »[121] (§4).

§1. UNE OPPOSITION AU CONSTITUTIONNALISME MONDIAL

Selon les partisans du pluralisme ordonné, le constitutionnalisme mondial est faillible à deux niveaux. Au niveau sociologique, la position constitutionnaliste méconnaît l'ampleur des effets de la mondialisation sur les ordres juridiques internes ainsi que sur l'ordre juridique international. « *À l'heure de ce qu'il est convenu d'appeler la « mondialisation du droit », nous constatons avec angoisse, et parfois avec amertume, que les systèmes de droit interne sont en train de voler en éclats, sans que le droit international ait vraiment pris le relais. Les systèmes de droit ont perdu une grande partie de leur autonomie, mais ils résistent aux efforts en faveur de « l'unité de l'ordre juridique international* » »[122] (A). Au niveau normatif, l'unité décrétée par le constitutionnalisme se révèle trop souvent être une

---

[117] Cette formule est celle de Miguel Poiares Maduro. Il analyse les rapports entre le droit communautaire et le droit des États membres sous la forme d'un droit « contrapunctique », par analogie avec la musique où plusieurs mélodies sont mises en harmonie par une sorte de contrepoids. Poiares Maduro (M.), « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », pp. 501-537, *in* Walker (N.) (*dir.*), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, xii-556 p.

[118] Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre normatif global des ordres normatifs », p. 49, *in* Ruiz-Fabri (H.) et Rosenfeld (M.) (*dir.*), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, volume 23, Société de Législation Comparée, 2011, 452 p. [ci-après, *Repenser le constitutionnalisme*]

[119] Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », p. 100, *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, xxiv-622 p.

[120] Dubout (E.) et Touzé (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », p. 13, *in* Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pédone, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 15, 2010, 336 p.

[121] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 23.

[122] Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, p. 89. Voir aussi Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *RIDC*, vol. 1, tome XXVII, 2013, pp. 11-13.

domination hégémonique plutôt qu'un droit véritablement commun. Seul le modèle pluraliste est capable d'intégrer la diversité et de respecter les différences, sans renoncer à une « *commune mesure du juste et de l'injuste* »[123] (B).

A) MIEUX COMPRENDRE LES EFFETS DE LA MONDIALISATION

La littérature du pluralisme juridique insiste sur tout ce qui est négligé et rejeté par la position constitutionnaliste. Dans la nouvelle configuration « post-westphalienne », les États ont perdu une grande partie de leur autonomie ; il est fréquent que les décisions importantes leur échappent au niveau régional ou international, parce que prises par des institutions transnationales ou des acteurs privés[124]. La formule est connue : « *le « gouvernement » subit de plus en plus la rivalité de la « gouvernance » exercée par un réseau d'acteurs constitutionnellement invisibles auxquels les buts du droit constitutionnel ne s'imposent pas* »[125].

Jusqu'à récemment, les relations entre un ordre constitutionnel national et l'ordre juridique international (au sens large) pouvaient être ordonnées selon que le système national était moniste, reconnaissant l'autorité immédiate des normes internationales, ou dualiste, exigeant alors la transposition interne de ces normes avant qu'elles ne soient considérées comme opérationnelles[126]. Dans les deux cas, le dernier mot revenait aux juridictions nationales agissant sous les auspices des constitutions nationales[127]. Or, ce modèle n'est plus approprié dans un monde où les chevauchements et les entrecroisements entre les ordres juridiques sont plus denses. De nombreuses formes juridiques inédites ont émergé à mi-chemin entre le national et l'international, dans une zone d'entre-deux. Ni le monisme, ni le dualisme ne savent rendre compte de ce « *droit transnational* »[128]. « [*A*]*vec la disparition du précédent modèle ordonné, constitué de territoires définis et d'ordres juridiques mutuellement exclusifs, et avec la prolifération de nouveaux ordres juridiques aux niveaux infranational, supranational, international et privé, il existe tout simplement beaucoup plus de points d'intersection qu'autrefois* »[129].

---

[123] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, spé. p. 8.
[124] *Ibid.*, spé. pp. 26-28. Schiff Berman (P.), « Global Legal Pluralism », *Southern Cal. L. Rev.*, vol. 80, n° 6, 2007, spé. pp. 1169-1195. Voir aussi Walker (N.), « Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », pp. 219-234, *in* Shabani (O.) (*éd.*), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007, xiv-338 p.
[125] Hamann (A.) et Ruiz Fabri (H.), « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », pp. 187-188, *in Repenser le constitutionnalisme*, *supra* note 118.
[126] Higgins (R.), *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, OUP, 1994, spé. pp. 210-217.
[127] Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 51.
[128] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 10.
[129] *Ibid.*, pp. 49-50. De la même façon, Mireille Delmas-Marty observe « *une sorte d'entrecroisement sans fin, et*

Dans une ère post-westphalienne, il faut concentrer notre attention sur la « *négociation des marges* »[130], c'est-à-dire sur la délimitation des frontières entre les anciens ordres étatiques et les nouveaux espaces juridiques. « *Aux États s'ajoutent désormais une pléthore d'autres types d'ordres juridiques autonomes ou semi-autonomes, chacun devant négocier ses propres frontières ainsi que celles avec les États eux-mêmes* »[131]. Cela ne signifie pas que les différents ordres ou espaces juridiques seraient totalement étanches les uns aux autres ou qu'ils évolueraient dans une indifférence réciproque. Les partisans du pluralisme ordonné mettent l'accent sur les nombreuses interactions, interconnexions et influences réciproques. Prenons par exemple les mutations du droit du travail au Mexique et en Amérique centrale. Selon le sociologue César Rodríguez Garavito, les conditions de travail sur les chaînes de production globalisée de biens sont régies par une multitude d'accords privés et publics qui constituent un « *caléidoscope normatif plutôt qu'un système juridique* »[132]. Les normes nationales de travail se superposent aux conventions internationales de l'OIT, aux codes de conduite des entreprises, aux clauses sociales des accords (bilatéraux, régionaux et internationaux) de commerce et d'investissement, et aux sanctions unilatérales imposées par l'UE ou les États-Unis, « *les unes et les autres s'entrechoquant* »[133].

Dans un monde aussi pluriel, le principe de hiérarchie est difficilement admissible, car il imposerait un « *universalisme de surplomb* »[134]. En revanche, une hiérarchie assouplie est plus facilement acceptée, car elle admet un certain pluralisme. Dans un monde hétérarchique, le droit ne peut jouer qu'un rôle d'« *harmonisation* »[135] en cherchant à établir une compatibilité réduite entre les ensembles normatifs. Par exemple, les principes généraux renouvellent leur fonction de complétude en tant que « passeurs » horizontaux : ils passent d'un régime à l'autre de façon horizontale, assurant ainsi une harmonisation progressive des éléments constituants de chaque ordre juridique partiel[136]. Cependant, explique Emmanuelle Jouannet, les principes

---

apparemment sans ordre, de relations entre institutions […], *normes* […] *ou juridictions* […], *de moins en moins autonomes dans ce monde où l'indépendance cède le pas à l'interdépendance* ». Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 136. Voir aussi Shaffer (G.), « A Transnational Take on Krisch's Pluralist Posnational Law », *EJIL*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 565.

[130] *Ibid.*, pp. 51-52.

[131] *Ibid.*, p. 60.

[132] Rodríguez Garavito (C.), « Globalisation en Amérique Latine », p. 258, *in* Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire de la globalisation*, trad. par W. Capeller, Paris, LGDJ, 2010, 530 p.

[133] *Ibid.*, *loc. cit.*

[134] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, spé. p. 29.

[135] L'harmonisation est « *en quelque sorte l'emblème du pluralisme ordonné* ». *Ibid.*, p. 37.

[136] Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain ou l'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », *supra* note 36, pp. 115-154.

généraux peuvent jouer un rôle ambivalent suivant leur utilisation, voire leur manipulation, par les différents acteurs. Dans le même ordre d'idées, Mireille Delmas-Marty considère que l'harmonisation par le droit est rendue possible grâce à l'apparition de principes directeurs, comme la subsidiarité et la complémentarité, et de techniques juridiques plus souples, comme la marge nationale d'appréciation, dans la mesure où ces techniques permettent de préserver la diversité et les particularismes nationaux. Mireille Delmas-Marty est toutefois consciente de la difficulté que suscitent ces techniques : elles comportent un transfert de pouvoir du législateur vers le juge et, par conséquent, un « *risque de subjectivité et d'arbitraire* »[137].

Ces dernières remarques s'inscrivent dans une problématique plus vaste et bien connue. On sait, au moins depuis Max Weber, que le besoin d'adapter le droit à la complexification de la société introduit dans la réglementation juridique un nombre croissant de principes et de standards évaluatifs, et que cette déformalisation crée deux types de dangers[138]. Premièrement, elle transfère le pouvoir politique du législateur aux organes judiciaires et administratifs, chargés pourtant de la simple « application » du droit. Deuxièmement, elle augmente l'instabilité des rapports juridiques, étant donné que chaque principe s'applique à la suite d'un calcul des intérêts en jeu et que ceux-ci varient en fonction des circonstances du cas d'espèce. On sait également que la plupart des juristes ont cherché à atténuer ces dangers en insistant sur le besoin –et la possibilité– de limiter la « discrétion » des organes judiciaires et administratifs. Ce qu'il faut retenir pour l'instant, c'est que la déformalisation du droit est un phénomène souhaitable, du point de vue du pluralisme ordonné, dans la mesure où elle rend possible « *l'application de principes directeurs communs sans pour autant conduire à l'uniformité* »[139].

B) LE PLURALISME EN TANT QUE STRATÉGIE CONTRE-HÉGÉMONIQUE

Les partisans du pluralisme ordonné soulignent que leur modèle n'est pas seulement plus représentatif de la réalité et de la pratique actuelle ; il est aussi plus souhaitable que le projet constitutionnaliste. L'idée que le pluralisme normatif soit un projet contre-hégémonique est défendue avec force par Nico Krisch[140]. « *In a post-national society characterised by diversity and rapid change* », écrit-il, « *constitutionalist models face serious difficulties and their appeal risks being diluted by the*

[137] Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, p. 96.
[138] Weber (M.), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, trad. J Grosclaude, 1987, spé. pp. 225-229.
[139] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 71. Voir aussi Delmas-Marty (M.) et Izorche (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue de droit de McGill*, vol. 46, 2001, pp. 923-954.
[140] Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, Oxford, OUP, 2010, xxiv-358 p.

(necessary) accommodation of the divergent interests and values of different parts of the polity. Pluralism, on the other hand, has significant strength in providing adaptability, space for contestation, and a possibility of steering between conflicting supremacy claims of different polity levels »[141]. Par opposition au constitutionnalisme, les vertus du pluralisme seraient au nombre de trois : une meilleure capacité d'adaptation, un meilleur espace de contestation et une meilleure gestion des conflits inter-systémiques.

Tout d'abord, le pluralisme permettrait au droit international d'avoir une plus grande capacité d'adaptation vis-à-vis des phénomènes en cours. Au lieu de fixer les solutions par des hiérarchies préétablies, un droit « pluriel » laisse une marge de manœuvre aux institutions afin qu'elles puissent répondre et s'adapter au flux des événements[142]. C'est que les conflits entre les ensembles normatifs sont désirables, à la fois en tant que sources d'idées alternatives et en tant qu'espaces de discussion. Pour le dire autrement, le pluralisme présente les avantages d'une évolution sociale « de bas en haut », au lieu d'un arrangement programmé « de haut en bas »[143]. Si l'on en croit Nico Krisch, ces avantages sont décisifs au niveau mondial. « *Here, social and political relations are much more in flux, ideas about political justice are constantly shifting, and our imagination of what governance arrangements may be feasible keeps changing* »[144].

Ensuite, le droit pluriel serait un meilleur espace de lutte qu'un ordre juridique régi par une constitution mondiale, car celle-ci serait forcéement au service de valeurs et d'intérêts particuliers. En effet, une constitution reflète souvent la volonté de la majorité et ne satisfait pas la demande de reconnaissance des groupes aux intérêts divergents ou minoritaires[145]. Par contraste, le modèle pluraliste est enclin à reconnaître et à accepter l'émergence de nouvelles communautés politiques et juridiques, et facilite ainsi les mouvements de contestation. Telle est la position défendue par Boaventura de Sousa Santos : afin de s'opposer aux normes économicistes de la mondialisation néolibérale, il revendique l'existence de plusieurs normativités (dont la solidarité, la camaraderie, le respect des esprits protecteurs de la nature, etc.), celles-ci rendant visibles et donnant une légitimité aux communautés subalternes[146].

Finalement, un droit pluriel serait plus à même de résoudre les conflits systémiques. Il

---

[141] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 2.
[142] Comme l'écrit Nico Krisch, « *leaving issues of principle and hierarchies undecided may allow space for pragmatic solutions on issues that are less fraught and might provide a safety valve when one or the other side of governance overreaches* ». Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, *supra* note 140, p. 221.
[143] Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 67.
[144] Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, *supra* note 140, p. 79.
[145] Walker (N.), « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, spé. pp. 328-329.
[146] De Sousa Santos (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique…*, *supra* note 56.

accepterait que le local, le national et l'international sont des concepts en constante évolution[147]. La soi-disant « communauté internationale » n'est pas une entité monolithique, mais plutôt un ensemble d'intérêts et de visions conflictuelles[148]. Dans un tel contexte, « *a constitutionalist order that implies ultimate authority (if only that of the constitution, the common framework) will appear problematic* »[149]. À tout le moins, il ne fait pas sens de chercher à résoudre les conflits inter-systémiques en utilisant les techniques rigides préconisées par le constitutionnalisme. Il faut plutôt encourager la recherche de compromis et de dialogue, et faire en sorte que chaque ordre juridique puisse contrôler les déficits de légitimité des autres ordres et modérer leurs excès[150]. « *In order to respect the competing claims of the different levels, we might instead choose a path that aims not so much at integration but at dissociation: one that keeps an equal distance from the ideals of all of them, that refrains from according full control over decisions* […] *to either of the competing collectivities* »[151].

§2. UN « DÉSORDRE DES ORDRES »

Selon les partisans du pluralisme ordonné, il faut « *accepter le désordre des ordres normatifs* »[152]. C'est-à-dire : accepter le désordre comme étant l'état des choses réel et accompli, et accepter l'absence d'accord, dans un contexte où il existe plusieurs méta-principes concurrents, sur la meilleure façon de résoudre les conflits entre les différentes unités juridiquement, politiquement et moralement constituées du monde (A). Ce désordre juridique global doit être pensé ni en termes monistes, ni en termes dualistes, mais bien en termes pluralistes. Cela signifie avant toute chose qu'il faut accommoder la différence. Comme le résume Nico Krisch : « *commentators have argued for a pluralist order as a means to accommodate different claims* »[153] (B).

A) ACCEPTER LE DÉSORDRE : NI MONISME, NI DUALISME

Accepter le désordre global, c'est d'abord et avant tout s'affirmer en porte-à-faux avec les modèles traditionnels que sont le monisme (ou le constitutionnalisme) et le dualisme (ou le

147 Benhabib (S.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, OUP, 2008, P. 74. Schiff Berman (P.), « Le nouveau pluralisme juridique », *RIDC*, vol. 1, t. XXVII, 2013, p. 240.
148 Engle Merry (S.), « International Law and Sociolegal Scholarship: Toward a Spatial Global Legal Pluralism », *Studies in Law, Politics, and Society*, vol. 41, Special Issue: Law and Society Reconsidered, 2008, pp. 149-168.
149 Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 25. Delmas-Marty formule la même idée dans des termes plus lyriques : le rêve d'une « *grande unité juridique du monde* » peut rapidement devenir synonyme de « *despotisme et de tyrannie* ». Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, p. 104.
150 Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 67.
151 Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 25.
152 Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 49.
153 Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, *supra* note 140, p. 100.

différentialisme). Le premier modèle méconnaît le fait que chaque régime juridique, qu'il soit étatique ou non-étatique, tend à avoir sa propre constellation des parties prenantes et une idée des intérêts qu'il protège, ainsi que de ses pouvoirs juridiques reflétant sa particularité et sa partialité[154]. La rencontre de ces régimes « *peut dès lors mener à de nouveaux conflits, incertitudes et complexité* »[155], et il n'existe aucun méta-principe grâce auquel ces conflits pourraient être résolus. Le second modèle est inadéquat en ce qu'il méconnaît les mutiples interconnexions entre les régimes juridiques, à savoir « *les relations d'incorporation institutionnelle, de reconnaissance systémique, de coordination normative, de chevauchement environnemental et de considération bienveillante* »[156].

Pour appuyer ces critiques, les pluralistes privilégient un cas d'étude : l'affaire *Kadi*[157]. Plébiscitée, cette affaire a remis en cause les sanctions anti-terroristes prises par le Conseil de sécurité au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, à l'encontre de certaines personnes suspectées d'être liées à Oussama Ben Laden, à Al-Qaida ou aux talibans[158]. Un règlement communautaire avait été adopté en 2002 pour donner concrètement effet à ces sanctions, lesquelles prenaient la forme de restrictions au déplacement des personnes suspectes, de même que d'un gel des fonds et des autres ressources financières dont elles disposent[159].

La position moniste (ou constitutionnaliste) est perceptible dans le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance dans sa première décision, celle de 2005[160]. Un recours avait

---

[154] La notion de « régimes » sert bien à désigner le fait que les ordres juridiques contemporains au sens large (qu'ils soient territoriaux ou fonctionnels) sont autonomes sans être pour autant autosuffisants ou complètement hermétiques. Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, p. 93.

[155] *Ibid.*, p. 70.

[156] *Ibid.*, p. 52.

[157] L'affaire Kadi irait dans le sens d'une « *certaine indétermination des hiérarchies normatives* ». Auby (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, 2ème éd., p. 111.

[158] Il est généralement tenu pour acquis que les États membres de l'ONU sont obligés d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité en vertu de l'article 25 de la Charte, et cela, si besoin est, en laissant inappliquées d'autres obligations en vertu de tout autre accord international conformément à l'article 103 de la Charte. Au sein de l'UE, la mise en œuvre des résolutions est exercée non pas par les États membres mais par l'Union.

[159] Le premier règlement adopté par le Conseil européen est le n° 881/2002, en date du 27 mai 2002. Ce règlement a été adopté en exécution de la résolution du Conseil de sécurité instaurant des mesures restrictives spécifiques à l'encontre de fonds de certaines personnes désignées d'accointance avec les organisations du terrorisme international (taliban, Al-Qaida).

[160] On peut toutefois penser que le raisonnement témoigne d'un dualisme en faveur du droit international, dans la mesure où le Tribunal a laissé entendre que si la Communauté devait être considérée comme liée par les obligations résultant de la Charte des Nations Unies, ce n'était pas en vertu de la Charte mais du traité instituant la Communauté elle-même. Ce raisonnement a été vivement critiqué par Jan Klabbers : « *The CFI, in all honesty, did not do a particularly good job* […]. *It held, somewhat implausibly, that the European Community (EC) was bound to adhere to UN law because, even though not a member itself, all the EC member states were UN members. It seemed to hold that the UN Charter was superior to EC law, but seemed to derive this position from EC law itself which, in a paradoxical move, would rather suggest the supremacy of EC law over the Charter* ». Klabbers (J.), « Setting the Scene », pp. 1-2, *in* Klabbers (J.), Peters (A.) et Ulfstein (G.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, OUP, 2009, xx-393 p. [ci-après, *The Constitutionalization of International law*]

été introduit par les demandeurs (M. Kadi et M. Yusuf) devant le Tribunal, en faisant valoir que les résolutions du Conseil de sécurité dont la Communauté européenne entendait assurer l'exécution étaient entachées d'illégalité, puisqu'elles violaient certains droits fondamentaux, dont le droit à un procès équitable et le droit au respect de leurs biens. Le Tribunal a précisé qu'il ne lui appartenait pas, en principe, de contrôler la légalité des résolutions prises par le Conseil de sécurité. Nonobstant, il s'est reconnu le pouvoir de contrôler la compatibilité du régime de sanctions établi par le Conseil de sécurité avec les règles de *jus cogens*, celles-ci constituant les règles hiérarchiquement supérieures du droit international général. Sur le fond, il a débouté les demandeurs du fait que les sanctions n'excédaient pas les restrictions dont pouvait être légalement entouré l'exercice de leurs droits[161].

Comme le résume Alain Pellet, si le droit international est constitutionnalisé, cela signifie qu'il est supérieur aux autres systèmes juridiques, qu'il s'agisse des droits nationaux ou du droit communautaire, « *et donc que l'on se trouve dans une perspective moniste* »[162]. Cela le conduit à contester la décision du Tribunal. Pour lui comme pour les autres partisans des Nations Unies, cette décision est inacceptable, parce que la façon dont le Tribunal reconstruit la hiérarchie normative du droit international conduit à l'érosion du système de sécurité collective et, donc, à la fragmentation du droit international général[163]. Qui plus est, la prise en compte des règles impératives s'est faite au mépris de ce qu'il y a de fondamental dans l'ordre juridique international, à savoir la protection des droits des individus, et qui résulte précisément d'avancées normatives et institutionnelles telles que la Communauté européenne. Voici la critique acerbe que Jan Klabbers adresse au Tribunal de première instance :

> « *The CFI* […] *engaged in review of Security Council acts, but only after saying it was not competent to do so; and when engaged in judicial review, it limited itself to purported norms of* jus cogens*. And most of all, when interpreting and applying human rights law, it adopted positions that few human rights lawyers would ever think defensible: an intensely political, non-judicial procedure to be removed from a sanctions blacklist was deemed compatible with the right to a fair trial; a freezing of bank accounts was held not to violate the right to property because of its temporary nature; and, more generally, the human rights of suspects of terrorism should be balanced against the number of victims*

[161] Tribunal de première instance des Communautés européennes, *T-306/01 Suk et Barakaat International Foundation et T-315/01 Kadi*, arrêts du 21 septembre 2005, §§ 242-243.

[162] Alain Pellet illustre la position constitutionnaliste en applaudissant le recours au *jus cogens* (quand bien même la décision finale serait regrettable) : « *Je salue l'« intrépidité « internationaliste » du TPI et sa perméabilité à l'idée -à laquelle j'adhère- selon laquelle nul État, nulle organisation internationale, nul organe d'une organisation internationale, qu'il s'agisse du Conseil de sécurité des Nations unies ou du Conseil des Communautés, n'est au-dessus d'un petit nombre de règles fondamentales, dont la violation entraîne la nullité de l'acte juridique qui la réalise. C'est ce que l'on appelle le* jus cogens *dans l'ordre international, ce qui correspond à l'ordre public du droit interne* ». Pelle (A.), « Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 529, 2009, pp. 415-416.

[163] Simon (D.) et Mariatte (F.), « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, professeur de droit international ? », *Europe*, 2005, étude 12. Jacqué (J.-P.) « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de Sécurité : Merci Monsieur le Professeur », *Europe des libertés*, 2006, n° 19.

caused by the suspected terrorist acts »[164].

Le Tribunal s'est fait aussi reprocher son raisonnement par la Cour de justice[165]. Celle-ci a annulé, en septembre 2008, les règlements litigieux en tant qu'ils concernaient les demandeurs, estimant que ni leur droit à un recours juridictionnel effectif, ni leur droit à la défense n'avaient été respectés, pas plus que le droit de M. Kadi au respect de sa propriété. S'appuyant sur le droit européen uniquement (par opposition au droit international général), la Cour a estimé que le contrôle de la légalité d'un acte européen par rapport aux droits fondamentaux relève des garanties constitutionnelles de l'ordre juridique de l'Union. Le contrôle des actes communautaires à l'égard des droits fondamentaux est, selon les termes de la Cour, « *l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte* »[166]. La Cour s'est donc clairement prononcée sur sa compétence à contrôler les règlements communautaires qui transposent les résolutions du Conseil de sécurité dans le système européen. Elle a trouvé que la primauté des résolutions onusiennes était inapplicable vis-à-vis des droits fondamentaux, étant donné que ceux-ci relèvent des « *fondements mêmes* »[167] du droit de l'Union. C'est pour cette raison que la Cour s'est jugée compétente à exercer un contrôle complet sur la validité du règlement communautaire litigieux, au regard des droits fondamentaux, à la suite de quoi elle a annulé les règlements attaqués.

La position de la Cour a fait, elle aussi, l'objet de nombreuses critiques[168]. De l'avis de Gráinne de Búrca, la Cour a délibérément profité de cette affaire pour affirmer avec emphase l'autonomie du droit européen vis-à-vis du droit international[169]. En effet, la Cour a pris soin de souligner que la question de sa compétence se joue « *dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des acteurs communautaires au regard des droits fondamentaux, et non dans le cadre*

---

[164] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, pp. 1-2.
[165] Un pourvoi avait été interjeté devant la Cour de justice. CJUE, grande chambre, *affaires jointes C-402/05P et C-405/05 P, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation* c. *Conseil de l'Union européenne*, arrêt du 3 septembre 2008, *Rec.*, p. I-6351.
[166] § 316 de l'arrêt de la Cour.
[167] § 305 de l'arrêt de la Cour.
[168] La décision a aussi été célébrée. Par exemple, la démarche de la Cour a été qualifiée de « *constitutionnelle* », au sens où elle protège d'abord et avant tout le principe constitutionnel du respect des droits fondamentaux, lesquels récupéraient ainsi « *une place qu'ils n'auraient en principe jamais dû quitter* ». Benlolo-Carabot (M.), « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 382.
[169] De Búrca (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Havard Int'l L. J.*, vol. 51, n° 1, 2010, p. 5. Kaarlo Tuori est du même avis. Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, pp. 22-23.

différent par nature, du droit international »[170]. Il y aurait une différence de « nature » entre les deux ordres : voilà la manifestation d'une vision « *radicalement dualiste* »[171] des rapports entre le droit international et le droit de l'Union. La Cour marquerait la différence entre les individus protégés par le système européen et le reste du monde, laissant aux non-privilégiés le soin de se débrouiller tout seuls. Telle est la critique qui se dégage des propos suivants :

> « *The ECJ* […] *underlined that it has no business testing the legality of Security Council decisions; and to the extent that such decisions have been transposed into EU law, the resulting EU legislation must conform to EU human rights standards. As a result, this strengthens the position of the EU, but possibility ends up undermining the authority of the UN. The ECJ accepts the fragmentation of international law and global governance, leaving the rest of the world to fend for itself* »[172].

B) ACCOMMODER LA DIFFÉRENCE : LE PLURALISME

Ni monisme, ni dualisme radical, mais pluralisme : voilà la solution préconisée par l'avocat général Miguel Poiares Maduro dans ses conclusions générales présentées à la Cour. Il développe son argumentation pluraliste en deux temps[173]. D'abord, il abandonne la vision hiérarchisée (constitutionnaliste) de l'ordre international selon laquelle il y aurait, au sommet, les normes impératives, puis les résolutions du Conseil de sécurité, et finalement les actes de la Communauté européenne. Selon l'avocat général, « *l'affirmation selon laquelle une mesure est nécessaire pour maintenir la paix et la sécurité internationales ne saurait avoir pour effet de neutraliser de manière définitive les principes généraux du droit communautaire et de priver les justiciables de leurs droits fondamentaux* »[174]. Ainsi convient-il de revenir à l'orthodoxie des premiers temps de la

---

[170] Voir les paragraphes 2) et 3) du dispositif.

[171] Mena Parras (F.J.), « Retour sur *Kadi* : de la nécessité d'une jurisprudence de type *Solange I* dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *Cahiers de droit européen*, n° 5-6, 2010, pp. 683-729. En effet, la Cour dit elle-même que l'annulation du règlement communautaire ne remettait pas en cause la primauté des résolutions du Conseil de sécurité sur le plan international (§ 288 de l'arrêt de la Cour). Pour une critique similaire, voir Simon (D.), « Cour de justice et tribunal de première instance des Communautés européennes », *AFDI*, 1999, pp. 604-622.

[172] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 2. Selon Jean-Paul Jacqué, le problème est plutôt que la Cour « *ouvre une boîte de Pandore qui contribue à fragiliser l'action des Nations unies dans le domaine de la paix et la sécurité internationales* ». Jacqué (J.-P.), « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 45, 2009, p. 179. Il ajoute que l'arrêt de la Cour pourrait être utilisé par d'autres pour refuser de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité « *pour des raisons bien moins honorables tirées de valeurs spécifiques* ». Pour cette position de nature constitutionnaliste, voir aussi Van den Herik (L.) et Schrijver (N.), « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 5, 2008, p. 335. Voir aussi Hinojosa Martínez (L.), « Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 5, 2008, p. 344. Beulay (M.), « La mise en œuvre des "smart sanctions" des Nations unies par les États membres et la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 372.

[173] « *In a pluralist model* […] *primacy is usually recognized to EU law but on grounds of a refragable presumption based on a multitude of criteria including human rights, protection, democratic inclusion, fairness, etc.* ». Besson (S.), « How International is the European Legal Order?... », *supra* note 113, p. 64. Voir aussi Kumm (M.), « The Legitimacy of International Law. A Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 907-931.

[174] Avocat général, Conclusions dans l'affaire C-402/05 P, 16 janvier 2008, § 34.

construction communautaire, celle de l'arrêt de principe *van Gend en Loos*, et de rappeler l'autonomie et la nouveauté de l'ordre communautaire. Point de solipsisme pour autant : « *la Communauté a traditionnellement joué un rôle actif et constructif sur la scène internationale* »[175]. Mais point non plus de subordination de l'ordre communautaire à l'ordre onusien. Il importe que les mesures d'exécution des sanctions onusiennes soient compatibles avec les droits de la défense et le droit à un contrôle juridictionnel effectif, non pas parce qu'ils relèvent du *jus cogens*, mais bien parce qu'ils « *relèvent des principes généraux du droit communautaire* »[176].

Ensuite, l'avocat général suggère à la Cour que, tant et aussi longtemps que le mécanisme de sanctions du Conseil de sécurité s'avère défaillant du point de vue des garanties procédurales aménagées au profit des personnes visées (et ce, à l'aune des principes généraux du droit communautaire), la Communauté doit surseoir à les exécuter. « *Si un véritable mécanisme de contrôle juridictionnel effectif effectué par un tribunal indépendant avait existé aux Nations Unies, cela aurait pu affranchir la Communauté de l'obligation de fournir un contrôle juridictionnel des mesures de transposition applicables dans l'ordre juridique communautaire. Toutefois, un tel mécanisme n'existe pas à l'heure actuelle* »[177]. Cet argument, très proche de la logique « *Solange* » développée par la Cour constitutionnelle allemande, a été repris par la Cour de justice de l'UE dans sa décision de 2008, puis de manière encore plus explicite par le Tribunal de première instance dans sa décision de 2010. Le Tribunal estime en effet que, « *aussi longtemps que les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective* », il incombe aux juges européens d'assurer un contrôle, « *en principe complet* », de la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux[178].

En proposant à la Cour de Luxembourg de pallier l'absence de procédure adéquate au sein

---

[175] *Ibid.*, § 22.

[176] *Ibid.*, § 49. Il cite la Cour de justice des communautés européennes pour qui « *le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure (...) Ce principe exige que les destinataires d'une décision, qui affecte de manière sensible leurs décisions, soient en mesure de faire connaître utilement leur point de vue* ».

[177] *Ibid.*, § 54.

[178] TPI, *Yassin Abdullah Kadi* c. *Commission européenne*, (T-85/09), arrêt du 30 septembre 2010, §§ 126-127. Arrêt de la Cour, *supra* note 165, §§ 326-327. C'est « *le périmètre et la nature* » du contrôle de légalité de la Cour en ce qui concerne des actes des institutions de l'UE mettant en œuvre des résolutions du CS en matière de lutte anti-terroriste qui seront l'objet des arrêts ultérieurs. Voir les conclusions de l'avocat général Yves Bot du 19 mars 2013, § 2. Arrêt de la Cour de justice de l'UE dans les affaires jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, *Commission, Conseil, Royaume-Uni* c. *Yassin Abdullah Kadi*, 18 juillet 2013. La Cour a conclu que l'Union européenne ne peut pas adopter de mesures restrictives à l'égard de M. Kadi, faute de preuves susceptibles d'étayer son implication dans des activités terroristes.

des Nations Unies, l'avocat général lui suggère d'être « *le vecteur de la diffusion* »[179] des droits de la défense et du principe de la motivation des sanctions administratives. En ce sens, il est significatif que les juges européens ne sont pas les seuls à avoir critiqué la procédure suivie par le Comité de sanctions de l'ONU. Il y a eu une foule de dénonciations et de pressions, à tous les niveaux national, régional et international. Plusieurs juridictions nationales ont été amenées à examiner (et à tancer) le régime des sanctions établi par le Conseil de sécurité[180]. Qui plus est, la Cour européenne des droits de l'homme a admis le recours de M. Nada, un autre individu dont le nom figurait sur une liste noire, pour violation du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) et du droit à un recours effectif (article 13)[181]. À l'unanimité, la Cour a établi que la Suisse avait violé la Convention en mettant en œuvre les sanctions prises par le Conseil de sécurité à l'encontre des individus liés au régime des talibans et Al-Qaïda. Le rapporteur de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Dick Marty, a lui aussi fait valoir son avis à propos des procédures onusiennes, les considérant « *indignes d'institutions internationales, comme l'ONU et l'Union européenne* » et « *fragilisant la légitimité de sanctions ciblées dans la lutte contre le terrorisme* »[182]. Au sein des Nations Unies, des critiques acerbes ont été formulées par des institutions spécialisées à l'encontre des « listes noires »[183]. Du point de vue pluraliste, ces pressions ont contribué à ce que le Conseil de sécurité améliore, peu à peu, son mécanisme de sanctions. En effet, les décisions adoptées de part et d'autre :

> « *collectively creat*[*ed*] *normative pressures on the UN SC to change its practices in order to forestall further litigation, assure compliance with its decisions, and uphold its authority. The SC has, in response, delisted a number of individuals, and revised its procedures multiple times. In December 2009, the UN SC created the position of an Ombudsman empowered to receive and raise delisting requests* »[184].

---

179 Dubin (L.), « Chronique de droit administratif global 2007-2008 », Droit administratif, n° 11, chronique 4, novembre 2008.

180 Voir la décision de la Cour suprême du Canada du 4 juin 2009 (*Abdelrazik* c. *Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 1 R.C.F. 267 [2010]), et celle au Royaume-Uni du 4 février 2010 (*HM Treasury* c. *Mohammed Jabar Ahmed*,. UKSC 5 [2010]).

181 CEDH, Grande Chambre, *Nada c. Suisse*, requête n° 10593/08, arrêt du 12 septembre 2012.

182 Voir la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 1597 (2008) du 23 janvier 2008, adoptée sur la base de rapport de Dick Marty (Doc. 11454 du 16 novembre 2007). Voir aussi les travaux menés par l'ODHIR (Office for Democratic Institutions and Human Rights) de l'OSCE, *Counter Terrorism Protecting Human Rights. A manual* (2007) et *Background paper Giessbar II Seminar on Combating the Financing of Terrorism* (2008).

183 Fassbender (B.), « Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights: A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-up Action by the United Nations », *IOLR*, vol. 3, 2006, pp. 437-485. Voir aussi le rapport du Watson Institute For International Studies, Brown University (adopté par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité de l'ONU), *Strengthening UN Targeted Sanctions Through Clear and Fair Procedures*, UN Doc. A/60/887-S/2006/331, 14 juin 2006.

184 Shaffer (G.), « A Transnational Take on Krisch's Pluralist Posnational Law », *supra* note 129, 569. Cette influence a été reconnue par l'Ombudsman lui-même : « *the decision of the ECJ, coming at the culmination of ongoing criticism –academic, political, and otherwise– as to the lack of a fair and transparent process, led directly to the* […] *establishment of the Office of the Ombudsperson* ». Prost (K.), « Lecture at the Institute of Legal Research on the Invitation of the Ministry of Foreign Affairs and the National Autonomous University of Mexico », 24 juin 2011, p. 4.

En résumé, le déroulement de l'affaire *Kadi* et ses répercussions à travers le monde seraient la manifestation du modèle pluraliste. Cette affaire montre que, contrairement à ce que prétend la position constitutionnaliste, les régimes juridiques ne sont pas unifiés en fonction d'une hiérarchie prédéfinie. Cette affaire montre aussi que, contrairement à la position différentialiste, les régimes ne sont ni autosuffisants, ni nécessairement hégémoniques. Il y a des interactions entre eux et, comme en témoigne l'amélioration des garanties procédurales du mécanisme de sanctions, des évolutions sont possibles. On peut même dire que les régimes juridiques ne peuvent pas évoluer autrement qu'en se prenant mutuellement en compte. Gregory Schaffer résume ainsi la vision pluraliste : « *there is no legal centre or hierarchy, but rather distinct legal orders that overlap and interact, sometimes accommodating and sometimes contesting each other, sometimes converging and sometimes diverging, in light of the different competing and conflicting values, preferences, and priorities, though always pressed* […] *to take each other into account* »[185].

§3. VERS UN PLURALISME CONSTITUTIONNEL ?

À ce stade, les pluralistes font face à une critique importante : si leur seule ambition consiste à assurer que le droit « accommode » le désordre global, comment peuvent-ils penser que cette accommodation se fera au profit de tous et non pas uniquement des plus forts ? C'est la critique de l'apologie : « *greater flexibility comes with the risk of a surrender to social forces* »[186]. Sans un arsenal juridique fort, le monde international risque de s'organiser rapidement de manière à satisfaire les préférences de ceux qui occupent les positions dominantes.

Cette critique a été formulée avec force par Balakrishnan Rajagopal dans son étude du conflit relatif à la construction d'ouvrages hydroélectriques sur la Narmada en Inde[187]. Dans quelle mesure les divers mécanismes utilisés par le mouvement anti-barrage (pour se soulever contre le gouvernement central, contre les gouvernements des États indiens, contre l'industrie des barrages et contre la Banque mondiale) ont-ils joué un rôle anti-hégémonique ? La réponse de Balakrishnan Rajagopal est plutôt pessimiste, car les décisions prises dans les différents ordres juridiques ont des influences ambivalentes les unes sur les autres : « *the multiplicity of applicable legal orders granted social activists in India space but also meant that successes in one*

---

[185] *Ibid.*, pp. 565-566. Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, *supra* note 140, spé. pp. 159-169.
[186] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 21. Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law… », *supra* note 33, p. 23.
[187] Rajagopal (B.), « The Role of Law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India », *LJIL*, vol. 18, n° 3, 2005, pp. 345-387.

order did not necessarily translate into the others. Thus a pluralist structure does not, in and of itself, allow for more effective contestation than a constitutionalist one »[188]. Par exemple, la coalition internationale qui s'est formée pour s'opposer au déplacement des populations locales et à la dégradation de l'environnement a fait en sorte que la Banque mondiale se retire du projet de construction en octobre 1992. En 1994, le mouvement anti-barrage indien, appelé « *Narmada Bachao Andolan* » (NBA), a déposé une pétition nationale qui a amené la Cour suprême à ordonner, un an plus tard, la suspension des travaux du barrage. Mais un revirement de situation s'est produit en 1999 : la Cour suprême a finalement débouté le mouvement anti-barrage et annulé la suspension des travaux. À ce moment-là, le succès initial au niveau international a joué au détriment du mouvement anti-barrage : « *the movement's 'success' at the international level –for example, compelling the World Bank to pull out– turned out to be a liability at the domestic level, as it left the NBA at the mercy of the Indian state, including the Supreme Court, without having the leverage it had on the Indian state through its transnational social movement pressure on the World Bank* »[189].

Une façon d'anticiper cette critique est de promouvoir l'élaboration d'un pluralisme constitutionnel. Celui-ci peut être défini comme la situation dans laquelle se superposent plusieurs ordres juridiques qui « *se prétendent en situation d'autonomie et en possession de l'autorité juridique ultime* »[190]. Mais cette pluralité peut évoluer pacifiquement, sans alimenter « *l'arrogance du plus fort* »[191], à partir du moment où chaque site constitutionnel reconnait l'existence des autres sites ainsi que leur légitimité et leur interdépendance réciproques. Selon l'un de ses promoteurs, Neil Walker, « *constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development* »[192]. Ce projet est une « *utopie réaliste* »[193], pour reprendre les termes de Mireille Delmas-Marty (A), et l'espace

---

[188] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 25.
[189] Rajagopal (B.), « The Role of Law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism… », *supra* note 187, p. 386.
[190] Giori (F.), « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », communication au VIIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 25-27 septembre 2008, p. 6. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GiorgiTXT.pdf
[191] Ost (F.), « Mirelle Delmas-Marty ou la puissance de l'esprit d'utopie », p. 45, *in Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, 551 p.
[192] Walker (N.), « The Idea of Constitutional Pluralism », *supra* note 145, p. 317. La littérature sur le sujet est très vaste. Pour un ouvrage collectif récent, voir Avbelj (M.) et Komárek (J.) (*eds.*), *Contitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart, 2012, 452 p.
[193] Delmas-Marty (M.), « Une utopie réaliste », p. 297, *in* Royer (J.-P.) (*dir.*), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, Coll. Droit et Justice, 2003, 312 p.

judiciaire européen est le « *laboratoire* »[194] par excellence pour le développer (B).

A) UNE « UTOPIE RÉALISTE »

Dans ses cours au Collège de France, Mireille Delmas-Marty s'intéresse aux processus de mondialisation du droit. « Les » processus : ce pluriel est à la fois chance et risque. Mireille Delmas-Marty attire ainsi l'attention sur la possibilité que les processus de mondialisation soient cooptés par les acteurs les plus forts. Pour éviter cela, une certaine hiérarchie normative est nécessaire ; elle instaurera un équilibre entre des forces autrement inégales. « *Autrement dit, l'absence de toute contrainte verticale risque de conduire soit à la désintégration (retour à l'autonomie et risque de conflits), soit à l'instrumentalisation au profit du droit du plus fort (favorisant une intégration hégémonique)* »[195]. L'ambition de Mireille Delmas-Marty est double : ordonner le multiple sans le réduire à l'identique et admettre la pluralité sans renoncer à un droit commun[196]. Pour cela, elle s'attache à montrer que les processus d'intégration sont (et doivent être) la coordination par entrecroisement, l'harmonisation par rapprochement et l'unification par hybridation.

Tout d'abord, les situations d'interdépendance entre les ordres juridiques (étatiques et non étatiques) se multiplient. L'échange est inévitable ; il est révélé, par exemple, par les jeux d'interprétation croisée des organes judiciaires. En Europe, les liens entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme favorisent une « *fertilisation réciproque* »[197]. Mais l'Europe fait figure d'exception régionale. Par contraste, la création des Tribunaux pénaux internationaux (TPI) et de la Cour pénale internationale (CPI) favorise des entrecroisements plus complexes avec le Comité des droits de l'homme, la CIJ et les cours régionales des droits de l'homme. Il s'agit d'entrecroisement et non pas de mise en ordre, nous dit Mireille Delmas-Marty, car les juges des TPI se considèrent comme autonomes ; ils refusent toute hiérarchie[198]. Pour qu'une cohérence d'ensemble soit créée, il faudrait qu'une réciprocité s'installe entre les ordres juridiques et qu'un dialogue s'établissent entre les juridictions[199]. Dans l'attente, les entrecroisements sont nécessaires mais insuffisants.

---

[194] Delmas-Marty (M.), « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *Droits*, 2000, chr. 421.
[195] Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, p. 104.
[196] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 8.
[197] *Ibid.*, p. 49.
[198] Ils opposent le même refus à la CIJ : bien que celle-ci « constitue « l'organe juridictionnel principal » du système des Nations Unies, […] *il n'existe aucun lien hiérarchique entre les deux juridictions* ». TPIY, affaire *Music et consorts* (« Camp de Celebici », arrêt de la Cour d'appel, 20 février 2001, § 24.
[199] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, pp. 63-65.

Il faut donc accroître l'ordonnancement par une harmonisation par rapprochement. Ce processus est « *au cœur du pluralisme ordonné* »[200], car il vise l'intégration sans pour autant imposer l'unification. Prenons par exemple la convention de Rome établissant la CPI : en incitant les États qui veulent revendiquer leur compétence à adopter des normes suffisamment proches du standard international pour être capables de traiter eux-mêmes l'affaire[201], la convention peut être vue comme un « *instrument d'harmonisation indirecte* »[202]. Contrairement, donc, aux entrecroisements qui se limitent à des coordinations horizontales, l'harmonisation instaure une relation de type vertical entre les ordres juridiques, impliquant une hiérarchie. Mais cette hiérarchie n'est pas univoque et la primauté du droit international peut s'inverser au profit du droit interne : c'est la raison d'être de la subsidiarité en droit communautaire[203].

Pour que l'intégration soit réalisée, il faut un processus encore plus ambitieux, qui est l'unification par hybridation[204]. Par opposition à la transplantation, l'hybridation est un processus qui combine différents systèmes et donc qui incorpore des éléments de la diversité juridique du monde[205]. Par un examen de l'élaboration de la procédure pénale internationale, Mireille Delmas-Marty vise à déterminer dans quelle mesure les règles et les principes dégagés à partir des différents systèmes juridiques du monde engendrent une « *grammaire commune* »[206]. Cela exige un effort de conceptualisation, car il faut définir des principes communs, acceptables à l'intérieur de chaque système juridique, tout en répondant aux spécificités de la justice pénale internationale. On peut également travailler sur la notion de procès équitable dans une perspective comparatiste et centrer l'attention « *sur le mouvement, la dynamique qui fait que les espaces normatifs nationaux communiquent entre eux, y compris via le droit international et en l'imprégnant au passage* […]. *De véritables réseaux normatifs peuvent se constituer. Chacun d'y reconnaît en fonction de son espace de référence mais tous s'y reconnaissent malgré la diversité des espaces de référence* »[207]. Plus important encore, il faut déterminer dans quelle mesure les droits fondamentaux sont les « *charnières* »[208] entre les ensembles juridiques. Dans un ouvrage publié récemment, Édouard Dubout et Sébastien Touzé répondent par l'affirmative : ils suggèrent qu'il est possible de

---

[200] *Ibid.*, p. 71.
[201] Paragraphe 1 a) de l'article 17 du Statut de la Cour pénale internationale.
[202] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 77.
[203] Cette inversion est suggérée par l'expression « hiérarchies inversées ». *Ibid.*, p. 72.
[204] Emmanuelle Jouannet considère ainsi que les principes généraux seraient devenus des instruments de hiérarchisation : ils apporteraient une certaine verticalité matérielle ou axiologique afin d'assurer la cohérence du système global. Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux… », *supra* note 36, pp. 139-144.
[205] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 102.
[206] *Ibid.*, pp. 112-122. Voir aussi Delmas-Marty (M.), « Droit comparé et droit international… », *supra* note 71.
[207] Ruiz Fabri (H.), « Propos introductifs », p. 11, *in* Ruiz Fabri (H.) (*dir.*), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, vol. 4, 2003, 290 p.
[208] Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *supra* note 120.

parvenir à « *une intégration de plus en plus poussée des systèmes juridiques qui s'ordonnent ou convergent autour du respect des droits fondamentaux, sans cesser d'être pluralistes* »[209].

François Ost l'a écrit : les travaux de Mireille Delmas-Marty sur l'émergence d'un droit commun pluraliste relèvent de l'esprit d'utopie ; ils renouent « *avec ce qu'on pourrait appeler la capacité (et le courage) de rêver* »[210]. Mais il ne s'agit pas d'une fuite dans le rêverie, dans la mesure où ce droit commun s'incarne d'ores et déjà dans le droit positif, du moins en Europe.

B) LE « LABORATOIRE EUROPÉEN »

Il est de plus en plus fréquent de présenter les rapports que le droit communautaire entretient avec les ordres juridiques nationaux sous l'angle du pluralisme constitutionnel. C'est que l'Europe constitue le laboratoire par excellence du pluralisme constitutionnel : depuis au moins le 23 avril 1986, date à laquelle la Cour de justice a qualifié les traités originaires de « *charte constitutionnelle de base de l'Union européenne* »[211], l'Europe abrite une pluralité de sources constitutionnelles. Cela conduit à une situation potentiellement conflictuelle entre les ordres constitutionnels, « *conflit qui doit être résolu d'une manière non hiérarchique* »[212]. La particularité est que ces ordres constitutionnels se disputent l'autorité sur le même espace territorial et social[213]. La bataille est menée au sein de l'espace reconnu des États, et la revendication concurrente d'autorité soulevée par le droit communautaire conteste la suprématie de l'ordre juridique (ou la souveraineté) des États. L'histoire de la construction européenne montre qu'« *une crise particulièrement grave éclate lorsque les revendications du droit transnational se rapportent à des questions de droit réservées à valeur constitutionnelle au sein de l'ordre national* »[214].

---

[209] Dubout (E.) et Touzé (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », p. 16, *in ibid*. Ils ne sont pas les seuls à défendre cette position. Voir par exemple Stone Sweet (A.), « The Structure of Constitutional Pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law », *I-CON*, vol. 11, n° 2, 2013, spé. pp. 497-500. Turgis (S.), *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pédone, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, n° 17, 2012, 642 p.

[210] Ost (F.), « Mirelle Delmas-Marty ou la puissance de l'esprit d'utopie », *supra* note 191, p. 41.

[211] Cour de justice des communautés européennes, *Les Verts* c. *Parlement européen,* affaire 294/83, 23 avril 1986, *Rec.* p. 1339.

[212] Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », p. 199, *in* Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux…*, *supra* note 120. Voir aussi Kumm (M.), « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? », *Common Market L. Rev.*, vol. 36, n° 2, 1999, pp. 351-386.

[213] Nous sommes confrontés à ce que Paul Schiff Berman appelle les « *espaces juridiques hybrides* ». Schiff Berman (P.), « Le nouveau pluralisme juridique », *supra* note 147, p. 231. Voir aussi, plus généralement, les contributions dans Schiff Berman (P.) (*éd.*), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, xlviii-650 p.

[214] *Ibid.*, p. 21.

Les partisans du pluralisme constitutionnel acceptent que la relation entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux soit définie en termes d'indépendance, d'effet direct et de primauté. Ils rappellent que, dans les années 1960, la Cour de Luxembourg a affirmé que le droit communautaire constitue un ordre juridique indépendant, distinct du droit international et des ordres juridiques des États membres. Elle a aussi affirmé que, sous certaines conditions, le droit communautaire a un effet direct dans les États membres, puisqu'il peut être invoqué par des personnes privées devant les juridictions nationales ; et que, dans une affaire pendante devant une juridiction nationale, lorsque l'application d'une règle communautaire à effet direct et celle d'une règle de droit interne conduit à des résultats contradictoires, la première doit se voir conférer la primauté sur la seconde[215]. Tout ceci est aujourd'hui largement acquis : le droit communautaire est un ordre juridique autonome, à l'instar des ordres juridiques nationaux, et les règles de droit communautaire priment sur les règles constitutionnelles nationales.

Cependant, cela ne revient pas à faire du droit communautaire et des systèmes internes des « boîtes noires »[216]. Il est peut-être vrai que, lorsqu'on adopte la perspective interne d'un de ces ordres juridiques, celui-ci se considère en position d'autorité ultime. Mais, disent les pluralistes, il ne faut pas que nous restions nous-mêmes prisonniers de cette perspective. Autrement dit, il ne faut pas que nous fermions les yeux devant le fait qu'en dépit des difficultés, des dialogues s'établissent à travers les frontières systémiques et que les instances juridictionnelles s'engagent dans une « *communication mutuelle* »[217]. Les pluralistes s'opposent ici fermement au différentialisme, ou à ce que Kaarlo Tuori appelle le pluralisme « radical » et qu'il associe aux noms de Kelsen, Koskenniemi et Luhmann : « *le perspectivisme ne condamne pas nécessairement les ordres juridiques et les systèmes à un solipsisme hermétique, mais peut impliquer des ressources pour le dialogue et la coopération* »[218]. Pour défendre cette position anti-différentialiste, les

---

[215] Dès l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963, la Cour de justice de Luxembourg a donné une interprétation extrêmement large des interdictions de discrimination contenues dans le traité CEE, érigées en source de droits que les plaignants pouvaient invoquer devant les juridictions nationales, même lorsque le libellé de ces dispositions laissaient entendre qu'elles s'adressaient principalement aux États membres. Peu après, dans l'arrêt *Costa* c. *ENEL* de 1964, passant outre au silence des traités sur la question, la Cour a affirmé qu'en cas de conflit avec des dispositions nationales (fussent-elles de droit constitutionnel), la règle communautaire devait toujours prévaloir. Affaire 4/73, *Nold* c. *Commission*, *Rec.* 1974, p. 491. Comme le dit Guillaume Tusseau, « *il s'avérait dès lors d'autant plus difficile pour les États de critiquer la révolution qui se faisait sous leurs yeux que la Cour leur opposait précisément* leurs *normes les plus fondamentales :* leurs constitutions et les traditions nationales *plus profondes sur lesquelles elles se fondent* ». Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », p. 214, *in* Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (*dir.*), *La science du droit dans la globalisation*, *supra* note 76.

[216] Pour une présentation et une critique du modèle (étato-souverainiste) de la « boîte noire », voir Twining (W.), *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Northwestern University Press, 2000, 296 p.

[217] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 21.

[218] *Ibid.*, p. 23.

partisans du pluralisme constitutionnel avancent deux types d'argument.

Premièrement, ils aiment rappeler que, du point de vue national, l'acceptation par les cours constitutionnelles des principes posé par la Cour de Luxembourg (et en particulier du principe de primauté) n'a pas été sans équivoque : « *lorsque les cours constitutionnelles nationales ont reconnu le principe de primauté comme mettant en danger les fondements constitutionnels de l'ordre juridique national, ainsi que leur propre compétence de gardien suprême de ces fondements, elles ont soulevés la bannière de la résistance* »[219]. Ces conflits d'autorité ont conféré au droit communautaire une autorité normative « *contestée* » ou, du moins, « *négociée* »[220]. Cela affecte inévitablement le rôle de la Cour de Luxembourg, ses méthodes d'interprétation ainsi que ses rapports avec les juridictions nationales en Europe. Pour le dire plus directement, la Cour est liée, en plus des contraintes argumentatives, par des contraintes institutionnelles : elle n'est qu'un des nombreux acteurs juridiques qui participent à la construction de l'ordre communautaire. La réussite de cette construction dépend de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales, et cela doit prendre la forme d'un « *dialogue parmi des entités égales* »[221].

Deuxièmement, les pluralistes mettent l'accent sur l'interpénétration profonde qui a lieu entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux. « *Le perspectivisme en droit est inévitable, mais le solipsisme ne l'est pas* »[222]. L'« interlégalité », un concept développé par Boaventura de Sousa Santos, offrirait une alternative au solipsisme du pluralisme radical. Au lieu de suivre la logique dichotomique de « *l'un ou l'autre* », l'interlégalité suit la logique de « *l'un et l'autre* »[223]. Dans le contexte européen, ce concept a été repris par Kaarlo Tuori, pour qui « *dans le miroir de l'interlégalité, de multiples ordres juridiques, des systèmes ou des régimes n'apparaissent pas comme des entités autonomes ; ils sont considérés comme se chevauchant mutuellement et maintenant une relation de dialogue entre eux* »[224]. Des formes de contact pacifique et d'ajustement sont possibles entre les ordres juridiques qui se chevauchent en Europe, parce que les couches profondes du

---

[219] *Ibid.*, p. 22. Pour un compte-rendu plus détaillé de la façon dont les juridictions nationales ont progressivement accepté les revendications d'indépendance, d'effet direct et de primauté formulées par la Cour de justice, voir par exemple Stone Sweet (A.), *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, OUP, 2004, 294 p.

[220] Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle… », *supra* note 212, p. 199.

[221] *Ibid.*, p. 210. Miguel Poiares Maduro veut guider ce dialogue par quelques méta-principes : les tribunaux « *doivent de plus en plus être attentifs au fait qu'ils ne disposent pas d'un monopole interprétatif sur les règles de droit et qu'ils seront souvent en concurrence avec d'autres institutions pour leur interprétation. Ils doivent accepter que la protection des valeurs fondamentales de leur ordre juridique peut être mieux réalisée par une autre institution ou que le respect dû à l'identité d'un autre ordre juridique pourrait les conduire à se soumettre à la compétence de cet ordre* ». *Ibid.*, p. 211.

[222] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 26.

[223] De Sousa Santos (B.), « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, vol. 10, 1988, p. 403.

[224] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 26.

droit (les couches « *juridico-culturelles* »[225]) sont similaires. Kaarlo Tuori présente sa position ainsi : la conception du pluralisme radical peut sans doute nous aider à cartographier le paysage juridique européen, mais ses possibilités d'application se limitent au niveau superficiel des normes explicites. « *Lorsque nous nous tournons vers les couches juridico-culturelles du droit, les frontières des ordres juridiques s'avèrent beaucoup plus poreuses* »[226]. Après tout, le droit transnational européen est un langage commun aux juristes européens ; ces derniers peuvent engager dans un dialogue inter-systémique grâce aux « *particularités partagées dans les cultures juridiques qui instruisent la* Vorverständnis *des acteurs juridiques* »[227].

Il est important de comprendre que ces arguments, alors même qu'ils semblent opposés, sont formulés conjointement. Premièrement, les pluralistes suggèrent que la Cour de Luxembourg est libre de faire ce qu'elle veut en droit, mais qu'elle doit tenir compte des contraintes argumentatives et institutionnelles : elle doit « dialoguer ». Deuxièmement, il apparaît que la Cour n'est pas si libre que cela, parce qu'elle est liée par des valeurs plus profondes qui correspondent aux cultures juridiques européennes. La notion de dialogue est ce qui fait la jonction entre ces deux arguments. En effet, la notion de dialogue, qui est centrale au pluralisme constitutionnel, présuppose qu'il y a quelque chose de « commun » : le dialogue « *ne se limite pas seulement à une connaissance de l'autre, mais il s'agit d'une reconnaissance d'une certaine parentalité, d'une comparabilité possible, qui ouvre à la discussion et à l'argumentation* »[228].

§4. CONCLUSION

En fin de compte, il semble que le pluralisme ordonné « *represents less an alternative to than a continuation of constitutionalist themes: even though its different expressions in the literature all focus on diversity and contestation, they see this contestation as contained in a common, constitutional framework* »[229] (A). Le paradoxe est que le pluralisme ordonné, alors qu'il commence par célébrer la différence, est amené à adopter le langage conservateur des valeurs et de l'identité (B).

---

[225] *Ibid.*, p. 30. De la même façon, Miguel Poiares Maduro affirme que « *le droit communautaire ne cherche pas à remettre en cause l'identité constitutionnelle des ordres constitutionnels nationaux, parce qu'ils sont basés sur les mêmes valeurs juridiques* ». Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle… », *supra* note 212, p. 211.

[226] *Ibid.*, p. 32. Sur la conception géologique de Kaarlo Tuori, voir son article « Towards a Multi-Layered View of Modern Law », pp. 427-442, *in* Aarnio (A.), Alexy (R.) Bergholtz (G.) (*eds.*), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday. 16 November 1997*, Lund, Kuristförlaget i Lund, 1997, 500 p.

[227] *Ibid.*, p. 33.

[228] Dubout (E.) et Touzé (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *supra* note 120, p. 12. Voir aussi Frydman (B.), « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », p. 149, *in Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, 2007, 166 p.

[229] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 18

A) LE PLURALISME, UN TREMPLIN VERS LE CONSTITUTIONNALISME ?

Nico Krisch assène une critique sévère à l'encontre du pluralisme ordonné : celui-ci n'est qu'une forme déguisée de constitutionnalisme. Sa vision à long terme de l'ordre juridique mondial n'est pas différente de celle proposée par la pensée constitutionnaliste, ce qui pose problème : « *it continues to lack appeal as a long-term vision of what the global order should look like* »[230].

Si le pluralisme ordonné se rapproche effectivement de la position constitutionnaliste, cela s'explique au regard de sa structure argumentative. Son point de départ a été formulé comme suit par Antonio Cassese : « *Nous croyons vivre dans un espace juridique limité, unique et « absolu » : l'espace de notre États ; en fait nous évoluons dans un monde juridique qui appartient et s'ouvre à nombre d'autres systèmes normatifs, un monde où se croisent tensions, règles et interdits provenant de réalités diverses* »[231]. Contrairement à ce qui est préconisé par le constitutionnalisme mondial, les pluralistes nous demandent d'accepter la complexité des configurations juridiques, de dépasser le cosmopolitisme moniste et de promouvoir un « *ordonnancement non hiérarchique du multiple* »[232].

Cependant, les partisans du pluralisme ordonné ne veulent pas cautionner les thèses apologétiques, associées au pluralisme radical (ou au différentialisme). C'est pourquoi ils prennent soin d'ajouter que leur approche ne signifie pas l'absence totale d'unité, « *à moins de retourner à une sorte d'état de nature anarchique post-moderne* »[233]. À l'inverse de l'état de nature ou du chaos, le pluralisme des ordres juridiques requiert justement leur coordination autour de quelques principes fédérateurs qui représentent les valeurs essentielles de la communauté mondiale. Cette formule n'est pas une pétition de principe, précisent-ils, parce que le pluralisme constitutionnel est déjà à l'œuvre dans le champ juridique européen. On trouve là

---

[230] Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, *supra* note 140, p. 112.
[231] Cassese (A.), « Cette bouleversante pluralité d'espaces juridiques », p. 81, *in Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, *supra* note 191.
[232] Dubout (E.) et Touzé (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *supra* note 120, p. 13.
[233] Jouannet (E.), « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, p. 14. Prenons par exemple les travaux de Paul Schiff Berman : celui-ci se situe clairement dans le camp des pluralistes, dans la mesure où il examine les « *interactions multidirectionnelles* » des normes locales, nationales et internationales. Nous vivons dans un monde composé de communautés normatives multiples qui se chevauchent, explique-t-il, et Gunther Teubner a raison de dire que les batailles sont souvent menées sur le terrain du « *conflit de lois* ». (Schiff Berman (P.), « Le nouveau pluralisme juridique », *supra* note 147, p. 239 et p. 243). Mais Paul Schiff Berman ne va pas jusqu'à endosser la thèse différentialiste : « *his discussion of the forms that may allow managing the resulting conflicts recalls the instruments by which constitutionalist models seek to accommodate diversity* […]. *Schiff Berman seems to become afraid of the 'messy' picture he describes and clings to some degree of institutionalised harmony* ». Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 17.

une pratique de tolérance constitutionnelle et des exemples de coopération entre les juridictions relevant de différents ordres juridiques constitutionnels. Peu à peu, les interactions entre ces ordres juridiques sont guidées par les normes et les valeurs constitutionnelles que sont le procès équitable, les droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs[234].

Ce qui apparaît ainsi, c'est que le pluralisme ordonné cherche à esquiver la critique de l'apologie en se tournant vers le mode de pensée hiérarchique et donc constitutionnaliste. On signalera dès maintenant que cette démarche est à l'inverse de celle du constitutionnalisme, qui cherche à devenir pluraliste pour échapper à la critique de l'utopie. Le pluralisme ordonné et le constitutionnalisme mondial s'adressent des critiques qui les incitent à tendre l'un vers l'autre et à faire un pas vers l'autre. Mais cela les rend difficilement différentiables. En effet, le rapprochement est tel qu'on peut se demander s'il y a encore des différences de fond entre le pluralisme constitutionnel et le constitutionnalisme pluraliste (« *multi-level constitutionalism* »[235]).

B) LE RECOURS AUX « VALEURS PROFONDES » OU LE REPLI IDENTITAIRE

Voilà ce que les pluralistes répondraient à cette critique. Ils seraient d'accord pour dire qu'ils partagent, avec les constitutionnalistes, l'ambition de résoudre les conflits de normes par le biais du droit, de manière à construire « *un véritable ordre juridique mondial* »[236]. La différence tiendrait à ce que, dans le cas du pluralisme ordonné, l'ordre juridique mondial ne serait pas imposé par « le haut » ; il émergerait progressivement d'« en bas », c'est-à-dire des pratiques locales, diverses et variées, étranges et complexes. Le paradoxe est que les pratiques locales sont toujours déjà ordonnées par les pluralistes. Certes, elles ne sont pas ordonnées par des règles juridiques, mais elles le sont par des valeurs profondes ou par des « *telos* »[237].

Ces valeurs permettraient d'assurer l'intégration des ensembles juridiques dans un ordre juridique plus vaste. Car les pluralistes ont beau parler d'enchevêtrements, de non-linéarité et de complexité, ils défendent néanmoins une trame, celle des « *processus d'intégration* »[238], et celle-

[234] Selon les termes de Jeffrey Dunoff : « *system interactions* [*should*] *be addressed by each system's constitutional law and through claims grounded in constitutional values such as due process, fundamental rights, and separation of powers* ». Dunoff (J.), « *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* by Nico Krisch », *AJIL*, vol. 107, n° 2, 2013, p. 488.
[235] Voir le chapitre 8 (« Le constitutionnalisme matériel »), *infra*.
[236] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 53.
[237] Miguel Poiares Maduro parle des « *telos* constitutionnels » de l'ordre juridique communautaire. Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle… », *supra* note 212, p. 203.
[238] Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné*, *supra* note 111, p. 82. Son objectif est un « *objectif d'intégration* » (p. 93).

ci encadre l'évolution des ordres juridiques. Prenons le concept de marge nationale d'appréciation en matière de protection des droits de l'homme. Ce concept est apprécié parce qu'il traduit simultanément le refus de l'uniformité et la volonté de se donner une mesure commune[239]. La difficulté est que la marge d'appréciation implique un transfert de pouvoir aux organes de contrôle. La solution que préconise Mireille Delmas-Marty est la suivante : les juges ne peuvent pas utiliser la marge d'appréciation pour faire tout et n'importe quoi ; ils doivent faire preuve de transparence et de rigueur[240]. Autrement dit, les juges ne sont peut-être pas tenus par des règles formelles, mais ils sont liés par des consignes ou une éthique de travail : « *à condition d'être motivée dans son ampleur, et appliquée avec la même rigueur d'une affaire à l'autre, la notion de marge peut contribuer au renouvellement du formalisme* »[241]. Ces consignes ne proviennent pas d'« en bas » ; elles sont invoquées d'« en haut » et demandent aux juges de faire bon usage de la marge nationale d'appréciation, en vue d'une meilleure intégration.

La normativité cachée du pluralisme ordonné est encore plus flagrante dans le cadre de l'intégration européenne, où les pluralistes encouragent le recours au droit comparé. L'idée est qu'un ordre européen qui se fonde sur les principes communs aux différentes communautés politiques offrira une assurance supplémentaire quant à sa légitimité et à son acceptation sociale. Mais cela doit être fait à l'aune des objectifs ou, mieux, des valeurs européennes. Les juges européens sont liés par une « *identité des valeurs essentielles* »[242].

Il est courant pour les juges de Luxembourg d'examiner les ordres juridiques nationaux afin d'extraire ce qu'ils appellent les « *principes généraux du droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres* »[243]. Les partisans du pluralisme ordonné ont une idée assez précise de la façon dont les juges doivent procéder. D'un côté, ils n'utilisent pas (et

---

Les propriétés de l'exclusion sont parfois invoquées mais elles ne sont jamais prises au sérieux, comme si l'exclusion était toujours un acte négatif. Pour une défense de l'idée que le respect des identités participe au caractère émancipatoire du droit international, voir Knop (K.), *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, xxii-434 p. Tout ceci est discuté en détails au chapitre 6 (« Les régimes hégémoniques »), *infra*.

[239] *Ibid.*, p. 73.

[240] *Ibid.*, p. 97.

[241] Delmas-Marty (M.), « Avant-Propos », p. 9, *in* Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux…*, *supra* note 120.

[242] Cette formule est attribuée à Miguel Poiares Maduro. Delmas-Marty (M.), « Avant-propos », *ibid.*, p. 6.

[243] Cour de justice de l'UE, affaire *Unión de Pequeños Agricultores* c. *Conseil*, arrêt du 25 juillet 2002, *Rec. I -6719*, § 39. Comme le dit Koen Leonarets, « *comparative law plays a central role in the activities of the* [*European*] *courts* ». Leonaerts (K.), « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », *ICLQ*, vol. 52, n° 4, 2003, p. 873. Sur les méthodes d'interprétation de la Cour, voir Besson (S.) et Gächter-Alge (M.-L.), « L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives », pp. 3-35, *in* Besson (S.), Lavrat (N.) et Clerc (E.), (*eds.*), *L'interprétation en droit européen – Interpretation in European Law*, Zürich, Schulthess, 2011, 212 p.

ne devraient pas utiliser) le droit comparatif pour identifier ce qu'ils pensent être la meilleure solution légale. « *Il ne s'agit pas de rechercher la meilleure solution existante au regard des différents droits nationaux. Un tel usage du droit comparatif risquerait de devenir seulement instrumental* »[244]. De l'autre côté, les juges n'utilisent pas (et ne devraient pas utiliser) le droit comparatif pour identifier le plus petit dénominateur commun. Autant les juges doivent éviter de donner à un droit national une autorité particulière en droit communautaire, autant ils doivent éviter de procéder à un nivellement par le bas[245]. En bref, la méthode comparative ne peut pas consister en un simple exercice mathématique ; elle doit être appliquée en tenant compte des objectifs du droit communautaire. Miguel Poiares Maduro ne saurait être plus clair : lorsque la Cour a recours au droit comparé, elle « *doit* […] *trouver un équilibre entre le respect des traditions juridiques et la nécessité de les adapter aux besoins spécifiques de l'ordre juridique communautaire* »[246]. Mais quels sont ces besoins ? Comment les juges les connaissent-ils ? Toujours selon Miguel Poiares Maduro, l'interprétation téléologique n'ouvre pas la porte à un « gouvernement des juges », parce que les juges européens sont liés par des valeurs constitutionnelles européennes. « *Le droit communautaire* », écrit-il, « *ne cherche pas à remettre en cause l'identité constitutionnelle des ordres constitutionnels nationaux, parce qu'ils sont basés sur les mêmes valeurs juridiques* »[247].

Il est pour le moins étrange de fonder l'ordre européen (et *a fortiori* l'ordre mondial[248]) sur l'existence de valeurs communes. Cela présuppose que le langage des valeurs serait moins indéterminé que celui des règles juridiques. En effet, les pluralistes soulignent à juste titre l'indétermination des règles supposément protégées par la constitution mondiale et les risques de manipulation à des fins hégémoniques : « *Global constitutionalism talk* […] *risks de-politicization and premature imposition of an alleged moral "consensus"* »[249]. Cependant, le modèle pluraliste aboutit à une situation où tous les acteurs partagent les mêmes valeurs fondamentales, de sorte qu'il n'y a plus vraiment de conflits : « *the assumption underlying* [*legal pluralism*] *is that judges, local, national, and international, consider themselves part of a common entreprise of legal adjudication and law enforcement, share at least the core legal values, and thus can through dialogue settle conflicts in legal ways* »[250].

---

[244] Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle… », *supra* note 212, p. 204.
[245] Pour le même argument dans le contexte du droit international pénal, voir Delmas-Marty (M.), « Droit comparé et droit international… », *supra* note 71, p. 22.
[246] Poiares Maduro (M.), « La fonction juridictionnelle… », *supra* note 212, p. 204.
[247] *Ibid.*, p. 211.
[248] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2012, pp. 299-300. Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 28.
[249] *Ibid.*, p. 62.
[250] *Ibid.*, p. 63.

Le langage des valeurs ou de l'identité n'est plus plus sûr ou plus authentique que le langage des règles[251]. C'est le cas, même en Europe : l'Europe n'est pas un tout composé de valeurs (juridiques) harmonieuses mais un ensemble de rapports de force, de divisions internes et de zones d'ombres (à l'instar des camps de détention administrative des demandeurs d'asile). En témoigne aussi son « *problème structurel spécifique* »[252]. Celui-ci renvoie au fait que l'intégration européenne, en tant qu'intégration essentiellement économique, a eu pour effet de séparer le domaine des libertés économiques de la politique globale, « *d'en faire un secteur autonome non seulement* détaché *des autres domaines, qui restaient aux États, mais* prévalant *sur ces autres domaines par l'effet du principe selon lequel le droit communautaire prime sur le droit des États* […] »[253]. Le problème structurel spécifique fait partie des critiques qui se sont fait entendre pour dénoncer à la fois le caractère essentiellement économique de l'intégration européenne et le modèle économique dominant[254]. Ces critiques sont occultées lorsqu'on parle de « *consensus, de chevauchement et d'interpénétration, en particulier au niveau juridico-culturel* »[255], langage qui contribue par ailleurs à renforcer le *statu quo* politique, économique et social en Europe[256].

Pour le dire autrement, le problème n'est pas tant de déterminer si, oui ou non, il y a une communauté de valeurs en Europe. Le problème est plutôt d'avoir recours au langage des valeurs pour fonder le droit global. Le repli identitaire est souvent un geste conservateur[257].

---

[251] Dans le même sens, voir Champeil-Desplats (V.), « L'identité des ordres juridiques et les droits fondamentaux », p. 158, *in* Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux…*, *supra* note 120.

[252] Cette formule est celle de Ernst-Wolfgang Bockehnförde ; elle est citée par Jouanjan (O.), « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités*, vol. 1, n° 13, 2003, p. 34. À un autre niveau : c'est parce qu'il est critique à l'égard de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE que Paul Tavernier appelle à la Cour européenne à renforcer sa mission. Tavernier (P.), « De la protection équivalente. La jurisprudence *Bosphorus* à l'heure de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », pp. 1003-1018, *in* Boutayeb (C.) (*dir.*), *La constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, 1088 p.

[253] Il poursuit : « *La société économique est ainsi politiquement autonomisée de la société globale et, plus encore, garantie juridiquement, du fait du statut particulier du droit communautaire, contre les demandes de la société globale* ». *Ibid. loc. cit.*

[254] Frankenberg (G.), « Commentaire », p. 116, *in* Jouannet (E.) et Ruiz Fabri (H.) (*dir.*), *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, 334 p. [ci-après, *Impérialisme et droit international*] Pour une critique du traitement différencié entre les nouveaux et les anciens membres de l'Union européenne, voir Kennedy (D.), *Nouvelles approches du droit international*, *supra* note 11, p. 312.

[255] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 33.

[256] Dans le même sens, voir Ward (I.), « Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination », *Euro. L. J.*, vol. 7, 2001, p. 28.

[257] Todorov (T.), « Identité nationale : refuser ce débat », article publié sur Raisons publiques le 23 novembre 2009. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.raison-publique.fr/auteur101.html

Chapitre 3

Le pluralisme managérial

« *The challenge for global governance is not simply to design multiple institutions to meet multiple challenges, but also to determine how they can best fit together* »[258].

Aux États-Unis, l'approche pluraliste qui a suscité le plus d'engouement s'appuie sur des thèses provenant de la discipline des relations internationales. Il s'agit d'un pluralisme managérial, au sens où il propose de mettre à jour le droit international et de le transformer en une technique de gestion des problèmes globaux[259]. Cette réforme est présentée comme étant dynamique et pleine de promesses, car capable de relativiser les craintes de fragmentation et de revivifier le droit international sous la bannière de l'interdisciplinarité.

D'emblée, pour éviter tout malentendu, on précisera que cette variante du pluralisme ne recouvre pas toutes les positions, multiples et souvent contradictoires, défendues dans le champ des relations internationales. Loin de nier la diversité des thèses « inter-relationnistes »[260] ou de les réduire à une perspective unidimensionnelle, l'objectif est de reproduire le discours qui a, pour ainsi dire, une résonance particulièrement harmonieuse aux oreilles des internationalistes. Et ce discours, d'inspiration réaliste et institutionnaliste, repose sur le paradigme empirique des sciences sociales[261]. Il prend la forme d'un appel à

---

[258] Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *Ann. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 2, 2006, p. 225.

[259] Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism, and the Ethos of Legal Education », *EJSL*, vol. 1, n° 1, 2007, p. 2. Le lien entre le « *management international* » et la gouvernance mondiale est aussi exploré par Joseph Weiler dans « The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy », *ZaöRV*, vol. 64, 2004, spé. pp. 547-552.

[260] C'est ainsi que nous désignerons ce qui relève de la discipline des relations internationales. Ce néologisme a deux avantages : d'une part, il fait écho à celui utilisé pour la discipline du droit international (« internationaliste ») ; d'autre part, il évite de réserver le terme d'experts aux seuls membres de la discipline inter-relationniste (avec la formule « *les experts en relations internationales* »).

[261] Smith (S.), « Paradigm Dominance in International Relations: The Development of International Relations as a Social Science », *Millenium*, vol. 16, n° 2, 1987, pp. 189-206. Les thèses inter-relationnlistes qui inspirent le point de vue pluraliste sont loin de faire l'unanimité dans la discipline des relations internationalistes. Plusieurs auteurs se sont montrés critiques à leurs égards. Voir Brown (C.), « 'Turtles All the Way Down': Anti-Foundationalism, Critical Theory and International Relations », *Millenium*, vol. 23, n° 2, 1994, pp. 213-236.

l'interdisciplinarité, d'une invitation à jeter un pont entre deux disciplines[262]. Réunies, les disciplines du droit et des relations internationales apporteraient un éclairage différent mais complémentaire sur l'état du droit international et lui assureraient un avenir plus solide (§1).

Pour reprendre leurs propres termes, les partisans de l'approche managériale proposent de compléter l'« optique normative » du droit international par une « optique instrumentale », plus réaliste, de manière à remplacer l'idée (statique) d'un système unifié de règles et d'institutions de droit public par l'image (dynamique) de régimes de régulation. Cette optique est instrumentale : elle cherche à analyser et à optimiser les régimes de régulation, car c'est par leur biais que les acteurs internationaux poursuivent leurs intérêts respectifs (§2). En même temps, les partisans du pluralisme managérial tiennent à nous rassurer que la fragmentation du droit en régimes fonctionnellement différenciés –de même que la déformalisation qui l'accompagne– est gérable. Il suffit pour cela d'adopter les bons outils, lesquels correspondent à un mélange de méthodologie des sciences sociales et de théorie politique libérale. C'est grâce à ce dispositif que nous pourrons nous assurer que ce qui se passe, se passe convenablement ou, mieux, se passe « légitimement » (§3). Or, cette invitation à établir une meilleure collaboration entre les deux disciplines possède un inconvénient majeur. Comme le résument Stephen Toope et Jutta Brunée : « *for realists of all stripes, law is virtually irrelevant* »[263] (§4).

§1. UN PROJET DE RÉFORME INTERDISCIPLINAIRE

Parce qu'ils situent le nœud du problème dans le décalage qui existe entre, d'une part, le projet de constitutionnalisation du droit international et, d'autre part, la résolution effective des problèmes mondiaux, les pluralistes entendent réformer –et ce, en profondeur– la façon dont le droit international est conçu du point de vue interne. Ils dénoncent en particulier son formalisme qui agit comme obstacle tout autant que comme illusion : c'est à cause de son attachement aux pratiques interétatiques et aux règles formelles que le droit international public s'est montré incapable de répondre aux défis posés par la mondialisation (A). Ils insistent sur le besoin de délaisser la forme juridique au profit de la fonction instrumentale (B).

Kratochwil (F.), « The Monologue of "Science" », *Int'l Stud. Rev.*, vol. 5, 2003, pp. 124-128. Rosenberg (J.), *The Empire of Civil Society. A Critique of the Realist Theory of International Relations*, Verso, London, 1994, ix-224 p. Kurki (M.), *Causation in International Relations. Reclaiming Causal Analysis*, Cambridge, CUP, n° 108, 2008, 368 p. Noël (P.), « Théorie des « régimes… », *supra* note 89, pp. 140-160.

[262] Le sentiment de réification qui peut se dégager de ce chapitre n'est donc pas accidentel mais bel et bien essentiel à l'approche pluraliste inspirée des relations internationales.

[263] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge, CUP, 2010, p. 10.

Ce processus peut être illustré la réglementation des espèces exotiques envahissantes (C).

A) LA CRITIQUE DU FORMALISME DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

S'il y a une critique qui revient constamment dans la masse d'ouvrages rédigés dans le vocabulaire des relations internationales, c'est bien celle-ci : le droit international public n'a pas su relever les défis posés par la mondialisation, et ce, à cause de son formalisme persistant. C'est comme si les internationalistes n'avaient pas su prendre la mondialisation au sérieux, ou prendre son pouls correctement, et ajuster leurs méthodes d'analyse en conséquence. L'accent est le plus souvent mis sur deux caractéristiques formalistes (c'est-à-dire, deux défaillances) qui seraient telles que l'« *optique normative* », propre aux juristes, aurait irrémédiablement besoin d'être complétée ou actualisée par une « *optique instrumentale* »[264], celle des inter-relationnistes.

La première défaillance du droit international public est l'importance qu'il accorde à la souveraineté étatique et, par conséquent, son attachement au principe de l'égalité souveraine[265]. Une première version de cette critique fait appel à un argument de type moral : elle déplore le formalisme du principe de l'égalité souveraine du fait qu'il ne permette pas de faire la différence entre les bons et les mauvais États[266]. Parce qu'il met sur un même pied d'égalité les États démocratiques et les États voyous, dit-on, le « *paradigme westphalien* »[267] est beaucoup trop formaliste pour fonder le nouvel ordre mondial. Une seconde version de cette critique se fonde sur un argument de type sociologique : elle consiste à dire que le centrisme étatique est aujourd'hui de portée heuristique limitée étant donné que l'État est concurrencé, voire carrément dépassé, par d'autres formes de regroupement social, par des communautés plus « authentiques » qui reflètent le nouveau tissu social. Le droit international devrait donc se défaire de son formalisme étatique et des pratiques diplomatiques qui lui sont associées, afin de s'intéresser à la société civile, aux réseaux de juges ou encore aux marchés transnationaux, ces groupements étant les mieux à même de répondre aux problèmes globaux actuels (qu'ils

---

[264] Ces termes sont ceux utilisés par Robert Keohane dans « International Relations and International Law: Two Optics », *Harvard Intl L. J.*, vol. 38, n° 2, 1997, pp. 487-502. Voir plus récemment Byers (M.), « International Law », pp. 612-634, *in* Reus-Smit (C.) et Snidal (D.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, OUP, 2008, 800 p.

[265] Pour un regard critique sur ce reproche formaliste : Alston (P.), « The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization », *EJIL*, vol. 3, 1997, pp. 435-448. Sur (S.), « The State between Fragmentation and Globalization », *EJIL*, vol. 8, 1997, pp. 421-434. Koskenniemi (M.), « The Future of Statehood », *Harvard Intl L. J.*, vol. 32, 1991, pp. 397-410.

[266] Pour une synthèse, voir Simpson (G.), « Two Liberalisms », *EJIL*, vol. 12, n° 3, 2001, pp. 537-571.

[267] On retrouve cette expression notamment chez Benvenisti (E.), « Exit and Voice in the Age of Globalization », *Mich. L. Rev*, vol. 98, 1999-2000, p. 168.

soient sécuritaires, environnementaux, épidémiques, etc.)[268].

Telle est la thèse défendue par Anne-Marie Slaugther : « *transnational governance* [*involves*] *the demise of state sovereignty and the emergence of a "disaggregated" world order* »[269]. Elle attire notre attention sur l'émergence de réseaux transnationaux et, en particulier, sur les « nouveaux diplomates » que sont les régulateurs. « *Below presidents and prime ministers are cabinet officials* […] *and regulators, for our purposes defined as appointed top officials or career civil servants who possess a special expertise on a particular subject* »[270]. Que les régulateurs évoluent dans des réseaux transnationaux signifie que leur allégeance est plus fonctionnelle (en fonction de leur expertise) que nationale (en fonction des intérêts de l'État qui les emploie). La montée en puissance des régulateurs est décrite dans des termes positifs, car alimentant le processus de désintégration de l'État-nation :

> « *As part of a process of "deformalization," bureaucrats and experts form transnational networks and alliances, transcending any particular state's interest. This process has been perceived* […] *as promoting, beyond international law and regulation, a new form of international governance, which is run not only by states for states but also by transnational and supranational institutions, and which is concerned not only with the welfare of states but with the well-being of individuals. International law thus reaches out beyond high-level diplomats and affects every human being around the globe* »[271].

La deuxième défaillance du droit international public concerne les règles formelles qui le composent. C'est que les règles formelles, absolues ou universelles (du type « il est interdit de s'immiscer dans les affaires internes d'un État ») sont incapables de réglementer les processus mouvants de la mondialisation. En effet, les règles formelles ne sont que de simples traces de décisions antérieures, des « *acculumated past decisions* »[272], si bien qu'elles sont tournées vers le passé et non vers le futur. Le droit international public est trop statique voire désuet pour réglementer un monde désagrégé et en constante évolution. Il doit se débarrasser des règles formelles au profit de principes plus souples et de régulations *ad hoc*, dont la flexibilité permet non seulement de gérer l'incertitude et les mutations en cours, mais aussi de déterminer la

---

[268] Il s'agit d'une véritable antienne chez tous les internationalistes qui ont cherché à asseoir le droit international sur une base sociologique (Scelle, Stone, McDougal et Lasswell, etc.). Pour une formulation plus récente, voir Vogler (J.) et Imber (M.) (*eds.*), *The Environment and International Relations*, Routledge, London, 1996, spé. pp. 100-101. Anderson (K.), « The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society », *EJIL*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 91-120. Koven Levit (J.), « A Bottom-up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments », *Yale J. of Int'l L.*, vol. 30, 2005, pp. 125-209.

[269] Slaughter (A.-M.), *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, xviii-341 p. Voir aussi Slaughter (A.-M.), « The Accountability of Government Networks », *Indiana J. of Global Legal Stud.*, vol. 8, 2001, pp. 347-367.

[270] Slaughter (A.-M.), *A New World Order*, *ibid.*, p. 38.

[271] Blum (G.), « Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 49, n° 2, 2008, p. 363.

[272] Higgins (R.), *Problems and Process: International Law and How We Use It*, *supra* note 126, p. 3.

solution la plus appropriée en fonction du contexte et des objectifs à atteindre.

Cette défaillance est visible en droit de l'environnement : « *environmental legislation often seems to be a reaction to past catastrophes rather than a means of preventing future one* »[273]. Par exemple, le naufrage du pétrolier *Torrey Canyon* survenu 18 mars 1968 dans la Manche fut à la base d'une prise de conscience du fait qu'une telle catastrophe pouvait toucher les côtes européennes. D'où l'adoption, le 29 novembre 1969, de la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbure, et de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Mais il a fallu le nauvrage de l'*Amoco Cadiz* le 16 mars 1978 pour qu'on remédie aux plafonds de responsabilité qui avaient été fixés en 1969[274]. Dans le même ordre d'idées, ce n'est qu'après la catastrophe de Tchernobyl qu'ont été élaborées la Convention sur la notification d'un accident nucléaire et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou d'accident radiologique.

B) LA DÉFORMALISATION DU DROIT OU LE PASSAGE DE LA FORME À LA FONCTION

La déchéance des règles formelles est aussi visible dans le fait que les dispositions des traités internationaux sont habituellement formulées en termes très généraux, et cela pour des raisons évidentes. Plus les dispositions en cours de négociation sont vagues, plus facilement un consensus politique entre États sera atteint. La précision ou la teneur du contenu appartiendra aux experts juridiques chargés de surveiller l'application du traité. Cette situation génère une deuxième critique à l'égard des règles formelles, comme l'explique Martti Koskenniemi :

> « *Another* [*critique*] *points to the uselessness of formal rules as techniques of management and control of a functionally diversified world. Such rules are over-inclusive and under-inclusive –covering cases we would not wish to cover, and not applying in situations where we think they should be applied. Instead of the anachronistic forms of diplomacy we associate with States, we need effective management of goal-oriented regimes. Instead of backward-looking formal rules, we need forward-looking decision-making by experts* »[275].

Contrairement au pluralisme ordonné, le pluralisme managérial a totalement intégré la critique réaliste voulant que les règles juridiques soient indéterminées (« *inconsistent, ambiguous,*

---

[273] Koskenniemi (M.), « Comment on the Paper by Antonia Handler Chayes, Abram Chayes and Ronald B. Mitchell », p. 94, *in* Lang (W.) (*ed.*), *Sustainable Development and International Law*, London, Graham & Trotman, 1995, xxi-319 p.
[274] Voir Lucchini (L.), « Le procès de l'*Amodo Cadiz* : présent et voies du futur », *AFDI*, vol. 31, 1985, pp. 762-782.
[275] Koskenniemi (M.), « Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today's International Law », *NoFo*, vol. 4, 2007, p. 10.

and full of omissions ») et qu'elles viennent par deux (« *the habit of traveling in pairs of opposites* »[276]). Cette critique a été théorisée par Frederick Schauer dans les termes suivants : les règles sont toujours sur- et sous-déterminées, c'est-à-dire qu'elles vont inclure des cas auxquels nous n'aurions pas pensé et en exclure d'autres que nous aurions souhaité voir régis par le droit[277].

Par exemple, l'émergence du droit de l'environnement remonte à la fin du 19ème siècle. À l'époque, la question de la pollution transfrontalière s'est posée comme suit : un État peut-il entreprendre sur son territoire des activités qui causent des dommages sur le territoire d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ? Deux règles semblaient découler du respect de la souveraineté territoriale : la liberté d'agir sur son territoire (en faveur de l'État polluant) et l'interdiction de polluer (en faveur de l'État pollué).

La question de la pollution transfrontalière s'est présentée en 1895 lors d'un différend entre le Mexique et les États-Unis. Le Mexique contestait les activités de son voisin du nord, qui dérivait le cours du Rio Grande afin d'irriguer les terres mises en culture dans le sud-ouest américain, au titre que le niveau d'eau disponible pour les agriculteurs mexicains était considérablement réduit. Chargé d'élaborer la position officielle des États-Unis, le procureur général Judson Harmon a soutenu qu'une seule règle était applicable en l'espèce : « *le principe fondamental du droit international est la souveraineté absolue de chaque État, par opposition à tous les autres, sur son territoire* »[278]. Énonçant ce qui allait être connu sous le nom de « doctrine Harmon », le procureur général a indiqué que la règle applicable en matière de pollution transfrontalière était la souveraineté des États et, partant de là, que les États-Unis étaient libres de faire ce qu'ils voulaient et qu'ils n'avaient aucune obligation juridique à l'égard du Mexique.

La règle de la liberté souveraine s'est rapidement avérée insuffisante. En effet, seul un droit déformalisé semblait être en mesure de réglementer la pollution transfrontalière entre des États formellement égaux mais géographiquement et économiquement différents[279]. Au cours

---

[276] Si bien que c'est le juge qui, au final, est le créateur de la norme (« *he must make policy choices* »). McDougal (M.) et Lasswell (H.), « Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public INterest », *Yale L. J.*, vol. 52, 1943, pp. 82-83. Voir aussi Falk (R.), « New Approaches to the Study of International Law », *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 479.

[277] Schauer (F.), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, xvii-254 p.

[278] Voir l'analyse de Kuokkanen (T.), *International Law and the Environment. Variations on a Theme*, The Hague, Nihoff, 2002, pp. 9-20.

[279] Une telle règle absolue est bénéfique en ce qu'elle permet à tous les États d'entreprendre des activités sur leurs territoires sans l'aval des États voisins ou d'un représentant de la communauté internationale. En ce sens, elle exprime un élément essentiel du droit à l'autodétermination (en particulier, économique). Cette règle pose

du 20ème siècle, en raison de l'industrialisation et des effets polluants, il est apparu nécessaire de revisiter la doctrine Harmon. Lorsqu'un problème similaire s'est posé à la frontière nord des États-Unis à la fin des années 1930, l'état du droit international en la matière semblait avoir radicalement changé. Le rejet de fumées nocives par une fonderie canadienne et atteignant le territoire américain a été jugé contraire au droit international par un tribunal arbitral. Celui-ci a trouvé que « *under the principle of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence* »[280].

À première vue, il semblerait que la règle formelle se soit inversée, en obligeant les États à veiller à ce que les activités exercées à l'intérieur de leurs frontières ne portent pas préjudice à l'environnement de leurs États voisins. Mais ce n'est pas ce que dit la sentence arbitrale car, à l'instar de la règle de permissivité absolue (la doctrine Harmon), la règle d'interdiction totale souffrirait de problèmes de sur-détermination et de sous-détermination[281]. Le tribunal arbitral a estimé que les réparations devaient se limiter lorsque les dommages causés sont sérieux (« *when the case is of serious consequence* »[282]). Cette qualification dépasse le schéma des règles formelles pour privilégier une analyse fonctionnelle. Elle demande à ce qu'on prenne en compte le contexte et les intérêts opposés des deux parties, et qu'on analyse le degré de pollution engendré afin de déterminer le droit (ou la solution) applicable.

---

toutefois des problèmes considérables étant donné que la pollution transfrontalière affecte aussi la souveraineté de l'État pollué, y compris sa capacité d'entreprendre librement des activités sur son territoire. Partant, un litige en matière de pollution transfrontalière peut difficilement être résolu sur la base de la règle de la souveraineté absolue puisque chacun des deux États impliqués dans une affaire peut (légitimement) l'invoquer. Le problème, pour le dire autrement, est que pour chacun des deux États, la règle de la liberté souveraine est à la fois sur-déterminée (en ce qui concerne les intérêts de mon voisin) et sous-déterminée (en ce qui concerne mes propres intérêts souverains). Koskenniemi (M.), « International Law and Politics: General Course 2005 », *Cours euro-méditerranéiens Bancaja*, vol. VIII/IX, 2004-2005, pp. 115-117.

[280] Affaire *Trail Smelter*, sentence arbitrale du 11 mars 1941 (États-Unis c. Canada), *Rec. des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965. Kuokkanen (T.), *International Law and the Environment…*, *supra* note 278, pp. 89-92.

[281] On peut penser que l'adoption d'une règle interdisant toute pollution transfrontalière est importante pour atteindre l'objectif de protection de l'environnement dans les pays industrialisés. Cette règle est toutefois surdéterminée, dans la mesure où elle ne prend pas en compte le contexte géopolitique. Imaginons que la pollution soit émise par les activités d'une usine située dans un pays en voie de développement. L'une des façons pour cet État de respecter la règle de droit serait d'imposer à l'usine de mettre à jour sa technologie. Ceci pourrait avoir des conséquences sociales désastreuses, puisque l'augmentation du coût de production (par l'achat du nouveau matériel) jumelée à la volonté de maintenir des prix compétitifs pourraient amener l'usine à diminuer les salaires (pourtant déjà bas) de ses employés, voire même à fermer de manière définitive. Il se peut que cette solution ne soit pas si mauvaise, tout compte fait, si les coûts sociaux associés à la pollution sont plus importants que les coûts sociaux générés par la fermeture de l'usine. Mais il faut garder en mémoire que ce genre d'évaluation n'a pas lieu d'être lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle d'interdiction totale, la seule question pertinente étant la constatation d'une pollution (ou non). Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 117.

[282] Affaire *Trail Smelter*, *supra* note 279, *loc. cit.*

Le même type d'analyse caractérise la sentence arbitrale de 1957 dans l'affaire du *Lac Lanoux*. L'Espagne contestait un projet français de déviation des eaux, du fait qu'il affectait excessivement le cours des eaux du côté espagnol. Le tribunal a commencé par dire que l'État d'amont tout comme l'État d'aval avaient des intérêts légitimes[283]. Il a ensuite pesé le droit de la France à utiliser ses ressources naturelles contre le droit de l'Espagne à être libre de toute ingérence, pour conclure que, dans les circonstances d'espèce, la France n'avait pas altéré les eaux « *dans des conditions de nature à nuire gravement* »[284] à l'Espagne. Une mise en balance a été faite et l'obligation de la France de ne pas porter préjudice à l'Espagne a été atténuée par le terme « *gravement* »[285].

Ainsi, on peut dire que lorsque les préoccupations environnementales ont pris de plus en plus d'importance dans les années 1960-1970, le droit de l'environnement était déjà déformalisé. Le fameux Principe 21 de la Déclaration de Stockholm ne privilégie pas l'une des deux règles (permission de polluer *vs.* interdiction de polluer) ; il les met en balance[286]. À l'époque, cette déformalisation a été applaudie par de nombreux internationalistes[287]. Ils estimaient qu'un problème environnemental ne peut pas être résolu par l'application de règles prédéterminées. Il est nécessaire de s'aventurer dans des domaines tels que la politique, la causalité sociale et économique, lesquels se trouvaient auparavant relégués dans un espace formellement délimité comme « extra-juridique » et à la frontière duquel un argument était censé s'arrêter pour demeurer « juridique ». Dans le même ordre d'idées, Duncan Kennedy a publié un article en 1976 dans lequel il montre comment le virage des règles formelles vers une équité informelle, déterminée en fonction du contexte, relèverait de l'esprit « altruiste »[288].

Cet enthousiasme n'a pas fait long feu. Le problème est que la forme juridique tend

---

[283] « *La France peut user de ses droits, elle ne peut ignorer les intérêts espagnols* ». Affaire *du lac Lanoux*, sentence arbitrale du 16 novembre 1957 (Espagne c. France), *Rec. des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 316.
[284] *Ibid.*, p. 308.
[285] L'importance des éléments contextuels et matériels en matière de dommages transfrontaliers a été rappelée plus récemment par la CDI : la détermination d'un « *dommage significatif* », explique-t-elle, suppose « *un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté* ». *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, Texte adopté par la CDI à sa 53ème session, 2001, p. 419, § 7.
[286] On reviendra sur cette déformalisation au chapitre 10 (« Le repli pragmatique »), *infra*.
[287] Chayes (A.) et Chayes (A.), « Adjustment and Compliance Processes in International Regulatory Regimes », pp. 280-308, *in* Tuchman (J.) et Barder (C.), *Preserving the Global Environment: The Challenge of Shared Leadership*, New York, Norton, World Resources Institute, 1991, 362 p.
[288] Kennedy (Du.), « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harvard L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1685-1778.

inévitablement à s'incliner devant la fonction des règles : à partir du moment où la forme n'est plus suffisante en soi pour décider de l'application d'une règle de droit, il est tentant de s'en détacher et de regarder directement les objectifs situés « derrière » elle –en bref, de s'attacher non plus aux règles mais uniquement aux objectifs de la « régulation »[289] internationale.

C) LA RÉGLEMENTATION DES ESPÈCES EXOTIQUES ENVAHISSANTES

La déformalisation conduit les pluralistes managériaux à avoir une nette préférence pour le droit mou (« *soft law* »), formulé en termes de principes directeurs et de techniques d'harmonisation, en ce que, précisément, il éviterait le détour formaliste et permettrait de s'attaquer directement aux intérêts en jeu[290]. Cela est visible en matière de règlementation des espèces exotiques envahissantes. Ces espèces représentent aujourd'hui l'une des menaces principales sur la biodiversité et la santé humaine, et elles sont souvent introduites par l'intermédiaire des échanges internationaux, que ce soit de manière intentionnelle ou non. Pour réglementer l'introduction des espèces exotiques envahissantes, il faut donc passer par un contrôle des mouvements transfrontaliers, ce qui affecte la fluidité des échanges commerciaux. Comme l'expliquent Rosie Cooney et Andrew Lang, tout l'enjeu est de trouver un équilibre entre l'objectif de protection de l'environnement et celui du libre-échange :

> « *On the one hand, there is a clear need for comprehensive programmes for the prevention, assessment, management, and eradication of* [*invasive alien species*]. *Inevitably, such programmes will involve monitoring, and in many circumstances restricting, the flow of international trade. On the other hand, there is an equally clear interest in ensuring that any impediments to trade which arise as a consequence are not unjustified or unnecessary. A mechanism is needed, therefore, to balance these potentially competing interests, to distinguish legitimate from illegitimate trade-restrictive measures, and to ensure that regulatory processes embody an appropriate accommodation of these two imperatives* »[291].

En lieu et place des règles formelles, c'est un mécanisme de balancement qui a été mis en place. L'un de ces mécanismes se retrouve dans l'accord de l'OMC relatif à l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS)[292]. Il stipule que les dispositions nationales

---

[289] Sur le changement conceptuel et politique qu'implique le terme « régulation », voir García-Salmones (M.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade: A Reply to Rosie Cooney and Andrew Lang », *EJIL*, vol. 20, n° 1, 2009, p. 179. Pour une utilisation française du terme, voir Mehdi (R.) et Boisson de Chazournes (L.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 391 p.

[290] Il n'est pas demandé aux juridictions, par exemple, de résoudre les questions de chevauchement de compétence entre les régimes par les règles classiques de résolution mais par des techniques informelles (« *devices* ») selon l'objectif recherché. Raustiala (K.) et Victor (D.), « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *Int'l Org.*, vol. 58, 2004, p. 280.

[291] Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade », *EJIL*, vol. 18, n° 3, 2007, p. 526.

[292] L'annexe A autorise les Membres à adopter des dispositions nationales afin d'assurer : (1) la protection de la

qui restreignent les échanges commerciaux ne peuvent s'appliquer que dans la mesure du nécessaire, afin de protéger la vie et la santé humaine, animale ou végétale. Ces dispositions doivent être fondées sur des données scientifiques, c'est-à-dire qu'elles doivent être étayées par une évaluation des risques fondées sur des principes scientifiques[293]. En somme, l'accord SPS fait appel à l'expertise scientifique « *as an arbiter of regulatory rationality* »[294].

Ce mécanisme a suscité des critiques, lesquelles ont dénoncé la subordination de l'objectif de l'environnement à celui du libre-échange ainsi que l'appropriation par l'OMC de la vérité scientifique[295]. Mais pour Rosie Cooney et Andrew Lang, le problème tient plutôt au fait que l'expertise scientifique contient forcément une part d'incertitude. « *When ignorance, surprise, and uncertainty are viewed as unavoidable aspects of scientific inquiry –when, indeed, their prevalence is confirmed by scientific inquiry– new models of policy-making may be required, guided by different principles, and based on a different understanding of the relation between science and policy-making* »[296]. Que faut-il faire ? Il n'est pas possible de retourner au formalisme juridique. Le recours au mécanisme formel de règlement des différends de l'OMC est inadéquat, selon les deux auteurs, car son caractère définitif et péremptoire (« *one-off nature* »[297]) ne respecte pas le caractère évolutif et non-linéaire de la connaissance scientifique. Ils proposent plutôt de mettre en place un processus d'apprentissage et d'échange d'informations entre les autorités nationales, les experts et le secrétariat de l'OMC, c'est-à-dire un « *process of managerial knowledge sharing* »[298], dans le but de parvenir à une réglementation toujours plus en phase avec le progrès scientifique.

En bref, Rosie Conney et Andrew Lang encouragent la déformalisation du droit en appelant à court-circuiter l'étape formelle pour s'intéresser directement, d'une part, aux objectifs de la régulation internationale (le libre-échange et la protection de l'environnement)

---

vie et de la santé humaine, animale et végétale contre les risques découlant de l'entrée, l'implantation ou la propagation de nuisibles, de maladies, d'organismes véhiculant des maladies ou d'organismes pathogènes ; et (2) la prévention ou la limitation d'autres dommages sur le territoire d'un État Membre, qui pourraient découler de l'implantation ou la propagation d'espèces nuisibles.

[293] Articles 2 § 2, 5 § 1 et 5 § 7 de l'Accord SPS. C'est pourquoi il a été dit que « *le but de l'Accord consiste essentiellement à veiller à ce que des restrictions imposées aux importations ne recouvrent pas en fait des formes déguisées de protectionnisme commercial* ». Shine (C.), Williams (N) et Gündling (L.), *Guide pour l'élaboration d'un cadre juridique et institutionnel relatif aux espèces exotiques envahissantes*, Centre du droit de l'environnement de l'UICN, Droit et politique de l'environnement n° 40, 2000, p. 31.

[294] Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously… », *supra* note 291, p. 526.

[295] Voir par exemple Perez (O.), *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Debate*, Oxford, Hart Publishing, 1994, 290 p. Winickoff et *al.*, « Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law », *Yale J Int'l L*, vol. 30, 2005, pp. 81-123.

[296] Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously… », *supra* note 291, p. 531.

[297] *Ibid.*, p. 544.

[298] García-Salmones (M.), « Taking Uncertainty Seriously… », *supra* note 289, p. 185.

et, d'autre part, à leur mise en œuvre par les acteurs (les fonctionnaires, l'OMC, les experts). Leur projet, intitulé « *adaptive governance* », est sans équivoque : « [*it*] *means understanding the WTO less as a set of rules constraining state behaviour, and more as a venue facilitating policy learning* »[299].

Rosie Cooney et Andrew Lang pourraient peut-être nous objecter qu'il ne s'agit pas de déformaliser le droit à tout prix, mais seulement d'inciter les internationalistes à se défaire d'un formalisme handicapant. Leur démarche aurait simplement pour objectif d'attirer l'attention sur les nouvelles formes de gouvernance qui sont occultées par le droit, en raison de son formalisme, et qui sont pourtant d'une importance croissante. C'est à ce titre qu'est écartée la critique de Prosper Weil relative aux dangers de la normativité diluée[300]. Le problème d'une telle objection est qu'elle mésestime la radicalité de la critique anti-formaliste proférée à l'encontre du droit international public et de la transformation qu'elle implique de celui-ci. En effet, la conception managériale du droit a pour effet d'invalider la conception traditionnelle défendue par un auteur comme Prosper Weil. Les pluralistes ne cherchent pas à mettre en garde, comme l'a fait Weil, contre les risques de « dénaturation » que poserait la *soft law*. À l'inverse, ils embrassent la diversification de ce qu'ils appellent les « modes de régulation », car ceux-ci témoigneraient d'une meilleure réceptivité du droit aux phénomènes de mondialisation. Cela nécessite, bien entendu, de revoir l'ambition normative à la baisse, étant donné que le droit ne cherche plus à « normer » les comportements mais simplement à les « réguler ». Or cette diminution importe peu aux pluralistes qui, encore une fois, justifient la déformalisation par la nécessité de rapprocher le droit de la nouvelle réalité sociale.

La déformalisation n'affecte pas seulement des réglementations aussi spécifiques. Prenons par exemple le régime relatif à l'usage de la force armée. L'interdiction du recours à la force armée, inscrite à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, est atténuée par le droit de légitime défense et le système de la sécurité collective. Ces deux exceptions ouvrent la voie à davantage de déformalisation. On s'en rend compte aisément si l'on se souvient de l'intervention humanitaire de l'OTAN au Kosovo en 1999. L'OTAN pouvait difficilement se prévaloir du chapitre VII pour fonder son intervention armée, le Conseil de sécurité n'ayant pas donné son autorisation. Il n'y avait pas non plus moyen d'invoquer le droit de légitime défense. Il semblait plus facile pour l'OTAN de justifier son intervention armée au regard de l'objet de la

[299] Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously… », *supra* note 291, p. 546.
[300] Abbott (K.) et Snidal (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int'l Org.*, vol. 54, n° 3, 2000, p. 422. Quant à la critique de Prosper Weil, voir « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47.

Charte, puisqu'elle avait *a priori* pour objectif d'apporter la paix dans la région des Balkans et de garantir les droits de l'homme et l'autodétermination. La position formaliste (en faveur de l'application de la règle de non-intervention, peu importe ses conséquences) ne faisait guère le poids face à la position adverse qui insistait sur la raison d'être de l'article 2 § 4 de la Charte : « *to regard the textual barriers to humanitarian intervention as decisive in the face of genocidal behaviour is politically and morally unacceptable* »[301]. Il en va de même pour l'application du droit de légitime défense, inscrit à l'article 51 de la Charte, et qui est formellement conditionnée par une agression armée. Mais qu'est-il prévu en cas de menace d'agression, ou d'attaque par des armes de destruction massive ? Il est tentant de recourir aux objectifs de l'article 51 pour nous guider : si la raison d'être de la légitime défense est la protection de l'État, alors on peut accepter l'idée qu'un État ne se résigne pas à s'attendre à une attaque qui pourrait conduire à sa propre destruction, c'est-à-dire précisément à ce que la règle cherchait à prévenir.

§2. LE DROIT, UN INSTRUMENT DE GOUVERNANCE MONDIALE

Le passage de la forme juridique à la fonction instrumentale change notre vision d'optique. À partir du moment où la forme juridique n'a plus de valeur en soi, l'existence d'une règle est réduite à une question d'opportunité : quelle est la meilleure façon d'atteindre les objectifs se trouvant « derrière » elle ? Telle est la position du pluralisme managérial. Les internationalistes devraient, au lieu de s'atteler à comprendre comment les règles sont organisées entre elles ou comment s'articule le droit des traités avec le droit de la responsabilité, s'intéresser au « pourquoi » du droit international (A). Pourquoi et dans quelles circonstances les États choisissent-ils de respecter leurs engagements ? Pourquoi est-il souvent plus efficace d'assurer une mise en œuvre par des mécanismes informels que par des mécanismes contraignants ? Pourquoi certaines institutions assurent-elles mieux la coopération interétatique que d'autres ? Il est primordial que les internationalistes adoptent ce style d'investigation causale dès aujourd'hui, s'ils veulent faire face aux nouvelles formes de gouvernance mondiale, et notamment à l'émergence des régimes de régulation (B).

---

[301] Richard Falk, « Kosovo, World Order, and the Future of International Law », *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 853. Le problème avec cet argument anti-formaliste est que l'intervention au Kosovo a été justifiée dans des termes juridiques et qu'elle a été susceptible de devenir le (dangereux) précédent d'une doctrine que l'on croyait obsolète, à savoir le droit d'intervention humanitaire. Dans ces circonstances, dire que l'intervention était « illégale mais légitime » avait pour double ambition de préserver l'intégrité du droit formel et de résister à sa déformalisation en situant l'intervention sur un plan moral. Cette formule suggérait en effet que les gouvernants européens, après avoir fait les frais de la passivité à Kigali et à Srebrenica, ne pouvaient pas ne pas intervenir –en bref, qu'il s'agissait d'une décision exceptionnelle, difficile mais nécessaire, relevant du politique. Pour une analyse du discours de légitimation de l'intervention de l'OTAN, voir Corten (O.) et Delcourt (B.) (*dir.*), *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2001, 310 p.

A) LA RECHERCHE D'UNE MISE EN CONFORMITÉ

En 1995, Abram Chayes et Antonia Handley Chayes publient « *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* »[302], un ouvrage au succès immédiat. Après un examen de la mise en œuvre des traités internationaux dans plusieurs domaines (commerce, monnaie, environnement, etc.), les auteurs arrivent à la conclusion que, de manière prévalente, les États respectent (« *comply with* ») leurs engagements. Cela amène Abram et Antonia Chayes à repenser la notion même de souveraineté : « *sovereignty now means not freedom* from *external interference, but freedom* to *engage in international relations as members of international regimes* »[303]. La souveraineté ne se définit plus en termes de contrôle territorial ou d'autonomie politique, mais en termes d'appartenance au système international. Car, de toute évidence, un État ne peut plus évoluer en isolation complète des autres États : « *there are too many audiences, foreign and domestic, too many relationships, present and potential, too many linkages to other issues to be ignored* »[304]. En dernière analyse, la capacité d'un État à préserver son statut en tant que membre du système international dépendra de sa volonté de respecter ses engagements internationaux.

D'où la question suivante, à laquelle s'intéressent Abram et Antonia Chayes : comment accroître la mise en conformité des États dans chacun des domaines du droit international ? Ils défendent un modèle souple ou managérial : « *because non-compliance is usually a problem of deficiencies rather than disobedience and because sanctions have proven so ineffective, treaty regimes should adopt a managerial rather than enforcement strategy for promoting compliance* »[305]. L'imposition de sanctions n'est pas efficace au niveau international, car ses coûts de transaction sont toujours élevés. La solution aux problèmes de non-conformité est à trouver dans les mécanismes de coopération institutionnelle et dans ce qu'ils appellent le « processus dialogique d'interprétation et d'application sur une longue période de temps »[306].

La nature utopique du modèle des Chayes a été pointée du doigt. Dans le champ des

---

[302] Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Regimes*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, xii-404 p.
[303] Koh (H.), « Book Review. *The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements*. By Abram Chayes and Antonia Handler Chayes. Cambridge MA, London: Harvard University Press, 1955. Pp. xii-404 p. $49.95 », *AJIL*, vol. 91, 1997, p. 390.
[304] Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty*…, *supra* note 302, p. 119.
[305] Danish (K.), « Management v. Enforcement. Book Review. The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements. By Abram Chayes & Antonia Handler Chayes. Cambridge: Harvard University Press (1995). 417 pp. », *Virginia J. of Int'l L.*, vol. 37, 1997, p. 792.
[306] Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty*…, *supra* note 302, p. 134.

relations internationales, George Downs, David Rocke et Peter Barsoom ont fait entendre que les Chayes « *are far too sanguine about the rarity of willful defection as a source of non-compliance and far too quick to dismiss the importance of sanctions* »[307]. Si la conformité est souvent acquise et si les mécanismes contraignants sont aussi peu utilisés, c'est tout simplement parce que les États ne se sont jamais imposés d'obligations lourdes ou conséquentes. Les trois auteurs opposent aux Chayes un modèle axé sur la contrainte et non la coopération. Cette contrainte n'est toutefois pas normative ; elle est contextuelle. Recourant à la théorie des jeux, ils montrent que les contextes d'action sont caractérisés par la présence de « motifs mixtes »[308], c'est-à-dire que les acteurs font face à plusieurs alternatives de conduite, dont certaines peuvent être incompatibles. Dans ces cas, le recours aux sanctions ne peut jamais être totalement exclu.

Bien que les thèses défendus de part et d'autre paraissent opposées, elles sont en réalité très proches. En effet, elles partagent une vision déformalisée du droit international. Celui-ci ne se présente plus comme un ensemble de normes obligatoires. Il s'est décomposé en une gamme de régulations, allant du « droit mou » au « droit dur »[309], et dont l'existence est réduite à une question d'opportunité : quelle est la meilleure façon d'atteindre notre objectif dans le contexte actuel (que ce soit un contexte d'interdépendance ou de méfiance) ? Tout dépend des circonstances et des objectifs recherchés, et tout est calculable : la résolution la plus efficace d'un problème se fera souvent par la négociation, parfois par une sanction administrative, plus rarement devant un mécanisme formel de règlement des différends. Qui plus est, le droit s'est départi de son mode de fonctionnement binaire (validité/non, responsabilité/non, violation/respect, etc.) : à chaque mode de régulation correspond un mécanisme de mise en conformité (« *compliance* »)[310]. C'est finalement cela qu'il faut entendre par « déformalisation » : le fait que le droit se dilue en une série de régulations *ad hoc* et de mécanismes informels de mise en conformité, privilégiés en raison de leur commodité instrumentale, tandis que les règles « rigides » et les mécanismes formels de règlement des différends sont réduits à une simple stratégie de régulation, la « *légalisation* »[311].

---

[307] Danish (K.), « Management v. Enforcement… », *supra* note 305, p. 792.
[308] Downs (G.), Rocke (D.) et Barsoom (P.), « Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation? », *Int'l Org.*, vol. 50, n° 3, 1996, pp. 379-406.
[309] Abbott (K.) et Snidal (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *supra* note 300.
[310] Simmons (B.), « Compliance with International Agreements », pp. 143-161, *in* Ku (C.) et Diehl (P.) (*eds.*), *International Law: Classical and Contemporary Readings*, Lynne Rienner, Boulder, 3ème éd., 2009, cii-507 p.
[311] Voir Goldstein (J.), Kahler (M.), Keohane (R.) et Slaughter (A.-M.), *Legalization and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2000, xv-319 p. Pour un résumé, voir des mêmes auteurs « Introduction: Legalization and World Politics », *Int'l Org.*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 389-399.

B) L'ÉMERGENCE DES RÉGIMES DE RÉGULATION

La nécessité de substituer le projet utopique d'une constitutionnalisation par un projet plus réaliste constitue une véritable antienne du discours pluraliste. Les internationalistes sont invités à cesser de croire en la mise en place d'un gouvernement international (« *world government* ») pour s'intéresser, enfin, à la gouvernance mondiale (« *global governance* »)[312]. C'est que les relations internationales ne sont pas réglementées par le haut, par une constitution mondiale. Elles sont régulées par des régimes transnationaux (« *regulatory regimes* »), ces régimes étant entendus comme « *a dense and complex web of norms, rules and practices* [*governing an issue*] »[313].

Il faut savoir que la théorie des régimes occupe une place proéminente dans la discipline des relations internationales, et ce, depuis plusieurs décennies[314]. Pour les pluralistes managériaux, la discipline internationaliste a tout à gagner à adopter la théorie des régimes, celle-ci n'étant pas tronquée par une faille formaliste[315]. Les théoriciens des régimes partagerait même avec les internationalistes une ambition commune, celle de combattre le dédain des réalistes à l'égard des organisations intergouvernementales. C'est en effet pour s'opposer au scepticisme réaliste et pour réhabiliter les organisations comme forum de coopération interétatique, explique Anne-Marie Slaughter, que la théorie des régimes est apparue à la fin des années 1970. Parallèlement aux internationalistes qui, à la même époque, examinaient le rôle et la contribution des organisations internationales, les inter-relationnistes ont réfléchi à des questions similaires –la différence étant que ces derniers se sont fondés sur une méthodologie plus solide, celle du choix rationnel. Anne-Marie Slaughter poursuit son exposé ainsi : « *As international lawyers soon realized, this was international law by another name* »[316].

---

[312] Weiss (T.), « What Happened to the Idea of World Government », *ISQ*, vol. 53, n° 2, 2009, pp. 253-271.
[313] Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty*…, *supra* note 302, p. 1.
[314] Cette théorie cherche à comprendre les conditions d'émergence, de fonctionnement et de déclin des systèmes de règles qui structurent chaque domaine des relations internationales. Voir Abbott (K.), « International Relations Theory, International Law, and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts », *AJIL*, vol. 93, n° 2, 1999, pp. 361-379. Pour une application dans un domaine précis, voir Barnett (L.), « Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime », *Intl J. of Ref. L.*, vol. 14, n° 2 & 3, 2002, pp. 238-262.
[315] Un exemple parmi d'autres : « *For regime theorists, the most interesting thing about an international regime is not necessarily the presence of a governing treaty. As a consequence, they pay less attention than international lawyers do to the formalities of the treaty process, treaty language, or negotiating history. By contrast, international lawyers, accepting that a treaty has an inherent compelling power, put more emphasis on careful analysis of the relevant language, rather than looking closely at compliance problems and dispute settlement processes as they arise in practice* ». Chayes (A.) et Chayes (A.), « Compliance Without Enforcement: State Behavior Under Regulatory Treaties », *Negotiation Journal*, vol. 7, n° 3, 2007, p. 314.
[316] Slaughter (A.-M.), « International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda », *AJIL*, vol. 87, 1993, p. 206. Rautiala (K.) et Slaughter (A.-M.), « International Law, International Relations and Compliance », spé. pp. 540-541, *in* Carlnaes (W.), Risse (T.) et Simmons (B.) (*eds.*), *The Handbook of International Relations*, New York, Sage Publications, 2002, 572 p. Un argument similaire est avancé par Johnstone (I.), « Treaty Interpretation: The Authority of Interpretive Communities », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 12, p. 373. Pour une analyse

Pourtant, il n'aura échappé à personne que le concept de « régime » que l'on retrouve ici possède un sens très différent de celui utilisé, par exemple, par le Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international[317]. Un régime ne s'entend ni comme un système composé de règles primaires et de règles secondaires, ni même un ensemble plus vaste regroupant les règles conventionnelles et les organisations internationales autour d'une problématique commune. Ici, les régimes correspondent à des dispositifs institutionnels, à des facteurs d'ordre dans les relations internationales (lesquelles sont conçues comme spontanément désordonnées et chaotiques). Selon la définition élaborée par Stephen Krasner dans les années 1980, les régimes sont des « *sets of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations* »[318]. Cette définition, ainsi que ses nombreuses reformulations[319], mettent en avant trois éléments. Ceux-ci caractérisent encore aujourd'hui la notion de régime telle qu'utilisée en relations internationales : une inclusivité, un fondement comportementaliste et une nature fonctionnaliste. Chacun de ces éléments mérite quelques précisions.

Pour commencer, les régimes sont entendus de manière large et informelle, regroupant bien davantage que les seules institutions de droit public (source, traité, organisation, etc.)[320]. Mais la notion de régime est le plus souvent employée pour désigner les institutions économiques issues de Bretton Woods, l'Union européenne, l'OCDE, le Comité de Bâle sur le

---

inter-relationniste de l'époque, voir par exemple Axelrod (A.) et Keohane (R.), « Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions », *World Politics*, vol. 38, n° 1, 1985, pp. 226-254. Pour une analyse plus perspicace du regain d'intérêt pour les organisations internationales chez les inter-relationnlistes, voir Kratochwil (F.) et Ruggie (J.), « International Organization: A State of the Art on an Art of the State », *Intl. Org.*, vol. 40, n° 4, 1986, pp. 753-775.

317 Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, §§ 123-137.

318 Il poursuit : « *Principles are beliefs of fact, causation, and rectitude. Norms are standards of behavior defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions for actions. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice* ». Krasner (S.), « Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables », p. 2, *in* Krasner (S.) (*éd.*), *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983, x-372 p.

319 Pour un compte-rendu récent, voir Little (R.), « International Regimes », pp. 296-310, *in* Baylis (J.), Smith (S.) et Owen (P.) (*eds.*), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, OUP, 2008, 4ème éd., xxxix-622 p.

320 Les régimes sont parfois même entendus comme des espaces culturels propres ou des modes de pensée holistiques. Friedrich Kratochwil et John Ruggie, par exemple, conçoivent les régimes comme des « *principled and shared understandings of desirable and acceptable forms of social behavior* », *in* « International Organization… » *supra* note 316, p. 764. Voir aussi Neufeld (M.), « Interpretation and the 'Science' of International Relations », *Rev. of Intl Studies*, vol. 19, n° 1, 1993, pp. 39-61. On retrouve une conception similaire chez Vogler (J.), « Taking Institutions Seriously: How Regime Analysis can be Relevant to Multilevel Environmental Governance », *Global Env. Pol.*, vol. 3, n° 2, 2003, pp. 25-39, ainsi que chez Koh (H.H.), « Opening Remarks: Transnational Legal Process Illuminated », pp. 227-232, *in* Likosky (M.) (éd.), *Transnational Legal Processes. Globalisation and Power Disparities*, Butterworths LexisNexis, London, 2002, xxxvii-505 p.

contrôle bancaire et l'organisation du marché pétrolier qui prévalait jusqu'au début des années 1970. Comme le souligne Pierre Noël, « *l'objet principal des théories des régimes demeure* […] *la coopération interétatique en matière de gestion de l'économie mondiale. C'est là, en effet, que la situation de prédilection de cette approche –le problème d'action collective– se manifeste avec le plus d'évidence* »[321].

La difficulté est d'expliquer comment ces régimes (économiques) peuvent exister et fonctionner en l'absence de contraintes publiques ou formelles, difficulté qui est surmontée par le recours à des modèles comportementalistes[322]. Que ce soit sous l'angle du pouvoir, des intérêts ou encore de l'intersubjectivité, l'évolution des régimes est expliquée à l'aune du comportement ou de la perception des acteurs. Cela revient à dire que les régimes ne dérivent pas du « haut », c'est-à-dire des normes issues des pouvoirs publics, mais plutôt du « bas », c'est-à-dire à partir de l'initiative des acteurs publics et privés.

La théorie des régimes est également imprégnée de fonctionnalisme[323]. Celui-ci est présent aussi bien au niveau macro- qu'au niveau micro-sociologique[324]. Au niveau général, les régimes sont présumés réguler des domaines précis et clairement identifiables, chacun ayant pour fonction de gouverner un pan des relations internationales. Au niveau spécifique, chaque régime est composé d'« agences » [325] (institutions internationales, départements d'État, opérateurs privés, groupes de pression, etc.) qui sont compris en des termes fonctionnels. Chaque régime est administré par des agents (experts techniques, fonctionnaires, juristes, etc.), dont les compétences sont taillées sur mesure afin d'assurer le meilleur rendement fonctionnel.

On retrouve cette conception des régimes (en tant que « blocs fonctionnels ») dans le

---

[321] Noël (P.), « Théorie des « régimes… », *supra* note 89, p. 142. La littérature sur ce sujet est considérable. Une excellente synthèse des thèses américaines est offerte par Biersteker (T.) et Hall (R.), « La gouvernance privée dans le système international », *L'Économie Politique*, vol. 4, n° 2, 2004, pp. 5-18.

[322] Pour un aperçu de ces modèles (avec une préférence pour l'approche dite constructiviste), voir Hasenclever (A.), Mayer (P.) et Rittberger (V.), *Theories of International Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, x-248 p.

[323] Au sens où « *the essence of functionalism* […] *is the way that* particular *purposes of international regimes and* particular *definitions of the public interest are taken for granted or predetermined* ». Lang (A.) et Cooney (R.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade: A Rejoinder to Mónica García-Salmones », *EJIL*, vol. 20, n° 1, 2009, p. 191.

[324] Pour une formulation récente, voir Keohane (R.), « A Functional Theory of International Regimes », pp. 205-238, *in* Simmons (B.), *International Law. Approaches to the Study of International Law*, London, SAGE, vol. 1, 2008, xlviii-351 p.

[325] On les appelle « *regime agencies* ». Pour des usages extensifs de cette terminologie, voir Abbott (K.), « Enriching Rational Choice Institutionalism for the Study of International Law », *U. of Ill. L. Rev.*, vol. 1, 2008, pp. 5-46 (assimilant les agents aux organisations internationales). Slaughter (A.-M.), « Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable », pp. 521-546, *in* Bermann (G.), Herdegen (M.) et Lindseth (P.), (*eds.*), *Transatlantic Regulatory Cooperation: Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, Oxford University Press, xviii-635 p. (les agents désignant ici les réseaux trans-gouvernementaux).

rapport de l'Organe d'appel de l'OMC relatif à l'affaire du *Bœuf aux hormones*. Confronté à la question du statut que possède le principe de précaution dans le droit de l'OMC, l'Organe d'appel a conclu en 1998 que ce principe était inapplicable en droit du commerce, peu importe son statut en droit de l'environnement[326]. Le droit de l'environnement et le droit du commerce possèderaient leurs propres principes ne s'appliquant pas au-delà de leurs frontières. La question est réapparue à l'OMC huit ans plus tard dans l'affaire des *produits biotechnologiques*, la Communauté européenne soutenant que le principe de précaution constituait désormais un principe général de droit international[327]. Le Groupe spécial a rejeté cet argument, estimant que le statut du principe de précaution en droit international continuait à faire débat. Il a donc avalisé la solution qui avait été dégagée par l'Organe d'appel en 1998 :

> « *Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons toutefois qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité* »[328].

Le fonctionnalisme du pluralisme managérial se veut réaliste : à la différence des doctrines de l'entre-deux-guerres, il a intégré la critique réaliste. Par conséquent, si la multiplication des régimes spécialisés est positive, ce n'est pas parce qu'elle conduirait à un fédéralisme mondial, mais bien parce qu'elle permettrait aux acteurs de mieux poursuivre leurs intérêts : « *the existence of distinct negotiating fora will spur actors to seek out the forum most favorable to their interests* »[329]. C'est, faut-il le répéter, pour la même raison que la déformalisation du droit est encouragée. Après tout, « *international actors choose softer forms of legalized governance when those forms offer superior institutional solutions* »[330]. Un droit déformalisé laisse une plus grande marge de manœuvre aux acteurs (stratégiques) en leur offrant un éventail de régulations avec lesquelles ils pourront poursuivre leurs intérêts et, par là, maximiser les objectifs de régulation internationale.

---

[326]Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 février 1998, §§ 123 à 125.
[327] Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, § 7.76.
[328] Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 326, § 121.
[329] Raustiala (K.) et Victor (D.), « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *supra* note 290, p. 280.
[330] Abbott (K.) et Snidal (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *supra* note 300, p. 421.

§3. LE RÔLE DES « ARCHITECTES DE LA GOUVERNANCE MONDIALE »[331]

On vient de voir que l'invitation lancée aux internationalistes à se défaire de leur obsession pour les États et les règles formelles est suivie d'une autre invitation, qui consiste à acquérir une meilleure connaissance de la scène mondialisée et à se montrer plus sensibles aux objectifs de la régulation internationale. C'est donc un changement conceptuel important qui accompagne la critique du formalisme juridique : le droit international n'a plus aucune valeur intrinsèque ; il est réduit à une technique de « gouvernementalité ». On sait que, selon Foucault, la gouvernementalité est cet art de gouverner la population qui s'appuie sur le savoir économique et qui utilise « *au maximum des lois comme des tactiques* »[332]. N'est-ce pas cette conception qui a permis aux États-Unis d'agir comme ils l'ont fait, après les attaques du 11 septembre 2001 ? Tel est l'argument développé par Judith Butler. Selon elle, les détentions illimitées de Guantanamo montrent que les États Unis sont arrivés à se sortir des frontières de la loi en toute impunité. Elle reprend le concept foucauldien de gouvernementalité pour penser la résurgence de la souveraineté et de la prérogative absolue (ce « pouvoir de procurer le bien public sans règlement et sans loi ») au sein de l'État de droit[333].

Les pluralistes managériaux accepteraient certainement d'être qualifiés de réalistes, mais pas d'apologétiques. Ne suggèrent-ils pas aux internationalistes de devenir, de concert avec les inter-relationnistes, les « *architectes de la gouvernance mondiale* »[334] ? Au lieu d'être les auteurs d'une (utopique) constitution, les internationalistes doivent allier la recherche d'une efficacité optimale avec un impératif de légitimité. Les techniques empiriques issues des sciences sociales permettent d'identifier la façon la plus efficace de résoudre les problèmes et, par conséquent, de préconiser la réponse fonctionnelle la plus adaptée à chaque cas d'espèce (A). Mais cette optimisation n'est pas exempte de risques, dans la mesure où elle ouvre la porte à des solutions démesurées, élaborées par des gestionnaires trop méticuleux à l'ouvrage. C'est pour éviter ce danger (« *unconstrained technocratic governance* »[335]) qu'intervient l'impératif de légitimité. Il exige une correspondance entre les solutions optimales et les sentiments éthiques de l'auditoire (B).

---

[331] Abbott (J.), « Toward a Reicher Institutionalism for International Law and Policy », *JILIR*, vol. 1, 2005, p. 11.
[332] Foucault (M.), « La « gouvernementalité », p. 646, *in* Foucault (M.), *Dits et écrits II. 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, 1735 p.
[333] Butler (J.), *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London, Verson, 2004, spé. pp. 93-100.
[334] Abbott, « Toward A Richer Institutionalism for International Law and Policy », *J. of Intl L. & Intl Rel.*, vol. 5, 2004, p. 11.
[335] Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *supra* note 258, p. 220.

A) UN NOUVEAU FORMALISME : L'EFFICACITÉ FONCTIONNELLE

C'est naturellement les techniques empiriques issues des sciences sociales qui semblent les plus adaptées à la démarche pluraliste, car elles facilitent le mode d'investigation causale : sachant qu'on veut atteindre les objectifs tels que la paix et la sécurité internationales, la libéralisation des échanges, le respect des droits de l'homme, le développement durable, etc., quels sont les meilleurs moyens d'y parvenir ? C'est pour répondre à ce genre de questions que les pluralistes invitent leurs pairs à s'affranchir de la dogmatique juridique et à apprendre à isoler des variables indépendantes et dépendantes, à formuler des hypothèses et à les tester, à identifier des critères d'efficacité, etc.

Les techniques empiriques auraient pour principal avantage d'identifier les moyens les plus appropriés pour atteindre un objectif particulier ou pour résoudre un problème donné. Dire, comme le font traditionnellement les internationalistes, qu'un problème est régi par le système juridique international ne signifie pas grand-chose en termes de résultats concrets. À l'inverse, assigner un problème à un régime spécialisé permet de garantir une solution optimale depuis la fonction assignée à ce régime. Cela implique, bien entendu, de s'assurer que les régimes soient les plus opérationnels possibles, ce que les pluralistes s'appliquent à faire par une analyse détaillée de leur architecture (« *regime design* »). La composition d'un régime, la flexibilité de ses mécanismes de mise en conformité, son degré de centralisation institutionnelle : tous ces éléments constituent des variables qu'on peut manipuler pour parvenir à un fonctionnement maximal, adapté aux circonstances. « *Regime design matters* », nous explique Ronald Mitchell, car « *whether a treaty elicits compliance from governments or non-state actors depends upon identifiable characteristics of the regime's compliance systems* »[336].

Poussé à l'extrême, ce raisonnement conduit à la transposition dans le domaine juridique des méthodes d'analyse économique : théorie des jeux, théorie du choix rationnel, recherche de l'équilibre de Pareto, etc.[337]. Cette économisation du droit est applaudie en cela qu'elle permet d'identifier avec précision les enjeux et les conséquences des différents scénarios. L'idée sous-jacente est que si le formalisme juridique est incapable d'expliquer ce qui se passe

[336] Mitchell (R.), « Regime Design Matters: International Oil Pollutions and Compliance », *Intl Org.*, vol. 48, n° 3, 1994, p. 425.

[337] « *To know precisely the conditions under which networks can be most effective, researchers must develop a new branch of game theory that can identify more precisely the kinds of problems for which the formation of a network is an optimal solution* ». Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *supra* note 258, p. 220.

en réalité (et, par-là même, de prévoir le futur), la science économique peut y remédier[338]. Même les décisions juridictionnelles sont expliquées au travers d'une analyse économique : « *rulings* [*in a treaty-based regime*] *that conform to the law of balancing, or can be portrayed as falling on some point along a Pareto frontier, will be more palatable than those that are not Pareto-optimal* »[339]. Que l'on ne sache pas très bien à la lecture de ce passage si la « *law of balancing* » est une règle juridique ou une règle économique –ou les deux, le droit se réduisant à un calcul économique– est révélateur de l'idée que si le juge n'est pas lié par la forme juridique, il l'est à tout le moins par les lois économiques.

La volonté de préserver une unité normative entre les régimes juridiques se transforme, sous le pluralisme managérial, en recherche d'optimisation fonctionnelle. Au lieu de rester bloqué dans ce qui serait le « paradigme juridique », il est plus prometteur de voir que chaque régime a pour fonction de s'attaquer à un domaine spécifique (commerce, finance, etc.) ou à un problème particulier (le terrorisme, la pollution, etc.), de sorte que si chaque fonction est optimisée, alors la résolution des problèmes mondiaux sera, elle aussi, optimisée. C'est pourquoi, si la volonté d'assurer une unité ou une cohérence normative entre les régimes disparaît, la volonté d'assurer une cohérence interne aux régimes est plus présente que jamais. Cette cohérence interne n'est évidemment pas normative ; factuelle et évolutive, elle est parfois le fait de « communautés épistémiques »[340], parfois le fruit spontané du comportement des acteurs qui poursuivent leurs intérêts égoïstes selon des calculs rationnels. Mais que ce soit selon la « *logic of socialization* » ou la « *logic of calculation* »[341], il y a pour ainsi dire toujours une logique qui assure la cohérence interne (ou l'optimisation) des régimes[342].

Cette transformation affecte la conception qu'on peut avoir des « *conflits normatifs* » ou des « *collisions inter-systémiques* », selon que l'on adopte le langage constitutionnaliste ou le langage différentialiste. Le pluralisme managérial se distingue en parlant d'« *interactions* »[343] entre les

---

[338] Il n'est plus nécessaire de retracer les motivations des acteurs ou d'argumenter sans fin sur la nature du contexte ; il suffit de calculer les coûts et les bénéfices impliqués dans les différents scénarios.

[339] Stone Sweet (A.) et Mathews (J.), « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Colum. J. of Transnal L.*, vol. 47, 2008, p. 96.

[340] Haas (P.), « Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination », *Intl. Org.*, vol. 46, n° 1, 1992, p. 27 et p. 35. Abbott (K.), « Enriching Rational Choice Institutionalism for the Study of International Law », *U. of Ill. L. Rev.*, vol. 1, 2008, pp. 5-46.

[341] Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *supra* note 258, p. 214.

[342] Et si la présence d'une certaine incohérence au sein d'un régime est parfois encouragée d'un point de vue stratégique, il n'empêche qu'elle est à la fois désirée et maîtrisable, si bien que les incertitudes ne viennent pas affaiblir l'objectif fonctionnel d'un régime mais au contraire le renforcer. Ratner (S.), « Regulatory Takings in Institutional Context... », *supra* note 72.

[343] Pour un exemple de modélisation, voir Gerhing (T.) et Oberthür (S.), « The Causal Mechanisms of

régimes, ce qui projette une image à la fois plus dynamique et plus harmonieuse des rapports entre eux. Le domaine des ressources génétiques végétales, par exemple, serait administré par un ensemble de régimes (« *regime complex* »[344]). Cet ensemble regroupe des régimes dits « élémentaires » (tels que le régime de l'environnement, le régime du commerce et le *codex alimentarius*), qui interagissent de manière non-hiérarchique et enchevêtrée. Parce que ce schéma se concentre sur les modalités d'interaction entre ce qui ressemble à des blocs fonctionnels et cohérents, destinés à la réalisation de buts spécifiques, les « difficultés » (on parle de « *legal inconsistencies* ») se situent non pas à l'intérieur des régimes, mais bien au niveau des articulations (« *joints* »[345]) entre eux. Les conflits de normes appartenant à deux régimes distincts sont relégués au second plan ; ils sont réduits au statut de « perturbations » (« *inconsistencies* ») devant être réduites par voie d'ajustement et de calculs stratégiques. Loin de constituer un danger potentiel, ces perturbations ne sont que des facteurs additionnels à prendre en compte. Les conflits de compétence entre institutions, par exemple, sont considérés sous l'angle du forum-shopping des solutions juridiques et c'est uniquement à ce titre, en tant que variable dans le fonctionnement optimal du régime, qu'ils interviennent[346].

B) UNE NOUVELLE NORMATIVITÉ : LA LÉGITIMITÉ

« *An examination of international institutions concerns not only whether they are efficient but also whether they are fair and legitimate* »[347]. L'impératif de légitimité est un ingrédient important –et même indispensable– à la gouvernance mondiale, quand bien même cet impératif viendrait dans un second temps, après avoir établi la meilleure façon de résoudre un problème donné. Une fois la solution optimale identifiée, il reste à s'assurer de sa légitimité en demandant : cette solution doit-elle avoir lieu ? Répondre à cette question implique de mesurer la correspondance de la solution envisagée avec les sentiments des parties impliquées.

Une telle démarche n'a pas grand-chose à voir avec celle que proposent généralement les juristes. D'un côté, la légitimité se présente comme un outil normatif moins utopique et plus

---

Interaction between International Institutions », *EJIR*, vol. 15, 2009, pp. 125-156. Underdal (A.) et Young (O.) (*eds.*), *Regime Consequences: Methodological Challenges and Research Strategies*, Dordrecht, Springer, 2004, vii-394 p.

344 « *Regime complex: an array of partially overlapping and nonhierarchical institutions governing a particular issue-area* ». Raustiala (K.) et Victor (D.), « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *supra* note 290, p. 306.

345 *Ibid.*, p. 280.

346 « *We expect that the existence of distinct negotiating fora will spur actors to seek out the forum most favorable to their interests. We explore not only the factors that we expect will affect the degree of forum shopping—such as barriers to entry, membership, and linkages among issues—but also the practical impact that forum-shopping has on the evolution of rules within regime complexes* ». *Ibid.*, *loc. cit.*

347 Barnett (M.) et Duvall (B.), *Power in Global Governance*, Cambridge, CUP, 2006, p. 7.

modeste que la légalité, cherchant simplement à fournir des « *second-best, satisfying mechanisms of checking power on the international level* »[348]. Par ailleurs, la légitimité ne s'applique pas sur un mode binaire, comme la légalité ; la légitimité est susceptible de « degrés »[349] pour refléter la complexité de la société mondialisée. De l'autre côté, la légitimité rompt également avec le réalisme classique qui, dans la lignée de Carr et de Morgenthau, refusait d'adopter un langage normatif. Ces auteurs réalistes s'attachaient à lever le voile sur les intérêts particuliers présidant à l'invocation de normes universelles. En somme, la légitimité est une sorte d'entre-deux qui éviterait les écueils des deux extrémités ; elle permettrait aux internationalistes d'être sensibles aux croyances et aux attentes normatives des acteurs, sans pour autant verser dans un normativisme utopique. C'est dans cet entre-deux que se situe l'inter-relationniste Robert Keohane, par exemple, lorsqu'il proclame « *the absence of a universal global society* », affirmation qui rappelle le scepticisme du réalisme classique, mais à laquelle il ajoute une coloration normative, en déclarant partager « *the widespread belief that rules are only legitimate if they conform to broadly democratic principles* » (ce qui correspond *grosso modo* à la théorie politique libérale)[350].

La légitimité peut donc être définie comme le caractère de ce qui est « *digne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier ou à excuser),* [*car*] *fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social* »[351]. La spécificité de la légitimité tient à ce qu'elle renvoie, non pas à ce qui est juridiquement légal ou moralement juste, mais à ce qui est accepté et acceptable au sein d'un certain groupe social ; c'est une normativité non pas juridique ou morale, mais plutôt mi-psychologique, mi-sociologique[352]. La légitimité renvoie « *to the normative belief by an actor that a rule or institution ought to be obeyed. It is a subjective quality, relational between actor and institution, and defined by the actor's* perception *of the institution* »[353]. L'auteur de cette définition, Ian Hurd, insiste sur la nature subjective (psycho-sociale) de la légitimité, sans oublier son côté opérationnel : une fois que les acteurs pensent qu'une règle ou une institution est légitime, alors ils ont tendance à la respecter ou à lui obéir.

---

[348] Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *supra* note 258, p. 223.
[349] « *Legitimacy is not an on/off matter; rules or institutions can be legitimate (or illegitimate) in varying degrees. While* […] *law is a binary matter, with behaviour being either legal or illegal but not 'a little legal', legitimacy can be observed along sliding scales: rules and institutions can be more or less legitimate; can be a little bit legitimate, or very legitimate* ». Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, pp. 40-41.
[350] Keohane (R.), « Global Governance and Democratic Accountability », p. 137 et p. 132, *in* Held (D.) et Koening-Archibugi (M.) (*eds.*), *Taming Governance. Frontiers of Governance*, Cambridge, Polity, 2003, xi-196 p.
[351] Cornu (G.) (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 460.
[352] Koskenniemi (M.), « Legitimacy, Rights, and Ideology. Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism », *Associations*, vol. 7, n° 2, 2003, pp. 349-373.
[353] Hurd (I.), « Legitimacy and Authority in International Politics », *Intl. Org.*, vol. 53, n° 2, p. 381.

Lorsqu'elle est appliquée aux régimes de gouvernance mondiale, la légitimité prend généralement la forme de deux critères : un critère processuel et un critère matériel[354]. Le critère processuel renvoie à des exigences institutionnelles de transparence et de participation démocratique. Le discours du pluralisme managérial contient de véritables litanies déplorant le « déficit démocratique » des institutions, ces litanies étant suivies par des appels visant à rendre les mécanismes de participation et de décision plus transparents et inclusifs[355]. Anne-Marie Slaughter nous avertit que le principal danger posé par les réseaux transnationaux est : « *the specter of agencies on the loose, unrestrained by democratic accountability* »[356]. Elle insiste sur la « redevabilité » (« *accountability* ») des institutions, l'idée sous-jacente étant que si celles-ci ne sont pas assujetties à des obligations (comme le veut un juriste) ou à une éthique morale (comme le veut un moraliste), elles doivent à tout le moins être comptables de leur gestion.

Le critère matériel demande à ce que des liens (« *linkage* ») soient faits entre les régimes de régulation. En effet, la mise en place de mécanismes processuels ne garantit pas que les décisions soient elles-mêmes légitimes, et l'une des voies envisagées pour y remédier est la création de liens entre les secteurs de la régulation internationale. Si l'on prend par exemple les rapports entre le régime du commerce et le régime de l'environnement, l'idée que le premier doit tenir compte du second est justifiée au nom d'une plus grande légitimité, c'est-à-dire non pas par l'idée que le commerce et l'environnement font partie d'un même système juridique (comme l'affirmerait un juriste) ou que pour être équitable, le régime commercial doit tenir compte de la protection de l'environnement (comme le dirait un moraliste), mais par l'idée que « *the proper management of linkage will enhance the legitimacy of the global trading system* »[357].

---

354 On les retrouve parfois sous les noms de « *input legitimacy* » et « *output legitimacy* », ce qui accentue la conception machiniste des régimes de régulation. « *Input legitimization refers to such things as transparency and representation of all 'stakeholders'* […] *Output legitimacy, by contrast, taps into the results of policies* ». Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 40. Ces notions ont été utilisées pour la première fois par Fritz Scharpf dans le contexte européen mais elles sont aujourd'hui régulièrement transposées à la gouvernance transnationale. Voir par exemple Risse (T.), « Transnational Governance and Legitimacy », pp. 179-197, *in* Benz (A.) et Papadopoulos (I.), *Governance and Democracy: Comparing National, European and International Experiences*, London, Routledge, 2006, 302 p.

355 « *Global democracy is grounded in principles of consensual debate and public accountability within international institutions. The democratization of global politics is an ideal, yet processes of inclusion and openness foster opportunities to expand deliberation and accountability, which, in turn, strengthen the legitimacy of governance institutions* ». Samhat (N.), « International Regimes and the Prospects for Global Democracy », *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. VI, n° 1, 2005, p. 179. On retrouve cette argumentation chez de nombreux auteurs, comme : Cohen (J.) et Sabel (C.), « Global Democracy ? », *Int'l L. and Pol.*, vol. 37, 2005, pp. 763-797. Grant (R.) et Keohane (R.), « Accountability and abuses of power in world politics », *Am. Polit. Sci. Rev.*, vol. 99, 2005, pp. 29-44.

356 Slaugther (A.-M.), *A New World Order*, *supra* note 266, p. 48.

357 Cho (S.), « Linkage of Free Trade and Social Regulation: Moving Beyond the Entropic Dilemma », *Chi. J. Intl L.*, vol. 5, n° 2, 2005, p. 628. Parfois, les critères matériels et processuels se retrouvent pêle-mêle pour défendre la fermeture du régime commercial : selon Guzman, la prise en compte de considérations extra-commerciales par les organes de règlement des différends porterait atteinte à la légitimité de l'OMC, laquelle est déjà affaiblie en raison du caractère anti-démocratique de ces mêmes organes. Guzman (A.), « Global Governance and the

§4. CONCLUSION

En s'engageant dans le projet de la gouvernance mondiale, il ne reste plus grand-chose qui rappelle les craintes de fragmentation. Grâce à la collaboration entre la discipline inter-relationniste et la discipline internationaliste, le droit international pourrait même connaître un deuxième essor (A). Il aurait pour mission d'assurer que les régimes de régulation soient les plus efficaces et les plus légitimes possibles. Une efficacité accrue grâce à la mise en place d'avenues spécialisées pour poursuivre des politiques tout aussi spécialisées (un régime commercial pour les politiques commerciales, une régime sécuritaire pour les politiques sécuritaires, etc.). Une légitimité accrue du fait que le droit, en s'étant rapproché des processus de mondialisation, s'est aussi rapproché des attentes de la société qu'il est appelé à régir. Or, il ne faut pas se méprendre : « *the interdisciplinary call is not really about cooperation but conquest* »[358] (B).

A) UN NOUVEL ESSOR POUR LE DROIT INTERNATIONAL ?

Le pluralisme managérial propose de réduire la tension qui existe entre le besoin d'unité (normative) et le besoin de diversité (factuelle) en partant non pas du premier mais du second élément. Ses partisans applaudissent la « désintégration » de l'État et promeuvent le passage de la forme juridique à la fonction instrumentale. Ils suggèrent par la même occasion que les phénomènes de spécialisation fonctionnelle et de déformalisation du droit peuvent être expliqués, rationalisés ; ce ne sont pas des phénomènes sur lesquels nous n'aurions aucune emprise. Mais au lieu de chercher à les contenir par une voie normative, ils optent pour une voie technique et libérale, supposant par là qu'il est possible de gérer ces phénomènes de manière à garantir, sinon leur résolution totale et parfaite, du moins celle qui soit la meilleure possible dans les circonstances. Mieux vaut suivre les mouvements de spécialisation et de déformalisation, et s'attacher à les optimiser et à les rendre légitimes, plutôt que s'obstiner à les faire rentrer au sein d'un système normatif préexistant.

La nature réaliste du projet pluraliste, on le voit, est liée aux idées de gestion et de marché, lesquelles constitueraient un socle plus solide pour le futur du droit international que les idées

---

WTO », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 45, n° 2, 2004, p. 343.

[358] Koskenniemi (M.), « Formalism, Fragmentation, Freedom… », *supra* note 275, p. 15. Klabbers (J.), « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity », *JILIR*, vol. 1, n° 1-2, 2005, pp. 35-48.

de fédération et d'universalité. Ce projet consiste à faire du droit international un instrument de gestion des problèmes mondiaux, sur le mode proposé par la gouvernance d'entreprise[359]. La notion de « gouvernance » vient en effet du monde corporatif, où elle désigne l'ensemble des principes et des procédures visant à assurer une meilleure gestion, à la fois plus efficace et plus transparente, de l'entreprise[360]. La gouvernance d'entreprise se présente aussi comme un mode de gestion pragmatique, car prenant en compte les intérêts des parties prenantes –et en particulier ceux des actionnaires– en vue de parvenir à un « *équilibre* »[361] entre ces intérêts. De la même façon, les pluralistes managériaux encouragent la mise en place d'une gouvernance mondiale fondée sur des partenariats entre une pluralité d'acteurs et structurée par la recherche d'une efficacité fonctionnelle[362].

Dans cette vision managériale du monde, la fragmentation du système interétatique et la déchéance des règles de droit public ne représentent pas une menace. C'est une chance. Il n'est pas anodin que le grand absent du vocabulaire utilisé par les pluralistes managériaux soit le terme même de fragmentation –ce qui le différencie des autres vocabulaires utilisés dans le débat sur la fragmentation (à savoir : constitutionnaliste, différentialiste et pragmatique). C'est que les phénomènes de fragmentation sont désignés par un autre nom ; ils sont interprétés comme participant à une dynamique inverse, une dynamique de diversification (et non pas de fragmentation) et une dynamique de renaissance (et non pas de disparition). Voilà ce que diraient les partisans du pluralisme managérial : quand bien même le droit international public se fragmenterait au sens où le craignent certains internationalistes, il faut s'en réjouir car cette fragmentation permet au droit international de connaître un deuxième essor.

---

[359] La transposition du projet de gouvernance d'entreprise à la sphère internationale implique une redéfinition de la discipline internationaliste en des termes managériaux. En effet, parce qu'elle renvoie au dispositif institutionnel concernant la meilleure façon de diriger l'entreprise (avec, en tête, les intérêts des actionnaires) et parce qu'elle s'intéresse ainsi au comportement de ceux qui la dirigent, la gouvernance d'entreprise a pu être définie comme « le management du management ». De la même façon, parce qu'il s'interroge sur le meilleur rendement des régimes de gouvernance (avec, en tête, les intérêts des « *shareholders* » ou plus largement des « *stakeholders* ») et qu'il intéresse ainsi aux actions de ceux et celles qui les dirigent, le point de vue pluraliste inspiré des relations internationales verse dans « le management du management ». Pérez (R.), « La gouvernance de l'entreprise », p. 10, *in* Sciences Humaines, *Décider, gérer, réformer. Les voies de la gouvernance*, Hors-série n° 44, mars-avril 2004.

[360] Paye (O.), « La gouvernance : d'une notion polysémique à un concept politologue », *Etudes internationales*, vol. XXXVI, n° 1, 2005, pp. 13-40.

[361] Campbell (B.) et Ahado (D.), « La gouvernance : entre l'État et le marché, qui gouverne l'ordre social ? », *Cahier de la Chaire C.-A. Poissant de l'UQAM*, n° 1, 2006, p. 1.

[362] Au mieux, leur objectif est de parvenir à une « *forme de gestion mondiale relativement intégrée, qui présente une certaine cohérence économique et technologique, mais aussi politique et sociale* ». Coicaud (J.-M.), « Réflexions sur les organisations internationales et la légitimité internationale : contraintes, pathologies et perspectives », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 4, n° 170, 2001, p. 585. Voir aussi Roseau (J.), « Governance in the Twenty-First Century », *Global Governance*, vol. 1, n° 2, 1995, spé. p. 15. Finkelstein (L.), « What is Global Governance? », *Global Governance*, vol. 1, n° 2, 1995, spé. p. 369.

Ce ton confiant est la force du pluralisme managérial ; sa force d'attraction tient au fait qu'il mélange un sentiment de nouveauté avec un sentiment de familiarité. Après tout, le fonctionnalisme, l'instrumentalisme et le réalisme ont toujours fait partie de la discipline (ou de la culture) internationaliste[363]. La vision du monde que projette le pluralisme managérial est telle que rien n'est pareil sans, semble-t-il, être radicalement différent. En effet, tout porte à croire que les pluralistes managériaux répondraient, eux aussi, à la question « à quoi sert le droit international ? », que celui-ci « *possède une fonction générale de paix, de sécurité et de justice internationales* »[364]. La différence serait qu'ils chercheraient, non pas à assurer une cohérence dans l'interprétation des objectifs en s'intéressant de près à la résolution des conflits normatifs, mais à assurer que la poursuite des objectifs soit la plus efficace et la plus légitime possible.

Que la tension entre les besoins d'unité et de diversité soit résorbée –et que les craintes de fragmentation soient dissipées– y est peut-être pour quelque chose dans l'écho favorable que le pluralisme managérial a reçu chez les internationalistes aux États-Unis. Le droit international paraît pourvu d'une assise plus stable et d'un futur plus certain, puisque les interactions entre les régimes peuvent être rationalisées par les techniques empiriques et que la légitimité des décisions peut être assurée au regard des sentiments éthiques des participants. La conversion au managérialisme conduirait à un apaisement et à une nouvelle ferveur, si l'on en croit Steven Ratner, professeur de droit à l'université de Michigan. Dans son article sur les conflits en matière de droit des investissements étrangers, il confesse que « *the alternative title for this paper might be "How I Learned to Stop Worrying and Love Fragmentation"* »[365].

B) UNE TENTATIVE DE CONQUÊTE DISCIPLINAIRE

En réalité, l'invitation à réformer le droit international sous la bannière de l'interdisciplinarité n'est pas une tentative de coopération, mais bien une de conquête[366]. En

---

[363] Tel est l'un des arguments avancés par David Kennedy dans « When Renewal Repeats… », *supra* note 21. Tout ceci est discuté au chapitre 11 (« Le pragmatisme stratégique »), *infra*.

[364] Tomuschat (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 23.

[365] Ratner (S.), « Regulatory Takings in Institutional Context... », *supra* note 72, p. 474.

[366] L'une des caractéristiques de ce discours est de réduire les disparités et les désaccords existant non seulement entre les internationalistes mais aussi entre les inter-relationnistes, de façon à mettre en avant un projet interdisciplinaire lisse et cohérent. En effet, la plupart des inter-relationnistes prennent soin de souligner la complémentarité des modèles, dont les analyses ne seraient pas antinomiques mais s'emboîteraient judicieusement de manière à offrir l'image la plus complète du fonctionnement des régimes internationaux. C'est aussi l'observation de Klabbers (J.), « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of

effet, cette invitation se fait au prix d'un changement radical de vocabulaire et, par là, de vision du monde : on parle de régimes (et non plus d'institutions), de régulation (et non plus de règles), de gouvernance (et non plus de gouvernement), de légitimité (et non plus de validité) et de mise en conformité (et non plus de responsabilité). De sorte qu'au final, le langage normatif des internationalistes se trouve totalement écarté. Il est remplacé par un langage technique et empirique issu des sciences sociales : « *nothing is left of law* »[367].

D'un côté, le pluralisme managérial se prétend pragmatique de bout en bout (« *all the way down* »[368]). Tout est une question de coûts et de bénéfices ; tout est négociable, révisable, ajustable selon les objectifs à atteindre et les circonstances du cas d'espèce[369]. De prime abord, donc, on se trouve très loin de la rigidité imputée au formalisme juridique. Or, le fait de penser en termes de fonction, de mise en conformité et d'optimisation suggère que les objectifs « derrière » les règles sont *déjà* connus et que la seule indétermination porte sur la meilleure façon de les atteindre[370]. Cela n'est qu'une autre forme de rigidité conceptuelle :

> « *Paradoxically, the managerial mindset assumes the absolute determinacy of the directives it uses to attain regime-objectives. And not only must they be semantically determinate, they must form a harmonious whole, be stable and immediately translatable to policy for cases that have arisen after their formulation. This not only formalism, this is a caricature of 19th century Begriffsjurisprudenz* »[371].

De l'autre côté, le pluralisme managérial reconnaît qu'il faut fixer des limites aux calculs pragmatiques. Car si l'on accepte de parler de l'interdiction d'exécuter des délinquants mineurs (« *child offenders* »[372]) en termes de coûts et de bénéfices, comme le fait Andrew Guzman, alors « *not only language but also the world undergoes a slight transformation* »[373]. Telle est la raison d'être de l'impératif de légitimité : celui-ci permettrait de s'assurer de l'adéquation entre une décision et les « sentiments » de l'auditoire. En dernière analyse, toutefois, comme

---

Interdisciplinarity », *supra* note 358, spéc. pp. 37-38.

[367] Koskenniemi (M.), « Formalism, Fragmentation, Freedom… », *supra* note 275, p. 16.

[368] Pour reprendre la formule de Brown (C.), « 'Turtles All the Way Down'… », *supra* note 261.

[369] « *A sociology of complexity articulates a project of technological reason that seems, after all, so much more up to date than the Victorian antics of international law* ». Koskenniemi (M.), « The Fate of International Law… », *supra* note 33, p. 23.

[370] Koskenniemi (M.), *The Gentle Civilizer of Nations…*, *supra* note 17, pp. 485 et s. Voir aussi Kingsbury (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 19, 1998, p. 348.

[371] Koskenniemi (M.), « Constitutionalism as a Mindset. Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalisation », présentation donnée dans le cadre d'une conférence à Tel-Aviv, 28-30 décembre 2005, p. 12. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKTel%20Aviv_uusi_05a%5B1%5D.pdf

[372] Guzman (A.), *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, OUP, 2008, p. 209. Pour une démonstration particulièrement forte de la façon dont le langage économique (en termes de coûts/bénéfices) peut être réifiant, réducteur et aliénant, voir Kennedy (D.), « Sexual Abuse, Sexy Dressing, and the Eroticization of Domination », pp. 126-213, *in* Kennedy (D.), *Sexy Dressing Etc.*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, xi-258 p.

[373] Koskenniemi (M.), « Letter to the Editors of the Symposium », *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 357.

l'a montré Martti Koskenniemi, la légitimité est un moyen commode d'asseoir sa propre autorité : les partisans du pluralisme managérial s'attribuent la compétence de déterminer les sentiments de l'auditoire, tout en refusant d'examiner si ceux-ci sont causés par la peur ou la confiance. On ne sait pas si la décision est acceptée par l'auditoire[374] sur fond d'intimidation ou de respect[375]. Pour le dire autrement, la légitimité ne vient pas rouvrir le débat interprétatif mais, à l'inverse, elle vient le clore une fois pour toutes : c'est un entre-deux qui se veut invulnérable aux critiques émises à l'encontre de la validité légale et de la justesse morale[376].

On aura compris que la fragmentation et la déformalisation ne sont pas applaudies comme étant le reflet d'une condition sociale « postmoderne » et donc comme un avantage pour une communauté pluraliste et diversifiée. La perspective du pluralisme managérial est résolument instrumentaliste. Que le droit international se fragmente en régimes spécialisés signifie l'émergence de meilleures avenues, plus claires et plus directes, pour mener à bien des politiques précises. Le nouvel essor du droit international tend ainsi à profiter aux acteurs les plus puissants, ceux qui ont les moyens de poursuivre plusieurs avenues en même temps :

> « *the interdisciplinary agenda itself, together with a deformalized concept of law, and enthusiasm about the spread of "liberalism", constitutes an academic project that cannot but buttress the justification of American empire, as both Schmitt and McDougal well understood. This is not because of bad faith or conspiracy on anybody's part. It is the logic of an argument –the Weimar argument– that hopes to salvage the law by making it an instrument for the values (or better, "decisions") of the powerful that compels the conclusion* »[377].

[374] Celui-ci reste d'ailleurs à être identifié. Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 41. Delcourt (B.), « Le concept d'impérialisme libéral – discussion », p. 127, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254.

[375] Cette conception de la légitimité ne fait donc pas l'unanimité. Le problème est qu'il ne suffit pas, pour qu'une décision soit légitime, que les acteurs se sentent contraints par elle. Le sentiment d'obligation vis-à-vis des ordres donnés par la mafia, par exemple, ne fait pas de celle-ci une institution légitime. C'est pourquoi certains ont suggéré dépasser les sentiments ou les croyances : « *surely, what matters is not only what people believe about power and authority, but depends on more objective factors as well* » (Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 38). Le problème est que la légitimité se rapproche ainsi de la légalité, dans la mesure où les conditions de sa validité relève du droit. C'est le même problème auquel fut confronté Thomas Franck.

[376] Martti Koskenniemi a montré comment la légitimité permet d'écarter les arguments juridiques, moraux ou politiques sans pour autant avoir de contenu fixe ; c'est pourquoi elle s'avère un moyen particulièrement fécond de contrôle social. Koskenniemi (M.), « Legitimacy, Rights, and Ideology… », *supra* note 353. Voir aussi Taylor (C.), *Philosophy and the Human Science. Philosophical Papers 2*, Cambridge, CUP, 1985, spé. p. 43-52.

[377] Koskenniemi (M.), *The Gentle Civilizer of Nations…*, *supra* note 370, p. 484.

Conclusion

Le pluralisme ordonné et le pluralisme managérial représentent les deux variantes du pluralisme normatif global. La thèse qu'elles ont en commun peut être résumée ainsi : « *There is no single, coherent 'international' legal sphere that is separated from a coherent 'domestic' sphere. Instead, what we have are multiple legal orders, a situation of global legal pluralism, in which it is impossible to tell in advance which normative order will better serve the cosmopolitan ideals of international law* […] »[378]. Il y aurait non pas un seul droit interétatique, mais bien une superposition d'ordres normatifs rivalisant pour obtenir préséance, et les règles juridiques traditionnelles seraient de secours limité pour déterminer quel ordre normatif doit s'appliquer en cas de conflits entre eux.

Au-delà de cette affirmation générale, le pluralisme ordonné et le pluralisme managérial se critiquent mutuellement. Le pluralisme ordonné est dénoncé comme étant utopique, dans la mesure où il pense garantir une unité plurielle par un jeu d'entrecroisements, d'harmonisation et d'hybridation. Ses partisans prennent leur rêve pour la réalité. Même dans le domaine de la protection des droits de l'homme en Europe, on retrouve des conflits de compétence et des conflits d'autorité entre les juridictions constitutionnelles nationales, la Cour de justice de l'UE et la Cour européenne des droits de l'homme. « *Est en jeu le privilège de préciser le droit des droits de l'homme en Europe* »[379]. Quant au pluralisme managérial, son problème est l'apologie : sa vision instrumentale du droit international « *crée une préférence constante en faveur des acteurs dominants ayant plusieurs alternatives politiques et les ressources nécessaires pour atteindre leurs objectifs* »[380]. Si l'on suit l'analyse d'Alejandro Lorite Escorihuela, les partisans du pluralisme managérial ne seraient pas réellement pluralistes. Alors même qu'ils célèbrent la désintégration de l'État-nation, ils sont amenés à défendre la souveraineté et les intérêts d'un seul État : les États-Unis[381].

---

[378] Rajagopal (B.), « The Role of Law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism… », *supra* note 187, p. 387.
[379] Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *supra* note 122, p. 22.
[380] Koskenniemi (M.), « À quoi sert le droit international ? », p. 336, *in La politique du droit international*, *supra* note 8.
[381] Lorite Escorihuela (A.), « Cultural Relativism the American Way: The Nationalist School of International Law in the United States », *Global Jurist Frontiers*, vol. 5, n° 1, 2005, pp. 1-166. Dans le même ordre d'idées, Gerry Simpson qualifient le pluralisme managérial de « *liberal anti-pluralism* ». Simpson (G.), *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, CUP, 2004, xix-391 p.

Titre 2

La position différentialiste

Introduction

Par opposition aux thèses pluralistes, les thèses différentialistes se veulent radicales. Ses partisans remettent en cause le rôle qu'occupe l'État souverain, en soulignant sa perte de contrôle dans le contexte de la mondialisation. À la société des États se substituerait une « société mondiale » dotée d'un « droit mondial »[382], voire même un « empire mondial »[383]. Les auteurs différentialistes s'entendent pour dire que les transformations et les mutations actuelles impliquent, sinon la fin du concept de souveraineté, du moins le passage d'un régime de souveraineté à un autre. C'est que les systèmes fonctionnellement différenciés sont dotés des mêmes attributs qui caractérisaient autrefois les États-Nations : l'un des aspects de la souveraineté étatique résidait dans la primauté inconditionnelle de l'ordre juridique national sur tout ce qui pouvait provenir de l'extérieur. Aujourd'hui, le principe de territorialité (la souveraineté) est concurrencé par le principe de fonctionnalité (la gouvernementalité). En lieu et place des ordres étatiques se retrouvent des « régimes »[384] juridiques spécialisés, chacun d'eux étant destiné à réguler un domaine spécifique d'activités (commerce, santé, etc.) mais chacun d'eux revendiquant une validité globale. Et il n'existe pas de règles supérieures pour assurer la coexistence (et encore moins la coopération) entre ces régimes, car c'est le droit international interétatique lui-même qui s'est fragmenté sur une base fonctionnelle.

On aura compris que la vision du monde et du droit qui est projetée est différentielle ou conflictuelle, au sens où c'est la différence ou le conflit qui est placé au centre, à distance de toute vision réconciliatrice. Comme l'écrit William Rasch en adoptant le point de vue des auteurs différentialistes : « *conflict is our vocation* […] *It takes shape on the differentiation of autonomous*

---

382 Teubner (G.), « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », p. 3, in Teubner (G.) (éd.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, xvii-305 p.

383 Hardt (M.) et Negri (A.), *Empire*, Paris, Exils, trad. Par D.-A. Canal, 2000, 571 p.

384 La notion de « régimes » est utilisée par les différentialistes de manière précise, proche du troisième sens proposé par le Groupe d'étude de la CDI dans son rapport final, à savoir « *un groupe de règles et de principes intéressant une matière particulière* […], *souvent dot*[*é*] *d'institutions qui* [*lui*] *sont propres pour administrer les règles pertinentes* ». Un régime (tel que le droit de l'OMC, le droit de la santé, etc.) est un ensemble de règles et d'institutions guidé par une finalité fonctionnelle –autrement dit, un ensemble spécialisé et déformalisé. Les deux autres sens proposés par le Groupe d'étude de la CDI sont les suivants : un « régime » peut désigner un ensemble spécial de règles secondaires du droit de la responsabilité ou un ensemble imbriqué de règles primaires et secondaires qui gouverne un problème particulier autrement que ne le ferait le droit général. Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, §§ 123-137 et conclusion n° 11.

unities that serve as the carriers of difference […] *Further distinctions can always be made because* […] *difference is all we have* »[385]. Selon la position différentialiste, le monde est composé de projets incommensurables et d'intérêts opposés, et le droit international public ne fait que reproduire cette différentiation en se fragmentant lui-même en projets incommensurables (Chapitre 4).

Du point de vue luhmannien, la fragmentation du droit international en régimes spécialisés est d'abord et avant tout un phénomène sociologique qui, pour être pleinement saisi, doit être replacé dans le processus de différentiation fonctionnelle de la société. L'évolution de la société serait en effet marquée par le fait que « *des sphères spécifiques d'activité (l'économie, la politique, la science, le droit, etc.) se distingueraient de plus en plus nettement de leur environnement, et que les différences entre ces sphères d'activité se superposeraient aux différences que l'on peut observer entre catégories de personnes (de genre, d'âge, socio-professionnelles, etc.) au point de prendre, dans certains domaines et régions du monde, plus d'importance que celles-ci dans la structuration de la réalité sociale* »[386]. Transposé au niveau mondial, cela signifie que la structuration de la société se ferait sur une base plus fonctionnelle qu'étatique, et que le droit reproduirait cette dynamique en se divisant lui-même en systèmes fonctionnellement différenciés, lesquels transcenderaient les démarcations classiques entre l'interne et l'international, le privé et le public, le fait et la norme, etc. Ces systèmes seraient clos et autoréférentiels, ou encore « autopoïétiques ». Cette notion signifie que les systèmes se produisent eux-mêmes, en se définissant par rapport à leur environnement. Chaque système autopoïétique se constitue en déterminant continuellement ses dépendances et ses indépendances vis-à-vis de son environnement. Son autonomie n'est donc pas radicale, au sens où chaque système a besoin d'un contact continu avec l'environnement pour son auto-régulation. Il n'empêche que c'est le système lui-même qui définit son environnement et qui filtre les informations qui en proviennent (Chapitre 5).

---

[385] C'est pour cette raison que William Rasch réunit Carl Schmitt, Niklas Luhmann et Jean-François Lyotard. Rasch (W.), *Sovereignty and its Discontents. On the Primacy of Conflict and the Structure of the Political*, London, Birkberk Law Press, 2004, p. 21.

[386] Guibentif (P.), « Le chameau dans le laboratoire. La théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne », *Droit et société*, vol. 47, 2001, p. 124. Frédéric Mégret propose une lecture similaire : « *International law* […] *increasingly operates in the interstitial space between the public and the private, becomes hybridized and eventually even fully privatized. Law is produced by the actors themselves (self-regulation) rather than the sovereigns (e.g.: the Global Compact)*; *traditional intergovernmental relations are replaced by occasionally shadowy horizontal regulatory networks that link governmental officials in communities of expertise (e.g.: the Basel Committee); "governance" (the G7 or G20, the IMF board of Governors) replaces diplomacy* […]*; networks take over formal international organizations; vertical relationships* […] *substitute horizontal state-to-state relations; accountability replaces (international) responsibility; adjudication is replaced by arbitration; constitutionalism stands in for democracy; lawyers give way to technocrats. Under this scenario, international law becomes virtually indistinguishable from domestic law except through its broad, ubiquitous character. Fragmentation is the order of the day, one in which functional logic dominates public integration* ». Mégret (F.), « International Law as Law », p. 86, *in* Crawford (J.) et Koskenniemi (M.) (*eds.*), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, CUP, 2012, XI-471 p.

Du point de vue laclauien, le droit international est aujourd'hui découpé en régimes fonctionnellement différenciés qui s'adressent à des audiences spécifiques et qui possèdent un mode de pensée tout aussi spécifique[387]. Ces régimes sont de nature hégémonique et leurs interactions ne peuvent pas être régies par des techniques de coordination. Qualifier ces régimes d'« hégémoniques » permet d'insister sur le fait que, contrairement à ce que suggère l'explication luhmannienne, la différentiation fonctionnelle du droit international n'a rien d'inévitable. Ce qui se passe est une lutte entre des projets hégémoniques non réconciliables rationnellement. « *If the regimes are both operationally closed (unable to view the external world apart from where it has been translated into its idiom), and expansive (that is, seeking to make that idiom the global Esperanto), then they are by definition hegemonic and every suggested coordination will appear as a strategic proposal either for conquest or alienation* »[388] (Chapitre 6).

[387] Koskenniemi (M.), « Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre 'constitutionnalisme' et 'gestionnariat' », *EJLS*, vol. 1, 2007, p. 3.
[388] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », p. 316, *in* Young (M.) (*éd.*), *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, Cambridge, CUP, 2012, 346 p.

Chapitre 4

La revendication du différend

« [*T*]*he plural, divided identities, loyalties and allegiances that characterise society today are better reflected in a multiplicity of orders than in an overarching framework that implies ultimate authority* »[389].

De manière générale, c'est la revendication du différend ou du conflit qui réunit les auteurs différentialistes. Ils estiment que le conflit est la réalité fondamentale et la décision politique, le seul moyen de l'apaiser (§1). C'est pourquoi ils s'éloignent du normalisme normativiste défendu par les constitutionnalistes, mais aussi du « *formalisme instrumentaliste* »[390] préconisé par les pluralistes. Les uns comme les autres supposent qu'il existe une « bonne réponse » qui puisse être trouvée rationnellement et qui répondrait à des exigences sociales (§2). Or, les conflits auxquels est exposé le droit sont des conflits entre des systèmes de pensée dotés d'une logique si hermétique, qu'ils ne peuvent se faire qu'« *injustice* »[391] l'un à l'autre. Dans de telles conditions, la possibilité même de résoudre les conflits doit être revue à la baisse[392] (§3).

§1. UN DÉCISIONISME POLITIQUE

Il est difficile de parler de décisionisme politique sans mentionner le penseur allemand, Carl Schmitt, qui fut également un sympatisant nazi. Schmitt oppose au libéralisme politique et économique de son époque une double critique[393]. Tout d'abord, il affirme qu'en faisant de

---

[389] Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *supra* note 105, p. 44.
[390] Bridel (P.), « L'*Homo oeconomicus* aurait-il peur de l'*Homo sapiens* ? Ou la peur de l'irrationnel peut-elle mener à l'obscurantisme ? », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XXX-VIII, n° 119, Cahiers Vilfredo Pareto, 2000, p. 46.
[391] Lyotard (J.-F.), *Le différend*, Paris, éditions de Minuit, 1983, p. 52.
[392] « *That the perspective offered by "hegemony" is* political *means that it involves accepting that there is no such "ultimate" or "rational" ground in which conflicts between regimes and the right ways for actors to behave would* already *have been resolved so that the only remaining task would be the technical or epistemic one of finding the way to that resolution. It also involves accepting that there is no regime-free way of describing their operation, including taking a position on whether some form of interaction is closer to* […] *absolute alienation or absolute assimilation* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 310.
[393] Voir en particulier Schmitt (C.), *The Concept of the Political*, trad. et intro. par G. Schwab, préface de T. Strong et notes de L. Strauss, University of Chicago Press, Chicago, 2007, xxxi-126 p.

la paix un absolu, le libéralisme verse dans un idéalisme vide, c'est-à-dire qu'il perd de vue le caractère fondamentalement politique de la condition humaine et qu'il encourage un humanisme dépourvu de rapport avec la réalité. Ensuite, dans la mesure où le libéralisme réussit à dépolitiser les existences, à faire primer les vertus commerciales sur les vertus guerrières, il rend les hommes médiocres, « *incapables de se battre pour les idéaux qui leur sont chers, incapables de risquer leur vie pour ce qui les fait vivre : les hommes en viennent à manquer le sérieux de l'existence, à se perdre dans le divertissement* » [394]. C'est pour ces raisons que Schmitt tend à réduire la politique à la guerre, définissant la politique par référence à la distinction de l'ami et de l'ennemi, exaltant l'héroïsme et le sacrifice. En retour, sa réflexion politique proclame l'incompétence de la raison (libérale) à prendre à sa charge la dimension de la décision. D'où sa définition radicale de la souveraineté : « *est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* »[395]. Cette définition exprimerait « *la quintessence du décisionnisme* »[396], à savoir que même dans les États modernes, où un vaste dispositif juridique et constitutionnel détermine les conditions de l'exercice du pouvoir en délimitant les droits et les devoirs de ceux qui le détiennent, la légalité constitutive de l'État de droit ne supprime jamais qu'en apparence le moment d'absolutisme sans lequel il ne saurait y avoir d'autorité souveraine.

Les auteurs différentialistes s'inspirent du décisionisme schmittien pour établir une différence entre « le politique » et « la politique », c'est-à-dire entre la permanence des conflits et de l'antagonisme au sein de la société (« le politique »), et l'ensemble des pratiques et des institutions qui visent l'établissement d'un ordre organisant la coexistence humaine (« la politique »). Ils adhèrent aux prémisses de tout décisionisme que sont, rappelle Emmanuelle Jouannet, « *1) l'incompatibilité des points de vue ultimes, 2) l'impossibilité de régler leurs conflits par une argumentation rationnelle, et donc 3) la nécessité de se décider en faveur de l'un ou de l'autre* »[397].

Nonobstant, plusieurs nuances doivent être apportées au rapprochement entre les positions différentialistes et le décisionisme schmittien[398]. Tout d'abord, les différentialistes sont

---

[394] Perreau-Saussine (E.), « Raymond Aron et Carl Schmitt, lecteurs de Clausewitz », *Commentaire*, n° 103, 2003, p. 617.
[395] Schmitt (C.), *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 15.
[396] Mesure (S.), « Rationalisme et faillibilisme », p. 151, *in* Renaut (A.) (*dir.*), *Les philosophies politiques contemporaines*, Paris, Calmann-Lévy, tome 5, 500 p.
[397] *Ibid.*, p. 153. Sylvie Mesure relate ici les propos de Max Weber dans sa conférence de 1919 sur la « vocation du savant ». Emmanuelle Jouannet les qualifie de « *prémisses de tout décisionisme* ». Jouannet (E.), « Présentation critique », *supra* note 8, p. 39.
[398] On fera aussi remarquer que l'approche différentialiste n'a pas l'exclusivité d'une association avec le décisionisme de Schmitt. On peut penser que toute la théorie des relations internationales aux États-Unis s'est construite sur un fondement schmittien. C'est en tout cas ce que défend Martti Koskenniemi dans son *Gentle*

nombreux à penser « avec » mais aussi « contre » Schmitt. Tel est l'intitulé d'un article rédigé par Chantal Mouffe en 1992, dans lequel elle cherche à élaborer une vision de la démocratie pluraliste qui réintroduirait la dimension proprement politique, raison pour laquelle Schmitt constitue pour elle un « *véritable défi* »[399]. Un autre travail de détournement est celui de William Rasch. Dans quelle mesure, demande-t-il, le concept schmittien de politique est-il pertinent pour comprendre la différentiation fonctionnelle du monde contemporain ? Face aux risques que représente une conception du monde figée autour d'identités institutionnalisées, le concept de politique permettrait de réaffirmer le primat de la politique instituante. En effet, la juxtaposition des travaux de Carl Schmitt, de Niklas Luhmann et de Jean-François Lyotard « *requires that the modern, horizontal structure of operationally closed (but internally bifurcated) social systems be thought of as sovereign states fiercely fighting to maintain their autonomy. Thus, the common battle fought by the anti-modernist, Schmitt, the ultra-modernist, Luhmann, and the post-modernist, Lyotard, is the one against de-differentiation and the expansion of a universalist morality and economy* »[400].

Ensuite, certains auteurs différentialistes défendent une éthique de la responsabilité qui les rapproche davantage d'un décisionisme du type de Weber que de celui de Schmitt. Dans ses célèbres conférences de 1919 sur le savant et la politique, Max Weber a opposé deux façons de faire de la politique, ou deux éthiques : l'éthique du fonctionnaire et l'éthique du véritable politique[401]. C'est à la deuxième éthique que Martti Koskenniemi fait appel, lorsqu'il invitent les internationalistes à adopter une « *attitude engagée* »[402] pour lutter contre la tendance à la déresponsabilisation qui accompagne la transformation du droit international en un exercice d'expertise technique[403].

C'est sans aucun doute Gunther Teubner qui récuse le plus ouvertement le décisionisme schmittien : « *exposing the irrational is not the end of analysis in the spirit of Carl Schmitt's decisionism* […] *but, instead, constitutes its beginning* »[404]. À l'instar des autres différentialistes, il critique les théories qui fondent la production du droit sur l'argumentation rationnelle et qui comptent sur la force

---

Civilizer of Nations, Cambridge, CUP, 2001, pp. 474-494.

399 Mouffe (C.), « Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt », *RFSP*, vol. 42, n° 1, 1992, p. 86.

400 Rasch (W.), *Sovereignty and its Discontents…*, *supra* note 385, p. 21.

401 Weber (M.), *Le savant et le politique*, *supra* note 44.

402 Koskenniemi (M.), « La place du droit au sein de la sécurité collective », p. 141, *in* Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, *supra* note 8.

403 C'est aussi à l'éthique du véritable politique qu'il fait référence lorsqu'il écrit : « *le véritable domaine de ce qui compte se situe dans ce qui est personnel, subjectif, même émotionnel et, particulièrement, dans la conscience de ceux que les circonstances favorables de l'histoire ont placé dans la position de décideurs* ». Koskenniemi (M.), « « La dame fait trop de serments » : le Kosovo, et le tournant vers l'éthique en droit international, p. 164, *in ibid.*

404 Teubner (G.), « Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann », *Theory, Culture and Society*, vol. 18, 2001, p. 30.

intrinsèque des motifs raisonnables pour fonder les décisions juridiques. « *Leur « tache aveugle » réside dans l'insoluble indétermination du droit* »[405]. Mais Gunther Teubner prend aussi pour cible le décisionisme et le réalisme juridique. Leur tare réside dans le rôle superflu qu'ils attribuent aux arguments juridiques. Il est erroné de réduire l'argumentation juridique à une pure mascarade qui servirait à cacher les structures du pouvoir ou à anticiper le consensus entre les élites investies du pouvoir de décision. Il faut, selon lui, examiner la réaction du droit face à son propre échec, c'est-à-dire son paradoxe constitutif[406].

§2. UNE POSITION POST-RÉALISTE

La position différentialiste est donc post-réaliste, au sens où elle est critique du réalisme juridique et de son instrumentalisme. Dire qu'il faut dépasser la forme des règles et s'intéresser aux raisons pour lesquelles elles ont été adoptées est problématique dans la mesure où qu'il n'y a pas d'objectifs simples et bien identifiés derrière les règles. Celles-ci sont des « *compromis normatifs* »[407] qui regroupent des considérations antagonistes et qui sont susceptibles d'être invoquées pour des raisons opposées. Si bien qu'invoquer la raison d'être ou l'objectif d'une règle, c'est favoriser une interprétation téléologique parmi d'autres, c'est choisir un objectif parmi tous ceux qui étaient poursuivis à l'époque et l'adapter aux circonstances actuelles.

En cela, les auteurs différentialistes s'éloignent considérablement de la position pluraliste. On a vu que les partisans du pluralisme managérial ont intégré la critique réaliste voulant que les règles formelles sont incapables de réguler le comportement des individus en raison de leur nature sur- et sous-déterminée. Cette critique appelle à court-circuiter la forme des règles et à s'intéresser directement aux objectifs, aux valeurs ou encore aux intérêts qui se trouvent « derrière » les règles, c'est-à-dire aux intentions humaines et aux forces sociales qui les ont élaborées. La promesse d'un droit déformalisé est celle de gouverner la société en s'intéressant à ce qui existe réellement, en prenant compte du contexte social, en balançant les intérêts des uns contre ceux des autres dans des cas particuliers. Or cette promesse est intenable, pour la simple raison que les « intérêts » sont tout aussi problématiques que les règles.

---

[405] Teubner (G.), « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », *Droit et Société*, vol. 27, 2001, p. 83.
[406] Il demande : « *what* […] *is law's own reaction to its fundamental failure?* ». Teubner (G.), « Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law? », *Modern L. Rev.*, vol. 72, n° 1, 2009, p. 13.
[407] Ceci n'est habituellement pas débattu ; c'est précisément ce qui garantirait la « neutralité libérale » des règles juridiques. Altman (A.), *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1993, p. 76.

En effet, si un retour au formalisme est impossible une fois la critique du « *fétichisme de la règle de droit* »[408] intégrée, il n'est pas possible non plus de s'accrocher aux intérêts. Ces derniers sont tout aussi opaques, tout aussi sujets à controverses interprétatives et à des manipulations que le sont les règles. Cela se comprend facilement si l'on se rappelle que le formalisme et le réalisme ont en commun l'idée que le droit émerge de la société qu'il doit en même temps réguler. Le droit ne se situe ni au-dessus, ni en dehors de la société : il est le reflet de la société à un moment précis de son évolution et le résultat de l'équilibre des forces entre les différents acteurs de la société. Le différend entre le formalisme et le réalisme porte plutôt sur la façon de connaître ou d'accéder à ce qu'est la société et à ce qu'elle veut, et de transformer ces connaissances en programmes d'action. Comme l'explique Guyora Binder, si les « intérêts » sont tout aussi indéterminés que les « règles », c'est parce que le « social » est indéterminé :

> « [*The*] *legal language* [*is*] *indeterminate because of the indeterminacy of the social context to which it refers. The social world which rules attempt to govern may be described in various ways. The "fact" to which legal decision makers purport to apply legal rules are capable of infinitely varied description. The ambiguity of the social world frustrates instrumentalist efforts to explain or prescribe legal rules on the basis of their service to certain interests* »[409].

§3. UNE ANALYSE « POSTMODERNE »

Il est toujours délicat d'utiliser l'épithète « postmodernisme », ne serait-ce parce que les courants de pensée qui s'en réclament (ou qui sont stigmatisés comme étant postmodernes) recouvrent une pluralité de thèmes[410]. Le qualificatif « postmoderne » sert ici uniquement à signaler les liens qui unissent les thèses différentialistes aux travaux de penseurs tels que Jean-François Lyotard, Michel Foucault, Gilles Deleuze et Jacques Derrida[411]. Ces philosophes ont en effet été regroupés sous le nom « *les archipels de la différence* »[412], du fait que leurs travaux peuvent être compris comme une tentative de passer de l'unité à la différence. De la même façon, les partisans de l'approche différentialiste estiment « *qu'il est plus fructueux de ne pas commencer les théories par l'unité, mais par la différence, et de ne pas les laisser s'achever par l'unité (dans le*

---

[408] Cette expression a été couramment utilisée par les auteurs réalistes (voir par exemple Frank (J.), *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-McCann, 1949, p. 81 et p. 283), mais elle a été formulée dès François Gény dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, Libr. Marescq Ainé, 1899, xiii-606 p. Voir Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « François Gény aux Etats-Unis », *supra* note 67.

[409] Binder (G.), « Beyond Criticism », *Uni. of Chicago L. Rev.*, vol. 55, n° 3, p. 893.

[410] Pour une tentative de synthèse, voir Arnaud (A.-J.) et Almeida Diniz (A.C.), « Postmodernisme », pp. 410-415, *in* Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire de la globalisation*, *supra* note 132. On notera par ailleurs que le terme « postmoderne » agace Luhmann, car ce terme n'exprimerait rien d'autre qu'une auto-description de la société actuelle, qui plus est inadéquate, parce que ne prenant pas en compte les tendances persistantes de la modernité. Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, Paris, La Découverte, 2007, p. 15.

[411] Sur les liens entre les travaux de Derrida et ceux de Teubner, voir Fischer-Lescano (A.), « La théorie des systèmes comme théorie critique », *Droit et Société*, vol. 76, 2010, pp. 645-665.

[412] Ruby (C.), *Les archipels de la différence. Foucault-Derrida-Deleuze-Lyotard*, Paris, Éditions du Félin, 1989, 159 p.

sens de réconciliation), mais […] *par une meilleure différence* »[413].

Le primat accordé à la différence est ce qui distingue l'approche différentialiste des approches concurrentes dans le débat relatif à la fragmentation du droit international. À l'inverse des partisans du constitutionnalisme mondial, les différentialistes soutiennent qu'il faut passer de l'unité à la différence. Au lieu de comprendre la place du droit international au sein de la société par un principe ou une identité singulière (à savoir, le système), il faut le faire par une différence (à savoir, la différence système/environnement). Cela signifie que l'auto-détermination du système s'effectue à partir d'une différence et non pas d'un principe ou d'un objectif, c'est-à-dire que le système juridique n'existe et ne perdure qu'en ceci qu'il se distingue de son environnement[414]. À l'inverse des pluralistes, il faut éviter de mettre la différence en lieu et place de l'ancienne identité. Aucune différence (système/environnement) ne peut être attribuée d'une valeur absolue, parce que sa validité est relative au système envisagé. Il faut donc renoncer à définir le droit en termes d'efficacité et de légitimité. Sachant que l'efficacité relève du système économique et la légitimité, des systèmes psychiques, ils sont inapplicables aux autres systèmes, y compris au système juridique. L'existence ou le maintien du droit s'explique uniquement par le fait que la distinction système/environnement (légal/illégal) est « re-entrée » dans le système juridique, qui l'utilise alors comme prémisse pour ses opérations et pour développer ses programmes.

La distinction que Jean-François Lyotard établit entre « litige » et « différend » fait tout particulièrement écho aux thèses différentialistes. En effet, Lyotard estime que les discours sont fermés les uns aux autres en raison de la différence de leurs grammaires, de sorte qu'aucun « litige » n'est possible entre eux. Les discours peuvent certes se toucher, malgré leurs clôtures hermétiques, mais seulement dans le for d'un « différend », c'est-à-dire d'un antagonisme où une injustice est commise en raison de la violence structurelle faite à l'un d'entre eux[415]. Chez Lyotard (comme chez Luhmann), il y a à la fois une primauté de la différence et un effacement de l'individu au profit d'une perspective systémique ou discursive.

---

[413] Luhmann (N.), « Entretien avec Niklas Lumann », p. 177, *in* Arnaud (A.-J.) et Guibentif (P.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, Collection Droit et Société, 1993, 251 p.

[414] Ainsi le système juridique ne connaît-il aucune norme fondamentale ; son unité réside dans le fait d'être guidé par un code binaire qui n'est valide que pour lui seul. On notera que la distinction légal/illégal constitue en elle-même un paradoxe. En effet, ces deux valeurs s'excluent mutuellement (le légal ne peut pas être en même temps illégal). Pourtant, c'est le droit qui décide lui-même de ce qui est illégal (l'illégal est légal) parce que ce qui est délégué dans l'environnement est décidé par le système lui-même. « *The unity of a system operating a binary code can be described only as existing in the form of a paradox* ». Luhmann (L.), *Law as a Social System*, Oxford, OUP, 2004, p. 182.

[415] Lyotard (J.-F.), *Le différend*, *supra* note 391, pp. 24-25.

Chapitre 5

Des régimes autopoïétiques

« [*T*]*he sin of differentiation can never be undone. Paradise is lost* »[416].

Si l'on compare l'accueil chaleureux que la discipline a réservé au pluralisme avec la réception qu'elle a faite de la lecture différentialiste des phénomènes de fragmentation, le contraste est saisissant : beaucoup plus rares sont les internationalistes à s'être investis dans la conception autopoïétique des régimes, inspirée des travaux de Niklas Luhmann[417]. La difficulté que représente la compréhension des ouvrages sur la théorie des systèmes et, par conséquent, l'investissement qu'ils requièrent, peut certainement en décourager plus d'un. La radicalité de la position luhmannienne y est aussi pour quelque chose. Elle s'inspire d'une théorie qui « *suppose une approche sans partage, quasi-exclusive. Et le risque est grand, une fois bien comprise la théorie générale de l'auteur, d'être obligé soit de s'y soumettre, soit de la rejeter. La tentative est grande de parler d'un cul-de-sac. C'est que la théorie de Niklas Luhmann est bâtie comme un gratte-ciel auquel ne manque pas un rivet. Imposante, écrasante dans la perfection de sa finition, elle terrorise plus d'un* »[418].

C'est pourtant une position dont on peut difficilement faire l'économie lorsqu'on étudie le débat sur la fragmentation, car c'est elle qui a poussé la fragmentation du droit à son extrême. Non seulement elle dépasse la position pluraliste en parlant plus radicalement d'un « droit mondial sans État », fragmenté en une multitude de régimes privés et hautement spécialisés, mais elle insiste également pour dire que la fragmentation du droit dépasse le jeu des acteurs (individuels et collectifs), au sens où elle s'inscrit dans un processus sociétal de différentiation fonctionnelle sur lequel les individus n'ont guère prise, voire pas du tout.

---

[416] Formule de Niklas Luhmann, citée par Teubner (G.), « Justice Under Global Capitalism? », *EJLS*, vol. 1, n° 3, 2008, pp. 1-8.

[417] Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano sont ceux qui ont le plus contribué à développer l'approche différentialiste au sein de la discipline. Ils s'inspirent de la théorie luhmannienne mais s'en démarquent à plusieurs occasions. Pour une analyse des similitudes et des divergences entre la pensée de Gunther Teubner et celle de Niklas Luhmann, voir Buckel (S.), *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Göttingen, Velbrück Wissenschaft, 2007, spé. pp. 19-47.

[418] Arnaud (A.-J.), « Préface », p. 6, *in* Arnaud (A.-J.) et Guibentif (P.) (*dir.*), *Niklas Luhmann observateur du droit*, *supra* note 413.

Pour commencer, les luhmanniens resituent les phénomènes juridiques à l'intérieur d'une théorie générale de la société. Ils se démarquent ainsi des insuffisances qui terniraient les positions alternatives, et présentent la fragmentation du droit international comme un simple épiphénomène de la différentiation fonctionnelle de la société mondiale (§1). Selon eux, la société moderne a pour caractéristique de se fragmenter en sous-systèmes fonctionnels, clos sur eux-mêmes et opaques les uns pour les autres, et qui sont incapables d'évoluer autrement qu'en cherchant à maximiser leur rationalité sociale spécifique. Le droit participe de la différentiation fonctionnelle de la société en s'établissant comme un système avec sa rationalité propre et en observant le pluralisme des autres rationalités sociales selon l'optique qui est la sienne[419]. Mais peu à peu, la fragmentation de la société devient une fragmentation du droit : même si elle est brisée pendant un temps par l'optique spécifique de ce dernier, elle y est à nouveau reproduite. C'est que chaque système social utilise le droit pour réguler sa fonction, de sorte que celui-ci se fragmente en une multiplicité de régimes autonomes les uns des autres mais étroitement liés à des rationalités sociales étrangères (§2).

Comprendre les phénomènes de fragmentation en ces termes conduit les luhmanniens à repenser quelle peut être la fonction du droit (international) dans une société mondiale, fragmentée en systèmes autopoïétiques. En effet, la fragmentation continue et inéluctable de la société conduit non pas à une plus grande cohésion sociale, mais, bien au contraire, à une intensification des conflits entre systèmes de pensée incommensurables. Et le droit, lui-même fragmenté, ne peut pas résoudre ces conflits parce qu'il les reproduit : les conflits normatifs ne sont que la reproduction des collisions entre rationalités sociales incompatibles. C'est pourquoi le droit ne peut pas –et ne doit pas– être le système surplombant, le méta-système qui assurerait l'unification de la société. Le mieux qu'il puisse être, c'est un « gentil civilisateur des systèmes sociaux » (§3). Cette proposition n'est pas sans susciter plusieurs difficultés (§4).

§1. UNE SOCIOLOGISATION RADICALE DU DROIT INTERNATIONAL

L'entreprise de sociologisation du droit menée par les différentialistes peut être qualifiée de « radicale » à deux égards : elle est radicale en ce qu'elle se caractérise par une volonté de rupture d'avec les positions adverses, d'une part (A), et en ce qu'elle replace la fragmentation du droit dans une théorie générale de la société, d'autre part (B). « *The fragmentation of global*

[419] Teubner (G.), « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *Droit et Société*, vol. 35, 1997, p. 101.

law », écrivent Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano, « *is more radical than any single reductionist perspective –legal, political, economic or cultural– can comprehend. Legal fragmentation is merely an ephemeral reflection of a more fundamental, multi-dimensional fragmentation of global society itself* »[420]. On a donc affaire à une perspective sociologique « totalisante », au sens où les phénomènes de fragmentation sont compris plus largement à l'aune de la différentiation fonctionnelle de la société mondiale. Que la fragmentation du droit international public ne soit pas un phénomène isolé se traduit par un changement de vocabulaire : les luhmanniens parlent plus volontiers de droit *tout court* ou de droit mondial plutôt que de droit international public.

A) LA MISE À L'ÉCART DES APPROCHES UNIDIMENSIONNELLES

C'est à propos des conflits de normes que les différentialistes critiquent les approches concurrentes. Celles-ci ne proposeraient qu'une compréhension unidimensionnelle des conflits de normes et de leurs résolutions, de sorte qu'elles tomberaient soit dans un réductionnisme juridique, soit dans un réductionnisme politique.

Le réductionnisme juridique se produit lorsque les internationalistes abordent la question de la fragmentation du droit international en prenant comme point de référence les modèles juridiques traditionnels, issus du droit interne. Cette position (constitutionnaliste) a l'inconvénient d'entretenir une image pour le moins limitée, pour ne pas dire carrément désuète, du droit mondial et de l'autonomisation de ses régimes spécialisés[421]. Munis d'un cadre analytique très étroit, les internationalistes persistent à croire que les conflits de normes peuvent être résolus –et, par là, l'unité du droit préservée– grâce à l'établissement de hiérarchies normatives et/ou institutionnelles. Tout aussi problématique est le modèle processuel, au sein duquel les conflits normatifs sont résolus par le filtre de l'argumentation juridique. D'après Gunther Teubner, le modèle habermassien à la fois sous-estime et surestime le rôle du droit dans la solution des conflits de normes. « *D'une part, il surestime la rationalité communicationnelle réalisée procéduralement au niveau du droit ; d'autre part, il sous-estime la dynamique entêtée du droit, qui ne se ramène pas à filtrer simplement des arguments* »[422].

---

[420] Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 25, n° 4, 2004, p. 1004 [ci-après, *Regime-Collisions*].
[421] « *Juristen sehen damit nur rechtsinterne Fragmentierungsphänomene und deren rechtsinterne Ursachen* ». Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 2006, p. 10 [ci-après, *Regime-Kollisionen*]. Voir aussi *Regime-Collisions*, *supra* note 420, pp. 1002-1003.
[422] Teubner (G.), « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *supra* note 419, p. 112.

Le réductionnisme politique est à l'oeuvre lorsque les internationalistes réduisent les conflits de normes à des conflits entre politiques publiques (« *policies* ») et qu'ils estiment pouvoir résoudre ces conflits par des techniques d'harmonisation et d'optimisation des politiques en cause. Le problème est double. Pour commencer, le fait de présenter la création des régimes sur une base comportementaliste conduit les internationalistes à croire que les conflits de normes résultent d'actions menées par des acteurs rationnels (ceux-ci étant trop souvent assimilés aux États), orientés vers la maximisation de leurs intérêts[423]. Ensuite, il est réducteur de penser que les conflits de normes peuvent être résolus –et, par la même occasion, la gouvernance mondiale optimisée– au moyen de compromis ou de balancement entre des intérêts divergents. Ces mécanismes relèvent d'un mode de pensée particulier et non pas d'un mode de pensée global (en l'occurrence, il s'agit de la pensée économique).

Que les approches adverses soient réductrices signifie qu'aucune d'entre elles ne rend compte des contradictions sociales plus profondes auxquelles les conflits de normes font référence, raison pour laquelle ni l'une ni l'autre ne sont capables d'y remédier. L'ambition affichée par les luhmanniens est d'éviter toute perspective unidimensionnelle afin d'arriver à la meilleure compréhension possible de la fragmentation du droit (international). Pour cela, ils s'efforcent de la replacer dans les processus de fragmentation plus fondamentaux de la société.

B) LA FRAGMENTATION DU DROIT REPLACÉE DANS UNE VISION GLOBALE

Les phénomènes de fragmentation du droit (international) sont appréhendés au travers d'une théorie des systèmes sociaux, elle-même comprise à l'intérieur d'une théorie des systèmes transdisciplinaires. C'est dire à quel point la conception de la fragmentation du droit défendue par les luhmanniens s'inscrit dans une « *vision du monde* »[424], celui-ci étant conçu comme la juxtaposition de trois systèmes autonomes qui se reproduisent eux-mêmes et dont l'environnement a pour propriété de rester opaque. Ces systèmes sont : le système vivant, le système psychique et le système social. Le premier système se reproduit au moyen de la vie, le second au moyen de la conscience, le troisième au moyen de la communication. Que la

[423] *Ibid.*, pp. 13-20. Sur l'opposition de Luhmann aux analyses du choix rationnel, à la théorie des jeux, ou encore à la théorie de la décision, du fait que les processus quotidiens des décisions recèlent « *une composante d'irrationalité presque de magie* », voir Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann…*, *supra* note 410, p. 47. Voir aussi Perez (O.), *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Debate*, Oxford, Hart Publishing, 1994, pp. 240-241 et, bien sûr, Luhmann (L.), *Law as a Social System*, *Law as a Social System*, *supra* note 414, pp. 343-351.

[424] C'est ainsi que Jürgen Habermas qualifie la théorie luhmannienne. Habermas (J.), *Le discours philosophique de la modernité*, Gallimard, Paris, 1988, p. 452.

communication soit ce qui (re)produit la société signifie –et c'est important– que ce ne sont pas les individus qui composent la société ; le système social est constitué de communications et non pas d'individus en train de communiquer. Il faut ajouter à cela que la communication n'est pas comprise ici comme de l'intersubjectivité, ni même comme de la « transmission » d'une information d'un être vivant ou d'un système conscient à un autre système identique. La communication telle que l'entend Luhmann ne peut être portée au crédit d'aucune conscience individuelle, ni déboucher sur une conscience commune ou collective[425].

Du point de vue différentialiste, c'est seulement en replaçant la fragmentation du droit dans ce système que l'on pourra comprendre sa signification réelle et en saisir toutes les implications. La théorie des systèmes nous apprend en effet que dans les sociétés modernes, le système social a pour caractéristique de se différencier sur une base non plus territoriale mais fonctionnelle. Ce processus de différentiation fonctionnelle s'est transposé au niveau mondial, si bien que la société mondiale est aujourd'hui structurée de manière fonctionnelle (1).

Cette démarche rappelle celle des pluralistes, au sens où eux aussi estiment que la fragmentation du droit ne peut être appréhendée que si elle est replacée dans les processus de mondialisation. Ce rapprochement doit être nuancé, car la mondialisation possède ici une signification singulière : elle renvoie au remplacement de la territorialité comme principe de différentiation sociale par la fonctionnalité. « *Globalization, as we experience it today, means a shift of prominence in the primary principle of differentiation; a shift from territorial to functional differentiation on the world level* »[426]. À vrai dire, la conception (pluraliste) de la mondialisation comme un processus politico-économique est expressément combattue par les luhmanniens, qui la remplacent par une mondialisation dite « polycentrique ». La polycentricité renvoie à l'idée d'une multiplicité de foyers de mondialisation, c'est-à-dire à des systèmes fonctionnellement différenciés qui prétendent tous à l'universalité. Loin de se limiter au domaine économique, la mondialisation « *also encompasses science, culture, technology, health, the military, transport, tourism, and sport, as well as* […] *politics, law, and welfare; each of whose current developmental logic has today carved out an autonomous global system* »[427]. Que tous ces secteurs se développent en systèmes fonctionnels signifie qu'ils deviennent autonomes et fermés sur eux-mêmes, qu'ils ne se perçoivent mutuellement que comme de l'environnement et qu'ils sont orientés vers la maximisation de leur rationalité (2).

---

[425] Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann…*, *supra* note 410, p. 33.
[426] Et de rajouter : « *Globalization has certainly now become a reality* ». Teubner (G.), « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *supra* note 382, p. 6.
[427] *Ibid.*, *loc. cit.*

1) La différentiation fonctionnelle de la société

Que la fragmentation du droit international soit un épiphénomène de la fragmentation sociétale est une affirmation qui repose entièrement sur l'idée que la société est fonctionnellement différenciée, c'est-à-dire qu'elle se divise en sous-systèmes fonctionnels (tels que le système juridique, le système politique, le système économique, le système scientifique, le système culturel, etc.)[428]. La différentiation fonctionnelle est le principal critère permettant de distinguer les sociétés modernes de celles qui les ont précédées. Les sociétés pré-modernes ont en commun d'être hiérarchiquement structurées, souvent par voie de stratification ou par territorialité, alors que la société moderne s'organise sur une base fonctionnelle. La différentiation fonctionnelle encourage l'homogénéisation de la vie sociale sur les territoires en même temps qu'elle conduit à la création de sphères hautement spécialisées et cloisonnées. En effet, l'idée selon laquelle la société mondiale se différencie non plus en systèmes territoriaux (les États) mais en systèmes fonctionnels (c'est-à-dire, des systèmes ayant une fonction propre et limitée à un secteur de la complexité globale) signifie que chaque système développera une grande sensibilité à des questions thématiques précises, tout en tendant à maintenir une grande indifférence quant aux autres questions[429].

C'est dans l'idée de réduction de la complexité que se situe le moteur de la différentiation fonctionnelle. On peut l'expliquer ainsi. La société ne peut pas évoluer tant et aussi longtemps qu'elle comporte un niveau de complexité paralysante (c'est-à-dire, tant que la complexité qu'elle admet en elle-même ne se réduit pas). La différentiation fonctionnelle est nécessaire en ce qu'elle permet un traitement sectoriel et simplifié de la complexité. « *The separation of social sub-systems makes it possible to reduce, through specialization, the organization and information overload problems that otherwise accompany complexity* »[430]. En même temps, la différentiation fonctionnelle a pour effet paradoxal d'augmenter la complexité et donc de rendre nécessaire de nouvelles

[428] Cette thèse est une extension de la thèse luhmannienne qui identifie les systèmes fonctionnels suivants : le système juridique, le système politique, le système économique, le système scientifique, le système de l'art, le système des mass média, le système religieux, le système éducatif et la famille. On notera que le système juridique est venu tardivement dans son œuvre en tant que système fonctionnel car il a longtemps été envisagé comme structure du système politique.

[429] Garcia Amado (J.A.), « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société*, vol. 11/12, 1989, p. 22.

[430] Cotterrell (R.), *Law's Community*…, *supra* note 51, p. 106. C'est ainsi, par exemple, que le droit s'est différencié en système autonome avec la fonction de garantir la stabilité des attentes normatives généralisées, et ce, même face à leur déception, c'est-à-dire de garantir la stabilité des normes indépendamment de leur violation éventuelle. Parce que ses réalisations sont la résolution des conflits et la régulation des relations, le droit est projeté par Niklas Luhmann comme une sorte de système immunitaire de la société ; non pas qu'il serve à éviter les conflits mais à les résoudre. Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, pp. 142-172.

réductions : plus il y a de systèmes autonomes, plus il y a de communications spécialisées et plus la possibilité que celles-ci génèrent de nouveaux problèmes augmente. Pour synthétiser, l'émergence des systèmes fonctionnels s'explique par le paradoxe, propre à la modernité, selon lequel toute réduction de la complexité ne peut qu'aboutir à une complexité plus grande.

Si la fonction de réduction d'une aire de la complexité est ce qui explique l'émergence des systèmes, la constitution de leur identité se fait sur un critère sémantique. Ce critère, qui permet à chaque système de se délimiter par rapport à son environnement, prend la forme d'un code binaire. Chaque système est doté d'un code binaire propre et exclusif qui attribue tout élément de la réalité soit au système, soit à son environnement[431]. Le code binaire est comparable à une pièce à double face ; il est constitué de deux valeurs qui ne peuvent pas être utilisées simultanément car elles s'excluent l'une l'autre : légal/illégal pour le système juridique, vrai/faux pour le système scientifique, bon/mauvais pour le système moral, etc. On notera que le code binaire fournit à chaque système sa clôture opérative (ses frontières) mais que, pour assigner les valeurs du code, il faut des programmes. Ceux-ci sont produits par le système ; ils opèrent à chaque moment en vue d'assigner l'une ou l'autre valeur du code aux événements soumis au système. Par exemple, tout le droit positif est programme ; les normes ne sont que des programmes. « *Code enables us to distinguish between belonging to the system and not belonging to the system, while programmes, which attribute the values legal/illegal, are the objects of judgements of valid/invalid* »[432].

Une dernière précision s'impose : les codes binaires doivent être entendus de manière purement formelle, ce qui signifie ici deux choses. L'une, que les codes sont des modes de délimitation qui n'ont pas de contenu prédéterminé. Le code légal/illégal ne consiste pas dans la vérification du contenu ontologique ou apriorique quelconque de la juridicité : rien n'est juridique avant d'être identifié comme tel par le code du système juridique. L'autre, que les deux valeurs d'un code sont dépourvues de toute connotation morale. Aucun code ne se laisse superposer à la distinction bon/mauvais, qui est le code d'un système spécifique, à savoir : la morale. C'est pourquoi il n'y a pas (ou ne devrait pas y avoir) de congruence entre les distinctions légal/illégal et bon/mauvais. Cette séparation radicale entre la morale et le droit témoigne du fait que la différentiation fonctionnelle de la société se traduit par la rupture des

[431] Il n'y a pas d'intermédiaire possible : ou dedans, ou dehors. Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *ibid.*, p. 183.
[432] *Ibid.*, p. 209. Si l'on schématise la différence entre le code et les programmes, on dira que le code est irremplaçable, car c'est la base de l'autonomie du système et la condition nécessaire pour tout programme dans ce système, tandis que les programmes peuvent être changés.

champs autonomisés d'avec le domaine de la morale. En cela, la différentiation fonctionnelle présente de fortes analogies avec le processus décrit par Max Weber d'autonomisation de sphères de valeurs, de l'émergence de champs de connaissance revendiquant leur propre critère de validité[433]. Reste maintenant à voir que les luhmanniens radicalisent le modèle wébérien d'autonomisation des sphères de valeurs et de connaissance, et que cette radicalisation est rendue possible grâce à la notion d'autopoïèse.

2) DES SYSTÈMES SOCIAUX EXPANSIONNISTES ET INCOMMENSURABLES

La notion d'autopoïèse est centrale, car elle induit que c'est le système qui constitue sa différence face à l'environnement et qui maintient son autonomie. Qu'un système soit « *auto-référentiel* » ou « *autopoïétique* »[434] signifie que tout ce qui le compose est produit par le système lui-même. « *Autopoietic closure* […] *does not mean isolation* »[435] : l'autopoïèse ne signifie pas que le système n'a aucun contact avec son environnement. Elle signifie plutôt que ces contacts sont organisés par le système et par lui seul.

Si l'on prend l'exemple du système juridique, cette idée est exprimée par la formule selon laquelle le système juridique est « *normativement clos mais cognitivement ouvert* »[436]. Il est normativement clos en ce qu'il n'a pas de contact avec son environnement lors de ses opérations. Il est cognitivement ouvert en ce qu'il agit à partir d'excitations provenant de l'environnement et que ses opérations sont liées à des événements dont la vérification requiert une activité cognitive. Il n'en demeure pas moins que le système juridique est incapable d'atteindre son environnement directement. C'est donc le système lui-même qui détermine ce qui est pertinent dans son environnement et qui sélectionne les transformations de son environnement auxquelles il réagira[437] (a). C'est aussi pour cette raison qu'il est incapable d'appréhender des modes de pensée pré-moderne directement, sans passer par une reconstruction (b).

---

[433] Bohn (C.), « Le double paradigme dans les théories de la différenciation sociale », *Sociétés*, vol. 61, 1998, pp. 13-18.
[434] Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann…*, *supra* note 410, p. 26. Sur la signification de (et la différence entre) ces termes, voir Teubner (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, spé. pp. 25-42. Pour leur application au droit, voir Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, spé. pp. 76-141.
[435] Luhmann (N.), « Closure and Openness: On Reality on the World of Law », p. 336, *in* Teubner (G.) (*éd.*), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1988, 380 p.
[436] Luhmann (N.), « L'unité du système juridique », *Arch. de philo. du droit*, vol. 31, 1986, spé. pp. 170-177.
[437] C'est pourquoi l'on dit que la clôture autopoïétique des systèmes est paradoxalement la condition de leur ouverture. Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, p. 180 et suivantes. Teubner (G.), « Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria », *Euro. J. Social Theory*, vol. 5, n° 2, 2002, p. 205.

a) Le droit et son environnement

Il n'aura échappé à personne que les luhmanniens proposent ici une conception inversée de ce qui est généralement tenu pour être la relation entre le droit et le social. Ce n'est plus le droit qui est déterminé par le social (ce à quoi il faudrait, par ailleurs, mettre des limites) mais au sens où c'est le social qui est adapté par le droit selon ses propres conditions[438]. Dans la théorie des systèmes, même si l'environnement lui paraît extérieur, c'est le système qui le construit. Cela signifie deux choses : que l'environnement est « *relatif au système* »[439], d'une part, et qu'il existe autant d'environnements qu'il existe de systèmes sociaux, d'autre part. Pour le dire autrement, chaque système social perçoit et utilise dans son environnement uniquement ce qui est pertinent pour lui, ce qui rend chaque système « *formateur-du-monde, formateur de son monde (puisqu'il n'existe pas de monde* en général*)* »[440]. Le droit, par exemple, crée le monde qui se présente devant lui étant donné que les litiges sont construits à partir d'une collection de « faits » élaborés à l'intérieur du système juridique[441].

Ces propos conduisent naturellement à s'interroger sur les relations qu'un système entretient avec son environnement et, plus généralement, sur les relations entre systèmes sociaux, si tant est que de telles relations soient possibles[442]. La difficulté est que chaque système fait partie de l'environnement des autres et donc que « *chaque système perçoit les autres systèmes non comme des systèmes, mais comme cette part de complexité sociale qui ne se réduit pas conformément au code et aux programmes qui lui sont propres* »[443]. Il s'ensuit que les systèmes sont incapables de se voir les uns les autres tels qu'ils sont réellement, mais uniquement tels qu'ils se reconstruisent selon leur logique propre. À titre d'illustration, l'économie ne prend pas le droit pour un ensemble de directives contraignantes mais seulement pour un facteur de coût, en calculant la probabilité de la sanction. Cette difficulté n'empêche pas les systèmes de se fonder les uns sur

---

[438] L'idée que le droit est un système ouvert, c'est-à-dire qu'il serait modelé par son environnement social et qu'il modèlerait celui-ci en retour, imprègne les deux variantes du point de vue interne de même que l'approche pluraliste. Pour une discussion de l'opposition classique entre ouverture et fermeture, voir Ost (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *Arch. de philo. du droit*, vol. 31, 1986, pp. 133-162.

[439] Luhmann (N.), *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Ophaden, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 211, cité par Garcia Amado (J.A.), « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *supra* note 429, p. 33.

[440] Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann…*, *supra* note 410, p. 54.

[441] Ce constructivisme implique qu'il n'y a pas de vérité externe au système, certes, mais pas qu'il n'y a pas de « monde » en dehors du système. Le point de vue sociologique ne nie pas l'existence d'un monde « là-bas, dehors », même si aucun système n'y a accès en tant que tel. Teubner (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, *supra* note 434, pp. 122-124. Nobles (R.) et Schiff (D.), « Introduction », p. 40, *in* Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414.

[442] Voir les propos de Cotterrell (R.), *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, *supra* note 430, p. 107.

[443] Garcia Amado (J.A.), « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *supra* note 429, p. 33.

les autres pour fonctionner. L'existence d'un système repose souvent sur le fait de rendre compatible son indépendance dans la régulation de sa fonction, avec sa dépendance vis-à-vis des autres systèmes (et de la façon dont ils réalisent leurs fonctions)[444].

Par conséquent, pour qu'un système existe et se maintienne, son environnement est aussi important que ses structures ; celles-ci existent seulement par référence à lui. Mais il ne faudrait pas croire que les opérations internes d'un système sont (causalement) déterminées par son environnement. Les structures d'un système se forment comme une réponse face aux continuelles « *irritations* »[445] provenant de l'extérieur. Un changement dans un système produit du bruit –une « résonance »– dans les autres systèmes qui, à travers leur propre code, le perçoivent comme une complexification de leur environnement. Ils réagissent en augmentant leur propre complexité afin de pouvoir continuer à se délimiter face à cet environnement modifié. Les changements qu'ils ont engendrés en eux-mêmes modifient à leur tour l'environnement des autres systèmes et « résonnent » en eux –et ainsi de suite. C'est donc dans un contexte général de grande opacité que les systèmes « interfèrent » les uns avec les autres[446].

b) Le droit et les modes de pensée pré-modernes

La différentiation fonctionnelle est une caractéristique des sociétés modernes. Mais il reste des traces de modes de pensée pré-modernes. À ce jour, le Neem est la plus importante victoire obtenue pour protéger une tradition ancienne contre la « biopiraterie »[447]. Le Neem (ou Margousier indien) tire son nom du perse signifiant « arbre libre ». C'est en Inde que cet

[444] La régulation juridique des élections, si elle est exclusive au droit, présuppose un système politique dans lequel ces élections ont lieu et trouvent une place fonctionnelle. Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, pp. 357-380.

[445] Une irritation est une réalisation du système irrité dans sa reconstruction interne du monde extérieur, si bien que les irritations ne sont finalement rien d'autre que des constructions internes à chaque système. *Ibid.*, pp. 466-468.

[446] Il existe néanmoins une forme d'interférence plus stable : ce sont les *couplages structurels* entre systèmes. De tels couplages ont lieu lorsqu'un système suppose que certaines caractéristiques de son environnement sont permanentes et qu'il s'appuie structurellement sur celles-ci pour opérer. Un contrat, par exemple, est une opération relevant de trois systèmes différents. C'est un acte juridique pour le système juridique, une transaction économique pour le système économique et une opération spécifique dans le système dont relève l'objet du contrat. *Ibid.*, pp. 390-402. Ce qu'il est important de noter, c'est que ces caractérisations ne sont pas seulement trois aspects différents d'une relation contractuelle envisagée selon trois angles analytiques différents ; ce sont trois observations relevant de trois univers de sens différents. Aussi, un couplage structurel reste invisible en tant que tel à l'intérieur des systèmes concernés : le système juridique voit le contrat comme une solution juridique à un problème juridique, point. Et puis, un couplage structurel est une relation entre systèmes de type horizontal ; aucune hiérarchie ne se laisse construire par l'un d'entre eux. Cela implique qu'il n'y a pas de système dominant parmi les systèmes couplés. Un autre exemple de couplage est celui de la constitution, qui implique un couplage structurel entre le système juridique et le système politique. *Ibid.*, pp. 403-412.

[447] La biopiraterie est un terme désignant l'appropriation illégitime des ressources de la biodiversté et des connaissances traditionnelles autochtones qui peuvent y être associées.

arbre est le plus utilisé. On fait mention de son usage dans des textes écrits il y a plus de 2000 ans, et ses propriétés sont utilisées dans l'agriculture comme insecticide, en médecine humaine et animale, et en cosmétique. Au début des années 1990, les propriétés du Neem ont fait l'objet de 64 brevets déposés par plusieurs entreprises privées, dont un brevet sur les vertus fongicides par le géant de l'agrochimie W.R. Grace & Co. Une conséquence immédiate fut l'augmentation de la demande en graines de Neem par Grace & Co, ce qui a fait augmenter leur prix au-delà de ce que la population indienne pouvait payer. Auparavant, les graines de Neem étaient en accès libre et utilisées pour produire de l'huile indispensable pour l'éclairage et le chauffage. Le combat pour faire annuler ces brevets a mobilisé la société civile indienne. Après dix ans, il a débouché sur une réussite historique auprès de l'office européen des brevets, qui a annulé le brevet déposé par Grace & Co, en reconnaissant l'antériorité des savoirs traditionnels indiens sur le Neem[448]. Selon Teubner et Korth, cet exemple illustre « *a conflict between norms which govern the modern globalised world and habitual rules rooted in a local culture* »[449].

Du point de vue luhmannien, la question qui se pose est la suivante : qu'arrive-t-il lorsque le droit en tant que sous-système social est confronté à des modes de pensées pré-modernes ? Dans l'affaire *Aloeboetoe et autres* c. *Suriname*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a pris en compte le droit coutumier du peuple Saramaca pour déterminer, au stade des réparations, l'identité des héritiers des sept victimes appartenant à ce peuple et assassinées par des militaires[450]. Selon la coutume du peuple Saramaca, où la polygamie est admise, les ascendants sont identifiés sur une base matrilinéale. Or, la Cour n'a accepté de prendre en compte ces règles coutumières que dans la mesure où ces pratiques ne contredisaient pas la Convention interaméricaine. Et de préciser : « *al referirse a los "ascendientes", la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca* »[451]. Cette décision a fait l'objet de deux critiques importantes. La première relève une contradiction dans la position de la Cour. D'un côté, la Cour a refusé de prendre en compte une pratique opérant une discrimination entre ascendants selon le sexe ; de l'autre côté, la Cour a accepté de donner effet à la polygamie et n'y a pas vu de discrimination contraire à la Convention. La

[448] Pour un résumé de l'affaire, voir Semal (J.), « Biobrevets : la saga du « neem » », *Cahiers agriculture*, vol. 14, n° 3, 2005, p. 331.
[449] Teubner (G.) et Korth (P.), « Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society », p. 23, *in Regime Interaction in International Law*, *supra* note 388.
[450] CIDH, *Affaire Aloeboetoe et autres C. Surinam*, réparations et dépens, décision du 10 septembre 1993, Serie C No. 15. Pour un rappel de l'affaire, voir Pinto (M.), « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 733-747.
[451] Traduction : « *en se référant à la notion d'« ascendants », la Cour ne fera aucune distinction entre les sexes, quand bien même cela serait contraire aux coutume Saramaca* ». § 62 de l'arrêt.

deuxième critique porte sur le point de vue même de la Cour. Selon l'un de ses propres juges, le mérite de cette décision est d'avoir établi les réparations sur la base des « *pratiques culturelles* »[452] de la tribu en question. Or, du point de vue des Saramacas, leurs pratiques ne sont pas, justement, culturelles : elles font partie de la nature des choses. Elles sont le reflet d'une universalité pensée à partir du monde Saramaca. Et précisément parce qu'elles sont naturelles, elles forment un tout et ne peuvent pas être séparées comme le fait la Cour.

Cet exemple montre que le droit en tant que sous-système social est incapable de voir les modes de pensée pré-modernes tels qu'ils sont réellement, mais uniquement tels qu'il les reconstruit selon sa propre logique. Il s'agit d'une autre forme de fragmentation de la société mondiale et du droit : « *differences between social organisational principles cause clashes between the formal law of modern society and the socially embedded legal systems of indigenous societies* »[453].

En fin de compte, à quelle conception de la société arrive-t-on ? Il s'agit d'une société où aucun système ne possède de perspective privilégiée sur la réalité, où aucun système ne peut sortir de son propre code pour communiquer avec les autres, où aucun système ne peut connaître les autres systèmes tels qu'ils sont réellement, mais uniquement tels qu'il peut les voir à travers son propre code : légal/illégal, vrai/faux, beau/laid, etc. Il s'agit d'une société où chaque système est dévolu à son auto-conservation, à la réalisation de sa fonction, car il est incapable de comprendre celle des autres sans passer par une reconstruction interne. « *Through their own operative closure* », expliquent Gunther Teubner et Andrea Fischer-Lescano, « *global functional systems create a sphere for themselves in which they are free to intensify their own rationality without regard to other social systems or, indeed, regard for their natural or human environment. They do this for as long as they can, for as long as it is tolerated by their environment* »[454]. D'où l'idée que les problèmes globaux tels que la famine ou la pauvreté trouvent leurs sources non pas dans des processus politiques ou économiques, mais bien dans la dynamique de la différentiation fonctionnelle, chaque système étant guidé, voire obnubilé, par la « maximisation de sa rationalité »[455].

---

[452] Cançado Trindade (A.A.), *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2012, p. 242.
[453] Teubner (G.) et Korth (P.), « Two Kinds of Legal Pluralism… », *supra* note 449, p 23.
[454] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1006. Voir plus en détails *Regime-Kollisionen*, supra note 421, pp. 28-33.
[455] La logique de maximisation est donc ce qui « sabote » la possibilité de progrès social : « *Der tiefere Grund der Selbstsabotage des gesellschaftlichen Fortschritts, so die Zentralthese Niklas Luhmanns, ist die* Eigenrationalitätsmaximierung *verschiedener weltweit agierender Funktionssysteme, die ein enormes Gefährdungspotential für Menschen, Natur und Gesellschaft mit sich bringt* ». *Regime-Kollisionen*, supra note 421, p. 28. Au sujet de la théorie de Luhmann et de la fonction remplie par chaque système social, Jean Clam dit : « *chaque fonction est ce qu'elle est, remplit sa « fin » –qui bien entendu n'existe pas comme telle– dans un environnement systémique multiple et complexe* ». Clam (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris, PUF, 1997, p. 308.

§2. LA REPRODUCTION DE LA FRAGMENTATION AU SEIN DU DROIT

Dans ce cadre, la crainte de fragmentation exprimée par certains internationalistes est, pour ainsi dire, un fait accompli. En effet, la possibilité d'un système unifié et unifiant de droit public est intenable dans une société fonctionnellement différenciée où chaque système social développe ses mécanismes afin de poursuivre sa logique sectorielle. Cette possibilité est aussi contrecarrée par le fait que la différentiation fonctionnelle de la société implique une rupture d'avec la morale holiste des sociétés traditionnelles. Cette rupture entraîne deux conséquences. D'une part, elle conduit à un déplacement des aspirations normatives (la politique, la moralité, le droit, etc.) vers des aspirations cognitives (l'économie, la science, la technologie, etc.)[456]. D'autre part, elle incite ces secteurs techniques à élaborer leur propre réglementation afin de mener à bien leur fonction cognitive. C'est de cette façon qu'un droit « mondial » (et non plus « international ») s'élabore à côté des États et des sources de droit traditionnelles (A).

En se mondialisant de la sorte, le droit reproduit la différentiation fonctionnelle de la société : il se divise en sous-systèmes fonctionnels (« régimes ») qui sont destinés à réguler des domaines hautement spécialisés tout en revendiquant une validité globale. Des conflits inter-systémiques surgissent donc au sein du droit. Ceux-ci ne peuvent pas être résolus par les moyens traditionnels parce qu'ils reproduisent les collisions entre rationalités sociales (B).

A) LE DROIT MONDIAL, UN ENSEMBLE DE RÉGIMES FONCTIONNELS

Le point de départ de la position luhmannienne, on l'a vu, est qu'il est nécessaire de replacer l'évolution du droit au sein de l'évolution de la société mondiale pour en saisir le sens et pour mesurer ses implications pour la pensée juridique. C'est que la mondialisation du droit reproduit la mondialisation de la société : à l'instar du processus de fragmentation sociétale, au travers duquel les systèmes normatifs –et en particulier le système politique ou l'État– ont quitté leur piédestal et sont concurrencés par les systèmes cognitifs, la mondialisation du droit est un processus de fragmentation au travers duquel le droit interétatique se voit concurrencé par des régimes juridiques privés (1). On ne peut plus analyser le droit au travers des distinctions classiques (national/international, public/privé, etc.), car on assiste à l'émergence de régimes fort particuliers, dont la nature hybride (mi-juridique mi-sociale, mi-normative mi-cognitive, etc.) transcende les classifications habituelles. Seule une théorie pluraliste est à

[456] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1000.

même de repenser le droit et d'expliquer comment celui-ci émerge des périphéries sociales et non pas des centres politiques que sont les États et les institutions internationales (2).

1) De la territorialité à la fonctionnalité

Que la mondialisation ait pour conséquence de fragmenter le droit en régimes fonctionnels est une idée que partagent les deux variantes du point de vue externe. D'ailleurs, les différentialistes admettent volontiers que leur thèse possède certaines affinités avec celle défendue par les pluralistes. Les régimes transnationaux identifiés par les pluralistes témoignent de l'impact de la fragmentation sociétale sur le droit international « *in a manner such that the political regulation of differentiated societal spheres requires the parceling out of issue-specific policy-arenas, which, for their part, juridify themselves* »[457]. Mais si les régimes transgouvernementaux participent à la mondialisation du droit en raison de leur nature fonctionnelle et du fait qu'ils se juridicisent eux-mêmes, ils ne constituent qu'une partie infime des processus de mondialisation. En effet, ils continuent d'émaner de sources étatiques telles que les traités internationaux. Or, ce sont les régimes de nature privée, ceux établis en marge des structures étatiques, qui sont les véritables responsables de l'avènement d'un « droit mondial sans État ».

La *lex mercatoria* est généralement présentée comme le cas paradigmatique, « *the most successful example of global law without a state* »[458], du fait qu'elle émerge des processus économiques privés qu'elle cherche par la même occasion à réguler. Cependant, il ne faudrait pas croire que la production « privée » de normes juridiques se limite au secteur économique. Les systèmes sociaux sont nombreux à participer à l'émergence d'un droit mondial en marge des politiques étatiques et du droit public. Ainsi en est-il du domaine sportif et de sa *lex sportiva*, du domaine des transports et de sa *lex transporta*, du domaine de la construction et de sa *lex constructionis*, du domaine du travail et de sa *lex laboris*, et ainsi de suite[459].

---

[457] *Ibid.*, p. 1006.

[458] Teubner (G.), « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *supra* note 382, p. 9. Pour une formulation plus récente, voir Michaels (R.), « The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State », *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 14, n° 2, 2007, pp. 447-468.

[459] La littérature sur le sujet est des plus vastes. Pour un thème spécifique, voir Latty (F.), *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 867 p. Muir Watt (H.), « Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates? », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 24, 2003, pp. 673-696. Pour une synthèse des analyses proposées par la doctrine américaine et la doctrine allemande, voir Michaels (R.) et Jansen (N.), « Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privalization », *Am. J. Com. L.*, vol. 54, n° 4, 2006, pp. 845-892. En langue française, voir les contributions dans Morand (C.-A) (*dir.*), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Collection de droit international, Bruylant, 2001, 477 p. Auby (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, 154 p. Du point de vue différentialiste, le recours litanique aux formules latines n'est pas tant un malheureux anachronisme qu'un tribut ingénieux au naturalisme juridique des sociétés modernes.

Par opposition au droit international, le droit mondial a ceci de particulier qu'il ne trouve plus sa source exclusivement dans les politiques étatiques mais aussi, et plus directement, dans les systèmes sociaux qui se sont mis à distance de la politique. Les systèmes mondialisés, qui couvrent des secteurs techniques et très pointus (tels que la santé, l'éducation, la propriété intellectuelle, la sécurité, etc.), posent des exigences normatives considérables auxquelles les instances étatiques, qu'elles soient nationales ou internationales, sont incapables de répondre [460]. Ces systèmes satisfont leurs besoins de régulation par une appréhension immédiate sur le droit, sans passer par les instances étatiques. Ils élaborent par la même occasion un droit détaché de toute législation nationale ou de traités internationaux, au travers de mécanismes informels que sont les codes de conduite, les standards et les modes privés de règlement des différends. C'est en ce sens que le droit mondial est, selon la formule de Teubner, un « *droit auto-créé par la société mondiale* »[461].

Si le droit mondial possède toujours le code légal/illégal, il a ceci de spécifique qu'il se développe à partir des besoins de régulation des systèmes sociaux (et non plus des États), ces besoins étant retranscrits dans des programmes spécialisés. Selon les termes de Gunther Teubner et Peter Korth, « *following the logic of functional differentiation, law has established itself globally as a unitary social system beyond national law. A unitary global law reproduces itself through legal acts which are guided by different programs but are in the end oriented towards the binary code legal/illegal* »[462]. Bien que les régimes qui composent le droit mondial ont en commun le code légal/illégal, ils auront tendance à s'autonomiser, car ils attribuent les valeurs légal/illégal à partir de leur propre perspective. Si dépendance il y a, c'est davantage avec leur champ social respectif.

Prenons par exemple le conflit entre le régime du commerce et le régime de la santé (ou le conflit entre le commerce et la santé). Dans l'affaire des *produits biotechnologiques*, les États-Unis, le Canada et l'Argentine reprochaient à la Communauté européenne d'avoir imposé un moratoire *de facto* sur les autorisations de dissémination dans l'environnement et de mise sur le

---

Cela vient renforcer l'idée que les *lex* (post-)modernes sont élaborées non pas par des groupements d'individus (les États) mais par des entités qui les dépassent, à savoir les systèmes fonctionnels formant la société mondiale.

[460] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1010. *Regime-Kollisionen*, supra note 421, p. 42.

[461] Teubner (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », p. 199, *in* Morand (C.-A) (*dir.*), *Le droit saisi par la mondialisation*, *supra* note 459.

[462] Teubner (G.) et Korth (P.), « Two Kinds of Legal Pluralism… », *supra* note 453, p. 23. Voir aussi D'Amato (A.), « International Law as an Autopoietic System », pp. 335-399, *in* Wolfrum (R.) et Röben (V.) (*eds.*), *Developments of International Law in Treaty Making*, Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2005, viii-632 p.

marché d'organismes génétiquement modifiés (OGM). Ils attaquaient les mesures de sauvegarde grâce auxquelles certains États européens avaient banni de leurs territoires certains OGM pourtant déjà autorisés au niveau communautaire[463]. Dans un rapport de plus de mille pages, le Groupe spécial a analysé la compatibilité des mesures de sauvegarde étatiques avec les dispositions de l'Accord SPS. Toutes les mesures ont été condamnées pour n'avoir pas été adoptées sur la base d'une « *évaluation des risques* » au sens de l'article 5§1. Elles ont été déclarées non fondées sur des « *principes scientifiques* » et maintenues sans « *preuves scientifiques suffisantes* » au sens de l'article 2§2. Le Groupe spécial s'est appuyé sur le fait que des évaluations existaient pour tous les OMG en cause, les risques ayant déjà été examinés par les comités scientifiques communautaires compétents. Ceux-ci avaient dit à l'unanimité que les produits en question, comparés à leurs équivalents non-biotechnologiques, ne présentaient aucun risque supplémentaire pour la santé ou l'environnement[464]. Selon le raisonnement du Groupe spécial, donc, un produit pour lequel aucun risque pour la santé n'a été prouvé scientifiquement est présumé sain et libre de circulation.

Cette vision a été vigoureusement contestée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Dans son rapport intitulé « *Biotechnologie alimentaire moderne, santé et développement* » et publié en 2005, l'OMS recommande que l'évaluation des OMG soit faite de manière plus globale ou plus holistique, de manière à inclure des « *considérations d'ordre social, culturel et éthique* »[465]. Cette vision du monde est incompatible avec celle de l'OMC, notamment parce que l'évaluation des « risques » dépasse le cadre strictement scientifique[466]. En somme, la même situation a été perçue par le régime de l'OMC et le régime de l'OMS de manière totalement différente. Comme l'explique Alexandra Khrebtukova :

> « *whereas the mentality of international trade law saw the fact of safety as an inevitable conclusion stemming from a lack of conclusive scientific evidence that biotech products pose a threat to the human organism, the mentality of the international health regime did not see the 'fact' of its inevitability, and*

[463] Pour un compte-rendu de l'affaire, voir Ruiz Fabri (H.) et Monnier (P.), « Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *JDI*, n° 3, 2007, pp. 1008-1019.

[464] On notera que le Groupe spécial a refusé de voir des « évaluations des risques » en bonne et due forme dans les études, parfois très récentes, faites par des États membres méfiants à l'égard des OGM à l'appui de leurs mesures de sauvegarde et dont la Communauté européenne s'était aussi prévalue.

[465] Voir le communiqué de presse de l'OMS, « Les aliments génétiquement modifiés actuels peuvent présenter des avantages, mais les évaluations relatives à leur sécurité sanitaire doivent se poursuivre », 23 juin 2005. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr29/fr/index.html

[466] L'OMS estime en effet que « *les résultats contradictoires et l'insuffisance de données probantes concernant les effets bénéfiques, les risques et les inconvénients associés aux aliments transgéniques contribuent à alimenter la controverse autour des organismes génétiquement modifiés* ». OMS, *Biotechnologie alimentaire moderne, santé et développement : étude à partir d'exemples concrets*, Département « Sécurité sanitaire des aliments », Suisse, 2005, p. 2. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/biotech_fr.pdf

indeed saw the situation as being merely in its early stages of investigation »[467].

Une autre façon de formuler cette idée est de dire que le couplage structurel traditionnel entre le droit et la politique a laissé place à des couplages entre le droit et les autres systèmes fonctionnellement différenciés, de sorte que chaque régime juridique spécialisé est couplé au système social correspondant. Pour le dire encore plus directement, le droit de l'OMS est couplé au système de la santé, le droit de l'OMC est couplé au système commercial, le droit de l'environnement est couplé à la biodiversité, etc. Deux éléments ressortent plus clairement. Le premier est que les régimes juridiques sont la positivation de normes sociales, celles-ci étant le fruit de processus privés hautement spécialisés et techniques[468]. Le second est que les régimes sont étroitement liés à des rationalités sociales spécifiques. Que chaque régime soit couplé à un système (social) signifie qu'il poursuivra la rationalité attachée à ce système, que ses programmes seront conçus de manière à maximiser cette rationalité :

« *The aim of each regime is to perpetuate its rationality of the fundamentals of social ordering, and to effect its applicability (if not total primacy) in every area. Thus, the international human rights regime aims toward a world in which issues of human rights, as formulated by the international human rights regime, arise at all junctures where humans are affected by the rights of others* »[469].

On retrouve cette conception éclatée du droit mondial dans l'affaire de l'*Usine MOX*. Trois régimes juridiques étaient *a priori* applicables aux faits relatifs à cette usine de traitement des déchets nucléaires située sur la côte anglaise bordant la mer d'Irlande. Il y avait les règles de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les règles de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est (Convention OSPAR) et les règles adoptées au sein de la Communauté européenne dont le Traité EURATOM. Tout l'enjeu, semble-t-il, était de savoir si le problème concernait essentiellement le transport maritime, la pollution (éventuelle) de la mer du Nord ou les relations à l'intérieur de l'Europe. Ces qualifications renvoyaient à trois institutions différentes, chacune étant en mesure de statuer

---

[467] Khrebtukova (A.), « A Call to Freedom: Toward a Philosophy of International Law in an Era of Fragmentation », *IILJ Emerging Scholars Paper*, n° 6, 2007, p. 11. Pour une approche différente mais arrivant à un constat similaire, voir Pollack (M.) et Shaffer (G.), *When Cooperation Fails. The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, New York, OUP, 2009, 456 p.

[468] La question qui surgit immédiatement est, bien entendu, celle de savoir comment le point de vue sociologique peut-il faire émerger le droit de processus sociaux sans se rendre vulnérable à la critique de sophisme naturaliste. L'originalité de sa réponse tient à ce qu'elle ne se trouve ni dans une *Grundnorm* à la Kelsen ni dans une « *rule of recognition* » à la Hart mais dans l'auto-référentialité et son corollaire, l'existence d'un code binaire, qui est ici le code légal/illégal : un régime se constitue de manière auto-référentielle quand la référence à l'environnement social est interrompue au profit de l'auto-référence. Teubner (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, *supra* note 434, p. 65.

[469] Khrebtukova (A.), « A Call to Freedom… », *supra* note 467, p. 20.

sur l'affaire –et ainsi d'imposer sa propre façon de concevoir et de résoudre le litige[470].

C'est du moins ce qu'a laissé entendre le tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Répondant à l'objection britannique à sa compétence au prétexte que la même question était aussi en instance devant un tribunal de la Convention OSPAR et devant la CJCE, le tribunal arbitral a indiqué : « *même si la Convention* [*OSPAR*]*, le Traité instituant la Communauté européenne et le Traité* [*EURATOM*] *contiennent des droits et des obligations similaires ou identiques aux droits et obligations énoncés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les droits et obligations contenus dans lesdits accords ont une existence propre, différente de celle des droits et obligations énoncés dans la Convention* »[471]. À cela, le tribunal a ajouté que l'application des mêmes règles par des institutions différentes pouvait ne pas aboutir à des résultats identiques, compte tenu des « *différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires* »[472]. Ainsi le droit de la mer, le droit de l'environnement et le droit européen formeraient-ils des régimes autopoïétiques, chacun étant doté d'un code qui lui est propre et chacun déterminant pour lui seul ce qui est pertinent dans l'environnement « général ».

2) De la hiérarchie des normes à la distinction centre/périphérie

L'idée que la fragmentation du droit a des ramifications sociales profondes et que son caractère est intrinsèquement « social » et non pas seulement juridique ou politique, amène à repenser l'architecture du droit de fond en comble. En effet, à partir du moment où l'on comprend les régimes juridiques comme un produit de la différentiation sociétale et leur émergence, comme des processus d'élaboration normative impliquant les systèmes sociaux, on est amené à élargir les modes de production du droit, pour y inclure les sources sociales, et ses modes de régulation, pour y intégrer les spécificités des rationalités sociales.

Les différentialistes écartent ainsi le mode de pensée hiérarchique, si important pour les constitutionnalistes, et le remplacent par une distinction, celle entre centre/périphérie. Grâce à cette distinction, ils présentent le droit en termes différentiels (c'est-à-dire qu'il est structuré

[470] Koskenniemi (M.) et Martineau (A.-C.), « La fragmentation du droit international », pp. 51-74, *in* David-Ménard (M.) (*dir.*), *Chaos*, Paris, Hermann, 2013, 222 p.
[471] Tribunal international du droit de la mer, *Différend relatif à l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni) – demande en prescription de mesures conservatoires*, ordonnance du 3 décembre 2001, *ILR*, vol. 126, 2005, § 50.
[472] *Ibid.*, § 51.

par une différentiation) et en termes processuels (c'est-à-dire qu'il est produit par des processus sociaux)[473]. En distinguant tour à tour le centre du droit (les tribunaux et autres instances décisionnelles), sa périphérie (les acteurs publics et privés) et son environnement (les systèmes sociaux)[474], les différentialistes insistent sur deux changements induits par la mondialisation : un changement des processus dominants de production du droit (a) et, paradoxalement, une tendance pour chaque régime à s'auto-constitutionnaliser (b).

a) Une périphérie forte *versus* un centre éclaté

Tout d'abord, la production normative s'est décentralisée ; elle repose dans les mains d'une multitude d'acteurs situés en périphérie, sans que l'on puisse repérer un centre décisionnel clair. Mais attention : le fait que les sources du droit mondial se trouvent en périphérie ne signifie pas qu'elles sont incertaines ou chaotiques. Que les sources du droit soient situées en périphérie signifie qu'elles prennent la forme de processus privés et que ceux-ci sont organisés de pair avec les systèmes sociaux environnants[475]. La *lex mercatoria*, par exemple, est un droit né de la pratique des affaires entre les opérateurs économiques de différents pays, en marge de l'intervention étatique. De la même façon, la *lex sportiva* trouve sa source dans les usages élaborés par la pratique sportive. Dans les deux cas de figure, il s'agit d'un droit « non-officiel » appliqué à des secteurs d'activité particuliers, sous la forme de réglementations transnationales développées directement par les opérateurs privés, sans passer par l'État et ses mécanismes formels de création du droit.

La régulation d'Internet illustre bien ce processus : la nature transnationale et mouvante de la communication digitale rend le droit national obsolète, quand bien même il s'agirait de droit international privé[476], tandis que le droit international public ne fournit pas, lui non plus,

---

[473] Sur la distinction centre/périphérie comme forme de différentiation interne du droit, voir Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, pp. 292-304. Le passage des normes aux processus, ou des normes aux énoncés normatifs, est expliqué par Teubner dans « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », supra note 382, p. 6.

[474] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1012. *Regime-Kollisionen*, *supra* note 421, p. 48. Voir aussi Guibentif (P.), « Niklas Luhmann », *Droit et société*, vol. 53, 2010, pp. 146-147.

[475] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1013. *Regime-Kollisionen*, *supra* note 421, pp. 48-49. Voir également Teubner (G.), « The Corporate Codes of Multinationals: Company Constitutions Beyond Corporate Governance and Co-determination », pp. 261-277, *in* Nickel (R.) (*éd.*), *Conflit of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oslo, Centre for European Studies, ARENA, 2009, 586 p.

[476] Le lieu où se produisent les phénomènes juridiques dans le cyberespace est à la fois partout et nulle part. Cela rend le droit international privé difficilement praticable, puisqu'il implique des éléments de rattachement territorial en fonction de critères matériels et qu'il se base sur des frontières différentes de celles des réseaux. Chaque État étant souverainement compétent, les transactions électroniques doivent parfois se conformer à plusieurs réglementations simultanément et même, dans certains cas, potentiellement contradictoires. C'est pour

de solutions significatives en raison de l'incapacité des États à s'entendre par voie de traités[477]. « *Quand aussi bien le droit international que les droits nationaux échouent à prendre en charge efficacement des problèmes, le système a recours à l'autorégulation, qui se transforme, en fait, en une fabrication autonome de droit par les réseaux transnationaux* »[478]. Les opérateurs du commerce électronique élaborent leurs propres normes pour s'adapter aux exigences du développement de l'Internet marchand, ce qui se traduit par une privatisation du droit. Par exemple, la Chambre de commerce internationale développe depuis de nombreuses années des instruments non-contraignants mais généralement suivis en matière d'autorégulation du commerce électronique. Sa première initiative date de 1988, avec l'élaboration des règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission[479]. Plus récemment, elle a élaboré des « *e-terms* » qui visent à favoriser l'utilisation par les entreprises de clauses modèles pour la contractualisation électronique[480]. Ces termes sont conçus pour devenir le standard international en matière de commerce électronique.

La décentralisation de la production normative peut aussi être illustrée par l'évolution de la réglementation des activités financières, domaine qui relevait traditionnellement du ressort des États. Le mouvement d'internationalisation et d'intensification des activités financières a rendu insuffisantes les seules réponses étatiques aux situations de crise. Dans les années 1970-80, plusieurs *fora* de coopération se sont formés par tâtonnements successifs au fil des problèmes rencontrés : le Comité de Bâle (qui rassemble les autorités en charge du contrôle bancaire et les gouverneurs de banques centrales des pays du G10), l'Organisation internationale des commissions de valeurs (qui réunit les autorités de tutelle nationales des marchés financiers), l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (qui relie les régulateurs du secteur de l'assurance). Ces trois *fora* ont en commun l'absence de personnalité juridique internationale et le caractère non-contraignant des règles de conduite qu'ils édictent.

---

toutes ces raisons que « [*l*]*es techniques du droit international privé comme les conflits de lois semblent inadaptées aux besoins et aux attentes des opérateurs du commerce électronique* ». Seffar (K.) et Benyekhlef (K.), « Commerce électronique et normativités alternatives », *UOLTJ*, vol. 3, n° 2, p. 363.

[477] Le fait est que « *le caractère international des interactions se déroulant dans le cyberespace appelle des approches allant au-delà du seul droit étatique* ». Pierre Trudel, « La Lex Electronica », p. 122, *in* Morand (C.-A.) (*dir.*), *Le droit saisi par la mondialisation*, *supra* note 459.

[478] Hamann (A.) et Ruiz Fabri (H.), « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », *supra* note 125, p. 185.

[479] Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, « Le droit commercial uniforme au XXIe siècle », *Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, New York, 18-22 mai 1992. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_f.pdf. Ces règles de conduite, facultatives, fournissent un modèle uniforme d'accord pour l'échange de données commerciales.

[480] Chambre du commerce internationale, *ICC eTerms 2004: ICC Guide to Econtracting*, disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.iccwbo.org/policy/law/id3670/index.html

En ce sens, ils illustrent parfaitement la création du droit mondial par la périphérie.

Par contraste, le « centre » du droit mondial est dépourvu de procédures institutionnalisées qui seraient d'application générale, ou encore d'instances décisionnelles qui joueraient le rôle de cour suprême. Certes, le processus de formation du droit international interétatique a toujours été spontané en son centre, étant donné l'absence d'une instance politique universelle. La spécificité du droit mondial (par opposition au droit international) est que son centre est fragmenté du fait que les juridictions qui le composent sont étroitement liées, en termes d'organisation et d'identité, aux régimes spécialisés. C'est pourquoi elles contribuent inévitablement à la fragmentation (« *necessarily contribute to a global legal fragmentation* »[481]).

L'exemple par excellence de cet éclatement du droit par le « centre » est l'affaire *Tadić*, dans laquelle le TPIY a fait volte-face à la jurisprudence de la CIJ. En 1999, la chambre d'appel du TPIY a examiné la responsabilité de la Serbie à l'égard des actes commis par les milices serbes de Bosnie au cours du conflit yougoslave[482]. Dans ce cadre, elle s'est référée à l'affaire *Nicaragua* décidée par la CIJ en 1986, dans laquelle les États-Unis n'avaient pas été tenus responsables des actes des *contras* nicaraguayens au motif qu'ils n'avaient pas le « contrôle effectif » des opérations paramilitaires au cours desquelles les violations du droit humanitaire avaient été commises[483]. La chambre du TPIY a rejeté ce critère, estimant qu'il plaçait la barre trop haut pour pouvoir tenir un État responsable des actes commis par des milices ou des unités paramilitaires dans un pays tiers. Il suffisait que cet État ait un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des opérations militaires de ces groupes, c'est-à-dire qu'il exerce un « contrôle global »[484].

Attaque agressive (« *aggressive attack* »[485]) : voilà comment plusieurs membres de la doctrine ont qualifié l'attitude de la chambre d'appel du TPIY à l'égard de la jurisprudence de la CIJ. Celle-ci n'est d'ailleurs pas restée silencieuse. En 2007, elle a profité de l'affaire du *Génocide*

---

[481] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1014.
[482] Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Duski Tadić*, arrêt du 15 juillet 1999, affaire n° IT-94-1A.
[483] Cour internationale de Justice, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), *C.I.J. Recueil 1986*, p. 64 et 65, par. 115.
[484] On notera que ce critère a été repris par une chambre de la CPI (sans mention de l'affaire *Nicaragua*). Chambre de première instance I, *Le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo*, décision de confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06, §§ 210-211.
[485] Goldstone (R.) et Hamilton (R.), « *Bosnia* v. *Serbia*: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *LJIL*, vol. 21, n° 1, 2008, p. 101. Cette expression est reprise par Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *EJIL*, vol. 20, n° 2, p. 279.

opposant à Bosnie-Herzégovine à la Serbie-Monténégro pour remettre les pendules à l'heure. La CIJ a souligné que le critère du « contrôle global » avancé par le TPIY « *présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale* », ce qui lui a permis de conclure que ce critère « *est inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier* »[486].

Voulant faire preuve d'une certaine diplomatie judiciaire, la CIJ a émis l'hypothèse que la différence entre son critère et celui du TPIY s'expliquerait par le fait que la chambre d'appel du Tribunal pénal cherchait à « *déterminer si un conflit présente ou non un caractère international, ce qui était la seule question que la chambre d'appel avait à résoudre* »[487]. Cette vision conciliatrice a été explicitement rejetée par Antonio Cassese qui, à l'époque de l'affaire *Tadić*, était président du Tribunal pénal et membre de la chambre d'appel. En effet, peu de temps après l'arrêt relatif au *Génocide*, Cassese a déclaré sans ambages que la chambre d'appel avait bel et bien eu l'intention de remplacer le critère du « contrôle effectif » posé par la CIJ. Dans son article, Cassese insiste longuement sur le fait que le critère du « critère global » reflète l'état du droit positif, aussi bien en matière de droit humanitaire que de droit international général. La CIJ, conclut-il, devrait prêter attention à la pratique évolutive des États et aux décisions judiciaires, au lieu de simplement et aveuglement réitérer sa jurisprudence : « [*let's*] *hope that in the future the Court, when it returns to this matter, will pay attention to state practice and case law instead of confining itself to uncritically restating its previous views* »[488].

Un autre exemple d'éclatement du droit mondial par le « centre » concerne les positions divergentes de la Cour européenne des droits de l'homme et de la CIJ en matière de réserves aux traités. La Cour de Strasbourg a tenu pour inadmissibles les réserves à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et ce, indépendamment de la position traditionnelle de la CIJ sur cette question. À l'argument de la Turquie voulant que les États puissent tempérer de restrictions leur acceptation de la compétence facultative de la CIJ, la Cour européenne a répondu en distinguant clairement le contexte et la finalité des deux institutions :

---

[486] Cour internationale de Justice, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, § 406.
[487] *Ibid.*, § 404.
[488] Cassese (A.), « The *Nicaragua* and *Tadic* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL*, vo. 18, n° 4, 2007, p. 668.

« *D'abord, le contexte dans lequel fonctionne la CIJ se distingue nettement de celui des organes de la Convention. La Cour internationale est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre États pouvant survenir dans n'importe quelle partie du globe. L'objet du litige peut concerner tout domaine du droit international. En second lieu, à la différence des organes de la Convention, la Cour internationale ne se borne pas exclusivement à exercer des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif comme la Convention.* […] *Une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46, constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale* ».[489].

Le processus de fragmentation du droit mondial par le centre ne concerne pas uniquement les juridictions internationales. Les juridictions nationales font, elles aussi, partie du centre du droit mondial et, en cela, elles participent à sa fragmentation. En témoigne l'attitude des juges américains vis-à-vis du droit international et des décisions de la CIJ en particulier. Dans l'affaire *Medellin* c. *Dretke*, un condamné à mort mexicain invoquait la violation de ses droits protégés par la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Aussi bien la Cour d'appel que la Cour suprême des États-Unis lui ont opposé la non-invocabilité de ladite Convention de Vienne[490], et ce, malgré la décision contraire de la CIJ prise un an plus tôt dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*[491]. Devant la CIJ, le Mexique avait allégué des violations de la Convention sur les relations consulaires par les États-Unis vis-à-vis de Medellin et de 51 autres citoyens mexicains condamnés à mort aux États-Unis. La CIJ avait affirmé que cette Convention garantit des droits directement invocables par les particuliers, y compris le droit d'être notifié d'une assistance consulaire en vertu de l'article 36 de la Convention. Les États-Unis ayant violé ces droits, ils se devaient d'offrir les moyens de réviser les condamnations et les peines des ressortissants mexicains, sans pouvoir invoquer la théorie de la carence procédurale pour interdire une telle révision. Nonobstant, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'entendre l'affaire en 2005, estimant que les juridictions américaines n'étaient pas liées par les décisions de la Cour internationale de Justice.

Tous ces cas de conflits ouverts témoignent de la fragmentation du droit mondial par son centre : « ce qui n'est pas contestable est l'absence de logique juridictionnelle coordonnée entre les régimes en question. Chaque régime fonctionnel tend à avoir sa propre constellation de parties prenantes et une idée des intérêts et biens essentiels qu'il protège, ainsi que de ses

[489] Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou* c. *Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 23 février 1995, §§ 83-85. Ce raisonnement a été repris par la Cour inter-américaine des droits de l'homme dans l'affaire *Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999.
[490] *Medellin* c. *Dretke*, 544 U.S. __ (2005).
[491] CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.

pouvoirs juridiques reflétant la particularité et la partialité de sa constellation. La rencontre de ces systèmes auto-référentiels peut dès lors mener à de nouveaux conflits, incertitudes et complexités »[492]. Le paradoxe est que ces conflits contribuent non pas à la destruction, mais bien à la formation du droit mondial. En effet, du point de vue luhmannien, le processus de formation du droit mondial se caractérise par un double phénomène, à savoir une production normative organisée en périphérie et une production spontanée en son centre[493]. C'est le concours de ces deux phénomènes qui permet l'apparition de régimes spécialisés et, surtout, qui favorise leur autonomisation sur une base fonctionnelle.

b) Une tendance à l'auto-constitutionnalisation

Les régimes juridiques tendent effectivement à s'autonomiser les uns des autres en développant des règles secondaires qui diffèrent de celles du droit interétatique et grâce auxquelles ils élaborent leurs propres règles primaires[494]. Cette autonomisation est renforcée par la propension qu'ont les régimes à « *s'auto-constitutionnaliser* »[495], c'est-à-dire à adopter des règles relatives à l'organisation des pouvoirs ainsi que des garanties en matière de droits fondamentaux. Cette structure rappelle le modèle hiérarchique défendu par les partisans du constitutionnalisme mondial, à une différence près : du point de vue luhmannien, la hiérarchie est spécifique à chaque régime et elle est organisée par lui, en cohérence avec la logique du système social auquel il est couplé. C'est pourquoi la constitutionnalisation de chaque régime spécialisé « *will* […] *only result in deeper fragmentation, as the various competing regimes and organisations will be locked firmly in constitutional place –and battle with each other* »[496].

Le droit communautaire fait figure de proue en matière d'auto-constitutionnalisation. Pour y parvenir, les juridictions européennes ont joué un rôle des plus importants[497]. Le régime commercial suit, lui aussi, un processus d'auto-constitutionnalisation. Deborah Cass a montré comment ce processus est largement le fait du système de règlement des différends[498]. Les

---

[492] Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 57.
[493] Teubner (G.), « Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society? », p. 77, *in* Ladeur (K.-H.) (*éd.*), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004, VI-339 p.
[494] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1013. *Regime-Kollisionen*, *supra* note 421, p. 50.
[495] *Regime-Collisions*, *ibid.*, pp. 1014-1017. Pour une analyse plus approfondie, voir Teubner (G.), « Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centered Constitutional Theory », *Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School*, 24 p.
[496] Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 1, 2004, p. 53.
[497] Voir le chapitre 2 (« Le pluralisme ordonné »), *supra*.
[498] Cass (D.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, xxvi-266 p. Pour un

panélistes et les membres de l'Organe d'appel ont, dès le départ, œuvré dans le sens d'une constitutionnalisation du régime : ils ont mis en place des garanties processuelles, spécifié les normes fondamentales du système et réparti les compétences entre les États membres et l'organisation, s'attribuant par là même une place centrale au sein de cette structure. Leur jurisprudence se serait progressivement rapprochée de celle d'une cour constitutionnelle nationale, en donnant naissance à un ensemble de règles et de principes constitutionnels.

Pour les partisans de l'approche luhmannienne, il est important de comprendre que cette tendance à l'auto-constitutionnalisation vient renforcer le caractère expansionniste et la nature autopoïétique des régimes juridiques spécialisés. Cette conséquence n'est pas forcément visible dans le régime lui-même, par l'effet du phénomène du « point aveugle »[499]. En revanche, il est visible pour toute observateur situé à l'extérieur du régime :

> « *Those writing on the constitutional nature of the WTO often end up discussing the 'world trade constitution', thereby, in the meantime, elevating the norms regulating trade to something of a global constitution. This follows from two lines of argument. One: if there is a world trade constitution, it follows that there can ben no other constitution, as the idea of current constitutions seems incoherent. Ergo: trade constitution equals constitution at large. Two: if trade constitution merely refers to the field of trade and helps define that field (while excluding non-trade concerns), then it still claims prevalence, as it is the trade constitution which decides what properly belongs also to other fields: it is the trade constitution that constitutes what qualifies as human rights field, the environmental field, etc.* »[500].

B) LA FRAGMENTATION DU DROIT, UN PROCESSUS INÉLUCTABLE

Outre les changements des modes de production du droit, le fait que chaque régime juridique soit orienté vers la poursuite d'une rationalité spécifique implique aussi un changement du produit normatif lui-même. Parce que les systèmes sociaux réclament du droit des performances adaptées à leur logique fonctionnelle, le droit est amené à régler ses normes sur les contraintes spécifiques des mondes économique, scientifique, etc. Il s'agit d'un phénomène dont nous avons déjà parlé, la déformalisation du droit, et qui prend ici une signification particulière : il renvoie à la mise à l'écart du modèle classique de la règle assortie d'une sanction, pour que le droit puisse répondre aux besoins des systèmes sociaux. C'est ainsi que des standards flexibles sont privilégiés aux dépends de règles strictes et que des principes techniques, des considérations utilitaristes, etc. sont incorporés dans le droit[501].

---

ouvrage en français, voir Kieffer (B.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2008, 372 p.

[499] Luhmann (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, p. 182.

[500] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 20.

[501] Sur le débat relatif à la capacité de régulation du droit, voir Chevallier (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les

À l'instar des pluralistes, les différentialistes insistent sur les aspects positifs de la déformalisation, laquelle serait un trait distinctif du droit mondial. Ils écrivent au sujet de la *lex mercatoria* qu'elle n'est pas composée de règles précises mais de principes larges dont l'application varie selon le cas d'espèce. C'est davantage un droit de valeurs et de principes qu'un droit de structures et de règles. Ils interpellent alors le lecteur : « *But is softness a vice or a virtue? Again, we should not see this as a deficiency, but as a typical characteristic of global law. It compensates for the lack of global enforceability; it makes this law more flexible and adaptive to changing circumstances; it makes it better suited to a global unification of law. And it makes it relatively resistant to symbolic destruction in the case of deviance. Stability comes from softness. Lex mercatoria is soft, not weak, law* »[502].

Ceci étant dit, les différentialistes s'inquiètent des dérives de la déformalisation : « *dans quelle mesure le droit doit-il s'adapter aux autres sous-systèmes et dans quelle mesure doit-il s'en distancer ?* »[503]. Cette inquiétude tient au paradoxe de la différentiation fonctionnelle : alors que les systèmes sociaux interfèrent de plus en plus entre eux et qu'ils sont ainsi conduits à modifier leurs programmes en conséquence (c'est-à-dire, précisément, à se déformaliser), cette déformalisation entraîne non pas un rapprochement, mais davantage de conflits inter-systémiques (2). En ce qui concerne le système juridique, cela signifie que sa formalisation, c'est-à-dire sa codification par le code légal/illégal, ne parvient pas à le prémunir de l'irruption de rationalités étrangères. Cette irruption se faisant au niveau des programmes, le droit se trouve de plus en plus souvent confronté à des cas où un comportement est juridiquement illégal (selon son code) mais économiquement efficient, scientifiquement bénéfique, moralement nécessaire, etc. (selon ses programmes). Que les programmes tendent à s'éloigner du code juridique est renforcé par le fait qu'ils sont rattachés à des régimes spécialisés, que ceux-ci sont administrés par des experts tout aussi spécialisés et que « *le contact que de tels experts entretiennent avec les sous-systèmes sociaux concernés par leur spécialité est, paradoxalement, beaucoup plus intime que leur rapport avec le droit lui-même* »[504]. En somme, les phénomènes de déformalisation accentuent la fragmentation du droit en montrant les limites de son code et en renforçant les rationalités étrangères poursuivies par les régimes juridiques spécialisés (1).

---

transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, p. 659 et s.

[502] Teubner (G.), « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *supra* note 382, p. 21.

[503] Teubner (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *supra* note 461, p. 202. Voir aussi De Sousa Santos (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique…*, *supra* note 56, p. 453.

[504] Teubner (G.), *Le droit. Un système autopoïétique*, *supra* note 434, p. 179.

1) La déformalisation ou l'écart entre le code et les programmes

La déformalisation telle qu'entendue par les différentialistes revêt deux caractéristiques spécifiques. Avant tout, ce phénomène n'est pas serait propre ou exclusif au droit, loin de là : elle affecte tous les systèmes sociaux, sans exception. Lorsque des standards scientifiques sont consacrés en règles juridiques, par exemple, on assiste à une certaine « scientifisation » du droit. Mais cela implique aussi une « déscientifisation »[505] de ces standards du point de vue de la science, étant donné que la démarcation entre le légal et l'illégal lui apparaît comme étant fixée arbitrairement, sans base scientifique adéquate. Une décision juridique fondée sur des principes scientifiques viendra donc irriter le système scientifique, lequel pourra réagir et s'ajuster à elle par le biais de son propre code (vrai/faux). Ainsi la déformalisation est-elle le résultat de continuelles irritations entre les systèmes, le système irrité étant amené à s'accommoder du bruit émanant de son environnement pour éviter la cacophonie et, par là même, sa propre désuétude. Outre le fait de ne pas être spécifique au droit, la déformalisation est un phénomène appelé à croître au gré de la différentiation fonctionnelle de la société. La raison est simple : plus il y aura de systèmes différenciés, plus ils seront amenés à interférer les uns avec les autres. Plus ils interféreront entre eux, plus ils s'ajusteront au bruit provoqué par leurs systèmes sociaux environnants et plus ils entérineront les phénomènes de « résonance », c'est-à-dire une certaine irruption des rationalités étrangères en leur sein. Ainsi n'y a-t-il pas de limites structurelles à la déformalisation.

Quelles sont les conséquences de la déformalisation ? Quand le système juridique enregistre les opérations des systèmes environnants comme étant du bruit, il cherche à réduire l'amplification de ce bruit en variant ses ondes « sonores », c'est-à-dire en incorporant « *les auto-descriptions de ses systèmes sociaux environnants au sein de la « description de l'extérieur » qu'il produit lui-même* »[506]. Le problème est qu'à vouloir continuellement récupérer les auto-descriptions, les codes ou les rationalités étrangères, le système juridique finirait par se désintégrer. C'est pourquoi, face à l'alternative : ignorer le bruit ou s'harmoniser avec lui, ce qui conduit dans les deux cas de figure à la disparition du système, il ne peut y avoir qu'une issue, insatisfaisante, une sorte de compromis : il lui faut tenter de préserver son code tout en adaptant ses programmes aux rationalités étrangères. On comprendra pourquoi les différentialistes sont

[505] Teubner (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *supra* note 461, p. 208.
[506] La prise en compte des autres systèmes est une opération interne du droit, qui doit tout d'abord auto-produire (et non recevoir de l'extérieur) des informations au sujet de ses systèmes environnants pour ensuite modifier ses propres structures. Teubner (G.), *Le droit. Un système autopoïétique*, *supra* note 434, p. 164.

moins enthousiastes que les managérialistes lorsque des considérations de coûts et de bénéfices sont utilisées dans l'argumentation juridique : même si elles doivent toujours se soumettre au code juridique, elles forment un critère qui s'impose avec succès dans le droit (surtout dans le droit économique), en y régissant l'attribution des valeurs du légal et de l'illégal.

Il importe de comprendre que, selon les luhmanniens, il est impossible de faire marche arrière, c'est-à-dire de revenir à une formalisation du droit. Par exemple, les crises financières des années 1990 ont levé le voile sur les fragilités du système financier international, tant dans la prévention des crises monétaires que dans leur gestion[507]. Ces réflexions ont mené à une proposition, qui comporte quelques variantes, résidant dans le transfert des compétences nationales et transnationales à une Autorité financière internationale, qui aurait eu en charge la réglementation et la surveillance de l'ensemble du secteur financier. Il était suggéré que l'application des codes et des normes soit appuyée par un système d'incitations et de sanctions. Cette proposition se fondait sur deux arguments : « *Le premier est que, comme les établissements financiers ont de plus en plus d'activités internationales, il faut leur appliquer une réglementation et un contrôle unifiés et mondiaux. Le deuxième met l'accent sur l'instabilité de mouvements de capitaux obéissant à des régimes très différents, à laquelle seule une régulation mondiale plus uniforme pourrait remédier* »[508]. Cette solution formelle, suscitant des résistances tant chez les États qu'au sein du marché, n'a toutefois pas abouti. En lieu et place, une solution en réseau a été privilégiée : la création du Forum de Stabilité Financière, « *as a new cross-political, central bank and supervisory discussion and policy development mechanism* »[509]. Chargé de recenser la régulation visant le renforcement du système financier international, le Forum a sélectionné 12 standards reflétant les meilleures pratiques pour chacun des secteurs concernés. L'un d'entre eux est la transparence des politiques et des données macroéconomiques, y compris la publication régulière de statistiques économiques, laquelle est censée permettre aux marchés de s'ajuster d'une façon plus lisse aux évolutions économiques (et ainsi de réduire leur volatilité). Pour les luhmanniens, cette standardisation entérine le fait que le régime juridique financier peut adapter ses programmes à la rationalité économique, jusqu'au point où le code légal/illégal devient obsolète.

---

[507] Comme l'explique Régis Bismuth : « *la situation de morcellement du pays institutionnel, la dispersion des compétences normatives souples dans les fora internationaux et la dispersion des compétences réglementaires dans les ordres juridiques nationaux rendait difficile la mise en œuvre d'une réponse collective et efficace aux crises financières de dimension internationale. C'est dans ce contexte qu'ont été menées, à la fin des années 1990, des réflexions sur la nécessaire amélioration de l'encadrement international du secteur financier* ». Bismuth (R.), « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de Stabilité Financière », *JDI*, vol. 134, n° 1, 2007, p. 65.

[508] CNUCED, *Rapport sur le commerce et le développement, 2001. Tendance et perspectives mondiales. Architecture financière*, UNCTAD/TDR/(2001), p. 59.

[509] Walker (G.A.), « A New International Architecture and the Financial Stability Forum », p. 124, *in* Lastra (R.M.) (*éd.*), *The Reform of the International Financial Architecture*, Frankfurt, Springer, 2000, 368 p.

Dans tous les cas de figure, le prix à payer est toujours élevé, parce que les régimes juridiques sont pris entre deux exigences contradictoires. D'une part, leurs programmes doivent chercher à satisfaire les exigences réelles de l'environnement social ; d'autre part, ils doivent rester compatibles avec le code juridique. Aucune solution ne semble adéquate. Soit les programmes parviennent, bon gré mal gré, à atteindre un équilibre entre ces deux exigences –mais alors, ils deviennent circonstanciels, incertains et *ad hoc*. Soit ils favorisent les demandes sociales et incorporent des critères externes tels que l'impératif moral ou l'utilité économique –mais alors, ils laissent le champ libre à des décisions « *arbitraire*[*s*]*, parce que les critères décisifs seraient de nature extra-juridique* »[510]. Dans un cas comme l'autre, la déformalisation est inéluctable : le système juridique se déformalise puisque ses exigences de consistance interne sont diminuées ou, plus radicalement encore, puisque la justice devient extra-juridique.

Au final, la difficulté est que même si le système juridique refuse de se déformaliser et rejette les codes des autres systèmes, « *il ne s'agit là que d'un processus de refoulement, parce que les universalités refoulées par le code resurgissent avec moins d'entraves au niveau du programme juridique et jettent du chaos dans le droit à partir de là* »[511]. D'où la préoccupation suivante : si les programmes changent en fonction des exigences du champ social, est-il possible que ces changements affectent le droit au point de lui faire perdre sa juridicité ? Si le droit mondial, suivant la logique de la différentiation fonctionnelle, exploite des énergies systémiques étrangères pour se développer, ne risque-t-il pas de perdre son identité ? En bref, comment assurer le maintien d'un « droit » inéluctablement amené à se fragmenter et à se déformaliser ?

2) La reproduction des collisions entre rationalités sociales

Question d'autant plus difficile à répondre que les conflits auxquels est confronté le droit mondial ne sont pas simplement des conflits de normes ou de politiques publiques et, partant, qu'ils ne peuvent pas être résolus par les techniques proposées par les autres (qu'ils soient pluralistes, constitutionnalistes ou pragmatiques). En effet, les conflits normatifs ne sont que la partie visible de collisions plus profondes entre systèmes de pensée incommensurables. Prenons l'hypothèse d'un conflit entre la clause d'un contrat commercial conclu entre deux

[510] Teubner (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *supra* note 461, p. 208. Voir aussi Teubner (G.), « Et Dieu rit… Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit », *Arch. de philo. du droit*, vol. 34, 1989, spé. pp. 283-284.
[511] Teubner (G.), « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *supra* note 419, p. 106.

multinationales et une norme sanitaire adoptée par l'OMS. Il serait erroné de voir ce conflit comme un simple conflit entre une règle de droit privé et une règle de droit public. Pourquoi ? Parce que le processus de différentiation propre au droit a dépassé le stade de cette subdivision. Le conflit en question ne peut se comprendre qu'au regard de la différentiation fonctionnelle de la société telle qu'elle s'est reproduite en droit : le contrat standardisé relève de la *lex mercatoria* (et de sa rationalité économique) tandis que la norme sanitaire s'inspire des principes du système de la santé. Pour le dire plus succinctement, le conflit n'est pas tant entre deux règles juridiques qu'entre deux systèmes de pensée incommensurables, l'économie et la santé.

C'est pourquoi les internationalistes doivent comprendre, avant même de chercher à résoudre les conflits normatifs dans le but de préserver l'unité du droit, que les conflits de normes ne sont en réalité que la reproduction des collisions inter-systémiques. Gunther Teubner et Andrea Fischer-Lescano l'expliquent ainsi : sachant que les régimes juridiques « *are structurally coupled with the independent logic of the social sectors, they inevitably reproduce, albeit in a different form, the structural conflicts existing between the various functional systems within the law* »[512].

Les régimes juridiques reproduisent les collisions inter-systémiques « *in a different form* » : cette affirmation mérite quelques précisions. Elle signifie que même si les régimes juridiques tendent effectivement à reproduire les collisions entre systèmes sociaux et que même si les conflits de normes sont bel et bien des conflits de rationalités, ils ne sont pas identiques aux collisions systémiques originales. Le couplage structurel d'un régime avec un système ne conduit pas à la traduction *ipso facto* de la rationalité sociale en rationalité juridique, mais bien à la reconstruction par le régime de la rationalité du système social auquel il est couplé. La rationalité d'un régime n'est donc pas l'« originale », mais celle qu'il reconstruit lui-même.

Sachant qu'ils doivent tenir compte des collisions inter-systémiques, les internationalistes sont en droit de demander d'où elles proviennent et pourquoi elles sont aussi fortes. La réponse des différentialistes consiste à dire que les systèmes de la société s'entrechoquent de manière particulièrement violente en raison de la contradiction singulière qui les caractérise. D'un côté, ils n'ont qu'un caractère limité, en poursuivant des rationalités sociales partielles ; de l'autre côté, ils sont effectivement institutionnalisés à l'échelle mondiale et prétendent normativement à une validité universelle. Cette contradiction est telle que les systèmes mettent tout en œuvre pour maximiser leur propre rationalité et pour réduire les risques y

[512] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1013.

afférant, sans (pouvoir) mesurer les conséquences pour les autres systèmes. Car quand bien même un système chercherait à prendre en compte les répercussions de ses opérations pour les autres systèmes, cette prise en compte ne serait jamais qu'une construction interne, étant donné que les systèmes sont incommensurables, incapables de communiquer entre eux. C'est ce qui mène à des conflits « *extrêmement violents* » qui opposent « *l'environnement auto-construit d'un système aux opérations réelles des systèmes autopoïétiquement clos qui l'entourent* »[513]. Et c'est dans ce contexte d'incompréhension mutuelle et d'incommunicabilité générale que chaque système social utilise le droit pour se développer, ce qui conduit à la fragmentation du droit en différents régimes se rattachant à différents secteurs.

Par exemple, la prise en compte par le régime du commerce de considérations relevant des droits de l'homme peut être considérée comme bénéfique, du fait que l'intégration économique devrait désormais se faire à l'aune du respect des droits de l'homme. Pourtant, elle est déplorée par Philip Alston, parce que la reconstruction que fait le régime du commerce des droits de l'homme (en termes de « fusion-acquisition »[514]) pourrait très bien jouer au détriment des droits de l'homme. La prise en compte des considérations environnementales par le régime du commerce fait, elle aussi, l'objet d'ambivalences. En vertu de l'article XX du GATT, il est possible que des réglementations à des fins environnementales et restreignant le commerce soient jugées valides par le régime de l'OMC. Mais parce que cette pratique est peu courante, plusieurs critiques se sont fait entendre :

> « *Some have suggested that the framework structurally subordinates the goal of environmental protection to that of trade liberalization: the requirement for positive scientific evidence of potential harm, it is argued, reflects an implicit presumption that traded goods or trade pathways are environmentally safe until evidence indicates otherwise. Where risks are complex and poorly understood, it is said, or where resources to gather such evidence are lacking, this presumption may lead to significant unintended damage. Others have suggested that these provisions rest on naïve assumptions about the objectivity, reliability, and certainty of scientific knowledge* »[515].

Ces critiques soulignent l'écart qui existe entre les logiques propres aux sous-systèmes sociaux auxquels sont couplés les régimes juridiques spécialisés. Cela signifie que les conflits juridiques ne peuvent pas être résolus par l'établissement d'une hiérarchie normative et/ou

---

513 Teubner (G.), *Le droit. Un système autopoïétique*, *supra* note 434, p. 163 et p. 164.

514 Voir Petersmann (E.-U.), « Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *EJIL*, vol. 13, n° 3, pp. 621-650. Alston (P.), « Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann », *EJIL*, vol. 13, n° 3, 2002, pp. 815-844.

515 Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade », *supra* note 291, p. 527. Pour un examen plus détaillé de la technique du balancement, voir Martineau (A.-C.), « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC. Étude de la justification dans les discours juridiques », *RDP*, vol. 123, n° 4, 2007, pp. 991-1030.

institutionnelle, parce que toute hiérarchisation s'effectuera à partir d'une rationalité partielle qui se prétend d'application universelle mais qui ne peut prendre en compte les autres rationalités. C'est pour cette raison qu'une solution médiane telle que le balancement ou la solution systémique (retrouvée à l'article 31§3 (c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités) ne trouve pas grâce aux yeux des différentialistes. En effet, il n'existe pas de méta-régime mais seulement des régimes partiels qui ne se voient pas comme tels. De deux choses l'une : soit le régime projette sur le monde entier sa pensée systémique (en interprétant les autres régimes au travers de sa propre rationalité) ; soit il insiste sur la fermeture de son système (en se refusant à prendre en compte les régimes extérieurs).

En résumé, les mécanismes juridiques traditionnels sont incapables de résoudre de manière objective les conflits inter-systémiques, parce qu'ils en sont parties prenantes : ils sont repris par un régime juridique particulier, lui-même couplé à un système social particulier, de sorte que le conflit sera inévitablement résolu selon une perspective particulière. Le paradoxe est que l'institution chargée de résoudre le conflit ne percevra pas ce que le différend peut avoir de « tragique », puisque sa perspective, si partielle soit-elle, lui permet de reconstruire le monde tout entier. Pour toutes ces raisons, aucune résolution –et, plus généralement, aucun ordre– ne peut véritablement durer. « *Any aspirations to a normative unity of global law are* […] *doomed from the outset. A meta-level at which conflicts might be solved is wholly elusive both in global law and in global society. Instead, we might expect intensified legal fragmentation* »[516].

§3. LE DROIT, UN « GENTIL CIVILISATEUR DES SYSTÈMES SOCIAUX »

Pour les différentialistes, tout ceci implique qu'on renvoie à la baisse le rôle du droit à la baisse et qu'on accepte qu'il ne puisse pas être le méta-système ou le méta-discours de la société mondiale. Car, selon eux, il n'y a pas de méta-système, point final : la société moderne est « *ohne Spitze und ohne Zentrum* »[517]. Il y a seulement des systèmes partiels et totalisants, l'un d'eux étant le droit. Celui-ci n'est qu'un système parmi d'autres, avec la particularité troublante d'être un système auquel ont recours les autres systèmes pour réguler (et ainsi optimiser) leur logique fonctionnelle. C'est dire à quel point le droit est mal placé pour être le mécanisme unificateur de la société mondiale, celui qui assurerait la coordination des fragmentation sociales. Le mieux qu'il puisse faire, c'est d'être un gentil civilisateur des

[516] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1013.
[517] C'est-à-dire sans sommet et sans centre. Ces mots de Luhmann sont cités par Barbesino (P.) et Salvaggio (S.), « La sociologie de Niklas Luhmann », *Recherches sociologiques*, vol. 27, n° 2, 1996, p. 77.

systèmes sociaux. « *In the place of an illusory integration of a differentiated global society* » écrivent les différentialistes, « *law can only, at the very best, offer a kind of damage limitation. Legal instruments cannot overcome contradictions between different social rationalities. The best law can offer –to use a variation upon an apt description of international law– is to act as a "gentle civilizer of social systems"* »[518]. Si la meilleure alternative pour le droit mondial est d'atténuer tant bien que mal les collisions entre systèmes sociaux, en s'attachant à résoudre les conflits entre régimes juridiques, cela implique de revoir l'idéal d'unité (A) et d'élaborer un droit des conflits inter-systémiques (B).

A) DE L'UNITÉ À L'INTER-LÉGALITÉ : LA MISE EN RÉSEAU DES RÉGIMES

En appelant leurs pairs à repenser l'unité du droit, les différentialistes ne suggèrent pas d'abandonner complètement l'idéal d'unité mais de le concevoir plus modestement comme de l'« inter-légalité »[519], afin de penser le droit mondial comme un espace de chevauchements hétérarchiques, un espace au sein duquel les régimes se combinent de manière irrégulière et instable. Cette révision à la baisse est jugée nécessaire du fait que la fragmentation du droit en régimes spécialisés ne peut être ni encadrée par une constitution mondiale, ni optimisée par une meilleure gouvernance mondiale, quoi qu'en disent les approches concurrentes. L'apparition des régimes juridiques spécialisés ne fait que refléter la transformation du principe de différentiation interne du droit. Il n'y a aucune dynamique d'unification liée à la différentiation fonctionnelle du droit ; bien au contraire, l'idée que celle-ci conduise à une constitution mondiale ou à une meilleure gouvernance est écartée pour laisser place à l'image (post-)moderne d'une société fragmentée, régulée par des régimes qui, loin d'être intégrés ou harmonisés, rivalisent pour l'universalité de leur application. « *The post-national constellation is characterized by the juxtaposition of a number of structurally closed legal systems, all of which principally claim to be applied pre-eminently with their respective realms. Neither a hierarchical construction of the law nor a Grundnorm nor a common point of final reference can hold these heterarchical systems together* »[520].

Encore faut-il comprendre que si les différentialistes invitent les uns et les autres à renoncer au projet d'unification sociétale par le droit, ce n'est pas uniquement parce que le droit ne tend pas à unifier la société ; c'est aussi parce qu'il ne devrait pas y tendre. Croire qu'en

---

[518] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1045.
[519] Sur la notion d'inter-légalité, voir De Sousa Santos (B.), « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *supra* note 223, spé. pp. 403-404. Maisani (P.) et Wiener (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, vol. 27, 1994, p. 450.
[520] Teubner (G.) et Korth (P.), « Two Kinds of Legal Pluralism… », *supra* note 453, p. 23.

unifiant le droit on unifie la société est un leurre préjudiciable. Pourquoi ? Parce que l'idée d'unifier le droit implique nécessairement de favoriser un régime par rapport aux autres –et donc un système de pensée par rapport aux autres. C'est ce qui sous-tend le passage de l'unité à l'inter-légalité : l'inter-légalité est non seulement la seule option réaliste pour le maintien d'un droit mondial, mais c'est aussi l'option la plus souhaitable. C'est la seule voie réaliste, parce que *a contrario* toute aspiration à l'unité, quelle qu'elle soit, est vouée à l'échec. Il est impossible de lutter contre la fragmentation du droit car celle-ci ne fait que perpétuer la différentiation fonctionnelle de la société. C'est aussi la voie la plus souhaitable, parce que *a contrario* le fait de vouloir établir une unité à tout prix conduit forcément à privilégier un régime sur les autres, à hausser une rationalité partielle en méta-rationalité et donc à faire d'une perspective système/environnement le seul et unique contexte.

B) LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT DES CONFLITS INTER-SYSTÉMIQUES

Par ricochet, la tâche la plus réaliste et la plus souhaitable pour les internationalistes est d'établir des liens ou des passerelles entre les régimes juridiques, de façon à atténuer les collisions plus profondes entre les rationalités sociales, à défaut de pouvoir les résoudre frontalement. « *A realistic option is that legal "formalization" might be able to dampen the self-destructive tendencies apparent within rationality collisions* »[521]. Si l'on ne peut plus aspirer à une unification sociétale par le droit, on peut à tout le moins faire en sorte que le droit adoucisse les collisions systémiques en les expropriant. Que cela signifie-t-il ? La force du droit tient à la formalisation qu'il fait des conflits sociaux : lorsque des conflits ne sont pas solubles dans la société, le droit peut en fournir une formulation supplémentaire en les rendant juridiquement décidables, et de la sorte socialement supportables, en dépit de leur indécidabilité sociale. Mais cela suppose que la résolution par le droit ne vienne pas, purement et simplement, perpétuer la logique d'auto-conservation des systèmes de la société et, par là, renforcer leur incompatibilité.

C'est pourquoi les différentialistes développent un nouveau droit des conflits, dont l'objectif sera d'assurer une compatibilité réduite (« *weak compatibility* ») entre les régimes juridiques. La source d'inspiration est le droit international privé. L'idée est de tirer profit de l'expérience de la résolution des conflits entre systèmes territoriaux et de les transposer aux conflits entre

[521] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1045. Teubner prend ici ses distances vis-à-vis de la théorie de Luhmann. Il justifie sa démarche notamment dans « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *supra* note 461, pp. 215-218. Pour une application de sa thèse, voir par exemple Perez (O.), Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism, *supra* note 423.

systèmes fonctionnels, de manière à créer un « droit des conflits inter-systémiques ».

Mais cette tâche n'est pas une mince affaire. Il est tout d'abord difficile d'élaborer des règles générales qui, à l'instar des règles de conflits de lois, permettraient d'identifier le régime applicable au cas d'espèce, pour la simple raison qu'il existe toujours plusieurs régimes potentiellement applicables. Par exemple, plusieurs régimes juridiques auraient vocation à régir le déversement en mer Baltique de pétrole que transporterait un navire commercial : le régime du commerce, le régime de l'environnement, le régime maritime, le régime européen –la liste n'est pas exhaustive. Cette difficulté s'accroît du fait que le principe du « lien le plus étroit », généralement utilisé pour résoudre un conflit de lois, se révèle ici d'application limitée. Dans notre exemple, il est difficile, voire impossible, de déterminer quel régime est « au plus près » de la situation étant donné qu'ils en proposent tous une formulation complète et cohérente. Pour le régime de l'environnement, la pollution pétrolière est une catastrophe écologique qui aurait pu (ou non) être prévenue ; pour le régime maritime, le déversement par le navire étranger s'est fait (ou non) dans les eaux territoriales de l'État côtier ; pour le régime du commerce, la perte du bien constitue (ou non) un manquement à une obligation commerciale, etc. Cela signifie qu'il faut recourir à des « règles matérielles », d'usage exceptionnel en droit international privé, afin de rapprocher les différentes formulations juridiques et de créer une sorte d'« *esperanto juridique mondial* »[522].

La difficulté qui surgit alors est qu'il n'existe pas d'organe qui trancherait les différends depuis une position neutre ou supérieure et qui guiderait l'élaboration du langage juridique commun. Cette situation peut même être qualifiée de paradoxale puisque le droit des conflits inter-systémiques ne peut émaner que de manière intra-systémique : « *the legal instance within each regime, which is also a party to the legal collision, must create substantive norms which claim validity for both regimes involved* »[523]. Pour les luhmanniens, ce paradoxe fonde le droit des conflits inter-systémiques : alors même que, et parce que, il s'inscrit dans un régime particulier, chaque organe juridictionnel est appelé à compenser pour sa propre partialité (« *compensate for one's one-sidedness* »), en étant attentif à la fois au régime concurrent impliqué dans le différend et aux régimes tiers. Toute l'ambition du droit des conflits inter-systémiques est de contrebalancer la vision étroite (« *tunnel vision* »[524]) des régimes en y incorporant des éléments contextuels qui favorisent la prise en compte de principes concurrents ou même contraires.

[522] *Regime-Collisions*, *ibid.*, p. 1022.
[523] *Ibid.*, *loc. cit.*
[524] Teubner (G.) et Korth (P.), « Two Kinds of Legal Pluralism… », *supra* note 453, p 29.

Ainsi les organes de règlement des différends sont-ils priés de ne pas séparer davantage les régimes juridiques spécialisés, mais de privilégier des solutions qui, à l'inverse, les rapprochent ou les synthétisent. « *Instead of artificially separating the colliding legal orders, a solution which aims to achieve a balance, a compromise, a synthesis between the competing regimes should be found* »[525]. Évidemment, cette démarche ne doit pas être assimilée à la solution par voie de balancement telle que proposée par les pluralistes, à moins de la détacher des intérêts des acteurs impliqués. Le problème des techniques d'harmonisation et de pondération est qu'elles supposent que les conflits normatifs peuvent être résolus en s'attaquant aux conflits d'intérêts qui surgissent entre des individus ou des groupes. Du point de vue différentialiste, il faut détacher la pondération des intérêts de son cadre individualiste (c'est-à-dire, déterminée par des intérêts privés, qu'ils soient individuels ou collectifs) et la replacer dans le contexte des conflits inter-systémiques[526].

Avec tous ces bémols, le développement d'un droit des conflits inter-systémiques ne peut être qu'un projet modeste aux résultats mitigés. En témoigne le catalogue des techniques de mise en compatibilité (« *compatibilization techniques* ») élaboré par les luhmanniens et mis à la disposition des organes décisionnels pour compenser leur partialité. L'une de ces techniques est l'adhésion à un « ordre public transnational ». Cette technique part de l'idée qu'il n'existe pas de normes impératives générales mais autant d'ordres publics que de régimes spécialisés. Il n'empêche que la présence de ces ordres publics partiels a pour effet que les régimes spécialisés évoluent en supposant l'existence de règles supérieures ou de points de références communs, même si ceux-ci ne sont qu'une fiction opérationnelle. L'objectif n'est pas d'harmoniser les ordres publics partiels –ce qui serait à la fois utopique et dangereux– mais seulement d'inciter les régimes à s'organiser à partir d'un *ius non dispositivum* global dont la teneur sera forcément la leur. « *The problem is not one of harmonizing these reference points, but is instead one of prompting regime-internal self organization so the different regimes can establish their own grammars for their version of a global* ius non dispositivum »[527]. L'existence formelle d'un ordre public transnational (son contenu matériel fluctuant selon les régimes) serait le mieux que les internationalistes puissent espérer obtenir.

---

[525] *Ibid.*, p. 30.

[526] Teubner (G.), *Le droit. Un système autopoïétique*, *supra* note 434, p. 163 et p. 178. Luhmann (N.), Law as a Social System, *supra* note 414, p. 224 et p. 445.

[527] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1034. Pour une application dans un domaine précis, voir Verschraegen (G.), « Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory », Journal of Law & Society, vol. 29, n° 2, 2002, pp. 258-281. Pour une critique du jus cogens, voir Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), « Reply to Andreas L. Paulus. Consensus as Fiction of Global Law », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 25, 2004, spéc. pp. 1063-1067 ; en réponse à l'argument avancé par Paulus (A.), « Comment to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner. The Legitimacy of International Law and the Role of the State », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 25, 2004, pp. 1047-1058.

La modestie du projet qu'est l'élaboration d'un droit des conflits inter-systémiques n'est pas un manque d'ambition. Résoudre les conflits inter-systémiques en s'inspirant du droit international privé est la fonction la plus réaliste et la moins dommageable que le droit puisse jouer dans une société mondiale en proie à des conflits entre rationalités incompatibles : « *while the critic may denounce* [*Kollisionrecht*] *as using plasters to cure cancer, the proponent may retort that at least it avoids the ruinous effects of chemotherapy* »[528]. Le projet différentialiste repose tout entier sur l'idée que, quand bien même le droit est incapable de résoudre les conflits inter-systémiques qui lui sont soumis, il peut à tout le moins reconstruire des conflits qui lui sont propres, pour ensuite chercher à les résoudre. La traduction d'un conflit social dans un contexte étranger – en l'occurrence, juridique– révèle des possibilités d'action nouvelles et un éventuel règlement pacifique du différend, surtout si le droit garantit une certaine consistance ou une compatibilité réduite entre ses régimes autonomes. Mais il ne faut pas se bercer d'illusion : même dans le meilleur des cas, nous prévient Gunther Teubner, « *law does not act as a superior coordinating instance; much would already have been achieved were it able to furnish forms of legal guarantees for autonomy in the face of totalizing tendencies and domination by one system* »[529].

§4. CONCLUSION

En dernière analyse, les internationalistes doivent accepter de jouer un rôle plus modeste ; leur projet doit être revu à la baisse. Ils n'ont pas –et ne devraient pas avoir– pour mission d'être les gardiens d'une constitution mondiale ou les architectes de la gouvernance mondiale. Les luhmanniens convient les internationalistes à devenir des « apprentis sociologues », soucieux de la fragmentation sociale. Même si elle se veut réfléchie et refléxive, cette position prête volontiers le flanc aux critiques d'utopie et d'apologie (B). Pour le comprendre, il est important de revenir sur la structure argumentative de l'approche luhmannienne (A).

A) LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE DE L'APPROCHE LUHMANNIENNE

Les luhmanniens insistent d'emblée sur la différentiation croissante des domaines sociaux, en tant que caractéristique propre de la modernisation. Au travers de la différentiation fonctionnelle, les sous-systèmes de la société moderne s'autonomisent. Par conséquent, aucun

[528] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 28.
[529] *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1046.

sous-système n'a de priorité automatique sur les autres. D'après les partisans de l'approche luhmannienne, cette différentiation fonctionnelle se reproduit au sein du sous-système social qu'est le droit. Cela explique que le droit « mondial » (et non plus « inter-national ») se caractérise par une pluralité de régimes autopoïétiques, chacun d'entre eux se rapprochant du système social correspondant. Il est important de comprendre que dans une société fragmentée en plusieurs systèmes fonctionnels, sans centre (« *polycontexturelle* »[530]), le droit ne peut pas –et ne doit pas– jouer le rôle d'unificateur. En effet, si les luhmanniens convient leurs pairs à diminuer les espoirs (utopiques) d'unification, c'est non seulement pour éviter d'être continuellement déçus, mais c'est également pour éviter le pire : la régulation hégémonique par un système, car cela signifierait la fin du pluralisme (radical). D'après Luhmann, la plus grande menace pour la modernité est la « *de-differentiation, the supervision of society from one central watchtower, or worse, the collapsing of all systems into one overarching totality* »[531].

Le problème est que cette position rend caduque l'idée que le droit est le seul ensemble normatif encore capable d'assumer un projet d'universalité[532]. En inscrivant la fragmentation du droit international dans cette vision particulièrement désenchantée du monde, les partisans de l'approche luhmannienne font perdre au droit un attribut essentiel : sa normativité ou ce que Roger Cotterrel appelle le visage utopique du droit (« *utopian, aspirational face* »[533]). Au lieu de déterminer ce qui doit ou ce qui devrait se faire, le droit prend simplement note de ce qui est fait dans la société, et s'ajuste en conséquence (se fragmente). Ainsi conçu, le droit mondial se réduit à avaliser le processus inéluctable et incontrôlable qu'est la différentiation fonctionnelle. C'est pour éviter cette critique de l'apologie que les partisans de l'approche luhmannienne refusent d'abandonner la quête d'unité. Ils proposent de réduire celle-ci à la recherche d'une inter-légalité, et de remplacer le modèle pyramidal par celui du réseau. En dernière analyse, toutefois, la tentative de contourner l'impasse nihiliste en préservant un rôle subsidiaire au droit, à savoir celui de « limiter les dégâts »[534], n'est guère convaincante. Cette attribution s'apparente davantage à une tentative désespérée qu'à un projet cherchant à rendre possible l'émancipation par le droit. « *The main problem with the theory of the autopoietic*

---

[530] Cela signifie que la société est composée d'une multiplicité de perspectives système/environnement. Voir Teubner (G.), « *Altera pars audiatur…* », *supra* note 419, p. 99.
[531] Rasch (W.), *Niklas Luhmann's Modernity: The Paradoxes of Differentiation*, Stanford, Stanford University Press, 2000, p. 167.
[532] Telle est la thèse de Habermas dans *Faktizität und Geltung* telle que rapportée par Kervégan (J.-F.), « Quel est le sens de « l'autonomie du droit » ? À propos du débat Habermas/Luhmann », pp. 135-152, *in* Renault (E.) et Sintomer (Y.), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, 277 p.
[533] Cotterrell (R.)., *Law's Community…*, *supra* note 51, p. 17.
[534] « [*L*]*aw can only* […] *offer a kind of damage limitation* ». *Regime-Collisions*, *supra* note 420, p. 1045.

character of the law of new legal regimes », écrit Andreas Paulus, « *most likely relates to its lack of attention for questions of legitimacy –a legitimacy that each subsystem alone cannot provide* »[535].

C'est sans doute pour cette raison que, dans ses écrits les plus récents, Gunther Teubner s'intéresse aux réflexions contemporaines sur le constitutionnalisme mondial. Il veut offrir une alternative à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État, tout en cherchant « *à libérer et à discipliner des dynamiques sociales très différentes* »[536]. Sa thèse consiste à dire que, dans la société mondiale, plusieurs constitutions civiles apparaissent au sein des systèmes spécialisés. Ce sont elles qui constituent le moteur de la constitutionnalisation mondiale. « *La constitution de la société mondiale ne se fait pas exclusivement dans les institutions créées en vertu de la politique internationale, pas plus qu'elle ne se manifeste dans une constitution globale unitaire recouvrant tous les domaines de la société ; cette société mondiale devrait plutôt émerger graduellement, par la constitutionnalisation de multiples sous-systèmes autonomes* »[537]. Le problème de cette thèse est qu'elle entre en contradiction avec les prémisses du différentialisme. En effet, la théorie luhmannienne est dépourvue de *telos* : il n'y a pas de progrès possible dans la société, il n'y a qu'une augmentation de la complexité conçue. Dans ce cadre, comment expliquer qu'une société mondiale puisse « émerger graduellement » ? La thèse de Gunther Teubner est aussi irréconciliable avec l'idée de départ selon laquelle, dans une société fonctionnellement différenciée, chaque système observe la société à partir de sa propre fonction, de sorte que l'ensemble de la société n'est jamais présent[538]. L'approche luhmannienne consiste à déconstruire la prétention d'un savoir unifiant et à lutter contre toute perspective universalisante. Comment, à partir de telles prémisses, peut-on affirmer que la multiplicité des constitutions civiles donnera un jour naissance à une « société mondiale » ?

B) L'APPROCHE LUHMANNIENNE, ENTRE DÉCADENCE ET TECHNOCRATIE

L'approche luhmannienne n'échappe pas aux critiques d'apologie et d'utopie, et ce, même si elle entend rompre radicalement d'avec les perspectives concurrentes, du fait que celles-ci

---

[535] Paulus (A.), « Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law? », p. 193, *in* Broude (T.) et Shany (Y.) (*eds.*), *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, London, Hart, 2008, 429 p.

[536] Teubner (G.), « Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État », *Revue juridique Thémis*, vol. 39, n° 3, 2005, p. 435. Voir aussi Teubner (G.), *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, OUP, 2012, X-213 p.

[537] *Ibid.*, p. 436.

[538] « *En tant que théorie de la société, la théorie des systèmes met en acte un accouplement structurel avec son propre environnement, la société, sans pouvoir rien dire a priori sur la manière dont elle pourra être irritée ni sur la manière dont elle pourra irriter la société* ». Barbesino (P.) et Salvaggio (S.), « La sociologie de Niklas Luhmann », *Recherches Sociologiques*, numéro spécial, vol. 27, n° 2, 1996, p. 25.

seraient viciées dès le départ, atteintes du même défaut constitutif qui est celui de vouloir répondre de manière définitive à la question de la possibilité d'un ordre social[539].

L'originalité de la position luhmannienne est qu'elle ne cherche pas, après avoir mis en lumière les insuffisances des autres position, à élaborer un énième modèle d'ordonnancement social ; son originalité tient, pour ainsi dire, à ce qu'elle fait de sa critique. L'impossibilité de répondre à la question de la possibilité d'un ordre social n'est pas la fin mais le point de départ de l'existence d'un ordre social. L'impossibilité de répondre à cette question montre, certes, qu'il n'existe pas de constante qui expliquerait le maintien d'un ordre social, mais elle montre aussi qu'il n'y a de constante que celle du problème[540]. On aboutit à l'un des nombreux paradoxes par le biais desquels les luhmanniens rendent compte de la modernité : l'existence d'un ordre social mondial n'a pas de sens ; son sens est l'absence de sens.

Le caractère apologétique de cette représentation « paradoxale »[541] de la société est bien connu. La théorie luhmannienne a souvent été dénoncée comme une tentative masquée de vouloir préserver la société telle qu'elle est, de présenter sans la déplorer l'image d'un monde tombant dans le vide, d'un monde dont les individus ont perdu le contrôle, absolvant ceux-ci de toute responsabilité et décourageant toute action pour tenter d'en modifier le cours[542]. La théorie systémique serait la défense sophistiquée d'une forme de « *technocratie sociale* »[543], comme l'a écrit Jürgen Habermas, car elle serait animée par une seule valeur, l'amélioration du fonctionnement du système. En effet, alors que l'individu n'a pas le moyen d'intervenir sur le système social, et encore moins de le gouverner, le processus de différentiation fonctionnelle est envisagé de manière paroxystique, sous la forme de la constitution de sous-systèmes clos

---

[539] Les modèles concurrents reposent sur des concepts chargés de normativité (principes communs, efficacité, légitimité, etc.), si bien qu'ils situent au final la solution de la question dans des valeurs généralisées, dans l'existence d'un consensus de type normatif, culturel ou esthétique (et dont les dépositaires seraient, typiquement, la « communauté internationale » pour les internationalistes et les « communautés épistémiques » pour les inter-relationnistes). Le problème est que les questions, cardinales, de savoir comment des valeurs partagées sont-elles possibles et quelles sont précisément ces valeurs restent sans réponse. Luhmann (N.), « Le droit comme système social », pp. 53-66, *in* Arnaud (A.-J.) et Guibentif (P.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, *supra* note 414.

[540] Garcia Amado (J.A.), « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann », *supra* note 429, p. 16.

[541] Jean Clam préfère l'expression « paradoxique ». Clam (J.), « Monétarisation, généralisation de l'envie et paradoxe du droit », *Droit et Société*, vol. 47, 2001, pp. 155-182. Voir aussi, plus généralement, Perez (O.) et Teubner (G.) (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Hart, Oxford, 2006, X-322 p.

[542] Mathieu Deflem explique que la principale critique adressée par Habermas à la théorie des systèmes de Luhmann est qu'il abandonne complètement la distinction et la relation entre le système et le « monde vécu » (la perspective d'action d'acteurs communicants au sein du monde vécu disparaît totalement au profit d'une analyse sociale exclusivement effectuée en termes systémiques). Deflem (M.), « La notion de droit dans la Théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas (1994) », *Déviance et Société*, vol. 18, n° 1, 1994, p. 103.

[543] « *La conservation de soi du système, qui consiste à augmenter sa propre puissance, se substitue à la raison définie en fonction de l'Être, de la pensée ou de l'énoncé* ». Habermas (J.), *Discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1988, p. 414.

sur eux-mêmes, guidés seulement par la maximisation de leur rationalité et se percevant mutuellement comme de l'environnement. C'est pourquoi le système juridique, à l'instar de tout système, ne peut pas sortir de lui-même pour percevoir et s'efforcer de corriger les pathologies sociales engendrées par l'évolution de la société.

Ceci étant dit, on peut également dépister l'utopie de la position luhmannienne. Ses partisans admettent qu'il est impossible de décrire l'unité de la société depuis l'intérieur de la société, problème dont ils rendent compte sous le nom de « tache aveugle »[544], puisqu'il est impossible d'observer l'unité d'une distinction sauf à avoir recours à une autre distinction, qui sera alors confrontée au même problème vis-à-vis d'elle-même. Toute observation comporte ainsi une tache aveugle qui ne peut être résorbée que par une autre observation, et donc par la création d'une autre tache aveugle. Dans ses conditions, la sociologie occupe une place particulière, puisque c'est elle qui permet d'arriver à la compréhension la plus exacte possible de la fragmentation du droit et de la société. Autrement dit, elle occupe la place de l'« « *observateur externe » des autres sous-systèmes* »[545], ce qui suggère que sa tache aveugle serait, sinon inexistante, du moins plus petite ou moins problématique que celle des autres.

Pour le formuler différemment, l'approche luhmannienne est utopique car, tout en tenant ses adversaires à distance, du fait qu'ils proposent des approches partielles qui se prétendent valables pour l'ensemble de la société[546], elle s'exempte elle-même d'une telle critique. Seule la sociologie luhmannienne serait capable d'expliquer les tenants et aboutissants de tout à la fois : du système vivant, du système physique et du système social. En ce qui concerne la fragmentation du droit international, l'approche luhmannienne serait la « *best candidate* […] *to determine the position of law in modern society, and to account for the change that are beginning to reveal themselves* »[547]. Cette affirmation est pourtant difficilement tenable au regard de la théorie des systèmes elle-même : après tout, la sociologie luhmannienne n'est qu'un sous-système de la sociologie, qui n'est elle-même qu'un sous-système de la science, qui n'est elle-même qu'un sous-système de la société. Il est utopique de penser qu'un tel sous-sous-sous-système puisse avoir une perspective aussi privilégiée de l'ensemble de la société.

---

[544] Il s'agit du « *supreme paradox of modern society* ». King (M.) et Thornhill (C.), « 'Will the Real Niklas Luhmann Stand Up, Please'. A Reply to John Mingers », *The Sociological Review*, vol. 51, n° 2, 2003, p. 283. En ce qui concerne la tache aveugle du système juridique, voir Luhamnn (N.), *Law as a Social System*, *supra* note 414, p. 182.
[545] Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann…*, *supra* note 410, p. 138.
[546] Il en va ainsi de la lecture des phénomènes de fragmentation faite par les autres inter-relationnistes, mais la liste pourrait se prolonger avec l'approche dite « politique », l'approche anthropologique, l'approche culturelle, etc. Teubner (G.), « *Altera pars audiatur…* », *supra* note 419, pp. 102-103.
[547] Luhmann (N.), *Law as a Social System*, note 414, p. 66.

Chapitre 6

Des régimes hégémoniques

« *Le mot gestion oblitère le mot politique* »[548].

La deuxième variante de l'approche différentialiste tient, elle aussi, la spécialisation fonctionnelle du droit international pour un fait accompli. Si l'on en croit Martti Koskenniemi, « *regimes such as the "international trade system", the "climate change system" or the "security system" are all engaged in universalisation strategies, trying to make their special knowledge and interest appear as the general interest, forming together a commonplace consciousness. If they are successful, they will no longer appear to represent particular viewpoints at all, but "knowledge" in need of implementation everywhere. They have succeeded in becoming hegemonic* »[549]. Ces termes suggèrent que la spécialisation fonctionnelle du droit se déroule non pas selon une logique sociologique (sur laquelle nous n'aurions que très peu d'emprise), mais dans des conditions de contestation hégémonique, au sens où les revendications particulières sont présentées comme étant universelles. Pour le dire autrement, le processus de « fragmentation » du droit international s'entend ici comme un affrontement entre une pluralité de régimes hégémoniques pour détenir la voix de l'universel.

Ici, les différentialistes cherchent avant tout à combattre la technocratisation du droit, en en faisant une politisation radicale[550]. C'est en effet sur un fond d'opposition entre « la technique » et « le politique » que s'élabore leur conception de la fragmentation et du rôle que le droit international peut encore jouer. Leur ambition est de « re-politiser » le processus de fragmentation de manière à combattre la culture technocratique et pragmatique qui règne aujourd'hui en droit international et qui est néfaste à tout projet d'émancipation par le droit. Re-politiser la fragmentation signifie, de manière générale, de mettre l'accent à la fois sur les conflits et sur l'impossibilité de les résoudre par des moyens techniques, et donc de réhabiliter

---

548 Badiou (A.), *Saint Paul. La fondation de l'universalisme*, Paris, PUF, 1998, p. 13

549 Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 320.

550 « *Le politique est lié au conflit et à l'antagonisme* », écrit Chantal Mouffe, ajoutant que la négation de l'antagonisme est ce qui empêche la théorie libérale d'envisager de manière correcte la démocratie. Mouffe (C.), « Le politique et la dynamique des passions », *Politique et Sociétés*, vol. 22, n° 3, 2003, p. 146.

la décision politique comme seul moyen de le faire. De manière plus spécifique, il s'agit d'abandonner le rêve d'unification des régimes spécialisés par le biais d'un droit général (§1).

Les partisans de cette variante du différentialisme ne vont pas jusqu'à affirmer que le droit international doive renoncer à toute prétention d'universalité. Ils considèrent cependant qu'il faut examiner les imbrications entre l'universel et le particulier, si l'on veut comprendre ce que l'universalité peut signifier dans un univers juridique fragmenté. Pour réfléchir aux imbrications entre l'universel et le particulier, ils ont recours aux écrits du philosophe et politologue argentin Ernesto Laclau. L'originalité de sa pensée tient à ce qu'il refuse d'adopter l'une ou l'autre des positions extrêmes que sont l'« *universalisme normatif* »[551] et le « *particularisme radical* »[552], et à ce qu'il emprunte une voie alternative. Il ne cherche ni à plaider en faveur d'un retour à l'universalisme comme seule alternative à une « *guerre des particularismes* »[553], ni à se débarrasser de l'universel et de son articulation avec le particulier. Avec Chantal Mouffe, Laclau cherche à concevoir l'universalité comme « *émergeant du terrain particulier dessiné par des logiques hégémoniques contingentes* »[554]. Si bien qu'en bout de ligne, la seule universalité concevable pour ces deux auteurs est une universalité de type hégémonique (§2).

La réflexion d'Ernesto Laclau et de Chantal Mouffe, qui se situe dans un univers postmarxiste, a été la cible de critiques qui ont dénoncé son caractère idéaliste, car ne prenant pas en compte les déterminations matérielles. Des critiques similaires ont été formulées en droit international contre les partisans de l'approche laclauienne, de sorte que ceux-ci se sont intéressés aux contraintes structurelles qui influencent les stratégies d'universalisation (§ 3). Mais parce que cette tentative se révèle insuffisante ou circulaire, l'approche laclauienne demeure vulnérable à la critique de l'utopie, selon laquelle « *l'arbitraire du symbolique et la contingence de l'articulation hégémonique ne semblent pas être à même de rendre compte à eux seuls des déplacements de sens qui se produisent à l'intérieur de certaines configurations conjoncturelles* »[555] (§ 4).

---

[551] Ce sont les « *tendances normatives à l'œuvre au sein de la pensée contemporaine* […] *qui se sont efforcées d'ancrer le moment de l'universel dans quelque condition* a priori *indépendante de toute construction sociale particulière, comme par exemple la « position originelle » de Rawls ou la « situation de langage idéale » d'Habermas* ». Voir Laclau (E.), *La Guerre des identités. Grammaire de l'émancipation*, Paris, La Découverte, 2000, p. 14.

[552] Telle est l'expression utilisée par Ernesto Laclau pour qualifier la thèse de l'incommensurabilité des jeux de langage que Jean-François Lyotard place à la racine de son différend. Laclau parle parfois que « particularisme pur », à savoir un particularisme qui s'affranchirait intégralement de tout principe universel. *Ibid.*, p. 16.

[553] Zerelli (L.), « Cet Universalisme qui n'est pas Un. À propos d'*Emancipation(s) d'Ernesto Laclau* », *Revue du MAUSS*, vol. 1, n° 17, 2001, p. 332.

[554] Voir Laclau (E.), *La Guerre des identités*…, *supra* note 551, p. 14.

[555] Saint-Upéry (M.), « Y a-t-il une vie après le postmarxisme ? », *La revue internationale des livres et des idées*, 6 mai 2010. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.revuedeslivres.net/articles.php?idArt=354

§1. UNE POLITISATION RADICALE DU DROIT INTERNATIONAL

Le point de départ des différentialistes, que ce soit dans la variante laclauienne ou dans la variante luhmannienne, est identique : aussi bien les uns que les autres défendent une vision éclatée du monde social et du droit international. On peut même ajouter que, du point de vue différentialiste, l'« international » ne peut plus être pensé sous le prisme d'une seul droit public interétatique, mais au travers de multiples régimes et des modes de pensée spécialisés. Il en découle que le droit international, tel qu'il est traditionnellement conçu, n'est guère utile pour résoudre les conflits de compétence actuels (« *quel régime est compétent pour traiter d'une affaire ?* »). En effet, la vision éclatée du monde et du droit signifie qu'il n'existe pas de règles formelles qui seraient disponibles pour résoudre les conflits de compétence entre régimes spécialisés (B). C'est ainsi que se concevait le droit international public à la fin du 19ème siècle, lorsque les régimes en question étaient les systèmes juridiques des États. Mais aujourd'hui, il n'existe pas de règles supérieures pour trancher entre les régimes spécialisés, car c'est le droit international lui-même qui s'est fragmenté en régimes, chacun d'eux étant solipsiste et impérialiste –les deux caractéristiques que Kelsen avait identifiées dans le projet de l'État-nation[556] (A).

A) DES RÉGIMES SOLIPSISTES ET IMPÉRIALISTES

En premier lieu, les régimes juridiques spécialisés sont solipsistes, au sens où ils ne voient que leurs propres objectifs. Une institution spécialisée analyse tous les problèmes sous l'angle de sa spécialité. Par exemple, les institutions commerciales interprètent toute politique publique comme une restriction potentielle à la liberté du commerce ; les organes des droits de l'homme voient partout des atteintes potentielles aux droits de l'homme ; les organes chargés de la protection de l'environnement appréhendent le monde en termes de risques écologiques, et ainsi de suite. En second lieu, les régimes sont impérialistes, au sens où ils voient le monde tout entier à travers leur spécialité, ce qui implique qu'ils sont toujours prêts à conquérir les territoires voisins. En effet, la perspective (ou la spécialité) d'un régime peut tout couvrir, y compris les régimes concurrents, et cela se fait nécessairement par le biais de son langage et en fonction de ses propres préférences. Une institution commerciale peut très bien examiner une question relative à la santé publique, mais elle le fait alors inévitablement depuis

[556] Kelsen (H.), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 2ème éd., 1922. Voir aussi Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 318.

la perspective du libre-échange et au travers du langage économique[557]. Si l'on pousse l'analogie entre les régimes et les États plus loin, on pourrait dire que les régimes se sont appropriés le rôle que l'État-nation devait jouer, selon les juristes allemands du début du 20ème siècle, en tant que « *Gesamtplan des menschlichen Kulturlebens* »[558].

Par ces propos, les partisans de l'approche laclauienne prennent le contre-pied de toutes les autres positions adoptées dans le débat sur la fragmentation. Contre les pluralistes ordonnés et contre les constitutionnalistes, ils soulignent l'ampleur de la différentiation fonctionnelle et l'incommensurabilité des objectifs poursuivis par les régimes spécialisés. Cela implique de revoir la place du droit international public, celui-ci n'étant plus qu'un régime spécialisé parmi plusieurs autres. Contre les pluralistes managériaux, ils refusent de véhiculer une conception mécanique du processus de fragmentation. Cette conception est problématique : dans un univers fragmenté, où chaque régime est totalement orienté vers la réalisation de son objectif, le droit est réduit à être une technique mise à disposition des administrateurs des régimes, c'est-à-dire une technique qui tout à la fois internalise, symbolise et réaffirme les rapports de force existants. C'est pour contrer cette conception mécanique que les partisans de l'approche laclauienne politisent le débat sur la fragmentation du droit international :

> « *the turn to "regimes" in international law resulted from the fragmentation and deformalisation of the field. These manifested an increasingly technical understanding of global problems that required "functionally specialised" instruments for their resolution. As a consequence, international law, too, began to appear in an instrumental light, as a tool in the toolbox of rule. In the struggle between politics and technique that has always been waged at international law's ideological heart, pendulum swung with "global governance" decisively towards the latter* »[559].

Contre les luhmanniens, les partisans de l'approche laclauienne combattent l'idée que la fragmentation du droit serait un processus sociologique, nature ou inévitable, de sorte que ce n'est plus la main invisible mais la différentiation fonctionnelle qui guiderait l'évolution sociétale. La fragmentation du droit est naturelle dans la seule mesure où la domination des plus forts et la promotion de leurs intérêts est naturelle. À vrai dire, il n'y a rien de naturel dans la compartimentalisation du droit en différentes « boîtes ». Celles-ci apparaissent et se consolident au travers de récits ou de narrations, c'est-à-dire au travers de descriptions du monde par un langage particulier et en fonction d'intérêts particuliers[560].

---

[557] Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (Canada c. Communautés européennes), Rapport du 12 mars 2001, WT/DS135.
[558] Plan d'ensemble de la vie sociale humaine. Kaufmann (E.), *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus sic stantibus: Rechtsphilosophische Studie zum Rechts*, Staats- und Vertragsbegriffe, Tübingen, 1911.
[559] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 322.
[560] « *The boxes do not emerge from any overarching plan. They grow spontaneously, through functional specialisation* […]. *Much of*

En effet, n'importe quelle situation peut être décrite par le truchement de plusieurs vocabulaires. Dans l'affaire de l'*Usine Mox*, on a vu que le traitement des déchets nucléaires peut être perçu comme une question relevant du droit du commerce, du droit de l'environnement, du droit de la mer, mais aussi, pourquoi pas, des droits de l'homme, du droit du travail, etc. Dans le même ordre d'idées, l'interdiction pour des pêcheurs européens de transborder et transiter leur capture d'espadons dans des ports chiliens peut être vue aussi bien comme un problème maritime, un problème de protection de l'environnement que comme un problème commercial[561]. Ces qualifications ne proviennent pas de la nature intrinsèque de l'activité mais de l'intérêt qui guide ou qui oriente chacune des descriptions. Pour le dire plus directement : une activité ne rentre pas dans une boîte en fonction de ce qu'elle est naturellement, mais en fonction de la perspective selon laquelle on veut la décrire[562]. L'une des questions qui se pose alors est de savoir comment cette perspective est déterminée.

Du point de vue laclauien, il est particulièrement problématique de présenter la fonction (ou la perspective) des régimes comme étant leur condition de possibilité et, partant, comme étant située à l'extérieur d'eux. Les objectifs des régimes spécialisés ne sont pas clairs ou monolithiques ; ils ne sont pas traduisibles *ipso facto* dans des pratiques sociales concrètes[563]. Autrement dit, les régimes fonctionnellement divisés sont tout aussi indéterminés que l'étaient

---

modern sociology is about this and tends to convey it as natural, inevitable process. But if it is so, then it is inevitable only in the sense that the predominance of powerful interests where there is no law is inevitable. In fact, there is nothing natural or inevitable about such boxes. They emerge from field-construction, of narration, of pinning informal labels on aspects of the world that describe them from the perspective of particular interests or objectives ». Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism… », *supra* note 259, p. 4.

[561] Il s'agit de l'*affaire de la conservation des stocks d'espadon* (Chili c. Communauté européenne) soumise à la fois devant l'organe de règlement des différends de OMC et devant une chambre spéciale de TIDM. La question de savoir si deux procédures de règlement des différends peuvent être menées parallèlement est restée purement théorique puisque les procédures ont été interrompues (un accord ayant été trouvé entre les deux parties au litige). Voir Danilo (C.), « TIDM. L'Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-est arrive à conclusion », *Sentinelle*, n° 210 du 24 janvier 2010.

[562] Cela rejoint les propos du Groupe d'étude voulant que « *les qualificatifs (« commercial », « environnemental »)* […] *ont moins à voir avec la « nature » de l'instrument qu'avec les intérêts en jeu* ». Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 21 (voir aussi § 55).

[563] C'est ce que propose les pluralistes managérialistes. En effet, à partir du moment où l'on s'attache à identifier les moyens les plus efficaces et légitimes pour atteindre, par exemple, l'objectif de libre-échange ou l'objectif de protection des individus, on présuppose que ces deux objectifs sont déjà clairs et monolithiques, et donc qu'ils sont traduisibles *ipso facto* dans des pratiques sociales concrètes. Cette présupposition est non seulement erronée, puisqu'il existe de profonds désaccords parmi les internationalistes sur la signification et la mise en œuvre de ces deux objectifs, mais elle est aussi fallacieuse, au sens où elle privilégie une signification particulière en la faisant passer pour la seule existante et/ou possible. Ainsi passe-t-elle sous silence toutes les significations concurrentes qui pourraient être attribuées à un objectif donné, de même que les raisons pour lesquelles une signification vient à dominer pendant un temps. Comme l'écrit Isaiah Berlin, « *Where ends are agreed, the only questions left are those of means, and these are not political but technical, that is to say, capable of being settled by experts or machines* ». Berlin (I.), « Two Concepts of Liberty », p. 119, *in* Berlin (I.), *Four Essays on Libery*, Oxford, OUP, 1969, 268 p.

les régimes territorialement divisés : les États n'ont jamais été des « boîtes » hermétiques les unes des autres, aux frontières préétablies et aux fonctions parfaitement délimitées[564].

En résumé, les différentialistes veulent mettre en lumière la nature politique des phénomènes de fragmentation du droit et, en particulier, la nature solipsiste et impérialiste des régimes spécialisés. Cette conception des régimes rend caduque toute tentative de hiérarchisation ou même, tout simplement, toute tentative de coordination. Il est utopique de penser que les interactions (ou les conflits) entre régimes peuvent se gérer grâce à ce genre de techniques. Les interactions sont de nature politique et requièrent, pour être résolues, des choix politiques[565]. Pour reprendre les termes de Chantal Mouffe,

> « *les solutions* […] *ne peuvent* […] *pas être de nature technique, mais exigent de véritables décisions politiques. Cela suppose qu'existent différentes manières légitimes de concevoir la vie en commun, lesquelles doivent alimenter un conflit dans les sociétés* »[566].

B) LE SECOURS DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL ?

Le sort réservé au droit international lorsque l'on pousse, pour ainsi dire, la différentiation fonctionnelle à son extrême a été parfaitement entrevu par le Groupe d'étude de la CDI. Il écrit que le fait de « *considérer* [*l*]*es institutions* [*internationales*] *comme isolées les unes des autres et ne prêtant attention qu'à leurs propres objectifs et préférences revient à faire du droit un simple instrument destiné à réaliser les objectifs d'un régime* »[567]. Cette critique, qui se retrouve dans la section du rapport final sur le principe d'intégration systémique, est immédiatement suivie par les propos suivants : « *Or, le droit a aussi pour objet de protéger des droits et de faire respecter des obligations, en particulier les droits et les obligations qui prennent appui sur un intérêt public, général. Sans le principe d'« intégration systémique », il serait impossible d'exprimer et de conserver le sens du bien commun de l'humanité, lequel ne se réduit pas au bien d'une institution ou d'un « régime » particulier* »[568]. Ce qui ressort de ce passage, c'est que le Groupe d'étude juge indispensable de préserver un système dans lequel s'inscriraient les régimes spécialisés, un droit général qui irait au-delà de leurs objectifs spécifiques et qui

---

564 Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism… », *supra* note 259, p. 3. Dans le même ordre d'idées, le conflit démocratique est, pour Laclau, une alternative à ce qu'il appelle « la guerre des identités », une situation où les identités se présentent comme des entités closes, absolues et irréductibles, avec comme effets une moindre liberté des sujets et une montée de la confrontation aux extrêmes guerriers. Laclau (E.), *La Guerre des identités*…, *supra* note 551.

565 C'est-à-dire : « *their resolution involves decisions on the allocation of spiritual and material resources between human groups in which some groups will win at the cost of other groups* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 325.

566 Mouffe (C.), « Le politique et la dynamique des passions », *supra* note 550, p. 143.

567 Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 480.

568 *Op. cit. loc. cit.*

garantirait le « bien commun de l'humanité ». C'est la seule façon d'éviter que le droit international ne soit qu'un « instrument » aux mains des administrateurs des régimes. Bien que louable, cette proposition se heurte à un obstacle considérable, car elle suggère qu'il y aurait une entente sur le contenu du droit international général (1) et/ou sur l'institution en mesure de le représenter (2).

1) Le contenu incertain du droit international général

Les diverses conceptions du droit international général qui sont défendues au sein de la discipline peuvent être, *grosso modo*, rassemblées dans deux groupes opposés. Le premier, d'inspiration volontariste, estime que « *le droit international général coïncide* […] *avec le droit international coutumier* »[569]. Le droit général est défini par opposition au droit particulier, qui est constitué par le droit conventionnel, et la principale controverse porte sur les limites de celui-ci (« jusqu'où le droit conventionnel peut-il déroger au droit coutumier universel ?)[570]. Pour le second groupe, le droit international général constitue la « *toile de fond* »[571] sur laquelle et dans les limites de laquelle s'esquisse l'ensemble des régimes spécialisés. À la question de savoir quel est le contenu de ce « *droit objectif* »[572] ou quelles sont les règles matérielles qui forment l'arrière-plan du droit, les auteurs mentionnent le plus souvent les règles de *jus cogens*, tout en reconnaissant que « *le droit international général est pour l'essentiel un* jus dispositivum »[573].

Ce sur quoi l'on veut insister, c'est que ces deux groupes *a priori* opposés se rejoignent. Dans un cas comme dans l'autre, il paraît primordial de délimiter (afin de préserver) un espace propre au droit international général, mais cela semble difficile voire impossible à faire. L'une des raisons est qu'il est souvent difficile de savoir si le droit spécial « déroge » au droit général ou s'il ne fait que l'« appliquer »[574]. À cela s'ajoute la possibilité qu'une dérogation soit applaudie (car jugée progressive par rapport au droit existant) ou qu'un traité ait « *pour but de forger un* nouveau *droit universel* »[575]. Tout semble dépendre, en dernière analyse, de l'évaluation

---

[569] Kelsen (H.), « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *RCADI*, vol. IV, tome 42, 1932, p. 175.
[570] Cela renvoie à la question classique des rapports entre les traités et la coutume.
[571] CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique*), arrêt du 12 octobre 1984, § 83.
[572] Buzzini (G.P.), « La « généralité » du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept », *RGDIP*, vol. 2, 2004, p. 301.
[573] Tout tient, bien évidemment, dans l'expression « pour l'essentiel ». Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, §79.
[574] Expliquer pour les uns et pour les autres. Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *ibid.*, §§ 88- 107.
[575] *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt*, op. diss. du juge Oda, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 105, § 30.

positive ou négative que l'on fait du droit général existant ainsi que de la meilleure stratégie à adopter si une institution veut être entendue, respectée et suivie par les autres.

Pour préciser ce qu'on entend par là, examinons les réactions suscitées par l'affaire *Tadić* qui, on le sait, a fait couler beaucoup d'encre[576]. D'une part, on peut considérer que le critère du contrôle global posé par la Chambre d'appel du TPIY constitue une dérogation au droit général existant. C'est la façon dont la chambre d'appel elle-même l'a présenté. En effet, sous l'influence du président Antonio Cassese, elle a cherché à remplacer le critère posé par la CIJ, jugé trop laxiste, en faveur des États, et contraire à la « lutte contre l'impunité ». La volonté de se placer au niveau du droit général apparaît clairement dans le jugement : c'est à cause des lacunes en droit humanitaire (dépourvu de critère clair pour déterminer quand un groupe d'individus peut être considéré comme étant sous le contrôle d'un État), explique la chambre d'appel, qu'il lui faut examiner la notion de contrôle en droit international général. Elle écarte alors le critère énoncé par la CIJ parce qu'il ne serait pas conforme avec la logique du droit de la responsabilité des États et aussi parce qu'il serait en désaccord avec la pratique judiciaire et étatique[577]. L'idée que le critère du contrôle global constitue une dérogation directe au droit général existant n'est pas exclusive à la Chambre d'appel du TPIY. Cette idée a également été reprise par les juges de la CIJ eux-mêmes, à cette différence près qu'ils ont condamné cette dérogation au nom de l'unité du droit international[578]. Aussi la CIJ n'a-t-elle pas manqué de réitérer la validité de son critère dans une affaire ultérieure[579].

D'autre part, il est loisible de voir le critère du contrôle global comme étant une simple application ou spécification du droit général, c'est-à-dire « *le cas d'un principe de droit important qui a été adapté au contexte pénal sans contredire réellement celui du système global* »[580]. Ainsi n'y aurait-il pas

---

L'accent est de nous. Voir aussi Virally (M.), « Le droit international en question », *Archives de philosophie du droit*, tome 8, 1963, p. 153. Tunkin (G.), « Is General International Law Customary Law Only ? », *EJIL*, vol. 4, 1993, pp. 534-541.

[576] Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Duski Tadić*, arrêt du 15 juillet 1999, affaire n° IT-94-1A.

[577] *Ibid.*, §§ 115-133.

[578] Le TPIY « *a explicitement critiqué et écarté une jurisprudence de la Cour internationale de justice* […] *en retenant une interprétation nouvelle du droit international de la responsabilité* », provoquant par-là « *un danger grave : celui que soient oubliées les perspectives d'ensemble* ». Discours de Gilbert Guillaume lors de sa présidence de la CIJ et prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 27 octobre 2000. Certains auteurs sont allés plus loin, affirmant que le TPIY avait outrepassé sa compétence, de sorte que l'affaire *Tadić* n'est plus un problème de conflit juridictionnel mais « *one of* ultra vires *juridiction which is plainly unacceptable and hopefully will remain an exception* ». Oellers-Frahm (K.), « Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions », *Max Planck Yearbook of UN Law*, vol. 80, 2001, p. 5.

[579] Cour internationale de Justice, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007.

[580] Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation du droit

de conflit entre les deux critères, puisque celui posé par le TPIY est une application de la *lex specialis* et que l'écart entre les deux affaires peut être expliqué par les contextes qui leur sont propres[581]. On notera que cette lecture harmonieuse des affaires *Tadić* et *Nicaragua*, où le critère du contrôle global devient une « version adaptée » du critère antérieur pour le régime spécifique du droit humanitaire (et qui ne contredirait donc pas le critère posé par la CIJ, relevant du droit général), a été reprise par le TPIY lui-même dans des affaires ultérieures. Dans l'affaire *Celebići*, la chambre de première instance a justifié l'existence des deux critères en insistant sur le rôle distinct des deux tribunaux (CIJ/TPIY) ainsi que les contextes particuliers des deux affaires (conflit international/conflit interne), pour conclure que si la Chambre d'appel avait préféré le critère du contrôle global, moins contraignant, c'était « *symptomatique d'une tendance, celle qui consiste simplement à se fonder sur le droit international du recours à la force, ou droit de la guerre* (jus ad bellum), *pour qualifier un conflit* »[582].

Ce qui ressort de cette analyse, c'est que le « général » n'a de sens qu'en relation avec le « spécial » et que leur relation varie. Elle dépend de la qualification du conflit de normes (« sommes-nous en présence de deux règles de droit général ou y a-t-il une *lex specialis* ? ») et donc de la désirabilité de ce conflit normatif. Ce qui relève du droit général n'a rien d'automatique. Ce qui relève du droit général dépend de considérations extra-juridiques, si l'on veut, c'est-à-dire de l'évaluation qu'on fait du droit général existant ainsi que du rôle qu'on entend y jouer en tant qu'institution. Par exemple, est-ce que le TPIY parviendra à mieux lutter contre l'impunité s'il se place au niveau du droit général ou bien s'il se place au niveau du droit spécial ? Dans des termes moins ouvertement stratégiques, est-ce que le TPIY doit être une institution représentant le droit général ou représentant le droit spécial ?

Il ne faudrait pas croire que l'affaire *Tadić* soit un cas isolé. Prenons l'affaire des *Plates-formes pétrolières* qui opposait l'Iran aux États-Unis devant la CIJ. Celle-ci devait déterminer si les attaques menées par les forces navales américaines contre les installations pétrolières

international contemporain », *supra* note 36, p. 136. Cette position semble partagée par Pierre-Marie Dupuy. Voir Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international : cours de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 430.

[581] La CIJ devait déterminer le degré de contrôle entraînant la responsabilité internationale des États-Unis alors que la question posée devant la Chambre d'appel du TPIY se situait au niveau de la caractérisation préalable du conflit, en vue d'établir la responsabilité pénale individuelle des dirigeants des milices serbes. Cette ligne argumentative a été reprise par la CIJ dans une affaire ultérieure. Voir *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, § 404.

[582] Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delacic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo*, affaire *Celebici*, arrêt du 20 février 2001, affaire n° IT-95-14/1A, §20. Voir aussi les raisonnements analogues de la Chambre d'appel dans *Le Procureur c. Zaltko Aleksovski* du 24 mars 2000 et *Le Procureur c. Dario Kordic* du 17 décembre 2004, affaire n° IT-95-14/2A.

iraniennes étaient justifiées, au regard de l'article XX§1(d) du traité d'amitié de 1955 qui liait ces deux États, en tant que « mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux » des États-Unis sur le plan de la sécurité[583]. Invoquant le principe d'intégration systémique retrouvé à l'article 31§3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la CIJ a estimé qu'il fallait interpréter la clause conventionnelle à la lumière du droit international général[584]. Elle en a inféré que les États-Unis ne pouvaient recourir à l'emploi de la force au titre de ladite clause que dans l'exercice de leur droit de légitime défense, c'est-à-dire que s'ils avaient été victimes d'une agression armée de la part de l'Iran et que si leur riposte était nécessaire et proportionnée à l'agression armée subie. Après un examen des éléments de preuve, la Cour a conclu que les États-Unis n'avaient pas réussi à démontrer que ces conditions étaient satisfaites et donc qu'ils ne pouvaient pas se prévaloir de l'article XX§1(d) du traité de 1955.

D'un côté, on peut comprendre cette décision comme signifiant que l'article XX§1(d) était une dérogation inacceptable au droit international général et que, pour éviter que cet article ne prime en tant que *lex specialis*, la CIJ a dû faire intervenir une *lex generalis* plus importante (à savoir, le principe du recours à la force armée en cas de légitime défense) permettant de l'écarter[585]. Telle est l'interprétation d'Emmanuelle Jouannet, pour qui la Cour a ramené la règle d'interprétation de l'article 31§3(c) à une règle de compatibilité en faveur du critère général-supérieur : « *la Cour utilise cette règle d'interprétation au service d'une approche systémique extensive où la convergence des normes se fait très nettement par le biais d'une primauté implicite conférée au droit général* »[586]. De l'autre côté, on peut penser que le droit général relatif à la légitime défense est

---

[583] CIJ, affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran* c. *États-Unis d'Amérique) (Fond*), *C.I.J. Recueil 2003*. L'Iran alléguait que les États-Unis avaient violé la liberté de commerce telle que garantie par un traité d'amitié datant de 1955, en attaquant et en détruisant trois de ses installations de production pétrolière offshore. Dans leur demande reconventionnelle, les États-Unis affirmaient que c'est l'Iran qui avait violé le traité de 1955 en attaquant des navires dans le Golfe et en menant d'autres actions militaires dangereuses et nuisibles pour le commerce entre les deux États. Les deux parties demandaient des réclamations.

[584] « […] *conformément aux règles générales d'interprétation traités telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" (par. 3 c) de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article XX du Traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international L'application des règles pertinentes du droit international relatif à cette question fait donc partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour par* […] *le Traité de 1955* ». *Ibid.*, §41.

[585] Que le traité de 1955 soit une dérogation rejoint en partie l'argument avancé par les États-Unis, pour qui le traité de 1955 était une *lex specialis* par rapport au droit général, raison pour laquelle il primait sur celui-ci. Soyons clairs : les États-Unis ne considéraient pas que le traité de 1955 les libérait des obligations relatives à l'exercice de la légitime défense, mais simplement que leur intervention au titre de l'article XX §1 (d) devait être appréciée uniquement au regard des conditions posées par cet article dès lors que la Cour n'avait compétence que pour interpréter et appliquer le traité de 1955. Voir la plaidoirie de Prosper Weil, *CR2003/12*, pp. 18 et suivantes.

[586] Jouannet (E.), « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières », *RGDIP*, vol. 4, 2004, p. 917.

simplement venu guider l'interprétation de l'article XX§1(d) et que celui-ci constitue donc une spécification du droit international général. C'est ainsi que le Groupe d'étude de la CDI interprète la décision de la CIJ : « *le droit général concernant le recours à la force a été appliqué pour donner sens à une norme vague d'« état de nécessité » de la* lex specialis *pertinente, en l'espèce le traité d'amitié de 1955* […]. *La question n'est pas tant qu'une* lex generalis *importante aurait écarté une* lex specialis *que le fait que celle-ci a reçu son sens de la première* »[587].

Ce qu'il faut remarquer, c'est que l'interprétation privilégiée par les uns et les autres (dérogation ou spécification ?) dépend de la vision qu'ils ont de l'évolution contemporaine du droit international et du rôle que la CIJ devrait y jouer. Pour les uns, les juges de la CIJ ont fait face aux problèmes de cohérence et de stabilité du droit international en prenant position en faveur de l'unité du système global et en reconnaissant certains principes matériels fondamentaux. Quant aux autres, ils refusent de voir la CIJ comme étant chargée de « *restaurer l'intégrité du système* »[588] et se considèrent eux-mêmes comme étant mieux placés pour le faire.

2) La question du représentant de l'universel

Ceci nous amène à la question de la représentation. Car si l'on suit la position du Groupe d'étude de la CDI selon laquelle il doit y avoir un droit général qui dépasserait les intérêts (privés) particuliers et qui garantirait le « bien commun de l'humanité », cela exige qu'on identifie l'institution compétente pour assurer la cohérence de ce droit général. Pour prétendre à ce titre, il faut se considérer soi-même comme représentant de l'humanité ou « *parler la langue du droit international général, avec le souci de réglementer, au niveau universel, des relations qui ne sauraient se réduire à la poursuite d'intérêts spéciaux et qui vont au-delà de la coordination technique* », ce que la CDI, aux dires de son Groupe d'étude, serait précisément capable de faire[589].

Cette affirmation est étonnante à plusieurs titres. Sans revenir sur les études dénonçant les dysfonctionnements et le faible taux de succès de la Commission[590], on voit mal comment le

---

[587] Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 102.
[588] Jouannet (E.), « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité… », *supra* note 586, p. 923.
[589] La formulation complète est : « *Dans un environnement juridique de plus en plus spécialisé, il reste peu d'institutions pour parler la langue du droit international général, avec le souci de réglementer, au niveau universel, des relations qui ne sauraient se réduire à la poursuite d'intérêts spéciaux et qui vont au-delà de la coordination technique. La Commission du droit international est l'une de ces institutions* ». *Ibid.*, p. 278.
[590] Pour une critique récente, voir Tomuschat (C.), « The International Law Commission – An Outdated Institution », *GYBIL*, vol. 49, 2006, pp. 77-105.

droit général pourrait émaner des 34 experts de la Commission élus par l'Assemblée générale de l'ONU pour un mandat de 5 ans. Ce qui est particulièrement problématique, c'est l'idée que les intérêts et les préférences de l'ONU (tels que transmis par la Commission) représenteraient l'intérêt général, alors que la fragmentation du droit international est précisément le résultat d'une attaque lancée contre les traits inacceptables du droit public traditionnel et contre le pouvoir des institutions qui l'appliquent. En effet, lorsque le Comité des droits de l'homme interprète ses pouvoirs de façon extensive ou que la Cour européenne des droits de l'homme tient pour inadmissibles les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme, il faut voir là la tendance des institutions spécialisées à soutenir des intérêts spécifiques (en l'occurrence, la protection des droits de l'homme) qui s'éloignent des intérêts diplomatiques traditionnels[591]. Si bien que du point de vue des institutions *autres* que la Commission, celle-ci parle un langage démodé ; sa culture diplomatique et ses méthodes de travail relèvent d'un régime confiné aux relations interétatiques et trop souvent indifférent, voire même opposé, aux intérêts et préférences que ces nouvelles institutions défendent (tels que le droit des réfugiés, le droit des investissements, le droit de l'environnement, etc.)[592]. En bref, du point de vue des autres institutions, ce sont elles –et non pas la Commission– qui sont le mieux à même de représenter le droit international général.

Il est maintenant possible de tirer quelques conclusions sur la relation entre le droit spécial et le droit général. Tout d'abord, ce qui tombe sous le couvert du « général » et du « spécial » dépend de là où on se trouve : s'il est naturel pour un juriste travaillant à l'ONU de considérer son champ d'expertise comme « général », il est fort possible que ce champ soit perçu par d'autres comme une simple relique excentrique et démodée. La prétention à la généralité dépend aussi de l'effet politique que l'on cherche à créer : le fait que le Groupe d'étude ait nommé la CDI comme représentante du général vise, peut-être, non pas tant à universaliser une institution chancelante qu'à légitimer son propre travail « généraliste » sur la fragmentation. Plus important encore pour les différentialistes, cette analyse montre que toute prétention à l'universalité peut être dénoncée du fait qu'il n'existe pas de représentant de

[591] Commentaire général n° 24 du Comité, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, du 11 novembre 1994. CEDH, *Loizidou* c. *Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 23 février 1995, §§67-89. CEDH, *Belilos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, §60. Voir aussi Marks (S.), « Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights », *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 300-377. Cohen-Jonathan (G.), « L'affaire Loizidou devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme : quelques observations », *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 123-144.
[592] Koskenniemi (M.), « International Legislation Today: Limits and Possibilities », *Wisconsin Intl L. J.*, vol. 23, n° 1, 2005, spé. p. 64.

l'universel qui ne soit pas, en même temps, un représentant de quelque chose de particulier[593]. En effet, il n'existe pas de représentant « immédiat » ou « authentique » de l'universel ; il n'existe que des institutions spécialisées dont les objectifs particuliers sont présentés en tant qu'universels. Pour les organes de protection des droits de l'homme, l'universel est constitué des droits de l'homme ; pour les organes du commerce, il s'agit du libre échange ; pour les organes onusiens, ce sera la diplomatie interétatique ; etc.

Pour conclure, les différentialistes estiment que les phénomènes de fragmentation du droit international demandent aux internationalistes, non pas de choisir entre le rêve nostalgique d'un ordre constitutionnel mondial et le constat résigné d'une réalité fragmentée en régimes incommensurables, mais d'accepter l'imbrication entre l'universel et le particulier, et ainsi « *d'articuler, en un sens rigoureusement politique, la relation entre les deux* »[594].

§2. POUR UNE UNIVERSALITÉ HÉGÉMONIQUE

Le changement de vocabulaire qui s'est parfois produit dans la section précédente (le terme « général » étant remplacé par celui d'« universel » et celui de « spécial », par « particulier »), n'est pas dû à une inadvertance de la part des différentialistes. Ce changement est là pour suggérer que la relation entre le spécial et le général renvoie à la tension entre le particulier et l'universel, entre ce qui est propre à chacun de nous et ce qui est commun à tous.

Bien évidemment, ce n'est pas la première fois que se pose la question de l'universalisme en droit international. De nombreux auteurs ont montré comment la prétention d'universalité d'un droit conçu par les Européens a rendu possible (en la masquant) la violence de la conquête[595]. Les débats relatifs aux pratiques actuelles d'intervention humanitaire, de conditionnalité économique, de gestion indirecte des territoires, etc., montrent à quel point la critique de l'universalisme comme véhicule impérialiste reste d'actualité. Cependant, ces critiques ne recoupent que partiellement la thèse laclauienne. Celle-ci cherche à montrer que l'opposition entre l'universel et le particulier doit être repensée à l'aune du paradoxe selon lequel il n'est aucun universel sans résidu de particularité, et aucune particularité sans

[593] Ou, autrement dit, « *the presumptuous and deceptive nature inherent in any particular instance that designates itself to be the carrier of the universal principle* ». Rasch (W.), *Sovereignty and its Discontents… supra 385*, p. 34.
[594] Zerelli (L.), « Cet Universalisme qui n'est pas Un… », *supra* note 553, p. 333.
[595] L'une des études les plus marquantes est celle d'Antony Anghie : Anghie (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2004, 380 p.

référence universelle[596] (A).

C'est la notion d'hégémonie qui qualifie la stratégie d'universalisation nécessaire à n'importe quel particulier pour remplir le lieu vide de l'universel : « *the claim of a sector to rule will depend on its ability to present its own particular aims as the ones which are compatible with the actual functioning of the community –which is, precisely, what is intrinsic to the hegemonic operation* »[597]. Transposé aux phénomènes de fragmentation, le concept d'hégémonie permet d'analyser la façon dont chaque régime juridique (que ce soit le régime du commerce, le régime de la sécurité, le régime de l'environnement, etc.) cherche à s'arroger la voix de l'universel (B).

Deux éléments apparaissent plus clairement. Premier élément : les querelles pour la voix de l'universel sont de nature politique et non pas technique –raison pour laquelle les termes « lutte », « conflit » et « contestation » sont préférés au terme « interaction »[598]. Ainsi n'y a-t-il pas de fondement juridique ou rationnel quelconque sur la base duquel les conflits pour la voix de l'universel auraient déjà été résolus, de sorte que la seule question restante serait d'ordre technique ou épistémique. Second élément : il n'y a pas de point de vue externe duquel on pourrait évaluer les relations entre les régimes[599]. Celles-ci sont toujours traversées par une dynamique d'inclusion et d'exclusion dont la signification varie en fonction de là où on se situe. D'où l'ambivalence : l'inclusion par un régime d'éléments appartenant à un autre régime peut être vue comme une démarche d'intégration ou une démarche d'assimilation ; l'exclusion d'éléments appartenant à un autre régime peut être vue comme une marque de respect ou une marque de rejet. Tout dépend de la situation d'où l'on parle (C).

---

[596] « *In the traditional problem-setting, international lawyers saw themselves as representing something universal against the idiosyncratic preferences represented by States, their legal systems and experts.* […] *Now international lawyers seek to find a foothold for something universal, or general, that would not be reduced –but in fact could be opposed– to the idiosyncratic preferences represented by particular regimes or particular types of law, and the experts working for such regimes* […] *However, something about the universal/particular distinction fails to account for the stakes in the debate. For the traditionally "universal" position of international lawyers has also been culturally and historically –as well as politically– specific. After all, international law arose as a professional competence and a political sensibility among a liberal-professional elite in late 19th century Europe.* […] *At the same time, lots of the particular national regimes constantly read themselves as representatives of universal pursuits: democracy, liberty, socialism, decolonization, the Rule of law, and so on* ». Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 156.

[597] Laclau (L.), « Identity and Hegemony: The Role of Universality in the Constitution of Political Logics », p. 54, *in* Butler (J.), Laclau (L.) et Zizek (S.), *Contingency, Hegemony, Universality. Contemporary Dialogues on the Left*, London, Verso, 2000, 329 p.

[598] Les « interactions » entre régimes deviennent des « conflits » institutionnels, qui ont pour objet de déterminer non seulement le contenu de l'universel mais aussi *qui* est en mesure de faire cette détermination. Que les interactions entre régimes soient qualifiées d'« hégémoniques » permet « *to highlight that what is at stake is not only what the general view is but* who is entitled to determine it ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 326.

[599] « [*T*]*here is no regime-free way of describing their operation, including taking a position on whether some form of interaction is closer to the functional alternatives to the twin poles of "war" or "integration" in a regime world, namely those of absolute alienation or absolute assimilation* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 330.

A) L'IMBRICATION ENTRE L'UNIVERSEL ET LE PARTICULIER

Pour les laclauiens, l'universel et le particulier sont des catégories qui interviennent à titre d'instruments dans les jeux de langage qui structurent le discours politique contemporain. Tout aussi significative est l'idée que l'universel et le particulier ne sont pas des termes rigoureusement séparés l'un de l'autre, mais qu'il y a une « *contamination mutuelle* »[600] entre eux. Le particulier habite l'universel comme un résidu qu'on ne peut éradiquer ; l'universel habite toute prétention au particulier. Cela signifie qu'il ne saurait y avoir un universel libre de toute particularité, pas plus qu'il ne saurait y avoir une particularité exempte de quelque référence universelle : « *universality exists only incarnated in –and subverting– some particularity but, conversely, no particularity can become political without becoming the locus of universalizing effects* »[601].

D'un côté, l'universalisme n'est pas « Un » au sens où ce n'est pas une chose, une essence ou encore une forme préexistante à laquelle on pourrait accéder. Dire le contraire équivaudrait à accepter l'utopie d'une « universalité pure » et son corrélat, une « société réconciliée » intégrant ou transcendant tous les particuliers. Ernesto Laclau montre que cet idéal normatif structure l'impasse où se trouve engagé le débat sur le conflit entre l'universalisme et le particularisme dans les sociétés internes[602]. Les groupes minoritaires décrient l'universalité comme « fausse » parce que, de leur point de vue, elle n'est pas réellement inclusive, et aussi parce qu'ils la voient comme un idéal qui, s'il *était* réalisé, oblitérerait la particularité de chaque groupe. L'universalisme est ainsi rejeté « *non seulement parce qu'il constitue, historiquement parlant, une fraude, un particulier gonflé, mais aussi parce qu'il n'est plus désirable, même en tant qu'idéal* »[603]. Pour Ernesto Laclau, cette impasse peut être évitée si l'on reconnaît que l'universalisme n'est pas le contenu d'une présence mais seulement ce qui occupe la place d'une absence. L'universalisme n'est pas un contenu substantiel mais un « lieu vide » ou un « signifiant vide »[604]. De sorte que, s'il n'a pas de signifiant qui lui soit attaché, l'universalisme est un lieu de significations multiples : « *l'universel ne possède aucun corps et aucun contenu nécessaire* »[605].

---

[600] Zerelli (L.), « Cet Universalisme qui n'est pas Un… », *supra* note 553, p. 333.
[601] Laclau (L.), « Identity and Hegemony… », *supra* note 597, p. 56.
[602] Laclau (L.), *Emancipation(s)*, London, Verso, 1996, pp. 20-35.
[603] Zerelli (L.), « Cet Universalisme qui n'est pas Un… », *supra* note 553, p. 342.
[604] Laclau (L.), « Identity and Hegemony… », *supra* note 597, p. 58. Laclau (L.), *Emancipation(s)*, *supra* note 602, pp. 36-40. Laclau (E.), *La raison populiste*, Paris, Seuil, 2008, p. 153.
[605] Laclau (L.), « L'universalisme, le particularisme et la question de l'identité », *Revue du MAUSS*, n° 13, 1999, p.

De l'autre côté, le particularisme ne peut pas être « pur » parce que l'affirmation d'une particularité implique de faire appel à quelque chose qui la transcende. En effet, « *il n'existe pas de particularisme qui ne fasse appel à de tels principes* [*généraux*] *pour construire son identité. Ces principes peuvent être progressistes selon nous, comme dans le cas du droit des peuples à l'autodétermination, ou bien réactionnaires, comme dans le cas du darwinisme social ou de la revendication du* Lebensraum. *Mais ils sont toujours présents, et pour des raisons essentielles* »[606]. Défendre le droit de tout groupe ethnique à l'autonomie culturelle, par exemple, c'est avancer une revendication qui ne peut se justifier qu'en invoquant des raisons universelles. On notera qu'au travers des exemples donnés par Ernesto Laclau, le droit paraît le moyen par excellence pour énoncer des revendications particulières en termes universels (c'ets-à-dire, de droits et de devoirs). Laclau condamne aussi la défense d'un particularisme « pur » sur le plan politique, parce qu'elle conduit à entériner le *statu quo* existant dans les relations entre les groupes. En effet, si l'on stipule que tous les groupes ont droit au respect de leur propre particularité, cela signifie qu'ils sont tous égaux sous un certain rapport. Pour que la logique de la pure différence gouverne les relations entre les groupes, il faudrait une situation dans laquelle les groupes seraient tous différents, et où aucun d'entre eux ne voudrait être autre chose que ce qu'il est[607].

Revenons maintenant à l'aspect utopique du droit sur lequel a insisté le Groupe d'étude de la CDI, qui consiste à vouloir dépasser les intérêts individuels pour préserver le « bien commun de l'humanité », ce dont la CDI serait le porte-parole. L'intérêt des travaux de Laclau tient à ce qu'il veut, à l'instar du Groupe d'étude, réhabiliter l'universalité mais à ce qu'il refuse, à l'inverse du Groupe d'étude, de lui attribuer un contenu concret qui lui soit propre. Cela le conduit à penser la relation entre l'universel et le particulier en termes de paradoxe : « *l'universalité est incommensurable avec toute particularité, mais* […] *elle ne peut toutefois pas exister séparément du particulier* »[608]. Ce paradoxe ne peut pas être résolu, explique Laclau, et cela est une bonne chose : l'absence de résolution représente la « *précondition par excellence de la démocratie* »[609]. En effet, tout tourne autour de la possibilité de laisser le moment d'articulation

145.

606 Laclau (E.), *La Guerre des identités*…, *supra* note 551, p. 80.

607 Koselleck (R.), « The Limits of Emancipation. A Conceptual-Historical Sketch », pp. 248-264, *in* Koselleck (R.), *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts*, Stanford, Stanford University Press, trad. Todd Presner 2002, XIV-363 p.

608 Laclau (E.), *La Guerre des identités*…, *supra* note 551, p. 90.

609 En effet, s'il y avait une solution au paradoxe, cela impliquerait qu'il serait possible d'identifier un corps particulier qui soit le *vrai* corps de l'universel. Mais dans ce cas, « *l'universel aurait trouvé sa vraie demeure et la démocratie serait impossible* ». *Ibid.*, p. 91. La notion de démocratie possède ici un sens particulier, « radical ». Voir Laclau (E.)

entre le particulier et l'universel ouvert et, en dernière analyse, indécis. On ne saurait être plus affirmatif : « *everything turns around the possibility of keeping always open and ultimately undecided the moment of articulation between the particularity* […] *and the universality* […]. *Any kind of full absorption of the latter by the former can lead only either to totalitarian unification or to the implosion of the community through a proliferation of purely particularistic identities* »[610].

Ce que les partisans de l'approche laclauienne pourraient donc apporter à la position du Groupe d'étude, c'est l'idée que l'aspect utopique du droit (son aptitude à signifier le bien commun de l'humanité) ne peut être préservé que si l'on accepte le caractère irrésoluble du paradoxe. Cela signifie accepter que l'universel ne possède aucun corps et aucun contenu nécessaire, et aussi accepter qu'il est bon que différents groupes entrent en compétition pour donner temporairement à leurs particularismes une fonction de représentation universelle.

B) DES CONFLITS POUR LA VOIX DE L'UNIVERSEL

« Hégémonique » : voilà comment Ernesto Laclau qualifie, de pair avec Chantal Mouffe, la stratégie par laquelle les intérêts d'un groupe particulier sont présentés comme étant universels. Est hégémonique toute stratégie par laquelle un particulier prétend représenter l'universel, que celui-ci soit les « droits de l'homme », la « sécurité humaine mondiale », l'« Europe », etc. « *Le jeu hégémonique est une lutte pour la définition du sens du monde, un conflit sur l'interprétation des signifiants flottants qui identifient la société ; mais l'enjeu n'est pas que cognitif, il est aussi passionnel* »[611]. Certaines stratégies d'universalisation sont clairement revendiquées comme telles (il suffit de penser aux missions de civilisation, aux entreprises de modernisation ou à celles d'instauration de la « *Rule of Law* »). Mais ces stratégies sont aussi à l'œuvre, de manière plus subtile, lorsqu'un individu ou groupe d'individus prétend détenir l'interprétation « bonne » ou « correcte » d'une règle ou d'une politique publique[612].

En pratique, l'opération hégémonique fonctionne grâce aux « chaînes d'équivalences » qui s'établissent entre les différents discours ou revendications minoritaires, et qui permettront

---

et Mouffe (C.), *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, 2ème éd., London, Verso, 2001, xix-198 p.

610 Laclau (L.), « Identity and Hegemony… », *supra* note 597, pp. 85-86.

611 Vitiello (A.), « L'itinéraire de la démocratie globale », *Raisons politiques*, vol. 3, n° 35, 2009, p. 218.

612 Buckel (S.) et Fischer-Lescano (A.), « Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law », *LJIL*, vol. 23, 2009, pp. 437-454.

peut-être, à terme, de détrôner le signifiant dominant[613]. Chaque universalité est donc hégémonique, au sens où elle émerge du particulier par le biais de pratiques articulatoires précises. Supposons que les multinationales en faveur de la libéralisation des échanges parviennent un jour à présenter leurs objectifs comme le signifiant du « commerce » en général. Il s'agirait là d'une victoire hégémonique, parce que les objectifs d'un groupe particulier se trouveraient identifiés avec ceux de la société dans son ensemble. Ceci étant dit, une hégémonie n'a rien d'éternel. Elle sera forcément menacée, et éventuellement remplacée par une autre. Pour continuer avec notre exemple, à partir du moment où la libéralisation des échanges devient le signifiant du « commerce » en général, elle devient aussi la surface sur laquelle toutes les luttes relatives au commerce viendront s'inscrire, de sorte que sa connexion avec le contenu réel auquel elle était originellement associée viendra à s'effacer. « *De par les conséquences de son propres succès* » écrit Ernesto Laclau, « *l'opération hégémonique tend à rompre les liens avec la force qui en était le promoteur originaire et le bénéficiaire* »[614].

Cela signifie que l'hégémonie est toujours transitoire et qu'elle est aussi contingente. C'est pour cette raison précise que Ernesto Laclau et Chantal Mouffe considèrent les opérations hégémoniques comme bénéfiques. Cette promotion du transitoire et de la contingence s'explique à l'aune du principal danger pour la démocratie qui est, selon eux, le cas où une hégémonie occuperait une position inébranlable et permanente. Ainsi faut-il éviter, par exemple, que la libéralisation des échanges soit la seule signification possible du commerce et qu'elle prenne une ampleur telle qu'elle ne puisse plus être contestée. C'est pour cette raison qu'ils encouragent la « *pluralisation des espaces de lutte* »[615], l'idée sous-jacente étant que plus il y aura de revendications politiques articulées, plus on tendra vers une démocratie radicale et plurielle.

On aura compris que Ernesto Laclau et Chantal Mouffe rejettent la conception matérialiste de l'hégémonie défendue traditionnellement par les marxistes, en considérant que le contenu de l'universel n'est pas historiquement déterminé. La particularité du concept d'hégémonie, tel qu'il est utilisé par les deux auteurs, est de prendre sa source dans la théorie gramscienne et de servir d'outil analytique pour examiner un phénomène quotidien, à savoir la présentation par un individu (ou un groupe d'individus) de son intérêt particulier comme

---

613 Laclau (E.) et Mouffe (C.), *Hegemony and Socialist Strategy*…, *supra* note 609, spé. pp. 134-145.
614 Laclau (E.), *La Guerre des identités*…, *supra* note 551, p. 105.
615 Cantelli (F.), « La pensée politique anti-essentialiste de Chantal Mouffe », *Revue du MAUSS*, vol. 1, n° 19, 2002, p. 191.

étant l'intérêt général. Ce phénomène n'a rien de scandaleux dans la mesure où on ne peut pas faire autrement. En bref, la notion d'hégémonie est utilisée en tant que catégorie descriptive. En cela, elle diffère de l'utilisation qui en est faite dans la représentation réaliste des relations internationales, de même que de son invocation à des fins critiques[616]. L'hégémonie est un « *mécanisme politiquement neutre* »[617], *au service des idéologies les plus disparates* »[618].

Transposé aux phénomènes de fragmentation du droit, le concept d'hégémonie met en lumière le fait que les « interactions » (ou, mieux, les « conflits ») entre régimes sont gouvernées par une logique d'inclusion/exclusion dans un sens bien précis. Il ne s'agit ni de déterminer si les régimes spécialisés sont inclus ou exclus dans le système général (que serait le droit international public), ni même de savoir si les institutions spécialisées se prennent en compte les unes les autres lors de leurs activités et dans leurs processus de décision. Ces formulations sont problématiques en ce qu'elles suggèrent que l'inclusion de l'Autre serait un phénomène forcément souhaitable alors que son exclusion, elle, serait toujours condamnable. Pour les différentialistes, l'important n'est pas de savoir si l'Autre est inclus ou exclus, mais plutôt de savoir ce que l'inclusion (1) et l'exclusion (2) signifient dans chaque cas de figure.

1) LES CONFLITS INTER-RÉGIMES : LA POLITIQUE DE L'INCLUSION

Le caractère ambivalent de l'inclusion est visible dans l'analyse postcoloniale du droit international. L'un des mérites des travaux d'Antony Anghie est d'avoir montré qu'un auteur scholastique aussi renommé que Francisco de Vitoria a, lors de la découverte du Nouveau Monde, légitimé indirectement la conquête espagnole. En affirmant que les Indiens ne sont pas des être inférieurs et qu'ils possèdent les mêmes droits que les Européens, il les a inclus dans le système chrétien du droit naturel et du *jus gentium*. Or, cette inclusion a fonctionné au bénéfice des conquistadors espagnols, puisqu'elle s'est révélée être un moyen efficace de

---

[616] D'un côté, la notion d'hégémonie peut être utilisée par opposition à la notion d'équilibre (voir par exemple Clark (I.), *Legitimacy in International Society*, Oxford, OUP, 2005, pp. 227-229) ou comme allant de pair avec elle (voir par exemple la notion de « stabilité hégémonique » développée par Keohane (R.), « The Theory of Hegemonic Stability and Changes in International Regimes, 1967-1977 », pp. 131-162, *in* Holsti (O.), Siverson (R.), George (A.), *Change in the International System*, Boulder, Westview Press, 1980, xxxii-316 p). De l'autre côté, affirmer qu'une institution est en position d'hégémonie est souvent un appel à des actions contre-hégémoniques. Voir par exemple Brütsch (C.) et Lehmkuhl (D.), « Introduction », p. 3, *in* Brütsch (C.) et Lehmkuhl (D.) (*eds*), *Law and Legalization in International Relations*, Routledge, New York, 2007, 244 p. Jouannet (E.), « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai-faux paradoxe du droit international ? », pp. 15-40, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254. Rajagopal (B.), « Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy », *Third World Q.*, vol. 27, n° 5, pp. 767-783.

[617] Vitiello (A.), « L'itinéraire de la démocratie globale », *supra* note 611, p. 219.

[618] Laclau (E.), *La raison populiste*, *supra* note 604, p. 223.

discipliner les Indiens et d'établir leur autorité sur eux. En effet, même pour Vitoria, c'est au nom de l'humanité des Indiens que les Espagnols doivent les gouverner et les civiliser[619]. Que la reconnaissance de l'humanité des Indiens ait été un instrument d'assimilation (et de domination) met en lumière les dangers de l'inclusivité. L'œuvre de Vitoria fonctionnerait, pour reprendre les termes d'Antony Anghie, « *as a particularly insidious justification of* [*the Spanish*] *conquest precisely because it is presented in the language of liberality and even equality* »[620].

On retrouve la même ambivalence de la dynamique d'inclusion dans les interactions entre régimes. Lorsque Lucius Caflish et Antônio Cançado Trindade, respectivement juge à la Cour européenne des droits de l'homme et Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, publient un article dans la *Revue générale de droit international public*, ce n'est pas pour revendiquer l'autonomie de leurs régimes. C'est au contraire pour démontrer leur inclusion dans le système de droit commun : « *les deux principaux systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme* […] *ne sont pas des ordres juridiques se suffisant à eux mêmes mais des systèmes qui : i) sont fondés sur le droit international général* […] *; et ii) requièrent, pour la solution de certains problèmes, le recours aux règles du droit international général* »[621]. Cette inclusion leur permet d'affirmer que la contribution des deux institutions en matière de protection des droits de l'homme fait partie du droit international général et que, partant, cet « *enrichissement* »[622] lie les autres institutions, si spécialisées soient-elles. « *Integration might increase one's influence, open avenues to being heard and to having an impact on policy-making that would otherwise be out of reach* »[623].

Une technique d'inclusion plus douce et couramment utilisée est celle du « *mainstreaming* » (ou approche intégrée). Cette technique a été popularisée dans les années 1990 au sein d'une grande variété de domaines et d'institutions internationales. De nombreuses institutions

---

619 « *C'est en raison de sa reconnaissance de l'humanité des Indiens du Nouveau Monde que l'on se souvient de Vitoria comme d'un champion des droits des indigènes et des populations non-européennes. C'est* […] *parce qu'ils détiennent la raison que les Indiens sont liés par un droit naturel universel. Et pourtant, Vitoria considère aussi la possibilité que, bien qu'il y ait un ordre manifeste dans les affaires indiennes, c'est un ordre déficient car il faillit à rencontrer les critères universels établis par le droit naturel.* […] *Par conséquent, Vitoria suggère qu'un véritable gouvernement des Indiens par les Espagnols doit être établi; les Espagnols, soutient-il, devant gouverner en tant que curateurs des Indiens non-civilisés* ». Anghie (A.), « L'évolution du droit international : réalités postcoloniales », p. 4, *in* Ruiz Fabri (H.), Jouannet (E.), et Toufayan (M.) (*dir.*), *Les nouvelles approches sur les Tiers Monde en droit international*, Paris, Société de Législation Comparée, 2013 (à paraître). Voir aussi Anghie (A.), « Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law », *Social and Legal Studies*, vol. 5, 1996, pp. 321-336. Sur l'inclusion en tant que technologie disciplinaire, voir Foucault (M.), *Les anormaux*, Paris, Gaillmard Le Seuil, 1999, p. 44.

620 Anghie (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *supra* note 595, p. 28.

621 Caflish (L.) et Cançado Trindade (A.), « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, vol. 1, 2004, p. 5.

622 *Ibid.*, p. 6.

623 Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 329.

onusiennes ont adopté le vocabulaire du « *mainstreaming* » pour inclure, dans leurs politiques et leurs pratiques, des considérations relatives à l'environnement, au VIH et aux droits de l'homme[624]. C'est aussi par le biais du « *mainstreaming* » que les droits de l'homme ont été intégrés dans la Politique de sécurité et de défense commune de l'UE[625] et en matière d'aide au développement[626]. « *Mainstreaming is a technique of regime interaction: under it, regime A enters regime B so as to become a part of the latter's daily route and self-understanding* », explique Martti Koskenniemi, ajoutant cette technique *a priori* plus douce ou conciliante n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes : « *Although this is usually discussed in terms of friendly cooperation and the pursuit of parallel and coterminous interests, in practice the matter is rarely so straightforward* »[627].

Ces difficultés ont été mises en lumière par Hilary Charlesworth sur la question du « *gender mainstreaming* »[628]. Elle explique que cette notion, devenue un mantra au sein des institutions internationales, demande à ce que la question du genre soit prise au sérieux par les institutions dans leurs activités habituelles, et ce, à tous les niveaux, et qu'elle ne soit pas marginalisée ou reléguée à des institutions spécialistes des problèmes des femmes[629]. En prenant pour exemple la pratique du « gender mainstreaming » au sein du système des Nations Unies (et plus spécifiquement par les organes de protection des droits de l'homme), Hilary Charlesworth montre comment cette pratique a détourné l'attention sur la manière dont les inégalités de genre et de sexe se tissent dans le système international. En effet, la stratégie du « *gender mainstreaming* » par les institutions onusiennes a exploité la notion de genre de manière très limitée, permettant au courant majoritaire (« *mainstream* ») de diluer et de dé-radicaliser les demandes relatives à l'égalité. Son argument consiste à dire que l'inclusion des préoccupations

---

[624] Voir par exemple le « Rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme », 55ème session de l'Assemblée générale, Doc. A/55/36, 2000 ; GEF Council, *Mainstream Global Environmental Issues: Report of UNDP to the GEF Council*, 1998. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/documents/GEF.C.12.4.pdf). Voir aussi le rapport de l'agence onusienne sur le VIH/sida, « Report of the UNAID, World Bank and UNDP. Mainstreaming HIV and AIDS in Sections and Programmes », 2005. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/hiv-aids/mainstreaming-hiv-and-aids-in-sectors-and-programmes--guide/19.pdf).

[625] Pajuste (T.), *Mainstreaming Human Rights in the Context of the European Security and Defence Policy*, Helsinki, Erik Castrén Research Reports, vol. 23, 2008, 143 p.

[626] Seppänen (S.), *Possibilities and Challenges of the Human-Rights Based Approach to Development*, Helsinki, Erik Castrén Research Reports, vol. 17, 2005, 125 p.

[627] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 319. Voir aussi Koskenniemi (M.), « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power », *Humanity*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 47-58.

[628] Charlesworth (H.), « Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations », *Harvard Human Rights J.*, vol. 18, 2005, pp. 1-18.

[629] Le prix à payer pour la création de mécanismes institutionnels distincts était l'apparition de « *ghettos pour femmes* » comportant moins de pouvoirs et de ressources, et jugés moins prioritaire que les organes de protection des droits de l'homme dits « *généraux* ». Charlesworth (H.), *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 306.

liées au genre et au sexe n'a pas fait progresser l'état des choses, loin de là :

> « *The use of gender mainstreaming as a reform strategy has made issues of inequality between women and men harder to identify and to deal with. In this sense, mainstreaming has effectively drowned out the project of equality between women and men* »[630].

Ces exemples montrent le caractère mouvant de l'inclusion. L'inclusion se fait toujours selon ses propres termes. On peut vouloir le bien et faire du mal. « *The inclusion of the Other may be an act of altruistic openness; or of ruthless domination. It is not always evident which* »[631].

2) Les conflits inter-régimes : la politique de l'exclusion

La même ambivalence caractérise la démarche d'un régime qui en exclut un autre[632]. Un exemple d'exclusion est le principe consacré par la Cour de Luxembourg concernant l'absence d'effet direct du droit de l'OMC et des décisions de l'organe de règlement des différends (ORD) au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. C'est au cours de la « guerre de la banane » que la Cour a été amenée à se prononcer sur la place des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire. On se souvient que le conflit entre l'Europe et les États-Unis a provoqué de nombreux « *dommages collatéraux* »[633]. La condamnation par l'OMC du régime communautaire d'importation des bananes avait conduit les États-Unis, à la suite de l'inexécution par l'Union européenne de la décision de l'ORD de l'OMC[634], à prendre des mesures de rétorsion sous forme de surtaxes douanières. Des personnes victimes des contre-mesures américaines[635] mais aussi des fournisseurs se voyant interdire d'importer des bananes en provenance de l'Équateur[636] se sont adressés aux juges européens pour déterminer les rapports entre le droit de l'OMC et le droit communautaire. La réponse de la Cour de Luxembourg a été constante ; elle consiste à dire que « *les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions*

---

630 Charlesworth (H.), « Not Waving but Drowning… », *supra* note 628, p. 2.

631 Koskenniemi (M.), « Between Empire and Legal Formalism », conférence à Recife, Brésil, 18 mai 2003, p. 5. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013 : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MRecife.pdf Cette ambivalence est très bien expliquée par Tzvetan Todorov lorsqu'il traite du problème de l'altérité et de la découverte de l'Amérique. Todorov (T.), *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982, 280 p.

632 Comme l'écrit Laclau, « *le rejet de l'autre ne peut pas consister en une élimination totale mais bien plutôt en une renégociation constante des formes de sa présence* ». Laclau (E.), *La guerre des identités…*, *supra* note 551, pp. 84-85.

633 Simon (D.), « Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes », *supra* note 171, p. 603.

634 Organe d'appel de l'ORD, *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes,* dite aff. Bananes III, rapport adopté le 9 septembre 1997, WT/D S27/AB/R. Sur cette décision, voir Ruiz Fabri (H.) « OMC, Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *JDI,* 1999, pp. 472 et s.

635 Voir par exemple *FIAMM et FIAMM Technologies* c. *Conseil et Commission*, T-69/00, arrêt 14 décembre 2005.

636 Voir par exemple *Léon Van Parys NV*. c. *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, C-377/02, arrêt du 1er mars 2005.

communautaires », sauf si (et ces exceptions sont très rarement appliquées) « *la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC* »[637].

La position de la Cour de Luxembourg, celle de refuser l'invocabilité directe aux accords de l'OMC, peut être perçue comme une marque de respect vis-à-vis du régime de l'OMC. En effet, la Cour a insisté sur sa volonté de respecter la logique de négociation qui sous-tend l'ORD. « [*M*]*ême en présence d'une décision de l'organe de règlement des différends constatant l'incompatibilité de mesures prises* » avec les règles de l'OMC, dit-elle, le système de règlement des différends n'en offre pas moins plusieurs modalités de mise en conformité différentes, « *parmi lesquelles la négociation entre les Hautes parties contractantes occupe une place importante* »[638]. Le fait de vouloir, dans de telles circonstances, « *imposer aux organes juridictionnels l'obligation d'écarter l'application des règles de droit interne qui seraient incompatibles avec les accords OMC aurait pour conséquence de priver les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité* » de trouver, fût-ce à titre temporaire, une solution négociée[639]. Vue sous cet angle, l'affaire *Van Parys* illustrerait les vertus de l'exclusion, étant donné que la non-justiciabilité des accords de l'OMC aurait permis à l'Union européenne de négocier (sans contrainte juridictionnelle) et de parvenir à un arrangement amiable avec les États-Unis et l'Équateur[640].

Nonobstant, la position de la Cour peut aussi être vue comme une marque de rejet du système de l'OMC, lequel cherche à astreindre l'Union européenne dans ses relations commerciales. En effet, si la Cour tient en respect la logique de négociation propre à l'ORD, c'est surtout pour ne pas porter préjudice aux intérêts économiques de l'Europe. Le fait d'imposer à la Cour l'obligation d'écarter l'application des règles de droit interne qui seraient incompatibles avec les accords de l'OMC conduirait à fragiliser la position et le pouvoir communautaire durant les négociations commerciales se déroulant au sein de l'OMC[641]. Cela est d'autant plus préjudiciable pour l'Europe que les autres États membres de l'OMC écartent, eux aussi, toute applicabilité directe des règles de l'OMC devant leurs juridictions internes[642]. Ensemble, ces deux arguments (le premier relatif à la fragilité de la situation politique de

[637] *Ibid.*, point 40.
[638] Cet argument est avancé depuis longtemps. Voir l'arrêt *International Fruit Company*, du 12 décembre 1972, aff. 21-24/72, attendus 25-27.
[639] Affaire *Van Parys*, *supra* note 636, point 48.
[640] *Ibid.*, point 49.
[641] *Ibid.*, point 50.
[642] *Ibid.*, point 53.

l'Union européenne en matière de négociation, le second lié au principe de réciprocité) suggèrent que la Cour de justice, en refusant l'invocabilité directe aux accords de l'OMC, veut « *s'ériger en gardienne des intérêts du commerce extérieur de la Communauté* »[643].

Un autre exemple de la dynamique d'exclusion porte sur la relation entre les droits de l'homme et le droit humanitaire. Dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, la CIJ a affirmé que le droit humanitaire est une *lex specialis* par rapport aux droits de l'homme et qu'il a donc primauté d'application en cas de conflits armés. En réponse à l'argument selon lequel l'usage des armes nucléaires violerait le droit à la vie tel qu'il est inscrit à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour a tout d'abord affirmé que l'article 6 constitue une prescription à laquelle il ne peut être dérogé, même en temps de guerre. En principe, donc, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi bien en temps de paix que lors des hostilités. Mais, « *en pareil cas,* [*c'est*] *à la* lex specialis *applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie* »[644]. C'est donc uniquement au regard du droit humanitaire –et non au regard des dispositions du Pacte lui-même– qu'on peut déterminer si tel ou tel cas de décès provoqué par l'emploi d'armes nucléaires au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie, contraire à l'article 6 du Pacte.

Cette façon de concevoir les liens entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme a été clairement rejetée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans des affaires impliquant des opérations militaires russes menées en Tchétchénie en 1999 et 2000. En 2005, la Cour a répondu à trois requêtes dénonçant les actions de la Russie et a statué en faveur des requérants[645]. La Cour a conclu que l'usage aveugle et disproportionné de la force par les militaires russes a entraîné une violation du droit à la vie des requérants ou de celui de leurs proches (article 2 de la Convention), des mauvais traitements (article 3 de la Convention) ainsi qu'une destruction de leurs biens (article premier du Protocole additionnel) dont ils n'ont pas pu se plaindre devant une juridiction (article 13 de la Convention)[646].

---

643 Chatton (G.), « Arrêt *Van Parys* : principe de l'absence d'effet direct du droit de l'OMC et des décisions de l'ORD au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne », Centre d'études juridiques européennes, 14 avril 2005.

644 Cour internationale de justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, § 25. La CIJ a réitéré sa position dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 102 et § 105.

645 Cour européenne des droits de l'homme, *Khachiev* et *Akaïeva*, *Issaïeva*, *Youssoupova* et *Bazaïeva*, et *Issaïeva* c. la Russie, arrêts du 24 février 2005.

646 Sur les détails des affaires et les différentes condamnations, voir Tigroudja (H.), « La Cour européenne des

Plusieurs auteurs ont relevé la volonté du juge européen de ramener le conflit tchétchène et les exactions commises à un contexte interne « normal ». Cette démarche est visible dans le refus de la Cour européenne qualifier le conflit[647], dans son refus de faire jouer la différence entre le droit à la vie des civils et celui des combattants, et dans l'appréciation des preuves « au-delà de tout doute raisonnable » dans le cadre d'une allégation de la violation du droit à la vie trouvé à l'article 2 (quand bien même l'établissement des faits est rendu difficile par le comportement de l'État russe). Tous ces éléments montrent, de l'avis de William Abresch, la volonté de la Cour européenne d'ancrer son raisonnement dans la logique des droits de l'homme, aux dépends du droit international humanitaire, même dans une situation où le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie est violé pendant des hostilités (ce qui va précisément à l'encontre de la démarche préconisée par la CIJ) :

> « *It is now clear that the ECtHR will apply the doctrines it has developed on the use of force in law enforcement operations even to large battles involving thousands of insurgents, artillery attacks, and aerial bombardment. It is also clear that it will do so by directly applying human rights law, not only without reference to humanitarian law but also in a manner that is at odds with humanitarian law* »[648].

D'un point de vue stratégique, l'exclusion du droit des conflits armés a permis à la Cour européenne d'opérer un contrôle de conventionalité des opérations militaires russes, de tenir des propos critiques sur les exactions commises en Tchétchénie et d'engager la responsabilité internationale de la Russie[649]. « *Parce qu'ils se concluent par l'engagement de la responsabilité internationale de la Russie, ces trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont donc été, à juste titre, présentés et accueillis comme constituant un grand progrès dans l'affirmation des droits de l'homme dans les situations d'urgence* »[650]. Mais l'exclusion du droit humanitaire au profit des droits de l'homme pour juger d'un conflit qui dure depuis plus de quinze ans a un coût. Selon Hélène Tigroudja, la détermination d'une violation du droit à la vie selon la logique des droits de l'homme (article 2 de la Convention) fait en sorte que la Cour banalise à l'excès les faits qu'elle avait à

---

droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 65, 2006, pp. 111-140.

[647] L'arrêt *Issaïeva* c. *Russie* est ainsi rempli d'euphémisme sur la situation en Tchétchénie. Par exemple, au paragraphe 191 : « *La Cour considère que l'utilisation de ce type d'armes dans une zone habitée hors temps de guerre et sans évacuation préalable des civils est inconciliable avec le degré de précaution requis de tout organe d'application de la loi dans une société démocratique* ».

[648] Abresch (W.), « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya », *EJIL*, vol. 16, n° 4, p. 742.

[649] Pour cela, elle était encouragée par le Conseil de l'Europe. En effet, dans sa Recommandation 1606(2003), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait souligné la nécessité de réaffirmer l'applicabilité et l'application des instruments de droits de l'homme, au premier rang desquels, la Convention européenne, dans ces « zones grises » qui se caractérisent par un déficit de contrôle effectif de la part de l'État ou par une situation juridique floue et complexe.

[650] Tigroudja (H.), « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », *supra* note 646, p. 127.

reconnaître et que cela pénalise les requérants :

> « *À plusieurs reprises dans ses arrêts, elle reconnaît certes que la situation qui existait en Tchétchénie au moment des faits était une situation exceptionnelle mais les conséquences qu'elle en tire sont plus favorables à l'État qu'aux requérants puisqu'elle admet, dans ces circonstances, que ce dernier pouvait prendre des mesures elles-mêmes exceptionnelles pour faire face à la situation* »[651].

Ces critiques expliquent peut-être la naissance d'un régime hybride, l'idée d'un « *human rights-based law of war* »[652], qui traduirait l'impact de plus en plus important de la thématique des droits de l'homme dans le développement du droit humanitaire. Du point de vue différentialiste, toutefois, la création d'un régime hybride ne règle pas la question de l'hégémonie ; celle-ci reste toujours présente, même sous couvert d'un langage pluraliste[653].

C) LA POLITIQUE DE L'UNIVERSALISME JURIDIQUE

Dire que la seule universalité concevable est hégémonique et que les stratégies d'universalisation par lesquelles un régime en inclut ou en exclut un autre sont nécessairement ambivalentes nous invite à repenser la question de l'universalisme. Cette question ne peut plus être simplement « pour ou contre l'universalisme ? » mais bien « quel universalisme ? » ou, mieux encore, « l'universalisme de qui ? ». Cette formulation a l'avantage de prendre au sérieux les critiques qui dénoncent les politiques impérialistes rendues possibles par le « sceau de l'universalité » du droit international, d'une part, sans pour autant abandonner toute aspiration d'universalité, d'autre part. Sans doute exige-t-elle de la part des internationalistes de réduire les espoirs qu'ils ont investis dans la technique juridique comme moyen de parvenir à la « bonne réponse », de s'intéresser davantage aux acteurs qui détiennent un pouvoir de décision et d'être plus attentifs à ce qui est inclus, ou exclu, par l'universalisme juridique.

Quoi qu'il en soit : s'il n'existe aucune régime (ou institution) « authentique » de l'universel, alors sa représentation par un régime spécialisé n'a rien de scandaleux ou d'inadmissible, tant et aussi longtemps que les internationalistes agissent en conséquence et qu'ils s'intéressent à ce qu'on pourrait appeler « la politique de l'universalisme juridique ».

---

651 *Ibid.*, pp. 138-139.

652 Du nom d'un article de David Koller, « The Moral Imperative: Toward a Human Rights-Based Law of War », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 46, 2005, pp. 247 et s.

653 « *The hegemonic nature of that struggle is usually hidden by the way the relevant texts are written in the idiom of technical cooperation so as to avoid an open politicisation that would threaten the control of the process by the experts.* […] *the experts themselves usually have a clear view of the political stakes in such hybrids – that is to say, the way any policy that will be adopted will advance one of the contrasting set of preferences at the cost of its competitor* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 334.

Que cela signifie-t-il ? La fragmentation du droit est comprise par les partisans de l'approche laclauienne comme un processus de remise en cause des préférences normatives et des hiérarchies institutionnelles traditionnelles, brouillant ce qui est traditionnellement perçu comme relevant du particulier et du général. Ce qui est accepté comme étant général ou comme représentant l'universel ne va plus de soi. Vue sous cet angle, la fragmentation du droit est un processus bénéfique dans la mesure où elle permet à de nouvelles voix d'être entendues sur la scène mondiale. Et c'est parce que cela ne peut se faire que par des chaînes d'équivalence qu'il faut être attentif aux stratégies d'universalisation des uns et des autres : « *Tout rapport de force se caractérise par une morphologie particulière, qui, loin d'être naturelle, résulte d'une construction historique, sociale et discursive. Il n'y a donc rien de mécanique dans les différentes luttes contre le pouvoir : la lutte contre la subordination ne peut être le simple résultat de cette subordination* »[654].

Pour le dire autrement, le potentiel émancipateur du droit dépend de sa capacité à pluraliser les espaces de lutte, et non pas à faire d'une institution (ou d'un régime) le seul représentant de l'universel. À l'instar de l'appel lancé par Ernesto Laclau et Chantal Mouffe à la « *pluralisation des espaces de lutte* »[655] au sein des démocraties nationales, les différentialistes estiment que le mieux que le droit international puisse faire dans une ère de fragmentation, c'est d'articuler le plus grand nombre et la plus grande variété possible de stratégies d'universalisation (et ainsi de créer le plus grand nombre de luttes hégémoniques).

§3. LES LIMITES STRUCTURELLES DE LA CONTESTATION HÉGÉMONIQUE

L'idée que le potentiel émancipateur du droit international consiste en une politique de l'universalisme juridique est critiquée par les auteurs marxistes comme étant idéaliste : « *it leaves us no way of understanding the systematic structural constrains on the 'transformative' international law prescribed* »[656] (A). Ces critiques conduisent les partisans de l'approche laclauienne à compléter leur analyse de la fragmentation en tant que processus de contestation hégémonique par un examen des contraintes qui structurent ce processus et qui sont telles que certains intérêts sont systématiquement privilégiés par rapport à d'autres (B).

---

654 Cantelli (F.), « La pensée politique anti-essentialiste de Chantal Mouffe », *supra* note 615, p. 193.
655 *Ibid.*, p. 191. Laclau appelle en effet à multiplier « *les discours, les pratiques, les jeux de langage qui construisent des positions de sujet démocratiques dans le plus grand nombre possible de relations sociales* ». Laclau (E.), *La raison populiste*, *supra* note 604, p. 167.
656 Miéville (C.), *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Chicago, Haymarket Books, 2005, p. 59.

A) LA CRITIQUE MARXISTE OU LA CRITIQUE DE L'IDÉALISME

Un aperçu des critiques marxistes dirigées contre la théorie d'Ernesto Laclau et de Chantal Mouffe (1) permet de voir comment elles se répètent à l'encontre de la théorie des régimes hégémoniques (2).

1) LA THÉORIE DE LACLAU ET MOUFFE EN PROIE AUX CRITIQUES MARXISTES

Dans l'introduction de l'ouvrage qu'ils ont rédigé en commun, Ernesto Laclau et Chantal Mouffe précisent que leur analyse se déploie dans un univers postmarxiste, et ce, en un double sens : parce que le dépassement des « lois » du marxisme est de fait consommé, mais aussi (paradoxalement) parce que leur filiation marxiste leur tient à cœur[657]. Dans la théorie marxiste orthodoxe, l'hégémonie désigne généralement le processus par lequel les classes dominantes légitiment et perpétuent leur domination en asservissant la classe ouvrière. L'apport d'Antonio Gramsci a été de montrer que le concept d'hégémonie contient une dimension stratégique fondamentale et que l'enjeu est désormais de « *déduire une hégémonie et en créer une nouvelle* »[658], au profit du prolétariat, par un jeu d'alliance entre le peuple et les intellectuels. Ernesto Laclau et Chantal Mouffe vont plus loin en essayant de déterminer comment l'hégémonie peut devenir démocratique. Leur réponse consiste à dire que l'hégémonie peut le devenir à condition d'assurer la contingence historique, c'est-à-dire de poser l'équivalence des acteurs (et non pas la supériorité de la classe ouvrière), ainsi que le primat de l'action politique (et non pas de l'économie comme déterminant la société)[659].

De nombreuses critiques ont été émises contre la radicalisation faite par Ernesto Laclau et Chantal Mouffe de la logique gramscienne de l'hégémonie pour défendre l'idée que

---

[657] Laclau (E.) et Mouffe (C.), *Hegemony and Socialist Strategy*…, *supra* note 609, pp. 2-4. Ils mettent l'accent sur trois insuffisances du marxisme, du moins dans sa forme orthodoxe, à savoir : le rôle de la classe (ouvrière) comme unique agent du changement ; la conception de la révolution comme faisant *tabula rasa* ; l'économisme qui réduit les idéologies et les représentations à l'infrastructure de la société.

[658] Gramsci (A.), *Cahiers de prison, 10, 11, 12, 13*, Paris, Gallimard, 1978, p. 410. La théorie marxiste de l'hégémonie a été largement repensée par Antonio Gramsci, qui estime que l'« hégémonie » est indispensable à tout processus de conquête du pouvoir. Dans sa pensée, les intellectuels jouent un rôle déterminant dans la constitution et le maintien de cette hégémonie (c'est le « bloc historique »). À la question de savoir comment le prolétariat peut-il prendre le contrôle de l'État, Gramsci répond que le prolétariat doit exercer une hégémonie dans la société qui permette l'alliance du peuple et des intellectuels, afin de constituer un bloc social antagoniste de la classe bourgeoise dominante. Voir Benichou (S.), « Antonio Gramsci. L'hégémonie comme stratégie », *Que faire ?*, août-octobre 2008.

[659] Voir Vitiello (A.), « L'itinéraire de la démocratie radicale », *supra* note 611, p. 208.

l'universel est un signifiant vide, dont les remplissages contingents et transitoires doivent être conçus comme des opérations de type hégémonique. Trois critiques sont à retenir.

La première critique s'attache à montrer que le marxisme tel qu'il est présenté par Ernesto Laclau et Chantal Mouffe « *is attacked as a straw man and parody* »[660]. Ainsi en est-il de la relation entre la base (déterminante) et la superstructure (déterminée), car il n'est plus guère de marxistes aujourd'hui pour affirmer que cette relation causale est une théorie à part entière et non pas la formulation d'un problème fondamental (agent/structure), auquel nulle théorie sociale ne peut échapper[661]. Il en va de même pour l'idée que la lutte des classes est l'élément moteur de l'histoire des sociétés humaines. Désormais, la relation entre les classes et les autres axes de division sociale (tels que le sexe, la race, la sexualité, etc.) est également un sujet de préoccupation et d'étude chez les marxistes[662].

La deuxième critique dénonce le caractère idéaliste de la théorie d'Ernesto Laclau et de Chantal Mouffe, en ce qu'elle s'attache à rendre compte des phénomènes sociaux en termes de discours, sans chercher à approfondir les conditions matérielles dans lesquels ces discours sont nés et sont employés[663]. Jules Townshend attaque donc la préférence qu'ils accordent à la contingence, parce qu'elle les incite à s'interroger exclusivement sur la façon dont la démocratie peut ou devrait limiter la contingence[664]. Jules Townshend estime qu'il existe une autre problématique tout aussi (voire plus) importante sur laquelle il faut se pencher : « *how is it that particular contingent patterns and symbolic discourses get 'sedimented' into actual social structures? Laclau prefers to dissolve structures into discourses, which leaves out the role of institutions in promoting or limiting discourses. This leads him into 'some form of utopianism' in the case of his own radicalism* »[665].

La troisième critique porte sur ce que Norman Geras appelle la « vacuité politique » de la théorie élaborée par les deux professeurs de l'université d'Essex, c'est-à-dire le fait que leur

---

[660] Geras (N.), « Post-Marxism? », *New Left Review*, n° 163, 1987, p. 48. De sorte que la théorie de Laclau et Mouffe ne serait pas « post-marxiste » mais bien « ex-marxiste ».
[661] Selon Fredric Jameson, « *base-and-superstructure* [*is*] *not a fully-fledged theory in its own right, but* […] *the name for a problem, whose solution is always a unique, ad hoc invention* ». Jameson (F.), *Late Marxism*, London, Verso, 1990, p. 46.
[662] Voir Zizek (S.), « Class Struggle or Postmodernism? Yes, please! », pp. 90-153, *in* Butler (J.), Laclau (L.) et Zizek (S.), *Contingency, Hegemony, Universality*…, *supra* note 601.
[663] Le ton de Geras est plus virulent, dans la mesure où il considère que Laclau et Mouffe « *are bandying about definitions rather than specifying exactly what the mechanisms of bourgeois hegemony are, what are the effects of economic, political, and social factors* ». Harris (D.), « Marxist Controversies: politics ». Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : www.arasite.org/ngNLR2.html
[664] Townshend (J.), « Laclau and Mouffe's Hegemonic Project: The Story So Far », *Political Studies*, 2004, vol. 52, p. 298.
[665] Harris (D.), « Marxist Controversies: politics », *supra* note 663.

théorie est « *normatively indeterminate, fit to support virtually any kind of politics, progressive or reactionary* »[666]. Il n'est en effet aucunement garanti que les groupes opprimés bénéficient du travail des deux post-marxistes puisque leur théorie de l'hégémonie a été dématérialisée. D'autres auteurs sont encore plus radicaux dans leur critique : selon eux, l'indétermination normative conduit à un conservatisme politique. Parce qu Ernesto Laclau et Chantal Mouffe optent pour une conception de la démocratie couramment défendue par la doctrine (libérale) contemporaine et parce que leur ouvrage ne discute pas des différentes formes de démocratie possibles, dans les conditions actuelles, « *it helps minimise any discontinuities between their vision and actual existing forms of democracy. In a familiar way, this legitimates the existing state* »[667].

Si l'on rappelle ces critiques, ce n'est ni pour évaluer leur bien-fondé, ni même pour faire un examen détaillé des éléments de réponse avancés par Ernesto Laclau et Chantal Mouffe[668], mais uniquement pour montrer leur similtude avec les critiques formulées, dans le cadre du débat sur la fragmentation du droit international, contre la théorie des régimes hégémoniques.

2) La critique marxiste en droit international

On peut sans doute parler de renouveau, voire peut-être de renaissance, de la pensée marxiste en droit international, surtout dans le milieu anglo-saxon[669]. Depuis une quinzaine d'années, des internationalistes tels que B.S. Chimni[670], Claire Cutler[671], Sol Picciotto[672],

---

666 Geras (N.), « Ex-Marxism Without Substance: Being A Real Reply to Laclau and Mouffe », *New Left Review*, n° 169, 1988, p. 33. Townshend (J.), « Laclau and Mouffe's Hegemonic Project… », *supra* note 664, p. 273. Voir aussi, plus généralement, Wood (E.), *The Retreat from Class. The New 'True' Socialism*, Verso, London, 1988, 220 p.

667 Harris (D.), « Marxist Controversies: politics », *supra* note 663.

668 Voir notamment la réponse de Laclau et Mouffe aux critiques de Geras. Laclau (E.) et Mouffe (C.), « Post-Marxism Without Apologies », *New Left Review*, n° 166, 1987, pp. 79-106. L'argument voulant que les critiques marxistes soient peu convaincantes parce qu'elles résultent d'une mauvaise lecture (et donc compréhension) de la théorie de Laclau, voir Best (B.), « Necessarily Contingent, Equally Different, And Relatively Universal: The Antinomies of Ernesto Laclau's Social Logic of Hegemony », *Rethinking Marxism*, vol. 12, n° 3, pp. 38-57.

669 Pour une analyse de la contribution marxiste de Jean Salmon dans le milieu francophone, voir Corten (C.), « La diffusion d'un enseignement d'inspiration marxiste du droit international en Europe occidentale : l'exemple de Jean Salmon », pp. 225-236, *in* Jouannet (E.) et Motoc (I.) (*dir.*), *Les doctrines internationalistes durant les années du communisme réel en Europe*, *supra* note 97.

670 Professeur de droit international à l'université Jawaharlal Nerhu (Inde). Voir Chimni (B.S.), *International Law and World Order*, New Delhi, Sage Publications, 1993, 318 p. Chimni (B.S.), « Marxism and International Law: A Contemporary Analysis », *Economic and Political Weekly*, 6 février 1999, pp. 337-349. Chimni (B.S.), « Toward a Radical Third World Approach to Contemporary International Law », *ICCLP Review*, vol. 5, n° 2, 2002, pp. 14-26. Chimni (B.S.), « An Outline of a Marxist Course on Public International Law », *LJIL*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 1-30.

671 Professeure de droit international et de relations internationales à l'université de Victoria (Canada). Voir Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Rev. of Int'l Pol. Economy*, vol. 4, n° 2, 1997, pp. 261-285. Cutler (C.), « Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy », *Rev. of Int'l Studies*, vol. 27, n° 2, 2001, pp. 133-150. Cutler (C.), « Globalization, the Rule of Law and the Modern Law Merchant: Medieval or Late Capitalist

China Miéville[673], Bill Bowring[674] et Susan Marks[675] –pour ne nommer que les auteurs les plus plébiscités– ont recours à l'héritage marxiste pour analyser, de manière souvent décapante, les conceptions dominantes du droit international. Un ouvrage récent, au titre évocateur « *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies* »[676], montre que les internationalistes sensibles au marxisme partagent plusieurs points en commun. Ils contestent l'état des lieux existant, ils analysent la façon dont la prétention à l'universalité fonctionne de manière à promouvoir des intérêts particuliers, ils s'intéressent à la relation entre la violence et le droit international, et ils proposent souvent une analyse du droit international au travers du concept marxiste de « marchandise »[677]. Plus important encore, ils se démarquent des anciennes écoles marxistes dont l'École de Reims en défendant ce que Susan Marks a appelé un « anti-anti-Marxisme »[678]. Cette formule suggère que le marxisme, loin de devoir être rejeté *ipso facto* du fait qu'il serait « *out-dated, oversimplified and wrong* »[679] (aux dires de Thomas Hale et d'Anne-Marie Slaughter), constitue encore aujourd'hui un « *larger set of resources, notable for its richness, complexity and engagement with questions of vital and enduring importance* »[680].

Que disent-ils au sujet de la politique de l'universalisme juridique ? China Miéville dirait sans doute que cela est très intéressant, mais que c'est utopique et désincarné : que le droit international « doive » servir à articuler autant de stratégies d'universalisation variées que possible pour bouleverser les rapports de force existants, d'accord, mais en attendant, que fait-

---

Associations? », *Constellations*, vol. 8, n° 4, 2001, pp. 480-502.

672 Professeur émérite de droit à l'université de Lancaster (Royaume-Uni). Voir Picciotto (S.), « International Law: The Legitimation of Power in World Affairs », pp. 13-29, *in* Ireland (P.) et Laleng (P.) (*ed.s*), *The Critical Lawyers' Handbook 2*, London, Pluto Press, 1997, 224 p. Picciotto (S.), « Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO », pp. 224-243, *in* Drahos (P.) et Mayne (R.) (*eds.*), *Global Property Rights: Knowledge, Access and Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, 288 p.

673 Honorary Research Fellow au collège Birkbeck et auteur de romans (Royaume-Uni). Voir Miéville (C.), « The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction », *LJIL*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 271-302. Miéville (C.), *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005, vi-375 p. Miéville (C.), « Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism », *FBYIL*, vol. 18, 2007, pp. 19-34.

674 Professeur de droit au collège Birkbeck (Royaume-Uni). Voir Bowring (B.), *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, London, Routledge-Cavendish, 2008, 256 p.

675 Professeure de droit international à la LSE (Royaume-Uni). Voir Marks (S.), *The Riddle of All Constitutions. International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Oxford, OUP, 2000, 164 p. Marks (S.), « Big Brother Is Bleeping Us: With the Message That Ideology Doesn't Matter », *EJIL*, vol. 12, n° 1, 2001, pp. 109-123. Marks (S.), « Human Rights and the Bottom Billion », *Euro. Human Rts L. Rev.*, vol. 1, 2009, pp. 37-49. Marks (S.), « False Contingency », *Current Legal Problems*, vol. 62, 2009, p. 21.

676 Marks (S.) (*éd.*), *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge, CUP, 2008, X-319 p.

677 Marks (S.), « Introduction », *supra* note 662, pp. 16-17.

678 Marks (S.), « False Contingency », *supra* note 675, p. 21.

679 Hale (T.) et Slaughter (A.-M.), « Hardt and Negri's "Multitude": The Worst of Both Worlds », 26 mai 2005. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.opendemocracy.net/globalization-vision_reflections/marx_2549.jsp

680 Marks (S.), « Introduction », p. 16, *in* Marks (S.) (*éd.*), *International Law on the Left…*, *supra* note 676. Voir aussi les propos de Carty (A.), « Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century? », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 247-270.

il ? Pourquoi ne joue-t-il pas son rôle de « pluralisation des espaces de lutte » ? Il ne suffit pas de promouvoir la contingence et le transitoire pour garantir un rôle émancipateur au droit. Encore faut-il comprendre que si le droit international ne remplit pas sa promesse de justice, c'est parce qu'il est lié à l'impérialisme de manière structurelle (et non pas seulement de manière historique), si bien que « [*t*]*he chaotic and bloody world around us* is the rule of law »[681].

On l'aura compris, la position de China Miéville à l'égard du droit international est radicalement pessimiste. Mais elle est loin d'être inintéressante. L'originalité de l'analyse de China Miéville tient à ce qu'il adhère à la thèse de l'indétermination fondamentale de l'argumentation juridique mais qu'il puise dans la tradition marxiste (et plus particulièrement chez Evelyn Pashukanis) pour en donner une explication matérialiste. Dans un système capitaliste, où les relations entre États sont structurées comme des relations d'échange entre sujets formellement égaux, sans prendre en compte les inégalités de fait, ce sont les rapports de pouvoir (et surtout l'impérialisme) qui déterminent la façon dont le droit est toujours interprété de manière à privilégier les États les plus puissants[682]. Les interactions entre régimes subiraient le même sort. L'originalité de cette analyse peut aussi être expliquée par la position qu'occupe China Miéville dans le champ disciplinaire. Contre le courant majoritaire, il montre que « *if* [*international law*] *has failed and goes on failing millions, this is not 'on occasion' but overwhelmingly and systematically* »[683]. Contre les auteurs sceptiques, il affirme que le droit international joue un rôle-clé dans les relations internationales. Contre les auteurs critiques, il vient à nier tout potentiel progressiste au droit international. Il qualifie d'« idéaliste » l'idée d'une politique de l'universalisme juridique, du fait qu'elle méconnaît les contraintes structurelles qui conditionnent la promesse de justice du droit international.

B) L'EXISTENCE DE CONTRAINTES STRUCTURELLES

Une critique connexe, formulée par Susan Marks, propose aux laclauiens de corriger leur démonstration des « fausses nécessités »[684] par un examen de ce qu'elle appelle les « fausses

---

681 Miéville (C.), *Between Equal Rights*…, *supra* note 673, p. 319.

682 Voir Miéville (C.), *Between Equal Rights*…, *supra* note 673. Voir aussi Bachand (R.), « La critique en droit international : réflexions autour des libres de Koskenniemi, Anghie et Miéville », *RQDI*, vol. 19, n° 2, 2006, pp. 14-15. Marks (S.), « International Judicial Activism and the Commodity-Form Theory of International Law », *EJIL*, vol. 18, n° 1, 2007, p. 206.

683 Marks (S.), « International Judicial Activism… », *ibid.*, p. 202.

684 L'expression « fausse nécessité » peut être attribuée à Roberto Unger qui, en 1987, en fait l'intitulé d'un ouvrage colossal dans lequel il entend développer une théorie sociale au service de la démocratie radicale. Pour cela, il attaque « l'illusion de fausse nécessité » qui surgit à partir du moment où « *we surrender to the social world, and*

contingences ». Elle concède qu'il est bon de souligner la nature indéterminée du processus de fragmentation : celui-ci n'est pas un processus mécanique ou inévitable, sur lequel nous n'aurions aucune emprise. Mais encore faut-il aussi comprendre « *the limits and pressures, tendencies and orientations, overdetermination and determination in the last instance, that shape both realities and possibilities* »[685] (1). Bien que les laclauiens soient réceptifs à cette critique et qu'ils intègrent dans leur analyse un examen des préjugés structurels qui limitent le champ des possibilités institutionnelles (3), ils posent un bémol important concernant l'identification du contexte (2).

1) LA DÉMONSTRATION DES FAUSSES CONTINGENCES

« *We certainly do need to search out and expose necessitarian modes of thought* », écrit Susan Marks. « *But we also need to search out and expose voluntarist modes of thought, which mask the systematicity, and in that sense, necessity, of existing configurations of forces and relations* »[686]. S'il est vrai que les choses ne sont pas mécaniques ou immuables, il ne s'ensuit pas forcément qu'elles sont dues à la chance et au hasard. Il ne s'ensuit pas non plus que « tout est possible » (« *everthing is possible* »[687]). Les événements peuvent être contingents (c'est-à-dire, non nécessaires) sans pourtant être arbitraires ou accidentels, étant donné qu'ils s'inscrivent dans un contexte socio-économique spécifique et qu'ils sont en proie à des pressions, à des contraintes et à des limites structurelles. C'est cet ensemble de facteurs déterminants (« *determining factors* ») que Susan Marks appelle à exposer au grand jour et qui sont désignés par le concept de fausse contingence.

Encore faut-il prendre soin de remarquer que, tout en partageant la conviction de China Miéville selon laquelle le droit international « fait partie du problème », Susan rejette son pessimisme et sa conclusion radicale selon laquelle que le droit n'a aucun potentiel

---

then begin to mistake present society for possible humanity, giving in to the ideas and attitudes that make the established order seem natural, necessary, or authoritative ». Unger (R.), *False Necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Verso, London, New York, 2004, p. xx. Ce qui nous semble naturel et nécessaire est simplement ce que nous avons renoncé à remettre en question et à modifier. Unger invite ses lecteurs à identifier les « mythes fatalistes » qui masquent l'historicité et la contingence de l'organisation sociale –et, par-là même, sa malléabilité. Les internationalistes ne sont pas restés sourds à cet appel. En effet, même si l'expression « fausse nécessité » a été jusqu'ici peu utilisée en droit international, les auteurs critiques se sont depuis longtemps engagés dans cette voie, s'attaquant aux fausses nécessités des configurations juridiques existantes pour suggérer qu'il ne tient qu'à nous de les changer. Telle est la visée de la thèse de l'indétermination fondamentale de l'argumentation juridique, défendue par David Kennedy et Martti Koskenniemi dans les années 1980 : en montrant que la décision n'est jamais déterminée par le droit mais qu'elle relève toujours, au final, d'un choix politique, « [*it seeks*] *to induce a sense that there are more alternatives than practitioners usually realize, that impeccable arguments may be made to support preferences that are not normally heard* ». Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. 602.

[685] Marks (S.), « False Contingency », *supra* note 675, p. 11.

[686] Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *Modern L. Rev.*, vol. 74, n° 1, 2011, p. 74.

[687] Voir aussi la critique de Roberto Unger dans *The Future of American Processivism: An Initiative for Political and Economic Reform*, Boston, Beacon Press, 2009, 98 p.

émancipateur. C'est précisément pour mieux cerner celui-ci qu'elle appelle à compléter la démonstration des fausses nécessités par une démonstration des fausses contingences. Son raisonnement est le suivant : il est impossible de mesurer le potentiel émancipateur du droit international si l'on ne se préoccupe que des fausses nécessités, parce qu'on projette une vision du monde où tout dépend, en dernière analyse, des préférences idiosyncrasiques et des volontés politiques individuelles. Le problème est que les éléments systémiques demeurent à l'arrière-plan et sont à l'abri de toute contestation. Il est donc impératif d'examiner l'action des organisations humanitaires internationales en Haïti, par exemple, sans passer sous silence les facteurs systémiques (impérialistes) qui sont en jeu[688]. Il faut aussi éviter de qualifier le tremblement de terre qui a secoué ce pays en 2010 de « désastre naturel »[689], parce que cela occulte le fait qu'un tremblement survient dans un contexte socio-économique spécifique. Il devient alors trop facile de penser que les violations des droits de l'homme qui s'en suivent (droit à la santé, à la nourriture, au logement, etc.) ne sont que des problèmes d'ajustement et de leadership, des résultantes de la nature, de l'histoire ou de la culture locale, etc. –en bref, des problèmes contingents hors de notre portée (et de notre responsabilité) :

> « *The systemic context of abuses and vulnerabilities is largely removed from view. Despite –or rather, because of– attempts to explain them, human rights violations are made to seem random, accidental or arbitrary. And if human rights violations are random, accidental or arbitrary, then the prospects of putting them to an end become as remote as though they belonged to the order of nature. They come to appear necessary, no just in the (false contingency) sense of historical necessity, but in the (false necessity) sense of 'natural' necessity* »[690].

2) L'IDENTIFICATION DU CONTEXTE

Les laclauiens sont sensibles à cette critique, mais ils ne l'acceptent pas totalement. Car, à partir du moment où l'on adhère à l'idée de fausse contingence, selon laquelle « *while current arrangements can indeed be changed, change unfolds within a context that includes systematic constraints and pressures* »[691], il faut arriver à identifier le contexte ou les contraintes systématiques qui limitent les possibilités d'application du droit international. Cette question en soulève immédiatement plusieurs autres, car comment est-il possible de circonscrire le contexte dans lequel évolue le droit ? Plus fondamentalement encore, qu'est-ce que le contexte ?

---

[688] Miéville (C.), « Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism », *FBYIL*, vol. 18, 2007, pp. 63-91.
[689] En l'occurrence, les effets du tremblement de terre ont été décuplés en raison des conditions de vie misérables partagées par une masse de paysans ayant migré vers les zones urbaines à la suite des politiques néolibérales drastiques en matière d'agriculture, cautionnées notamment par la Banque Mondiale et le FMI.
[690] Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *supra* note 686, p. 78.
[691] *Ibid.*, p. 74.

Selon China Miéville, la démarche à suivre est claire : il faut se doter d'une théorie systémique qui envisage le monde en tant que « totalité » et qui, par conséquent, met le droit international en rapport avec les forces productives matérielles de la société[692]. Cette position ne fait toutefois pas l'unanimité chez les marxistes. Tout en souhaitant, elle aussi, voir naître une théorie systémique pour étudier le droit international, Susan Marks est d'avis que la totalité ne peut pas être représentée[693]. Adoptant une position plus tempérée, elle estime que la totalité est simplement un outil analytique « *to refer to the actuality that phenomena in the world are interrelated, and hence can only properly be understood when viewed as elements within larger social systems, including the system of global capitalism* »[694]. Le contexte des droits de l'homme, par exemple, n'inclut pas seulement le sort des victimes et celui de leurs bourreaux, mais aussi celui des bénéficiaires, « *those who (directly or indirectly) live off the practices and processes that victimise others* [*and who*] *have been allowed to remain comfortably out of sight* »[695]. Étudier le contexte des droits de l'homme, c'est donc étudier « *how deprivation and privilege interrelate* »[696].

Au-delà de ces nuances, la version radicale et la version modérée de la position marxiste se rejoignent dans la volonté de faire du capitalisme global le méta-système dans lequel évolue le droit international. Ils font de la lutte des classes le principal axe de division sociale, la cause première de toutes les stratifications sociales[697]. Le problème de cette position est bien connu : « *it takes a particular form of social life as the context of all contexts* »[698]. Du point de vue différentialiste, le fait de penser le monde en termes de modes capitalistes de production peut être déstabilisant, provocateur et instructif, mais cela n'exige pas pour autant de hiérarchiser les axes de division sociale. En effet, chacun d'eux met en exergue différents aspects des rapports de domination et de subordination. C'est pourquoi il est préférable de les penser comme

---

692 Cela repose sur l'idée plus fondamentale que la lutte des classes est l'élément moteur de l'histoire des sociétés humaines. Voir par exemple Miéville (C.), *Between Equal Rights*…, *supra* note 673, p. 56.

693 Elle suit ici la position de Fredric Jameson lorsqu'il écrit que « *totality is not available for representation* ». Marks (S.), « International Judicial Activism… », *supra* note 682, p. 209.

694 Marks (S.) (*éd.*), *International Law on the Left…*, *supra* note 662, p. 15.

695 Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *supra* note 686, p. 76.

696 *Ibid.*, *loc. cit.*

697 « *the claim is that class realises itself and becomes embodied through gender, race, sexuality, etc., so that asymmetries indexed to those categories take on a distinctively capitalist slant* ». Marks (S.), « Introduction », *supra* note 680, p. 5. Pour donner un exemple, Slajov Zizek dénonce le fait qu'on préfère aujourd'hui parler de « travailleurs immigrants » en lieu et place d'« ouvriers ». Ce changement de vocabulaire fait en sorte que « *the problematic of power exploitation* […] *is silently, in a secret way, retranslated into the multi-culturalist problematic of tolerance* ». Ce changement de vocabulaire nous laisse croire que nous exploitons ces travailleurs parce que nous sommes racistes, alors qu'en réalité nous sommes racistes afin de pouvoir les exploiter. Pour Zizek, le racisme est l'effet (et non la cause) d'un problème plus profond qui est celui de l'exploitation des classes ouvrières. Zizek (S.), « Human Rights and its Discontents », *Lecture at Bard College*, 16 novembre 1999. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.lacan.com/zizek-human.htm

698 Unger (R.), *Social Theory. Its Situation and Its Task*, London, Verso, 2004, pp. 23-24.

autant de mécanismes de différentiation (prolétariat/bourgeois, femme/homme, noir/blanc, etc.) qui relèvent de la « dynamique de la différence »[699].

Dans le même ordre d'idées, il vaut mieux penser qu'il existe autant de contextes que de régimes juridiques spécialisés, étant donné que les circonstances (c'est-à-dire, le « contexte ») dans lesquelles s'insère un événement changent en fonction de la perspective privilégiée. Par exemple, Philip Morris International, l'une des plus grandes compagnies mondiales de tabac, a saisi le CIRDI en 2011 pour lui soumettre un différend qui l'oppose à l'Uruguay, suite à des mesures prises par les autorités de cet État pour lutter contre les effets du tabac. Du point de vue du droit des investissements, les mesures uruguayennes affectent négativement la marque ainsi que les parts de la compagne dans le marché uruguayen. Du point de vue du droit de la santé, l'Uruguay ne fait qu'appliquer la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, le premier traité négocié sous les auspices de l'OMS. Entrée en vigueur le 27 février 2005, cette Convention est devenue l'un des traités ayant remporté la plus large adhésion dans l'histoire des Nations Unies. C'est pourquoi « *la Convention de l'OMS pour la lutte antitabac est l'enceinte internationale appropriée pour régler les différends* […] *liés au tabac et non le CIRDI* »[700]. Dans cette affaire, le contexte est-il la protection des investissements ou la protection de la santé ? Il n'y a aucune méta-perspective permettant de faire le tri entre ces perspectives, aucune raison de privilégier une lecture du contexte qui ne ferait pas déjà partie d'un régime particulier.

3) La thèse des préjugés structurels (« *structural bias* »)

En réponse à ces critiques, les différentialistes appellent à mettre en lumière les préjugés structurels (« *structural bias* ») des régimes spécialisés. Les préjugés structurels sont ce sur quoi reposent, empiriquement, les décisions politiques institutionnelles. Telle est la thèse défendue par Martti Koskenniemi : « [*w*]*hether a particular justification* […] *seems plausible and the position defended is accepted depends on how it fits with the structural bias in the relevant institutional context* »[701]. Les préjugés structurels sont définis à un niveau institutionnel ; ils sont donc à rechercher à ce niveau. L'existence de préjugés structurels explique qu'il soit difficile de défendre certaines positions ou de faire primer certains arguments au sein des régimes spécialisés. À l'OMC, par exemple, le principe du libre-échange est toujours le point de départ de l'analyse tandis que les

[699] Cette expression se trouve dans *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *supra* note 595.
[700] Villarreal (A.), « La plainte de Philip Morris contre l'Uruguay », conférence de presse du 26 février 2013. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.alliancesud.ch
[701] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. 570. Voir aussi Koskenniemi (M.), « What Should International Lawyers Learn from Karl Marx? », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 229-246.

considérations extra-commerciales doivent se battre pour être admises en tant qu'exception[702]. L'existence de préjugés structurels explique aussi que le contenu des décisions institutionnelles favorise systématiquement certains intérêts ou certaines positions privilégiées.

Une illustration est l'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Banković,* la Grande Chambre s'était prononcée sans ambiguïté en faveur de l'irrecevabilité de la requête présentée par les victimes yougoslaves contre l'attaque menée par les États de l'OTAN le 23 avril 1999 sur l'immeuble de radio-télévision serbe[703]. Philippe Weckel a qualifié cette décision d'historique, « *dans ce sens qu'elle souligne avec une fermeté particulière le caractère essentiellement territorial et régional du système européen de protection des droit s de l'homme* »[704]. Dans son arrêt, la Grande Chambre a insisté sur le fait que la Convention n'a pas à s'appliquer aux actions internationales auxquelles participent les États membres du Conseil de l'Europe en dehors de l'aire géographique définie par leurs territoires[705]. Mais alors, comment se fait-il que, dix ans plus tard, la Cour ait retenu que la Grande-Bretagne restait soumise aux obligations de la Convention lorsque de ses opérations militaires menées en Irak ? Dans les affaires *Al-Skeini* et *Al-Jedda*, la Cour a souligné la différence de situation entre les bombardements de l'OTAN en Serbie et les opérations militaires (suivies d'une occupation militaire) de la coalition en Irak[706]. On peut certes discuter du caractère essentiellement territorial de la « juridiction » (telle que définie à l'article 1er de la Convention) de même que du lien entre l'« occupation » et la « juridiction ». Mais on peut aussi penser que les juges européens étaient plus réticents à juger de l'illicéité de l'intervention des États européens au Kosovo que de la guerre menée par la coalition anglo-américaine en Irak.

Ceci était, il faut remarquer que la thèse des préjugés structurels n'est pas identique à la démonstration (marxiste) des fausses contingences. On peut même dire qu'elle s'y oppose, dans la mesure où la thèse des préjugés structurels cherche à « re-politiser » la structure des

---

[702] Voir Martineau (A.-C.), « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC… », *supra* note 515.
[703] Cour européenne des droits de l'homme, *Banković et al.* c. *États membres de l'OTAN*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité).
[704] Weckel (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, vol. 2, 2002, p. 438.
[705] L'application extra-territoriale telle que proposée par les requérants « *aurait des conséquences sérieuses sur toute action collective militaire internationale, dans la mesure où elle rendrait la Cour compétente pour contrôler la participation des États contractants à des missions militaires menées où que ce soit sur le globe dans des conditions où il serait impossible auxdits États d'assurer aux habitants des territoires concernés la jouissance de l'un quelconque des droits garantis par la Convention* ». Décision de la Grande Chambre, *supra* note 703, § 43.
[706] Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Skeini et al.* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, et *Al-Jedda* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011. Pour une analyse, voir Panoussis (I.), « L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme en Irak (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Al Skeini et al.* et *Al-Jedda* c. *Royaume-Uni*, 7 juillet 2011) », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 91, 2012, pp.647-670.

régimes. Andrew Lang l'explique ainsi : « *it is important to complement research into the politics of regime* interaction *with research on the internal politics of regime* definition. *I am referring here to work which seeks to explain how particular normative biases and preferences come to be embedded within an international regime at any particular point in its historical trajectory, and explores the processes by which these normative biases are sustained and changed over time* »[707]. Pour les marxistes, la volonté de re-politiser la « définition des régimes » revient à montrer que les préférences structurelles ne sont pas figées et qu'elles font l'objet de luttes internes. Une telle démarche va dans le sens de la démonstration des fausses nécessités et non pas dans le sens des fausses contingences[708].

§4. CONCLUSION

Un examen de la structure argumentative de l'approche laclauienne (A) permet de constater que cette approche n'arrive pas à être ce qu'elle veut être, c'est-à-dire une voie alternative entre l'« universalisme normatif » et le « particularisme radical » (B).

A) LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE DE L'APPROCHE LACLAUIENNE

Le point de départ des partisans de l'approche laclauienne est une vision radicale de la fragmentation du droit international. Il existe aujourd'hui une pluralité de régimes juridiques spécialisés, de nature solipsiste et impérialiste, de sorte qu'il est impossible de prévenir les conflits entre eux par le biais d'une hiérarchie (normative et/ou institutionnelle) préétablie. À leurs yeux, une telle hiérarchie est non seulement impossible dans la société actuelle mais elle est également indésirable : la reconnaissance des antagonismes est la condition *sine qua non* de toute forme de vie démocratique[709]. C'est le « *pluralisme agonistique* »[710]. Le pluralisme n'a pas ici pour horizon l'intégration des régimes spécialisés au sein d'une instance publique cosmopolite, mais bien la reconnaissance, sans cesse renouvelée, des différences et des conflits. En accordant ainsi le primat à la politique, les laclauiens combattent la vision technocratique

[707] Lang (A), « Legal Regimes and Professional Knowledges: The Internal Politics of Regime Definition », p. 113, *in Regime Interaction in International Law*, *supra* note 388. Cela rejoint les rapports qu'entretiennent la démocratie radicale et la question de l'identité. Pour Laclau et Mouffe, la politique est le vecteur par lequel le conflit s'introduit dans l'identité non seulement de la société mais aussi des différents acteurs sociaux. Voir l'analyse de Vitiello (A.), « L'itinéraire de la démocratie globale », *supra* note 611, pp. 212-214.

[708] Entretien avec Susan Marks, *London School of Economics*, janvier 2010.

[709] « *The alternative would always be the hegemony of a single regime, return to the harmony of interests and the enlightened absolutism of managerialism* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 333. De la même façon, Chantal Mouffe est méfiante envers les processus d'unification supranationale, et favorable à une structure « multipolaire » du monde. Mouffe (C.), « Which World Order: Cosmopolitan or Multipolar », *Ethical Perspectives*, vol. 15, n° 4, 2008, pp. 453-467.

[710] Mouffe (C.), « Pour un pluralisme agonistique », *Revue du MAUSS*, vol. 2, 1993, p. 98.

du droit : « *the real challenge is to bring the clash of regimes as systems of thought into the open and to address them by political means* »[711]. Pour y arriver, ils ont recours à la notion d'hégémonie[712]. Celle-ci leur permet de présenter le processus de fragmentation du droit comme un affrontement entre une pluralité de régimes hégémoniques pour détenir la voix de l'universel.

Quel peut être le rôle du droit international public dans de telles conditions ? Le mieux qu'il puisse faire dans un univers juridique aussi fragmenté, c'est de contrecarrer la tendance à l'autosuffisance (ou à la fermeture) des régimes spécialisés et d'empêcher la pérennisation de toute hiérarchie institutionnelle[713]. Le meilleur rôle qu'il puisse jouer, donc, ce n'est pas tellement (ou pas uniquement) d'être un gentil civilisateur des systèmes sociaux, mais aussi et surtout d'être un facilitateur de luttes hégémoniques. Pour le dire autrement, il faut que les internationalistes s'attaquent à l'illusion de fausse nécessité que présentent les configurations juridiques existantes et qu'ils promeuvent le jeu hégémonique par lequel les régimes spécialisés définissent le sens de l'existence collective[714]. Les partisans de l'approche laclauienne appellent les membres de la discipline à œuvrer pour une politique de l'universalisme juridique :

> « *on assiste à la pratique croissante qui consiste à formuler des revendications politiques dans un langage juridique par un nombre toujours plus grand d'acteurs internationaux : au sein des organismes relatifs aux droits de l'homme, des organes du commerce et de l'environnement, dans les tribunaux et organismes régionaux et universels et, qui plus est, dans les luttes concernant la mondialisation. Et toutes ces revendications deviennent part intégrante d'un processus de construction d'une communauté politique universelle* »[715].

Le problème de cet appel est qu'il est vulnérable à la critique de l'utopie. En effet, il ne prend nullement en compte les contraintes structurelles qui limitent la possibilité même de contestations hégémoniques. Il ne prend pas en compte les fausses contingences : « *If we need to be on guard against false necessity, we need also to be on guard against what might correspondingly be termed false contingency. For just as things do not have to be as they are, so too history is not simply a matter of chance*

---

[711] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 334.

[712] La notion d'hégémonie « *sert à révéler le caractère politique (au sens large) des relations sociales, et le fait que ces dernières sont toujours le résultat de modes d'institution qui leur confèrent leur forme et leur signification* ». Laclau (E.) et Mouffe (M.), *Hégémonie et stratégie socialiste : vers une politique démocratique radicale* Besançon, Les Solitaires intempestifs, 2009, p. 282.

[713] « *Resisting closure and permanent institutional hierarchies, it is hard to see what else could be suggested in institutional terms than imagine global law (as international law once was) as* Koordinationsrecht, *a "collision law" providing techniques for articulating and deciding conflicts between overlapping regimes. This is suggested both by the systems-theoretical perspective of Gunther Teubner and in the Study Group of the ILC* ». Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 330. Voir aussi Laclau (E.) et Mouffe (M.), *ibid.*, pp. 305-306.

[714] La politisation ouvrirait donc la voie à la critique : « *(re)définir le sens de l'existence collective est la fonction des luttes hégémoniques autour de l'interprétation des principes et de l'articulation des luttes qui animent la société démocratique* ». Vitiello (A.), « L'itinéraire de la démocratie radicale », *supra* note 611, p. 211.

[715] Koskenniemi (M.), « Le droit international et l'hégémonie : une reconfiguration », p. 320, *in La politique du droit international*, *supra* note 8.

and will. The concept of false contingency refers to this idea »[716]. En bref, il ne suffit pas de dire que le potentiel émancipateur du droit tient à sa capacité de pluraliser les espaces de luttes ; encore faut-il analyser dans quelle mesure il le fait ou non, et comprendre pourquoi.

La thèse des préjugés structurels cherche à répondre à cette critique, en s'attachant à montrer que « *even if it is possible to justify many kinds of practices through the use of impeccable professional argument, there is a structural bias in the relevant legal institutions that makes them serve typical, deeply embedded preferences* »[717]. Or cette thèse se révèle insuffisante aux yeux des marxistes, car elle met l'accent sur le rôle des individus et non sur celui des structures. En effet, elle amène les différentialistes à examiner la façon dont les régimes poursuivent leurs objectifs en pratique, étant donné que la réalisation de ceux-ci n'advient pas automatiquement. Si, par exemple, il est convenu de dire que l'objectif principal de l'ONU est de maintenir la paix et la sécurité internationales, reste à savoir ce que cela signifie en pratique : quelles sortes de paix et de sécurité voulons-nous ? Comment pouvons-nous y arriver ? Faut-il se concentrer sur le désarmement nucléaire, chercher à réduire les inégalités socio-économiques ou renforcer les mécanismes de sécurité régionale ? Le besoin de traduire les objectifs généraux en programmes d'actions et de répondre à de nouvelles situations rend indispensable la présence d'« experts »[718] (tels que des juristes, des économistes, des politologues, des experts en développement, des scientifiques, etc.). Membres des organes de suivi des traités, des groupes de contrôle, des comités d'évaluation, etc., ce sont eux qui sont chargés de mettre en œuvre les objectifs des institutions. Et ce sont les décisions de ces individus (et non pas les facteurs « structurels » au sens marxiste) qui sont visées par la thèse des préjugés structurels.

Parce que la thèse des préjugés structurels ne répond que partiellement à la critique marxiste, les laclauiens doivent faire face à une autre critique. Dans la mesure où ils laissent les contraintes structurelles « *in the background, casting long shadows but rarely coming directly into view* »[719], leur approche serait politiquement conservatrice et non pas, comme ils disent, progressiste. Par exemple, Obiora Okafor soutient que la fragmentation du droit international remet beaucoup moins en cause les préférences traditionnelles du droit que ce qu'affirment les laclauiens, car elle ne modifie en rien les inégalités profondes entre le Nord et le Sud :

---

[716] Marks (S.), « False Contingency », *supra* note 675, p. 11.
[717] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. 606.
[718] Voir le chapitre 11 (« Le pragmatisme stratégique »), *infra*.
[719] Marks (S.), « False Contingency », *supra* note 675, p. 13. Voir aussi Knox (R.), « Marxism, International Law, and Political Strategy », *LJIL*, vol. 22, 2009, pp. 413-435.

« *Viewed from a third world place, it appears that the international legal order has experienced far less diversification and expansion than is commonly supposed and is in fact not nearly as fragmented as it can often appear from other perspectives* […] *The international legal order continues to help create, foster, maintain, and deploy a core/periphery distinction that has for centuries legitimized both the privilege and advantage of the first world and the marginalization and disadvantage of the third world* »[720].

B) UNE VOIE ALTERNATIVE ?

La position laclauienne cherche à être une voie alternative entre l'universalisme normatif (le constitutionnalisme) et le particularisme radical (le managérialisme). Or, elle n'y arrive pas.

À l'inverse des constitutionnalistes (et des pluralistes ordonnés), les différentialistes ne croient pas en la possibilité d'une *praxis* politique comme faisant émerger un bien commun par le biais du respect mutuel ou obligé de la discussion. Autrement dit, ils ne croient pas en la possibilité pour les acteurs internationaux de régler leurs conflits par une argumentation véritablement rationnelle. Dans leur perspective, « *le rôle central que joue la notion d'antagonisme* […] *rend impossible toute possibilité d'une réconciliation finale, d'un consensus rationnel quel qu'il soit, d'un « nous » pleinement inclusif* »[721]. Les solutions adoptées ne sont pas tant fondées sur la discussion rationnelle que sur la « *dynamique des passions* »[722] et elles aboutissent moins à un consensus inclusif qu'à un « *pluralisme agonistique* »[723]. On retrouve ici l'idée, propre au décisionisme, selon laquelle la politique est une affaire de décision et non pas de discussion, c'est-à-dire que la politique est indépendante d'une quelconque fondation argumentative parce qu'elle s'inscrit toujours dans le fond tragique de la lutte pour sa survie face à l'« ennemi ».

En effet, Chantal Mouffe insiste sur la nécessité de ne pas faire l'impasse sur la dimension de l'antagonisme qui est constitutive du politique. L'antagonisme est une possibilité toujours présente dans les sociétés. Mais encore faut-il savoir que, dans les sociétés démocratiques, l'antagonisme se transforme en « *agonisme* »[724]. La différence entre les deux tient au fait que, dans le cas de l'agonisme, il ne s'agit pas d'une confrontation de type ami/ennemi, mais d'une confrontation entre des adversaires qui reconnaissent la légitimité de leurs revendications respectives. C'est-à-dire que tout en sachant qu'il n'y a pas de solution rationnelle à leur conflit, « *ils s'accordent sur les principes éthico-politiques organisant leur association politique tout en*

[720] Okafor (O.), « Viewing International Legal Fragmentation from a Third World… », *supra* note 31, p. 122.
[721] Laclau (E.) et Mouffe (C.), *Hégémonie et stratégie socialiste*…, *supra* note 712, p. 33.
[722] Mouffe (C.), « Le politique et la dynamique des passions », *supra* note 550.
[723] Mouffe (C.), « Pour un pluralisme agonistique », *supra* note 710.
[724] L'agonisme (ou le modèle agonistique de la démocratie) est la « réponse » de Chantal Mouffe à Carl Schmitt. Mouffe (C.), « Pour un pluralisme agonistique », *supra* note 710.

demeurant en désaccord sur leurs interprétations »[725]. Dans ce cadre, les adversaires s'affrontent, au sens où ils veulent que leur interprétation des principes devienne hégémonique. Mais ils ne remettent pas en question le droit légitime de leurs rivaux à se battre pour faire triompher leurs opinions. Une telle confrontation entre adversaires correspond à ce Chantal Mouffe appelle la « lutte agonistique » et celle-ci « *est le signe d'une démocratie robuste* »[726].

Mais comment passe-t-on d'une situation d'antagonisme à une situation d'agonisme ? Comment s'assurer que la confrontation se fera entre adversaires, et non pas entre ennemis, sachant que cette distinction (ami/ennemi) est incompatible avec une vision pluraliste de la démocratie ? Bien que Chantal Mouffe ne réponde directement pas à ces questions, il faut, semble-t-il, pour passer d'une situation à l'autre, qu'il y ait un accord minimum préalable entre les adversaires quant à leur participation à une même communauté politique et à la reconnaissance de certains principes éthico-politiques. En même temps, l'idée qu'il existe un accord préalable et que celui-ci soit nécessaire à la démocratie radicale, rapproche celle-ci des perspectives (libérales) ouvertes par les analyses de Habermas sur la politique délibérative.

Ce flirt avec le libéralisme se retrouve également dans la pensée des internationalistes sensibles à l'approche laclauienne. Emmanuelle Jouannet l'a relevé à propos de la « culture du formalisme » de Martti Koskenniemi, ce qui lui a permis de qualifier ce dernier de « *libéral désespéré* »[727]. En défendant une « culture du formalisme », Martti Koskenniemi se positionne avant tout contre les thèses instrumentalistes. Il montre que le droit possède une autonomie formelle en tant que discours spécifique et il soutient que la forme juridique possède une qualité rare, celle de mettre les adversaires politiques sur un même pied d'égalité et d'englober les valeurs et les objectifs de tous[728]. Il n'empêche que le droit international demeure pour Martti Koskenniemi un instrument, c'est-à-dire l'instrument de la réalisation contingente des intérêts particuliers qui se font valoir à travers lui. Cette ambivalence le rend vulnérable aux critiques émises de part et d'autre. Pour les uns, la culture du formalisme n'est pas assez forte (c'est-à-dire, normative) pour être un instrument émancipateur. En effet, si le droit est rapporté à la politique individuelle des acteurs et à leurs stratégies, n'y a-t-il pas risque d'une

[725] Mouffe (C.), « Antagonisme et hégémonie. La démocratie radicale contre le consensus néolibéral », *La Revue Internationale des Livres et des Idées*, 6 mai 2010. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.revuedeslivres.net/articles.php?idArt=103
[726] Mouffe (C.), « Le politique et la dynamique des passions », *supra* note 550, p. 149.
[727] Formule de Mommsen à propos de Weber, repris dans « Présentation critique », *supra* note 8, p. 42.
[728] Koskenniemi (M.), « À quoi sert le droit international ? », *supra* note 380, p. 342.

dilution du droit dans la politique[729] ? Pour les autres, la culture du formalisme n'est pas assez réaliste ou ancrée dans la réalité, de sorte que son intention d'être une coquille vide (« *empty formalism* »[730]) permet la retranscription, en droit, de la loi du plus fort. Selon China Miéville, « *if we shift our focus from legal rules to the (singular) legal form, we* [*should*] *understand that law is an unchanging manifestation of the system of commodity exchange and 'exploitative class relations'* »[731].

Face à ces critiques, les laclauiens répondraient sans doute que leur voie alternative, celle qui cherche à éviter l'utopie du constitutionnalisme et l'apologie du managérialisme, est effectivement très précaire. Le potentiel émancipatoire du droit international est fugitif et transitoire, difficile à cerner. L'une de ses récentes manifestations est le soulèvement planétaire contre la guerre en Irak en 2003, car il reposait sur l'idée qu'il y a quelque chose d'irréductible (et d'irréductiblement bon) dans la forme juridique. C'est ce qui ressort du passage suivant :

> « *International law may act precisely as an instrument through which particular grievances may be articulated as universal ones and in this way, like myth, construct a sense of universal humanity through the act of invoking it. From such a perspective, the project of universal justice appears as a horizon at the intersection of a public realm of states regulated by international law and the civil society reaching beyond sectarian interests. That this intersection appears only occasionally, and even then in connection with events of exceptional magnitude, even scandal, is an aspect of the difficulty that any fundamental challenge to the iron laws of power must imply* »[732].

[729] La culture du formalisme implique que, « *pour comprendre la signification des actes et des normes juridiques, il faut remonter, au-delà des normes elles-mêmes, jusqu'au jeu des intérêts historiquement et socialement situés qui vont ainsi se réaliser par le biais du droit. Or arrivés là, on ne voit plus en quoi l'autonomie formelle du droit est préservée et on peut se demander si on n'assiste pas à une négation plus insidieuse du droit* ». Jouannet (E.), « Présentation critique », *supra* note 8, p. 41.

[730] Beckett (J.), « Rebel Without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project », *German L. J.*, vol. 7, n° 12, 2006, p. 1069.

[731] Orford (A.), « Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law. By China Miéville. Brill: Leiden, 2005 », *FYBIL*, vol. XVI, 2005, p. 419.

[732] Koskenniemi (M.), « What Should International Lawyers Learn from Karl Marx? », *supra* note 701, p. 246.

Conclusion

Du point de vue différentialiste, le terme « fragmentation » renvoie au phénomène de la différentiation fonctionnelle, c'est-à-dire au morcellement du droit (international) en une multitude de régimes qui se différencient non plus sur une base étatique mais sur une base fonctionnelle. Apparaissent ainsi, sur la scène mondiale, un droit de l'environnement, un droit du sport, un droit des droits de l'homme, un droit des investissements –bref, une pluralité de régimes qui transcendent la démarcation classique entre le droit étatique et le droit supra-étatique, ainsi que celle qui existe entre le droit privé et le droit public. La fragmentation du droit est telle que chaque régime tend à s'étoffer et à évoluer de manière autonome et cloisonnée par rapport aux autres. En effet, la poursuite de chaque fonction est alimentée par l'élaboration de normes spécifiques et par la création d'institutions spécialisées. Si bien que l'« international » ne peut plus être pensé sous le prisme d'un seul ordre juridique interétatique mais au travers de multiples régimes et modes de pensée spécialisés.

Pour les partisans de l'approche luhmannienne, le droit ne peut pas (et ne doit pas) être le système ordonnateur de tous les autres. En revanche, il peut (et doit) atténuer les dérives de la fragmentation sociétale, en assurant une compatibilité minimale entre ses propres fragments. Les partisans de l'approche laclauienne vont plus loin : en plus d'être un gentil civilisateur des systèmes sociaux, le droit peut (et doit) assurer le plus grand nombre de luttes hégémoniques. Ils vont plus loin que l'approche luhmannienne qui, selon eux, verse dans l'apologie, « [*because of*] *the way it ceases to pose demands on the world* »[733]. Le processus de différentiation tel que décrit par les luhmanniens ne laisse aucune place à l'idée de pathologie ou à une capacité critique[734]. À cela, les luhmanniens répondent que la thèse laclauienne relève de l'utopie, dans la mesure où elle prend la distinction (ami/ennemi) d'un régime spécifique (à savoir, le régime politique), pour la transposer à l'ensemble de la société et prétendre analyser tous les systèmes spécialisés.

[733] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law… », *supra* note 33, p. 23.
[734] Un auteur comme Ulrich Beck, par exemple, admet que Luhmann parvient à décrire l'irresponsabilité organisée de la société mais le critique pour sa conversion des faits en nécessités irrévocables qui signe son adhésion à une sorte de métaphysique cynique. Beck (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Champs Flammarion, 2001, 522 p.

Conclusion de la première partie

Le point de vue externe acquiert son identité en s'opposant ou en s'éloignant du point de vue interne, lequel est qualifié d'« irréaliste » (car déconnecté de la réalité) et de « *formalisme desséchant* »[735] (car raccroché à une conception surannée du droit). C'est la volonté d'adopter une démarche opposée qui rassemble les pluralistes et les différentialistes : alors que les tenants du point de vue interne cherchent à faire rentrer les phénomènes de fragmentation au sein d'une unité normative (« *comment s'assurer que la spécialisation et la déformalisation, nécessaires au développement du droit international, viennent renforcer sa constitutionnalisation et non pas mettre celle-ci en péril ?* »), les tenants du point de vue externe partent d'un constat de diversité factuelle avec lequel ils entendent mettre à jour le droit et, par là, diminuer ses prétentions normatives grandiloquentes (« *comment rapprocher le droit des besoins de régulation de la société mondialisée, quitte à ce qu'il cherche non pas à transformer celle-ci mais simplement à la réguler, à neutraliser ses excès ?* »).

Que le point de vue externe insiste sur le besoin de rapprocher le droit international de la réalité signifie qu'il faut embrasser sa tendance à la spécialisation et à la déformalisation. L'idée principale sur laquelle s'entendent les deux variantes du point de vue externe est que les relations de pouvoir s'organisent non plus sur une base territoriale (les États) mais aussi sur une base fonctionnelle (les régimes). Au sein des régimes, acteurs publics et privés choisissent ensemble, de manière quasi contractuelle, de réglementer leurs rapports par des mécanismes déformalisés, de nature plus technique que juridique. C'est ainsi que naît le droit « mondial ». Les pluralistes et les différentialistes sont cependant conscients du danger qui les guette, celui que le droit mondial ne se confonde à un point tel avec les processus de mondialisation qu'il ne fasse qu'avaliser et, par conséquent, que perpétuer les rapports de force et d'inégalité. C'est ce double mouvement –rapprocher le droit de la réalité mondialisée sans pour autant se laisser submerger par elle– qui les conduit à revisiter le projet internationaliste et à le remplacer, soit par un projet de gouvernance mondiale, soit par un projet de civilisation des systèmes sociaux.

[735] C'est ainsi que Jacques Chevallier qualifie la science du droit qui se désintéresserait des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit et qui se cantonnerait exclusivement au point de vue interne. Chevallier (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, vol. 50, 2002, p. 112.

Cela revient à dire que les partisans du point de vue externe appellent à continuer avec la spécialisation et la déformalisation du droit international en même temps qu'ils proposent de les contrôler. Mais à partir de là, de fortes différences apparaissent. D'un côté, les pluralistes semblent plus confiants. Il est possible de contrôler les phénomènes de fragmentation du droit, soit « *par harmonisation et entrecroisements multiples, dont la construction européenne offre des exemples* »[736], soit par un modèle de gestion, qui optimise la fragmentation du droit et qui assure la légitimité des solutions ainsi obtenues au regard des sentiments éthiques des acteurs. De l'autre côté, les différentialistes semblent prendre plus de précaution. La tendance générale à la spécialisation et à la déformalisation, si elle ne peut pas être inversée, peut à tout le moins être tempérée : soit en s'efforçant d'établir des passerelles entre les régimes juridiques, soit en s'assurant de la contingence de leurs rapports de force (« *resisting permanent institutional hierarchies* »[737]).

Mais on peut aussi présenter les choses inversement. Les pluralistes semblent à certains égards plus craintifs. L'absence d'ordre (ou d'unité) est une perspective inquiétante pour les pluralistes ordonnés et une réalité refoulée par les pluralistes managériaux. À plusieurs reprises, Mireille Delmas-Marty dénonce ces « *pratiques* [*qui*] *oscilllent* […] *entre un désordre de plus en plus anarchique et une hégémonie de moins en moins masquée* »[738]. Aux yeux des différentialistes, la la fragmentation de la société est une chance, car elle conduit à l'autonomisation des sphères sociales et, plus particulièrement, à l'émancipation des rationalités sociales vis-à-vis des secteurs de la politique et de l'économie. La fragmentation est le signe de la multiplication des possibles et, en ce sens, les collisions inter-systémiques ont cela de bon qu'elles témoignent du « *polythéisme moderne tardif* »[739], c'est-à-dire de la présence d'une multitude de rationalités sociales, incompatibles les unes avec les autres. C'est pour essayer de maintenir tant bien que mal cette pluralité contradictoire, pour éviter que la fragmentation de la société n'aboutisse à la domination par un seul sous-système et que la polycontextualité de la société ne se réduise en uniformité, que les différentialistes proposent de faire intervenir le système juridique.

[736] Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », *supra* note 119, pp. 103-104.
[737] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 316.
[738] Voir par exemple, Delmas-Marty (M.), *Le pluralisme ordonné…*, *supra* note 3, p. 9.
[739] Teubner (G.), « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *supra* note 419, p. 101. De nouveau, le lien avec Weber est évident. Voir à ce sujet, Colliot-Thélène (C.), *Max Weber et l'histoire*, Paris, PUF, 1990, p. 69.

Deuxième partie

Le point de vue interne

Introduction

Selon la définition proposée par H.L.A. Hart, les participants manifestent leur point de vue interne quand ils acceptent le droit comme leur fournissant des modèles pour leur conduite et des normes d'évaluation[740]. Du point de vue interne, donc, on utilise les règles et les principes, et on s'intéresse aux institutions juridiques, « *en cherchant à connaître leur signification pour ceux qui participent à leur interprétation en tant que juges, fonctionnaires ou citoyens* »[741]. Mais le point de vue interne peut aussi s'entendre dans un sens plus large, comme mettant l'accent sur le visage utopique et les aspirations normatives du droit[742]. Lorsque les tenants du point de vue interne proposent une lecture des phénomènes actuels (« *attempt to make sense of some (recent) developments in international law* »[743]), ils refusent d'abandonner leur ambition normative. Cela est nécessaire pour préserver l'existence même du « droit », comme l'a rappelé Christian Tomuschat dans son cours à La Haye en 1999 : « *international law must remain attuned to realities without, however, abandoning its normative pretence lieu of a purely empirical description of factual patterns of behaviour* »[744].

Par opposition au point de vue externe, qui insiste sur le besoin d'adapter le droit aux conditions factuelles, le point de vue interne met l'accent sur l'intégrité du droit. L'intégrité ne requiert pas une cohérence de principe à toutes les étapes ou à tous les niveaux du droit ; pour reprendre les termes de Ronald Dworkin, « *elle commande une cohérence de principe plus horizontale que verticale, dans toute l'étendue de la gamme de normes juridiques qu'applique à présent la collectivité* »[745]. Dans le débat sur la fragmentation du droit international, le « droit comme intégrité » conduit les tenants du point de vue interne à récuser la position pluraliste managériale et la position

---

740 Hart (H.L.A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, trad. par M. van de Kerchove, 2ème éd., 2005, p. 260. Sur l'engagement « éthique » du participant au point de vue interne, voir Guastini (R.), « Le "point de vue" de la science juridique », *Analisi e diritto*, 2006, pp. 137-145.

741 Leader (S.), « Interne/externe (Perspective) », *supra* note 49, p. 312.

742 En particulier, l'idéal de la prééminence du droit vise à remplacer le pouvoir imprévisible et informel par une structure formalisée, prévisible et régularisée. « [*Law*] *does not usually take away the prerogatives of the economically, politically, military, or culturally powerful. It may, however, require that their power be exercised through relatively predictable procedures* ». Cotterrell (R.), *Law's community*…, *supra* note 51, p. 18.

743 Tomuschat (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 43.

744 *Ibid.*, *loc. cit.*

745 Dworkin (R.), *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 249. Pour une analyse critique, voir Troper (M.), « Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin », *Droit et Société*, vol. 2, 1986, pp. 53-70.

différentialiste. L'hypothèse d'une société régie par des régimes fonctionnant à des vitesses variées, orientés vers la seule poursuite de leurs objectifs et dépourvus de limites extérieures, est problématique en ce qu'elle ne profiterait qu'aux plus puissants. Pour éviter cela, il faut assurer une cohérence normative entre les régimes spécialisés ou, pour le dire autrement, il faut limiter la politique par le droit en réunissant les régimes spécialisés autour de règles (matérielles ou processuelles), lesquelles seront interprétées par des institutions de droit public[746]. Telle est l'ambition du constitutionnalisme mondial : il est à la fois possible et désirable d'unifier la société mondiale en unifiant les régimes spécialisés autour d'un certain nombre de règles, de procédures et d'institutions communes. (Titre 3)

Le point de vue interne se présente aussi sous une forme plus modeste ou pragmatique. Ses partisans estiment qu'il n'est pas possible d'assurer une cohérence normative sans examiner la façon dont les différents objectifs du droit international sont mis en œuvre. C'est que la spécialisation continue de la discipline se fait d'une manière qui n'est pas sans rappeler l'adage selon lequel un homme avec un marteau voit tous les problèmes sous la forme de clous[747]. Cela signifie que la résolution des conflits découlera nécessairement de la façon dont ces conflits sont appréhendés par les experts chargés de les résoudre[748]. La question qui se pose est la suivante : pour éviter que chaque régime spécialisé voit sa logique renforcée, comment faire pour que les experts attaquent leurs présupposés au lieu de les renforcer ? (Titre 4)

---

[746] « [*L'*]*universalité* [*de la communauté internationale*] *est béante d'une diversité souvent ressentie non comme une richesse, mais comme source de revendications et d'affrontements. Il nous faut encore élaborer des règles et institutions qui permettent aux multiples aspirations de cohabiter et de s'assurer qu'elles soient appliquées de manière équilibrée et impartiale* ». Boisson de Chazournes (L.), « Le droit international, « la vie des autres » et le monde « un » : quelques notes tirées d'un carnet de voyage », p. 109, *in* Jouannet (E.), Ruiz Fabri (H.) et Sorel (J.-M.) (*dir.*), *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone, 2008, 462 p.

[747] Kennedy (Da.), « Tom Franck and the Manhattan School », *NYU JILP*, 2002-2003, p. 399.

[748] On retrouve ici la critique que Stanley Fish a formulé à l'encontre de la théorie de Dworkin : les juges ne choisissent pas le principe d'intégrité, ils l'adoptent au titre de « sens commun » propre à l'activité juridique. Voir Ost (F.) et van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau…*, *supra* note 59, pp. 424-426.

Titre 3

La position constitutionnaliste

Introduction

Le constitutionnalisme mondial (ou global) est sans doute la position la plus connue dans le débat sur la fragmentation du droit international. Pour la définir, le plus simple est de partir des définitions proposées par ceux et celles qui s'y identifient. Armin von Bogdandy qualifie le constitutionnalisme de « *vision* […] *striving for a global legal community that frames and directs political power in light of common values and a common good* »[749]. Anne Peters définit le constitutionnalisme mondial comme « *un courant de pensée et un agenda politique qui prônent l'application de principes constitutionnels, tels que la règle de droit, la balance des pouvoirs, la protection des droits de l'homme, et éventuellement aussi la démocratie, dans la sphère juridique internationale, avec pour but d'améliorer l'effectivité et l'équité de l'ordre légal international* »[750]. Pour Mathias Kumm, il s'agit d'établir « *an integrative basic conceptual framework or a general theory of public law that integrates national and international law* »[751]. Que ces trois partisans de l'approche constitutionnaliste soient d'origine allemande n'est pas anodin, le constitutionnalisme mondial (« *Global Verfassungsrecht* ») étant une vision du monde à dominante germanophone[752]. Au delà de leurs désaccords, ces auteurs plaident tous pour le développement d'un système constitutionnel international de gouvernance mondiale[753].

---

[749] Von Bogdandy (A.), « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 223.

[750] Peters (A.), « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », p. 365, *in* Ruiz Fabri (H.), Jouannet (E.) et Tomkiewicz (T.) (*eds.*), *Selected Proceedings of the European Society of International Law*, Oxford, Hart, 2008, 458 p. Voir aussi Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *LJIL*, vol. 19, 2006, p. 583.

[751] Kumm (M.), « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism », p. 264, *in* Dunoff (J.) et Trachtman (J.) (*eds.*), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, CUP, 2009, xvi-414 p. [ci-après, *Ruling the World?*]

[752] Paulus (A.), *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuching zur Entwicklung des Völkerrenchts im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 2001, xix-495 p. De la Rassila del Moral (I.), « At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times », *ICON*, vol. 8, n° 3, 2010, p. 585. Schwöbel (C.), « The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers », *German L. J.*, vol. 13, n° 1, 2012, pp. 19-20. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, pp. 215 et 230.

[753] Weller (M.), « The Struggle for an International Constitutional Order », p. 180, *in* Armstrong (D.) (*éd.*), *Routledge Handbook of International Law*, New York, Routledge, 2009, 504 p. La thèse principale du constitutionnalisme mondial consiste donc à séparer le concept de constitution de celui d'État, alors que, traditionnellement, l'un ne pouvait aller sans l'autre. Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens… », *supra* note 215, p. 184. Il en va de même pour le concept de droit administratif et celui d'État, qui sont traditionnellement associés. Voir Cassese (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2007, étude 8. Sur les liens entre le constitutionnalisme et l'État-Nation, voir Cottier (T.) et Hertig (M.), « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck UNYB*, vol. 7, 2003, pp. 288-291.

L'idée d'unifier la société (mondiale) sous une structure constitutionnelle (mondiale) trouve sa source en droit constitutionnel interne : « *In the same vein in which a constitution unifies the domestic polity in one legal superstructure, a developed, institutional reading of international law would unify the international community in a single coherent constitutional structure* »[754]. Cette source d'inspiration est pleinement assumée par les internationalistes sensibles au constitutionnalisme. Ces derniers n'hésitent pas à établir des parallèles avec le modèle national pour étayer leur construction au niveau mondial. À titre d'exemple, ils relèvent les origines historiques du constitutionnalisme en tant que combat contre l'arbitraire, contemporain des révolutions française et américaine[755]. Forts de cet héritage, ils insistent sur le potentiel critique du constitutionnalisme en tant que mouvement opposé à la culture dominante de l'establishment[756]. Wouter Werner résume bien les deux éléments sur lesquels le constitutionnalisme mondial prend appui : « *The constitutional reading of international law* […] *aims at the realisation of some core values borrowed from modern, domestic constitutionalism. Two values are particularly important for international constitutionalism: (1) the limitation of political power through legal rules and institutions, and (2) the creation of legal and political unity (and the corresponding notions of legal hierarchy and integration)* »[757].

Il ne faudrait pas croire que les réflexions actuelles sur le constitutionnalisme mondial soient inédites. En effet, cela fait près d'un siècle que les internationalistes s'inspirent du modèle interne pour affermir leur projet visant à assurer la prééminence du droit dans les relations inter-étatiques, par la mise en place de ce que Immanuel Kant appelait un « *droit public de l'humanité* »[758]. On peut même penser que l'idéal kantien d'une fédération d'États libres et égaux, qui assurerait la paix mondiale tout en préservant la liberté des peuples[759],

---

754 Paulus (A.), « The International Legal System as a Constitution », p. 69, *in Ruling the World?*, *supra* note 751.
755 Voir notamment Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 582.
756 Ces arguments sont souvent avancés par les partisans du constitutionnalisme matériel mais on les retrouve aussi dans le discours sur le constitutionnalisme processuel, comme en témoignent les propos suivants de Nico Krisch : « *the GAL approach resembles the early steps of continental European administrative law systems in the ninetheenth century, most of which developed in a normatively largely unsatisfactory –usually monarchical, often authoritarian– environment* ». Krisch (N.), « Global Administrative Law and the Constitutional Ambition », p. 258, *in* Dobner (P.) et Loughlin (M.) (*dir.*), *The Twilight of Constitutionalism ?*, Oxford, OUP, 2010, xvi-352 p.
757 Werner (W.), « The Never-Ending Closure: Constitutionalism and International Law », p. 346, *in* Tsagourias (N.) (*éd.*), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge, CUP, 2007, 392 p. Dans le même ordre d'idées, Günther Frankenberg affirme : « *Any modern constitution* […] *has to address the double task that modern societies are confronted with –the foundation of legitimate authority and the problem of social integration* ». Frankenberg (G.), « The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism », *Euro. L. J.*, vol. 6, n° 3, 2000, p. 258.
758 Kant (E.), *Pour la paix perpétuelle*, Trad. de J. Lefèbvre, PUF (1985), Paris, 1795, p. 33. Sur le projet kantien, voir Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *Arch. de philo. du droit*, vol. 47, 2003, pp. 191-232.
759 *Ibid.*, p. 46 et suivantes. Sur les fluctuations de Kant quant à la forme la plus désirable pour la communauté universelle, voir Renaut (A.), « Le refus de la république universelle », p. 471, *in* Renaut (A.), *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, 512 p.

sous-tend la discipline internationaliste depuis ses débuts : « *International law was never a sociologically thick aspect of the international world. Since its inception, however, it has been embedded in the optimistic trajectory sketched by Kant in his 1784 essay on 'The Idea for Universal History with a Cosmopolitan Purpose'. Whatever doubts may be voiced against the natural teleology animating this essay, that Idea has informed much of the political project behind of international law* »[760]. C'est dans l'entre-deux guerres que ce projet cosmopolite a pris une forme institutionnelle (Chapitre 7).

Ce qui est nouveau, en revanche, c'est la façon dont le processus (et même le projet) de constitutionnalisation de l'ordre juridique international est présenté comme un mécanisme de compensation pour la « déconstitutionnalisation » des ordres juridiques internes. Anne Peters explique que « *the constitutionalist reconstruction of international law might be a reasonable strategy to compensate the de-constitutionalization on the domestic level which is effected by globalization and global governance* »[761]. Cela laisse entendre que les phénomènes de mondialisation affecteraient également l'organisation des ordres juridiques internes, mais de manière inversée à ce qui se passerait au niveau mondial, de sorte que les ordres juridiques internes seraient en voie de déconstitutionnalisation, tandis que l'ordre juridique international, lui, serait en train en voie de constitutionnalisation. Ainsi est-on invité à se représenter le droit interne et le droit international comme des vases communicants : « *Domestic societies* […] *are undergoing a process of de-constitutionalization, partly as a result of globalization* […] [*whereas*] *the international society would seem to be undergoing a process of constitutionalization* »[762].

Dans les deux cas de figure, les phénomènes de mondialisation posent la question de la place de l'État et de son pouvoir régalien. En droit interne comme en droit international, les réflexions constitutionnelles partent du même constat, celui de la perte de contrôle de l'État sur ce qui était autrefois la sphère publique. La souveraineté est l'objet d'une porosité croissante, aussi bien sur le plan institutionnel (les organes de l'État sont de plus en plus contraints par des normes extérieures) que sur le plan matériel (la sphère privée empiète sur

---

[760] Koskenniemi (M.), « Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalisation », *supra* note 371.

[761] Peters (A.), « Conclusions », p. 347, *in* Klabbers (J.), Peters (A.) et Ulfstein (G.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, OUP, 2009, xx-393 p. [ci-après, *The Constitutionalization of International Law*] Voir aussi Bryde (B.O.), « International Democratic Constitutionalism », p. 121, *in* MacDonald (R.) et Johnston (D.) (*eds.*), *Towards World Constitutionalism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, XIII-939 p. Une idée semblable est suggérée par Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard Stewart à propos du droit administratif global : celui-ci offrirait de nouvelles perspectives pour son pendant interne. Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « L'émergence du droit administratif global », p. 381, *in* Bories (C.) (*dir.*), *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law ?*, Paris, Pédone, Cahiers internationaux, n° 28, 2012, 393 p. [ci-après, *Un droit administratif global ?*]

[762] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 7.

les fonctions régaliennes de l'État)[763]. Les « *fonctions de régulation juridique* »[764] qui étaient assurées par l'État sont désormais fragmentées, nécessitant la coopération de nouveaux acteurs (privés ou hybrides). Ceci conduit les constitutionnalistes à reconnaître que l'État n'est plus le seul producteur de normes et qu'il n'occupe plus, à lui seul, la position d'autorité suprême[765]. Ils ne vont toutefois pas jusqu'à promouvoir, comme le font les auteurs différentialistes, l'avènement d'un « *droit mondial sans État* »[766]. Ils proposent plutôt de repenser le droit avec de « meilleurs » États, c'est-à-dire des États disposés à ce que leurs pouvoirs souverains soient limités (sur la scène internationale) et enclins à procéder à des réformes démocratiques (internes)[767].

En somme, le constitutionnalisme mondial se présente comme un « *effort conceptuel et pratique de grande ampleur* »[768] en vue d'affronter la manière dont nous sommes gouvernés au niveau mondial et d'appréhender des thèmes tels que la construction progressive de notre société globale à venir, la manière dont le pouvoir y est exercé, les fins auxquelles ce pouvoir est utilisé, etc. Cet effort s'appuie sur le modèle de droit public (constitutionnel). Il est bien connu que, contrairement au droit privé qui s'intéresse aux relations entre particuliers, le droit public régit l'organisation interne de l'État de même que les relations qu'entretiennent l'État et l'administration publique avec les particuliers. Transposé au niveau international, le modèle de droit public implique que les États ainsi que toute institution exerçant l'autorité publique doit être assujettie aux règles de droit : « *empowered international institutions should be under constitutional control, in the form of democratic guarantees, rules of law, and protection of human rights* »[769].

---

[763] Sorel (J.-M.), « La constitutionnalisation du droit international : conflits et concurrence des sources du droit ? Fausse querelle, mais vraies questions », p. 23, *in* Ruiz Fabri (H.) et Rosenfeld (M.) (*dir.*), *Repenser le constitutionnalisme*, *supra* note 118.

[764] Dans son compte-rendu du *Dictionnaire de la globalisation* paru en 2010 et dirigé par André-Jean Arnaud, Thierry Delpeuch explique que plusieurs fonctions de régulation juridique, auparavant assumées par des autorités publiques, sont désormais confiées à des acteurs privés. Parmi ces fonctions « privatisées », on retrouve la définition des normes techniques, les prestations dédiées au maintien de la sécurité, le règlement des différends entre entreprises et le maintien des règles du marché financier par les places boursières. Delpeuch (T.), « Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du *Dictionnaire de la globalisation* », *Droit et Société*, vol. 82, 2012, p. 754.

[765] Ils s'intéressent aux nouvelles formes de régulation par les « opérateurs globaux ». Cette expression est utilisée par Ludovic Hennebel pour qualifier les administrations globales étudiées sous le projet du droit administratif global. Hennebel (L.), « Penser le droit administratif global », pp. 65-81, *in Un droit administratif global ?*

[766] Comme l'explique Mattias Kumm : « *Globalization has not led to a world in which borders are irrelevant. But it has led to a world in which decisions on how borders are relevant are increasingly made outside of the national domestic process* ». Kumm (M.), « The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL*, vol. 15, 2004, p. 913.

[767] Cassese (S.), *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 15.

[768] Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens… », *supra* note 215, p. 184. Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty…*, *ibid.*, p. 84 : « *Constitutionalization is not only a matter of the legal entrenchment of fundamental values by courts, it is not only about power limitation but also about power creation and generation and it always involve questions of political processes, political form, and political legitimacy of constitution-making power(s) —i.e. who this must involve (to whom a constitution can be ascribed) and how to conceptualize it* ».

[769] Ulfstein (G.), « Constitutionalization: What is the Value Added ? », *EJIL: Talk!*, 19 juillet 2010. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : www.ejiltalk.org/constitutionalization-what-is-the-value-

Deux modèles (ou deux projets) de transposition du droit public peuvent être distingués au sein de la discipline du droit international. Le premier, fort ambitieux, propose de refonder l'ensemble du droit international sur la base d'un bloc de constitutionnalité. Le second, plus modeste, propose de compléter le droit international en développant un droit administratif global. Il s'agit respectivement d'une variante matérielle (Chapitre 8) et d'une variante processuelle (Chapitre 9) du constitutionnalisme mondial.

added/

Chapitre 7

Le projet de constitutionnalisation du droit international

« *Dans la mesure où le droit international pénétrera dans des domaines jusqu'ici réservés aux ordres juridiques nationaux, il renforcera sa tendance à régler directement la conduite des individus* […] *Parallèlement se formeront des organes centraux chargés de la création et de l'application des normes du droit international* »[770].

De manière très générale, le constitutionnalisme s'inscrit dans une conception libérale du droit public « *qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu* »[771]. Transposé au niveau mondial, le constitutionnalisme vise à assurer la prééminence du droit international (« *international rule of law* ») afin de limiter l'usage de la puissance publique, et ce, au bénéfice des individus. Dans ce schéma, le droit interne et le droit international sont les deux faces d'un même phénomène juridique, l'un tourné vers l'intérieur et l'autre vers l'extérieur, de telle sorte que les individus sont les destinataires ultimes du droit international et la paix, l'un de ses postulats fondamentaux[772]. Le droit international se présente comme le droit public d'une communauté mondiale, ses règles et ses institutions menant progressivement mais inéluctablement vers un fédéralisme mondial.

C'est dans l'entre-deux-guerres que ce rêve d'un « État cosmopolite universel » a pris une forme institutionnelle. C'est en effet au cours de cette période que la pensée constitutionnaliste a atteint son paroxysme au sein de la discipline (§1). Elle est revenue en force au début des années 1990, sous des formes plus variées. Le constitutionnalisme mondial se présente

[770] Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thévenaz, Boudry-Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 2ème éd., 1988, p. 181.

[771] Raynaud (P.), « Constitutionnalisme », pp. 266-271, *in* Alland (D.) et Rials (S.) (*dir.*), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, xxv-1649 p. Sur les liens entre le libéralisme politique et le constitutionnalisme mondial, voir aussi Schwöbel (C.), « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *Int'l J. Cons. L.*, vol. 8, n° 3, 2010, pp. 611-635.

[772] Telle est la position, par exemple, de Hans Kelsen. Kelsen (H.), *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press. 1944, xii-155 p. On retrouve le même postulat chez Sir Hersch Lauterpacht : « *Peace is pre-eminently a legal postulate. Juridically, it is a metaphor for the postulate of the unity of the legal system* ». Lauterpacht (H.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, The Clarendon Press, 1933, xxiv-469 p.

aujourd'hui sous de nombreuses variantes, lesquelles s'opposent parfois ouvertement les unes aux autres. Qui plus est, il n'y a plus guère d'internationalistes pour parler ouvertement de fédéralisme mondial, et encore moins d'État cosmopolite universel, même parmi ses plus ardents défenseurs. Ceux-ci prônent désormais une lecture modérée ou réaliste du projet constitutionnaliste : « *A 'moderate' constitutionalist reading in no way implies a uniform, coherent world constitution, and certainly does not imply the quest for a world state. The idea is not to create a global, centralized government, but to constitutionalize global (polyarchic and multi-level) governance* »[773]. Les constitutionnalistes participent de nos jours à des discussions très techniques sur les éléments constitutionnels « transposables » en droit international, sur la défense des droits fondamentaux, ou encore sur le « déficit démocratique » des institutions internationales (§2).

§1. LE CONSTITUTIONNALISME DE L'ENTRE-DEUX-GUERRES

Rares sont les tentatives de généalogie du constitutionnalisme en droit international. Les auteurs se limitent généralement à noter qu'il s'est développé dans les pays germaniques durant l'entre-deux-guerres avant de s'attarder sur la période, plus féconde, qui a suivi la fin de la guerre froide. Il est vrai que ce sont les internationalistes (souvent germanophones) de l'entre-deux-guerres qui ont posé les jalons de la pensée constitutionnaliste telle qu'on la retrouve encore aujourd'hui au sein de la discipline. Encore faut-il comprendre que cette démarche n'était ni évidente ni anecdotique. Voulant pallier les déficiences de la doctrine d'avant-guerre et du droit diplomatique de la Haye (jugés responsables de la guerre), les auteurs de l'époque ont cherché tout à la fois à critiquer la souveraineté étatique (A), à séparer le droit international public du droit international privé et à réarticuler la mission de civilisation du droit international en des termes universels, avec comme nouveaux représentants les organisations intergouvernementales (B)[774]. En effet, il n'était plus possible de présenter le droit international comme un projet de réforme libéral en Europe et comme un projet de civilisation en Orient. Se profile en lieu et place une conception scientifique ou technique du droit international, étayée par des analogies avec le droit interne. L'aspiration

[773] Peters (A.), « The Constitutionalization of International Law: Conclusions », *EJIL: Talk!*, 28 juillet 2010. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-conclusions/ On peut toutefois penser que la dénotation n'a pas changé : aujourd'hui encore, dit Michel Troper au sujet de la constitution européenne, lorsqu'on fait l'usage du mot constitution, « *on veut donner l'impression que ce que l'on est en train d'opérer, c'est l'entrée dans un processus irréversible de formation d'un État* ». Troper (M.), « Entretien : Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », p. 102, *in Les Constitutions possibles de l'Europe*, PUF, revue « Cités », 2003, 189 p.

[774] Cet arguments est tiré de Koskenniemi (M.), « Nationalism, Universalism, Empire: International Law in 1871 and 1919 », université de Columbia, avril 2005. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Columbia%200405.pdf

cosmopolitique d'avant-guerre est reformulée en des termes qui se veulent plus inclusifs, plus techniques et plus neutres –en bref, en des termes constitutionnels.

A) LA SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE CRITIQUÉE

C'est tout d'abord au nationalisme et à la souveraineté que s'attaquent les internationalistes de l'entre-deux-guerres. L'une des critiques méthodologiques les plus énergiques est formulée par Hans Kelsen[775]. Selon lui, il est erroné de dire que l'État est une entité qui précède le droit ou qui le domine, car l'État est construit par le droit. L'État n'est pas autre chose que la personnification de l'ordre juridique valide sur un territoire à un moment donné[776]. En tant que juriste, s'interroger sur la place de l'État sur la scène internationale revient donc à s'interroger sur les rapports entre l'ordre interne et l'ordre international. Si Kelsen estime que le monisme (par opposition au dualisme) s'impose par la raison, il reconnaît que la priorité accordée à l'un ou l'autre des deux ordres est un choix politique ou éthique[777]. Il donne ouvertement la priorité au droit international sur la base de son engagement pacifiste et internationaliste[778]. Ce monisme le conduit à défendre l'idée d'une communauté humaine mondiale unifiée sous l'égide d'un État fédéral mondial[779], ainsi qu'en témoigne les lignes de sa *Théorie pure du droit* de 1934 : « *en relativisant la notion de l'État et en fondant l'unité théorique de tout ce qui est juridique, la Théorie pure crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, dotée d'une organisation juridique centralisée* »[780].

Tandis que Kelsen critique la souveraineté et assigne au droit international un caractère supérieur par une analyse formelle des « rapports de systèmes », c'est par un langage inspiré du droit naturel que son élève, Alfred Verdross, arrive à un résultat similaire. Dans son ouvrage *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* publié en 1926, il explique que le droit international n'est pas un simple agrégat de « fragments » (à savoir, les États) indépendants les

---

[775] Il y avait également les critiques de nature sociologique, discutées dans le premier chapitre. Georges Scelle est l'un de ceux qui, dans l'entre-deux guerres, a valorisé le principe d'une communauté mondiale solidaire au détriment de la souveraineté des États.

[776] Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *supra* note 770, p. 171.

[777] Selon Kelsen, il découle de la raison que les deux ordres ne puissent pas être valides indépendamment l'un de l'autre (car cela signifierait qu'un même comportement puisse être à la fois permis et interdit). Kelsen (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926-IV, p. 213.

[778] Kelsen (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant, LGDJ, trad. par B. Laroche et V. Faure, 1997, p. 433.

[779] Telle est aussi l'interprétation de Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine… », *supra* note 758, p. 209.

[780] Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *supra* note 770, p. 196. Auparavant, en 1927, Kelsen écrit que la souveraineté doit être éliminée : « *Die Souveränität Vorstellung freilich muss radikal verdrängt werden* ». Kelsen (H.), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkrrechts*, Tübingen, Mohr, 1927, p. 320. Voir aussi Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 333.

uns des autres, mais bien un système universel qui repose sur un ordre fondamental unifié (« *einheitliche Grundordnung* »[781]), c'est-à-dire une constitution au sens matériel. Implicite, cette constitution regroupe toutes les normes relatives aux droits et aux obligations des États qui sont nécessaires à leur coexistence pacifique. Selon Verdross, cette constitution a été renforcée par la Société des Nations (SdN) nouvellement créée ; cette organisation constitue une étape cruciale dans l'émergence de ce qu'il appelle une « communauté juridique internationale organisée », proche de l'idéal kantien[782].

B) LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES, REPRÉSENTANTS DE L'UNIVERSEL

Les critiques proférées par les internationalistes de l'entre-deux-guerres à l'encontre de « *la souveraineté absolue des États* »[783] viennent mettre un terme à la mission civilisatrice de l'Europe. Ce sont désormais les organisations intergouvernementales –et en particulier la Société des Nations, nouvellement créée– qui sont les récipiendaires des espoirs cosmopolitiques des internationalistes. Ce déplacement des États souverains vers les institutions internationales a été finement analysé par David Kennedy. Ce dernier a montré comment, pour la discipline de l'après-guerre, « *the sense* [*was*] *that international institutions were necessary and desirable reactions to a disorganized world, distinguishing a preinstitutional from an institutionalized international order* »[784]. Les propos de Paul Otlet sont typiques de la pensée dominante de l'époque : il écrit à la fin de la guerre que l'universalisation du droit international ne pourra plus être l'apanage d'une poignée d'États, car l'histoire montre qu'elle peut être manipulée à des fins nationalistes. L'universalisation du droit international nécessitera la mise en place d'un forum universel : seul l'ensemble des Nations pourra légitimement décider de ce que « *sera* [...] *le monde au lendemain de la guerre* » en élaborant une « *constitution internationale* »[785].

L'idée qui domine la discipline est donc celle de dépasser l'inter-étatisme par une organisation politique centralisée qui disposerait de moyens de contrainte ou de persuasion

---

[781] Verdross (A.), *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, Springer, 1926, p. 12, cité par Fassbender (B.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 28. Pour une analyse en langue française, voir Lagrange (E.), « Retour sur un classique : A. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926 », *RGDIP*, n° 4, 2008, pp. 973-984.

[782] Kant (E.), *Pour la paix perpétuelle*, trad. de J. Lefèbvre, Paris, PUF (1785), 1985, 188 p. Sur les fluctuations de Kant quant à la forme la plus désirable pour la communauté universelle, voir Renaut (A.), « Le refus de la république universelle », p. 471, *in* Renaut (A.), *Kant aujourd'hui*, Aubier, Paris, 1997, 512 p.

[783] « *Il faut* […] *cesser de parler de la souveraineté absolue de l'Etat, de sa volonté arbitraire à l'intérieur et de son indépendance illimitée à l'extérieur, double erreur qui a ébranlé et corrompu tout le droit public* ». Le Fur (L.), « Philosophie du droit international », *RGDIP*, 1916, p. 582.

[784] Kennedy (Da.), « The Move to Institutions », Cardozo Law Review, vol. 8, 1986-1987, p. 845.

[785] Otlet (P.), *Constitution mondiale de la Société des Nations. Le nouveau droit des gens*, Genève, Editions Atar, 1917, p. 5.

sur les États ainsi que d'un pouvoir de coordination vis-à-vis des institutions techniques et régionales. De fait, à partir de 1919, c'est à la SdN qu'il incombe de maintenir la paix internationale, de coordonner le règlement pacifique des différends et de superviser la coopération interétatique. Le langage constitutionnel sert à qualifier le Pacte de la SdN : celui-ci est appelé « *charte internationale de l'humanité* »[786], « *fundamental charter of the international society* »[787], etc. Pour certains, le caractère constitutionnel du Pacte tient avant tout à ses dispositions relatives à la sécurité collective[788]. Pour d'autres, cette épithète tient plutôt à la charge qui incombe à la SdN d'administrer les affaires internationales, si l'on tient compte des organisations fonctionnelles (telles que l'OIT) ainsi que des unions administratives qu'elle encadre. Ce « *premier essai de « fédéralisme » administratif* »[789] va rapidement faire l'objet de théorisations, certains auteurs voyant dans ces développements l'émergence d'une administration internationale ou d'un droit des unions internationales[790].

Cette lecture fédéraliste s'applique également au fonctionnement interne des organisations internationales. Puisque l'Assemblée générale de la SdN est assimilable à un Parlement et puisque le Conseil équivaut à un organe exécutif, la question qui se pose est de savoir si la Société des Nations constitue un « *super-État* »[791]. Avec la Cour permanente internationale de justice, créée en 1922, la fonction juridictionnelle n'est pas en reste. La Cour est destinée à occuper une place importante dans la vie internationale, comme l'énonce son Président Max Huber dans son discours inaugural : « *la Cour, en raison de sa fonction judiciaire, doit s'élever au-dessus de la mêlée où s'affrontent les intérêts et les passions des hommes, des partis, des classes, des nations et des races.* […] *Ainsi la Cour, par la vertu même de son institution, retient et cultive des données communes à l'humanité toute entière. On lui demande de contribuer à la paix en réglant les différends qui lui sont soumis. Peut-être y contribuera-t-elle plus encore en faisant à ce propos sentir aux hommes ce qui, malgré tout, les unit* »[792].

---

[786] Le Fur (L.), « Philosophie du droit international », *supra* note 42, p. 588.
[787] Lauterpacht (H.), « Japan and the Covenant », *Political Quarterly*, vol. 3, 1932, p. 175.
[788] Lauterpacht (H.), « The Covenant as Higher Law », *BYIL*, vol. XVII, 1936, pp. 54-65.
[789] Daillier (P.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, , p. 70.
[790] Voir par exemple Rapisardi-Mirabelli (A.), « Théorie générale des unions internationales », *RCADI*, vol. 7, 1925-II, pp. 345-393. Gascon y Marin (J.), « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 1-76. Mirkine-Guetzévitch (B.), « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix (Droit constitutionnel de la paix) », *RCADI*, vol. 45, 1933, pp. 667-774. Négulesco (P.), « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, pp. 579-692. On verra au chapitre 9 que les promoteurs actuels du « droit administratif global » soulignent l'écho que leur entreprise fait aux démarches des auteurs du droit administratif international et du droit international administratif de la fin du 19ème et du début du 20ème siècles. Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « L'émergence du droit administratif global », *supra* note 761, p. 340.
[791] Scelle (G.), « La Société des Nations est-elle un super-Etat ? », *L'année sociologique*, tome 1, 1923-1924, pp. 703-705.
[792] Propos rapportés par le Président Basdevant de la CIJ dans l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, séance du 7 mars 1949.

Il faut ajouter que les organisations intergouvernementales, et la SdN en particulier, ne sont pas les seules à susciter des analogies avec les institutions de droit interne. Le droit international *dans son ensemble* est présenté comme n'étant pas fondamentalement différent du doit interne, étant donné qu'il gouverne la société internationale (plus ou moins) de la même façon que le droit interne gouverne les sociétés internes. Ces analogies visent à montrer que le droit international, loin d'être primitif, est techniquement semblable à n'importe quelle autre branche du droit. C'est-à-dire que même si le droit international est entaché de certaines imperfections (telles que le caractère volontaire du règlement des différends par un tiers), celles-ci ne portent pas atteinte à l'intégrité du système, d'autant plus qu'elles s'effaceront avec le temps[793]. Sir Hersch Lauterpacht est un ardent défenseur de cette position ; il présente le droit international comme un système complet, semblable aux systèmes juridiques internes[794]. Réfutant l'existence de lacunes, il soutient que le droit international est nécessairement complet en raison de sa nature organique : dans l'hypothèse où la règle à appliquer n'est pas explicite, le juge a toujours la ressource de puiser dans le système juridique pour « construire » (et non « trouver ») une décision[795].

En résumé, c'est pendant l'entre-deux-guerres que la pensée constitutionnaliste s'est imposée au sein de la discipline. C'est au cours de ces années que le projet libéral international a pris une forme institutionnelle, qui consiste en l'établissement d'un ordre public international fondé sur les mêmes principes et les mêmes institutions que les ordres juridiques internes. Dès les années 1930, toutefois, cette construction par analogie montre ses limites : outre le faible recours à la première juridiction internationale permanente dotée d'une compétence générale, l'idée d'une législature internationale chargée de codifier et de développer le droit international échoue à la Conférence de codification de 1930[796]. Plus

---

[793] Lauterpacht (H.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, pp. 191 et s.

[794] Ces arguments sont développés dans Lauterpacht (H.), *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, London, Longmans, 1927, xxv-325 p. Lauterpacht (H.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon, 1933, xxvi-470 p.

[795] Selon Lauterpacht, la complétude « *is an a priori assumption of every system of law, not a prescription of positive law* ». Lauterpacht (H.), *The Function of Law in the International Community*, *ibid.*, p. 64. L'adjectif « organique » est généralement utilisé pour décrire la position de Ronald Dworkin. Guastini (R.), « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et Société*, vol. 2, 1986, p. 21.

[796] En 1927, l'Assemblée de la SdN adopte une résolution envisageant la création d'un organe permanent désigné sous le nom de Comité d'experts pour la codification progressive du droit international. Ce comité, composé de 17 experts, est chargé de dresser une liste de matières dont la solution par voie d'entente internationale paraît le plus souhaitable et réaliste. En 1927, l'Assemblée décide de réunir une conférence diplomatique en vue de codifier 3 des 5 matières qui, selon le Comité d'experts, ont atteint le « degré de maturité suffisant », à savoir : la nationalité, les eaux territoriales et la responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur le territoire. Des représentants de 47 gouvernements participent à la Conférence, qui a lieu

problématique, la mise en place d'un pouvoir exécutif centralisé (représenté par le Conseil de la SdN) n'empêche pas l'invasion de l'Italie en Abyssinie, ni celle du Japon en Mandchourie, ni la réoccupation de la Rhénanie par les troupes allemandes.

§2. LE CONSTITUTIONNALISME D'AUJOURD'HUI

Le déclenchement de la deuxième guerre mondiale mettra momentanément fin au projet constitutionnaliste et celui-ci restera en sourdine pendant plusieurs années. En effet, même si la Charte des Nations Unies est parfois qualifiée de « constitution »[797], l'état d'esprit dominant est teinté de réalisme. La doctrine précédente, celle de l'entre-deux-guerres, est qualifiée d'idéaliste, du fait que sa représentation du droit international se soit si violemment heurtée à la réalité[798]. Ces critiques n'affectent pas la foi internationaliste[799], mais il faudra attendre le début des années 1990 pour voir le projet cosmopolitique reprendre le dessus de la discipline (A). En quoi le constitutionnalisme d'aujourd'hui se distingue-t-il de celui d'hier (B) ?

A) LE RENOUVEAU DU CONSTITUTIONNALISME EN DROIT INTERNATIONAL

C'est un constat communément fait que « *since the 1990s, the use of constitutional language has gained increasing popularity in international legal parlance* »[800]. Cet engouement renouvelé pour le langage constitutionnaliste est à mettre en parallèle avec le renouveau du droit international dans les mêmes années[801]. Lorsque le mur de Berlin s'effondre en 1989, cela signifie à la fois la fin de la guerre froide et le retour du projet internationaliste qui pouvait (enfin) se matérialiser. En effet, on pensait que si le champ d'application du droit international avait été si restreint

---

en 1930, « *mais les instruments internationaux auxquels aboutirent les travaux ne portaient que sur la question de la nationalité. La Conférence n'a pas été en mesure d'adopter de conventions relatives aux eaux territoriales ou à la responsabilité des États. Aucune autre tentative de codification n'a été faite par la Société des Nations après 1930* ». *La Commission du droit international et son œuvre*, New York, Publication des Nations Unies, 2005, vol. I, pp. 3-4.

797 Kelsen (H.), *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens and Sons, 1950, XIVV-903 p. Voir plus généralement Landauer (C.), « Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter », *EJIL*, vol. 14, n° 4, pp. 767-799.

798 La nature « réaliste » de la Charte des Nations Unies par rapport à la celle du Pacte de la Société des Nations est clairement défendue par Gross (L.), « 1648-1948: The United Nations Charter and the Lodge Amendments », *AJIL*, vol. 41, 1947, p. 531.

799 « *The disunity of the modern world is a fact, but so, in a truer sense, is its unity. Th*[*e] essential and manifold solidarity, coupled with the necessity of securing the rule of law and the elimination of war, constitutes a harmony of interests which has a basis more real and tangible than the illusions of the sentimentalist or the hypocrisy of those satisfied with the existing* status quo ». Lauterpacht (H.), « The Reality of the Law of Nations », p. 26, *in* Lauterpacht (H.), *Collected Papers*, ed. E. Lauterpacht, t. II, 1970.

800 Werner (W.), « The Never-Ending Closure… », *supra* note 757, p. 329. Voir aussi Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, pp. 266-67.

801 Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law… », *supra* note 33, p. 3. Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 172.

pendant la guerre froide, cela était dû à une situation politique exceptionnelle opposant le bloc capitaliste au bloc socialiste, et donc qu'une fois cette situation résolue, il serait possible de reprendre le projet libéral d'un droit public régulant la société internationale à l'image de l'État de droit régulant les sociétés internes[802]. D'où les applaudissements lorsque le Conseil de sécurité réagit à l'invasion irakienne du Koweït en 1990 et lorsqu'il créa, quelques années plus tard, les deux tribunaux pénaux *ad hoc* pour juger des crimes de guerre en ex-Yougoslavie et au Rwanda sur la base du chapitre VII de la Charte de l'ONU. On notera que l'optimisme des internationalistes reposait sur une vision anti-formaliste de la sécurité collective, au sens où celle-ci devait être flexible et s'adapter aux nouvelles situations grâce à « *une interprétation téléologique des dispositions de la Charte* »[803]. Une application automatique ou littérale des règles, sans égard pour les injustices qui seraient causées ou pour celles qui resteraient impunies, porterait atteinte à la légitimité du droit international.

Rétrospectivement, on peut dire qu'il y a eu une euphorie au sein de la discipline, avec le sentiment d'assister à la renaissance d'un « *droit international providence* »[804]. Les avancées institutionnelles sont chaudement accueillies, à commencer par le traité constitutif de l'OMC et son système de règlement des différends, du fait qu'il participerait à la constitutionnalisation de l'ordre juridique international[805]. La création des TPI *ad hoc*, suivie de celle de la CPI, devaient annoncer un « *new world order based on the rule of international law* »[806], tandis que la mise en place d'une cour unique à Strasbourg devait faire de celle-ci « *le garant des droits de l'homme de quelques 800 millions d'Européens* »[807]. Dans les domaines où il était plus difficile de s'entendre sur des règles formelles et/ou sur des mécanismes formels de règlement des différends mais où le

[802] Cette vision du projet internationaliste libéré, en quelque sorte, par la fin de la guerre froide se retrouve aussi dans des écrits récents. Voir par exemple Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10ème éd., p. 5. Ghozali (N.-E), « La contribution du droit international à la démocratisation de l'État. Mutations du droit international public », *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VII/IX, 2004/2005, p. 213.
[803] Kerbrat (Y.), *La référence au chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, Paris, LGDJ, 1998, 120 p.
[804] Jouannet (E.), « À quoi sert le droit international ? : le droit international providence du XXIème siècle », *RBDI*, vol. 40, n° 1, 2007, pp. 5-51. Voir aussi Simma (B.) et Paulus (A.), « The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, vol. 9, n° 2, 1998, spé. pp. 274-275.
[805] Parmi les nombreux ouvrages consacrés à cette question, voir Cass (D.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, xxvi-266 p. Voir aussi Dunoff (J.), « Constitutional Conceits: The WTO's "constitution" and the Discipline of International Law », *EJIL*, vol. 17, 2006, pp. 647-675. Howse (R.) et Nicolaidis (K.), « Enhancing WTO's Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity? », *Governance*, vol. 16, 2003, pp. 73-94.
[806] Cassese (A.), « On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humantarian Law », *EJIL*, vol. 9, 1998, p. 8. Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, *supra* note 802, p. 275 : la création des deux TPI marquent l'« *affirmation progressive, universelle et essentiellement coutumière : celle d'une catégorie de droits de l'homme et d'obligations de droit humanitaire que les Etats membres de la communauté internationale ne sauraient laisser violer impunément parce qu'elles portent une atteinte grave à l'ordre public international* ».
[807] Veldkamp (A.), « Conseil de l'Europe : une cour unique européenne des droits de l'homme », *Int'l L. FORUM du DI*, vol. 1, 1999, p. 5.

besoin de régulation se faisait sentir, ce sont des conventions-cadres et des déclarations de toutes sortes qui sont adoptées, souvent avec l'aide de l'ONU. C'est le cas des domaines de l'environnement[808], du désarmement[809] et du développement[810], où foisonne le droit mou.

La séparation étanche entre les ordres (politiques) internes et le droit international laisse place à une norme de gouvernance démocratique. En 1992, Tom Franck écrit un article dans lequel il affirme l'existence d'un droit à la gouvernance démocratique[811]. Il n'est pas le seul. Les internationalistes sont de plus en plus nombreux à penser que « *the time has arrived* […] *to discard traditional assumptions of international legal neutrality with respect to constitutions. Government which is the result of free and fair elections should now be regarded as a universal legal entitlement and legal standard of legitimate authority* »[812]. Là où les États ne peuvent (ou ne veulent) pas gouverner conformément aux principes de gouvernance démocratique, l'ONU prend la relève. Ainsi des administrations internationales sont-elles établies au Kosovo et au Timor Oriental.

Le vocabulaire constitutionnel ressurgit de plus belle pour parler des Nations Unies. En 1998, Bardo Fassbender dresse un bilan flatteur de l'organisation : « *good arguments support the view that the Charter has had a constitutional quality* ab initio. *In the course of the last fifty years the "constitutional predisposition" of the Charter has been confirmed and strengthened in such a way that today the instrument must be referred to as the constitution of the international community* »[813]. La Charte de l'ONU serait la Loi fondamentale de la communauté internationale, énonçant les droits et obligations de ses membres, ainsi que les valeurs auxquels ils adhèrent. Le vocabulaire constitutionnel est invoqué pour caractériser les éléments institutionnels de l'organisation, tels que la séparation des pouvoirs entre ses principaux organes[814]. Ce langage sert aussi à qualifier la fonction

---

[808] À titre d'exemple : la Convention sur la diversité biologique de 1992, l'Agenda 21 et la Déclaration de principe sur les forêts de 1992, la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992, la Convention des Nations unis sur la lutte contre la désertification de 1994, la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997, la Convention européenne sur la protection de l'utilisation des cours d'eau transfrontaliers et des lacs internationaux de 1992, le Protocole relatif à la protection de l'environnement de 1991 complétant le Traité sur l'Antarctique.

[809] À titre d'exemple : le Traité d'interdiction totale des essais nucléaires de 1996, le traité sur les armes chimiques de 1993, le traité sur les mines anti-personnelles de 1997, le Code international de conduite contre la prolifération des missiles balistiques de 2002.

[810] Trubek (D.) et Santos (A.) (*eds.*), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, CUP, 2006, VII-309 p.

[811] Franck (T.), « The Emerging Right to Democratic Governance » *AJIL*, vol. 86, 1992, pp. 46-91.

[812] Marks (S.), *The Riddle of All Constitutions*, Oxford, OUP, 2000, p. 147. Voir aussi Marks (S.), « What Has Become Of the Emerging Right to Democratic Governance? », *EJIL*, vol. 22, n° 2, 2011, pp. 507-524. Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 249 et s.

[813] Fassbender (B.), « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 35, 1998, p. 531.

[814] Les pouvoirs des organes onusiens (et en particulier ceux du Conseil de sécurité) doivent donc être interprétés

administrative de l'ONU : celle-ci serait le centre nerveux d'un véritable réseau institutionnel, à savoir le « système » ou la « famille » des Nations Unies[815]. Cette vision fédéraliste est cautionnée par la CIJ qui déclare en 1996 : « *la Charte des Nations Unies a jeté les bases d'un « système » tendant à organiser la coopération internationale de façon cohérente par le rattachement à l'ONU, dotée de compétences de portée générale, de diverses organisations autonomes et complémentaires, dotées de compétences sectorielles* »[816]. L'Assemblée générale va même jusqu'à proclamer la période 1990-1999 « *décennie des Nations Unies pour le droit international* ».

Peu à peu, toutefois, la confiance investie dans l'ONU en tant qu'instrument du « nouvel ordre mondial » s'estompe. Après les revers subis en Somalie, en Bosnie et au Rwanda, l'image de l'organisation (et en particulier du Conseil de sécurité) s'entache d'un discrédit profond[817]. À la fin des années 1990, le dynamisme normatif et institutionnel s'est largement détaché de l'ONU pour se situer autour des structures informelles de gouvernance mondiale. Les attaques du 11/09 ont donné du crédit à des thèmes conservateurs tels que l'existence d'un état d'urgence mondial et de la nécessité d'une guerre permanente contre la terreur[818].

B) LES CARACTÉRISTIQUES DU CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAIN

On dispose maintenant de plusieurs éléments permettant d'identifier ce qui a changé entre le constitutionnalisme d'hier et celui d'aujourd'hui. « *The "further constitutionalization" of the public international law regulating the global political system has to be understood as the institutionalization of a new dualistic sovereignty regime, in which states retain their legal and political autonomy and constituent authority but within which the supranational legal order of a revised UN Charter system is also construed as autonomous* and *constrained by constitutionalism* »[819]. Il faut œuvrer pour que les États soient démocratiques (1), pour que les institutions internationales soient soumises à la règle de droit (« *Rule of Law* ») (2) et pour que les réseaux transnationaux soient redevables aux individus concernés (3).

à la lumière de la constitution qu'est la Charte : « [*t*]*he legality of actions by any UN organ must be judged by reference to the Charter as a 'constitution' of delegated powers* ». Franck (T.), « The 'Powers of Appreciation': Who is the Ultimate Guardian of UN Legality? », *AJIL*, vol. 86, 1992, p. 521. Pour une formulation récente, voir Sorel (J.-M.), « La répartition des compétences entre les organes des Nations Unies : pour un agencement hors modèle », pp. 15-43, *in* Chemain (R.) et Pellet (A.) (*dir.*), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, coll. cahiers internationaux, n° 20, 2006, 234 p. [ci-après, *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*]

[815] Reuter (P.), *Droit international public*, Paris, PUF, 1958, p. 35. Eisemann (P.-M.), « Peut-on parler d'un « système » des Nations Unies ? », pp. 67-78, *in ibid.*

[816] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 644, p. 80.

[817] Ghebali (V.-Y.), « Les efforts d'organisation mondiale au XX^e siècle : mythes et réalités », *Politique étrangère*, vol. 3-4, 2000, p. 613.

[818] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 25.

[819] *Ibid.*, p. 288.

1) Des États démocratiques

Les constitutionnalistes d'aujourd'hui élaborent une critique de la souveraineté étatique qui se veut plus « réaliste »[820]. Certes, ils entendent toujours dépasser la vision interétatique classique, pour y intégrer de nouveaux sujets de droit (à commencer par les individus, qui sont les sujets par excellence du droit mondial), et aussi pour privilégier ces branches non-conventionnelles du droit international qui participent à sa constitutionnalisation (à commencer par les droits de l'homme et le droit pénal international). Nonobstant, les constitutionnalistes refusent d'abandonner l'État pour des raisons d'ordre sociologique (l'État demeure, de fait, un acteur extrêmement influent) et d'ordre normatif (l'État est bon tant et aussi longtemps qu'il œuvre pour la protection de ses citoyens[821]). Si bien qu'en fin de compte, ils préservent un rôle non négligeable pour l'État dans les relations internationales et s'intéressent de plus près à son fonctionnement démocratique.

On notera que la souveraineté étatique est ainsi redéfinie dans des termes fonctionnels. Elle ne renvoie plus à la détention de l'autorité suprême mais aussi à ce qui permet de garantir un certain nombre de droits –dont la sécurité– des individus. Il s'ensuit que, dans l'hypothèse où l'État serait incapable de remplir les fonctions de la souveraineté, celles-ci peuvent être dissociées : « *the redefinition of sovereignty as a function –the responsibility to protect– so as to "disaggregate" it, enabling other instances of governance to take on this responsibility should the state default* »[822].

2) Des institutions internationales soumises aux règles de droit

Dans le même ordre d'idées, on n'accorde plus une confiance pleine et entière (« idéaliste ») dans les organisations intergouvernementales. Certes, elles bénéficient toujours d'un soutien *a priori* positif, mais on insiste désormais sur le besoin de placer des limites constitutionnelles à leurs actions[823]. Le débat relatif aux limites possibles à l'action du Conseil de sécurité est un exemple paradigmatique. Le problème est que l'élargissement des compétences du Conseil (grâce à une interprétation toujours plus large de la notion de menace à la sécurité collective)

---

[820] Voir par exemple Schwöbel (C.), *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Nijhoff, 2011, p. 8, qui qualifie le constitutionnalisme de l'entre-deux guerres d'utopique pour cette raison.
[821] Habermas (J.), « The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law », *EJIL*, vol. 23, n° 2, p. 345.
[822] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 271.
[823] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », p. 202, *in The Constitutionalization of International Law*, *supra* note 761.

pousse ses décisions vers le sommet de la hiérarchie du droit international, au lieu d'y asseoir les principes de la Charte. Les résolutions « législatives »[824] du Conseil (telles que les résolutions 1373 (2001), 1540 (2004) et 1566 (2004) relatives à la lutte contre le terrorisme) « *établissent des régimes juridiques de caractère objectif, général et impersonnel* »[825], ce qui signifie que le Conseil s'estimerait apte à édicter, outre des mesures particulières et provisoires, des normes générales s'appliquant de manière permanente[826]. Ces résolutions sont applaudies par les constitutionnalistes dans la mesure où elles témoigneraient d'une victoire sur le volontarisme étatique[827]. Nonobstant, elles soulèvent des interrogations sur les limites nécessaires au pouvoir du Conseil de sécurité (« *this expansion of authority without concomitant accountability* »[828]). Ces interrogations conduisent à penser qu'il serait primordial de contrôler la légalité –ou, mieux, la constitutionnalité– de ses actions[829].

De manière plus générale, les réflexions actuelles sur les organisations internationales vont bon train, cherchant à dépasser le mythe formaliste selon lequel « *there are no real democracy or legitimacy deficits in global governance because global regulatory bodies answer to states, and the governments of those states answer to their voters and courts* »[830]. Les États souverains ont conclu de nombreux traités par le biais desquels ils attribuent des compétences à de nouvelles institutions, compétences qui font ensuite l'objet d'une interprétation extensive par les institutions elles-

---

[824] Szasz (P.), « The Security Council Starts Legislating », *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 901-904. Talmon (S.), « The Security Council as World Legislator », *AJIL*, vol. 99, 2005, pp. 175-194.

[825] Tercinet (J.), « Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : le Conseil de sécurité peut-il légiférer ? », *RBDI*, vol. 2, 2004, p. 532. Voir aussi Alvarez (J.), « Hegemonic International Law Revisited », *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 873-888. Scheppele (K.), « Law in a Time of Emergency: States of Emergency and the Temptations of 9/11 », *U Penn. J Cons. L.*, vol. 6, 2004, pp. 1001-1083.

[826] Happold (M.), « Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations », *LJIL*, vol. 16, n° 3, p. 607. Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 274 : « [*T*]*here is indeed a very great strretch when the Security Council arrogates to itself the competence to identify not particuliar, but general, permanent yet amorphous threats to the existing order, and repsonds by legislating for the international community as a whole, thereby radically changing the way international law is made and its function* ».

[827] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism... », *supra* note 750, p. 589. Voir aussi Rosand (E.), « *The Security Council As "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative? »*, *Fordham Int'l L. L.J.*, vol. 28, 2004, pp. 542-590.

[828] Graínne de Burca parle d'une autorité inégalée, historiquement parlant, pour caractériser les pouvoirs du Conseil de sécurité. De Burca (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Havard Int'l L. J.*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-49. Delcourt (B.), « Le concept d'impérialisme libéral – discussion », *supra* note 374 : les dernières résolutions témoignent d'une certaine forme de centralisation de l'autorité au niveau du Conseil. Il est intervenu par exemple sur la question de l'assassinant de Hariri et a demandé à la Syrie d'arrêter certaines personnes. Ce type d'exigence était inconcevable à l'origine de la création de l'ONU.

[829] Condorelli (L.), « La Charte, source des principes fondamentaux du droit international », pp. 161-172, *in La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, *supra* note 814. Pour un rappel des arguments en faveur d'un tel contrôle de constitutionnalité, voir Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, p. 35. Voir aussi Lagrange (E.), « Le Conseil de sécurité des Nations Unies peut-il violer le droit international ? », *supra* note 830. Voir *contra* Chesterman (S.), « 'I'll Take Manhattan': The International Rule of Law and the United Nations Security Council », *Hague Journal on the Rule of Law*, vol.1, n° 1, 2009, p. 73.

[830] Marks (S.), « Naming Global Administrative Law », *NYU JILP*, vol. 37, 2005, p. 995.

mêmes, si bien que les États perdent en partie le contrôle de ce qu'ils avaient consenti à déléguer. La construction européenne est emblématique de cette tendance, car les autorités nationales sont contraintes par les normes provenant de l'UE et de la Convention européenne des droits de l'homme[831]. Soyons clairs : du point de vue constitutionnaliste, le problème n'est pas tant l'érosion du consentement de l'État que l'absence de garanties constitutionnelles encadrant le processus décisionnel des institutions supranationales. En somme, il faut s'assurer que ces institutions respectent certains principes (constitutionnels) lorsqu'elles prennent des décisions qui intéressent la sphère publique. Pour cela, il n'est pas suffisant d'élaborer un droit des organisations internationales ; il faut aussi que ce droit soit lui-même soumis à des principes constitutionnels qui le dépassent :

> « *Th*[*e*] *traditional understanding of international organizations' founding document as a hybrid treaty-constitution did not rely on any material, value-loaded (constitutionalist) principles, but merely on the fact that the founding treaties established institutional structures, delineated the competences of the organization, and defined the terms of membership* […] [*It*] *did not introduce a* constitutionalist *approach to the law of international organizations. The constitutionalist approach –by contrast– seeks to identify and to advocate the application of constitutionalist principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and possibly also democracy, to the law of international organizations* »[832].

Une différence notable entre le constitutionnalisme d'hier et celui d'aujourd'hui est donc, on l'aura compris, que l'Organisation mondiale n'a plus l'exclusivité du langage constitutionnel. Celui-ci est également utilisé dans le cadre de l'Union européenne, de l'OMC, en matière de protection des droits de l'homme, en droit de l'environnement, etc. Les constitutionnalistes sont partagés face à ce phénomène d'expansion. Pour certains, ce phénomène est problématique puisque plusieurs constitutions internationales entrent en concurrence avec la Charte, censée représenter l'intérêt général. Parler du régime de l'OMC en des termes constitutionnels vise en effet à le rendre universel (et donc supérieur aux autres) alors que, spécialisé dans le commerce, il devrait être considéré comme segmentaire (et donc subordonné à la Charte)[833]. D'autres voient d'un œil plus favorable l'extension de la logique constitutionnelle aux institutions autres qu'onusiennes étant donné que, là aussi, le droit viendrait limiter la politique. C'est le cas de l'OMC, où le droit serait venu rattraper la

---

[831] L'argument selon lequel l'Union européenne est une organisation internationale qui a vu naissance grâce la volonté des États mais dont le droit commun s'est développé de manière à contraindre ceux qui lui avaient donné naissance et pensaient initialement pouvoir la maîtriser est avancé, par exemple, par Karen Alter dans *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, OUP, 2001, 258 p.

[832] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 205. Voir aussi Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, pp. 35-36.

[833] « *La seule application du « label constitutionnel » au moindre régime juridique renforce la perception de son importance* ». Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens… », *supra* note 215, p. 225.

politique. En effet, en dépit d'un langage clairement non juridique dans le Mémorandum d'accord (« *groupe spécial* » au lieu de « *tribunal* », « *rapport* » au lieu de « *jugement* », etc.), le système de règlement des différends s'est peu à peu judiciarisé, au point de devenir « *instrumental in building a constitutional structure within the WTO system* »[834]. Que l'expansion du constitutionnalisme aux institutions spécialisées soit une bonne chose tient donc à sa capacité de limiter la politique par le droit. Cette idée est défendue par Jan Klabbers :

> « *The present situation is remarkable if only because of the scope of the constitutionalism debates. It is not just the UN (as the world's only truly global and comprehensive organization) and the EU (as the world's most deeply integrated organization) which are subjected to debates on constitutionalism. The same happens also with respect to other organizations, most notably perhaps the WTO and notwithstanding the apparent reluctance of the organization itself. In addition, both IMF and World Bank are increasingly thought to be subjected to standards of behaviour (most predominantly concerning human rights), and the World Bank has created an Inspection Panel precisely to facilitate scrutiny of its acts. This indicates, if not full-blooded constitutionalism, then at least that there are thought to be limits to what they can do* »[835].

3) DES RÉSEAUX TRANSNATIONAUX « REDEVABLES »

Ce n'est pas seulement aux organisations intergouvernementales que les États ont cédé une partie de leur contrôle sur un grand nombre de décisions qui relevaient traditionnellement de la sphère publique. Un phénomène bien plus inquiétant, du point de vue constitutionnaliste, est l'expansion des régimes transnationaux privés dans des domaines aussi divers que l'économie, la santé et la sécurité : « *le processus de libéralisation implique, inévitablement, qu'une part croissante de la sphère publique traditionnelle, y compris des fonctions historiquement régaliennes, est prise en charge par des acteurs privés auxquels ces fonctions sont sous-traitées* »[836] . Parce que les acteurs privés créent des normes qui leur sont propres et parce qu'ils opèrent dans une sphère transnationale hors du contrôle des autorités étatiques, se pose la question du « *constitutionnalisme au-delà de l'État* »[837] et, avec elle, la question du transfert ou de la « translation » des éléments constitutionnels à des ensembles non-étatiques. À titre d'exemple, on se demande dans quelle mesure les principes et mécanismes de droit administratif (interne) peuvent être utilisés pour traiter des questions de responsabilité au sein de la gouvernance mondiale[838]. De cette façon,

---

[834] Cass (D.), « The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *EJIL*, vol. 12, n° 1, 2001, p. 44.
[835] Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, pp. 33-34.
[836] Hamann (A.) et Ruiz Fabri (H.), « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », *supra* note 125, p. 181.
[837] En référence au titre de l'ouvrage édité par Weiler (J.) et Wind (M.) (*eds.*), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, vii-244 p. Le défi est de découpler la notion de constitution de celle d'État alors que c'est précisément dans ce lien qui la rattache à l'État que la notion de constitution a trouvé, historiquement, sa spécificité. Voir Jouanjan (O.), « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », pp. 21-35, *in Les Constitutions possibles de l'Europe*, *supra* note 773.
[838] Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « L'émergence du droit administratif global », *supra* note 761, p.

les constitutionnalistes d'aujourd'hui se distinguent de ceux d'hier par la volonté de réglementer les réseaux transnationaux privés et hybrides[839].

Pour le dire autrement, les constitutionnalistes ont l'ambition de contenir les dangers associés à la globalisation et en particulier au transfert des décisions intéressant le domaine public à des régimes privés ou hybrides qui échappent au contrôle (démocratique) des États[840]. Face à la privatisation des fonctions régaliennes, ils appellent à ériger un mur autour de la sphère publique afin de la protéger, à la fois des attaques externes et des défections internes : « *Constitutionalization* [...] *offers a riposte to privatization* […] *by carving out a protected public realm. If there is indeed a risk that the public sphere threatens to be overtaken by the private sphere, constitutionalization appears to put a stop to this; it appears to build a fence around the public, and protect it as well as it can* »[841].

§3. CONCLUSION

En somme, le constitutionnalisme mondial est aujourd'hui confronté à de nouveaux défis. La philosphe Jean Louise Cohen l'explique en ces termes : « *our international order* […] *is a dualistic world order, comprised of an international society of sovereign states and a globalizing political system referencing an international community populated by global governance institutions, transnational actors, and courts as well as states. The question facing us is how to order and reform this dualistic system so that the achievements of democracy, constitutionalism, and justice are not lost, but rather, made available to everyone* »[842]. À cette question, les internationalistes répondent de deux façons. La première consiste en la mise en place d'un ordre constitutionnel mondial, verticalisé grâce à des règles matérielles fortes et des institutions universelles. La deuxième propose d'élaborer un droit administratif global, qui imposerait aux acteurs du système de respecter les principes élémentaires d'équité et de justice dans leur prise de décision.

346.

[839] Ou, pour reprendre les termes de Thomas Cottier et Maya Hertig : « *Constitutionalism* [...] *has to address the relationship between the state and the other emerging, and to varying degrees constitutionalized, levels of governance and the issue of adequate allocation of competences so as to establish legitimacy and coherence of what we would like to call the whole 'constitutional system'* ». Cottier (T.) et Hertig (M.), « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *supra* note 753, p. 298.

[840] « *Constitutionalism places some intrinsic limitations on the 'commercialization' of public institutions and on the transfer of previously governmental responsibilities, notably core responsibilities such as peace and security, onto business actors* ». Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, pp. 247-248.

[841] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 164, pp. 18-19.

[842] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. ix.

Chapitre 8

Le constitutionnalisme matériel

« *International lawyers –especially European international lawyers– have responded to fragmentation and the emergence of anti-formal expert regimes by starting to think of international law in constitutional terms* […] *The suggestion is to understand and articulate a universal legal system in terms of definite (though usually implicit) hierarchies of rules or institutions reflecting prevailing scales of value - often expressed in Latin formulas such as* jus cogens *or obligations* erga omnes »[843].

Le constitutionnalisme matériel veut mettre de l'ordre au sein de la gouvernance mondiale en introduisant des règles et des principes de nature supérieure, dont le contenu reflèterait les valeurs fondamentales de la communauté humaine mondiale et dont le respect serait assuré par des institutions à vocation universelle, à commencer par l'ONU[844]. II s'agit d'un projet ambitieux, inspiré d'un modèle de gouvernement qui nous est familier. Comme le note David Kennedy, « [*i*]*f you think constitutionalism has worked well at home, and that your own constitution may even be threatened by global pressures of one sort or another, it can feel like a project of the utmost seriousness and urgency to interpret the world in constitutional terms* »[845]. Aussi ne faut-il pas s'étonner si le constitutionnalisme matériel est défendu, avant tout, par des internationalistes européens (§1).

Leurs thèses rejoignent dans une large mesure les réflexions les plus récentes de Jürgen

[843] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law… », *supra* note 33, p. 15.

[844] De cette façon, les constitutionnalistes espèrent résorber les phénomènes de fragmentation et de privatisation qui affectent les fonctions de régulation juridique. « *Constitutionalism* [...] *responds to the fragmentation of international law by offering some overarching (constitutional) principles* ». Peters (A.), « The Constitutionalization of International Law: A Rejoinder », *EJIL: Talk!*, 4 août 2010. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : www.ejiltalk.org/the-constitutionalization-of-international-law-a-rejoinder/ Voir aussi Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 164, p. 18.

[845] Kennedy (D.), « The Mystery of Global Governance », p. 40, *in Ruling the World?*, *supra* note 751. La même idée est formulée par Nico Krisch : « *The global constitutionalist project* […] *appears as a promise to structure the global level in a similar way to what we know from home* ». Krisch (N.), « The Dream of Reason: A Response to Mattias Kumm », *EJIL Talk!*, 16 décembre 2009. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : www.ejiltalk.org/the-dream-of-reason-a-response-to-mattias-kumm/ Ou encore, selon Wouter Werner : « *international constitutionalism is deeply rooted in the tradition of constitutionalism as it has developed in the domestic context. It borrows from domestic constitutionalism the notion of the constitution as the foundation of a hierarchically structured legal order that unifies a community and regulates (limits) the exercise of political power* ». Werner (W.), « The Never-Ending Closure… », *supra* note 757, p. 353.

Habermas sur le développement d'une constellation postnationale. Ce philosophe part du constat que les États ont de moins en moins prise sur l'évolution de la société et, de ce fait, que les citoyens (qui ont pu, tout au moins pendant un temps, estimer qu'ils maîtrisaient leur destin collectif) sont impuissants face à des transformations qui, pourtant, affectent directement leurs formes de vie[846]. Selon Jürgen Habermas, la recomposition d'un espace politique à l'échelle mondiale est la seule solution envisageable face à cette situation, sauf à abdiquer simplement de l'idée d'autodétermination. Il estime que l'urgence de ce travail est montée d'un cran récemment, avec les tensions à l'échelle mondiale entre l'Islam et la culture occidentale, et avec l'intervention américaine en Irak en 2003, « *menée au mépris de l'institutionnalisation de structure d'action internationale* »[847]. Il nous invite à concevoir « *une constitutionnalisation du droit international découplée de toute référence à l'État, sous la forme d'une société mondiale organisée en vertu d'une constitution politique, sans gouvernement mondial* »[848]. On se souviendra que, malgré un antagonisme philosophique important, Jacques Derrida s'était rallié à Jürgen Habermas pour dénoncer les opérations militaires en Irak. « *Ce qui nous avait réunis* », expliqua Jacques Derrida quelques années plus tard, « *c'était justement le souci du respect du droit international mais aussi la nécessité de sa réforme, de la réforme des structures internationales sur lesquels le droit prend appui : l'ONU et son Conseil de sécurité* »[849]. Tous les deux se sont tournés vers le droit international pour faire face à l'arbitraire, à l'injuste. Tous les deux se sont appropriés le projet du constitutionnalisme mondial, à savoir celui que les hommes de la planète, par leur association dans une communauté de droit, parviennent à dompter les puissances.

Or le projet de constitutionnalisation du droit international est la cible d'un certain nombre de critiques qui dénoncent son caractère utopique. Peut-on réellement croire que les institutions onusiennes et les règles impératives constituent la meilleure alternative pour faire face aux défis actuels ? Ces critiques amènent les partisans du constitutionnalisme matériel à délaisser l'idée d'une stricte hiérarchie normative et institutionnelle au profit de représentations plus flexibles de l'ordre constitutionnel mondial. Des modes plus souples de résolution de conflits et des institutions spécialisées entrent en jeu pour élaborer un « *réseau constitutionnel* »[850], un « *système à plusieurs niveaux* »[851] ou encore une « *maison à cinq étages* »[852] (§2).

---

[846] Guibentif (P.), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010, p. 241.
[847] *Ibid. loc. cit.*
[848] Habermas (J.), « Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste ? », p. 276, *in* Habermas (J.), *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*, Paris, Gallimard, 2008, 378 p.
[849] Nielsberg (J.-A.), « Derrida – Birhbaum. Et si, enfin, nous pensions le 11 septembre », *Les lettres françaises.fr*, 21 octobre 2010.
[850] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 601.

On arrive en fin de compte à une situation qualifiée par Jan Klabbers de « paradoxale », au sens où le processus de constitutionnalisation conduirait à une plus grande fragmentation. « *Fighting fragmentation by constitutionalism will* […] *only result in deeper fragmentation, as the various competing regimes and organizations will be locked firmly in constitutional place –and in battle with each other. To be sure, if only one of them becomes truly constitutional, it may be able legitimately to claim superiority over others, but if all become, somehow, constitutional, then no such claim can legitimately be made, and there is no a priori reason to favour one over the other* »[853] (§3).

§1. UN PROJET AMBITIEUX…

Les partisans du constitutionnalisme matériel cherchent à mettre en place un ordre public international fondé sur les idées d'unité, de hiérarchie et d'intégration. Le constitutionnalisme matériel est la variante du constitutionnalisme mondial qui s'inspire le plus directement d'une tradition constitutionnelle « forte » qui existe dans certains pays, notamment en France et aux États-Unis, c'est-à-dire d'une tradition « *that places particular emphasis on the idea of a constitution as 'founding' and comprehensively organising the public power existing in a polity. A constitution in that sense* […] *represents a tool not only to establish limits to public institutions but also to realise self-government by defining the extent and procedural rules for the exercise of (delegated) governmental powers. Outside that framework, public power can no longer be legitimately exercised; all such power has to be traceable to the original* pouvoir constituant *via the constitution* »[854]. On retrouve dans ces propos les deux éléments qui forment l'essentiel du projet constitutionnaliste, à savoir : l'émergence d'une communauté juridique mondiale (A) et une hiérarchisation des règles et des institutions (B).

A) L'ÉMERGENCE D'UNE COMMUNAUTÉ MONDIALE

Au lieu de partir d'un constat de diversité ou de fragmentation sociétale, les partisans du constitutionnalisme matériel consacrent l'émergence d'une communauté mondiale, celle-ci étant fondée sur un principe d'humanité et non de souveraineté (1), et réunie autour de valeurs qui sont inscrites au cœur du droit et qui transcendent les régimes spécialisés (2).

---

[851] Von Bogdandy (A.), « Constitutionalism in International Law… », *supra* note 749, p. 238.
[852] Cottier (T.) et Hertig (M.), « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *supra* note 753, p. 299.
[853] Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, p. 53.
[854] Krisch (N.), « Global Administrative Law and the Constitutional Ambition », p. 252, *in* Dobner (P.) et Loughlin (M.) (*eds.*), *The Twilight of Constitutionalism*, *supra* note 756. Voir aussi Van Mulligen (J.G.), « Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order », *LJIL*, vol. 24, 2011, p. 278.

1) L'HUMANITÉ EN LIEU ET PLACE DE LA SOUVERAINETÉ

La communauté d'aujourd'hui, c'est-à-dire la communauté « mondiale » (et non pas simplement « internationale ») est centrée sur l'individu ; en effet, bien qu'elle englobe une multitude d'acteurs (les États, les organisations internationales, les ONG, les entreprises multinationales, les comités transnationaux, etc.), ce sont les individus qui en sont les membres par excellence : « *natural persons are the primary international legal persons and the primary members of the global constitutional community* »[855]. Ainsi la communauté mondiale dépasse-t-elle les États souverains pour rassembler l'ensemble de l'humanité, source ultime du droit : « *the ultimate source of international law is –from a constitutionalist perspective– humanity, not sovereignty* »[856].

Les valeurs de la communauté mondiale ne sont pas simplement morales. Elles possèdent une nature juridique, au sens où elles sont inscrites dans des règles et principes formant le droit constitutionnel mondial. Celui-ci vient, en retour, encore souder davantage les membres de la communauté : « *A body of (international) constitutional law* […] *provides some glue to hold actors together because it sets out common objectives or aspirations, and defines the rules of interaction* »[857]. On retrouve ici l'influence de la pensée de Hersch Lauterpacht. Sans adhérer à la thèse solidariste de Scelle, Lauterpacht défendait la nécessité d'une loi internationale commune, applicable et déterminée objectivement pour tous, de manière à faire de l'individu (et non l'État souverain) le but de la communauté et le bénéficiaire ultime du droit international[858].

L'émergence d'une communauté humaine mondiale sonne le glas d'un droit fondé sur la souveraineté des États. On ne peut plus s'abriter derrière la souveraineté des États pour

---

[855] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 157. La même vision est défendue par Christian Tomuschat qui considère les États comme des agents oeuvrant pour la communauté internationale. Tomuschat (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 268. Voir aussi Teitel (R.), *Humanity's Law*, New York, OUP, 2011, 304 p.

[856] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *ibid.*, p. 155. Voir aussi Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism... », *supra* note 750, pp. 586-587. Cela ne revient pas à privilégier la communauté cosmopolitique au dépend des communautés internes et de la communauté interétatique ; il s'agit plutôt de les penser ensemble. Voir Jouannet (E.), « L'idée d'une communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *Arch. Philo. du droit.*, tome 47, 2003 p. 192. Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 22. Pour une critique virulente de la souveraineté étatique (en ce qu'elle viole les droits de l'homme), voir Cançado Trindade (A.A.), *Le droit international pour la personne humaine, supra* note 452.

[857] Peters (A.), « The Constitutionalization of International Law: A Rejoinder », *supra* note 844 Voir aussi Schwöbel (C.), « The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers », *supra* note 752, p. 10 et p. 14.

[858] On notera que le problème du peuple constituant, c'est-à-dire du pouvoir constituant plus originaire que la constitution originaire, est ainsi évacué, puisque dans ce schéma c'est la constitution qui fait le peuple et non l'inverse. Habermas (J.), *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, p. 40 et suivantes.

dissimuler la violation des droits des individus : dans ce cas, une action internationale sera toujours envisageable. « *A humanity law is currently emerging* », écrit Ruti Teitel, « *in which a paradigm change is evident –that is a shift away from law primarily as a model for the resolution of conflict between states and towards law as an instrument that recognizes the respect for fundamental human and group rights as the main condition of its validity* »[859]. À tout le moins, le droit international s'est vu attribuer de nouvelles finalités qui ne sont plus fondées uniquement sur le respect des intérêts des États, mais qui reposent sur des valeurs communes aux hommes : l'environnement, la protection des droits de l'homme, le patrimoine commun de l'humanité, le développement durable, etc.[860]. Selon Emmanuelle Jouannet, ces finalités « providentialistes » font du droit international un droit d'intervention (et non pas seulement d'abstention ou de régulation), au champ d'application quasi illimité. La liste des domaines d'intervention des Nations Unies est instructive à cet égard car elle concerne quasiment tous les espaces de vie des individus[861].

Cependant, cette relativisation du rôle de l'État souverain ne signifie pas la fin de l'État. À l'instar de l'idéal kantien selon lequel la réalisation d'une communauté universelle, pacifiée et soumise au droit cosmopolitique passe par la défense de l'État républicain, l'existence d'une communauté mondialisée passe aujourd'hui par le soutien de l'État démocratique[862]. Autrement dit, l'État demeure un acteur central sur la scène internationale, mais uniquement s'il respecte la démocratie et s'il agit dans l'intérêt de ses citoyens. Comme l'écrit Linos-Alexandre Sicilianos, « *la démocratie est un droit fondamental de la personne humaine, dont le respect représente en soi une importante mesure du développement* […] *Être gouverné démocratiquement serait désormais un droit autonome* […] *Le droit à la démocratie serait un droit complexe, formé d'un ensemble de droits de l'homme –et tout particulièrement des droits politiques– appuyés par la prééminence du droit, ainsi que par la gestion transparente des affaires publiques* »[863].

---

[859] Teitel (R.), *Humanity's Law*, *supra* note 855. Voir aussi, en langue française, Le Bris (C.), *L'humanité saisie par le droit international public*, Paris, LGDJ, 2012, xv-667 p.

[860] Renaut (M.-H.), *Histoire du droit international public*, Paris, LGDJ, 2007, p. 173. Voir aussi Cassese (A.), *International Law*, Oxford, OUP, 2ème éd., 2005, p. 30.

[861] « *Le* Répertoire de la pratique des Nations Unies *indique ainsi comme « pratique » des Nations unies, générant du droit institutionnel et normatif, le niveau de vie, le plein-emploi, le développement économique, les ressources naturelles, les questions alimentaires, les relations commerciales et financières, les transports et communications, la démographie, l'éducation, les migrations, les services sociaux, les stupéfiants, la cartographie, la coopération en matière culturelle, l'éducation, la lutte contre les maladies, etc. La Déclaration du millénaire adoptée par l'Assemblée générale en 2000 a rajouté comme objectifs prioritaires la réduction de la pauvreté, la promotion de l'égalité des sexes et de l'autonomie des femmes, l'éducation primaire pour tous, un environnement durable, la réduction de la mortalité infantile, l'amélioration de la santé maternelle, le combat contre le virus VIH/sida et le paludisme, le droit à la santé, le droit d'accès aux médicaments, la protection des groupes vulnérables (enfants, personnes âgées et handicapées), mais également tout ce qui touche à une transformation interne des États par l'imposition des principes de la* rule of law*, de la bonne gouvernance, de la démocratie et des droits de l'Homme* ». Jouannet (E.), *Le droit international*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2013, pp. 76-77.

[862] Voir Jouannet (E.), « L'idée d'une communauté humaine », *supra* note 856.

[863] Sicilianos (L.-A.), « Le respect de l'État de droit comme obligation internationale », pp. 288-289, *in* Colloque

La position constitutionnaliste prend le contre-pied des positions pluralistes et différentialistes qui clament la fin de l'État-nation en tant que titulaire par excellence du pouvoir normatif. En effet, la position constitutionnaliste reconnait que les règles de droit international sont souvent édictées au travers de processus multipartites, mais elle maintient une distinction formelle entre les États et les acteurs non-étatiques, et privilégie les premiers sur les seconds. Le but n'est évidemment pas d'absolutiser la souveraineté étatique puisque, selon le constitutionnalisme matériel, le voile de la souveraineté ne peut plus couvrir des violations des droits de l'homme ou des situations de détresse humanitaire. Si l'État reste le principal détenteur du pouvoir normatif, ce n'est donc pas en raison d'une personnification quelconque mais parce qu'il reste, malgré tout, le meilleur instrument pour garantir les droits fondamentaux et pour répondre aux besoins des individus. Cette finalité, explique Anne Peters, « *makes states indispensable in a global constitutionalized order, but also calls for their constitutional containment* »[864]. Parmi les limites constitutionnelles imposées aux États se trouve l'obligation impérative de se conformer aux principes démocratiques[865].

Il est important de comprendre que c'est le droit international qui demande aux États de respecter les exigences démocratiques. Selon Jean Cohen, il y a là un changement radical car cela signifie que « *the international community may articulate and enforce moral principles and legal rules regulating the conduct of governments toward their own citizens (when their human rights are at stake)* »[866]. Non seulement les États sont conçus comme des organes internes au système constitutionnel mondial[867], mais le concept même de souveraineté s'en trouve profondément modifié[868].

2) La spécialisation fonctionnelle soumise au droit

Les constitutionnalistes n'ont pas pour seule ambition de redéfinir le rôle de l'État souverain ; ils s'intéressent aussi aux sous-systèmes globaux fonctionnellement différenciés[869].

---

de la SFDI de Bruxelles, *L'État de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, 450 p.

[864] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 201.

[865] Voir par exemple De Frouville (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XXXIX-120, 2001, pp. 101-144.

[866] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 43.

[867] Fassbender (B.), « The Meaning of International Constitutional Law », pp. 307-328, *in* Tsagourias (N.), (*éd.*), *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives*, Cambridge, CUP, 2007, XII-377 p.

[868] « *Sovereignty is not only conditioned on responsibility, it is redefined as responsibility meaning that the state's "sovereignty function" is that of protecting the safety and lives of its citizens and promotion of their welfare* ». Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note, p. 175.

[869] Voir par exemple Paulus (A.), « Commentary to Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner. The Legitimacy of International Law and the Rule of the State », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 25, 2004, p. 1048.

Ils s'opposent à la position différentialiste selon laquelle les régimes juridiques spécialisés sont découplés du droit international général et fonctionnent indépendamment de lui. Ils s'opposent également à la position pluraliste managériale selon laquelle les régimes spécialisés, même s'ils sont autonomisés, peuvent être gérés en s'assurant de leur efficacité et de leur légitimité. En revanche, ils sont d'accord avec le Groupe d'étude de la CDI pour dire qu'« *aucun régime n'est un circuit juridique fermé* »[870]. S'il est vrai qu'un régime spécial peut déroger au droit général en tant que *lex specialis*, il est aussi vrai que le droit général reste toujours pertinent dans l'interprétation du droit spécial.

Mais les constitutionnalistes ne s'arrêtent pas là ; ils ne sont pas totalement satisfaits avec l'idée que le droit international général est toujours là pour combler les lacunes et pallier les défaillances des régimes spécialisés. Ils veulent aller plus loin et organiser les régimes spécialisés entre eux, en les réunissant autour de valeurs fondamentales : « [*i*]*n spite of an ever-growing functional differentiation, issues are held together by a minimum of common values and decision-making procedures –in other words, by general international law which bases its legitimacy on decisions of, ideally democratic, national processes decision-making* »[871]. Le droit international n'est ni un simple méta-phénomène, ni une boîte à outils pragmatique ; c'est un ordre juridique constitutionnel composé de règles et de principes matériels indérogeables. Dans ce sens, le constitutionnalisme matériel apparaît comme une réponse forte (« *countermove* »[872]) au processus de différentiation fonctionnelle et à la déformalisation du droit[873]. Selon Olivier de Frouville, ce projet permettrait même de contrer la mondialisation économique, entendue comme l'émergence d'un monde dans lequel les frontières sont de plus en plus ouvertes aux capitaux et de moins en moins aux êtres humains. Pour cela, il faut « *suivre le programme que nous a tracé la Modernité : à savoir organiser les conditions institutionnelles et politiques de réalisation du principe*

---

[870] Rapport final de la CDI, *supra* note 34, § 152.

[871] *Ibid.*, pp. 1049-1050. À propos de l'harmonisation des règles secondaires, voir Barnhoorn (L.) et Wellens (K.C.) (eds), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff, La Haye, 1995, xi-365 p. On notera que les constitutionnalistes utilisent la distinction hartienne d'une façon précise et dans un but opposé à celui de Hart, dans la mesure où Hart estimait que le droit international était doté de règles primaires mais non de règles secondaires, raison pour laquelle il n'était pas « réellement » un système juridique. En appelant à la distinction hartienne, les auteurs constitutionnalistes cherchent pas tant à affirmer que le droit international est un système juridique (ce qui est considéré comme étant acquis), mais plutôt à dire qu'il est un système juridique réuni autour de valeurs fondamentales et que celles-ci lui donnent sa couleur cosmopolite, son programme constitutionnel.

[872] Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, p. 31.

[873] « *Constitutionalism* […] *is in large part a knee-jerk response to come to terms with the existential anxiety of fragmentation. In a world where specialist action, on the basis of specialist knowledge, carries the day, constitutionalism carries the promise that there is some system in all the madness, some way in which the whole system hangs together and is not merely the aggregate of isolated and often contradictory movements. The conflicts between trade and environmental rules, trade and human rights, or trade and labour standards, may not, on their own terms, seem solvable, but they might appear manageable, at least, in a matrix of constitutionalism, for such a matrix would suggest that there are some values which simply cannot be affected: there is a bottom line, somewhere, somehow, an apparent unity underlying all apparent disunity* ». *Ibid.*, p. 49.

d'autolégislation. Sans volontarisme, ni formalisme, mais pour et par les droits de l'Homme »[874].

Tout ceci laisse entendre que c'est par un système hiérarchisé de règles juridiques, et non pas par des mécanismes de régulation *ad hoc*, que les constitutionnalistes entendent réglementer les régimes et les institutions spécialisées. Anne Peters l'expose avec une grande clarté : « *I postulate that there is an international rule of law which requires international governance to be based on legal rules (i.e. on formal and general prescriptions) as opposed to governance by* ad hoc *decisions* »[875]. Si les règles (formelles) sont privilégiées par rapport aux standards (déformalisés), c'est en raison des vertus qui leur sont traditionnellement associées : la capacité des règles à limiter l'arbitraire de la puissance publique et à accroître la certitude pour les sujets de droit[876]. Ces vertus persisteraient, nonobstant l'indétermination linguistique des règles ou des termes juridiques. « *The introduction of legal and even constitutional principles contributes to the stability of expectations, legal certainty and equal treatment of the relevant actors. This remains true although international legal rules, and especially those which might be called constitutional ones, are linguistically open, and allow room for value judgements* »[877]. En somme, les constitutionnalistes estiment que la présence de règles juridiques constitue un frein au jeu des acteurs politiques –et cela, même si l'indétermination des règles ouvre la porte à une certaine politisation du droit. Il y aurait une sorte de dialectique à l'œuvre entre le droit et la politique (« *while the evolutionary dynamics of constitutionalism leads to a legalization of politics* [...], *it also leads to a stronger politization of law* »[878]), et cette dialectique fonctionnerait au bénéfice de la constitutionnalisation du droit, puisque les conflits politiques seraient articulés et résolus à l'intérieur de l'ordre constitutionnel mondial.

B) UNE HIÉRARCHISATION DES NORMES ET DES INSTITUTIONS

Les constitutionnalistes entendent mettre de l'ordre au sein de la gouvernance mondiale en introduisant des normes hiérarchiquement supérieures, lesquelles s'imposeraient à l'ensemble des États et des régimes spécialisés, et refléteraient des valeurs communes. Pour reprendre les termes de Jan Klabbers, le constitutionnalisme matériel « *promises to unify the globe by*

[874] De Frouville (O.), « Libres propos autour du livre d'Antônio Cançado Trindade : Le droit international pour la personne humaine », *allocution au centre Panthéon*, 19 octobre 2012, p. 9.
[875] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 201.
[876] Kennedy (Du.), « Form and Substance in Private Law Adjudication », *supra* note 288, spé. pp. 1687-1689. Voir aussi Habermas (J.), « The Crisis of the European Union…», *supra* note 821, p. 336.
[877] Peters (A.), « The Constitutionalization of International Law: A Rejoinder », *supra* note 857. L'enseignement des réalistes veut que l'adoption d'un texte juridique ne mette pas à fin à la politique mais au contraire lui ouvre la porte, pour ainsi dire, par le biais de luttes d'interprétation sur la signification des termes tels que « *terrorisme* », « *droits de l'homme* », « *jus cogens* », et ainsi de suite.
[878] *Ibid.*

authoritatively imposing hierarchy between vertical regimes and between norms all vying for prominence »[879]. Cette hiérarchie normative (1) s'accompagne d'une hiérarchie institutionnelle (2).

1) UNE HIÉRARCHIE NORMATIVE

La recherche d'une unité normative « forte » conduit les partisans du constitutionnalisme matériel à réfléchir sur les différents mécanismes qui existent au sein du droit international et qui témoigneraient de sa verticalisation. Sont examinées la nature et la portée du *jus cogens*, celui-ci étant appelé à jouer un rôle structurel des plus importants[880] (b). L'article 103 de la Charte des Nations Unies constituerait une autre indication de la hiérarchisation normative du droit, en introduisant un « *nouveau critère de validité des obligations juridiques internationales : leur conformité à celles qui sont posées dans la Charte de même que celles qui découlent de son application* »[881] (a).

a) La Charte des Nations Unies est-elle la Constitution mondiale ?

La Charte de l'ONU serait clef de voûte de l'ordre juridique international, plaçant celui-ci sous l'égide d'une constitution mondiale[882]. Plusieurs arguments sont avancés pour étayer cette affirmation. Pour commencer, l'ONU est la principale représentante de la communauté internationale, étant donné son adhésion quasi-universelle[883]. Sur le plan formel, l'article 103 et l'article 2 § 6 témoignent de l'opposabilité *erga omnes* de la Charte[884], voire même de sa supériorité en tant que fondement de l'ordre juridique international tout entier[885]. Sur le plan matériel, les articles 1 et 2 de la Charte, jumelés à l'article 55 relatif au respect universel des droits de l'homme, forment « *la source matérielle essentielle des valeurs suprêmes de la communauté*

---

[879] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 18.

[880] Ses liens avec les obligations *erga omnes* font également l'objet de nombreuses études. On dit que l'*erga omnes* a trait aux conséquences d'une obligation qui s'impose à tous, alors que le *jus cogens* a trait au contenu de la norme, à sa qualité ou son caractère intrinsèque. Cela signifie que toute norme de *jus cogens* est *erga omnes* alors que toute obligation *erga omnes* n'est pas nécessairement une norme de *jus cogens.* Tomuschat (C.) et Thouvenin (J.-M.) (*eds*.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order.* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006, spé. pp. 417-424.

[881] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 240.

[882] B. Fassbender « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *supra* note 813. Voir aussi A. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, *supra* note 752, pp. 285-329. Cette idée est partagée par McCorquodale (R.), « An Inclusive International Legal System », *LJIL*, vol. 17, 2004, p. 478.

[883] Sorel (J.-M.), « De l'objet au sujet universel en droit international : la quête de l'impossible ? », p. 143, *in* Koubi (G.) et Jouanjan (O.) (*dir.*), *Sujets et objets universels en droit*, Strasbourg,Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, 151 p.

[884] Forteau (M.), « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », pp. 121-159, *in La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, *supra* note 814. Doyle (M.W.), « The UN Charter – A Global Constitution? », pp. 113-132, *in Ruling the World ?*, *supra* note 751.

[885] Fassbender (B.), « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *supra* note 813.

internationale »[886]. Sur le plan institutionnel, l'implication des organes onusiens dans la régulation des affaires internationales indique qu'ils remplissent leur mission selon le principe constitutionnel de la répartition des pouvoirs[887]. Pour toutes ces raisons, conclut Bardo Fassbender, « *there is no room for a category of « general international law » existing independently beside the Charter. Instead, the Charter is the supporting frame of all international law and, at the same time, the highest layer in a hierarchy of norms of international law* »[888].

Cependant, à l'instar d'Anne Peters, les constitutionnalistes ne partagent pas tous cet avis : « *there is no international constitution in a formal sense, codified in one constitutional document, but rather a body of global constitutional law, dispersed in numerous instruments* »[889]. La Charte de l'ONU a posé les jalons des valeurs constitutionnelles de la communauté mondiale, certes, mais elle n'en détient pas le monopole[890]. Ce sont les droits de l'homme qui ont le plus contribué à la structuration normative du droit international[891] ; selon Antônio Cançado Trindade, ils forment un corpus dense et diversifié qui a fait de la personne physique un véritable sujet de droit international, permettant à celui-ci de redevenir, dans tous les sens du terme, un véritable « droit des gens » (*jus gentium*)[892]. L'une des preuves les plus marquantes de ce phénomène est le fait que les droits de l'homme sont devenus des normes transversales qui affectent quasiment tous les domaines du droit international. Par exemple, mêmes les revendications liées aux investissements

---

886 Szurek (S.), « La Charte des Nations Unies. Constitution mondiale ? », p. 45, *in* Cot (J.-P.) et *al.* (*dir.*), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, vol. I, 1366 p. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 222. Voir aussi Condorelli (L.), « La Charte, source des principes fondamentaux du droit international », pp. 161-172, *in La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, *supra* note 814.

887 Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *ibid.*, pp. 232-235. Cette position est aussi défendue par le juge Weeramantry : « *as with great branches of government within a domestic jurisdiction such as the executive and the judiciary, they perform their mission for the common benefit of the greater system of which they are a part. In the United Nations system, the sphere of each of these bodies is laid down in the Charter, as within a domestic jurisdiction it may be laid down in a constitution* ». Cour internationale de justice, *questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni),* mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, opinion dissidente du juge Weeramantry, p. 55.

888 Fassbender (B.), « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *supra* note 813, p. 585. Voir aussi, plus récemment, Fassbender (B.), « 'We the Peoples of the United Nations' Constitutent Power and Constitutional Form in International Law », pp. 269-290, *in* Loughlin (M.) et Walker (N.) (*eds.*), *The Paradox of Constitutionalism*…, *supra* note 756.

889 Pour une critique de la thèse de Bardo Fassbender, voir Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 203.

890 Macdonald (R.), « The Charter of United Nations in Constitutional Perspective », *Australian Yb of IL*, vol. 20, 1999, p. 128. Dans le même sens, voir Chemain (R.), « Le contrôle des actes de l'Organisation », p. 52, in *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, *supra* note 814.

891 Tahvanainen (A.), « Comments to Professor Hafner » *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, n° 4, 2003-2004, p. 865. Voir aussi Cassese (A.), « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », pp. 136-143, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54.

892 Telle est la principale thèse défendue par Cançado Trindade (A.A.), « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *RCADI*, tome 316, 2005, pp. 13-439. Le même argument est développé pour le droit pénal international.

étrangers et à la protection des brevets sont présentées dans le langage des droits de l'homme[893]. Plus important encore, la convergence substantielle entre le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire ne saurait faire de doute : « *Les uns comme les autres articulent un droit international destiné à protéger la dignité de la personne humaine en toutes circonstances, de guerre comme de paix* »[894]. C'est précisément cette convergence qui, aux yeux de Ruti Teitel, crée un nouveau « droit de l'humanité » (« *humanity's law* »)[895]. Le droit pénal contribue lui aussi au processus de constitutionnalisation du droit international. Les tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, la CPI et les différentes juridictions pénales hybrides sont « *l'expression d'une volonté clairement affirmée de mettre fin à l'impunité de ceux qui commettent des crimes contre l'humanité* […], *des crimes de génocide* […] *et des crimes de guerre* »[896].

Les droits de l'homme alimentent aussi les revendications démocratiques, lesquelles forment un autre pilier du droit constitutionnel mondial. L'ordre juridique international ne serait plus indifférent à l'organisation du pouvoir dans chacun des systèmes constitutionnels des États. Que le droit international contemporain appuie certaines exigences quant au caractère démocratique du pouvoir national est une idée qui s'est propagée chez les internationalistes à partir des années 1990. En effet, la consolidation du « *principe de légitimité démocratique* »[897] a été perçue comme l'un des changements majeurs provoqués par la chute du mur de Berlin. Il faut ajouter que le principe de légitimité démocratique ne se limite pas à la sphère étatique. Les organisations internationales sont également concernées : « [*t*]*he more autonomous an international organization is in a sociological sense, the more it* needs *to be constitutionalized* »[898]. Ceci signifie que les organisations internationales, dès lors qu'elles exercent des prérogatives de puissance publique, doivent rendre compte non seulement à leurs membres, c'est-à-dire, les États, mais aussi –et surtout– aux citoyens du monde.

---

[893] Jouannet (E.), *Le droit international*, *supra* note 861, p. 110.
[894] Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, *supra* note 802, p. 274. Voir aussi, parmi les nombreux ouvrages dédiés à cette question, Turgis (S.), *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2010, 642 p. L'auteur analyse les interactions entre le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés.
[895] En effet, l'émergence du nouveau droit de l'humanité s'expliquerait par la convergence des deux domaines. Teitel (R.), *Humanity's Law*, *supra* note 855.
[896] Jouannet (E.), *Le droit international*, *supra* note 861, p. 113.
[897] Sicilianos (L.-A.), *L'ONU et la démocratisation et de l'État. Systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, Pédone, 2000, 321 p. Voir aussi Tesón (F.), « The Kantian Theory of International Law », *Colum. L. Rev.*, vol. 92, 1992, spé. pp. 54-55. Voir aussi Franck (T.), « The Emerging Right to Democratic Governance », *AJIL*, vol. 86, n° 1, 1992, pp. 46-91. Cerna (C.), « Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West? », *NYU JILP*, vol. 27, n° 2, 1995, pp. 289-329. Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, pp. 589-591. Pour la thèse selon laquelle le principe de légitimité démocratique est désormais en déclin, voir D'Aspremont (J.), « Émergence et déclin de la gouvernance démocratique en droit international », *RQDI*, vol. 22, n° 2, 2009, pp. 57-80.
[898] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 210.

En somme, les constitutionnalistes sont divisés quant à l'acte fondateur du nouvel ordre international. Pour les uns, « *it has become obvious* […] *that the Charter is nothing else than the constitution of the international community* »[899]. Pour les autres, le droit constitutionnel mondial ne se limite pas aux seules dispositions de la Charte, mais s'étend aussi aux droits de l'homme, à la pénalisation de plus en plus nette des crimes internationaux et à l'affirmation d'une légitimité démocratique au lieu d'une simple effectivité pour la forme des gouvernements[900].

b) L'importance du *jus cogens*

Quoi qu'il en soit, les uns et les autres se rejoignent dans l'idée que le droit international contemporain se verticalise grâce la cristallisation de certaines normes matérielles « fortes » ou « absolues », parmi lesquelles figurent l'interdiction du recours à la force armée ainsi que les droits de l'homme. Erika De Wet l'affirme haut et fort : « *the international legal order is moving towards a vertical legal system, with human rights as its apex* »[901]. Cette position a été formalisée par le biais des normes impératives (ou *jus cogens*)[902]. Parmi les droits de l'homme ayant atteint le statut de normes impératives se trouvent les interdictions de torture, de génocide, d'esclavage et de discrimination raciale[903].

Il ne fait aucun doute que le *jus cogens* est la technique juridique par excellence pour instaurer une hiérarchie normative[904]. En effet, cette technique contient une règle

---

[899] Tomuschat (C.) (*éd.*), *The United Nations at Age Fifty. A Legal Perspective*, The Hague, Kluwer Law International, vol. 23, 1995, p. ix.

[900] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, pp. 21-22 et pp. 159-160.

[901] De Wet (E.) et Vidmar (J.), « Introduction », p. 2, *in* De Wet (E.) et Vidmar (J.) (*eds.*), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, OUP, 2012, xxxiv-330 p.

[902] La litérature sur le *jus cogens* est des plus prolifiques. Un ouvrage de référence en langue française est celui de Robert Kolb, *Théorie du* jus cogens *international : essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001, 401 p. Pour une analyse (et un plaidoyer) plus récent, voir Cassese (A.), « For an Enhanced Role of *Jus Cogens* », pp. 158-171, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54. Ruiz-Fabri (H.), « Enhancing the Rhetoric of *Jus Cogens* », *EJIL*, vol. 23, n° 4, 2012, pp. 1049-1058.

[903] De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *ICLQ*, vol. 55, n° 1, 2006, p. 59. Tout en reconnaissant les incertitudes relatives au contenu du *jus cogens*, les partisans du constitutionnalisme matériel insistent sur le fait que les normes impératives généralement reconnues comme telles relèvent des droits de l'homme : « *There is some ambiguity as to exactly which norms have acquired peremptory character. However, of the commonly accepted ones, the vast majority belong to the body of human rights law* ». De Wet (E.) et Vidmar (J.), « Introduction », *supra* note 901, p. 3. Pour cela, ils invoquent les nombreuses conventions internationales, la pratique juridictionnelle ainsi que le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, commentaire relatif à l'article 40, paragraphe 3 (A/56/10, p. 304).

[904] « *From a conceptual viewpoint,* jus cogens *would seem the most promising construct upon which to anchor a quasi-constitutional ordering of international norms* ». Siderman (I.), *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 284. Selon Pierre-Martie Dupuy, le *jus cogens* inscrit dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 « *a profondément modifié la structure même du droit international en tant qu'ordre juridique, en dépit du*

hiérarchique au sens strict et non pas une simple règle de préséance : « *le propre des normes impératives est* […] *de prévaloir sur celles qui ne sont qu'obligatoires* »[905]. L'article 53 de la Convention de Vienne prévoit la nullité des traités qui, au moment de leur conclusion, sont en conflit avec une norme impérative. Cette nullité s'applique également aux règles de droit international coutumier qui contreviennent aux règles impératives, comme l'a indiqué le TPIY dans l'affaire *Furundžija*[906]. À vrai dire, l'article 53 de la Convention de Vienne a laissé de nombreuses questions en suspens, de sorte que c'est à travers la jurisprudence que le contour des normes de *jus cogens* s'est peu à peu affirmé[907]. Grâce à ce travail jurisprudentiel, le *jus cogens* serait aujourd'hui un corps de normes à part entière, fondé sur les valeurs essentielles à la communauté internationale. Retraçant cette évolution du point de vue constitutionnaliste, Robert Kolb écrit que le *jus cogens* a, depuis les années 1990, :

> « *butiné dans toutes les directions. Il s'est transformé en un corps de règles hiérarchiquement supérieur (une espèce de droit constitutionnel mondial), important à cause de sa supériorité normative les effets juridiques les plus divers dans des contextes juridiques les plus variés. La motivation sous-jacente à cette orientation était de donner corps et voix à des normes exprimant les valeurs les plus cardinales de la communauté internationale, notamment celles humanitaires et solidaristes* »[908].

Aux yeux des constitutionnalistes, le *jus cogens* facilite l'évolution d'un droit international centré sur la souveraineté des États vers un droit international davantage perméable à des valeurs communautaristes. Ces valeurs sont en effet protégées et renforcées par des normes impératives dont la validité ne dépend pas du seul consentement des États[909]. Dans le même

---

fait que les valeurs affirmées par ces normes demeurent encore si constamment méconnues ». Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *EJLS*, vol. 1, 2007, p. 19. Que les règles de *jus cogens* soient méconnues n'affaiblit en rien leur impérativité. Au contraire, c'est précisément parce que ces valeurs sont si importantes qu'elles doivent être inscrites dans des normes de nature supérieure : « *somes rules protect so important and universal a value* [...] *that they have a hierarchical standing that is higher than other norms* ». Pauwelyn (J.), *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, CUP, 2003, p. 21. Voir aussi Silicianos (L.-A.), « La hiérarchisation de l'ordre juridique international », *RGDIP*, tome 116, n° 1, 2012, pp. 9-10.

[905] Dupuy (P.-M.), « « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation… », *ibid.*, p. 19.

[906] « *En raison de l'importance des valeurs qu'il* [l'interdiction de la torture] *protège, ce principe est devenu une norme impérative ou* jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang supérieur à celui du droit conventionnel et même à celui des règles de droit coutumier « ordinaire ». Il s'ensuit bien évidemment que les États ne peuvent y déroger par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative* ». TPIY, *Le procureur c. Furundzija*, Chambre de Première Instance II, jugement du 10 décembre 1998, affaire IT-95-17/1, § 153.

[907] Comme le relève Jean-Marc Sorel, la Cour internationale de Justice a longtemps été réticente et utilisait des périphrases ou métaphores pour qualifier ces normes (intransgressibles, incontournables, fondamentales…) avant de prononcer enfin l'expression « normes impératives » dans l'arrêt du 3 février 2006 concernant les *Activités armées sur le territoire du Congo* (et encore, d'une manière indirecte sous forme d'*obiter dictum*). Ceci étant, elle avait été largement devancée par d'autres juridictions moins frileuses (mais aussi en charge de domaines plus précis) comme le TPIY, le TPIR, la CEDH et la CIDH. Sorel (J.-M.), « Sécurité collective et réversibilité des normes impératives », p. 18, *in* Arcari (M.) et Balmond (L.) (*eds.*), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 272 p.

[908] Kolb (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 4 2009, p. 838. Toutefois, cette expansion entraîne, selon lui, des conséquences regrettables.

[909] « *Close to the heard of the concept* [*of* jus cogens] *lurks the embryonic notion of a world public order not exclusively controlled by*

ordre d'idées, les règles impératives s'imposent à toutes les institutions et à tous les régimes spécialisés, et ce, indépendamment de leur propre structuration normative. Que le régime du commerce soit lui-même constitutionnalisé, par exemple, ne change rien au fait que la protection des droits de l'homme prime sur le principe du libre-échange[910]. « *By appealing to common values* », résume Andreas Paulus, « jus cogens *may contribute to hold the international subsystems within a minimal communal sphere. It may thus provide the necessary value glue to the inevitable functional differentiation of international governance regimes* »[911].

En cela, le concept de *jus cogens* est issu d'une longue tradition jusnaturaliste. Certains n'ont aucune difficulté à le reconnaître : tout au long de ses écrits, Antônio Cançado Trindade insiste sur la *recta ratio* comme prescrivant ce qui est bon, y compris ce qui est fondamentalement bon pour tous (et donc protégé par les normes de *jus cogens*)[912]. La clé de la « reconstruction » du droit international (car il s'agit bien, pour lui, de réhabiliter la pensée des Anciens) est de renouer avec la *recta ratio* et, partant, de substituer la conscience juridique universelle à la volonté comme source du droit. Cette position est toutefois rejetée par d'autres constitutionnalistes. Pierre-Marie Dupuy, par exemple, insiste sur la positivité du concept de *jus cogens* : « *Une chose est d'affirmer qu'il existerait une fois pour toutes des principes inaliénables parce que hérités d'un commandement dicté par Dieu ou la Raison ; une autre est de constater que, à un moment historique donné, « la communauté internationale des États dans son ensemble » se met d'accord pour considérer* […] *que certaines règles ne peuvent subir d'altération par la pratique conventionnelle* »[913]. Le problème est évidemment que la question de savoir qui est en mesure de représenter cette communauté internationale (et ainsi d'adopter des normes de *jus cogens*) est laissée sans réponse[914]. Cette aporie conduit à penser que le *jus cogens* s'inscrit plus aisément dans la « tradition

---

nation-states, one that is foundational, guarding the most fundamental and highly-valued interests of international society. Without foundational ordering norms in a global, interdependent community, little hope would remain for even a rudimentary system of humane public order ». Christenson (G.), « *Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society », *Virginia J. of Int'l L.*, vol. 28, 1987, p. 587.

910 Petersmann (E.-U.), « Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons from European Integration law for Global Integration Law », *Jean Monnet Working Paper 7/01*, 2001, pp. 1-36.

911 Paulus (A.), « *Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation. An Attempt at a Re-Appraisal », *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 74, 2005, p. 332. Voir aussi Paulus (A.), « The Legitimacy of International Law and the Role of the State », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 1047-1058 (en réaction à la thèse de Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano). Vidmar (J.), « Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System? », pp. 13-41, *in* De Wet (E.) et Vidmar (J.) (*eds.*), *Hierarchy in International Law…*, *supra* note 901.

912 Voir le livre (en français) Cançado Trindade (A.), *Le droit international pour la personne humaine*, *supra* note 452. Voir aussi Cançado Trindade (A.A.), « La *recta ratio* dans les fondements du *jus cogens* comme droit international de l'humanité », *Rev. Fac. Direito*, vol. 58, 2011, p. 91-122.

913 Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, pp. 270-271.

914 Pour une critique fondamentale des droits de l'homme comme symbole de l'échec du projet des Lumières, voir MacIntyre (A.), *Après la vertu*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, pp. 69-70.

grotienne »[915], telle qu'interprétée par Hersch Lauterpacht, à savoir une tradition qui replace l'individu au cœur du droit, qui postule l'existence d'une communauté internationale et qui intègre des exigences jusnaturalistes au droit international en vue de le faire progresser et de tempérer les dérives anti-cosmopolitiques du volontarisme positiviste[916].

2) UNE HIÉRARCHIE INSTITUTIONNELLE

Maintenant que les règles matérielles situées au sommet de l'ordre constitutionnel mondial ont été identifiées, reste à savoir qui est chargé de garantir leur application. « *The existence of an international value system raises the question whether the international community possesses structures capable of enforcing such a system and resolving potential conflicts between its different (hierarchical) components* »[917]. L'existence d'un corps de normes et de valeurs constitutionnelles implique qu'une fonction importante est attribuée aux institutions universelles ; on leur demande d'élucider les implications pour tous de l'adhésion à des normes et valeurs réputées communes. Les institutions situées au sommet de la hiérarchie sont les organes principaux des Nations Unies, à commencer par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale (a) et la Cour internationale de Justice (b). À côté de ces institutions, la doctrine joue elle aussi un rôle important (c).

a) Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies

Les institutions onusiennes sont habituellement les premières à être citées, à commencer par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. C'est avant tout le potentiel de ces institutions qui est mis en avant (« n'est-il pas vrai que le Conseil de sécurité qualifie sans peine les violations des droits de l'homme de menace à la paix et à la sécurité internationales et qu'il

---

915 Grotius aurait été l'un des premiers à pressentir et à articuler une conception solidariste de la société internationale. C'est pour cette raison que John Dugard, lors de sa dernière locution à l'université de Leiden (où a étudié Grotius), a présenté la tradition grotienne comme « *a tradition that sees international law as a system of law that serves the interests of the international community as a whole and interests of humanity rather than the narrow interests of state sovereignty* ». Dugard (J.), « The Future of International Law: A Human Rights Perspective », locution publique à Université de Leiden, 20 avril 2007, p. 11.

916 Lauterpacht (H.), « The Grotian Tradition in International Law », *BYBIL*, vol. 23, 1946, pp. 1-53. Koskenniemi (M.), « Hersch Lauterpacht (1897-1960) », pp. 601-662, *in* Beatson (J.) et Zimmermann (R.) (*eds.*), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, OUP, 2004, 866 p. Scobbie (I.), « The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function », *EJIL*, vol. 2, 1997, pp. 264-298. Le caractère objectif du droit impératif (par le biais du droit international général) est reconnu par Buzzini (G.P.), « La « généralité » du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept », *RGDIP*, vol. 2, 2004, pp. 381-406.

917 De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *supra* note 903, p. 64. Voir aussi Frowein (J.), « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 39, 2000, p. 447 : « *Konstitutionalisierung der Völkerrechtsordnung bedeutet die Anerkennung von Interessen der Staatengemeinschaft und die Einführung von Mechanismen zu ihrer Durchsetzung* ».

a mis sur pied une multitude de mécanismes pour y remédier ? » ; « n'est-il pas vrai que l'Assemblée générale possède un pouvoir résiduel en la matière grâce à la résolution 377 (V) « Union pour le maintien de la paix » et qu'elle pourrait l'utiliser s'il y avait une réelle volonté politique ? », etc.). Ceci étant, la préférence accordée à ces deux organes onusiens ne signifie pas qu'on ferme les yeux sur leurs défaillances. Celles-ci sont parfaitement reconnues par les partisans du constitutionnalisme matériel, ce qui ouvre la porte à des réflexions sur la possibilité de réformes du système des Nations Unies en général et du Conseil de sécurité en particulier[918]. De très nombreuses critiques se sont fait entendre pour dénoncer la composition du Conseil de sécurité ainsi que son système de vote[919]. Son fonctionnement fait l'objet de deux interrogations de nature constitutionnelle : « *Because the Council is an agency established to perform tasks in the public interest* », s'interroge Anne Peters, « *the first question is that of its competences (what may it do?), and the second question is that of its obligations (what must it do?)* »[920]. De manière encore plus succincte : quelles sont les compétences et les obligations qui incombent au Conseil de sécurité, « organe principal du maintien de la paix » ?

i) Les compétences du Conseil de sécurité

La question des compétences renvoie aux limites constitutionnelles encadrant l'action du Conseil de sécurité. Dans un système constitutionnel mondial, le Conseil ne se situe pas au-dessus du droit ; il doit agir conformément aux règles de droit[921]. Cela signifie que même si le Conseil possède un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il agit pour maintenir ou pour rétablir la paix et la sécurité internationales, ce pouvoir n'est pas illimité. Pour les constitutionnalistes, le travail consiste maintenant à mettre ces mots en pratique ; autrement dit, pour que les limites à l'action du Conseil ne soient pas seulement virtuelles, pour que le Conseil soit effectivement

---

[918] Parmi les multiples propositions, voir Alston (P.), « The United Nations: No Hope for Reform? », pp. 38-51, *in* Cassese (A.), *Realizing Utopia*, *supra* note 54. Fassbender (B.), « The Security Council: Progress is Possible but Unlikely », pp. 52-60, *in ibid.* Szelczyk (B.), « Variable Multipolarity and U.N. Security Council Reform », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 53, 2012, pp. 450-504.

[919] Selon Jean Cohen, par exemple, il faudrait retirer le droit de véto des cinq membres permanents afin de les soustraire, eux aussi, à l'ordre constitutionnel mondial. Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, pp. 312-313.

[920] Peters (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 538.

[921] Ce raisonnement a été avancé par *l*a Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, en réponse à l'argument voulant que le Conseil n'ait pas le pouvoir de créer un tribunal pénal sous le chapitre VII de la Charte. La Chambre d'appel a affirmé que le Conseil de Sécurité n'était pas un « *legibus solutus* » (échappant à la loi) et que le texte de la Charte lui avait attribué des pouvoirs spécifiques et non pas un pouvoir absolu. Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence* (Le Procureur c. Tadic), IT-94-1-A, 2 octobre 1995, §§ 26-28. En l'occurrence, la Chambre d'appel a estimé que le TPIY a été créé légalement comme mesure prise en vertu du chapitre VII de la Charte et que le Conseil de sécurité a agi conformément à ses pouvoirs discrétionnaires. *Ibid.*, § 40.

soumis au principe de légalité, « *mechanisms should be put in place for monitoring compliance of Security Council decisions with the principles of the UN Charter including* jus cogens »[922].

Cela s'applique notamment aux mesures de sanctions édictées par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII, à l'instar des sanctions mises en place contre les individus liés au régime des talibans et Al-Qaïda[923]. Il ne faut pas oublier que, pour les constitutionnalistes, l'application de sanctions « ciblées » ou « intelligentes » à des personnes privées constitue une évolution positive dans la pratique des sanctions par le Conseil de sécurité[924]. Il s'agit néanmoins d'une évolution inachevée, dans la mesure où « *si la question du respect des droits fondamentaux a changé d'échelle, elle n'a pas complètement disparu. Le risque humanitaire est écarté mais pas le risque d'une violation des droits des personnes visées par la sanction* »[925]. Le problème est que les listes, telles qu'elles sont élaborées et appliquées, privent les individus concernés de certaines libertés fondamentales (droit de se déplacer, libre exercice du droit de propriété) ainsi que de certains droits procéduraux fondamentaux (droit à un recours effectif, droit à un procès équitable)[926].

Peu à peu, le Conseil de sécurité a été amené à améliorer sa procédure administrative[927]. Ces améliorations se sont avérées insuffisantes aux yeux des instances judiciaires européennes

---

[922] Condorelli (L.), « Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law », p. 248, *in Realizing Utopia, supra* note 54. Hinojosa Martínez (L.), « The Legislative Role of the SC in its Fight Against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits », *ICLQ*, vol. 57, 2008, spéc. p. 346. Ulfstein (G.), « Institutions and Competences », p. 61, *in The Constitutionalization of International Law*, *supra* note 761. Doehring (K.), « Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences », *Max Planck YB of UN Law*, 1997, pp. 91-109. Voir *contra* Aust (A.), « The Role of Human Rights in Limiting the Enforcement Powers of the Security Council: A Practitioners View », pp. 31-38, *in* De Wet (E.) and Nollkaemper (A.) (*eds.*), *Review of the Security Council by Member States*, Antwerp, Intersentia, 2003, 159 p. Zemanek (K.), « Is the Security Council the Sole Judge of its Own Legality? », pp. 483-505, *in* Reinisch (A.) et Kriebaum (U.) (*eds.*), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, 505 p. Pour une proposition de réforme accordant plus de pouvoir à l'Assemblée générale, voir Boyle (A.), « International Lawmaking: Towards a New Role for the Security Council », pp. 72-84, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54.

[923] S/RES/1267 (1999). Cette résolution, adoptée le 15 octobre 1999 par le Conseil de sécurité sous le Chapitre VII de la Charte, dispose du gel des fonds et autres ressources financières ainsi que d'une interdiction de voyager sur la base d'une liste de personnes ou d'entités suspectées de participer aux activités du régime Taliban ou de l'organisation d'Al-Qaïda.

[924] Les sanctions « ciblées » ou « intelligentes » ont été élaborées par les institutions onusiennes au regard de l'inadéquation des sanctions interétatiques traditionnelles du droit international pour faire face aux nouvelles menaces, en particulier les menaces terroristes. Pour un historique, voir Rapoport (C.), « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », pp. 3-24, *in Les sanctions ciblées au carrefour des droits international, européen et interne*, Les Cahiers du Centre d'excellence Jean Monnet de Grenoble, Université Pierre-Mendès-France, mai 2011.

[925] *Ibid.*, p. 7. Voir aussi Van den Herik (L.), « The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual », *LJIL*, vol. 20, n° 4, 2007, pp. 797-807.

[926] Les sanctions ciblées à l'encontre de particuliers dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sont très largement dénoncées par la doctrine comme peu compatibles avec les droits de l'homme. Voir par exemple Frowein (J.), « The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law », pp. 785-795, *in* Dupuy (P.-M.), Fassbender (B.), Shaw (M.) et Sommermann (K.-P.) *(eds.), Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 2006, xvi-1184 p.

[927] Voir par exemple les résolutions 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1525 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009) et 1989 (2011).

pour satisfaire les exigences de protection des droits fondamentaux. L'affaire *Kadi* s'est terminée avec le constat selon lequel les droits de la défense du requérant n'avaient été respectés qu'en apparence et que son droit à une protection juridictionnelle effective s'en était trouvé atteint. Les juges de Luxembourg ont aussi trouvé que le gel à durée indéterminée des avoirs financiers de M. Kadi, qui courait depuis plus de dix ans, constituait une atteinte considérable à son droit de propriété[928]. Dans le même ordre d'idées, le Comité des droits de l'homme a examiné en 2008 la compatibilité, avec le Pacte relatif aux droits civils et politiques, des mesures belges adoptées pour mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme international. Le Comité a conclu à la violation de certaines dispositions, dont la liberté de déplacement (article 12) et la protection de l'honneur et de la réputation (article 17)[929]. Pour Jean-François Flauss, il est significatif que ces constatations aient été faites par une instance onusienne, à savoir le Comité des droits de l'homme, et non pas une institution régionale. En effet, un constat de violation établi par le Comité a « *à l'évidence, dans et pour, l'Organisation des Nations Unies, une partie symbolique et politique plus prégnante que celui adopté par une juridiction régionale, fût-elle la Cour européenne* »[930].

Cette remarque peut être généralisée car elle témoigne bien de la signification de l'affaire *Kadi* aux yeux des constitutionnalistes. Cette affaire est bénéfique dans la seule mesure où elle constitue « *a temporary and apparently necessary step towards rectifying serious shortcomings at the UN level* »[931]. Elle est louangée du fait qu'elle dénonce les déficiences des mesures anti-terroristes, mais elle est vue avec circonspection du fait qu'elle risque d'affaiblir (voire de « détourner »[932]) le système de la sécurité collective. Cette ambivalence conduit les constitutionnalistes à appeler le Conseil de sécurité à entreprendre lui-même des réformes, de manière à se conformer aux exigences onusiennes en matière de protection des droits de l'homme. « *An infinitely more preferable alternative would be to introduce some form of impartial and independent review at the*

---

928 Arrêt de la Cour de justice de l'UE dans les affaires jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, *Commission, Conseil, Royaume-Uni* c. *Yassin Abdullah Kadi*, 18 juillet 2013.

929 Comité des droits de l'homme de l'ONU, *Sayadi et Vinck c. Belgique*, constatations du 22 octobre 2008. Le Comité des droits de l'homme n'a pas, en revanche, confirmé la violation des droits procéduraux (y compris le droit à un recours utile).

930 Flauss (J.-F.), « Les « listes noires » de l'O.N.U. devant le Comité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, vol. 82, p. 382.

931 Van den Herik (L.) et Schrijver (N.), « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 5, 2008, p. 331. Voir aussi Bore Eveno (V.), « Le contrôle juridictionnel du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP*, vol. 4, 2006, pp. 827-860.

932 Wessel (R.), « Editorial: The UN, the EU and *Jus Cogens* », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 3, 2006, p. 6 : « *We can only hope that the expected judgments of the ECJ will be used to highlight the current existing « legal protection limbo » with a view to reforming the system, without hijacking it* ».

UN level itself »[933]. Il s'agit donc de tirer profit de la protection accrue accordée aux individus par les juridictions spécialisées sans pour autant affecter la crédibilité du Conseil de sécurité, celui-ci constituant la clef de voûte du nouvel ordre constitutionnel mondial :

> « *The value of* [*these*] *judgments may be that* [*they*] *put pressure on the need to adapt the sanctions regime. Without any adaptations, regional or national courts increasingly may feel compelled to scrutinise Security Council sanction resolutions. As a result, the unity and coherence of this regime, the effectiveness of UN sanctions and, ultimately, the authority of the Security Council will suffer, and the Council will not be able to perform its functions as required by the Charter* »[934].

ii) Les obligations du Conseil de sécurité

La question des obligations se pose du fait que le Conseil de sécurité choisit trop souvent de ne pas intervenir, laissant empirer les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire : c'est ce qui s'est passé au Rwanda et au Darfour[935]. Lors de la crise du Kosovo en 1999, le Secrétaire-général, Kofi Annan, n'a pas condamné l'intervention de l'OTAN quand bien elle était dépourvue d'un mandat explicite du Conseil de sécurité. Il a plutôt parlé de dilemme moral et a qualifié l'intervention de légitime même si elle était illégale, rejoignant par la même occasion l'analyse de nombreux internationalistes, en particulier européens[936].

Ces événements ont renforcé l'idée que dans un système constitutionnel mondial, le Conseil de sécurité doit être tenu d'agir lorsque la situation humanitaire le requiert. Le Secrétaire général n'a-t-il pas affirmé que lorsque des crimes contre l'humanité ont été commis et que les moyens pacifiques pour y mettre fin ont été épuisés, « *le Conseil de sécurité a le devoir moral d'agir au nom de la communauté internationale* »[937] ? La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États est allée plus loin, suggérant que le Conseil de sécurité serait lié par une obligation *juridique* (et non pas seulement *morale*) de prévention, de

---

[933] Van den Herik (L.) et Schrijver (N.), « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security… », *supra* note 931, *loc. cit.* Pour ces auteurs, il s'agit pour le Conseil de sécurité de se conformer aux exigences onusiennes et non pas européennes (lesquelles seraient trop exigeantes) : « *While any solution at this level must be in conformity with international human rights law, it may not necessarily satisfy all of the stringent European standards such as the ECJ requirement of a full judicial review* ». Une critique plus virulente est formulée par Simon (D.) et Mariatte (F.), « Le TPI des Commautés : professeur de droit international ? », *Europe*, décembre 2005, pp. 9-10.

[934] Wessel (R.), « Editorial: The UN, the EU and *Jus Cogens* », *supra* note 932, p. 6.

[935] Comme l'écrit Anne Peters, « *the real problem is not that the United Nations would intervene too often, but that the Security Council has abstained from authorizing robust military activities even in situations such as Rwanda or Darfur, which fulfil the narrow criteria of admissible humanitarian interventions* ». Peters (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *supra* note 920 p. 538.

[936] Doyle (M.), « International Ethics and the Responsibility to Protect », *Int'l Stud. Rev.*, vol. 13, 2011, pp. 72-84.

[937] Rapport du millénaire du Secrétaire général des Nations unies, « 'Nous les Peuples'. Le rôle des Nations unies au XXIe siècle », 27 mars 2000, A/54/2000, § 219.

réaction et de restauration de la paix civile lorsque celle-ci est menacée[938]. Cela signifie qu'en dépit du caractère individuel de la responsabilité de protéger les populations en détresse, cette action peut bénéficier de l'aide des autres membres de la communauté internationale, tant et aussi longtemps qu'elle est menée par le Conseil de sécurité dans le respect du droit des Nations Unies. Du point de vue constitutionnaliste, le travail consiste désormais à consolider la nature juridique de cette fameuse « responsabilité de protéger » et à clarifier aussi bien les moyens que les conditions d'agir à ce titre[939].

Il va sans dire que le nouveau vocabulaire (« responsabilité de protéger »), utilisé pour traiter de ce qu'on appelait autrefois l'intervention humanitaire, octroie davantage de pouvoir au Conseil de sécurité, qui devient une véritable autorité internationale[940]. C'est l'articulation de la souveraineté étatique avec la protection des droits l'homme qui rend ceci possible. En effet, à partir du moment où l'on ne parle plus de critère d'intervention mais de responsabilité de protéger, de sécurité humaine et non plus de sécurité d'État, le regard se déplace tout naturellement vers le Conseil de sécurité, devenu bras exécutif de la communauté mondiale, en charge de venir à la rescousse des populations en détresse. « *Note that such an approach* […] *involves a subtile shift in the understanding of the structural position of the Security Council –from a political executive body established by treaty to enforce the peace and provide collective security in a crisis, to the executive organ of the international community, enforcing its global constitutional law and community values* »[941].

b) La Cour internationale de Justice

Ce débat conduit les constitutionnalistes à penser qu'il serait bon de contrôler la légalité (ou, mieux, la constitutionnalité) des décisions du Conseil de sécurité. Selon eux, l'institution la mieux placée est la Cour internationale de Justice. Celle-ci est la mieux placée pour le faire, à la fois parce qu'elle est dotée d'une compétence *ratione materiae* générale et parce qu'elle est l'organe judiciaire de l'ONU[942]. En tant qu'organe judiciaire de l'ONU, explique Philippe

[938] L'intervention militaire est envisagée comme une modalité de dernier recours ; elle doit être proportionnée et être en mesure d'atteindre ses objectifs. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats, *La Responsabilité de protéger*, décembre 2011, Centre de recherches pour le développement international, Canada 116 p.
[939] Szurek (S.), « La responsabilité de protéger : mauvaises querelles et vraies questions », *ACDI*, vol. 4, 2011, p. 48. Voir aussi de la même auteure : « Responsabilité de protéger, nature de l'obligation et responsabilité internationale », pp. 91-134, *in* SFDI, *La responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, Colloque de Nanterre, 2008, 364 p.
[940] Orford (A.), *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, CUP, 2011, ix-235 p.
[941] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 270. Voir aussi pp. 173-178.
[942] Il y a eu beaucoup de discussions, à l'occasion de l'affaire *Lockerbie*, sur la question de savoir si la CIJ est compétente pour contrôler la légalité des actes du Conseil de sécurité. Voir par exemple Sorel (J.-M.), « Les

Weckel, la CIJ possède une légitimité, une représentativité et une autorité particulière qui assure sa « centralité » au sein d'un système contentieux décentralisé[943].

L'idée d'une hiérarchie institutionnelle en faveur de la CIJ est souvent défendue de manière implicite, au nom par exemple des « *intérêts de la cohérence* » du droit international[944]. Mais cette idée peut aussi être défendue de manière explicite. C'est le cas lorsqu'on propose d'investir la CIJ avec le pouvoir de juger non seulement la constitutionnalité des décisions du Conseil de sécurité, mais aussi celles des juridictions spécialisées et des organes administratifs[945]. C'est aussi le cas lorsqu'on propose d'instaurer un système de renvoi préjudiciel à la CIJ en cas de conflit entre une règle spécialisée et une règle de *jus cogens*[946].

Dans tous les cas de figure, la CIJ est encouragée à jouer un plus grand rôle en tant que gardienne de l'ordre constitutionnel mondial. Sa jurisprudence récente serait à cet égard

---

arrêts de la CIJ du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie : le suspense demeure », *RGDIP*, vol. 3, 1998, pp. 685-719. Alvarez (J.), « Judging the Security Council », *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 1-39. Watson (G.), « Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 34, 1993, pp. 1-45. Caflisch (L.), « Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter ? », pp. 633-662, *in* Al-Nauimi (N.) et Meese (R.) (*eds.*), *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, xxi-1338 p. Akande (D.), « The ICJ and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of the Decisions of Political Organs of the UN? », *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 309-343. Plus récemment, voir De Wet (E.), « Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and Its Implications for the International Court of Justice », *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 47, 2000, pp. 181-210. Cassese (A.), « The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady », pp. 239-249, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre judique international… », *supra* note 580, pp. 462-463. Klabbers (J.), « Straddling Law and Politics: Judicial Review in International Law », pp. 809-836, *in* MacDonald (R.) et Johnston (D.) (*eds.*), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden, Brill, 2005, xviii-968. Thouvenin (J.-M.), « Le juge international peut-il contrôler la légalité des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité ? », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 373-379.

943 Weckel (P.), « La Cour internationale de justice. La CIJ et la fragmentation du droit international, » p. 167, *in* Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.) (*dir.*), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, *supra* note 36.

944 Ulfstein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 67 : « *The interest of coherence may be best served by generally assigning this responsibility to the ICJ* ». Voir aussi Leathey (C.), « An Institutional Hierarchy To Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed An Opportunity ? », *NYU JILP*, vol. 40, 2007, pp. 259-306.

945 Vicuña (O.) et Pinto (C.), *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-first Century: Prospects for the Twenty-first Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First Peace Conference, The Hague, 1999, 230 p. Voir aussi Lavranos (N.), « The *Mox Plant* and *Ijzeren Rijn* Disputes: Which Court is the Supreme Arbiter? », *LJIL*, vol. 19, 2006, p. 243.

946 Cassese (A.), « The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady », pp. 239-249, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54. (P.-M.), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », pp. 36-37, *in* Ben Achour (R.) et Laghmani (S.) (*dir.*), *Harmonie et contradictions en droit international*, Paris, Pedone, 1996, 346 p. Voir aussi Charney (J.), « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *NYU JILP*, vol. 31, n° 4, 1999, pp. 697-708. Quant à la proposition de créer un autre organe onusien chargé de la coordination entre les différentes juridictions internationales, voir Bennouna (M.), « How to Cope with the Proliferation of International Courts and Coordinate Their Action », p. 287, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54.

prometteuse, car elle témoignerait de la recherche « *d'une synergie positive* »[947] entre le droit international et la protection des droits de l'homme. L'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* l'illustre à l'envi. Dans cette affaire, la Guinée (qui avait endossé les réclamations de son ressortissant) demandait à ce que la responsabilité internationale de la République Démocratique du Congo soit engagée pour des « *violations graves du droit international* »[948]. Progressivement, la question des droits de l'homme est devenue le cœur de l'affaire, en raison des pièces soumises par les parties, et surtout grâce à un *obiter dictum* de la Cour, qualifié de « *remarquable* »[949], selon lequel le champ matériel de la protection diplomatique inclut désormais « *les droits de l'homme internationalement garantis* »[950]. La Cour aurait ainsi confirmé que la protection diplomatique constitue un moyen de mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État dans l'hypothèse de violations, non seulement des droits individuels des étrangers, mais plus largement de l'ensemble des droits fondamentaux[951].

Selon Muriel Ubéda-Saillard, la position « constitutionnelle » de la Cour est visible à deux égards. D'une part, la Cour prend position sur un sujet d'actualité hautement controversé. En effet, son arrêt doit être compris à l'aune de la question de l'expulsion, actuellement examinée par la CDI. Cette question suscite de nombreux débats au sein des instances onusiennes du fait que les politiques migratoires adoptées par les États dans un contexte de crise économique et financière sont plus strictes, et qu'il en résulte une vulnérabilité croissante des populations[952]. Le Rapporteur spécial Maurice Kamto n'a-t-il pas applaudi la « *toute première décision de la Cour mondiale* »[953] consacrée à cette problématique ? D'autre part, par son interprétation mesurée des droits de l'homme, la Cour apporte une réponse institutionnelle aux dangers de

---

[947] Il s'agit d'une expression utilisée par Jean-François Flauss il y a quinze ans à l'occasion du colloque de la Société française de droit international à Strasbourg (Flauss (J.-F.), « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », p. 13, *in* SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 944 p. Elle a été reprise en 2011 par Muriel Ubéda-Saillard pour qualifier l'arrêt rendu le 30 novembre 2010 par la CIJ dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* : Ubéda-Saillard (M.), « La diversité dans l'unité : l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* », *RGDIP*, tome 115, n° 4, 2011, p. 987.

[948] Requête introductive d'instance de la Guinée, 20 décembre 1998, p. 2.

[949] Ubéda-Saillard (M.), « La diversité dans l'unité… », *supra* note 947, p. 899.

[950] Cour internationale de justice, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, § 39.

[951] Dans son Projet d'articles sur la protection diplomatique adopté en 2006, la CDI soulignait déjà que « *l'exercice par un Etat de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits de l'homme ont été violés à l'étranger* », ce mécanisme constituant « *un recours évident que les Etats devraient dûment prendre en considération* ». Rapport de la Commission du droit international, 58ème session, 2006, A/61/10, resp. p. 26, § 4, et p. 269, § 2.

[952] Sur cette question, voir par exemple « Droits de l'homme des migrants », note du Secrétaire général, A/65/222, 3 août 2010 ; résolutions de l'Assemblée générale, A/RES/40/144, A/RES/64/166 et A/RES/65/212, resp. du 13 décembre 1985, 19 mars 2010 et 1er avril 2011.

[953] M. Kamto, rapporteur spécial, 7ème rapport sur l'expulsion des étrangers, A/CN.4/462, 4 mai 2011, § 20.

fragmentation du droit, en assumant pleinement son rôle d'organe judiciaire principal des Nations Unies, chargé d'appliquer les normes fondamentales du droit international :

> « *l'arrêt offre surtout une réponse à la problématique de la fragmentation du droit international et à la nécessaire préservation d'une cohérence minimale de ce corpus juridique face à la multiplication des* leges speciales *et autres régimes autonomes. La Cour propose ainsi une conception modérée, qui exclut l'existence d'une indifférence totale du droit international d'application générale à l'égard du régime spécial du droit international des droits de l'homme, et inversement* »[954].

Parallèlement à ces invites faites à la CIJ de jouer le rôle d'une « *cour constitutionnelle mondiale* »[955], les constitutionnalistes s'interrogent sur la possibilité de créer une Cour mondiale des droits de l'homme. Selon Geir Ulfstein, il faut profiter du momentum initié par la transformation de la Commission des droits de l'homme en Conseil des droits de l'homme, celui-ci étant devenu un organe subsidiaire permanent de l'Assemblée générale[956]. Il estime que la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme aiderait à combler le fossé entre les droits de l'homme tels qu'ils sont codifiés et leur application en réalité, et à faire avancer le projet de constitutionnalisation du droit international[957]. D'autres ont déjà élaboré un statut provisoire de cette Cour, détaillant sa composition, ses compétences, un principe de subsidiarité, etc.[958]. Même les plus réfractaires à l'idée concèdent qu'il s'agit d'un projet valable à long terme : « *what should* […] *be pursued is a long-term development which would bring the regions of the world onto the same level as Europe, and to the extent that the parallel is justified, the Americas. Once a solid basis has been established, it will be at least desirable to establish a world court which would secure the uniform protection of human rights on the whole planet* »[959].

c) La doctrine

Ces dernières remarques laissent entendre que la doctrine joue un rôle non négligeable dans la matérialisation du projet constitutionnaliste. De pair avec les juges, explique Pierre-Marie Dupuy, la doctrine serait la « *gardienne* »[960] de l'unité du droit international. En effet, la

---

954 Ubéda-Saillard (M.), « La diversité dans l'unité… », *supra* note 947, p. 900.
955 De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *supra* note 903, p. 65. Voir aussi Dupuy (P.-M.), « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *NYU JILP*, vol. 31, 1998-1999, pp. 791-808.
956 Résolution 60/251 de l'Assemblée générale, intituée « *Conseil des droits de l'homme* », adoptée le 3 avril 2006.
957 « *Since the intention is to empower an international judicial organ in order to increase the respect for core values in the international community, it may even be regarded as a facet of the growing 'constitutionalisation' of international law* ». Ulfstein (G.), « Do We Need a World Court of Human Rights? », p. 271, *in* Engdahl (O.) et Wrange (P.) (*eds.*), *Law at War – The Law as it was and the Law as it Shoud Be*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, xii-322 p.
958 Kozma (J.), Nowak (M.) et Scheinin (M.), *A World Court of Human Rights: Consolidated Statute and Commentary*, Wien, NWV, 2010, 113 p.
959 Trechsel (S.), « A World Court for Human Rights? » *Northwestern J. of Int'l L.*, vol. 1, n° 1, 2004, p. 19.
960 Dupuy (P.-M.), « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *supra* note 6, p. 10.

doctrine a pour mission de manifester la cohérence intrinsèque du droit international, en partie apparente et en partie cachée. Sa tâche est de montrer l'unité là où il semble n'y avoir que du chaos, entre « *un maillage de plus en plus dense de conventions multilatérales générales dont les dispositions et les principes de base se recoupent, plusieurs centaines d'organisations internationales elles-mêmes souvent productrices d'un droit dérivé substantiel* [*et*] *une production jurisprudentielle sans cesse croissante* »[961].

Ce rôle actif dévolu à la doctrine est pleinement assumé par les constitutionnalistes : « *the constitutionalization process of international law is mainly driven by academics and to some extent by international courts, not by governments and treaty-makers* »[962]. On ne compte plus les conférences, les colloques ainsi que les livres dédiés à cette problématique. Une chaire de droit constitutionnel international, occupée par Erika De Wet, a été créée à l'université d'Amsterdam en 2004. Dans le même ordre d'idées, la revue « Global Constitutionalism » a vu le jour en 2012 avec un objectif clairement affiché : soutenir « *both* […] *the traditional scholarly roles of explaining and understanding and* […] *those that advance the political and legal agenda of global constitutionalism* »[963].

Plus concrètement, la doctrine contribue à la constitutionnalisation du droit de deux façons distinctes. Premièrement, elle cherche à harmoniser les branches spécialisées entre elles, à l'aune des valeurs et des normes fondamentales du système général. Ainsi prend-t-elle soin d'étudier les chevauchements entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire[964]. Elle met aussi l'accent sur l'importance des droits de l'homme qui viennent s'immiscer dans les zones les plus reculées du droit international[965]. Deuxièmement, elle cherche à mettre de

---

Analysant le plaidoyer d'Antonio Cassese en faveur du *jus cogens*, Hélène Ruiz-Fabri arrive au même diagnostic : « *Nino Cassese's propositions consist in bypassing ordinary policy in favour of using expert bodies to achieve change. He very reasonably relies on his own experience of having shifted from the role of academic to that of international expert and international judge* […] ». Fuiz-Fabri (H.), « Enhancing the Rhetoric of *Jus Cogens* », *EJIL*, vol. 23, n° 4, 2012, pp. 1049-1058.

961 Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation… », *supra* note 904, pp. 9-10. Voir aussi Von Bogdandy (A.), « Constitutionalism in International Law... », *supra* note 749, p. 226.

962 Peters (A.), « Are We Moving Towards Constitutionalization of the World Community », p. 118, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54. C'est d'ailleurs pour cette raison que les partisans du constitutionnalisme matériel voient d'un bon œil la juridictionnalisation du droit international. Comme le dit Anne Peters, « *constitutionalists welcome the proliferation of international courts, tribunals and arbitral bodies, and the strengthening of judicial review as a promising step towards further implementation of an international rule of law* ». Anne Peters « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 606.

963 Wiender (A.), Lang (A.), Tully (J.), Maduro Poiares (M.) et Kumm (M.), « Global constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law », *Global Constitutionalism*, vol. 1, n° 1, 2012, p. 10.

964 Sur la convergence des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence des TPI, voir Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 152 p. Sur le même sujet, voir Schabas (W.), « Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights », *J. of Int'l Criminal Justice*, vol. 9, n° 3, 2011, pp. 609-632. Arnold (A.) et Quénivet (N.) (*eds.*), *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, viii-600 p. D'Aspremont (J.) et De Hemptinne (J.), *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012, spé. pp. 81-93.

965 Voir Fry (J.), « International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's

l'ordre à l'intérieur même des branches spécialisées. Dans la préface d'un ouvrage récent sur la protection de l'environnement, par exemple, Sir Robert Jennings écrit : « *if it seems a little bold to call environmental law a 'system', it is assuredly not so bold as it would have been before the publication of Philippe Sands' important work* »[966]. Dans cet ouvrage, Philippe Sands s'attache à montrer que le droit de l'environnement est un système avec ses propres particularités, certes, mais qu'il n'est pas pour autant détaché du droit international général[967]. Grâce à cette analyse, il devient plus facile de demander si le droit de l'environnement ne fait pas partie du droit *constitutionnel* international[968].

§2. … REVU À LA BAISSE

La démarche initiale des partisans du constitutionnalisme matériel consiste à élaborer un système de droit international constitutionnel en spécifiant les normes fondamentales du système et en désignant les institutions chargées d'en assurer le respect. Or, selon Martti Koskenniemi, « *it is difficult to see how any politically meaningful project for the common good (as distinct from the various notions of particular good) could be articulated around the diplomatic practices of United Nations organs, or notions such as jus cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties* »[969]. Après tout, le débat sur la fragmentation du droit international est né à la suite des attaques lancées contre les traits inacceptables du droit public traditionnel et contre le pouvoir des institutions qui l'appliquent[970]. En effet, lorsque le Comité des droits de l'homme interprète ses pouvoirs

---

Unity », *Duke J. of Comp. & Int'l L.*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 77-149. Radi (Y.), « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective From Within the International Investment Law Toolbox », *North Carolina J. of Int'l L. and Commercial Reg.*, vol. 37, n° 4, 2012, pp. 1107-1185.

966 Il s'agit de la préface de la 1ère édition. Sir Jennings (R.), « Foreword », p. xxi, *in* Sands (P.) et Peel (J.), *Principles of International Environmental Law*, 3ème éd. Cambridge, CUP, 2012, lxvi-926 p.

967 Pour cela, il débute par un récit linéaire de son développement, divisé en 4 périodes progressives. Les débuts du droit de l'environnement, qui datent du 19ème siècle, se limitent à des réponses disparates et ciblées face à des problèmes d'utilisation et d'exploitation des ressources naturelles. Vient ensuite la création de l'ONU : même sans être dotée de pouvoir explicite en la matière, l'Organisation permet des avancées institutionnelles importantes. « *Seeds of intergovernmental environmental action were sown in 1947 by the UN* » (*ibid.*, p. 27). La période suivante s'ouvre avec la conférence de Stockholm de 1972 ; c'est une phase de « frénésie normative ». Mais le corps de règles qui se développe est sectoriel et donc fragmenté, et on porte peu d'attention à la mise en œuvre. La conférence de Rio de 1992 inaugure la dernière période qui se caractérise par la recherche d'une meilleure effectivité des instruments existants et, plus généralement, par « *a holistic approach to environmental protection* [*seeking*] *to marry such protection with economic development through the notion of sustainable development* » (Redgwell (C.), « International Environmental Law », p. 691, *in* Evans (M.) (*éd.*), *International Law*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2010, lxiv-865). Dans le reste de son ouvrage, Philippe Sands passe en revue, au travers de plus de 1000 pages, les standards en matière de régulation de l'environnement, les techniques de mise de œuvre ainsi que les liens que le droit de l'environnement entretient avec les autres branches du droit.

968 Voir à ce sujet Bodansky (D.), « Is There an International Environmental Constitution? », *Indiana J. of Global Legal Stud.*, vol. 16, n° 2, 2009, pp. 565-584.

969 Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law… », *supra* note 33, p. 19.

970 Koskenniemi (M.) et Leino (P.), « Fragmentation of International Law?... », *supra* note 30.

de façon extensive ou lorsque la Cour de Strasbourg tient pour inadmissibles les réserves à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ils privilégient des intérêts spécifiques qui s'éloignent des intérêts diplomatiques traditionnels[971].

C'est pour échapper à cette critique dénonçant le caractère utopique de leur projet que les partisans du constitutionnalisme matériel revoient leur ambition à la baisse et qu'ils cherchent à élaborer « *an international order based on the rule of law which does recognize, even celebrate, functional fragmentation, but* [*which*] *does not lose sight of the necessity of a substantive coherence of laws and institutions translating requirements of legitimacy into comprehensive legal norms and principles binding on all* »[972]. Cette révision consiste à promouvoir l'application de règles plus souples pour résoudre les conflits normatifs et à examiner la contribution des institutions autres qu'onusiennes. Autrement dit, pour éviter la critique selon laquelle il est utopique de vouloir refonder l'ordre mondial avec l'aide des institutions onusiennes, les constitutionnalistes soulignent la contribution des autres institutions au processus de constitutionnalisation (B). De la même façon, ils appréhendent les conflits normatifs moins en termes de *lex superior derogat legi inferiori* qu'en termes de conciliation, de compromis contextuels (A). Ceci a pour effet d'atténuer –voire de renverser– la hiérarchie établie en faveur des organes onusiens et du droit impératif. En lieu et place d'une stricte hiérarchie, c'est un « *réseau constitutionnel* »[973] ou un « *Verfassungskonglomerat* »[974] qui prend forme.

A) AU LIEU D'UNE HIÉRARCHIE NORMATIVE, DES TECHNIQUES INTERMÉDIAIRES

Alors que le *jus cogens* est présenté au départ comme la technique la plus appropriée pour protéger les normes fondamentales du système, son application soulève de nombreuses difficultés (1), ce qui rend inéluctable le glissement vers des techniques intermédiaires (2).

1) UNE APPLICATION LIMITÉE DU *JUS COGENS*

L'un des recours les plus connus au *jus cogens* est celui de la Chambre des Lords britannique

[971] Commentaire général n° 24 du Comité, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, du 11 novembre 1994. Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou* c. *Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 23 février 1995, §§ 67-89. De la même cour : *Belilos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, § 60. Voir aussi Marks (S.), « Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights », *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 300-377. Cohen-Jonathan (G.), « L'affaire Loizidou devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme : quelques observations », *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 123-144.
[972] Paulus (A.), « Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner. The Legitimacy of International Law and the Role of the State », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 1057-1058.
[973] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 601.
[974] De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *supra* note 903, p. 53.

dans l'affaire *Pinochet*. La question était de savoir si l'on pouvait retenir l'immunité d'un ancien chef d'État contre l'accusation portée contre lui d'actes de torture commis dans l'exercice de ses fonctions. Se référant à l'affaire *Furundžija*, les Lords ont estimé que « *the* jus cogens *nature of the international crime of torture justifies States in taking universal jurisdiction over torture wherever committed* »[975]. Pinochet ne pouvait pas plaider l'immunité face à la demande d'extradition de l'Espagne car cela aurait rendu caduque le caractère indérogeable de l'interdiction de la torture. Pour reprendre les termes de Lord Millett, « *international law cannot be supposed to have established a crime having the character of a* jus cogens *and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose* »[976]. Cette décision est significative dans la mesure où, pour la première fois, une juridiction nationale a refusé d'accorder l'immunité à un ancien chef d'État au motif qu'il ne saurait y avoir d'immunité juridictionnelle en cas de violation d'une règle impérative.

Les effets du *jus cogens* sont toutefois loin d'être toujours aussi clairs. « *Le fait que le* jus cogens *ait pour but d'invalider la norme inférieure* », observe le Groupe d'étude de la CDI, « *ne signifie pas qu'il offrirait automatiquement un accès à la justice indépendamment des obstacles de procédure pour sanctionner des individus ou accorder par exemple réparation au civil* »[977]. Cette absence d'automaticité est visible dans l'affaire *Al-Adsani*, où la Cour de Strasbourg devait déterminer si le Royaume-Uni avait violé la Convention européenne au motif que la justice britannique avait défendu l'immunité de l'État du Koweït dans une affaire civile où sa responsabilité était engagée pour des actes de torture[978]. Citant les décisions *Furundžija* et *Pinochet*, la Cour n'a eu aucune difficulté à établir que l'interdiction de la torture était désormais une règle de *jus cogens*. Mais elle a ensuite repris la distinction, tracée par Lord Millett dans l'affaire *Pinochet*, entre l'immunité des anciens chefs d'États en matière pénale et l'immunité de l'État au civil pour des actes de torture. En se fondant sur cette distinction, la Cour a estimé qu'il n'était pas admis en droit international « *que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for* »[979]. Ce faisant, elle n'a pas reconnu à une norme de *jus cogens* un effet qui primerait sur les droits reconnus aux États par le droit

---

[975] Chambre des Lords, *Regina* c. *Bow Street Metropolitan Stipdendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)*, 24 mars 1999, vol. 111, p. 136.
[976] *Ibid.*, p. 232.
[977] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 372. Voir aussi Chinkin (C.), « *Jus Cogens*, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution », *FYBIL*, vol. XVII, 2006, pp. 68-70.
[978] Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Adsani* c. *Royaume-Uni*, requête n° 35763/9, arrêt du 21 novembre 2001.
[979] *Ibid.*, § 66.

international coutumier (en l'espèce, les règles en matière d'immunité).

Nombreux sont les auteurs qui, attaquant la décision de la Cour, ont regretté que ce ne soit pas le raisonnement minoritaire qui l'ait emporté[980]. C'est que la décision de la Cour a été adoptée par une courte majorité de neuf voix contre huit. L'une des opinions dissidentes a été exprimée par les juges Rozakis et Caflisch, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic[981]. Ces juges dissidents ont insisté sur l'automaticité des effets rattachés à l'existence d'une règle de *jus cogens* : l'interdiction de la torture étant une règle de nature supérieure, et les règles en matière d'immunité des États n'étant pas du même rang, « *l'obstacle procédural que représente l'immunité des États se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles* [les règles en matière d'immunité des États] *se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique* »[982]. Les juges dissidents ont également souhaité montrer l'absurdité de la distinction opérée par la majorité entre les conséquences civiles et pénales d'une violation du *jus cogens*. Selon eux, cette distinction ne repose sur rien :

> « *la distinction faite par la majorité entre procédure civile et procédure pénale pour déterminer l'effet de l'interdiction de la torture ne s'accorde pas à la finalité même des règles de* jus cogens. *Ce n'est pas la nature de la procédure mais la valeur de norme impérative de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de* jus cogens *sur une autre règle du droit international* »[983].

Un certain nombre de critiques ont aussi été avancées contre le raisonnement suivi par les juges dissidents. Pour commencer, si la Cour avait suivi le raisonnement de la minorité, elle aurait pris le risque d'affaiblir son autorité, voire de trahir la confiance placée en elle par les États. Selon Philippe Weckel, l'option « *réaliste* » ou « *pragmatique* » était préférable à la solution « *avant-gardiste* », laquelle aurait représenté un « *désastre* » pour l'autorité du système européen

---

[980] Olivier de Frouville estime que « *la Cour a produit une jurisprudence pour le moins décevante, qui donne par ailleurs l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme* ». De Frouville (O.), « Droit à un tribunal et immunités de juridiction », *RGDIP*, n° 1, 2002, p. 278. Pour Isabelle Pingel-Lenuzza, « *la Cour se place* […] *à contre-courant de l'évolution générale et manque une nouvelle occasion de faire progresser le droit sur ce point* ». Pingel-Lenuzza (I.), « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, n° 4, 2002, p. 898. Voir aussi Orakhelashvili (A.), « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EJIL*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 562-563. Bianchi (A.), « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, vol. 108, n° 1, 2003, pp. 63-101. Tomuschat (C.), « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, vol. 109, n° 1, 2005, pp. 51-74. Clapham (A.), « The *Jus Cogens* Prohibition and the Importance of Sovereign State Immunity », pp. 151-170, *in* Kohen (M.) (*ed.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Brill, 2007, xxxviii-1236 p.

[981] Opinion dissidente commune. Le juge Bravo a également rédigé une opinion dissidente, dans laquelle il déclare que « *la Cour a, malheureusement, raté une très bonne occasion de sortir une jurisprudence courageuse* ».

[982] *Ibid.*, § 3.

[983] *Ibid.*, § 4.

de garantie des droits de l'homme et pour l'ordre juridique international dans son ensemble[984]. On peut aussi opposer à la minorité que « *la question de la primauté hiérarchique des règles n'existe* […] *que pour autant leur contradiction se pose quant à l'objet qu'elles entendent chacune régir : dès l'instant où les règles en question sont étrangères l'une à l'autre quant à leur objet, aucune contradiction entre elles ne saurait exister qui devrait être réglée à l'intermédiaire d'un principe de primauté hiérarchique* »[985]. Cela revient à dire qu'il ne peut pas y avoir de conflit entre une règle d'ordre procédural (l'immunité souveraine) et une règle de droit matériel (l'interdiction de la torture). L'immunité souveraine est susceptible de porter atteinte au droit au juge uniquement ; elle ne contrevient pas à l'interdiction de la torture, ce qui rend caduque l'argument tiré de la hiérarchie des normes. Pour le dire encore autrement, si conflit il y a, il ne peut s'agir que du conflit entre le droit d'accès au tribunal et la règle d'immunité ; et il est difficile de soutenir l'impérativité du droit d'accès au tribunal pour faire primer celui-ci sur celle-là[986].

Pour résumer, on pourrait considérer, à l'instar des juges dissidents dans l'affaire *Al-Adsani*, qu'à partir du moment où la norme interdisant la torture relève du *jus cogens*, est nulle et non avenue toute règle qui constitue un obstacle à la réparation du dommage. Or ce raisonnement prête le flanc à la critique du fait qu'il engendrerait des conséquences « *bouleversantes* »[987] pour l'ordre juridique. Sous cet angle, il est préférable de s'en tenir à l'idée que le contenu de la règle primaire n'affecte pas la validité des règles secondaires. L'impérativité de l'interdiction de la torture n'oblige pas les États à écarter l'immunité juridictionnelle d'un autre État qui serait responsable d'un acte de torture dans une action civile. Le problème est que cette position peut aussi faire l'objet de critiques, étant donné qu'elle revient à rejeter les infractions

---

984 Weckel (P.), « La CIJ et la fragmentation du droit international », p. 175, *in* Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.) (*dir.*), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, *supra* note 36.

985 D'Argent (P.), *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des Etats face à l'épreuve des guerres*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 801. Dans le même sens, Zarbiev (F.), « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 59, 2004, pp. 641-642. Cet argument a récemment été formulé par la CIJ dans l'affaire relative aux *immunités juridictionnelles de l'Etat*. L'Allemagne contestait une décision des juridictions italiennes d'écarter son immunité de juridiction dans le cadre de recours indemnitaires formés par des victimes de violations graves du droit international humanitaire lors de la seconde guerre mondiale. Cour internationale de justice, affaire des *ommunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie*), arrêt du 3 février 2012 : « *A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de* jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite* » (§ 93).

986 Ce raisonnement a d'ailleurs été suivi par la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, §§ 92-97.

987 Stern (B.), « Vers une limitation de l'« irresponsabilité souveraine » des États et chefs d'État en cas de crime de droit international ? », p. 546, *in* Cohen (M.) (*ed.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*…, *supra* note 980.

graves, « *reneging on the difficult but ultimately successful building up of communitarian values* »[988]. C'est sans doute pour éviter l'une et l'autre de ces alternatives et leurs difficultés respectives que la majorité de la Cour a préféré raisonner en termes de proportionnalité. On y reviendra.

Peu après cette décision, la Cour de Strasbourg a réitéré sa position, refusant de donner plein effet au *jus cogens* et préférant concilier l'interdiction de la torture avec les règles relatives à l'immunité des États[989]. La Cour de Strasbourg n'est évidemment pas la seule juridiction à refuser de tirer des conséquences fortes ou automatiques de la qualification d'une règle de *jus cogens*. Dans son arrêt relatif aux *activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ a reconnu l'existence d'une norme de *jus cogens* (et ce, pour la première fois), sans toutefois en tirer une quelconque conséquence aux fins de l'établissement de sa compétence[990]. Pour rappel, la République démocratique du Congo tentait de fonder la compétence de la Cour en se prévalant d'une clause compromissoire trouvée dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Cette clause était bloquée par une réserve rwandaise dont le Congo contestait la validité au titre du caractère impératif de l'interdiction du génocide[991]. La Cour a rejeté cet argument, rappelant que même si les droits et obligations consacrés par la Convention de 1948 sont *erga omnes*, « *l'opposabilité d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes* »[992]. Le Congo ne s'étant pas placé sur le terrain des obligations *erga omnes* mais sur celui des normes impératives, la Cour a opéré une transposition aux secondes de la jurisprudence relative aux premières, pour en déduire que le

---

[988] Bianchi (A.), « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *EJIL*, vol. 19, n° 3, 2008, p. 504.

[989] Cour européenne des droits de l'homme, *Aikaterini Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, requête n° 59021/00, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2002. Elle a néanmoins laissé la porte (déjà entrouverte dans l'affaire *Al-Adsani*) ouverte sur l'avenir : « *la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat.* […] *Cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire Al-Adsani* […], *ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur* ». Plus récemment, dans l'affaire relative aux *immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, la CIJ a été amenée à se prononcer sur cette question. Après avoir examiné la jurisprudence existante (et notamment les affaires *Pinochet* et *Al-Adsani*), la CIJ est arrivée à la même conclusion : « *en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés* » (§ 91).

[990] Cour internationale de justice, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo C. Rwanda)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006. La CIJ a confirmé le caractère impératif de l'interdiction du génocide dans son arrêt de 2007 relatif à l'*application de la Convention sur la prévention et la répression du génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, § 161.

[991] L'argument du Congo était le suivant : lorsque est alléguée la violation d'une norme du *jus cogens*, l'Etat défendeur ne peut pas invoquer une réserve à la compétence de la Cour pour y faire échec. Dans ce cas, le *jus cogens* prévaut sur la réserve. Le Congo était manifestement conscient du caractère notivateur et de l'ampleur des implications de son argument, puisqu'il a instamment prié la Cour de faire preuve « d'audace et de créativité ». Opinion individuelle du juge Dugard, § 3.

[992] *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 990, § 64. Elle rappelait ici sa jurisprudence antérieure, énoncée dans l'*Affaire du Timor oriental*, arrêt du 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, § 29.

caractère impératif de l'interdiction du génocide ne remettait pas en cause le consensualisme sur lequel repose sa compétence[993]. Elle a affirmé :

> « *le seul fait que des droits et obligations* erga omnes *ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties* »[994].

Dans son opinion individuelle, le juge *ad hoc* Dugard a expliqué qu'il était demandé à la Cour d'invoquer une norme impérative pour faire échec à une norme de droit international général reconnue et acceptée par la communauté internationale toute entière, et qui a guidé la Cour pendant plus de 80 ans : « *c'est aller un peu trop loin* »[995]. Autant il était temps que la Cour reconnaisse expressément l'existence de normes impératives, autant des limites doivent leur être imposées. Plusieurs commentateurs ont fait le choix de cette prudence : tout en se réjouissant de la reconnaissance du *jus cogens*, ils ont admis que ses effets ne doivent pas être automatiques. Andrea Bianchi est l'un d'entre eux. Il estime que le *jus cogens* ne peut pas être appliqué sans que l'on tienne compte du contexte et que l'on évalue la situation de manière pragmatique : « *the inderogability paradigm and its mechanical application may bring about anti-systemic effects and eventually jeopardize even the role that* jus cogens *may play in its symbolic dimension* »[996]. D'autres auteurs ont insisté sur les dangers pratiques : si la Cour avait accepté l'argument du Congo, son prétoire aurait rapidement été encombré par des plaideurs se contentant d'invoquer la violation d'une norme impérative pour fonder sa compétence : « *on peut certes le déplorer, mais la Cour ne fait que rendre compte de la décentralisation de l'ordre juridique international* »[997].

Encore faut-il rappeler que si la Cour a refusé d'invalider la réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention sur le génocide, elle a néanmoins cherché à savoir si ladite réserve était compatible avec l'objet et le but de la convention. Au paragraphe 67 de son arrêt, la Cour a

---

[993] Reprenant mot pour mot son ordonnance de 2002, la Cour a réaffirmé qu'elle « *n'a de juridiction à l'égard des Etats que dans la mesure où ceux-ci y ont consenti* » et que « *lorsque sa compétence est prévue dans une clause compromissoire contenue dans un traité, cette compétence n'existe qu'à l'égard des parties au traité qui sont liées par ladite clause, dans les limites stipulées par celle-ci* ». Cour internationale de justice, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, § 57 et § 71.

[994] *Ibid.*, § 125.

[995] Opinion individuelle du juge Dugard, § 13.

[996] Bianchi (A.), « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *supra* note 988, pp. 503-504.

[997] Latty (F.), « La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des *activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005 ; RDC c. Rwanda, 3 février 2006) », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 211. Cet argument a été formulé par la CIJ dans son arrêt relatif aux *immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012 : « *si* […] *il suffisait d'accuser l'Etat d'avoir commis des actes illicites de cet ordre* [une violation grave du drioit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés] *pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclatamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité* » (§ 82).

jugé que cette réserve n'affectait pas les obligations de fond qui découlent de la Convention s'agissant des actes de génocide eux-mêmes, raison pour laquelle « *la Cour ne peut conclure que la réserve du Rwanda, qui vise à exclure un moyen particulier de régler un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention, doit être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention* »[998]. Sur cette question, les juges Higgins, Koijmans, Elaraby, Owada et Simma ont exprimé une opinion individuelle commune. Ils craignaient, semble-t-il, que la façon dont la Cour avait formulé le paragraphe 67 de son arrêt ne prête à généralisation. Ils ne se sont pas fait faute de souligner que sont susceptibles d'être incompatibles avec l'objet et le but d'une convention, aussi bien les réserves sur des règles de fond que les réserves sur des règles de compétence, dès lors que celles-ci constituent un rouage essentiel de la Convention[999]. On peut penser que ces juges cherchaient à orienter la Cour vers une voie constitutionnaliste « douce », en avançant certains arguments tenant à l'importance de la Cour internationale de justice dans le système de la Convention de 1948, de sorte qu'à l'avenir et dans d'autres circonstances, la Cour pourrait être amenée à juger que des réserves à l'article IX de la Convention vont à l'encontre de l'objet et du but de celle-ci[1000].

2) UN REPLI VERS DES TECHNIQUES INTERMÉDIAIRES

Résumons ce qui a été vu dans la section précédente. Bien que l'identification du droit impératif fasse l'objet de controverses, il est généralement admis que la prohibition de la torture et l'interdiction du génocide sont des normes impératives. Or, même dans ces deux cas qu'on pourrait appeler « clairs », la qualification de *jus cogens* n'a qu'une portée très limitée, car elle n'entraîne pas *ipso facto* la nullité des normes en conflit. Devant cette situation, les partisans du constitutionnalisme matériel –et même les plus fervents d'entre eux– sont contraints de souscrire à l'observation du Groupe d'étude de la CDI selon laquelle le *jus cogens* n'intervient que très rarement en tant que technique de résolution des conflits de normes[1001].

---

[998] *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 990, § 67.
[999] Opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans, Elabary, Owada et Simma, § 21.
[1000] Selon Franck Latty, cette opinion individuelle commune traduit une sorte de mauvaise conscience de la part des cinq membres de la Cour, qui résulte « *peut-être moins de l'admission de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention que de l'impossibilité à concilier l'impérativité de l'interdiction du génocide, fort élément d'intégration de l'ordre juridique international, avec les structures décentralisées de ce système juridique* ». Latty (F.), « La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international… », *supra* note 997, p. 212. Les cinq juges ont en effet déploré qu'en « *en ce début de XXIe siècle on laisse encore au bon vouloir des Etats le soin de consentir ou non à ce que la Cour statut sur les allégations de génocide qui seraient formulées à leur encontre* » (§ 25). Ils ont insisté plus loin sur le fait que « *le règlement judiciaire des contestations relatives au crime de génocide est hautement souhaitable* » (§ 26). Voir aussi, dans le même sens, De Frouville (O.), « Une harmonie dissonante de la justice internationale : les arrêts de la CIJ sur les expections préliminaires dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* », *AFDI*, 2004, p. 339, note 11.
[1001] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 377.

À titre d'illustration, Erika De Wet et Jure Vidmar examinent dans leur ouvrage « *Hierarchy in International Law* » un large éventail de jurisprudence (nationale, régionale et internationale) afin de déterminer si la résolution des conflits de normes renforcent les obligations relatives aux droits de l'homme. Au cours de leur analyse, ils constatent que « *the practical relevance of the special character of peremptory norms remains very limited* » et concluent leur ouvrage sur la note suivante : « *At this point in time, the scope of* [jus cogens] *norms seems to be interpreted so narrowly by courts that it is unclear whether they have any value for resolution of norm conflicts* »[1002]. Andrea Paulus arrive aussi à la conclusion que « *the indeterminacy of the content and the precise legal effect of* jus cogens *has largely condemned it to practical irrelevance* »[1003].

À cette difficulté s'ajoute le fait que les constitutionnalistes eux-mêmes ne prônent pas toujours une application automatique du droit impératif. Cela est visible au travers des réactions suscitées par le premier arrêt du Tribunal de l'UE dans l'affaire *Kadi*. En 2005, le Tribunal a estimé qu'en raison de la primauté des résolutions du Conseil de sécurité, le règlement communautaire transposant les mesures de sanction était en principe placé hors du contrôle judiciaire, sauf à l'égard du *jus cogens*[1004]. Le Tribunal s'est donc déclaré compétent pour contrôler la légalité des résolutions onusiennes, non pas de manière directe, au regard de la protection des droits fondamentaux, mais de manière indirecte, au regard du *jus cogens*, « *entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets de droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger* »[1005]. On pourrait imaginer que les constitutionnalistes ont applaudi l'entrée du *jus cogens* dans la réflexion du juge communautaire pour apprécier la légalité des actes onusiens[1006]. En réalité, les critiques ont été plus nombreuses, dénonçant la protection insuffisante dont ont bénéficié les requérants : « *in light of*

[1002] De Wet (E.) et Vidmar (J.), « Conclusions », p. 301 et p. 309, *in Hierarchy in International Law*, *supra* note 901. Voir aussi Shelton (D.), « Normative Hierarchy in International Law », *AJIL*, vol. 100, 2006, p. 305 : « *The concept of* jus cogens *has been invoked largely outside its original context in the law of treaties and with only limited impact* ».

[1003] Paulus (A.), « *Jus Cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal », *Nordic J. Int'l L.*, vol. 74, 2005, p. 298.

[1004] Le Tribunal s'est effectivement déclaré « *incompétent* » pour contrôler la conformité du règlement litigieux à l'égard des droits fondamentaux protégés en tant que principes généraux du droit communautaire au motif que, si à l'issue de ce contrôle, le règlement (« *imposé par le droit international* ») devait être annulé, cette annulation « *impliquerait, indirectement, que les résolutions en cause du Conseil de sécurité elles-mêmes violent les dits droits fondamentaux* ». § 267 de l'arrêt *Yusuf* ; § 216 de l'arrêt *Kadi*.

[1005] § 276 de l'arrêt *Yusuf* ; § 225 de l'arrêt *Kadi.*

[1006] C'est le cas de Stangos (P.) et Gryllos (G.), « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons dirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *Cahiers de droit européen*, vol. 42, 2006, pp. 476-477. Que le *jus cogens* serve de guide pour l'exercice d'un contrôle juridictionnel témoignerait du fait que « *the European legal order* […] *shares the values of the international legal order, especially those manifested in the imperative norms of the latter* » et, par conséquent, de l'émergence d'un ordre constitutionnel mondial. D'Aspremont (J.) et Dopagne (F.), « Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders », *ZaöRV*, vol. 68, 2008, p. 967.

the very small number of jus cogens *norms currently recognized in international law, the judicial oversight resulting from the CFI's reasoning is of very little meaning to the affected individuals and would thus not significantly contribute to strengthening the cosmopolitan accountability model* »[1007]. Par ces propos, Erika De Wet suggère que la protection des droits de l'homme par le *jus cogens* est malheureusement limitée, raison pour laquelle le Tribunal n'a pas pu faire autrement que de conclure que les requérants n'avaient pas été arbitrairement privés de leurs droits[1008].

Ces remarques ont pour effet de fragiliser le projet initial du constitutionnalisme matériel, qui consistait à instaurer une hiérarchie normative par le biais de techniques fortes telles que le *jus cogens*. En effet, les partisans du constitutionnalisme matériel reconnaissent eux-mêmes qu'il ne suffit pas d'identifier les normes qui font partie du *jus cogens* pour s'assurer qu'elles prévalent effectivement sur les autres normes du système. Ils reconnaissent également qu'il n'est pas toujours approprié de donner la primauté au *jus cogens*, car celui-ci « *may not be applied regardless of context and policy* »[1009]. Cela signifie, en dernière analyse, que l'ordre constitutionnel mondial ne peut pas reposer automatiquement sur la présence de normes matérielles de nature supérieure, étant donné que leur champ d'application ne peut être établi ni *ex ante* ni *in abstracto*. Cette absence d'automaticité est très bien expliquée par James Crawford :

> « *Part of the problem has been the mistaken belief that the invocation of a norm as hierarchically superior or more fundamental avoids the need to deal with issues of its scope and application. International law is a system: treaties may contradict each other, but the function of lawyers is to seek a resolution of conflicts, not simply to display them. Even fundamental norms have to be applied in the context of the legal system as a whole. For example, there is a difference between jurisdiction and*

[1007] De Wet (E.), « Holding International Institutions Accountable : The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review », *German L. J.*, vol. 9, n° 11, 2008, p. 2004. Selon Erika De Wet, il aurait été préférable que le Tribunal interprète plus largement la notion de *jus cogens* de manière à inclure les règles nationales et/ou européennes en matière de protection des droits de l'homme. Dans son arrêt, toutefois, le Tribunal ne s'est pas cantonné à une conception étroite du *jus cogens* mais s'est livré à une appréciation plus libre de la compatibilité des actes attaqués à l'aune de la protection universelle des droits de l'homme. Une stricte application des règles de *jus cogens* aurait conduit à écarter un examen du droit de propriété, celui-ci ne pouvant être qualifié de norme impérative aux vues des restrictions qui peuvent être légalement imposées à ce droit.

[1008] Une critique connexe consiste à dire qu'il est problématique que le Tribunal, tout en ayant reconnu que le droit des requérants d'être entendus par le Conseil de sécurité était « *catégoriquement exclu* » (§ 273 de l'arrêt *Kadi*) et que leur droit à un contrôle juridictionnel effectif s'était caractérisé par une « *lacune* » (du fait que le Conseil de sécurité n'avait pas « *estimé opportun d'établir une juridiction internationale indépendante chargée de statuer, en droit commun comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions* ». §§ 340-341 de l'arrêt *Yusuf* ; §§ 285-286 de l'arrêt *Kadi*), est parvenu à la conclusion que ni les résolutions onusiennes ni le règlement communautaire n'étaient entachées de vice d'illégalité « *au regard des normes supérieures du droit international relevant du* jus cogens » (§ 337 de l'arrêt *Yusuf* ; § 282 de l'arrêt *Kadi*). Il y aurait là une contradiction avec les valeurs fondamentales du système. Voir la critique formulée par Jan Klabbers à l'encontre du Tribunal : « *it adopted positions that few human rights lawyers would ever think defensible: an intensely political, non-judicial procedure to be removed from a sanctions blacklist was deemed compatible with the right to a fair trial; a freezing of bank accounts was held not to violate the right to property because of its temporary nature; and, more generally, the human rights of suspects of terrorism should be balanced against the number of victims caused by the suspected terrorist acts* ». Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, pp. 1-2. Voir aussi Wessel (R.), « Editorial: The UN, the EU and *Jus Cogens* », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 3, 2006, p. 3.

[1009] Bianchi (A.), « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *supra* note 988, p. 503.

substance, a difference between legal interest to raise an issue […] *and the substantive consequences that should follow from a breach* »[1010].

Face à toutes les incertitudes, liées aussi bien au contenu du droit impératif qu'à son application, les partisans du constitutionnalisme matériel n'ont pas d'autre choix que de se replier sur une position pragmatique. Au lieu d'ériger une hiérarchie des normes, ils appellent à regarder les modalités d'application du *jus cogens* au cas par cas pour s'assurer que les valeurs sous-jacentes sont bien protégées. Les propos d'Andrea Bianchi illustrent parfaitement ce glissement, c'est-à-dire le mouvement allant d'une application formelle du *jus cogens* vers une application fonctionnelle (selon le contexte et les valeurs protégées par le droit impératif) :

« *Rather than focussing on the hierarchical superiority of the rule and its mechanical application, regard should be made to implementing effectively its underlying values, taking context duly into account.* […] *What matters most is not that the rule takes formal precedence in case of conflict, but rather the modalities of implementation of the underlying value, which ought to be given precedence at the interpretive level* »[1011].

Ce glissement est à mettre en parallèle avec le recours par les juges à des techniques plus flexibles ou « *douces* »[1012] que l'axiome *lex superior derogat legi inferiori*. On a vu en effet que même en présence de normes impératives applicables, les instances décisionnelles préfèrent résoudre les conflits normatifs par le biais de techniques intermédiaires telles que la proportionnalité et la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Il s'agit de la même structure argumentative : pour éviter l'argument selon lequel il est utopique de fonder l'ordre constitutionnel mondial sur des règles matérielles communes, les uns comme les autres se replient sur des techniques alternatives : « *If neither a world federal order nor a hierarchical order are entirely plausible, global constitutionalism has to make use of other, more specific and limited techniques at its disposal* »[1013]. Ces techniques, qui incluent le principe de subsidiarité, la marge nationale d'appréciation et la proportionnalité, sont perçues d'un bon œil du fait qu'elles permettraient d'atténuer les tensions existant entre le pluralisme et l'universalisme[1014]. Grâce à leur flexibilité, elles permettraient non pas d'infléchir l'ordre juridique international dans un sens ou dans un autre

---

[1010] Crawford (J.), *The Creation of States in International Law*, Oxford, OUP, 2ème éd., 2006, p. 103. Voir aussi Pellet (A.), « Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation », *FBYIL*, vol. XVII, 2006, p. 83.

[1011] Bianchi (A.), « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *supra* note 988, p. 504.

[1012] En référence à l'ouvrage de Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000, 165 p.

[1013] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 32.

[1014] Pour le dire autrement, ces techniques permettraient de « *mediate the polarity of pluralism and the common good in a globalized world* ». Carozza (P.), « Subsidiarity As A Structural Principle of International Human Rights Law », *AJIL*, vol. 38, 2003, p. 38. Voir aussi Paulus (A.), « Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law ? », pp. 193-216, *in* Broude (T.) et Shany (Y.) (*eds.*), *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart, 2008, 429 p.

(ce qui est utopique), mais de peser les intérêts en jeu et d'arriver à un compromis constitutionnel optimal. Comment peut-on résoudre la tension entre la lutte contre le terrorisme international et la protection des droits de l'homme autrement qu'en cherchant à atteindre « *the delicate balance that needs to be struck between having an expedited listing process to ensure that legitimate targets do not escape sanctions and putting minimum evidentiary standards and a transparent listing process into place to ensure that due process and other human rights standards are respected* »[1015] ?

À ce stade, on ne pas plus, à l'évidence, d'un constitutionnalisme « fort » mais bel et bien de constitutionnalisme « doux »[1016]. La clef de voûte du système n'est plus le mode d'organisation hiérarchique, mais bien la technique de la proportionnalité. Celle-ci serait même devenue la technique constitutionnelle par excellence : « *while subsidiarity and margin of appreciation are 'lopsided', so to speak, ultimately favouring one interest over another whenever they are applied, proportionality aims to prevent this from happening by achieving a balancing of (typically) rights. Therewith, its promise is considerable: it has even been referred to as the 'ultimate rule of law'* »[1017]. La proportionnalité a été utilisée par la majorité dans l'affaire *Al-Adsani* examinée précédemment. En effet, au lieu d'un raisonnement en termes de stricte hiérarchie (et donc de nullité), la Cour s'est demandée si la restriction de l'accès au tribunal était proportionnée au but poursuivi par les règles d'immunité des États. Pour cela, elle a établi tout d'abord que le but poursuivi par l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile était de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté[1018]. La Cour a ensuite jugé que l'« *on ne peut* […] *considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États* »[1019]. En somme, la Cour a mis en balance les intérêts protégés par les règles relatives aux immunités et ceux protégés par les droits de l'homme (et plus précisément le droit d'accès à un tribunal). C'est de cette façon que,

---

[1015] Rosand (E.), « The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions », *AJIL*, vol. 98, 2004, p. 750.

[1016] Au sens où l'entend par exemple Gráinne De Búrca : « *strong constitutionalist approaches to the international order advocate some form of systemic unity, with an agreed set of basic rules and principles to govern the global realm. Soft constitutionalist approaches, on the other hand, assume the existence of an international community, posit the need for common norms and principles for addressing conflict, and emphasize universalizability. They do not insist on a clear hierarchy of rules, but rather on commonly negotiated and shared principles for addressing conflict* ». De Búrca (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 51, n° 1, p. 4 note 11.

[1017] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 35. Cela ne se limite évidemment pas à la sphère internationale. Depuis plusieurs décennies, le raisonnement constitutionnel dans les ordres juridiques internes serait entré dans « l'âge du *balancing* ». Alenikoff (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, pp. 943-1005.

[1018] *Affaire Al-Adsani*, supra note 978, § 54.

[1019] *Ibid.*, § 56.

même après avoir qualifié l'interdiction de la torture de règle de *jus cogens*, la Cour n'a pas constaté de violation de la Convention dans la façon dont les tribunaux britanniques ont appliqué la loi sur l'immunité des États de 1978[1020].

B) AU LIEU D'UNE HIÉRARCHIE INSTITUTIONNELLE, UN RÉSEAU CONSTITUTIONNEL

On a vu que le constitutionnalisme matériel postule, en plus d'une hiérarchie normative, la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle avec, en première ligne, les organes onusiens. Toutefois, en raison des défaillances et de l'inertie de l'ONU, on peut se demander à juste titre « *whether the UN Charter and the institutions it provides are adequate as structures for global management* »[1021]. Les réformes technocratiques qui sont proposées pour renforcer la nature constitutionnelle de l'Organisation (et en particulier du Conseil de sécurité) ne convainquent pas. Selon Nico Krisch, il serait même indispensable de tenir le projet constitutionnaliste à distance de ces réformes :

> « *For attempts at entering discussions about reforms in the here and now will likely lead to a lowering of demands – to the pursuit of a much more limited 'constitutionalism' that, rather than redeeming the promise of the domestic ideal, will legitimise deficient structures* »[1022].

Une critique similaire est formulée par Philip Alston, observateur expérimenté de l'ONU. Selon lui, les débats interminables et infructueux sur la réforme du système onusien ont engendré un sentiment de lassitude, voire un profond scepticisme quant à la faisabilité d'une réforme profonde de l'Organisation. L'utopie s'est cantonnée à des réformes mineures et technocratiques, telles que la création d'unités administratives ou la mise en place de nouvelles procédures. Ces réformes mineures ne sont que des ajustements institutionnels qui sont censés réussir en dépit du fait que les efforts déployés précédemment ont échoué. « *In short* », écrit-il, « *the triumph of hope over experience* »[1023].

[1020] Selon Thilo Rensmann, la Cour de Strasbourg aurait ainsi ouvert la voie à un balancement plus sophistiqué et subtil que celui qui existait jusqu'à présent : « *in the case law that has sprung from the House of Lord's precedent, the initial misunderstanding that Pinochet marked the victory of human rights over traditional immunities is gradually giving way to a more sophisticated approach that attempts to balance, in each individual case, the need for stable inter-state relations on the one hand and the interest of fighting impunity and of providing redress for the victims of serious human rights violations on the other* ». Rensmann (T.), « Impact on the Immunity of States and their Officials », p. 151, *in* Kamminga (M.) et Scheinin (M.) (*eds.*), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, OUP, 2009, 288 p.

[1021] Saul (M.W.), « Book Reviews. Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston (*eds*), *Towards World Constitutionalism, Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2005, pp. xiii, 939. Colin Warbrick and Stephen Tierney (*eds*), *Towards an International Legal Community? The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, London: The British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 267 », *EJIL*, vol. 18, 2007, p. 216.

[1022] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *LSE Working Paper*, vol. 10, 2009, p. 12.

[1023] Alson (P.), « The United Nations: No Hope For Reform », *supra* note 918, p. 39. Voir aussi les remarques critiques de Schwöbel (C.), *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, *supra* note 820, pp. 179-183.

C'est précisément pour répondre à cette critique dénonçant le caractère utopique de leur parti pris onusien que les constitutionnalistes se tournent vers d'autres institutions pour mener à bien leur projet de constitutionnalisation. Parmi ces institutions se trouvent l'OMC et l'UE (1), ainsi que les multiples juridictions spécialisées, régionales et nationales (2). Cet élargissement a pour conséquence de concevoir les rapports inter-institutionnels non plus en termes de hiérarchie mais sous la forme plus souple d'un « réseau constitutionnel ».

1) L'OMC ET L'UE, VECTEURS DE LA CONSTITUTIONNALISATION

Bien que l'ONU serve de point de départ à toute discussion cosmopolitique, l'évolution des autres organisations internationales entre rapidement en ligne de compte. Ceci est d'autant plus vrai que les institutions les plus constitutionnalisées ne relèvent pas de l'ONU. C'est au sein de l'OMC et de l'Union européenne que l'intégration est la plus poussée, étant donné que les règles internationales prévalent automatiquement sur la réglementation nationale[1024].

D'un côté, le régime de l'OMC repose sur un « *engagement unique et global* » (article 3 de l'Acte Final) auquel il n'est pas possible d'apporter des réserves. L'OMC est parfois comparée à une sorte de club où les membres auraient accepté les règles du jeu et se protégeraient en même temps des pratiques discriminatoires (notamment grâce à un mécanisme sophistiqué de règlement des différends). Cette conception « *coopérative* »[1025] du multilatéralisme agit comme un facteur de constitutionnalisation, étant donné que « *international trade rules neutralize the domestic power of protectionist interests. They thereby overcome the domestic political process deficiencies* »[1026].

De l'autre côté, l'architecture institutionnelle de l'UE a été qualifiée de « *révolutionnaire* »[1027], parce que centrée sur l'idée d'un transfert de souveraineté à des organes supranationaux. Ces derniers sont couramment analysés à travers le prisme constitutionnel : la Commission et son

---

Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 11 : « *using constitutional language here is much more likely to legitimise an institution that reinforces the distribution of power after World War II than to provide inroads for critique sufficient to redeem the promise of political self- government constitutionalism evokes* ».

[1024] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism... », *supra* note 750, pp. 595-597. La Cour européenne des droits de l'homme est aussi mentionnée comme étant une institution internationale hautement constitutionnalisée. Voir par exemple Stone Sweet (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes », *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 16, n° 2, 2009, pp. 621-645.

[1025] Guillochon (B.) et Siroën (J.-M.), « L'OMC : un nouveau multilatéralisme ? », *Revue française d'économie*, vol. 12, n° 4, 1997, p. 7.

[1026] Peters (A.), « Compensatory constitutionalism… », *supra* note 750, p. 596.

[1027] Dehousse (R.), « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, vol. 96, n° 1, 2001, p. 19. La littérature sur le sujet est des plus vastes.

administration représentent l'exécutif ; le Conseil des ministres et le Parlement européen forment un parlement de type bicaméral ; et le pouvoir judiciaire est incarné par la Cour de justice[1028]. La doctrine de l'équilibre institutionnel ferait figure d'équivalent fonctionnel de la séparation des pouvoirs nationale[1029]. L'UE fait aussi figure d'exception en étant la seule organisation internationale directement redevable aux individus[1030]. Les autres organisations devraient s'en inspirer et accepter de se soumettre à la règle de droit, de respecter les droits de l'homme et de s'assurer de la participation des individus, au processus de création du droit.

La constitutionnalisation des régimes de l'UE et l'OMC représente-t-elle un danger pour la constitutionnalisation du système global ? On tend à penser que non. Pour justifier cette position, Anne Peters soutient que les deux institutions possèdent, en plus d'une constitution, un d'état esprit ou une mentalité constitutionnaliste (« *not only* [*do they*] *possess a constitution but* [*they also*] *possess a* constitutionalist *constitution-in-the-making* »[1031]) et que cette mentalité leur permet de contrer les risques de fragmentation. Dans le même ordre d'idées, Pierre-Marie Dupuy explique que la micro-constitutionnalisation des deux régimes est bénéfique pour la macro-constitutionnalisation, parce que la première s'effectue dans le respect des principes constitutionnels de la seconde (tels que la séparation des pouvoirs, la règle du droit, la protection des droits de l'homme et la participation démocratique)[1032]. Pour ces auteurs, les micro-constitutionnalisations sont des exemples à suivre, voire à reproduire.

D'aucuns auront remarqué qu'on assiste à un revirement notable, puisque c'est l'évolution de l'UE et de l'OMC –et non l'ONU– qui constituerait le véritable moteur (« *spearhead* »[1033]) de la constitutionnalisation du droit international. Cela conduit les constitutionnalistes à relativiser les craintes de fragmentation et à délaisser les tentatives (utopiques) de hiérarchisation institutionnelle en faveur de techniques de coordination plus « *modestes* »[1034] ou « *limitées* »[1035]. Ce repli est visible dans les réflexions de Geir Ulfstein à propos du rôle des institutions dans un ordre constitutionnel mondial. Son point de départ est que la

[1028] Pour de nombreux auteurs, la constitutionnalisation de l'UE a été rendue possible grâce à la soumission des décisions étatiques à l'empire du droit, à l'octroi de pouvoirs de contrôle aux organes judiciaires européens et à la possibilité pour les personnes privées de s'immiscer dans les rapports interétatiques en soumettant à ces organes des litiges qui affectent leurs intérêts. Voir le chapitre 2 (« Le pluralisme ordonné »), *supra*.
[1029] Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens… », *supra* note 215, p. 197.
[1030] Ulfstein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 55 et s. Voir Stein (E.), « International Integration and Democracy: No Love at First Sight », *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 489-534.
[1031] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 202.
[1032] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 227.
[1033] Peters (A.), « Compensatory constitutionalism… », *supra* note 750, p. 595.
[1034] Ulsftein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 70.
[1035] Paulus (A.), « Subsidiarity, Fragmentation and Democracy… », *supra* note 1014, p. 196.

« *fragmentation of global and regional institutions may be regarded as a threat to international government under international law* »[1036]. Peu après, il pondère ses propos en observant que la diversité des institutions peut être bénéfique, d'une part, et que l'intégration des institutions au sein d'une structure unifiée peut être difficile à concrétiser, d'autre part[1037]. Cela l'amène à privilégier « *a more realistic approach* [i.e.,] *to rely on a network of treaty arrangements between the autonomous international institutions rather than redesigning the international institutional architecture* »[1038]. Ainsi abandonne-t-il la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle formelle pour rechercher une cohérence (« *consistency* ») entre les institutions, cette cohérence pouvant être atteinte par des ententes de complémentarité ou par la mise en place de dialogues inter-institutionnels.

2) Le rôle moteur des juridictions spécialisées

Les rapports entre juridictions bénéficient du même traitement. En effet, quand bien même les partisans du constitutionnalisme matériel encouragent la CIJ à jouer un plus grand rôle, ils ont aussi tendance à l'écarter du fait qu'elle défendrait « *l'ancien régime* »[1039]. Cette ambivalence tient au fait que la Cour mondiale –et, plus généralement, les institutions onusiennes– sont loin d'être les plus progressistes. Ce sont elles qui ont décidé, par exemple, que la protection des droits de l'homme n'était pas forcément une priorité dans la lutte contre le terrorisme, que la protection de l'environnement était une considération secondaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales[1040], et que la lutte contre l'impunité devait s'incliner devant les privilèges accordés par le droit diplomatique[1041]. Cela conduit les partisans du constitutionnalisme matériel à mettre en avant la contribution des juridictions autres que la CIJ au processus de constitutionnalisation du droit international. Ils voient d'un bon œil le travail des juridictions spécialisées et régionales (la CEDH, la CIDH, la CPI, les TPI, etc.) ainsi que celui des juridictions nationales, tant et aussi longtemps qu'elles renforcent les normes fondamentales du système dans son ensemble[1042].

[1036] Ulsftein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 68.

[1037] « *The establishment of an integrated international institutional framework with a hierarchical order between the different organs would have the benefits of legal clarity and the potential for more focused international governance. But it is not obvious that such an institutional framework would be more effective in solving international problems, and its creation would be fraught with difficulties* ». *Ibid*, p. 70.

[1038] *Ibid.*, *loc. cit.*

[1039] Von Bogdandy (A.), « Constitutionalism in International Law… », *supra* note 749, p. 226.

[1040] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 644, p. 243.

[1041] Cour internationale de justice, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

[1042] Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 202. L'une des affaires citées pour souligner l'apport des juridictions nationales est l'arrêt *Rukundo* rendu par le Tribunal fédéral suisse en 2001. Le plaignant, l'abbé rwandais Rukundo, contestait la légalité son transfert au TPIR devant les

Cette dernière précision est importante car elle permet d'expliquer pourquoi la contradiction qui existe entre la place formellement attribuée à la CIJ au sommet de la hiérarchie et le rôle moteur joué par les autres juridictions n'est qu'apparente. L'important est que les normes fondamentales du système constitutionnel mondial soient respectées et consolidées –peu importe qui le fait : « *global constitutionalism goes beyond specific international organisations or regimes: it aims to express constitutional principles at a deeper level; principles that reflect the unity of international law as a whole* »[1043]. Il n'y a donc pas lieu de s'inquiéter si, dans les faits, le rôle moteur joué par les juridictions spécialisées, régionales et nationales revient à atténuer –et même à inverser– la hiérarchie juridictionnelle défendue au départ par les constitutionnalistes. Certes, les acteurs qui édictent les normes constitutionnelles mondiales sont moins les membres de la CJI que ceux des autres institutions et, en particulier, les juges européens chargés de protéger les droits de l'homme. Mais si l'on transpose la célèbre métaphore de Montesquieu, ces juges ne seraient que la bouche qui prononce les principes communs reflétant l'unité matérielle du droit international[1044].

C'est dans cette optique que doit se comprendre l'engouement des constitutionnalistes pour le raisonnement « *Solange* » avancé par les juges européens dans des affaires opposant le système onusien de sécurité collective avec le système européen de protection des droits fondamentaux. Les juges de Luxembourg ont eu recours à cette technique de raisonnement pour examiner la conformité du régime de sanctions anti-terroristes établi par le Conseil de sécurité sous le Chapitre VII de la Charte, avec le respect des droits fondamentaux européens[1045]. On aurait pu croire que ce mode de raisonnement, de nature souple, serait boudé par les constitutionnalistes du fait qu'il est au cœur du pluralisme juridique[1046]. Il n'en est rien. Les constitutionnalistes apprécient le raisonnement à la *Solange* du fait qu'il permettrait aux juges européens d'être respectueux de l'autorité du Conseil de sécurité des

---

instances suisses sous prétexte que le TPIR ne présentait pas suffisamment de garanties d'indépendance et d'équité. Le Tribunal fédéral suisse a rejeté ce recours, estimant que le TPIR était en mesure s'acquitter de sa mission en respectant « *les normes reconnues comme appartenant à l'ordre public international* ». Tribunal fédéral (suisse), arrêt n° 1A.129.2001, 3 septembre 2001. Selon Erika De Wet, cette décision est importante en ce qu'elle montre « *the willingness of a domestic court to review whether* [*Security Council resolutions*] *might have resulted in undermining core values of the international community* ». De Wet (E.), « The International Constitutional Order », supra note 903, p. 70. De Wet (E.), « The Emergence of International and Regional Value Systems », *LJIL*, vol. 19, 2006, p. 631.

[1043] Werner (W.), « The Never-Ending Closure… », *supra* note 757, p. 350.

[1044] Pour un argument similaire, voir Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens… », *supra* note 753, pp. 204-206.

[1045] Tribunal de l'UE, affaire T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission, soutenue par le Conseil, la France et le Royaume-Uni*, arrêt du 30 septembre 2010.

[1046] Voir le chapitre 2 (« Le pluralisme ordonné »), *supra*.

Nations Unies sans pour autant abdiquer leur capacité à améliorer la protection des droits fondamentaux aux niveaux européen et mondial[1047]. Comme l'a dit le juge Malinverni de la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire récente : « *Point n'est besoin d'être grand clerc pour* […] *tirer la conclusion que le Conseil de sécurité doit, lui aussi, respecter les droits de l'homme, même lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions de maintien de la paix* »[1048]. Partant, tant et aussi longtemps que le Conseil de sécurité ne réforme pas son régime de sanctions anti-terroristes de manière à le rendre compatible avec les normes relatives aux droits de l'homme, les juges européens peuvent intervenir. L'enthousiasme des partisans du constitutionnalisme matériel pour le raisonnement à la *Solange* (ce qui revient à doter le Conseil de sécurité d'une supériorité conditionnelle) est perceptible dans les propos de Nikolaos Lavranos :

> « *the application of the* Solange*-method would* [*help*] *to reduce or even eliminate the problems associated with competing jurisdictions. Indeed, a consistent and uniform application of the* Solange*-method by all international courts and tribunals would substantially reduce the risk of fragmentation of international legal orders (including regional legal orders). It would also foster and improve the understanding and informal cooperation between international courts and judges* »[1049].

La reconnaissance du rôle que jouent les juridictions autres que la CIJ dans le processus de constitutionnalisation vient évidemment tempérer l'idée de hiérarchie institutionnelle défendue au départ. En effet, le rôle moteur joué par les juridictions régionales et spécialisées conduit les constitutionnalistes à relativiser les conflits de jurisprudence et à insister sur la rareté des conflits de compétence : « *although the fragmented international judiciary may result in overlapping, conflicting, and inconsistent jurisdiction and jurisprudence, these problems should not be overstated* »[1050]. C'est dans cette optique qu'ils minimisent la différence entre le critère posé par

---

[1047] Aux yeux des constitutionnalistes, la décision de 2005 est positive en ce qu'elle donne la primauté au *jus cogens* mais elle est problématique en ce qu'elle accorde une protection insuffisante aux droits des requérants. À l'inverse, la décision de 2008 met bien l'accent sur la protection des droits fondamentaux mais cela se fait aux dépends de l'unité du droit international (les juges de Luxembourg insistant sur l'autonomie du droit de l'Union vis-à-vis du droit des Nations Unies). Grâce au raisonnement « Solange » et à la constation de violation des droits fondamentaux, la décision de 2010 éviterait les écueils des décisions précédentes. Voir Ziegler (K.), « Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights », *Human Rights L. Rev.*, vol. 9, n° 2, 2009, pp. 288-305. De Burcá (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *supra* note 828. Griller (S.), « International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in *Kadi* », *Eur. Cons. L. Rev.*, vol. 4, 2008, pp. 528-553. Hilpold (P.), « UN Sanctions Before the ECJ: The Kadi Case », pp. 19-53, *in* Reinisch (A.) (*ed.*), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, Oxford, OUP, 2010, xxix-302 p. Jacqué (J.-P.), « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Rev. trim. dr. h.*, n°1, 2009, pp. 161-179. Mena Parras (F.J.), « Retour sur *Kadi* : De la nécessité d'une jurisprudence de type *Solange I* dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *Cahiers de droit européen*, vol. 46, n° 5-6, 2010, pp. 683-729.

[1048] Opinion concordance du juge Malinverni, § 15, dans l'affaire *Nada* c. *Suisse*, requête n° 10593/08, arrêt de la Grande Chambre du 12 septembre 2012.

[1049] Lavranos (N.), « The *Solange*-Method a a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals », *Lo. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 30, 2008, p. 334.

[1050] Ulfstein (G.), « The International Judiciary », p. 139, *in The Constitutionalization of International Law*, *supra* note

la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* et celui défendu par le TPIY dans l'affaire *Tadić* ; ils se replient sur une position pragmatique qui met l'accent sur le contexte : « *given the different relevant contexts, they hardly constitute a drama* »[1051]. Ils insistent également pour dire que l'existence de différentes juridictions peut être salutaire pour le système international dans son ensemble, de sorte que la multiplication des modes de règlement adaptés à la solution de nouvelles problématiques « *ne constitue pas* […] *un problème en elle-même* »[1052].

En dernière analyse, l'idée d'une hiérarchie est délaissée au profit d'une horizontalité, ce qui ouvre la voie à des techniques d'harmonisation attentives à la procédure plus qu'à la substance. Parmi ces techniques permettant d'atteindre un « *accommodement* »[1053] entre les juridictions, les constitutionnalistes avancent l'interprétation systémique et le dialogue entre les juges[1054]. Il ne faut pas exagérer la tendance à la fragmentation, après tout. « *The problem of conflicts of jurisdiction among the various courts and tribunals that was much feared at the beginning of the 1990s has turned out to be less serious than expected. Moreover, such conflicts can be resolved exactly by resort to procedural principles devised under the umbrella of the rule of law, such as subsidiarity and complementarity,* ne bis in idem *and* res iudicata »[1055]. Loin d'être des rivales participant à la fragmentation du droit international, les différentes juridictions formeraient « *a global community of courts* »[1056].

§3. CONCLUSION

Arrivé à ce stade, il n'est pas rare de lire que les branches spécialisées dans leur ensemble participent à l'élaboration et à la solidification des règles et principes de droit commun. Si bien que la différentiation fonctionnelle contribuerait davantage à la constitutionnalisation du droit qu'à sa fragmentation en régimes autonomes[1057]. On peut lire, par exemple, que

761. Voir aussi, à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Forowicz (M.), *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2010, xxxiii-421 p.

[1051] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations From the Bench », *ICLQ*, vol. 55, 2006, p. 795. Ces propos sont repris textuellement par Geir Ulfstein dans « The International Judiciary », *ibid.*, p. 139.

[1052] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 470.

[1053] Paulus (A.), « Between Constitutionalization and Fragmentation – Concepts and Reality of International Law in the 21st Century », *HFR*, 2011, § 17.

[1054] *Ibid.*, pp. 141-142. Voir aussi Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 602. Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 466.

[1055] Peters (A.), « Are We Moving Towards Constitutionalization of the World Community », *supra* note 962, p. 126.

[1056] En référence à Slaughter (A.-M.), « A Global Community of Courts », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 44, n° 1, 2003, pp. 191-220.

[1057] C'est pourquoi, dit Pierre-Marie Dupuy, « *à une époque où l'on parle tant de fragmentation, c'est plutôt ici d'unification sous la bannière du droit international qu'il conviendrait de parler* ». Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation… », *supra* note 904, p. 19.

l'émergence d'un droit de l'investissement n'affaiblit pas l'ordre constitutionnel mondial, y compris ses normes relatives à la protection des droits de l'homme, car « *both* [*investment law and human rights*] *are part of the same endeavour, namely aiding the administration of justice in a global community* »[1058]. Ernst-Ulrich Petersmann aboutit à une conclusion similaire, en affirmant que le droit de l'investissement et les droits de l'homme possèdent tous deux une dimension constitutionnelle dans un « système de constitutionnalisme à plusieurs niveaux » (« *multilevel constitutionalism* »[1059]). Le constitutionnalisme à plusieurs niveaux n'a pourtant plus grand-chose à voir avec le projet initial d'un ordre constitutionnel centralisé. Il se rapproche plutôt du pluralisme constitutionnel, au sens où tous les deux revendiquent l'existence de plusieurs ordres constitutionnels et essaient, tant bien que mal, de gérer leurs interactions. Comme le dit Jan Klabbers : « *multilevel constitutionalism means little more than multilevel governance* »[1060].

En se diluant de la sorte, le constitutionnalisme matériel se contredit lui-même (A). Il devient aussi vulnérable aux critiques qu'il a lui-même adressées aux positions adverses. En particulier, il se rend vulnérable à la critique de l'apologie selon laquelle la constitution défendue n'est pas représentative de tous mais qu'elle joue uniquement au bénéfice de quelques-uns[1061]. À partir du moment où l'on estime vivre dans un monde pluriel, il faut accepter qu'il n'y a pas « une » constitution mondiale mais bien « des » constitutions qui se côtoient. Toute affirmation contraire revient à défendre une constitution impériale (B).

[1058] Il continue : « *Even more, both human rights and investment law make use of similar interpretative techniques to avoid conflicts with other international legal obligations and domestic constitutional values, most importantly by having recourse to proportionality analysis and balancing* ». Schill (S.), « W(h)ither Fragmentation ? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *EJIL*, vol. 22, n° 3, 2011, p. 902. Il résume ici la thèse de l'ouvrage suivant : Dupuy (P.-M.), Francioni (F.) et Petersmann (E.U.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, xlviii-597 p. Les similitudes entre les deux régimes sont soulignées : non seulement leurs origines ne sont pas si éloignées que ça, mais ils partagent des principes (matériels et processuels) et des mécanismes de mise en œuvre semblables, si bien que « *these two sets of legal regimes belong to the same legal order, namely international law, and they are increasingly being integrated* ». Dupuy (P.-M.) et Viñuales, « Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress », *in* Bungenberg (M.), Griebel (J.) Hobe (S.) et Reinisch (A.) (*eds.*), *International Investment Law* (à paraître). Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125205

[1059] Cette théorie a été élaborée en premier dans le cadre européen. Voir Pernice (I.), « The Threaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », *Columbia J. Eur. L.*, vol. 5, n° 3, 2009, p. 349.

[1060] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 22. Le même rapprochement est proposé par Millet (F.-X.), « L'ordre juridique international et les doctrines internationalistes : au-delà du monisme et du dualisme », pp. 50-51, *in* Lagrange (E.), Hamann (A.) et Sorel (J.-M.) (*dir.*), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, vol. 29, 2012, 455 p.

[1061] Telle est la critique que Nico Krisch adresse aux constitutionnalistes : « *the attempt at refounding global governance on a grand scale in current political circumstances might easily play into the hands of those actors currently dominating international affairs: in a setting as inegalitarian as that of global politics, efforts at providing a stable framework of rules and institutions –at 'constituting' international society– are bound to sanction structures that primarily benefit the powerful. The attempt by some to characterise the UN Charter as a constitution can be seen as precisely that: using constitutional language here is much more likely to legitimise an institution that reinforces the distribution of power after World War II than to provide inroads for critique sufficient to redeem the promise of political self- government constitutionalism evokes* ». Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 11.

A) LES CONTRADICTIONS INTERNES AU CONSTITUTIONNALISME MATÉRIEL

Les contradictions internes au constitutionnalisme matériel s'expliquent par sa structure argumentative. Deux questions restent toutefois sans réponses immédiates, la première portant sur l'importance des règles formelles (1) et la seconde, sur le choix des institutions (2).

1) POURQUOI S'IMPOSER LA CONTRAINTE DES RÈGLES FORMELLES ?

Au départ, les constitutionnalistes défendent l'existence de normes matérielles de nature supérieure afin de rassembler les États et les régimes spécialisés au sein d'une structure unifiée de droit public. Ils sont toutefois amenés à se replier sur des techniques intermédiaires pour résoudre les conflits et à moduler les solutions au regard du contexte et de leurs conséquences socio-politiques. L'idée (utopique) d'une hiérarchie normative est peu à peu délaissée au profit de solutions compromissoires *ad hoc*. « *The construction of a transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts* […] *requires a balancing of interests in concrete cases* »[1062]. Cette position entre toutefois en contradiction avec son point de départ, lequel consistait à promouvoir des normes formelles d'application générale, afin d'éviter, précisément, le contextualisme et les calculs utilitaristes. C'est en effet la même auteure qui a écrit : « *I postulate that there is an international rule of law which requires international governance to be based on legal rules (i.e. on formal and general prescriptions) as opposed to governance by* ad hoc *decisions* »[1063].

Cette contradiction s'explique par la structure argumentative du constitutionnalisme, qui cherche tout d'abord à imposer des normes matérielles supérieures pour défendre un droit constitutionnel « fort », puis qui se replie sur des techniques intermédiaires et des solutions contextuelles pour éviter la critique de l'utopie. Ce mouvement a pour conséquence de le rapprocher des positions pluralistes concurrentes, voire de le confondre avec elles, puisqu'il favorise au final les mêmes techniques déformalisées qu'elles pour élaborer son ordre constitutionnel mondial. Il devient du même coup vulnérable à la critique de l'apologie selon laquelle un droit déformalisé perd sa capacité à s'opposer au pouvoir. On a vu en effet que la déformalisation tend à privilégier les acteurs dominants ayant plusieurs alternatives politiques à leur portée et les ressources nécessaires pour atteindre leurs objectifs[1064].

[1062] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism », *supra* note 750, p. 602.
[1063] Peters (A.), « The Constitutionalization of International Law: A Rejoinder », *supra* note 857.
[1064] Voir chapitre 3 (« Le pluralisme managérial »), *supra*.

En revanche, la structure argumentative n'explique pas, à elle seule, le paradoxe suivant : si le constitutionnalisme finit par accepter et même par intégrer le processus de déformalisation du droit, on est en droit de se demander : pourquoi alors s'embêter avec les règles formelles (« *why bother with rules in the first place ?* »[1065]) ? Pourquoi s'évertuer à parler de hiérarchie normative, de droit impératif, d'obligations *erga omnes* et de l'article 103 de la Charte des Nations Unies si tout, au final, est fonction du contexte et des préférences de ceux qui décident ? Il ne faudrait pas croire que les internationalistes ignorent les dangers liés à la déformalisation. C'est au regard de ces dangers qu'ils défendent, au départ, la mise en place de normes supérieures par le biais de techniques rigides telles que le *jus cogens*. Cela conduit à penser que s'ils avalisent le recours aux techniques déformalisées (à l'instar de la proportionnalité), c'est dans la perspective qu'elles seront utilisées par de « bonnes institutions » –c'est-à-dire les institutions « *with (good) institutional bias* »[1066]. Les dangers liés à la déformalisation diminuent considérablement à partir du moment où elle est le fait d'institutions qui partagent les valeurs du constitutionnalisme matériel. Que la déformalisation soit ou non une bonne chose dépendrait donc, au final, de qui l'effectue : « *the "who" and the "how" can only be separated for so long; at some point they collapse into each other* »[1067].

2) Quelles sont les bonnes institutions ?

Cela pose la question suivante : quelles sont les institutions « *with (good) institutional bias* » ? Au départ, les constitutionnalistes défendent la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle avec, au sommet, les institutions onusiennes en tant que représentantes de la communauté internationale. Ils sont toutefois amenés à tempérer ces rapports de hiérarchie en raison des critiques adressées à l'ONU et du rôle bénéfique joué par les autres institutions. L'idée (utopique) d'une hiérarchie institutionnelle est donc remplacée par celle, plus souple, d'un réseau constitutionnel[1068]. Le problème de cette position est qu'elle entre en contradiction

---

[1065] Question formulée dans le contexte spécifique de la *lex electronica*. Braum (M.), Höfer (H.), Krause (J.) et Seibt (R.), « Collaborative Open Source Application Development ("COSAD"). White Paper », *Open Source Business Fundation*, 2008, p. 11.

[1066] De Wet (E.) et Vidmar (J.), « Conclusions », *supra* note 1002, p. 305.

[1067] Klabbers (J.), « Kadi Justice at the Security Council? », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 4, n° 2, 2008, p. 295.

[1068] Selon Anne Peters, « *we can discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both 'horizontally' (sectorally) and 'vertically' (encompassing both the international and the national level). The constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a 'constitutional* network' ». Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism », *supra* note 750, p. 601. La même auteure écrit ailleurs : « *Global constitutionalism is pluralist, and it relates to multi-level governance* ». Peters (A.), « Membership in the Global Constitutional Community », *supra* note 823, p. 202. Geir Ulfstein appelle quant à lui à délaisser l'idée d'une

avec le point de départ du constitutionnalisme matériel, qui consistait à établir une structure de droit public afin de s'opposer, précisément, à la gouvernance en réseau, celle-ci étant « *un euphémisme pour désigner une forme dure de domination politique* »[1069].

De nouveau, cette contradiction s'explique au regard de la structure argumentative du constitutionnalisme matériel. Pour ne pas laisser prise à la critique selon laquelle il est utopique de croire que les Nations Unies puissent être les garants de l'ordre constitutionnel mondial, la contribution des autres institutions est rapidement mise en avant. Ce faisant, les conflits inter-institutionnels ont tendance à être minimisés au profit d'une lecture harmonieuse et pluraliste. Les propos d'Anne Peters sont éloquents à cet égard : après avoir expliqué comment s'effectue la constitutionnalisation du droit international, elle examine les tendances anti-constitutionnelles actuelles, dont les phénomènes de fragmentation. Sa conclusion est la suivante : « *a recent close examination of the structural developments in the different branches of international law has revealed that the existing body of international law is far from fragmented. It should rather be characterized as 'unity in diversity', or 'flexible diversity'. Actual contradictions and incompatibilities have so far occurred extremely rarely* »[1070]. Le problème est que cette affirmation contredit le point de départ du constitutionnalisme matériel, à savoir le besoin d'instaurer une hiérarchie entre les régimes spécialisés en raison du « *chaos* »[1071] qui sévit.

B) UNE CONSTITUTION NON PAS MONDIALE MAIS IMPÉRIALE

En fin de parcours, les constitutionnalistes défendent l'existence d'un réseau constitutionnel au sein desquels les institutions « *with (good) institutional bias* » –disons-le franchement : les institutions européennes– sont chargées d'arriver à des compromis optimaux en vue de consolider leurs valeurs au niveau mondial. C'est aux institutions européennes (c'est-à-dire, à l'UE et à la CEDH) qu'il incombe de fortifier l'ordre constitutionnel mondial. C'est à elles que

---

hiérarchie institutionnelle pour assurer le caractère réaliste (« modeste ») du projet constitutionnaliste : « *The international institutional architecture is fragmented and may result in contradictory, inconsistent, and wasteful governance. A constitutionalization of international law could mean integration and a hierarchic relationship between international institutions. Fundamental institutional changes at the international level are, however, not realistic—and may not even be desirable* […] *A more modest approach is to establish arrangements for complementarity and cooperation through agreements between the different international organizations* ». Ulfstein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 80.

[1069] Habermas (J.), « Le joli mot de « gouvernance » n'est qu'un euphénisme pour désigner une forme dure de domination politique », *Le Monde*, 17 décembre 2011.

[1070] Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism… », *supra* note 750, p. 602.

[1071] C'est aussi de cette façon que Jan Klabbers comprend le constitutionnalisme : « *Confronted with fragmentation and the concomitant chaos of overlapping and competing regimes, constitutionalization carries the promise that there is some system to the madness after all; there is something which helps keep the system together* ». Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 762, p. 18.

profite la dilution des hiérarchies formelles en réseaux déformalisés. La place accordée à l'Europe en tant que porte-parole de l'Universel génère deux critiques, la première portant sur le conservatisme de ce projet (1), la deuxième, sur son caractère impérialiste (2)[1072].

1) L'EUROPE EN TANT QUE PORTE-PAROLE DE L'UNIVERSEL

Que l'Europe tienne les rênes de la constitutionnalisation mondiale est une idée clairement exprimée par Jürgen Habermas. Il n'hésite pas à affirmer que « *the European Union can be understood as an important step on the path towards a politically constituted world society* »[1073]. Selon lui, l'UE montre l'exemple en organisant une « transnationalisation » de la souveraineté populaire et non pas un abandon de celle-ci. Il n'est évidemment pas le seul à mettre l'Europe sur un piédestal : ils sont nombreux à penser que le processus d'intégration par le droit, parce qu'il renvoie aux fondements de la pensée kantienne, est à l'origine de la pacification des relations entre États européens[1074]. Cela les conduit à penser que ce modèle institutionnel ainsi que l'expérience acquise en Europe peuvent –et même doivent– servir de référence pour repenser l'ordre du monde : « *From the point of view of world global order the EU seems to me to represent the most promising way of creating some structure capable of checking the abuse of economic and social power, and of directing social activities towards overriding common ends. The EU seems to be making the most successful effort so far to cope with the problematic effects of globalization and, perhaps it offers a model for new legal institutions to be created on a world-wide basis* »[1075].

En particulier, ce sont les juges européens chargés de la protection des droits de l'homme qui sont placés au premier rang de la constitutionnalisation du droit international : « *the*

[1072] David Kennedy exprime aussi ses craintes quant au risque inhérent de conservatisme. En dissimulant la dimension du pouvoir et en s'assurant la maitrise apparente du désorte, le discours constitutionnel renforcerait les situations existantes. Il pourrait ainsi s'avérer être un instrument destiné à renforcer les structures de pouvoir et à favoriser le statu quo et la reproduction à l'identique. Kennedy (D.), « The Mystery of Global Governance », *supra* note 845, pp. 59-60.

[1073] Habermas (J.), « The Crisis of the European Union… », *supra* note 821, p. 336. Voir aussi Habermas (J.) et Vigil (S.), « L'Europe paralysée d'effroi – La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international public », *Cités*, vol. 29, n° 1, 2012, pp. 131-146.

[1074] Voir par exemple Ferry (J.-M.), *Europe. La voie kantienne*, Paris, Le Cerf, 2005, 224 p. Pour une analyse critique, voir Delcourt (B.), « La séduction du concept d'impérialisme libéral auprès des élites européennes : vers une redéfinition de la politique étrangère de l'Union européenne ? », pp. 73-114, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254.

[1075] Thürer (D.), « Discussion », p. 92, in *Hofmann* (R.) et Geissler (N.) (*eds.*), *Non-State Actors as New Subjects of International Law. International Law. From the traditional state order towards the law of the global community*, Duncker & Humblot, 1999, 175 p. Ce mode de pensée est très répandu en Europe, explique Emmanuelle Jouannet : *C'est* […] *une idée très répandue en Europe de penser que l'Union européenne démontre par elle-même, par ses succès intra-européens, la capacité supérieure des Européens à garantir la paix dans le respect des libertés et du bien-être, et qu'elle doit donc servir de modèle au reste du monde* ». Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 121.

regional value system as concretized by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [...] *strengthen*[*s*] *the international value system through a spill-over effect* »[1076]. On peut se demander pourquoi la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est pas mise en avant. Après tout, elle fait preuve d'avant-gardisme en la matière, en multipliant les références au *jus cogens* dans des cas de disparitions forcées, de détentions et d'exécutions arbitraires. Elle élabore une jurisprudence « *chatoyante qui contraste fortement avec la frilosité de son homologue européenne* »[1077]. Mais c'est précisément pour cette raison que la Cour de Strasbourg est préférée à celle de San José. La seconde tend trop souvent à se placer en tant qu'« *organe d'expression de l'altermondialisme* »[1078] alors que la première sait mieux se tenir : « *lorsqu'on aborde des questions clés du droit international général, notre Cour doit se montrer très prudente avant de faire figure de précurseur* »[1079]. La place privilégiée de la Cour européenne se justifierait par le fait qu'elle se montre respectueuse de ses limites. Mais en écartant la Cour interaméricaine en raison de ses velléités soi-disant altermondialistes, les constitutionnalistes peuvent se voir opposer l'argument selon lequel ils ne font rien d'autre qu'invoquer le vocabulaire constitutionnel pour donner une forme de légitimité aux arrangements existants.

2) UN UNIVERSALISME HÉGÉMONIQUE

Plus grave, les constitutionnalistes sont vulnérables à la critique selon laquelle ils font l'apologie de l'Europe[1080]. Cette critique est puissamment articulée par les internationalistes

---

[1076] De Wet (E.), « The Emergence of International and Regional Value Systems », *supra* note 1042, p. 613. Erika De Wet affirme ainsi que le système constitutionnel mondial s'inspire directement du système européen, raison pour laquelle les droits fondamentaux protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme doivent l'emporter (« *trump* ») sur les autres normes en cas de conflit.

[1077] Maia (C.), « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », p. 277, *in* Hennebel (L.) et Tigroudja (H.) (*dir.*), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 416 p. On retrouve la même critique chez Pierre-Marie Dupuy : « *la Cour interaméricaine des droits de l'homme a* […] *invoqué la qualification de jus cogens d'une façon quelque peu inflationniste, avec tous les dangers que ce type de pratique prétorienne pourrait à terme entraîner quant au maintien de l'autorité d'une telle catégorie normative supérieure* ». Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, *supra* note 802, p. 208. Voir aussi Tigroudja, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du droit international pénal ». Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, pp. 641-659. Voir *contra* Cançado Trindade (A.A.), « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *supra* note 892, p. 240.

[1078] Cette qualification est donnée par Philippe Weckel dans son commentaire sur l'avis n° 18 (condition juridique et droits des travailleurs migrants en situation irrégulière) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Weckel (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, n° 1, 2004, pp. 215-248.

[1079] Opinion concordante du juge Pellonppä à laquelle se rallie le juge Bratza dans l'affaire *Al-Adsani*. Ce genre de comportement déférentiel est aussi visible dans les décisions *Behrami* et *Saramati* où la Cour européenne a refusé de contrôler la légalité de certaines actions menées au Kosovo par la KFOR et la MINUK car un tel contrôle « *s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU* », celle consistant à préserver la paix et la sécurité internationales. *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. France, Norvège et Allemagne*, décision du 2 mai 2007.

[1080] Cette critique est souvent dirigée directement contre l'Union européenne, qui prolongerait la « tentation

affiliés au TWAIL. Une histoire de la relation entre l'impérialisme et le droit international, depuis le 16ème siècle jusqu'à nos jours, a été esquissée par Antony Anghie[1081]. Il montre que les mécanismes d'exclusion qui ont privé le monde non-européen de la souveraineté « occidentale » pendant des siècles persistent et perdurent, en dépit de la fin officielle de la période coloniale. Du point de vue des sociétés du Tiers-monde, le colonialisme a été remplacé par le néo-colonialisme ; les États du Tiers-monde continuent de jouer un rôle subordonné dans le système international, puisqu'ils sont, par exemple, encore économiquement dépendants de l'Occident et que les règles du droit international économique continuent de faire en sorte que ce sera toujours le cas. Antony Anghie conclut avec force : « *whatever the contrasts and transitions* imperialism is constant »[1082]. Transposé au constitutionnalisme matériel, cette critique revient à dire que, sous couvert d'une constitution universelle, les auteurs imposeraient en réalité une constitution impériale (européenne)[1083].

Cette accusation est rejetée en bloc par les constitutionnalistes, lesquels sont convaincus de l'universalité de leurs préférences. Ils acceptent mal que leur sincérité et le bien-fondé de leurs motivations soient remis en cause. Leur intention, expliquent-ils, n'est pas d'imposer les valeurs européennes au reste du monde mais simplement de faire reconnaître que le système européen est le plus avancé ou le plus abouti en termes de protection des droits de l'homme[1084]. C'est pour cette raison que le système européen inspire le droit mondial en l'amenant vers le haut[1085]. Que le constitutionnalisme n'ait pas pour objectif d'imposer la

---

impériale » des anciens États européens en considérant de façon « civilisatrice » que ce qui est bon pour l'Europe est nécessairement bon pour le reste de la planète. Elle est aussi émise à l'encontre des droits de l'homme, ceux-ci étant perçus comme une nouvelle variante de l'hégémonie occidentale et du projet libéral des Euro-américains pour le monde. Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence…*, *supra* note 1075. Voir par exemple Chimni (B.S.), « International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making », *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 1-37. Barreto (J.-M.) (*éd.*), *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge, CUP, 2013, 460 p. D'Aspremont (J.) et Dopagne (F.), « Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders », *ZaöRV*, vol. 68, 2008, p. 968.

1081 Anghie (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *supra* note 595. Voir aussi Pahuja (S.), *Decolonising International Law*, Cambridge, CUP, 2011, 320 p.

1082 *Ibid.*, p. 315. Voir aussi Wallerstein (I.), *European Universalism. The Rhetoric of Power*, New York, New Press, 2006, 112 p.

1083 « *The debate on an international constitution will not resemble domestic constitution-making. This is so not only because the international realm lacks a pouvoir constituant but because if such presented itself, it would be empire, and the constitution it would enact would not be one of an international but an imperial realm* ». Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism… », *supra* note 259, p. 11. Voir aussi Sorel (J.-M.), « La constitutionnalisation du droit international : conflits et concurrence des sources du droit ? Fausse querelle, mais vraies questions », p. 43, *in Repenser le constitutionnalisme*, *supra* note 118.

1084 En ce sens, voir Dupuy (P.-M.), « Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi », *EJIL*, vol. 15, n° 1, 2005, pp. 131-137.

1085 La Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg agiraient main dans la main. Le « vrai » test pour l'ordre constitutionnel mondial serait la reconnaissance par les *autres* institutions (c'est-à-dire, les institutions non-européennes) de la supériorité normative des droits de l'homme. Sur la présomption de compatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, voir la décision rendue par la

domination d'une civilisation sur une autre est une idée défendue avec vigueur par Jürgen Habermas dans un passage qui mérite d'être repris *in extenso* :

> « *C'est l'universalisme qui réside au cœur de la démocratie et des droits de l'homme qui, précisément, interdit qu'on l'impose unilatéralement par le feu et par le fer. L'exigence universaliste de validité que l'Occident attache à ses « valeurs politiques fondamentales » -et donc, tout à la fois, au processus d'autodétermination démocratique et au vocabulaire des droits de l'homme- ne doit en aucun cas être confondue avec la prétention impérialiste à faire qu'une culture et une forme de vie politiques déterminées -fussent-elles celles de la plus ancienne démocratie du monde- servent de modèles à toutes les sociétés. C'est un « universalisme » de ce genre que professaient les empires de l'Antiquité ; ils ne percevaient le monde qui se fondait dans l'horizon au-delà de leurs frontières qu'à partir du point de vue central qu'autorisait leur propre image du monde. La compréhension moderne de soi est au contraire emprunte d'un universalisme fondé sur l'égalité, qui non seulement requiert qu'on se décentre de sa propre perspective, mais impose encore qu'on déparcticularise son propre regard afin de pouvoir le mettre en relation avec les perspectives d'interprétation adoptées par l'autre, considéré sur un strict pied d'égalité* »[1086].

Il y a quelque chose de séduisant dans l'idée habermassienne selon laquelle l'universalisme apparaît au travers d'un processus discursif basé sur la prise en compte de l'Autre et orienté vers l'entente (l'intercompréhension). Cet universalisme ressemble effectivement plus au schéma européen qu'au schéma américain, au sens où, comme l'a observé Alejandro Lorite Escorihuela, « *le modèle impérial européen n'est pas un modèle de supériorité mais un modèle de coordination, c'est-à-dire que l'Europe est là pour essayer d'inclure, d'organiser les autres points de vue* »[1087]. Il y aurait donc une différence de style entre l'universalisme (américain) conquérant et agressif, et l'universalisme (européen) masqué et bienveillant[1088]. Ce n'est toutefois pas une différence de nature : les uns comme les autres n'échappent pas –et ne peuvent échapper– au passé colonial du droit international et à ses « *ambivalences impériales* »[1089]. Cette expression a été développée par Nathaniel Berman pour montrer qu'il n'existe pas, historiquement et structurellement parlant, de droit international sans colonialisme[1090]. Sur le plan historique, le droit

---

Grande chambre de la CEDH le 30 juin 2005 dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) c. Irlande*, § 152. L'Union a adhéré à la Convention européenne au travers du traité de Lisbonne (article 6 § 2).

[1086] Habermas (J.), « Que signifie la destruction de la statue [de Saddam Hussein] ? », p. 401, *in* Habermas (J.), *Une époque de transition. Ecrits politiques 1998-2003*, Paris, Fayard, 2005, 410 p. C'est dans cette même logique que Olivier de Frouville, Pierre Hassner et Charles Leben soutiennent que l'universalisme européen est plus près de la version cosmopolitique du droit international que de la version impérialiste libérale qui s'est déployée en Irak en 2003. L'universalisme européen, en étant basé sur le respect de l'Autre et de ses droits fondamentaux, n'aurait pas grand-chose à avoir avec l'impérialisme libéral poursuivi par les États-Unis.

[1087] Lorite Escorihuela (A.), « Discussion », p. 130, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254.

[1088] Les politiques européennes privilégient le plus souvent l'usage du « *soft power* » (le multilatéralisme, la conditionnalité, les modes de gouvernements indirects, la bonne gouvernance) plutôt que le « *hard power* » (les interventions armées), quoique celui-ci ne soit pas exclu pour autant, tant au niveau régional (Kosovo) que mondial (opérations de la paix). Pour une formulation de ces deux styles d'impérialisme, voir Frankenberg (G.), « Commentaire », p. 117, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254. Porras (I.), « Commentaire », pp. 287-298, *in ibid.* Lorite Escorihuela (A.), « Discussion », pp. 315-316, *in ibid.*

[1089] Berman (N.), « Les ambivalences impériales », pp. 131-181, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254.

[1090] Anghie (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *supra* note 595. Wallerstein (I.), *Le système*

international est né dans un monde d'inégalités profondes en termes de pouvoirs et de richesses. Il a été inventé pour comprendre et gérer ce monde, et les techniques utilisées ont été celles du colonialisme européen. Sur le plan structurel, les techniques d'exercice du pouvoir et les justifications qui ont été élaborées pendant les siècles de colonialisme sont toujours avec nous ; elles sont inscrites au cœur du droit international[1091].

En guise de conclusion, les ambivalences impériales du droit international sont telles que les constitutionnalistes ne peuvent faire autrement qu'« *assumer que le droit international est toujours simultanément et indissociablement la forme juridique dans laquelle se déposent les promesses d'une unification politique de l'humanité et celle de la plus infinie et la plus violente des conquêtes, puisqu'elle a pour objet les termes mêmes dans lesquels se dit l'identité des conquis* »[1092]. Ils ne peuvent pas feindre de croire que la question de l'impérialisme est réglée du fait que les droits de l'homme ont été transcrits en droit positif et très généralement acceptés par la ratification des instruments internationaux. Cet argument est pourtant couramment avancé en vue de démontrer la légitimité du projet constitutionnaliste et son caractère anti-impérialiste[1093]. Cet argument a l'inconvénient d'aplanir le passé et de négliger de considérer les instruments juridiques et les institutions internationales comme le produit continu de relations de pouvoir. La codification formelle des droits de l'homme agit comme amnésique. Pour reprendre les termes de Dipesh Chakrabarty, les constitutionnalistes font tout sauf « *provincialiser l'Europe* »[1094].

Cette critique implique qu'on ne peut pas se satisfaire de la simple codification des droits de l'homme ou du respect des procédures formelles comme preuve du constitutionnalisme mondial (on ne peut pas simplement dire, par exemple, que l'intervention en Irak aurait été légale si elle avait été avalisée par le Conseil de sécurité[1095]). Encore faut-il examiner ce que les normes et les procédures de droit international font en pratique. Autrement dit, les

---

du monde du XIème siècle à nos jours. 1. Capitalisme et économie-monde : 1450-1640, Paris, Flammarion, 1980, 311 p.

[1091] Nathaniel Berman illustre cette continuité entre les pratiques juridiques de la colonisation et celles intégrées après la décolonisation (notamment par le biais des droits de l'homme), en rapprochant le traité de protectorat français avec le Maroc (traité de Fez) et la résolution 1244 du Conseil de sécurité sur le Kosovo. Voir « Les ambivalences impériales », *supra* note 1089.

[1092] Xifaras (M.), « Commentaire », p. 209, *in Impérialisme et droit international*, *supra* note 254.

[1093] Voir par exemple Dupuy (P.-M.), « « Some Reflections on Contemporary International Law… », *supra* note 1084, p. 136.

[1094] La thèse de Dipesh Chakrabarty est que les idées universalistes de la modernité venues de l'Europe d'après les Lumières n'étaient que partiellement universelles ; elles étaient aussi en même temps provinciales. Elles représentaient par conséquent des ressources intellectuelles qui étaient, simultanément, à la fois indispensables et inadéquates pour saisir les processus de modernité et de modernisation hors (et peut-être aussi à l'intérieur) de l'Europe. Chakrabarty (D.), *Provincialiser l'Europe : la pensée postcoloniale et la différence historique*, Paris, éd. Amsterdam, 2009, 381 p.

[1095] Berman (N.), « Les ambivalences impériales », *supra* note 1089.

constitutionnalistes doivent s'engager à décoloniser les droits de l'homme (« *embrace the quest to decolonize human rights* »[1096]). Ils doivent se décentrer et examiner la manière dont il est possible de renouveler les droits de l'homme « *à partir des marges et pour elles* »[1097]. S'ils refusent de participer à cette entreprise postcoloniale, alors leur attitude fera ressortir « *la logique impérialiste d'un point de vue qui se prétend universaliste en juridicisant ses propres valeurs à travers quelques principes fondamentaux qui coordonnent et consolident l'ensemble du système juridique international* »[1098].

[1096] Barreto (J.-M.), « Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field », p. 2, *in* Barreto (J.-M.), *Human rights from a Third World Perspective*…, *supra* note 1080.

[1097] Chakrabarty (D.), *Provincialiser l'Europe*…, *supra* note 1094. Cet axe de réflexion est poursuivi par plusieurs internationalistes. Voir par exemple Rajagopal (B.), « Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, 767-783. Baxi (U.), « What may the 'Third World' Expect from International Law? », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 713-725. Chinedu (O.), « Poverty, Agency and Resistance in the Future of International Law: An African Perspective », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 799-814. Mgbeoji (I.), « The Civilised Self and the Barbaric Other: Imperial Delusions of Order and the Challenges of Human Security », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 855-869. Nesiah (V.), « Resistance in the Age of Empire: Occupied Discourse Pending Investigation », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 903-922.

[1098] Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation… », *supra* note 36, p. 30.

Chapitre 9

Le constitutionnalisme processuel

« *'Constitutionalism' is not a ready-made answer, but –on the contrary– a perspective which might help the right questions of fairness, justice and effectiveness to be asked* »[1099].

L'approche constitutionnaliste peut également prendre une forme processuelle[1100]. C'est ce que préconise Habermas lorsqu'il élabore, en 1992, une théorie du droit qui reprend l'exigence normative des procédures de la discussion morale. Dans *Droit et démocratie*, l'intérêt principal de sa théorie de l'agir communicationnel se déplace de la normativité éthique vers la normativité juridique, ou, plus exactement, vers l'interaction entre normativité juridique et processus politique démocratique, puisque –c'est l'une des thèses centrales du livre– « *dans un contexte postmétaphysique, la seule source de validité est la procédure démocratique* »[1101]. Transposé au niveau international, cela signifie que la légitimité du droit ne provient pas de son contenu matériel mais des procédures institutionnalisées à travers lesquelles il est produit, et qui mobilisent la puissance normative de la discussion rationnelle : « *la légitimité par la légalité est possible dès lors que les procédures qui président à la production des normes juridiques sont conformes à la raison à la fois en elles-mêmes –y compris au sens d'une rationalité pratico-morale– et dans la manière dont elles sont menées. La légitimité de la légalité vient du fait que les procédures s'entrecroisent avec une argumentation morale qui obéit à sa propre rationalité de procédure* »[1102].

[1099] Peters (A.), « Conclusions », *supra* note 761, p. 344.

[1100] « *We have reached the point* », écrit Jean Cohen, « *where constitutionalism in the sense of curbing the arbitrary exercise of power and institutionalizing accountability by bringing those ascribed the "right to rule" (to govern, i.e. to make collectively binding decisions and publicly enforceable law) under the rule of public law within a public structure devised or reformed for that purpose is a conceivable next step* ». Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 84.

[1101] Habermas (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 438. Augbert (I.) et Flügel (O.), « Procéduralisme et politique délibérative. La philosophie politique de Jürgen Habermas », *Philosonsobronne*, n° 2, 2007-2008, pp. 31-45. Cortina (A.), « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », pp. 185-229, *in* Renaut (A.) (*dir.*), *Histoire de la philosophie politique. Volume 5 : Les philosophies politiques contemporaines*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, 500 p. Challe (E.), « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le Philosophoire*, vol. 3, n° 9, 1993, pp. 175-199.

[1102] Habermas (J.), *Droit et morale (Tanner Lectures)*, Paris, Seuil, 1987, p. 30. Le paradigme procédural développé par Habermas a acquis une très large audience : « *très normbreux sont en effet les auteurs qui considèrent qu'en des temps où l'indécidable fait sens, il n'est plus de rationalité que procédurale et de légitimité que négociée* ». Ost (F.), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 320.

Le constitutionnalisme processuel trouve aussi une assise théorique dans les écrits de Jutta Brunnée et Stephen Toope. Fortement imprégnés de réalisme juridique américain, ces deux auteurs reprennent les thèses de l'école du processus juridique (« *Legal Process School* »)[1103]. Cette école s'est développée aux États-Unis dans les années 1950 à partir de la tradition réaliste, en mettant en avant l'importance du contexte socio-économique dans l'interprétation et dans l'application du droit. Mais cette école s'est aussi éloignée de la tradition réaliste en considérant que les décisions judiciaires, au lieu de refléter les vues personnelles des juges, devaient intégrer les valeurs de la société dans son ensemble. Pour cela, elle invitait à s'intéresser aux procédures et aux compétences institutionnelles. « *The Legal Process School, which developed in the 1950s, had as its central tenet the idea that the key to legitimating law (and limiting the incursion of politics) is proper process* »[1104]. L'école du processus juridique est associée à plusieurs grands noms, dont celui de Lon Fuller, qui fut théoricien du droit à l'université de Harvard. C'est de lui que s'inspirent Jutta Brunnée et Stephen Toope pour concevoir un droit international « interactionnel », doté d'une forte « moralité interne »[1105]. Chez Fuller, la moralité interne du droit a ceci de spécifique qu'elle ne concerne pas directement le contenu des règles juridiques, mais qu'elle touche à la procédure suivie pour leur édiction.

Sur le plan institutionnel, le projet d'élaboration d'un droit administratif global (« *Global Administrative Law* », souvent désigné par son acronyme anglais « GAL ») illustre parfaitement le constitutionnalisme processuel. En effet, le GAL se veut d'ambition plus humble et de portée plus limitée que le projet concurrent de constitutionnalisation. Ses promoteurs ne cherchent pas à refonder le droit international dans son ensemble, mais simplement à le compléter, en analysant et en réglementant cette partie de la gouvernance mondiale qui est ignorée par lui[1106]. Pour cela, ils ne s'appuient pas sur une source aussi forte ou « fondationnelle » que le droit constitutionnel. Plus modestes, ils s'inspirent du droit

[1103] Réalistes, ils tiennent pour acquis l'idée qu'à partir du moment où les règles de droit ne sont ni déterminées, ni déterminantes, il faut s'intéresser au processus juridictionnel, et en particulier à la façon dont les juges raisonnent et à la façon dont ils doivent raisonner. Le réalisme juridique en tant qu'école de pensée (américaine) connote ainsi avec « *a heightened awareness of deductive errors in doctrinal analysis, the routine use of criticisms of analytic positivism, enthusiasm for purposive and functional styles of reasoning, and efforts to tolerate and affirm legal pluralism and social custom* ». Kennedy (D.) et Fischer (W.) (*eds.*), *The Canon of American Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 7.

[1104] Hackney (J.), *Legal Intellectuals in Conversation. Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory*, New York, NYU Press, 2012, p. 6. L'école du processus juridique a son pendant en droit international, avec l'école du « *Transnational Legal Process* », devenue « *New Transnational Legal Process* ».

[1105] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge, CUP, 2010, p. 25. On assiste également à un renouveau de la pensée de Fuller en droit interne. Voir à titre indicatif Murphy (C.), « Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law », *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 239-262.

[1106] Dubin (L.), « Chronique de droit administratif global 2007-2008 », *Droit administratif*, n° 11, novembre 2008.

administratif, c'est-à-dire cette branche du droit public qui régit l'administration, pour assurer la redevabilité (« *accountability* »[1107]) des opérateurs globaux qui effectuent des tâches autrefois associées à l'administration des biens publics par les États[1108].

Par opposition au constitutionnalisme matériel, donc, le constitutionnalisme processuel se veut normativement plus modeste et sociologiquement plus près de la réalité mondialisée. Au lieu d'imposer des valeurs communes et de les faire respecter par les institutions onusiennes, il s'agit d'encourager les acteurs les plus divers à discuter et à s'entendre rationnellement sur la base de procédures communes. Le droit présenterait alors un caractère non-hiérarchique, construit sur la base d'une réciprocité entre les participants au système (§1). Mais dans ce cadre, qu'est-ce qui donne lieu à une norme juridique, qu'est-ce qui la distingue des autres normes sociales ? C'est là où l'influence de Fuller se fait le plus sentir : « *one knows law by requiring strong adherence to its 'internal morality'. Fuller's concept of 'internal morality' was rooted in his belief that certain conditions must be in place to allow human beings to pursue their purposes through law and for law to guide their actions and interactions. If the internal morality of the law is not fulfilled, if the conditions are not met, then the process of law creation* […] *is fundamentally flawed* […] »[1109] (§2). Le constitutionnalisme processuel est toutefois passible des mêmes critiques qu'il adresse aux projets concurrents : faire dépendre la légalité d'une légitimité procédurale apparaît comme « *a universalist Utopia, reducible to an apology of particular causes* »[1110] (§3).

§1. UN PROJET MODESTE…

L'objectif des partisans du constitutionnalisme processuel serait semblable à celui que poursuivent les partisans du constitutionnalisme matériel. Les uns comme les autres chercheraient à pallier le « *déficit de légitimité* » de la gouvernance mondiale[1111]. Mais pour atteindre cet objectif commun, les partisans du constitutionnalisme processuel ne postulent pas l'existence d'une communauté humaine mondiale, régie par des règles matérielles supérieures,

---

[1107] Le terme « accountability » est parfois traduit en tant que « responsabilisation ».

[1108] Les partisans du GAL estiment que « *much of global governance is administrative in form and that its corresponding decision-making processes can be analysed with reference to requirements that include accountability, transparency, rationality, and legality. The global administrative law thesis is, in that sense, about using familiar administrative law constructs in the admittedly less familiar setting of extra-State decision-making* ». Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.), « Values in Global Administrative Law: Introduction to the Collection », pp. 1-2, in Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.) (*dir.*), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart, 2011, xxx-416 p.

[1109] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law*…, *supra* note 1105, p. 25.

[1110] Lettre de Martti Koskenniemi adressée à Jürgen Habermas, datée du 3 août 2003.

[1111] « *Both global constitutionalism and global administrative law are, in their different ways, attempts at tackling the perceived legitimacy deficit of global governance* ». Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 3.

lesquelles seraient défendues par des institutions universelles. Pourquoi ? Parce que ce sont les désaccords politiques et la pluralité des valeurs qui sont les véritables caractéristiques de notre monde fragmenté. Forts de ce constat, ils examinent les interactions sociales afin d'identifier, de la manière la plus réaliste possible, les règles de droit sur lesquels les acteurs globaux se sont mis d'accord. C'est ainsi qu'on arrive à « *a thin, largely procedural, conception of the rule of law* [*that*] *upholds and supports diversity in moral and political ends while at the same time helping to build a stronger global society* »[1112] (A). De la même façon, le projet du GAL n'a pas pour ambition d'élaborer un droit substantiel qui imposerait des règles matérielles « fortes » aux opérateurs globaux. Le GAL est au contraire un droit essentiellement procédural qui demande aux nouveaux opérateurs nés de la globalisation le respect de principes élémentaires d'équité et de justice dans leur processus de décision et de production de normes[1113].

A) UN CONSTITUTIONNALISME ANCRÉ DANS LA RÉALITÉ

Les partisans du constitutionnalisme processuel pointent les dangers qui menacent le projet concurrent de constitutionnalisation. Comme l'écrit Jean Cohen, professeure de sciences politiques à l'université de Columbia, « *a monistic conception of the project of constitutionalization of the global legal order, whether one locates it in the UN Charter or not, is a bad idea. The risk is "symbolic constitutionalism" –the invocation of the core values and legal discourse of the international community to dress up self-serving regulations, strategic geopolitical power plays, and morally ambivalent military interventions and impositions, in universalistic grab* »[1114]. C'est au vu de cette instrumentalisation que Jean Cohen défend une version « pluraliste » du constitutionnalisme mondial, afin de trouver un équilibre entre le projet d'autodétermination propre à l'État-nation et les idéologies universalisantes que sont les droits de l'homme, la lutte contre l'impunité et la gouvernance mondiale. Son idée est de juxtaposer les tâches fonctionnelles exécutées par les institutions globales avec les fonctions de légitimation démocratique des États, de manière à éviter les écueils de part et d'autre.

Par opposition au projet concurrent, il est préférable d'œuvrer pour un constitutionnalisme de « *faible intensité* »[1115], « *allégé* »[1116] ou « *doux* »[1117] (1). Ces expressions suggèrent qu'il est

[1112] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 34.
[1113] Hennebel (L.), « Le droit administratif global », *in Théories du droit global*, (à paraître). Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189312
[1114] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty…*, *supra* note 248, p. 6.
[1115] *Ibid.*, p. 20 et p. 319.
[1116] Grimm (D.), « The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World », p. 3, *in* Dobner (P.) et Loughlin (M.) (*dir.*), *The Twilight of Constitutionalism ?*, *supra* note 756.

possible d'élaborer un constitutionnalisme mondial plus modeste, fondé sur les arrangements intersubjectifs des acteurs globaux, de sorte que ceux-ci, quand bien même ils auraient peu de valeurs en commun, peuvent s'entendre sur la mise en place de procédures communes (2).

1) NON PAS FORMEL, MAIS INTERACTIONNEL

Pour élaborer un droit international respectueux des valeurs du constitutionnalisme mais aussi anti-hégémonique, les constitutionnalistes partent ici des interactions entre les acteurs et analysent leurs attentes légitimes. Leur raisonnement est le suivant : plus le nombre d'acteurs impliqués dans le processus de création et d'application du droit est important, plus leurs pratiques et leurs perceptions sont prises en compte, et moins il sera possible pour un seul acteur d'imposer ses propres valeurs ou exigences. Cette attention aux rapports de force caractérise l'approche « interactionnelle » élaborée par Jutta Brunnée et Stephen Toope[1118].

Définir le droit international en termes interactionnels implique qu'il ne faut pas se limiter aux manifestations formelles du droit. Il est tout à fait possible que des normes molles (« *'soft' norms* ») possèdent plus de force coercitive que des normes conventionnelles ou coutumières. « *Although formal indicators provide useful indicia of the existence of binding rules and, of course, 'validity' on the terms of the system* », expliquent-ils, « *they are not enough to identify 'law' because formality alone is not strong enough to generate fidelity* »[1119]. Le droit naît d'abord des interactions entre les acteurs, et plus particulièrement de la concordance graduelle de leurs attentes légitimes : « *in the international sphere, norms are developed through the construction of shared understandings* »[1120].

L'idée que le droit repose avant tout sur la compréhension et la confiance mutuelles rejoint, dans une large mesure, la pensée de Lon Fuller. Par opposition à une conception positiviste du droit, Fuller comprend le droit comme une relation collaborative entre un gouvernement et ses citoyens[1121]. De nature horizontale, le système juridique de Fuller permettrait de préserver

---

[1117] On dit du constitutionnalisme processuel qu'il possède un objectif « *plus humble* » que celui du constitutionnalisme matériel, un « *agenda normatif limité* » ou encore qu'il est un projet « *qui se sait modeste* ». Voir par exemple Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », *supra* note 496, p. 55.

[1118] « *An interactional analysis, by revealing when power is exercised arbitrarily and without legitimacy, helps to reveal how the ability of powerful actors to dominate legal relationships can be constrained. Interactionalism suggests that powerful actors have less freedom to disregard international law than is commonly assumed* ». Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 96.

[1119] *Ibid.*, pp. 46-47.

[1120] Krisch (N.), « *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account.* By Jutta Brunnée and Stephen J. Toope. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2010 », *AJIL*, vol. 106, 2012, p. 203.

[1121] « *The functioning of a legal system depends upon a cooperative effort –and effective and responsible interaction– between law-giver*

au maximum l'autonomie individuelle, puisque les citoyens ne sont plus de simples « sujets » de droit mais des agents actifs qui interagissent les uns avec les autres et qui, de ce fait, créent du droit par le truchement de processus spécifiques de communication. C'est de ce schéma que Jutta Brunnée et Stephen Toope s'inspirent pour concevoir un droit émanant des interactions entre les acteurs globaux, en lieu et place d'un droit structuré sous une forme hiérarchique : « *Fuller explained law, and the rule of law, in a manner that did not require fundamental shared commitments to a single political morality, nor the existence of a centralized political authority* »[1122].

S'il ne repose pas sur un cocle de valeurs communes, sur quoi le modèle fullerien de l'État de droit (« *Rule of Law* ») repose-t-il ? Sur la fidélité des citoyens à l'ordre juridique, elle-même fondée sur la certitude que les gouvernants appliqueront de bonne foi (« *faithfully* ») les règles générales qu'ils auront eux-mêmes édictées auparavant[1123]. Dans ce cadre, la formalisation des règles est indicative de la bonne foi des gouvernants et, en cela, elle contribue à accroître la fidélité des citoyens. Cependant, la forme ne saurait suffire. Caril faut encore s'assurer que les règles de droit seront appliquées de manière uniforme par les organes de l'État –ou, selon les termes de Jutta Brunnée et Stephen Toope, que les règles de droit concordent avec les arrangements intersubjectifs (« *shared understandings* ») des participants au système. Les deux internationalistes canadiens reprennent ici le 8ème critère de légalité de Fuller, à savoir la correspondance entre les règles écrites et leur application par les organes de l'État. Ils en font la clef de voûte du droit international interactionnel.

Prenons par exemple la règle de droit qui interdit l'utilisation de la torture. Après un examen minutieux de la pratique internationale (et en particulier celle des États-Unis) avant et après le 11 septembre 2001, Jutta Brunnée et Stephen Toope arrivent à la conclusion que cette règle est relativement peu soutenue par des arrangements intersubjectifs, en sorte que « *the absolute prohibition on torture does not meet the standards of interactional international law. The rule is rhetorically strong but practically weak* […] »[1124]. Même s'ils sont mal à l'aise avec cette conclusion, les deux auteurs insistent pour dire qu'ils ne peuvent pas se limiter au statut formel et au caractère indérogeable attribué à la règle interdisant l'utilisation de la torture. La raison en est que le droit ne font pas un tout figé mais bien un processus mouvant et continu : « *rules are*

---

and subject ». Fuller (L.), *The Morality of Law*, éd. Révisée, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 219.
[1122] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 21.
[1123] Fuller (L.), *The Morality of Law*, *supra* note 1121, pp. 209-210.
[1124] *Ibid.*, p. 269.

constructed, buttressed or destroyed through the continuing practice of states and other international actors »[1125].

2) NON PAS MATÉRIEL, MAIS PROCESSUEL

L'objectif du constitutionnalisme processuel, on l'aura compris, ne consiste pas en à mettre en place une hiérarchie normative reflétant des valeurs communes : non seulement une telle hiérarchie n'existe pas, mais quand bien même elle devrait exister, elle reflèterait inévitablement les préférences d'un groupe particulier ou d'une institution particulière, aux dépens des préférences d'autres groupes ou institutions[1126]. Faut-il, dans ces conditions, abandonner le projet visant à mettre de l'ordre au sein de la gouvernance mondiale (ou à pallier son « déficit de légitimité ») ? Non. Car s'il est inimaginable, dans une société aussi diversifiée que la nôtre, d'imposer une hiérarchie de valeurs et de normes matérielles, on peut néanmoins créer des espaces de délibération publique et inclusive, qui accorderaient des droits égaux aux participants et qui ne mobiliseraient d'autre force que celle du meilleur argument[1127]. Le droit est avant tout une procédure de discussion publique raisonnable, un mode de résolution des conflits raisonné.

Par exemple, la nature processuelle est présentée comme la clé du projet du GAL car elle lui permettrait d'échapper au caractère utopique du projet constitutionnaliste concurrent : « *GAL espouses procedural standards for legitimate international decision-making, thereby hoping to avoid the pitfalls that stifle thick constitutionalism, there (supposedly) being no substantive agreement on material, universal values, except perhaps on an exceedingly high level of abstraction* »[1128]. L'idée de base est qu'en l'absence de valeurs communes, les acteurs globaux peuvent à tout le moins s'entendre sur la

---

[1125] *Ibid.*, p. 270.

[1126] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* 1022.

[1127] La notion de délibération est associée, chez Jürgen Habermas, à une conception de légitimité procédurale : « *sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participantes à des discussions rationnelles* ». Habermas (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *supra* note 1101, p. 123. Voir le compte-rendu par Monnier (R.), « Jürgen Habermas, Droit et démocratie. Entre faits et normes, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 317, n° 1, 1999, pp. 545-547.

[1128] Van Mulligen (J.G.), « Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order », *LJIL*, vol. 24, 2011, p. 279 note 5. Benedict Kingsbury le reconnaît lui aussi : le nouveau *jus gentium* (c'est-à-dire, le GAL) « *that is growing so quickly in response to globalization does not for the most part consist of norms on substantive issues. There is too much controversy about key values, too many different approaches among nations and interest groups, for a community embodying the wills of all really to decide on substantive views and bind the dissenters. Substantive norms are limited mainly to narrow fields in which a partial international community exists, or to groupings like the European Union. In the absence of agreement on substance, the new* jus gentium *is primarily procedural* ». Kingsbury (B.), Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law », *Journal of International Law and Diplomacy*, vol. 104, 2005, p. 113.

mise en place de procédures communes[1129]. C'est à ce moment là qu'il faut intervenir, pour s'assurer de la légitimité (« *fairness* ») des procédures. Benedict Kingsbury illustre ses propos en posant la question suivante : « la pratique de la chasse à la baleine est-elle ou non une activité légitime ? ». Face à cette question, dit-il, le droit ne peut pas (et ne doit pas) répondre. Le droit ne peut pas répondre car il ne peut résoudre un tel conflit de valeurs. En revanche, il peut aider à mettre en place des procédures communes pour faciliter la discussion de questions plus spécifiques, telles que celle-ci : « comment le sanctuaire baleinier en Antarctique doit-il fonctionner au regard des critères et des intérêts en jeu ? ». « *In helping with procedures, GAL may make the outcome more legitimate and more widely accepted* »[1130].

Cela rejoint la théorie de Fuller[1131]. Dans son ouvrage « *The Morality of Law* », Fuller pose un certain nombre de principes formels que le droit doit nécessairement respecter sous peine de ne plus être du droit et de délier les individus de leur devoir d'obéissance. Pour soutenir sa thèse, Fuller a recours à un apologue : un nouveau roi, Rex, constatant que ses prédécesseurs ont échoué à doter le royaume d'une législation pénale, entreprend seul une vaste réforme. Il va, en dépit des bonnes intentions qui l'animent, emprunter successivement les « huit voies qui mènent au désastre » (« *eight routes to disaster* »[1132]). Il va échouer à définir une règle de manière précise, échouer à rendre publique auprès des parties concernées la règle qu'elles sont supposées suivre ; abuser d'une législation rétroactive ; échouer à rendre la règle compréhensible ; appliquer des règles contradictoires ; modifier si souvent la règle que les individus ne peuvent plus orienter leur action ; échouer à harmoniser l'application de la règle.

C'est ainsi que Fuller parvient à définir la « moralité interne » du droit : il faut et il suffit que la loi échappe à ces huit dangers de nature processuelle pour pouvoir, indépendamment de son objet, être considérée comme une bonne loi. Comme le font remarquer François Ost et Michel van de Kerchove, la moralité interne de Fuller recouvre en définitive les exigences de l'État de droit moderne, plutôt que des valeurs matérielles relevant de la moralité externe[1133].

[1129] « *The focus of the field of global administrative law is not* […] *the specific content of substantive rules, but rather the operation of existing or possible principles, procedural rules, review mechanisms, and other mechanisms relating to transparency, participation, reasoned decision-making, and assurance of legality in global governance* ». Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *Law & Cont. Prob.*, vol. 68, 2005, p. 29.

[1130] Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities… », *supra* note 1128, p. 121. L'exemple est lui aussi tiré de cet article.

[1131] Celui-ci se préoccupe « *not with the substantive aims of legal rules, but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered if it is to be efficacious and at the same time remain what it purports to be* ». Fuller (L.), *The Morality of Law*, supra note 1121, p. 97.

[1132] *Ibid.*, p. 39.

[1133] Van de Kerchove (M.) et Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 180.

Cela signifie que le modèle fullerien, sans être dépourvu de tout jugement de valeurs, serait le minimum acceptable dans nos sociétés démocratiques. Cette version minimaliste plaît à Jan Klabbers, car elle aurait plus de chances de réussir sur la scène mondiale :

> « *while Fuller's conception is not completely value-neutral, to him substantive values represent a negative set of parameters* […] *This is rather different from the typical resort to values in today's international legal discussion, which tends to posit positive parameters. Law is thought to contain certain absolute prohibitions as well as (increasingly, so it seems) certain fairly absolute commands: install human rights (civil and political rights, at any rate), install democracy, install a market economy. Fuller's, by contrast, is negative, seeing the law more as boundaries within which citizens can freely operate and do as they see fit* »[1134].

En résumé, les partisans du constitutionnalisme processuel considèrent que le projet de gouvernance mondial par un droit constitutionnel doit être revu à la baisse. À partir du moment où le caractère irréductiblement fragmenté du monde social est reconnu, le projet de constitutionnalisation ne peut être que modeste : « *The more diverse and contested the social space is, the less attractive seems the idea of freezing the political order in a seemingly neutral consensus, and the more appealing the recourse to either punctual, contractual settlements between groups or to institutional provisions that keep fundamental issues open to continuing contestation and revision* »[1135]. Dans un monde pluriel, le droit international est incapable de refonder l'ordre social ; le mieux qu'il puisse faire, c'est d'encadrer l'action des acteurs internationaux au moyen de standards procéduraux. On va maintenant voir que c'est par ce biais –et non pas par celui des règles matérielles– que les partisans du GAL espèrent opérer dans les zones de régulation que le droit international public et les droits administratifs internes ne peuvent pas, ou ne veulent pas, atteindre[1136].

B) L'ÉMERGENCE D'UN DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

Le projet du GAL a été conçu il y a bientôt dix ans au sein de l'université de New York. Il vise à saisir et à encadrer le pouvoir administratif exercé par les institutions qui ne sont pas

---

[1134] Klabbers (J.), « Constitutionalism and the Making of International Law », *NoFo*, vol. 5, 2008, p. 102.

[1135] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* 1022, p. 10. Voir aussi Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20, n° 4, 2010, pp. 35-36.

[1136] Du point de vue administrativiste, les réglementations isolées et les administrations strictement nationales ne suffisent plus pour garantir une régulation effective. En effet, la régulation d'un grand nombre d'activités a été transférée des assises nationales vers des entités supra-nationales, soit par le biais de traités internationaux, soit via des réseaux plus informels de coopération transnationale. Dans cette « *zone grise* » (Cassese (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *supra* note 753), les autorités nationales prennent des décisions et créent des normes qui affectent les individus, sans que l'exercice de leurs compétences puisse être contrôlé par les règles et les principes établis en droit administratif interne. Du point de vue internationaliste, le droit international sous sa forme traditionnelle n'arrive pas à répondre « *to rapidly changing patterms of transnational governance, and also to some changes in prevailing theories of states, markets, and administration, changes which are often lumped under the amorphous label 'globalization'* ». Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities… », *supra* note 1128, pp. 103-104.

qu'étatiques et qui opèrent au niveau mondial[1137]. On a pu remarquer que l'identification d'un « droit administratif » dans les procédures d'émission de normes et dans les processus de décision des opérateurs globaux est plus aisée si l'on retient une acception plus américaine qu'européenne de cette notion[1138]. Ceci dit, les partisans du GAL prennent soin d'internationaliser leur projet ; et si celui-ci « *ne suscite pas un enthousiasme débordant* »[1139] dans le milieu francophone, il bénéficie de l'adhésion d'un nombre croissant d'administrativistes et d'internationalistes de renom en Italie, au Japon, en Amérique latine, etc.[1140]. Plus important encore, les partisans du GAL prennent soin d'ancrer leur projet de régulation de la gouvernance mondiale par le droit administratif dans une tradition internationaliste. Ils soulignent que leur entreprise fait écho aux démarches des auteurs du droit administratif international et du droit international administratif de la fin du 19ème et du début du 20ème siècle[1141]. Le GAL s'inscrirait donc dans une certaine continuité disciplinaire. Il est vrai que ses promoteurs constatent l'existence de nouveaux modes de régulation sur la scène mondiale, pour ensuite s'interroger sur le régime de responsabilité des opérateurs globaux (1).

[1137] Benedict Kingsbury et Nico Krisch, deux internationalistes de renom de l'École de droit de l'université de New York, ont publié un article programmatique en 2005 avec Steward Stewart, un administrativiste de la même université : « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129. Ce projet est doté de ressources importantes. Un site internet de l'université de New York centralise toutes les informations relatives aux colloques, aux livres et aux articles portant sur le GAL, de manière à faire de celui-ci un projet incontournable au sein de la discipline. Il s'agit de : http://www.iilj.org/GAL/ La bibliographie qui est recensée sur le GAL est très riche et très spécialisée.

[1138] En effet, explique Philippe Cossalter, « *une large part de l'étude du droit administratif continental est consacrée aux règles substantielles. Le droit administratif américain est pour l'heure essentiellement axé autour des règles de type procéural, principalement celles encadrant l'émission des normes contraignantes et garantissant la participation de toutes les parties prenantes (*notice and comment*). Or ce sont ces mêmes règles, et les garanties de la* rule of law*, qui constituent l'essentiel des études de droit administratif global* ». Cossalter (P.), « Préface », p. 5, *in* Cassese (S.), *Au-delà de l'État*, *supra* note 767. Sur le risque d'impérialisme, voir Stewart (R.), « US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law », *L. and Cont. Prob.*, n° 68, 2005, p. 76 et s.

[1139] Hennebel (L.), « Théories du droit global : Global Administrative Law », conférence au Centre Perelman de philosophie du droit, podcast disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.philodroit.be/spip.php?page=article&id_article=1311&lang=fr Les contributions présentées lors du colloque organisé à l'université de Nanterre en 2011 témoignent d'une certaine réticence, voire même d'un scepticisme, à l'égard de ce projet. Voir *Un droit administratif global ?*, *supra* note 761. Un colloque sur le même sujet avait eu lieu trois ans auparavant à Sciences Po, où la majorité des intervenants étaient étrangers. Voir Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.) (*dir.*), *Values in Global Administrative Law*, *supra* note 1108.

[1140] Sabino Cassese, un professeur et juge de droit administratif italien, s'est montré particulièrement enthousiaste à l'égard du GAL. Sur les « *liens scientifiques et d'amitiés* » l'unissant au professeur Stewart, voir Cossalter (P.), « Préface », *supra* note 1138, p. 5.

[1141] Le droit international administratif avait pour objet l'étude de l'organisation, du fonctionnement et de la fonction normative des administrations internationales. L'allemand Lorentz von Stein, par exemple, a noté l'émergence d'une activité internationale de nature administrative régulée soit par les organes étatiques, soit par le biais de traités. Le droit international administratif sera par la suite étudié de manière plus systématique au début du 20ème siècle comme une partie du droit international ayant pour objet l'étude de l'action et de l'organisation de collectivité d'États ayant des finalités d'intérêt général communes. Quant au droit administratif international, il avait pour objet l'étude des éléments d'extranéité du droit administratif national, y compris la régulation des rapports entre une administration nationale et ses administrés à l'étranger, ou celle des rapports entre une administration nationale et un étranger sur son territoire. Tout ceci est très expliqué par Cossalter (P.), « Préface », *ibid.*

S'inquiétant des lacunes en la matière, ils tentent de définir les mécanismes, les principes et les pratiques qui renforcent la redevabilité (« *accountability* ») des opérateurs globaux, en particulier en garantissant le respect par ces derniers des standards de transparence, de participation, de motivation, etc. dans le cadre de leur fonctionnement et de leur prise de décisions (2).

1) UN CONSTAT EMPIRIQUE : LA DIVERSIFICATION DES OPÉRATEURS GLOBAUX

« *The conceptualization of global administrative law presumes the existence of global or transnational administration* »[1142]. Si les promoteurs du GAL fondent ainsi leur projet sur l'existence empirique d'une administration globale ou transnationale, c'est-à-dire d'une administration sortie du cadre de l'État, ils ne se préoccupent pas outre mesure de définir les critères en fonction desquels on peut décider qu'une entité globale est de nature administrative ou non[1143]. Ils se limitent à définir la fonction administrative de manière négative (« sont administratives les institutions qui n'exercent pas une fonction législative ou juridictionnelle »[1144]) et ils proposent cinq idéaux-types d'administration globale (a). Ils expliquent ensuite que ces administrateurs globaux évoluent non pas dans un « ordre » hiérarchisé mais plus simplement dans un « espace » administratif global (b).

a) Une typologie des administrateurs globaux

La caractéristique commune à tous les administrateurs globaux est qu'ils opèrent à un niveau inférieur à celui, très médiatisé, des conférences diplomatiques et des conclusions de traités, mais qu'ils règlementent néanmoins de larges domaines de la vie économique et sociale[1145]. Leurs activités prennent la forme d'auditions, de consultations, d'avis, de recommandations, d'expertises, d'enquêtes et parfois de sanctions. « *Il s'agit par définition d'une catégorie floue* », écrit Neil Walker au sujet de l'administration globale, « *mais elle couvre cependant*

[1142] Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 18.

[1143] Cela a été remarqué par Jean-Bernard Auby, pour qui la théorie du GAL « *s'en tient à l'idée d'entités qui prennent des décisions de même ordre que les décisions administratives internes, qui exercent des fonctions de mise en œuvre ou de contrôle, et non des fonctions de législation* ». Auby (J.-B.), « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique », présentation dans le cadre des séminaires de la chaire de Sciences Po sur les mutations de l'action publique et du droit public, 11 mai 2007, p. 8.

[1144] Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 17.

[1145] Comme l'affirme Benedict Kingsbury (en se référant au professeur Rivero) : « Le pouvoir administratif, c'est l'exercice du pouvoir au quotidien » (livre Nanterre p. 13 renvoie à Rivero).

une grande partie de ce qui est original dans le nouvel ordre juridique global »[1146].

Le premier idéal-type d'administration globale est celui des organisations internationales qui sont instituées par voie de traités ou d'accords entre États. Il s'agit du phénomène bien connu de l'administration résultant de l'action des organisations internationales (et traditionnellement couvert par le droit international administratif ou le droit des organisations internationales)[1147]. Le second idéal-type d'administration globale est celui de réseaux transnationaux ou de relations de coopération nouées entre des autorités nationales de régulation. Ce type d'administration est dépourvu de pouvoir normatif contraignant et il fonctionne essentiellement sur un modèle coopératif. Le Comité de Bâle en matière bancaire est souvent cité comme exemple topique, car il réunit les responsables de plusieurs banques centrales afin de coordonner les politiques bancaires, sans avoir été institué par un traité interétatique ou un accord juridique[1148]. Le troisième idéal-type d'administration globale renvoie à l'administration déléguée à des agences administratives nationales, lesquelles sont soumises aux administrations internationales. Les partisans du GAL veulent ici souligner que les organes étatiques jouent un rôle-clé dans la gouvernance mondiale dès lors que leurs décisions ont un impact global[1149]. Le quatrième idéal-type, l'administration hybride public/privé, « *renvoie à ces organismes de régulation particuliers qui, s'ils sont de nature privée, n'en sont pas moins investis par des organisations publiques de missions d'intérêt public et parfois composés de personnes publiques* »[1150]. C'est le cas de la Commission du Codex alimentarius, qui adopte des standards

---

[1146] Walker (N.), « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales… », *supra* note 118, p. 55.

[1147] Un exemple couramment donné est le Conseil de sécurité, titulaire d'un pouvoir de sanctions au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. D'autres organisations, telles que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, l'OMC et la Banque Mondiale, sont autant de structures internationales qui participent à la dynamique de la gouvernance mondiale et dont les décisions et les règles affectent, directement ou indirectement, les individus. Voir Stewart (R.) et Ratton Sanchew Badin (M.), « The World Trade Organization and Global Administrative Law », *IILJ Working Paper*, n° 7, 2009, 34 p. Rawski (F.), « World Bank Community-Driven Development Programming in Indonesia and East Timor: Implications for the Study of Global Administrative Law », *JILP*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 919-951.

[1148] Voir Barr (M.) et Miller (G.), « Global Administrative Law: The View from Basel », *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 15-46. On trouve d'autres exemples dans le secteur financier avec l'Organisation internationale des commissions de valeurs ou dans le secteur des assurances avec l'Association internationale des contrôleurs d'assurance. Sur ces instances, voir Bismuth (R.), *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2011, xxii-795 p.

[1149] Ceci peut être le cas dans deux cas de figure. Soit ils adoptent des mesures qui ont un effet extra-territorial, comme par exemple lorsqu'ils limitent les importations de produits de pêche qui ne respectent pas des critères environnementaux. C'est le cas de la réglementation américaine discutée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* en 1998. Soit ils sont chargés de mettre en œuvre des règles internationales, comme c'est le cas par exemple en matière commerciale.

[1150] Dubin (L.), « Le droit administratif global, analyse critique de son existence et de son articulation avec le droit international public », p. 104, *in Le droit administratif global ?*, *supra* note 761.

relatifs à la sécurité alimentaire au plan mondial, et de l'ICANN[1151]. Le cinquième idéal-type est l'administration globale assurée par des entités privées[1152]. Celles-ci sont non seulement très diverses mais aussi très actives dans un nombre croissant de domaines d'activités. L'ISO (International Standardization Organization) est sans doute la plus connue, grâce à plus de 13 000 normes visant l'harmonisation qualitative de produits et de modes de production. D'autres entités privées jouent également un rôle important dans la régulation d'activités transnationales, comme en matière de responsabilité sociale des entreprises (Fair Labor Association, une association de droit américain[1153]), de lettres de crédit (Society for Worldwide Interstate Financial Telecommunications, une société de droit belge) ou de gestion « durable » des forêts (avec le programme de reconnaissance des certifications forestières[1154]).

Il y a une gradation évidente au sein de cette typologie, qui va des entités les plus publiques (et traditionnellement encadrées par le droit international public) à des entités transnationales privées (que le prisme du droit traditionnel ne permettrait pas d'appréhender). Au travers de cette gradation, le GAL s'éloigne de la théorie des sources formelles pour se rapprocher des théories pluralistes qui transcendent la séparation traditionnelle entre le public et le privé. On va maintenant voir que la volonté de se départir du formalisme (qui condamnerait le constitutionnalisme matériel) est aussi visible dans le fait que les opérateurs globaux évoluent non pas dans un « ordre » mais plus simplement dans un « espace » administratif global.

b) Un « espace » administratif global

Un « espace administratif global » serait en train d'émerger et cet espace serait doté de

[1151] En tant qu'association de droit californien chargée de la gestion de l'espace internet (et plus particulièrement de la gestion des noms de domaine et des adresses I.P.), l'ICANN (« Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ») est composée de représentants d'entreprises, d'organisations internationales, d'utilisateurs et d'universitaires. Elle comprend également des représentants d'États dont certains (à commencer par les Etats-Unis) ont acquis un pouvoir considérable. Voir Carotti (B.) et Casini (L.), « A Hybride Public-Private Regime : The Internet Coorperation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet », pp. 29-36, *in* Cassese (S.), Carotti (B.), Casini (L.), Macchia (M.), MacDonald (E.) et Savino (M.) (*eds.*), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, Institute for Research on Public Administration and Institute for International Law and Justice, 2ème éd., 2008, 274 p. En langue française, voir Clerc (E.), « La gestion semi-privée de l'internet », pp. 333-396, *in* Morand (C.-A.), *Le droit saisi par la mondialisation*, *supra* note 459.

[1152] Comme l'explique Ludovic Hennebel, « *les décisions et normes de ces structures privées ont un impact sur les affaires globales, ce qui justifie qu'elles soient considérées comme participant, au même titre que les autres opérateurs globaux, à la gouvernance mondiale* ». Hennebel (L.), « Le droit administratif global », *supra* note 1113.

[1153] Cette association a été fondée en 1999 par des universités et des organismes à but non lucratif, mais aussi par Nike et d'autres firmes américaines du textile. Bomboy (A.), « FLA, la vraie-fausse association qui audite Apple et Nestlé », article de Terra ecno du 22 février 2012. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.terraeco.net/Une-association-critiquee-pour,42067.html

[1154] Voir Meidinger (E.), « The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: The Case of Forestry », *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 47-87.

deux caractéristiques qui lui sont propres[1155]. Pour commencer, l'espace administratif global est fragmenté, au sens où il est constitué d'opérateurs, de régimes ou encore de réseaux séparés qui s'associent morceau par morceau[1156]. En l'absence d'un *corpus* général de règles s'imposant à tous les acteurs dans tous les secteurs d'activités, les opérateurs globaux se développent par connexions réciproques, de manière pragmatique et fonctionnelle.

Cette « *dynamique bricolée* »[1157] peut être illustrée par la création et les activités de l'Agence mondiale anti-dopage. Cette institution est née suite à une conférence internationale organisée par le Comité international olympique en 1999. Enregistrée sous le droit suisse, l'Agence mondiale anti-dopage est une fondation privée de composition hybride[1158]. Elle s'est néanmoins vu confier une mission relevant du domaine public : la lutte contre le dopage dans les sports[1159]. Pour cela, elle a été dotée d'un pouvoir normatif ; en effet, il lui appartient d'établir la liste des substances et des méthodes interdites, et d'harmoniser aussi bien les procédures de contrôle, les procédures disciplinaires que les sanctions applicables. Ces compétences ont conduit l'Agence mondiale anti-dopage à adopter un Code qui n'est pas formellement contraignant. Nonobstant, ce Code a été largement repris par d'autres opérateurs globaux, dont l'UNESCO qui le cite comme une référence incontournable dans sa Convention contre le dopage dans le sport, en encourageant les États à aligner leur législation sur les standards du Code. Dans la même logique, le Tribunal Arbitral du Sport s'y réfère désormais comme à une norme obligatoire[1160].

[1155] « *We argue that enough global or transnational administration exists that it is now possible to identify a multifaceted "global administrative space"* […], *populated by several distinct types of regulatory administrative institutions and various types of entities that are the subjects of regulation, including not only states but also individuals, firms, and NGOs* ». Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 18.

[1156] Les partisans du GAL prennent soin de montrer que des connexions horizontales s'établissent entre les opérateurs globaux, de telle sorte qu'ils se superposent partiellement sans toutefois s'organiser de manière hiérarchique. Partant, l'espace administratif global se développe sous une forme non pas planifiée mais bien spontanée. Il n'est pas le fruit d'un projet unitaire et ne se présente pas comme un ensemble unitaire. L'espace administratif global « *est un exemple d'ad hoc-cratie, en ce sens qu'il s'adapte aux fonctions à développer, secteur par secteur. Les fonctions, l'organisation, l'équilibre interne des pouvoirs, les rapports public-privé varient selon les besoins* ». Cassese (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *supra* note 753. Dans le même sens, voir Cossalter (P.), « Préface », *supra* note 1138, p. 20 : « *C'est* […] *autour de fragments encore épars que se structure l'étude du droit administratif global* ». Somek (A.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20, n° 4, 2009, p. 986 : « *There is neither a system nor centre, but merely a number of family resemblances among different processes* ».

[1157] Hennebel (L.), « Le droit administratif global », *supra* note 1113.

[1158] Elle est en effet composée de représentants du Mouvement Olympique ainsi que de représentants d'États.

[1159] Elle exerce des fonctions variées allant de la coordination de la lutte contre le dopage au niveau international, à l'adoption de principes éthiques et la production de normes, en passant par des tâches de contrôle ou de promotion.

[1160] Hennebel (L.), « Le droit administratif global », *supra* note 1113. Voir aussi Casini (L.), « Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA) », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 6, n° 2, 2009, pp. 421-446.

En plus d'être fragmenté, l'espace administratif global est déformalisé. Les acteurs globaux ou transnationaux agissent sans structure centralisée, avec la souplesse que requiert l'ère globale, et sans formalisme excessif. Comme l'explique Sabino Cassese, « *l'absence de rôles fixes incite les acteurs à maximiser leur rôle et leurs fonctions. Cette « mise en concurrence » de l'espace administratif génère, à son tour, des processus de changement rapides* »[1161]. C'est pourquoi les opérateurs globaux opèrent souvent par le biais du droit mou (« *soft law* ») et de formes souples de normativité. Ainsi en est-il des normes techniques mises en place par l'ISO pour répondre aux besoins du secteur industriel, qui les considère ensuite comme contraignantes. Il en va de même pour le système (non-contraignant) de certification développé par le processus de Kimberley définissant les conditions de production et de commerce des diamants bruts, et pour le système de validation (dépourvu de sanctions) mis en place par l'Initiative pour la transparence des industries extractives[1162]. Puisque ces normes « molles » font partie du droit administratif global, à côté des normes conventionnelles et coutumières, l'espace administratif global n'est pas pourvu d'une structure (et encore moins d'une hiérarchie) normative clairement définie. Au contraire, il se caractérise par l'existence de relations diffuses et horizontales entre les normes, certaines étant dépourvues de toute force obligatoire.

L'existence d'un espace administratif global est essentielle. « *C'est justement l'existence d'un « espace administratif global » propre qui permet de mieux comprendre que l'on y constate un déficit de légitimité et de responsabilité des opérateurs. Cet espace doit encore être régulé par des principes et des mécanismes de responsabilité. Tel est précisément l'objet du GAL* »[1163]. Autrement dit : si un espace administratif global existe, il faut le réguler. D'où l'intérêt du GAL en tant que projet de gouvernance (devant être repris par les internationalistes) et la mise en place d'une formation en la matière dans les Écoles de droit (remplaçant les cours traditionnels de droit international public).

2) UNE EXIGENCE NORMATIVE RAISONNABLE : LA REDEVABILITÉ

Le premier temps de la démarche du GAL, on vient de le voir, est celui de constater que

[1161] Cassese (S.), *Au-delà de l'Etat*, *supra* note 767, p. 56. Une idée semblable est défendue par Nico Krisch : « [*The*] *pluralist structure* [*of global governance*], *based on pragmatic accommodation rather than clear decisions, strongly contrasts with the ideals of coherence and unity in modern constitutionalism* […][*This*] *is likely to endure and* [*it*] *is normatively preferable* ». Krisch (N.), « The Pluralism of Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 17, 2006, p. 247.
[1162] Ces exemples sont présentés et discutés par Sandrine Barbier, « La mise en œuvre des règles internationales grâce au droit administratif global », pp. 190-192, *in Un droit administratif global ?*, *supra* note 761.
[1163] Hennebel (L.), « Le droit administratif global », *supra* note 1113.

des entités transnationales exercent des fonctions administratives qui relevaient autrefois de la compétence exclusive des États. Évoluant dans un espace qui leur est propre, ces entités adoptent des décisions et émettent des normes qui régulent presque toutes les activités humaines et qui produisent donc des effets sur les individus[1164], sur les sociétés[1165], etc. Dans un deuxième temps, les promoteurs du GAL s'interrogent sur le déficit de redevabilité que cela engendre. En effet, les opérateurs globaux échappent –ou sont susceptibles d'échapper– aux mécanismes classiques de mise en œuvre de la responsabilité[1166]. C'est avec ce « déficit de redevabilité » en tête que les promoteurs du GAL inventorient et développent des principes inspirés du droit administratif, de manière à ce qu'ils soient applicables aux processus de décision et aux normes émises par les opérateurs globaux.

Il va sans dire que le GAL ne reprend pas tous les principes de droit administratif en vue de les transplanter *ipso facto* au niveau global. L'analogie est moins directe et plus suggestive[1167]. En convoquant le vocabulaire administratif, « *le GAL fait naître l'idée que des entités globales, parce qu'elles exercent une fonction administrative, doivent avoir à* rendre des comptes *au public que l'exercice de leur fonction affecte* »[1168]. Cette obligation de rendre des comptes est au cœur du projet du GAL. Son objectif est en effet d'articuler le pouvoir des opérateurs globaux avec l'exigence de redevabilité (« *accountability* »), notion maîtresse du droit administratif américain[1169]. Les partisans du GAL jurent que la redevabilité est un concept plus circonscrit (normativement) et une réalité plus facilement observable (sociologiquement) que la légitimité[1170].

Les principes administratifs pertinents sont donc ceux qui viennent renforcer la redevabilité

1164 À l'instar du régime de sanctions adopté par le Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme.

1165 À l'instar du mécanisme de développement propre du protocole de Kyoto.

1166 En effet, les opérateurs globaux qui évoluent dans l'espace administratif global sont souvent de nature privée ou hybride (public/privé), de sorte que les règles internationales relatives à la responsabilité de l'État ne s'appliquent pas. Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.), « Values in Global Administrative Law: Introduction to the Collection », *supra* note 1108, p. 4.

1167 « *Only limited direct analogies may be drawn in the global administrative space from concepts of administrative law that apply within the state Global administrative law cannot be understood as a simple transposition to the global administrative space of the functions performed, let alone of the specific rules and institutional interactions, that have been painstakingly made and remade in the crucibles where national administrative law is produced and refined* ». Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 27. Comme le suggère Krisch, « *administrative law* [*serves mainly*] *as an background rather than as the basis for prescription* ». Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* 1022, p. 12.

1168 Dubin (L.), « Le droit administratif global, analyse critique… », *supra* note 1150, p. 96.

1169 Voir Zoller (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *Revue française de droit administratif*, n° 4, 2004, pp. 757-771.

1170 « *Accountability is a broad concept* […]. *Yet because it denotes a particular relationship between actors, and a particular response to legitimacy claims of particular actors, the concept lends itself to a relatively specific use in the observation and analysis of institutional practices and can therefore to some extent avoid the all-encompassing normative connotations of notions such as 'legitimacy'* ». Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 12.

des opérateurs globaux : « *global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration* »[1171]. Pour identifier ces principes, les promoteurs du GAL prennent appui sur l'étude de cas (« *case law* »[1172]). De la pratique, ils dégagent les règles, les principes et les pratiques (souvent appelés « standards ») qui ont été adoptés par les opérateurs globaux. L'étape suivante consiste à évaluer dans quelle mesure ces standards sont respectés par leurs instigateurs et dans quelle mesure ils sont repris par d'autres opérateurs globaux[1173]. C'est au travers de cette taxonomie (« *mapping* ») qu'apparaît le GAL, celui-ci étant composé des règles, des principes et des pratiques que les opérateurs globaux tendent à respecter et dont ils demandent eux-mêmes le respect par leurs homologues[1174].

Sans prétendre dresser une liste exhaustive (ce qui s'accommoderait mal avec le caractère dynamique et mouvant du GAL), il est possible d'identifier quelques-uns des standards qui s'imposent, par la pratique, aux opérateurs globaux. Trois exigences doivent désormais être satisfaites : les procédures doivent être participatives, publiques et transparentes[1175] (a) ; les décisions doivent être raisonnées et motivées (b) ; et la possibilité d'une révision ou d'un recours doit exister (c). Ces exigences sont, d'après Sabino Cassese, les composantes procédurales essentielles de la « *Rule of Law* » ; elles peuvent être considérées comme des obligations de bonne gouvernance pesant aujourd'hui sur tous les administrateurs globaux[1176].

a) Des procédures de participation publique

La pratique montre que les administrateurs globaux ouvrent leurs procédures

---

[1171] La définition suivante du droit administratif global ne saurait être plus claire : « *global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration, and it focuses in particular on administrative structures, on transparency, on participatory elements in the administrative procedure, on principles of reasoned decision-making, and on mechanisms of review* ». Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 28.

[1172] D'où la publication de recueils d'exemples et de manifestations du droit administratif global, régulièrement mise à jour. Voir par exemple la troisième édition du « Global Administrative Law : the Casebook » publié en 2012.

[1173] Bories (C.), « Views on the Development of a Global Administrative Law. Benedict Kingsbury and Alain Pellet Interviewed by Clementine Bories », p. 19, *in Un droit administratif global ?*, *supra* note 761.

[1174] Les auteurs estiment que leur méthode empirique est la plus réaliste possible, car elle « *develops a view of the role of international law "from the bottom" rather than starting at the "constitutional" level of the ordering of the global international society* ». Paulus (A.), « International Law and International Community », p. 53, *in* Amstrong (D.), *Routledge Handbook of International Law*, London and New York, Routledge, 2009, xxxiv-468 p.

[1175] Le Code de l'Agence mondiale anti-dopage, par exemple, est mis à jour selon une procédure qui repose sur la participation des parties prenantes. Il prévoit aussi de garantir un ensemble de droits au profit des sportifs entendus dans le cadre d'une enquête.

[1176] Cassese (S.), *Au-delà de l'Etat*, *supra* note 767, p. 153. Selon Benedict Kingsbury, ces trois exigences forment « *the core of global administrative law* ». Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 41.

décisionnelles à la participation de tiers et qu'ils tendent à garantir plus de transparence. Sabino Cassese recense avec soin toute la gamme des droits de participation qui existent au niveau global et qui se sont multipliés depuis le début des années 1990[1177].

L'attitude d'ouverture du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire est donc un exemple parmi d'autres des initiatives prises par les opérateurs globaux afin d'assurer la transparence de leurs activités[1178]. Au moment des négociations sur l'accord de Bâle II, le Comité de Bâle a publié en 1999 un document consultatif ouvrant une période de près de dix mois pour recevoir des commentaires. Le Comité y souligne qu'il « *explorera* […] *de nouvelles voies pour permettre au dispositif de mieux refléter les risques et sollicite des commentaires sur la meilleure façon de procéder* [*et*] *invite toutes les parties intéressées à faire part de leurs observations* »[1179]. Suite à cette invitation, le Comité a reçu plus de 200 commentaires, notamment d'institutions bancaires et d'associations professionnelles. Deux autres documents consultatifs ont été publiés par la suite en 2001 et 2003, lesquels ont suscité près de 400 commentaires provenant d'un public plus varié (des gouvernements, des organisations internationales et des universitaires ayant pris part à ce processus)[1180]. Le Comité a rendu public l'ensemble des commentaires reçus en les publiant sur son site internet. Qui plus est, le Comité a été réceptif aux préoccupations qui ont été soulevées lors de ces consultations, le texte ayant été de nombreuses fois « *profondément remanié pour tenir compte des principales observations* »[1181]. Le produit final de la négociation précise en effet que le Comité a « *bénéficié grandement des contacts fréquents qu'il a eus avec la profession et espère un approfondissement du dialogue* », et qu'il compte, à l'avenir, « *tenir la profession informée de son programme de travail futur* »[1182]. Le Comité s'est tenu à cet engagement en sollicitant systématiquement des commentaires du public pour chacun de ses travaux.

b) La motivation des décisions

À cette obligation de participation et de transparence s'ajoute celle de motiver les décisions

[1177] Cassese (S.), *Au-delà de l'Etat*, *supra* note 767, pp. 166-211.
[1178] Bismuth (R.), « Les procédures internationales, produit des contraintes administratives nationales. Quelques réflexions sur le *Global Administrative Law* à partir de l'élaboration des standards financiers procéduraux », pp. 206-207, *in Un droit administratif global ?*, *supra* note 761.
[1179] CBCB, « Un nouveau disposition d'adéquation des fonds propres. Document soumis à consultation publié par le Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire », juin 1999, p. 3-4, n° 12-13.
[1180] Barr (M.) et Miller (G.), « Global Administrative Law: The View from Basel », *supra* note 1148, p. 25.
[1181] Duchâteau (A.), « Construction internationale des normes comptables et prudentielles », p. 299, *in* Frison-Roche (M.-A.) (*dir.*), *Les banques entre droit et économie*, Paris, LGDJ, 2006, 344 p.
[1182] CBCB, « Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres. Dispositif révisé », juin 2004, p. 3, n° 15.

prises par les opérateurs globaux. De nombreux organes tels que le Comité de Bâle, la Banque Mondiale ou encore l'OMC tendent à motiver leurs décisions et les règles qu'ils adoptent.

Cette obligation de motivation doit beaucoup à la décision de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire Tortues-Crevettes : « *the Shrimp/Turtle decision and subsequent WTO case law are of central importance in establishing principles of reasoned decision-making for global administrative regulation* »[1183]. Les faits relatifs à cette affaire sont bien connus : en 1989, les États-Unis ont imposé un embargo sur les importations de crevettes provenant de pays tolérant des méthodes de pêche préjudiciables aux tortues marines, espèce en voie d'extinction. La décision américaine a été contestée devant l'OMC par quatre États (l'Inde, le Pakistan, la Malaisie et la Thaïlande), ces derniers soutenant qu'il s'agissait là d'une restriction quantitative au commerce, en violation de l'article XI du GATT. L'Organe d'appel a conclu que la décision américaine était bel et bien arbitraire et qu'elle générait une discrimination entre les membres de l'Organisation. Ce qu'il faut retenir, du point de vue du constitutionnalisme processuel, c'est que l'Organe d'appel a reproché aux États-Unis le fait que leur procédure était opaque, incertaine, sans possibilité de recours ni de droit de réponse pour les parties intéressées, de même que sans décision motivée et écrite. Les autorités américaines auraient dû mettre en place une procédure de certification transparente et prévisible[1184].

c) La possibilité d'une révision ou d'un recours juridictionnel

Le dernier standard procédural renvoie à l'exigence d'une révision ou d'un recours juridictionnel[1185]. À partir du moment où les opérateurs globaux adoptent des décisions qui affectent des tiers, la possibilité d'intenter un recours contre ces décisions ou d'en demander la révision est souvent offerte aux parties concernées. Sabino Cassese distingue trois types de « *justice administrative globale* »[1186]. Selon le premier type, les opérateurs globaux exercent eux-mêmes des fonctions contentieuses. C'est le cas du Panel d'inspection de la Banque Mondiale, dont la procédure ne débouche que sur un rapport soumis aux administrateurs des institutions financières concernées, auxquels il revient d'en tirer les conséquences éventuelles. Le

[1183] Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 29.
[1184] Organe d'appel de l'OMC, *Etats-Unis - Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes*, affaire DS58, raport du 12 octobre 1998.
[1185] Gordillon (A.), « Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality », pp. 363-372, *in Values in Global Administrative Law*, *supra* note 1108.
[1186] Cassese (S.), *Au-delà de l'Etat*, *supra* note 767.

deuxième type de justice globale vise les organes non permanents qui sont instaurés pour régler les différends, à l'instar des tribunaux d'arbitrage *ad hoc* en matière de propriété intellectuelle et d'investissements. Les deux parties doivent être d'accord sur le recours à l'arbitrage, mais la décision finale est contraignante. Le troisième type de justice administrative globale est le plus abouti : il s'agit des organes contentieux permanents et obligatoires qui sont instaurés dans certains domaines, tels que le Tribunal international du droit de la mer et l'Organe d'appel de l'OMC.

En guise de conclusion, on peut dire que le GAL illustre bien le constitutionnalisme processuel en se présentant comme un projet humble, destiné à rendre les opérateurs globaux plus responsables, grâce à des garanties processuelles qui sont issues de la pratique : « *Global administrative law aims to make decisions on global regulatory issues more rational, acceptable, and thus legitimate, by making global administration more transparent, more participatory, and more accountable* »[1187].

§2. … REVU À LA HAUSSE

Ainsi conçu, le constitutionnalisme processuel fait l'objet de plusieurs critiques qui tendent à dénoncer son caractère apologétique. Le premier groupe de critiques s'attaque à sa conception très large du phénomène normatif et à l'absence corrélative de critères formels d'identification du droit[1188]. Il est vrai que, outre les sources conventionnelles mentionnées à l'article 38 du Statut de la CIJ, les sources du GAL « *also include practices in many different fora that exert a normative pull in the operation of intergovernmental and transnational governance* »[1189]. Cette affirmation soulève un problème de taille : quel est le critère permettant d'identifier les « pratiques » pertinentes qui exercent une « charge normative » sur les acteurs globaux, et qui peuvent donc être une source de droit ? Sans un critère clairement défini, il devient impossible de distinguer entre, par exemple, la pratique du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et celle des réseaux transnationaux du crime organisé : aussi bien l'une que l'autre exercent une charge normative considérable sur les autorités nationales et les individus. Faut-il en déduire que la pratique des réseaux criminels constitue une source de droit administratif global ? La réponse est unanime : non. Loin de vouloir verser dans l'apologie, les partisans du GAL

[1187] Kuo (M.-S.), « Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law As Small-c Global Constitutionalism », *NYU JILP*, vol. 44, 2011, p. 81.
[1188] Voir par exemple Somek (A.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law… », *supra* note 1156, pp. 987-988.
[1189] Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities… », *supra* note 1128, p. 108.

avancent des critères permettant de distinguer le droit du non-droit. Ils demandent à ce que la pratique des opérateurs globaux respecte la nature publique du droit, ce qui s'apparente à la « moralité interne » conceptualisée par Lon Fuller (A).

Le deuxième groupe de critiques s'attaque au caractère essentiellement procédural du projet, en indiquant que le respect des principes de légalité ne suffit pas en soi pour garantir la justesse des décisions. Telle était pourtant l'ambition de Fuller : si la moralité interne du droit n'est pas suffisamment respectée, le « pacte implicite de réciprocité » entre le gouvernant et les gouvernés sera violé. On n'aura alors pas de droit du tout, puisque l'ersatz de système juridique ainsi obtenu ne sera d'aucune efficacité[1190]. Dans un échange bien connu, H.L.A Hart répond à Fuller que sa « moralité interne » n'est pas une moralité mais plutôt une garantie de l'efficacité du système juridique[1191]. La moralité interne serait au droit ce que l'aiguisage est au couteau : plus un couteau est aiguisé, plus il est efficace comme instrument. Cependant, on reste libre de l'utiliser à des fins bonnes ou mauvaises… Appliqué au droit, cet argument signifie que la valeur d'un système juridique dépend en grande partie des buts matériels qu'il poursuit[1192]. Pour répondre à cette critique, les constitutionnalistes renforcent leur projet en y intégrant des principes substantiels et des mécanismes de mise en œuvre (B).

A) LA « FORCE CACHÉE »[1193] DU DROIT

Voici comment Nico Krisch critique la conclusion de Jutta Brunnée et de Stephen Toope concernant la légalité de l'interdiction d'utiliser la torture (celle-ci ne serait pas une règle de droit étant donné l'absence d'une pratique forte en ce sens) : « *While rules can indeed be "destroyed through the continuing practice of states and other international actors" (p. 270), this fact need not entail an abolition of the distinction between normative-legal aspiration and actual behavior. Otherwise, international law would be all "apology" –its rules would merely mirror state action and lose all critical distance* […] »[1194]. Le

---

[1190] « *A total failure in any one of these eight directions does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all, except perhaps in the Pickwickian sense in which a void contract can still be said to be one kind of contract* ». Fuller (L.), *The Morality of Law*, *supra* note 1121, p. 39.

[1191] Hart (H.L.A.), « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1956, pp. 593-629. Fuller (L.), « Positivism and the Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », *Harvard L. Rev.*, vol. 71, n° 4, pp. 630-672.

[1192] C'est pour répondre à ce genre de critiques que l'école du *Transnational Legal Process* intègre les droits de l'homme, la paix et la protection de l'environnement dans les buts poursuivis par le droit international. O'Connell (M.E.), « New International Legal Process », *AJIL*, vol. 93, 1999, p. 338.

[1193] En anglais : « *law's hidden power* ». Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 88.

[1194] Krisch (N.), « Legitimacy and Legality in International Law… », *supra* note 1120, p. 203. Voir aussi Koskenniemi (M.), « The Mystery of Legal Obligation », *Int'l Theory*, vol. 2, n° 2, 2011, p. 322.

potentiel du droit, ajoute-t-il, ne se limite pas à la régularité du comportement des individus[1195]. Les deux canadiens seraient d'accord avec lui. L'idée que le droit n'est pas seulement un fait social mais qu'il est aussi un ordre normatif et un système de légitimation du pouvoir est admise par les constitutionnalistes. C'est précisément pour éviter de verser dans l'apologie du pouvoir, diraient-ils, que seules les pratiques respectant certaines qualités juridiques immanentes peuvent être sources de droit (2). Le respect de ces qualités génère une légitimité intrinsèque au droit, et c'est elle qui lui donne sa force normative. Autrement dit, c'est parce que le droit possède une légitimité interne que les acteurs le respectent, et non pas parce que ceux-ci font un calcul rationnel d'utilité. La légitimité interne du droit renforce le sentiment obligatoire des acteurs (vis-à-vis du droit) et vice-versa : « *the power of international law rests in a felt sense of obligation, rooted in a specific form of legal legitimacy* »[1196] (1).

1) LES PRINCIPES DE LÉGALITÉ, GARANTS DE LA FIDÉLITÉ AU DROIT

Nier la normativité du droit international en raison de l'absence de mécanismes de sanction est une critique réaliste maintes fois formulée au sein de la discipline. Ces dernières années, cette critique a pris une forme particulière avec la transposition (parfois caricaturale) de l'analyse économique du droit. Jack Goldsmith et Eric Posner ont ainsi expliqué l'ensemble du droit international à l'aune de la théorie du choix rationnel : parce que les États respectent les règles uniquement quand cela sert leurs intérêts, le droit international n'est pas véritablement du droit[1197]. Le chapitre sur le pluralisme managérial a montré que cette analyse pseudo-économique participe d'une approche de gouvernementalité dans laquelle le droit n'est qu'instrumentalisé[1198]. Les constitutionnalistes refusent d'être associés à une telle démarche. C'est pourquoi ils prennent soin de montrer que le droit international, même confronté à la réalité sociale, possède une « force cachée » qui fait de lui bien plus qu'un instrument aux mains des plus puissants : « *law has internal value aside from its instrumentality: that was one of Fuller's central insights* »[1199].

L'une des critiques adressées à Jack Goldsmith et Eric Posner est le fait qu'ils ignorent les fonctions « constitutives » (plutôt que simplement « régulatrices ») des règles, ces fonctions

---

[1195] « [*T*]*he potential of law is not limited to what is already widely practice* ». *Ibid.*, p. 203. Voir aussi Klabbers (J.), « Constitutionalism and the Making of International Law », *supra* note 1134, p. 91.
[1196] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105 p. 124.
[1197] Goldsmith (J.) et Posner (E.), *The Limits of International Law*, New York, OUP, 2005, 226 p.
[1198] Voir le chapitre 3 (« Le pluralisme managérial »), *supra*.
[1199] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 29.

ayant été mises en lumière par la théorie constructiviste en relations internationales[1200]. Si les partisans du constitutionnalisme processuel s'approprient ainsi un jargon issu d'une discipline étrangère, ce n'est pas pour procéder à une évaluation externe de l'impact des règles juridiques comme le font les managérialistes. Bien au contraire, les constitutionnalistes cherchent à prendre au sérieux le point de vue interne des participants au système[1201]. Un examen minutieux de la pratique montre que les acteurs tendent à respecter le droit international, même si cela ne va pas toujours dans le sens de leurs intérêts égoïstes. Les arrangements intersubjectifs « constituent » (et non pas simplement « contraignent ») les intérêts et l'identité des acteurs, de telle sorte que ceux-ci se sentent peu à peu « obligés » de respecter le droit. C'est donc l'obligation qui différencie le droit des autres pratiques sociales (« *law's distinctiveness rests in the concept and operation in practice of legal obligation* »[1202]).

La question est alors de savoir comment les acteurs arrivent à se sentir obligés juridiquement. Le sentiment d'obligation (« *a sense of obligation* »[1203]) naît quand le droit, en plus de correspondre aux arrangements intersubjectifs, respecte les critères qui forment la « moralité interne » du droit. On a vu que Fuller, dans son ouvrage « *The Morality of Law* », distingue la moralité interne de la moralité externe du droit. La moralité interne est telle qu'un système de droit peut être défectueux en raison d'un manque de généralité, d'un manque de publicité, de l'exercice d'un effet rétroactif, de son inintelligibilité, de son caractère contradictoire, de son impraticabilité, de son instabilité ou encore du fossé séparant sa formulation et sa mise en œuvre. Selon Fuller, tout manquement à l'une de ces exigences retire à un système normatif sa qualité de droit, parce que les citoyens ne peuvent plus se fier au droit pour agir de manière raisonnée en société. C'est donc la moralité interne qui rend le droit possible (« *the morality that makes law possible* »[1204]).

De la même façon, c'est le respect des critères de légalité qui génère la fidélité au droit international : « *When the eight criteria of legality are met, actors will be able to reason with rules because they will share meaningful standards. When rules guide decision making in this fashion, law will tend to attract*

[1200] *Ibid.*, p. 92. Voir aussi Klabbers (J.), « Constitutionalism and the Making of International Law », *supra* note 1195, p. 91. Pour un aperçu du constructivisme en langue française, voir Klotz (A.) et Lynch (C.), « Le constructivisme dans la théorie des relations internationales », *Critique internationale*, n° 2, 1999, pp. 51-62.
[1201] Telle serait précisément la démarche de Lon Fuller selon Frederick Schauer. Schauer (F.), « Fuller's Internal Point of View », *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, 1994, pp. 285-312.
[1202] Brunnée (J.) et Toope (S.), « Interactional International Law: An Introduction », *Int'l Theory*, vol. 3, n° 2, 2011, p. 307.
[1203] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 96.
[1204] Fuller (L.), *The Morality of Law*, *supra* note 1121, p. 33.

its own adherence –'fidelity' »[1205]. Prenons par exemple la responsabilité de protéger. Certains éléments de cette norme émergente, telle que définie dans le Document final du Sommet mondial de 2005, répondent aux critères de légalité. Le fait de circonscrire son champ d'application à la violation de crimes internationaux fournit une plus grande clarté, minimise la possibilité de contradictions et favorise une application uniforme de la norme. Aussi, le fait d'octroyer un pouvoir de décision au Conseil de sécurité est cohérent avec les règles existantes relatives à l'utilisation de la force armée. En revanche, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII, sa composition restreinte ainsi que l'existence d'un droit de véto pour les membres permanents sont autant d'éléments qui contreviennent aux critères de clarté, de stabilité et de généralité. Parce que ces éléments favorisent une application arbitraire par le Conseil de sécurité, Jutta Toope et Stephen Brunnée concluent qu'il n'y a ni correspondance entre la norme et la pratique, ni pratique de légalité[1206]. La responsabilité de protéger n'est donc pas (encore) une règle de droit.

Pour résumer, les partisans du constitutionnalisme processuel sont convaincus que même s'il est indésirable d'imposer des valeurs par le haut, et que même s'il est préférable de fonder le droit international sur les arrangements intersubjectifs des participants, encore faut-il que ceux-ci satisfassent certains principes de légalité pour être inscrites en droit positif : « *for law to guide human interaction it must be broadly congruent with the practices and patterns in society. Law must rest on a foundation of shared understandings. At the same time, law is also more than simply those understandings; not because it takes a particular form or can be enforced in particular ways, but because it arises only when shared understandings come to be intertwined with distinctive internal qualities of law and practices of legality* »[1207]. Les principes de légalité ne sont pas des principes abstraits de philosophie politique mais bien des principes structurels assurant l'intégrité de l'ordre juridique[1208].

2) Le respect des qualités immanentes du droit public

Dans un article publié en 2009, Benedict Kingsbury a cherché à définir la teneur du « droit » (dans l'expression « droit administratif global »)[1209]. Il reconnaît l'importance de définir le critère par lequel une pratique menée par un opérateur global devient un matériau pertinent pour le GAL. Revendiquant un positivisme juridique inclusif, il fonde son projet sur

[1205] Brunnée (J.) et Toope (S.), « Interactional International Law: An Introduction », *supra* note 1202, p. 312.
[1206] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 341-342.
[1207] *Ibid.*, p. 46.
[1208] Dyzenhaus (D.), *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, CUP, 2006, spé. pp. 60-65.
[1209] Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135.

la théorie hartienne, en y adjoignant un critère proche de la « moralité interne » de Fuller.

Dans un premier temps, Benedict Kingsbury prend appui sur la théorie de Hart. Ce dernier, on le sait, rejette la thèse d'Austin selon laquelle une règle est une espèce de commandement, et lui substitue une conception sociale du droit. Refusant de faire dépendre la validité des règles de la puissance physique de leurs auteurs, Hart établit la source de leur validité dans les attitudes des participants au système juridique. Une règle devient obligatoire pour un groupe d'individus parce que ce groupe, à travers ses pratiques, accepte la règle comme standard de conduite. Voilà ce que Benedict Kingsbury retient de la théorie hartienne[1210]. Pour savoir si une règle est obligatoire, il faut observer comment les individus se comportent et comment les organes officiels (tels que les tribunaux, les assemblées législatives, les établissements publics, etc.) justifient leurs décisions.

Dans un deuxième temps, Benedict Kingsbury s'attache à élargir ou à compléter la théorie de Hart. Car si les éléments constitutifs du droit chez Hart sont nécessaires, il ne sont pas suffisants pour rendre compte de la place du droit dans nos sociétés démocratiques modernes : « *more is now required for law that frames and regulates public authority, as GAL does* »[1211]. Il faut un élément de plus : une norme produite par un opérateur global ne sera considérée comme relevant du droit administratif global que si elle respecte les qualités inhérentes à la nature publique du droit. Cette « nature publique » (« *publicness* ») renvoie à la raison d'être, aux vertus du droit public ou encore (ce qui revient au même) à l'aspiration fondatrice du constitutionnalisme : « *by publicness is meant the claim made for law that it has been wrought by the whole society, by the public, and the connected claim that law addresses matters of concern to the society as such* »[1212]. En d'autres termes, une pratique sera une source de droit si et seulement si elle respecte les qualités immanentes du droit public (« *only rules and institutions meeting* [*the*] *publicness requirements immanent in public law* […] *can be regarded as law* »[1213]).

Pour savoir quelles sont ces qualités immanentes, Benedict Kingsbury se tourne vers les principes généraux de droit public. Il justifie ainsi sa démarche : « *General principles of public law*

[1210] « *Hart* […] *provides a methodology for empirical identification of law* ». Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 29.
[1211] *Ibid.*, p. 30.
[1212] *Ibid.*, p. 31. Dans un autre article, il définit la nature publique comme ceci : « *Publicness is a way of describing that quality of law which entails law caliming both to stand in the name of the whole society, and to speak to that whole society* ». Kingsbury (B.), « International Law as Inter-Public Law », p. 180, *in* Richardson (H.) et Williams (M.) (*eds*), *Moral Universalism and Pluralism: NOMOS XLIX*, New York, NYU Press, 2008, 288 p.
[1213] *Ibid.*, p. 30.

combine formal qualities with normative commitments in the enterprise of channelling, managing, shaping and constraining political power. These principles provide some content and specificity to asbtract requirements of publicness in law »[1214]. Benedict Kingsbury identifie cinq principes particulièrement importants : le principe de légalité (selon lequel les acteurs doivent agir conformément au droit) ; le principe de rationalité (selon lequel les décisions doivent être motivées et raisonnées) ; le principe de proportionnalité ; la prééminence du droit (« *Rule of Law* »), surtout dans sa dimension procédurale ; enfin, les droits de l'homme.

On pourrait penser que le critère de *publicness* fait partie de la règle de reconnaissance acceptée par les acteurs globaux, ce qui ferait du GAL un « droit » en bonne et due forme, en accord avec la théorie hartienne. Il est bien connu que, selon Hart, les communautés primitives n'ont que des règles primaires et que celles-ci ne sont obligatoires qu'en raison de l'acceptation reçue par la pratique. Pour que ces règles forment un ensemble distinct de règles juridiques, il faut une règle secondaire spécifique, à savoir une règle de reconnaissance. Or le critère de *publicness* ne constitue pas (encore) la règle de reconnaissance du GAL. En effet, Benedict Kingsbury estime que le droit administratif global, parce qu'il en est encore à ses balbutiements, n'est pas pourvu d'une telle règle : « *there is no single legal system of GAL or global governance law with a common rule of recognition* »[1215]. On comprend pourquoi : pour que le critère de *publicness* forme la règle de reconnaissance du GAL, il faudrait montrer que les opérateurs l'ont accepté comme telle ; or Benedict Kingsbury ne veut pas faire dépendre le critère de *publicness* de son acceptation par les administrateurs globaux[1216].

C'est grâce à la « moralité interne » que Benedict Kingsbury sort de cette impasse : « *a claim that the exercise of public authority in the global administrative space brings with it requirements to adhere to public law norms seems much more consistent with Lon Fuller's view than Hart's* »[1217]. Il existerait quelque chose comme des principes constitutifs du droit public en tant qu'ordre normatif, c'est-à-dire des principes immanents et implicites en faveur du règne impersonnel de la loi[1218].

[1214] *Ibid.*, p. 32.
[1215] *Ibid.*, p. 29.
[1216] Pour que les principes de *publicness* forment une règle de reconnaissance, il faudrait montrer que « *at all the various sites at which administrative authority is exercised the one convention is adhered to according to which the principles of publicness at part of GAL* ». Somek (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law… », *supra* note 1156, p. 991.
[1217] Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 30.
[1218] Dyzenhaus (D.), *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, *supra* note 1208, p. 7. Benedict Kingsbury justifie le critère de *publicness* au nom de la légitimité démocratique : « *'Publicness' is a necessary element in the concept of law under modern democratic conditions. The claim is that the quality of publicness* [*is*] *necessary to the concept of law in an era of democratic jurisprudence* ». Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *ibid.*,

Ce sont ces principes qui, en étant respectés, permettraient de distinguer une pratique juridique d'une simple pratique sociale. Ils permettraient de déterminer le « poids » relatif que les opérateurs globaux attribuent à leurs règles, principes et pratiques réciproques[1219].

B) UN CONSTITUTIONNALISME RENFORCÉ

On a vu que l'intérêt des partisans du GAL pour la procédure tient à l'idée que, dans un monde pluriel, « *the form of law may temper its substance* »[1220]. S'il est impossible de se mettre d'accord sur la solution à apporter à des problèmes de fond en raison de la pluralité du monde social, on peut à tout le moins établir des procédures communes par lesquelles on arrivera à une solution acceptable pour tous. L'objectif consiste à repousser le moment critique (« politique ») en mettant en place les procédures les plus transparentes et participatives possibles, de manière à arriver à la meilleure solution possible. Cette foi dans les vertus de la procédure fait l'objet de deux critiques auxquelles les partisans du GAL entendent répondre. La première pointe les limites de la légitimité procédurale (1), la seconde insiste sur les dangers de cooptation (2).

1) DE LA PROCÉDURE À LA SUBSTANCE : L'APPEL À LA PROPORTIONNALITÉ

La critique la plus courante consiste à dire que le respect des principes processuels n'est pas suffisant en soi pour garantir la légitimité des décisions prises par les acteurs globaux[1221]. Prenons par exemple le critère de transparence (*via* la participation des tiers) et l'entrée de l'*amicus curiae* dans le monde de l'arbitrage en matière d'investissement. En 2001, dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, un tribunal arbitral a admis pour la première fois une demande d'*amicus*

---

p. 31.

[1219] En effet, les partisans du GAL ne vont pas jusqu'à affirmer que les opérateurs globaux sont juridiquement liés par eux (ils s'en tiennent à des propos tels que « *il serait bon qu'ils le soient mais ne le sont pas encore* »). Les principes de *publicness* servent plutôt à déterminer le « poids » relatif que les opérateurs globaux attribuent à leurs règles, principes et pratiques réciproques. « *Typically, compliance with publicness considerations becomes more and more important in determining weight* […] *the less the established sources criteria are met, the more doubt there is about recognition, the greater the levels of resistance, and the greater the extent to which individuals or other private actors and their basic rights and welfare are affected* ». Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 31.

[1220] Rundle (K.), *Forms Liberate. Reclaming the Jurisprudence of Lon L Fuller*, Oxfrod, Hart Publishing, 2012, p. 96.

[1221] Une critique similaire avait déjà été formulée contre l'école du processus juridique, raconte Harold Koh, ajoutant que « *a group of progressive legal scholars kept the Legal Process movement alive by informing it with a rights tradition. They saw the law's legitimacy as resting not just on the process but also on its normative content. They viewed law-making as not merely the rubberstamping of a pluralistic political process, but as a process of value-creation in which courts, agencies, and the people engage in a process of democratic dialogue* ». Koh (H.), « Transnational Legal Process », *Nebraska L. Rev.*, vol. 75, 1996, p. 188.

curiae formée par des associations privées de défense de l'environnement[1222]. Le concours des *amici curiae* a été justifié dans la procédurale arbitrale par le besoin de compenser pour le déficit environnemental inhérent aux accords sur l'investissement. On notera que la Commission du libre-échange de l'ALENA a emboité le pas, en adoptant en 2003 une note interprétative relative à la participation des tiers à l'instance, selon laquelle « *aucune provision de l'Accord pour le Libre Échange Nord Américain ne limite la capacité d'un Tribunal à accepter des contributions écrites de la part d'une personne ou d'une entité qui n'est pas partie au différend* »[1223]. Le Secrétariat du CIRDI est allé dans le même sens en 2006, en amendant le Règlement d'arbitrage pour admettre les communications écrites de parties non contestantes, même en dehors du consentement des parties au différend[1224].

Plusieurs auteurs estiment que l'introduction de l'*amicus curiae*, parce qu'elle a pour objectif d'obliger les arbitres à prendre en considération des questions d'ordre public qui n'auraient pas été soulevées par les parties à la procédure, est un « *facteur de transparence* », voire un « *facteur de démocratisation* »[1225] du processus arbitral. Ceci est pourtant loin d'être automatique. Non seulement les mémoires doivent remplir des conditions de forme et de fond[1226], mais de surcroît les *amici curiae* ne sont pas encore acceptés de manière systématique par tous les arbitres en matière d'investissement, de sorte que « *la sélectivité en matière de référence jurisprudentielle laisse une grande marge d'appréciation à ces tribunaux* »[1227]. Brigitte Stern s'interroge quant à elle sur la qualité des tiers intervenant à l'instance et souligne que le risque de collusion entre l'une des parties et le tiers est réel, ce qui peut « *jeter le discrédit sur les efforts de démocratisation de la procédure arbitrale* »[1228]. Au delà de tous ces impondérables, il faut savoir que l'acceptation formelle des mémoires ne signifie pas nécessairement qu'une importance

---

[1222] Voir *Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae*, in *Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. and Government of Canada*, 17 octobre 2001.

[1223] *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation* (octobre 2003).

[1224] La participation à l'instance étant toujours conditionnée au consentement des deux parties. Article 37 § 2 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage tel qu'amendé le 10 avril 2006.

[1225] Grisel (F.) et Vinuales (J.), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review: Foreign Investment L. Rev.*, vol. 22, n° 2, 2007, p. 383.

[1226] Dans sa déclaration de 2003, la Commission du libre-échange a posé une liste de conditions visant à encadrer les demandes d'*amici curiae*. De telles demandes ne doivent pas dépasser cinq pages et doivent offrir des détails relatifs à l'*amicus curiae*, notamment sa relation avec les parties, la source de ses financements et la nature de son intérêt à l'arbitrage. Au stade de l'examen d'une telle demande, les tribunaux doivent prendre en compte le caractère substantiellement public de l'arbitrage, l'intérêt significatif de l'*amicus curiae* quant au litige en cause, et la perspective originale apportée par l'*amicus curiae*.

[1227] *Ibid.*, p. 416.

[1228] Stern (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, p. 281. Voir aussi Stern (B.), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2002, pp. 329-245. Stern (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2007, pp. 3-43.

substantielle leur sera accordée[1229]. Dans le cadre de l'OMC, par exemple, l'Organe d'appel et les groupes spéciaux, même après avoir accepté des mémoires de parties tierces, s'en tiennent souvent aux arguments avancés par les parties en présence, quand ils ne décident pas purement et simplement « *de ne pas verser* [*les mémoires*] *au dossier de l'affaire* »[1230].

Face à ces situations, qui mettent en exergue les insuffisances des garanties processuelles, les partisans du GAL font appel à une série de critères matériels. Pour obliger les opérateurs globaux à prendre en compte des considérations d'ordre public, par exemple, ils font appel à la proportionnalité. On retrouve ici l'influence de l'école américaine du *Legal Process*. S'il est vrai que les origines de la proportionnalité en tant que technique de raisonnement juridique se situent, en Europe, dans la pratique constitutionnelle et la doctrine allemandes, en revanche, aux États-Unis, c'est Lon Fuller qui a inauguré une méthode de raisonnement par balancement, « *a new way of understanding what it could mean to say, after realism, that "policies" should be at the center of legal analysis* »[1231]. En 1941, il écrit que les réalistes se sont trompés en présentant les intérêts socio-économiques comme étant externes au droit et comme étant prédéterminés[1232]. Les politiques publiques (« *policies* ») sont immanentes au droit ; elles peuvent aussi entrer en conflit les unes avec les autres, de sorte que « *policy analysis requires nuanced reasoning about the appropriate weight to be given to various policies in particular cases and when interpreting particular rules* »[1233]. Cet appel au balancement ne signifie pas qu'on abandonne la forme juridique au profit d'une analyse purement socio-économique ; le raisonnement par balancement est interne au droit, qui possède sa moralité propre.

L'application du principe de proportionnalité a été promue par les partisans du GAL en droit des investissements. Leur objectif est d'assurer que le pouvoir de réglementation des États à des fins d'intérêts publics est protégé en droit des investissements, celui-ci étant un régime juridique « *extrêmement protecteur de l'investisseur étranger* »[1234]. On rappellera que les différends en matière d'investissement ne portent plus sur l'expropriation « directe » (principalement liée aux nationalisations qui ont marqué les années 1970-80) ; ils portent

[1229] Robert (S.), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'Etat dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », présentation lors de la conférence de la SEDI à Paris en 2006. Article disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Robert.pdf

[1230] Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette, Rapport du groupe spécial 21.5 du 15 juin 2001, § 5.16.

[1231] Kennedy (D.) et Fischer (W.) (*eds.*), *The Canon of American Legal Thought*, *supra* note 1103, p. 213.

[1232] Fuller (L.), « Consideration and Form », *Columbia L. Rev.*, vol. 41, n° 5, 1941, pp. 799-824.

[1233] *Ibid.*, p. 213.

[1234] Robert (S.), « La protection du pouvoir de réglementation… », *supra* note 1229, p. 4.

désormais sur la réglementation de l'investissement étranger et sur le concept d'expropriation « indirecte ». La question qui se pose est celle de savoir si un concept comme celui-là est applicable à des mesures réglementaires visant à protéger la santé, l'environnement et d'autres aspects de l'intérêt public[1235]. Pour le dire autrement, dans quelle mesure un gouvernement peut-il affecter la valeur d'un bien par une réglementation destinée à atteindre un objectif public légitime, sans pour autant effectuer une « prise de possession » de ce bien et devoir dédommager son propriétaire pour cette action ?

Malgré une jurisprudence arbitrale abondante, la ligne de démarcation entre une mesure réglementaire constituant une expropriation indirecte et une mesure réglementaire légitime n'exigeant pas d'indemnisation n'est pas clairement établie. C'est sur ce terrain mouvant que les partisans du GAL plaident en faveur du recours au principe de proportionnalité. Kingsbury et Schill expliquent que le principe de proportionnalité est fondé rationnellement et qu'il a été repris par de multiples instances (nationales, régionales et internationales) pour résoudre des conflits opposant des intérêts privés à des intérêts publics. C'est aussi à cette fin qu'il a été repris dans certaines sentences arbitrales en matière d'investissement. Dans l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c. Mexique*, par exemple, l'investisseur a déposé une plainte auprès du CIRDI, faisant valoir qu'en ne renouvelant pas le permis d'exploitation de sa décharge de déchets dangereux, le gouvernement mexicain n'a pas respecté le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Espagne et le Mexique et qu'il s'agissait là d'un acte d'expropriation[1236]. Se référant à la jurisprudence de la CEDH en matière de droits fondamentaux, le tribunal arbitral a cherché à déterminer s'il existait une « *relation raisonnable de proportionnalité* »[1237] entre le refus de renouveler le permis d'exploitation de la décharge et le but poursuivi par l'État (les autorités mexicaines invoquant des considérations écologiques). Les partisans du GAL font l'éloge du recours à ce raisonnement ; ils soulignent que le tribunal arbitral « *engaged in a comprehensive proportionality test that weight and balanced the competing interests in*

[1235] L'étude de Benedict Kingsbury et Stephan Schill « *addresses the challenges that arise as investor-state arbitration proceedings and awards increasingly have to address, and face criticism concerning their lack of responsivness to, environmental considerations, labour and social sntadards, and governmental management of economic crises or other fundamental issues for entire populations* ». Kingsbury (B.) et Schill (S.), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights With State Regulatory Actions In The Public Interest –The Concept of Proportionality », p. 77, *in* Schill (S.) (*éd.*), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010, 920 p.

[1236] Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique,* CIRDI, Affaire n° ARB(AF)02/2, sentence du 29 mai 2003. Une autre affaire analysée en détails est l'affaire qui oppose LG & E (investisseur américain) et l'Argentine concernant les mesures d'urgence prises par le gouvernement argentin lors de la crise économique de 2001-2002. Voir Abriani (F.), « L'affaire *LG & E vs. Argentine Republic.* Quelques réflexions sur le rôle du Centre international pour le règlement de différents relatifs aux investissements », pp. 171-187, *in* Frison-Roche (M.-A.), *Droit et économie de la régulation*, Paris, Presses de Sciences Po « Hors collection », 2009 (4 volumes).

[1237] Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, *ibid.*, § 338.

order to determine when legitimate regulation flipped over into indirect expropriation »[1238].

On aura compris que ce n'est pas la solution en elle-même qui est applaudie. Après tout, le CIRDI a condamné le Mexique à verser à l'investisseur une indemnisation de 5,5 millions de dollars. Ce dont on se félicite, c'est du recours à un principe balançant les intérêts publics et privés, et permettant d'arriver à la meilleure solution au cas par cas : « [*proportionality*] *helps to define and to balance the public, represented by the interference and the underlying interest of the state or the community concerned, and the private, represented by the interests of the individuals affected* »[1239].

2) LE DROIT ADMINISTRATIF, PARTIE INTÉGRANTE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

La deuxième critique tient à la façon dont le projet du GAL écarte ou, mieux, « *suspend* »[1240] les questions trop ambitieuses. On a vu que les partisans du GAL n'ont pas pour ambition de déterminer l'ensemble des conditions dans lesquelles la gouvernance mondiale serait légitime. La portée de leur projet est plus limitée, car ils ne cherchent qu'à identifier les problèmes soulevés par des configurations institutionnelles spécifiques, et qu'à y répondre[1241]. Cette autolimitation soulève un certain nombre de problèmes qui ne sont pas uniquement d'ordre conceptuel[1242]. Des problèmes politiques se posent également. En passant sous silence l'environnement dans lequel les administrations globales évoluent, les partisans du GAL « *may remake the management of* [*specific*] *regime*[*s*], *but not the politics of the globe* »[1243]. Ils pourront améliorer de ci, de là la gestion des affaires globales, mais ils ne toucheront pas aux injustices et aux disparités profondes qui sont générées et maintenues par le système de gouvernance mondiale (a). Face à cette critique, la tentation est grande de chercher à réduire l'écart entre la procédure et la substance, en reformulant le projet du GAL en des termes constitutionnels

---

[1238] Kingsbury (B.) et Schill (S.), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights… », *supra* note 1235, p. 93.
[1239] *Ibid.*, p. 80.
[1240] En référence à la formule de Nico Krisch « *bracketing broader normative and institutional (i.e., 'constitutional') questions* ». Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* 1022, note p. 15.
[1241] « *GAL seeks to bracket some of the more intractable issues such as the question of how to ensure democracy on a global scale, and to work instead within a given institutional and social environment, accepting (for the time being) the constraints this environment imposes* ». *Ibid.*, p. 14.
[1242] Du type : « *peut-on parler d'administration sans parler de l'ordre constitutionnel dans lequel s'inscrit cette administration ?* ». Telle est la critique formulée par Armin von Bogdandy, pour qui « *using administration as the foundational concept is problematic as other concepts which usually give contour to it, such as a constitution or legislative institutions and activities, are difficult to distinguish at the international level* ». Von Bogdandy (A.), Dann (P.) et Goldmann (M.), « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *German L. J.*, vol. 9, n° 11, 2008, p. 1386.
[1243] Telle est la critique que David Kennedy adresse aux partisans du GAL. Kennedy (D.), « The Mystery of Global Governance », *supra* note 5.

forts (« *recharacterizing global administrative law in constitutional terms* »[1244]). Entendue au sens matériel comme un ensemble de droits et de libertés, la constitution mondiale devient la « toile de fond » du droit administratif global (b).

a) Le GAL, un instrument de cooptation ?

Plusieurs voix se sont fait entendre (en particulier celles à tonalité marxiste) pour critiquer la distinction opérée entre la procédure et la substance, et la volonté affichée par les partisans du GAL de s'intéresser au premier des deux termes dans l'espoir d'avoir une influence positive sur le second. Cette critique ne dénigre pas l'importance des règles processuelles ; elle n'affirme pas que la procédure ne servirait à rien ou à pas grand-chose. À l'inverse, elle cherche à montrer que les standards procéduraux ont bel et bien une influence sur le contenu des décisions, mais que cette influence n'est pas forcément celle qui est revendiquée par les partisans du GAL. Pour reprendre les termes de B.S. Chimni, la mise à l'écart de la substance au profit de la procédure fait plus facilement du GAL un instrument de « cooptation » qu'un instrument de « résistance »[1245].

Le problème tient au fait que le GAL invite les opérateurs globaux à mettre en œuvre des procédures transparentes et participatives au profit des parties intéressées, sans pour autant imposer des exigences matérielles quant au résultat de ces procédures. Or, à partir du moment où les procédures suffisent en elles-mêmes pour légitimer les actions des institutions, et compte tenu du fait que les procédures sont en grande partie contrôlées par les institutions elles-mêmes, il est fort possible que le GAL ne fasse que renforcer la position et le pouvoir des acteurs en position de force. Tel est l'essentiel de la critique formulée par B.S. Chimni :

> « *GAL is an inextricable part of contemporary international law and of institutions that have an imperial character. Therefore, in the absence of criticism and reform of those substantive laws and institutions, GAL has only a limited potential to further the cause of democracy and justice. Indeed, without a concurrent concern wtih substantive law, GAL may only legitimize unjust laws and institutions. By focussing exclusively on GAL, a false impression may arise that existing international institutions are becoming more participatory and responsive to the concerns of developing countries and their peoples* »[1246].

Pour illustrer ses propos, B.S. Chimni reprend la décision de l'Organe de l'OMC dans

[1244] Kuo (M.-S.), « Taming Governance with Legality?... », *supra* note 1187, p. 94.
[1245] Chimni (B.S.), « Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *JILP*, vol. 37, 2005, p. 799.
[1246] *Ibid.*, p. 800.

l'affaire Tortues-Crevettes. Celle-ci a été chaudement accueillie par les partisans du GAL pour la raison suivante. Certes, l'Organe d'appel n'était pas en mesure de trancher le conflit de valeurs opposant la libéralisation des échanges et la protection de l'environnement. Mais l'Organe d'appel n'a pas pour autant abdiqué son exigence de justice, puisqu'il a demandé aux parties concernées d'entreprendre des négociations afin d'améliorer la procédure interne (américaine) et, à terme, de résoudre le différend[1247]. Cette interprétation élogieuse est vigoureusement contestée par B.S. Chimni, pour qui la décision de l'Organe d'appel « *transforms substantive rules to the disadvantage of the third world countries in the name of ensuring transparency, accountability, and deliberative democracy* »[1248]. Au lieu de régler ouvertement le différend, l'Organe d'appel a soumis la mesure américaine de restriction du commerce à une procédure consultative, tout en fermant les yeux sur les rapports de force qui sous-tendent cette procédure. En déplaçant ainsi le différend sur une exigence de procédure, la décision de l'Organe d'appel a eu pour effet d'avaliser ou de légitimer les mesures américaines[1249]. En effet, les États affectés par la restriction (généralement issus du Tiers-monde) ont peu de chances d'infléchir la réglementation américaine, puisque la seule obligation qui incombe aux États-Unis au travers de cette procédure est celle de négocier[1250].

Une critique connexe a été formulée par Susan Marks à propos de la pratique, encouragée par les partisans du GAL, d'une plus grande « transparence » au sein des administrations globales. Pour cela, elle se réfère à un article qui attaque l'idée selon laquelle l'Internet serait la « *nouvelle sphère publique mondiale* »[1251] en permettant aux individus d'avoir accès à des informations qui étaient autrefois inaccessibles. L'auteure de cet article, Jodi Dean, soutient

---

[1247] « *A striking effort to promote forum state protection of the interests of the affected states is the first WTO Appellate Body ruling in the Shrimp-Turtle case. In order for process-based import restrictions to be admissible under GATT, the Appellate Body ruled, prior multilateral negotiations were necessary and the countries affected were entitled to some for of due process as well as consideration of their interests and local circumstances in specific decisions applying such restructions taken by U.S. administrative authorities* ». Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 21. Voir aussi Cassese (S.), *Au-delà de l'État*, *supra* note 767, pp. 109-132.

[1248] Chimni (B.S.), « Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *supra* note 1245, p. 805.

[1249] Chimni (B.S.), « WTO and Environment. Legitimisation of Unilateral Trade Sanctions », *Economic and Political Weekly*, vol. 37, n° 2, 2002, p. 133.

[1250] L'analyse que fait Greg Shaffer de l'affaire tortues-crevettes abonde dans le même sens : « *process-based review* […] *raises serious concerns,* […] *because processes can be manipulated to give the appearance of consideration of affected foreigners without in any way modifying a predetermined outcome.* […][*I*]*t will be difficult, if not impossible, for an international body to determine the extent to which a national agency actually takes account of foreign interests. Powerful actors can thus go through the formal steps of due process without meaningfully considering the views of the affected parties. In the shrimp-turtle case, the U.S. Department of State simply revised its procedural rules to comply with the Appellate Body's criteria, while still requiring developing countries shrimpers to use U.S. mandated 'turtle excluder devices' if they wish to sell their shrimp in the U.S. market* ». Schaffer (G.), « Power, Governance and the WTO. A Comparative Institutional Approach », p. 154, *in* Barnett (M.) et Duvall (R.) (*eds.*), *Power and Global Governance*, Cambridge, CUP, 2005, 392 p.

[1251] Dean (J.), « Why the Net Is Not a Public Sphere », *Constellations*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 95-112.

que le problème actuel n'est pas celui de l'opacité mais, au contraire, celui d'un excès de transparence : « *We know full well that corporations are destroying the environment, employing slave labor, holding populations hostage with their threats to move their operations to locales with cheaper labor. All sorts of horrible political processes are perfectly transparent. The problem is that people don't seem to mind, that they are so enthralled by transparency that they have lost the will to fight (Look! The chemical corporation really is trying… Look! The government explained where the money went…)* »[1252]. De la même façon, Susan Marks souligne que la transparence exigée par les promoteurs du GAL à l'égard des administrations globales, alors même qu'elle peut être un moyen de limiter le pouvoir arbitaire, peut aussi être cooptée à des fins contraires : « *it can help to forestall emancipatory change, sustaining exploitation with a fresh legitimating ideology* »[1253].

Cette critique trouve un écho dans les réactions suscitées par la catastrophe survenue au Bangladesh le 24 avril 2013 : un immeuble s'est effondré près de Dacca, causant plus de 1100 morts. Cet immeuble abritait des ateliers de confections (de sous-traitants) travaillant pour des grandes marques occidentales telles que Mango, Benneton et Primark. Les médias et les réseaux sociaux se sont emparés de cette affaire, réclamant aux grandes marques « *non pas un retrait du Bangladesh, choix trop commode qui fragiliserait l'économie du pays, mais une totale transparence quant à la fabrication de ses produits, ainsi qu'un bilan social détaillé de ses usines* »[1254]. Dans un premier temps, les grandes marques de prêt-à-porter ont nié leur implication dans ce drame, suite à quoi elles se sont peu à peu engagées à indemniser les victimes, à procéder à des audits sociaux et à renforcer les contrôles de sécurité des bâtiments dans le pays. La foudre médiatique est ainsi retombée, laissant en suspens des questions de plus haute importance concernant la responsabilité des institutions internationales, à commencer par l'UE et l'OMC[1255], ainsi que celle des dirigeants du pays[1256].

[1252] *Ibid.*, p. 110.

[1253] Marks (S.), « Naming Global Administrative Law », *NYU JILP*, vol. 37, 2005, p. 998.

[1254] Comme en témoignent les nombreuses pétitions mises sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.change.org/fr/p%C3%A9titions/mango-ne-doit-plus-avoir-recours-%C3%A0-l-esclavage-au-bangladesh-cc-mango

[1255] Le Bangladesh a émergé dans l'industrie de l'habillement à partir des années 1990, grâce à une main d'œuvre abondante et peu coûteuse. Depuis 2009, il figure à la deuxième place des exportations mondiales dans ce secteur, derrière la Chine. Il a largement bénéficé du dispositif « Tout sauf les armes » établi par l'UE en 2001 et de l'assouplissement des règles du Système généralisé de préférences en 2011. Résultat du développement de ce secteur, l'habillement représente aujourd'hui 80 % des exportations du Bangladesh. Depuis 2012, ce dernier est le deuxième fournisseur de l'Europe. On notera aussi que si le Bangladesh reste parmi les plus pauvres d'Asie, l'industrialisation a permis de faire passer le taux de pauvreté de 60% en 1992 à 30% en 2013 selon la Banque mondiale. Bonnard (J.), « Bangladesh : plus de 1700 morts depuis 1990 », *Le Monde*, 14 mai 2003. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.lemonde.fr/asie-pacifique/article/2013/05/14/bangladesh-plus-de-1-700-morts-depuis-1990_3176155_3216.html

[1256] Ce n'est pas la première fois qu'une telle catastrophe se produit au Bangladesh : à plusieurs reprises, à la suite

On peut imaginer que les partisans du GAL exigeraient des entreprises multinationales impliquées au Bangladesh les mêmes garanties processuelles (transparence, clarté, participation). Joseph Weiler n'a-t-il pas récemment écrit « [*l*]*et us decide that the WTO of today is, modestly, the Promised Land, Utopia Now. And let us humbly simply work to improve its transparency, efficiency, and legitimacy* »[1257] ? Pour B.S. Chimni, cette modestie est apologétique. Le GAL doit élargir son champ d'analyse, de manière à inclure l'environnement normatif et institutionnel dans lequel évoluent les administrations globales : « *GAL needs to be re-conceptualized in a manner that does not dictate the complete separation between substantive and procedural administrative rules* »[1258].

b) Une « toile de fond » constitutionnelle

Face à cette critique, les partisans du GAL ne réagissent pas de manière uniforme. Nico Krisch est certainement le plus enclin à admettre que les règles processuelles « *cannot be assessed without taking into account the bigger picture of the overall regime complex* […]. *Disentangling the 'administrative' from the 'constitutional' then looks increasingly difficult* »[1259]. Il faut être conscient du danger d'apologie, sans pour autant succomber à la tentation d'élargir le projet du GAL. Celui-ci doit rester modeste sans pour autant favoriser le *statu quo* : « *this is a very fine line to walk* », reconnaît-il[1260]. D'autres sont plus enclins à insérer le projet du GAL dans le cadre plus large d'une constitutionnalisation matérielle (cosmopolitique) de l'ordre international[1261]. Ils

---

d'une série de négligences liées à la sécurité des bâtiments, des ouvriers se sont trouvés pris au piège dans l'incendie ou l'effondrement de leurs ateliers. Les responsables des usines et certains ingénieurs sont parfois arrêtés et des comités *ad hoc* sont créés, mais en raison de la corruption endémique (trente des plus grands propriétaires d'usines textiles siègent au Parlement de Dacca et la moitié des députés possèdent des usines), ces commissions ferment les yeux sur les conditions de travail et l'état des bâtiments. Cette fois encore, le propriétaire de l'immeuble Rana Plaza était l'un des leaders locaux du parti au pouvoir, l'Awami League. Bouisson (J.), « Le Bangladesh ne veut pas froisser le secteur textile », *Le Monde*, 9 mai 2013. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/09/le-bangladesh-cherche-a-ne-pas-contrarier-le-secteur-textile_3174176_3234.htm

[1257] Weiler (J.), « The WTO: Already the Promised Land? », pp. 418-426, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54.

[1258] Chimni (B.S.), « Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *supra* note 1245, p. 800. La même critique est formulée par Nancy Fraser à l'égard du modèle de sphère publique habermassien. S'appuyant sur des exemples d'exclusion, elle souligne que la délibération est parfois une sorte de domination masquée, même en l'absence de toute exclusion formelle. Elle nourrit de « *sérieux doutes quant à une conception de la sphère publique qui prétend suspendre, plutôt que supprimer, les inégalités sociales structurelles* » et nous invite à nous demander « *si les interlocuteurs ont, même en principe, la possibilité de délibérer* comme s*'ils étaient socialement des pairs, au sein d'arènes discursives prévues à cet effet, lorsque ces arènes discursives se situent dans un contexte sociétal plus large, caractérisé par des relations structurelles de domination et de subordination* ». Fraser (N.), « Repenser la sphère publique : une contribution à la critique de la démocratie telle qu'elle existe réellement », *Hermès*, n° 31, 2001, p. 136.

[1259] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* 1022, note p. 16.

[1260] *Ibid.*, p. 21.

[1261] « *La charpente constitutionnelle qui soutient le droit administratif interne manque à l'espace global. Ici, il n'y a pas un gouvernement ou une autre institution supérieure, mais un ensemble de sous-gouvernements de secteur. Il y a toutefois, les marques d'un processus de constitutionnalisation du droit international: reconnaissance de droits humains, réglementation des sources du droit,*

appellent les opérateurs globaux à une plus grande soumission à la *Rule of Law* avec, en toile de fond, une constitution mondiale entendue comme un ensemble de valeurs et de normes fondamentales : « *administrative law requirements of accountability and so on can only ever properly be understood against a backdrop of constitutional values* »[1262].

Ce rapprochement avec le constitutionnalisme matériel est visible à deux niveaux, normatif et institutionnel. Sur le plan normatif, les partisans du GAL sont amenés à défendre le respect des droits de l'homme (à tout le moins des droits jugés fondamentaux). Les réformes entamées par le Conseil de sécurité pour améliorer son mécanisme de sanctions anti-terroristes ont été vues comme un pas dans la bonne direction, puisqu'elles prennent la forme d'une « *rationalisation administrative* »[1263] au stade de l'inscription sur une liste et de la demande de radiation d'une liste. Ces réformes montrent que la sauvegarde de l'efficacité du pouvoir de sanctions du Conseil passe par la recherche d'une plus grande légitimité processuelle, c'est-à-dire par l'adoption de procédures visant à respecter le principe de rationalité (qui demande à ce que les raisons d'une sanction soient données à son destinataire). Il est évident que le Conseil de sécurité subit une pression pour procéder à ces changements, pression qui est exercée « par le bas », comme dirait Sabino Cassese[1264], et qui vient des États membres et de l'EU chargée de la mise en œuvre des sanctions décidées par l'ONU.

Mais ne peut-on pas dire que Conseil de sécurité est juridiquement obligé de procéder à ces changements, étant donné l'importance des droits de l'homme en jeu ? C'est par l'affirmative que les partisans du GAL répondent à cette question : « *The reform of the Security Council's listing procedures for certain individuals and groups suspected of involvement in terrorist financing, enacted in Security Council Resolution 1822 (30 June 2008) ahead of the anticipated decision of the European Court of Justice in the Kadi case (September 2008), illustrates the application of several elements of 'publicness', and possibly even a sense of obligation to enact these* »[1265]. Ainsi la protection des droits

---

affirmation d'une autorité punitive et d'une discipline pénale ». Sur l'approche « *néo-constitutionnaliste* » défendue par Cassese, voir Cossalter, « Préface », *supra* note 1138, p. 6.

[1262] Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.), « Values in Global Administrative Law: Introduction to the Collection », *supra* note 1108, pp. 1-2.

[1263] Rapoport (C.), « Les sanctions ciblées dans le droit de l'ONU », *supra* note 924, p. 14.

[1264] Dubin (L.), « Le droit administratif global, analyse critique… », *supra* note 1150, p. 102. Cassese (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *supra* note 753.

[1265] Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *supra* note 1135, p. 38. La résolution 1822 encourageait le Comité des sanctions à veiller à ce que les procédures d'inscription des personnes et entités cibles de sanctions « *soient équitables et transparentes* ». Le Conseil de sécurité chargeait aussi le Comité de conduire, d'ici au 30 juin 2010, un examen de tous les noms figurant sur la Liste récapitulative afin de veiller à ce qu'elle soit « *aussi à jour, exacte et pertinente que possible* ». Le Conseil de sécurité a fait un petit pas supplémentaire vers plus de transparence et un plus grand respect des droits de l'homme en adoptant, le 17 décembre 2009, la résolution

fondamentaux, si elle ne se trouve pas en haut de la hiérarchie des normes, fait-elle partie des qualités immanentes du droit public.

Sur le plan institutionnel, les partisans du GAL sont amenés à se tourner vers des mécanismes contraignants pour garantir que les opérateurs globaux respectent les composantes de la *Rule of Law* (ou la moralité interne du droit). Au lieu de privilégier les organes onusiens comme la CIJ[1266], ils mettent en avant trois mécanismes institutionnels : les procédures nationales comme relais de la gouvernance globale, les mécanismes internes des opérateurs globaux et les mécanismes globaux de régulation des administrations nationales. Ces mécanismes sont importants car ils ont fait ce choix fondamental en faveur de la *Rule of Law* et entendent faire respecter ses principes constitutifs par les opérateurs globaux.

La première catégorie de mécanismes repose sur les procédures nationales comme relais de la gouvernance globale. Il s'agit d'une logique verticale ascendante. Des acteurs nationaux se sont imposés, en l'absence d'un régime de responsabilité globale, comme les garants du respect de certains standards procéduraux par les opérateurs globaux. Au premier rang de ces institutions nationales figurent les cours nationales qui opèrent une forme de contrôle, par voie judiciaire, des actions menées par les opérateurs globaux. C'est le cas des cours nationales qui se sont déclarées compétentes pour connaître des actions intentées contre les directives nationales ou européennes de mise en œuvre des sanctions du Conseil de sécurité. Il en va de même pour la Cour de justice de l'UE qui, dans l'affaire *Kadi*, s'est affirmée compétente pour examiner la compatibilité du mécanisme onusien avec les droits fondamentaux garantis par l'Union. D'autres exemples –qui restent anecdotiques– mettent en évidence le rôle joué par les régulateurs nationaux à l'égard de normes globales émises par les acteurs privés[1267].

La deuxième catégorie comprend les mécanismes internes de responsabilité des opérateurs

---

1904. Le Secrétaire Général a été chargé de créer un poste de médiateur (ombudsman), avec pour tâche d'étudier, « *de manière indépendante et impartiale* », les demandes de radiation d'individus des listes de personnes faisant l'objet de sanctions. Pour une analyse et critique des mesures de réforme entamées par le Conseil de sécurité au regard de la protection des droits de l'homme, voir Ginsborg (L.) et Scheinin (M.), « Judicial Powers, Due Process and Evidence in the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime: The *Kadi II* Conundrum », *EUI Working Papers*, RSCAS 2011/44, 21 p. Voir aussi Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.), « Values in Global Administrative Law… », *supra* note 1108, pp. 11-12.

[1266] Les partisans du GAL considèrent que la CIJ élabore une jurisprudence « *épisodique* », qui laisse certaines questions « *sans réponse* », notamment celle de la capacité de la Cour à contrôler la conformité de l'action du Conseil de sécurité avec la Charte des Nations Unies ou d'autres normes de droit international. Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, p. 45.

[1267] Voir Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, pp. 31-34.

globaux, ceux-ci ayant réagi aux critiques formulées à l'encontre de leur mode de fonctionnement ou ayant anticipé de telles critiques. L'exemple par excellence est l'institutionnalisation du Panel d'inspection de la Banque Mondiale. Créé en 1993 par les Conseils d'administration de deux composantes essentielles de la Banque mondiale[1268], le Panel d'inspection a pour mission de recevoir « *des demandes d'inspection qui lui sont présentées par une partie affectée, autre qu'un particulier* […], *sur le territoire de l'emprunteur* [*alléguant*] *que ses droits ou intérêts qui ont été ou risquent d'être directement affectés par une action ou une mission de la Banque qui découle du non-respect par la Banque de ses politiques ou de ses procédures opérationnelles concernant la conception, l'évaluation et/ou l'exécution d'un projet financé par la Banque* »[1269]. Un nombre impressionnant d'écrits ont été consacrés au Panel, souvent de manière très laudative. Il est vrai que depuis sa création, de nombreux acteurs affectés par les effets de projets financés par la Banque mondiale ont porté plainte devant le Panel d'inspection pour dénoncer le non-respect des règles et des procédures lors de la mise en œuvre de ces projets[1270].

La dernière catégorie concerne les normes et les procédures imposées aux régulateurs nationaux par des opérateurs globaux. Il s'agit de mécanismes qui visent à assurer qu'en administrant les affaires globales, les régulateurs nationaux agissent en tant qu'acteurs globaux (et donc qu'ils respectent les normes globales). Plusieurs exemples illustrent cette dynamique : parmi les opérateurs globaux qui exigent de la part des administrations nationales le respect de certaines normes globales (transformant, du même coup, ces administrations nationales), on trouve l'OMC en matière de restrictions commerciales, le FMI en matière d'assistance financière aux pays en voie de développement ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme dans la régulation des procédures administratives internes, en particulier sous l'angle du procès équitable[1271].

[1268] Ces deux composantes essentielles sont : la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement et l'Association internationale de Développement.
[1269] Résolution n° 93-10 BRID/n° IDA 93-6, adoptée le 22 septembre 1993, § 12.
[1270] Klein (P.), « Introduction », *RBDI*, vol. 2, 2010, p. 354. Pour des propos particulièrement élogieux, voir par exemple Boisson de Chazournes (L.), « Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale : à propos de la complexification de l'espace international », *RGDIP*, 2001, vol. 1, pp. 145-162. Un numéro spécial de la RBDI a été consacré à ce mécanisme en 2010. Voir les constributions de Spanoudis (J.), « L'accès des individus au Panel d'inspection : faux-semblant ou réalité ? », *RBDI*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 356-388. Lagerwall (A.), « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *RBDI*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 389-422. Dusepulschre (G.), « L'activité du Panel d'inspection a-t-elle conduit la Banque mondiale à modifier ses standards opérationnels ? La réforme de la directive relative à la protection des populations autochtones pour cas d'étude », *RBDI*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 423-475.
[1271] Voir Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *supra* note 1129, pp. 36-37.

En fin de parcours, le recours aux juridictions s'avère ici aussi important, surtout lorsqu'il faut s'assurer que les actions des opérateurs globaux ne conduisent pas à une réduction des garanties octroyées aux individus : « *Reliance on the Court would* […] *fit well in a global administrative setting where representative bodies are weak or lacking altogether* »[1272]. Suivant les traces de Sabino Cassese[1273], Tom Zwart promeut la création d'une Cour Administrative Globale vers laquelle les opérateurs globaux pourraient se tourner[1274]. Avec une telle proposition, toutefois, on quitte les prémisses initiales du constitutionnalisme processuel pour se retrouver en territoire concurrent, l'idée d'une hiérarchie institutionnelle étant au cœur du constitutionnalisme matériel. Ce rapprochement semble donner raison à Andreas Paulus, lorsqu'il écrit :

> « *Attempts to reduce quasi-"constitutional" questions of the ordering of international society to an analysis of "global administrative law", have demonstrated the broad range of tasks international law has been fulfilling in different administrative settings, from administrating territory to the (de)regulation of global markets. But for its valuable insights, this approach has not been successful in showing that the idea of an international public order should be discarded. Rather, it appears that, in reverse, the development of an international administrative law depends on the understanding of the "constitutional" grounding of such law* »[1275].

§3. CONCLUSION

En fin de compte, le constitutionnalisme processuel se présente comme une voie médiane, qui s'appuie moins sur les règles matérielles que sur la force intrinsèque ou la moralité interne du droit. En effet, c'est moins le contenu du droit international qui est important que le fait d'être en présence de « droit » tout court. Qualifier de « droit » les pratiques des régulateurs d'assurances ou de l'OCDE en matière de classement des établissements scolaires n'est pas innocent d'un point de vue normatif. En effet, indépendamment du contenu des régimes qui leur sont applicables, la « moralité interne » exige des acteurs qu'ils fassent preuve de « fidélité » l'un envers l'autre. Et tous les critères fulleriens que sont la transparence, l'honnêteté, la non-rétroactivité, la responsabilité, etc. servent à juger leurs actions (A). Le problème est que le constitutionnalisme processuel, en raison même de sa structure argumentative, est vulnérable aux critiques qu'il adresse aux positions adverses (B).

[1272] Zwart (T.), « Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level? », p. 193, *in Values in Global Administrative Law*, *supra* note 1108.

[1273] Celui-ci montre qui montre comment les institutions globales se « prêtent » leurs juridictions pour résoudre les différends. Il donne l'exemple du CIRDI, institué pour résoudre les conflits concernant les investissements de la Banque mondiale, mais qui intervient également dans les conflits qui concernent l'Accord de libre-échange nord-américain, le Traité pour la charte sur l'énergie, l'Accord de libre-échange de Carthagène et le Protocole de Colonia dans l'investissement du Mercosur. Cassese (S.), « Le droit administratif global… », *supra* note 753.

[1274] Zwart (T.), « Would International Courts be Able to Fill the Accountability Gap at the Global Level? », *supra* note 1272.

[1275] Paulus (A.), « International Law and International Community », *supra* note 1174, p. 53.

A) LE CONSTITUTIONNALISME PROCESSUEL, UNE VOIE MÉDIANE ?

Toute la force d'attraction du constitutionnalisme processuel tient à ce qu'il serait une voie médiane, échappant aussi bien aux dangers d'utopie du constitutionnalisme matériel qu'au caractère apologétique du pluralisme managérial (1). C'est en s'opposant à ces deux positions que le constitutionnalisme processuel acquiert son identité, celle-ci reposant sur une croyance en la rationalité juridique procédurale, « *the rationality of the legal process and of the juristic class that populates it, of the cultures of legalism and the kind of moderate attitudes that always look for a way to reconcile opposite positions in some eclectic "hybrid", the sweet reasonableness of the middle way* »[1276] (2).

1) LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE DU CONSTITUTIONNALISME PROCESSUEL

Le constitutionnalisme processuel se présente comme un projet plus réaliste et, partant, moins utopique que le projet concurrent de constitutionnalisation : « *constitutionalist visions set out to describe and develop a fully justified global order, while global administrative law approaches are more limited in scope, focusing on particular elements of global governance and confining themselves to the analysis and realisation of narrower political ideals, especially accountability* »[1277]. Le réalisme du GAL est relationnel ; il tient à ce qu'il offrirait une meilleure compréhension de la réalité (fragmentée) du monde social et de la place (plus modeste) que le droit peut y jouer. Son objectif est d'éviter ce que Jean Cohen appelle la « création hégémonique du droit par le centre »[1278], c'est-à-dire la création du droit par les acteurs les plus puissants, agissant au nom de la soi-disant communauté internationale. Pour cela, les partisans du GAL partent du bas plutôt que du haut, des faits plutôt que des normes ; ils examinent attentivement la pratique et les attentes légitimes d'une multitude d'acteurs. Ils abandonnent, du même coup, la théorie des sources formelles pour épouser une approche basée sur l'impact des normes, plutôt que sur leur pedigree formel. Toute pratique (ou tout exercice d'autorité) qui a un impact sur les acteurs ciblés constitue un matériau pertinent pour le GAL, dans la mesure où il peut inspirer

---

[1276] Koskenniemi (M.), « Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism* (Cambridge University Press 2012) », I-CON, vol. 11, n° 3, 2013, p. 818.

[1277] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 1. Cet auteur ajoute : « *it is especially the* type *of project global administrative law represents –of a smaller scale, with a more modest reach– that might make it more suitable for academic study and political reform than constitutionalist approaches with their holistic vision* ». Dans le même ordre d'idées, Benedict Kingsbury affirme que le GAL « *has the attraction of drawing on general principles and techniques of public law, without having to rise to the grand design and unified sense of purpose connoted by ideas of (global) constitutional law* ». Bories (C.), « Views on the Development of a Global Administrative Law. Benedict Kingsbury and Alain Pellet Interviewed by Clementine Bories », p. 17, *in Un droit administratif global ?*, *supra* note 761.

[1278] « [*H*]*egemonic law-making from the center* ». Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 314.

l'émergence de principes et de procédures d'*accountability*. Il s'agit là d'un critère d'identification du droit déformalisé, étant donné qu'il renvoie à l'impact de l'exercice d'autorité sur un groupe d'acteurs et donc au sentiment d'obligatoriété ressenti par ceux-ci. C'est de ce sentiment que découle le caractère juridique de l'exercice d'autorité[1279].

En cela, les partisans du constitutionnalisme processuel se rapprochent fortement de la position du pluralisme managérial. Mais les constitutionnalistes ne veulent pas avaliser toute norme dès lors qu'elle aurait un impact sur les acteurs globaux, sans vérifier si l'obéissance de ces derniers est due à la peur ou à la crainte de représailles. Autrement dit, ils sont soucieux d'adhérer au point de vue interne et de préserver la normativité du droit, raison pour laquelle ils introduisent un certain nombre de critères processuels « inhérents » au droit. Seules les pratiques qui respecteront les critères processuels de transparence, de participation, de motivation, de révision judiciaire, etc. –en bref, la « moralité interne » du droit– pourront générer du droit administratif global. En reprenant les critères de légalité élaborés par Fuller, les partisans du GAL s'opposent donc à l'analyse « externe » du droit international qui est faite par des auteurs tels que Jack Goldsmith et Eric Posner, pour qui les règles et les institutions juridiques ne sont que le produit des interactions entre des acteurs rationnels poursuivant leurs intérêts. Benedict Kingsbury l'affirme haut et fort : « *In contrast to the realist model of unitary rational egoistic interest-maximizing states, in which international law is an epiphenomenal summary of the configuration of power among states at any particular moment, I argue that international law does have a normative dimension that shapes its content and that pulls and constrains states and other actors –it thus helps constitute and embody a modest international society* »[1280].

Lorsqu'elle est respectée, la moralité interne du droit « oblige » les acteurs, au sens où ils acceptent de faire des choses qui ne répondent pas à la logique du choix rationnel. Mais parce que la moralité interne possède un caractère essentiellement procédural, elle ne les oblige pas à œuvrer en vue d'un objectif précis (la paix, la protection de l'environnement ou celle des droits de l'homme, etc.). Elle leur demande plutôt, à partir du moment où ils entendent évoluer en société et nouer des relations les uns avec les autres, de respecter certaines règles communicationnelles de base. Loin d'envisager le droit international comme un instrument (prédéterminé) permettant aux acteurs de réaliser des objectifs (tout aussi prédéterminés), les constitutionnalistes envisagent le droit comme un lieu de discussion ou un processus discursif

[1279] D'Aspremont (J.), « Droit administratif global et droit international », p. 89, *in Un droit administratif global ?*, *supra* note 761.
[1280] Kingsbury (B.), « International Law as Inter-Public Law », *supra* note 1212, pp. 173-174.

au cours duquel les acteurs pourront se mettre d'accord sur les objectifs à poursuivre et sur la meilleure façon de les atteindre. C'est aussi l'optique défendue par le Groupe spécial de la CDI sur la fragmentation dans son rapport final. Dans sa conclusion sur la résolution des conflits entre régimes spécialisés, le Groupe spécial écrit que « *les conflits entre régimes spécialisés peuvent être surmontés par le droit, même s'il ne peut guère faire plus qu'exiger l'écoute d'autrui, la prise en considération de son point de vue et, au bout du compte, un règlement motivé. Peut-être est-ce d'ailleurs tout simplement la raison d'être de toujours du droit international* »[1281].

2) LE DROIT INTERNATIONAL, UN DROIT INTER-PUBLIC

Qu'en est-il du projet alternatif, défendu notamment par Gunther Teubner, qui consiste à œuvrer pour un pluralisme radical ? Il est vrai que ce projet, parce qu'il définit la validité des pratiques juridiques transnationales sur la base d'un code formel (légal/illégal), évite de réduire le droit international et d'en faire un simple instrument aux mains des plus puissants. Cependant, les constitutionnalistes craignent que ce critère de validité ne soit pas assez puissant pour empêcher la bureaucratisation (au sens wébérien) ou la technocratisation du droit. Pour reprendre les explications de Benedict Kingsbury, le problème est que « *Teubner's strategy is to shift practice out of domains of morality, or ordinary politics, and into sub-specialized communities of interest and expertise that are barely accessible to civil society or even to most of the educated elite. I do not accept this as a normatively defensible strategy for international law under modern democratic conditions* »[1282].

Éviter tout à la fois l'instrumentalisation du droit international, l'utopie hégémonique du constitutionnalisme matériel et la faiblesse normative d'un droit des conflits inter-systémiques : telle est l'ambition des partisans du constitutionnalisme processuel. Pour cela, ils envisagent de créer un « espace public » au sens habermassien du terme[1283]. On a vu que les principes du GAL sont élaborés dans un espace de discussion régi par une moralité interne. Pourquoi ne pas aller plus loin et repenser l'ensemble du droit international en tant que droit inter-public ? Ne peut-on pas conserver ce qu'il y a de bon dans l'État-nation et le transposer aux institutions globales ? Il s'agirait de préserver le modèle habermassien de la sphère publique, en raison de son importance pour les démocraties modernes[1284], et de l'exporter aux

[1281] Rapport final du Groupe spécial de la CDI, *supra* note 34, § 487.
[1282] Kingsbury (B.), « International Law as Inter-Public Law », *supra* note 1212, p. 193.
[1283] Sur cette notion, voir le compte-rendu de Trom (D.), « Habermas (Jürgen), L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Paris, Payot, réed. 1988 », *Politix*, vol. 2, n° 5, 1989, pp. 95-96.
[1284] C'est-à-dire, selon Benedict Kingsbury, « *the intrinsic value for people of the public sphere –the value of performing, and*

institutions globales ou transnationales, de manière à repenser le droit international comme la juxtaposition de sphères publiques (étatiques et autres).

Tel est le projet de Benedict Kingsbury : « *I argue that international law should be theorized as the law between public entities outside a single state, these public entities being subject to public law and to requirements of publicness* »[1285]. D'une part, chaque entité publique serait un mécanisme de rationalisation de la domination politique en rendant les États (ou les institutions) responsables face à l'ensemble des individus concernés. D'autre part, chaque entité publique serait une arène de discussion ouverte, guidée par certains critères processuels et aboutissant à des décisions prises par consensus. En tant que droit inter-public, le droit international serait « *a kind of pluralism-in-unity* […] [*A*]*n international law that accommodates separate publics and their values but within the unity of a solidarism of public values* »[1286].

Ce projet, qui consiste à renforcer le caractère « public » du droit international public, a été repris et développé par Armin Von Bogdandy, Philipp Dann et Matthias Goldmann de l'institut Max Planck. Considérant que tout exercice d'autorité publique doit être régi par un cadre législatif public (« *any exercise of international public authority requires a public law framework* »[1287]), ces internationalistes de Heidelberg ont pour ambition d'identifier le droit applicable aux « autorités publiques internationales » afin de tracer une ligne claire entre les exercices d'autorité licites et celles illictes, et d'élaborer de pallier les nombreux décifits de légitimité. La filiation avec le projet du GAL est pleinement reconnue : « *The legal framework of governance activities of international institutions should be conceived of as international institutional law, and enriched by a public law perspective, i.e. with constitutional sensibility and openness for comparative insights from administrative legal thinking* »[1288].

B) LES CONTRADICTIONS INTERNES AU CONSTITUTIONNALISME PROCESSUEL

En s'articulant par opposition aux positions adverses, le constitutionnalisme processuel est

---

debating, and updating public values ». Kingsbury (B.), « International Law as Inter-Public Law », *supra* note 1212, p. 197.

[1285] *Ibid.*, p. 204.

[1286] *Ibid.*, p. 197.

[1287] Von Bogdandy (A.), Dann (P.) et Goldmann (M.), « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *supra* note 1242, p. 1386.

[1288] *Ibid.*, p. 1377. Cependant, parce qu'ils considèrent que la notion d'administration ou de fonction administrative ne peut prospérer à l'échelle globale, ils préfèrent la notion d'« autorité publique internationale » afin d'identifier (et d'encadrer) les institutions globales qui disposent d'un pouvoir normatif unilatéral.

passible des mêmes critiques. En effet, n'est-il pas contradictoire de se reposer sur ce que Lon Fuller appelait un « droit naturel processuel »[1289], alors même que l'existence de règles communes ou supérieures a été rejetée au nom de l'utopie ? On rejoint ici la critique formulée par Alexander Somek à l'encontre du GAL : celui-ci est davantage le reflet d'une vision idéalisée de la réalité, dont les prémisses auraient été subverties, que du droit positif. Le GAL serait NAL, un « *natural administrative law* »[1290], parce que son critère de *publicness* est tiré du droit naturel au lieu d'être déduit de la pratique. Autrement dit, Alexander Somek reproche aux partisans du GAL de transformer les pratiques spontanées en « droit » tout en exprimant leur confiance que les normes qui gouvernent ces mêmes pratiques puissent émerger d'un *ius gentium* moderne[1291]. Cette confiance est non seulement utopique (1), elle est aussi apologétique. Elle occulte le fait que le GAL ne sert qu'à re-décrire, en des termes juridiques, ce qui relève essentiellement de réalités administratives (2).

1) Le pouvoir de civilisation de la procédure juridique

Le caractère utopique du constitutionnalisme processuel est visible dans les pouvoirs magiques, pour ainsi dire, qu'il attribue à la procédure juridique. Son projet repose initialement sur constat de fragmentation sociétale et une sensibilité aux rapports de force présents au niveau mondial. Au lieu d'imposer des règles matérielles, disent les partisans du constitutionnalisme processuel, mettons en place des procédures communes. Ces procédures vont peu à peu annihiler les rapports de force et les velléités hégémoniques, en amenant les participants à se mettre d'accord sur ce dont ils étaient, au départ, en désaccord. Le droit aurait ainsi pour tâcher d'institutionnaliser les conditions les plus justes de participation aux délibérations collectives. De surcroît, la procédure juridique aurait un pouvoir de civilisation sur les acteurs participant à ces délibérations.

Reprenons l'exemple de la responsabilité de protéger. On a vu que cette norme émergente ne fait pas encore partie du droit international parce qu'elle ne respecte pas les critères de légalité et parce qu'elle n'est pas suivie d'une pratique de légalité. Selon les

[1289] « *What I have called the internal morality of law is* […] *a procedural version of natural law* ». Fuller (L.), *The Morality of Law*, *supra* note 1121, p. 96.
[1290] Somek (A.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law… », *supra* note 1156, p. 995.
[1291] « *That GAL is an extension of NAL is reconfirmed by Kingsbury's desire to show that stipulated principles are all the more relevant the less weight institutionalized principles have. The less there is in terms of* ius gentium *or* ius publicum (trans)nationalis *the more reviewing bodies are encouraged to rest their faith on the publicness of law. Through the use of principles of publicness, along with Fuller's internal morality of law, GAL is supposed to become a self-fulfilling prophecy. It will lend the semblance of law to administrative practices once they have been made to comport with principles of rationality and legality* ». *Ibid.*, p. 990.

constitutionnalistes, il serait souhaitable qu'entre-temps les États élaborent des directives claires qui guideraient le Conseil de sécurité à identifier les cas exceptionnels où l'intervention militaire serait opportune. En effet, ces directives renforceraient la légalité de la norme en diminuant les risques, pour le Conseil de sécurité, d'agir de manière arbitraire. L'inconvénient de proposition est qu'elle présuppose que les États pourraient se mettre d'accord sur les critères autorisant le Conseil de sécurité à intervenir pour des raisons humanitaires. Or c'est précisément pour faire face à l'impossibilité des États de s'entendre sur les obligations incombant au Conseil de sécurité en cas de détresse humanitaire (et aux conséquences tragiques qui s'en sont ensuivies au Rwanda comme en ex-Yougoslavie) que le concept de « responsabilité de protéger » a vu le jour[1292].

La même critique peut être faite à l'encontre de la proposition qui consiste à distinguer entre les droits « relevant de la sécurité humaine » (et qui serviraient de base juridique à une intervention humanitaire), et les droits de l'homme « ordinaires »[1293]. Cette proposition est faite par Jean Cohen après avoir dénoncé la manipulation du vocabulaire des droits de l'homme par des États enclins à intervenir pour des raisons tout autres. En effet, elle prend très au sérieux la critique réaliste (schmittienne). Faisant constat du recours fréquent par les États et les institutions globales au langage des droits de l'homme pour justifier des interventions armées, elle demande : « *are there really any humanitarian heros or isn't it the case that he who invokes humanity wants to cheat?* »[1294]. Il est utopique de croire que les États se mettront d'accord sur des directives à suivre en cas de violations graves des droits de l'homme et sur un mécanisme de mise en œuvre. Mais n'est-il pas possible de s'entendre pour séparer les droits relevant de la sécurité humaine des droits de l'homme ordinaires ? Les premiers serviraient de fondement à une intervention militaire tandis que les seconds resteraient à l'usage des luttes politiques internes[1295]. Cette suggestion est pourtant problématique en ce qu'elle présuppose l'existence des conditions qu'elle cherche à établir. Elle présuppose que les États, bien qu'incapables de s'entendre sur une définition de l'intervention humanitaire et sur les mécanismes de sa mise en œuvre, pourraient néanmoins se mettre d'accord sur une procédure applicable lorsque des droits relevant de la sécurité humaine sont en jeu. En cela, elle est vulnérable à la critique réaliste classique qui dénonce sa nature utopique : « *Why would states agree on rules on the use of violence or the treatment of their subjects? Every statesperson worth her salt is aware*

[1292] Szurek (S.), « La responsabilité de protéger… », *supra* note 939, p. 49.
[1293] Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty*…, *supra* note 248, p. 205.
[1294] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1295] *Ibid.*, p. 216.

that such rules will sooner or later be used also by their adversaries against them. Why would they transfer decision-making to anonymous institutional processes when they know that any such processes might tomorrow fall in the hands of people with no link and no obvious sympathy for them? »[1296]. Les rapports de force ne disparaissent pas d'un coup de baguette magique, dirait E.H. Carr. Chaque utopie universaliste –même sous forme processuelle– peut être utilisée à des fins hégémoniques[1297].

Ces propos rejoignent, dans une certaine mesure, ceux formulés par Nancy Fraser en 1992 à l'encontre de Jürgen Habermas et de son « modèle libéral de la sphère publique bourgeoise »[1298]. Elle affirme que l'interprétation de Habermas idéalise la sphère publique libérale. En se basant sur des exemples d'exclusion sociale, elle montre qu'il ne suffit pas d'affirmer qu'une arène de discussion doit être un espace où les distinctions sociales existantes sont suspendues et neutralisées pour qu'il en soit ainsi. Qui plus est, l'historiographie récente suggère une vision beaucoup plus sombre de la sphère publique bourgeoise que celle qui transparaît dans l'œuvre de Habermas. Les exclusions et les conflits qui, chez lui, apparaissent comme des ornements accessoires, deviennent constitutifs. Cet éclairage historique implique que la conception bourgeoise de la sphère publique n'était pas (seulement) un idéal utopique irréalisé mais qu'elle était aussi le véhicule institutionnel d'une transformation historique essentielle portant sur la nature de la domination politique[1299].

2) UN INSTRUMENT DE GOUVERNEMENTALITÉ ?

Le constitutionnalisme processuel est aussi vulnérable, malgré lui, à la critique de l'apologie. Le problème est que ses partisans sont tellement occupés à montrer que le droit est bel et bien efficace (en obligeant peu à peu les acteurs à faire ce qu'ils n'avaient pas l'intention de faire) qu'ils en oublient sa nature critique ou émancipatrice. Pour le dire autrement, les constitutionnalistes sont tellement affairés à montrer que leur approche aide les juristes et les décideurs politiques à comprendre et à se conformer au droit international (« *internationalism provides concrete guidance to lawyers and policy-makers as they seek to understand and promote compliance with international law* »[1300]), qu'ils en oublient que le droit international est aussi –et avant tout– une

[1296] Koskenniemi (M.), « Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty*… », *supra* note 1194, p. 819.
[1297] « [*A*]*s soon as the attempt is made to apply these supposedly abstract principles to a concrete political situation, they are revealed as the transparent disguises of selfish vested interests* ». Carr (E.H.), *The 'Twenty Years' Crisis 1919-1939*…, *supra* note 82.
[1298] Fraser (N.), « Repenser la sphère publique… », *supra* note 1258.
[1299] « *Il s'agit du glissement d'un mode de domination répressif vers un mode hégémonique, d'une règle basée avant tout sur l'assentiment à une force supérieure vers une règle basée principalement sur le consentement et assortie d'une légère répression* ». *Ibid.*, p. 133.
[1300] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law*…, *supra* note 1105, p. 124. Le même type

posture critique vis-à-vis des actions des gouvernements, des institutions globales et des compagnies multinationales.

En témoigne le chapitre, fort volumineux, dans lequel Jutta Brunnée et Stephen Toope examinent la légalité du régime destiné à atténuer les changements climatiques (« *climate change regime* »). Ces deux internationalistes décrivent avec soin les négociations diplomatiques en matière de changements climatiques qui ont donné naissance à une « communauté de pratique », au sein de laquelle les arrangements subjectifs et les comportements répétés des acteurs se sont cristallisés en règles de droit[1301]. Désormais, le régime relatif aux changements climatiques est doté de principes servant de guide pour les négociations à venir et de procédures pour la prise de décision et l'adoption de nouveaux traités (« *procedures for decision-making and treaty development* »). Selon les deux auteurs canadiens, ce cas d'étude montre que leur approche interactionnelle ne sonne pas la fin du droit international. Au contraire, elle le rend possible, même dans des situations où la cohésion sociale est faible[1302]. Voici néanmoins comment Martti Koskenniemi critique cette démarche :

> « *Law* [*according to Brunnée and Toope*] *had an effect on reality by working its magic slowly within the practices of which it forms a part. The description is realistic and appealing. But the choice of their standpoint –the aim to prove the law's effectiveness as a tool of governance– tends to turn it into a strategic instrument in the hands of the advocates of the climate change project. The objectives of this project have been set, the disagreements and difficulties laid out. All that remains for the law is to guide the process to its conclusion, into an effective climate change 'regime'. The authors do pose the question of how the 'criteria of legality' in Fuller's natural law have been followed in the process.* […] *But in their wish to be 'helpful' to decision-makers, they tend to treat these values instrumentally; they are useful if they enhance the legitimacy of the institution* »[1303].

Une critique similaire a été formulée par Alexander Somek à l'encontre du GAL. Celui-ci encourt le risque de légitimer des pratiques institutionnelles « *by elevating them to the level of law* »[1304]. En convoquant le langage du droit, le GAL risque de légitimer des pratiques qui, en réalité, ne sont animées que par une rationalité managériale. Ce danger est manifeste lorsqu'on sait que la pratique des acteurs privés peut être une source de GAL. Il suffit de penser aux sociétés militaires privées qui ont été engagées pour intervenir en Afghanistan et en

---

de justification est donné par Daniel Bodansky : « *the various dimensions of constitutional governance plays an important legitimating role. By ordering and limiting government, constitutionalism helps justify an institution's authority to adopt rules, decide cases, and perform other governance functions* ». Bodansky (D.), « Is There an International Environmental Constitution? », *supra* note 968, p. 567.

1301 *Ibid.*, pp. 126-219.

1302 « *when the stock of internationally shared substantive understandings is relatively thin, law-making may be more productively focused upon elastic, open-textured substantive norms, or upon norms that are aimed primarily at building legality* ». *Ibid.*, p. 119.

1303 Koskenniemi (M.), « The Mystery of Legal Obligation », *supra* note 1194, pp. 321-322.

1304 Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 2.

Irak[1305], ou encore aux sociétés commerciales qui délocalisent leurs usines de production dans des pays du Sud. Le problème de ces sociétés est non seulement leur manque de transparence et de responsabilité, mais aussi –et surtout– leur capacité à substituer aux droits étatiques leurs règles propres, par le biais de codes de conduite et de standards, dont la légalité n'est soumise à aucun contrôle étatique[1306]. Est-ce du « droit » qui est produit lorsque des multinationales adoptent un code éthique pour consolider leur image de marque (et accroître leur profit)[1307] ?

Alors même qu'ils critiquent les managérialistes pour leur instrumentalisation du droit et sa dissolution dans la politique, les partisans du constitutionnalisme processuel arrivent à un résultat similaire. Au lieu d'examiner dans quelle mesure le cadre normatif et institutionnel peut faire partie du problème (par exemple, les conférences diplomatiques organisées sous l'égide des Nations Unies pour adopter les règles relatives au changement climatique ; la « responsabilité sociale des entreprises » via les codes de conduire des entreprises multinationales), ils utilisent les critères de légalité pour produire un sentiment d'obligation vis-à-vis du cadre en question. « *The degree to which the frame itself is part of the problem is occluded by commitment to the chosen institutional path within it* »[1308]. Les critères de légalité sont, du même coup, transformés en techniques psychologiques permettant d'influencer les acteurs afin qu'ils participent positivement au but recherché.

[1305] Sur cette question, voir Parodi (F.), « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, vol. 2010, n° 3, pp. 501-533.

[1306] Comme l'expliquent Andrea Hamman et Hélène Ruiz Fabri, « [*c*]*e processus de privatisation est en partie dissimulé par le fait que les réseaux semblent payer leur tribut aux exigences fondamentales liées aux droits de l'homme ou aux normes sociales. Mais le problème, en admettant que les codes de conduite soient en substance conformes aux exigences du constitutionnalisme, est alors de savoir s'ils sont autre chose que des instruments de relations publiques* ». Hamann (A.) et Ruiz Fabri (H.), « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », *supra* note 478, p. 182. Une critique similaire est formulée par Geir Ulfstein à propos du « droit » produit par les acteurs privés. Ulfstein (G.), « Institutions and Competences », *supra* note 922, p. 63.

[1307] À titre d'illustration, la justice française a été saisie en juillet 2013 d'une plainte émise concernant « *les conditions de travail indignes qui prévalent dans les usines chinoises* » qui fabriquent pour le compte de Samsung. On dénonce le décalage monumental qui existe entre les codes de conduite de Samsung (qui se targue de « *respecter les lois et les standards éthiques* ») et la réalité de ses pratiques de production. Conge (P.), « « Fairwashing » : quand les marques font du blanchiment d'éthique », *Rue89*, 17 juillet 2013. Le code de conduite global (« *Global Code of Conduct* ») de Samsung est disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.samsung.com/fr/aboutsamsung/corporateprofile/download/sec_global_codeofconduct.pdf

[1308] Koskenniemi (M.), « The Mystery of Legal Obligation », *supra* note 1194, p. 323.

Conclusion

Les partisans du constitutionnalisme matériel estiment que l'ordre juridique international se hiérarchise autour d'un noyau dur de règles matérielles et d'institutions à vocation universelle, à commencer par l'ONU. Ce système n'est pas parfait, mais ses développements vont dans le sens de l'affirmation d'une société mondiale toujours plus unifiée. « *Imperfect as some of the international rules may be, and modest as the system as whole is, these rules reflect minimum standards of acceptable behaviour and, to the extent they can be ascertained, common values* »[1309].

Ce projet est critiqué par les partisans du constitutionnalisme processuel, pour qui la mise en place d'un ordre ne saurait passer par l'adoption de règles matérielles, volontiers manipulables à des fins hégémoniques par des institutions se prétendant universelles. Aucune instance –y compris le Conseil de sécurité– n'est en mesure de représenter la « communauté internationale dans son ensemble »[1310]. Dans le même ordre d'idées, on aurait tort d'œuvrer pour la mise en place d'une démocratie globale, car ce projet subirait immédiatement la double critique de l'utopie et de l'apologie : « *the distance between current institutional and social conditions and any meaningful conception of democracy is likely to entail either an apologetic downgrading of democratic demands or the utopian insistence on high standards devoid of a chance of realisation* »[1311]. Dans l'intervalle, il est préférable de suspendre la recherche d'une démocratie globale et de se concentrer sur la mise en place de procédures *ad hoc* de légitimation démocratique. Il vaut mieux examiner, par exemple, la façon de rendre plus redevables les États et les institutions globales qui exercent des activités d'intérêt public[1312].

[1309] Sands (P.), « What is Your Vision of International Law at the Turn of the 21st Century? », p. 394, *in* Jouannet (E.), Ruiz Fabri (H.) et Sorel (J.-M.) (*dir.*), *Regards d'une génération sur le droit international*, *supra* note 746.

[1310] Benedict Kingsbury ne saurait être plus clair : « *there is* no general 'international community' *in the strong sense of a collectivity capable of acting across the gamut of major policy issues, with its decisions accepted as legitimate and authoritative expressions by the dissenters and the losers –that is, a community unifying the wills of all* ». Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities… », *supra* note 1128, p. 115. La même affirmation est faite par Jutta Brunnée et Stephen Toope : « *It is not necessary or helpful to imagine the existence of a homogeneous 'international community' for law to emerge. The interactional account reveals that the mere declaration of supposed common values articulated in formal law can be deceptive. Without a community of practice, supposed shared values will remain lofty rhetoric* ». Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law…*, *supra* note 1105, p. 86.

[1311] Krisch (N.), « GAL and the Constitutional Ambition », *supra* note 1022, p. 18.

[1312] Weiler (J.), « The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy », *ZaöRV*, vol. 64, 2004, p. 561. C'est ce que propose Mark Pallis à propos de l'action menée par le Haut-Commissariat aux

Mais le constitutionnalisme processuel, quand bien même il cherche à être une voie médiane, est vulnérable à la double critique. D'un côté, il paraît impossible de fonder l'unité (juridique et politique) sur un consensus relatif à la valeur de certaines procédures, « *ne serait-ce que parce que pour accepter la légitimité de certaines procédures, il faut partager les valeurs substantielles d'autres personnes* »[1313]. De l'autre côté, il semble défaitiste de laisser de côté les questions d'organisation politique et sociale pour s'intéresser à la redevabilité des acteurs dans des situations précises. C'est un peu comme si les partisans du constitutionnalisme processuel avaient perdu, en cours de route, l'objectif critique de leur démarche. « *A realistic utopia can only begin with the critique of present institutions –the United Nations, the World Bank, the Kyoto Protocol, the operations of large multinational companies, the structures of public law and private ordering that decide on the distribution of material and spiritual values today* […] »[1314].

Réfugiés. Tout en notant les pouvoirs considérables dont est dotée cette institution et l'impunité qui règne dans les camps de réfugiés, cet auteur refuse d'analyser l'ensemble des conditions dans lesquelles l'action du HCR serait légitime. Il « *focuses only on the more specific, rights-based elaboration of a procedural minimum standard the violation of which would be problematic* whatever *broader theories of legitimacy require beyond it* ». Pallis (M.), « The Operation of UNHCR's Accountability Mechanisms », *JILP*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 869-918.

[1313] Laclau (E.), *La raison populiste*, Paris, Seuil, 2008, p. 232.

[1314] Koskenniemi (M.), « Projects of World Community », p. 12, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54.

Titre 4

La position pragmatique

Introduction

Le pragmatisme est une philosophie centrée sur l'expérience, qui se revendique comme une « attitude » pour éliminer les « faux problèmes » de la métaphysique. Née aux États-Unis à la fin du 19ème siècle, cette philosophie considère qu'il n'y a pas de vérités absolues, mais seulement des connaissances plus ou moins utiles qui nous permettent d'évoluer en société[1315]. Le droit est l'un des dispositifs permettant, précisément, d'atteindre nos objectifs sociaux. La qualité instrumentale du droit implique que la prise de décision judiciaire ne regarde pas seulement du côté du passé et des précédents, mais aussi vers le futur et les conséquences qu'un jugement peut avoir dans le présent ainsi que sur des affaires ultérieures[1316].

Ainsi définie, le pragmatisme semble imprégner le droit international moderne depuis ses débuts. Cependant, le terme « pragmatisme » est plus souvent invoqué –et c'est l'usage que nous en ferons– pour désigner le recul théorique de la discipline et son repli vers la technicité après la seconde guerre mondiale. « *The conceptual, even theoretical, self-confidence which had animated the field before the Second World War* », écrit David Kennedy, « *has long since been eroded by post-war "pragmatism"* »[1317]. Cette attitude est une réaction aux difficultés du passé, certes, mais elle est aussi porteuse d'un projet : celui d'assurer l'existence et l'effectivité du droit international au travers de la spécialisation fonctionnelle de ses règles et de ses institutions (Chapitre 10).

Dans le cadre du débat sur la fragmentation du droit international, le pragmatisme se montre sous son meilleur jour lorsqu'il conduit à l'idée qu'il est impossible de résoudre la contradiction libérale entre le besoin d'unité et le besoin de diversité. Pour être plus précis, les pragmatistes stratégiques abandonnent l'idée (utopique) de réglementer le monde par une

---

[1315] En effet, nos connaissances ne sont pas le reflet du monde réel, mais des outils plus ou moins pratiques nous permettant de vivre avec les autres. La pensée de l'homme s'apparente à un processus d'expérimentation continue ; face à un problème, il faut expérimenter différentes solutions et les corriger si besoin. Cometti (J.-P.), *Qu'est-ce que le pragmatisme*, Paris, Gallimard, 2010 436 p.

[1316] Il est donc courant de lire que, outre le réalisme juridique américain, l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) s'inscrit dans la tradition du pragmatisme Pour une critique, voir Kirat (T.), « Le pragmatisme de Richard Poser : un regard critique », *Journée d'études de l'Ecole normale supérieure de Cachan, Le pragmatisme et les sciences sociales*, 11 avril 2005.

[1317] Kennedy (Da.), « A New Stream of International Law Scholarship », *Wisconsin Int'l L. J.*, vol. 7, n° 1, 1988, p. 3.

unité normative ou/et institutionnelle, car c'est le désordre qui constitue la réalité de la vie sociale. Toute analyse de la situation « *will need to have room for* […] *disorder –there is no use denying or overlooking it, pretending coherence* »[1318]. Cela ne signifie pas qu'il faille renoncer au projet du droit international. Il s'agit plutôt d'accepter que les internationalistes en tant qu'experts se sont immiscés à tous les niveaux du gouvernement (ou de la gouvernance) : ils participent à l'application des règles et principes de droit international, et évoluent au sein de ses propres institutions. Par conséquent, il faut maintenant évaluer le projet internationaliste à l'aune de ses objectifs. C'est que le droit international est trop souvent « *un simple instrument de gestion pragmatique du développement par les institutions internationales, sans plus discuter réellement des solutions qui seraient les meilleures et les plus efficaces et en se focalisant sur l'extrême urgence* »[1319] (Chapitre 11).

Le pragmatisme se montre sous son pire jour lorsque, dans le débat sur la fragmentation, les internationalistes adoptent une position par défaut, à mi-chemin des positions concurrentes. Il s'agit là d'un pragmatisme éclectique, qui s'approprie des arguments constitutionnalistes, des arguments pluralistes et des arguments différentialistes, sans souci de cohérence, afin de montrer que le droit international est à la fois un et pluriel. En cela, il ne fait que réitérer la contradiction libérale fondamentale entre le besoin d'unité et le besoin de diversité. Au final, le pragmatisme éclectique est amené à dire que la meilleure chose à faire est de juger ce qui est bon au cas par cas, en fonction des circonstances particulières. Cette position est constituée de façon *ad hoc* au gré des situations et ne fait donc que survivre en restant *ad hoc* (Chapitre 12).

[1318] Kennedy (D.), « The Mystery of Global Governance », *supra* note 5, p. 16.
[1319] Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 332.

Chapitre 10

Le repli pragmatique

« *I would describe the structure of the consciousness globalized after 1945 as the unsynthesized coexistence of transformed elements of CLT* [*Classical Legal Thought*] *with transformed elements of the Social* »[1320].

On s'accorde généralement à dire qu'il y a eu, après la seconde guerre mondiale, un repli vers le pragmatisme au sein de la discipline : « *after the Second World War* [*international lawyers*] *turned to pragmatism, a modern consequential*[*ist*] *philosophy that emphasized institutional process, functional progress, or rule centered doctrinal specificity, while denying the relevance of coherent abstraction* »[1321]. Toutefois, au-delà de cette affirmation générale, nous n'avons pas de vision claire des changements qui se sont produits, sans doute parce que nous sommes encore en train de les vivre et que nous manquons de recul. Quelles sont les répercussions de ce repli pragmatique sur le projet internationaliste et sur l'identité même de la discipline ?

Sans prétendre à une réponse exhaustive, on offrira deux pistes de réflexion. Tout d'abord, les internationalistes d'après-guerre voulaient, au lieu de bâtir une théorie générale, montrer l'existence et l'efficacité du droit international de manière empirique. La spécialisation fonctionnelle est apparue comme une alternative prometteuse, évitant à la fois l'utopique des théories de l'entre-deux-guerres et les critiques réalistes. La technicité n'a toutefois pas eu les effets escomptés (§1). Cette contextualisation historique peut se faire autrement : le virage pragmatique peut être replacé dans les mouvements plus généraux de la pensée ou de la conscience juridique. Cela permet de mieux comprendre le phénomène de la déformalisation du droit international. « *Modern international law, so this argument goes, no longer relies on absolutes but always seeks to balance between extremes* »[1322] (§2).

[1320] Kennedy (Du.), « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », p. 63, *in* Trubek (D.) et Santos (A.) (*eds.*), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, CUP, 2006, VII-309 p.
[1321] Purvis (N.), « Critical Legal Studies in Public International Law », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 32, 1991, p. 83.
[1322] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*, *supra* note 14, p. 596.

§1. DE LA THÉORIE À LA TECHNIQUE

C'est dans l'entre-deux-guerres que les théories abstraites et formelles du droit international ont été les plus abouties[1323]. Aujourd'hui encore, elles continuent d'être invoquées comme source d'inspiration par les internationalistes[1324]. Mais rares sont ceux qui s'identifient irrévocablement à l'une d'elles. C'est que ces grandes constructions théoriques n'ont pas survécu à la seconde guerre mondiale. Alors qu'elles tentaient de trouver le véritable fondement du droit international, elles n'ont pas empêché la montée du nazisme et l'Holocauste. Dans l'après-guerre, le ton est différent, plus pragmatique. « *On ne parle pas de droit international de la même manière avant et après la Shoah* »[1325] (A). L'accent est mis sur le développement du droit dans des domaines de coopération technique, moins chargés politiquement que la paix et la sécurité mondiales (B). Cela entraîne la discipline à se spécialiser dans des champs fonctionnels de plus en plus séparés les uns des autres (C).

A) LE RECUL DES GRANDES CONSTRUCTIONS THÉORIQUES

Par opposition aux théories dites « idéalistes » de l'entre-deux-guerres, les internationalistes de l'après-guerre s'attellent à observer les situations existantes de manière plus « réaliste »[1326]. Mais, en même temps qu'ils récusent l'idéalisme juridique de Kelsen ou de Scelle, ils refusent la négation de leur droit qui est la vulgate des relations internationales. Le droit international existe ; il est une réalité socio-historique. « *Pour notre part* », écrit Michel Virally en 1969, « *nous croyons que la réalité mérite davantage de respect que la théorie* »[1327]. C'est ainsi que le « *positivisme pragmatique* », avec son souci du concret et de l'observation empirique, devient la « *configuration*

[1323] Qu'elle soit positiviste ou jusnaturaliste, volontariste ou objectiviste, chaque théorie défendait sa propre définition du droit international et établissait son éventuelle différence ou similitude avec le droit interne, toujours dans le but d'assurer la primauté du droit dans les relations entre États. Chacune de ces théories était capable de critiquer ses opposantes, sans toutefois réussir à l'emporter et à s'imposer de manière définitive.

[1324] Voir par exemple les multiples invocations dans les entretiens conduits par Antonio Cassese : *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jimenez de Arechaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 306 p.

[1325] Prost (M.), « *Unitas Multiplex*. Les unités du droit international et la politique de la fragmentation », thèse de doctorat soutenue à la faculté de droit de l'université McGill, août 2008, p. 2.

[1326] Si, dans un premier temps, le ton au sein de la discipline est sombre (« comment contrôler les débordements idéologiques par l'entremise du droit ? »), le ton redevient plus optimisme dans les années 1960. Voir Koskenniemi (M.), « History of International Law, since World War II », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, OUP, 2ème éd., 2011, §§ 1-18, disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://opil.ouplaw.com/home/EPIL

[1327] Virally (M.), « Sur la prétendue primitivité du droit international », p. 91, *in* Virally (M.), *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1991, 504 p.

intellectuelle très largement dominante de notre doctrine »[1328]. En 1966, Ian Brownlie publie la première édition de son manuel, intitulé « *Principles of Public International Law* »[1329]. Ce manuel, qui va rapidement devenir une référence incontournable, reflète bien ce changement de style. Son ton est résolument positiviste et anti-apologétique. Ce professeur anglais veut écrire un manuel sur la substance, les méthodes et les techniques du droit international, à l'instar des manuels sur le droit des contrats, le droit fiscal ou le droit pénal. Il laisse à la théorie générale du droit le soin de parler de la question du fondement du droit international. Comme le remarque Mario Prost, Ian Brownlie semble assumer pleinement l'existence de son droit ; le manuel ne s'encombre même pas d'une introduction historique[1330]. Il propose simplement douze chapitres sur douze thèmes substantiels de droit international positif.

Cette attention portée à la technicité est censée agir comme un antidote aux critiques émises de part et d'autre. En promouvant le développement substantiel et la spécialisation du droit, les internationalistes éviteraient l'utopie abstraite des doctrines de l'entre-deux-guerres, tout en défendant une position anti-apologétique. Comme l'écrira Prosper Weil, le droit international est partout ; « *je l'ai rencontré* »[1331]. L'existence du droit international devient un fait observable que personne ne peut remettre en question. Puisque la simple observation des règles et des institutions suffit pour en prouver l'existence et que sa technicité suffit pour en prouver l'efficacité, on peut se permettre de faire l'impasse sur les questions d'ordre théorique qui étaient, autrefois, examinées en long et en large afin d'établir le fondement et la légitimité du droit international. Il suffit de dire, avec Louis Henkin, que « *almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time* »[1332]. En langue française, l'ouvrage de Guy de Lacharrière publié en 1983 s'inscrit à point nommé dans cette tendance, en montrant que les États eux-mêmes considèrent le droit international comme un système existant et globalement effectif[1333].

C'est dans cet état d'esprit que Thomas Franck écrit, en 1995, que le droit international est

---

[1328] Jouannet (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. XLVI, 2000, p. 19. Voir aussi Purvis (N.), « Critical Legal Studies in Public International Law », *supra* note 1321, p. 82.
[1329] Brownlie (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 1966, xxxi-646 p. Voir aussi Warbrick (C.), « Brownlie's Principles of Public International Law: An Assessment », *EJIL*, vol. 11, 2000, pp. 623-627.
[1330] Prost (M.), « *Unitas Multiplex*. Les unités du droit international et la politique de la fragmentation », *supra* note 1325, p. 3.
[1331] Weil (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 46.
[1332] Henkin (L.), *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York, Praeger, 1968, p. 47.
[1333] De Lacharrière (G.), *La politique juridique extérieure*, Paris, IFRI/Economica, 1983, 236 p.

entré dans une ère « *post-ontologique* »[1334]. Il suggère par là que les internationalistes, dégagés des contraintes de l'ontologie défensive, peuvent maintenant s'intéresser aux seules questions qui vaillent vraiment : celles du développement matériel et de la mise en œuvre du droit. La formule de Franck a été reprise un nombre incalculable de fois. Il n'empêche qu'il y a quelque chose de coûteux dans ce repli pragmatique, qui s'est traduit par une réflexion juridique banalisée mais de haute technicité[1335]. Plusieurs auteurs ont signalé que « *in international law's 'post-ontological age', the once thorny matter of international legal obligation can be effectively bracketed, or dispatched by simply taking its existence in international practice for granted* »[1336]. Les internationalistes sont amenés à réagir aux critiques réalistes en se plaçant sur un terrain empirique, en évaluant la mise en conformité (« *compliance* ») du droit international par les acteurs du système, au lieu de s'intéresser à son fonctionnement interne et à sa structure argumentative[1337].

B) L'IMMIXTION DU DROIT INTERNATIONAL DANS LES DOMAINES TECHNIQUES

Après la seconde guerre mondiale, la paix et la sécurité internationales sont perçues comme des domaines hautement politisés, sur lesquels le droit a peu d'emprise. Par rapport au Pacte de la SdN, la Charte met moins d'emphase sur les techniques formelles de résolution des conflits ; elle mise davantage sur le soutien des États les plus puissants. Le système de la sécurité collective (chapitre VII), fortement centralisé au niveau de l'organisation elle-même, se démarque substantiellement des procédures existant sous la SdN. Certes, le Pacte prévoyait l'application immédiate de sanctions à l'encontre des États qui auraient recouru à la guerre en violation de ses dispositions. Mais la constatation de la violation était laissée aux États membres, mécanisme qui devait rapidement révéler ses limites[1338]. Au sortir de la guerre, il est convenu de faire jouer, cette fois, un rôle prépondérant au Conseil de sécurité de la nouvelle organisation. L'attribution d'un droit de véto aux puissances alliées, vainqueurs de la seconde guerre mondiale, reconnaît l'importance du soutien politique des Grandes Puissances[1339].

[1334] Franck (T.), *Fairness in International Law and Institutions*, New York, OUP, 1995, p. 6.
[1335] Jouannet (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *supra* note 1328, p. 23.
[1336] Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, CUP, 2010, pp. 89-90.
[1337] Comme le dit si bien Benedict Kingsbury : « *the concept of 'compliance' with law does not have, and cannot have, any meaning except as a function of prior theories of the nature and operation of the law to which it pertains* ». Kingsbury (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 19, 1998, p. 346.
[1338] Voir D'Argent (P.), D'Aspremont Lynden (H.), Dopagne (F.), Van Steenbergue (S.), « Chapitre VII. Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'action d'agression. Article 39 », pp. 1129-1170, *in* Cot (J.-P.), Pellet (A.) et Forteau (M.) (*dir.*), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., vol. I, 2005, xx-1366 p.
[1339] Comme chacun le sait, ce droit de véto va pourtant vite paralyser le Conseil de sécurité. Il faudra attendre la fin de l'affrontement entre les deux blocs idéologiques pour que les choses changent.

Dans ce nouveau schéma, il semble préférable aux internationalistes de déployer leur énergie dans des domaines moins politisés et donc plus techniques. C'est là que leur projet visant à instaurer la primauté du droit dans les relations internationales aurait plus de chance de réussir. De 1960 à 1980, « *lawyers largely shared a 'welfarist' view on international law, accepting that while it remained impossible to 'legalize' the hard core of the law on peace and security, it was nevertheless possible to attain workable consensus solutions in the economics, social, and human rights field* »[1340].

Il est vrai que ces domaines connaissent des développements techniques et institutionnels importants. De 1958 à 1969, c'est ce que Georges Abi-Saab appelle la « *décade prodigieuse de la codification* »[1341]. La codification du droit diplomatique traditionnel ouvre la voie à des avancées dans les secteurs fonctionnels[1342]. La codification du droit de la mer devient l'enjeu d'un cycle de conférences organisées par les Nations Unies, « *at which stakeholder groups negotiated with each other with the view of attaining a mutually acceptable 'package-deal'* »[1343]. L'Autorité internationale des fonds marins est créée, avec pour mandat de gérer les activités menées par les États dans cette zone. En 1972, la Conférence de Stockholm sur l'environnement humain donne naissance au Programme des Nations Unies pour l'environnement. De son côté, le CICR organise une conférence de trois ans qui aboutit, en 1977, à de nouvelles règles sur la protection des victimes en cas de conflits armés (les deux Protocoles additionnels). Au même moment, les droits de l'homme se développent au niveau universel grâce à l'adoption de nombreuses conventions, auxquelles sont rattachés des mécanismes de mise en œuvre : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1964), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984).

Comme le souligne Martti Koskenniemi, ces développements « *manifested an increasingly technical understanding of global problems that required "functionally specialised" instruments for their*

[1340] Koskenniemi (M.), « History of International Law, since World War II », *supra* note 1326, § 32.
[1341] Abi-Saab (G.), « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », p. 54, *in Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, Giuffrè, 1987, 554 p.
[1342] Le droit diplomatique se codifie par l'entremise de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1961), la Convention de Vienne sur les relations consulaires (1963) ainsi que la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).
[1343] Koskenniemi (M.), « History of International Law, since World War II », *supra* note 1326.

resolution »[1344]. La défense des droits des individus et la protection de l'environnement, par exemple, s'envisagent comme autant de problèmes spécifiques à résoudre par des règles et des institutions spécialisées. Un ouvrage, rédigé par un certain Jacques Balleloud et publié en 1984 avec le titre évocateur « *Droits de l'homme et organisations internationales : vers un nouvel ordre humanitaire mondial* », est tout à fait représentatif de cet état d'esprit[1345].

Dans son introduction, Balleloud explique que l'expression « *nouvel ordre humanitaire mondial* » est apparue pour la première fois en 1981, dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, et qu'elle a conduit à l'établissement d'une Commission indépendante sur les questions d'ordre humanitaire, formée de 26 personnalités[1346]. Balleloud s'interroge : « *après le Nouvel ordre économique international solennellement proclamé en mai 1974 par l'Assemblée générale* […], *le Nouvel ordre humanitaire international sera-t-il désormais le nouveau thème mobilisateur* […] *?* »[1347]. Il serait imprudent d'opérer un tel rapprochement, répond-il, car autant le Nouvel ordre économique mondial se voulait être une « *mutation fondamentale* » et « *révolutionnaire* », autant le nouvel ordre humanitaire mondial est une demande spécifique faite aux États membres de l'ONU pour « *une plus grande assistance pour faire face à des situations de détresse* »[1348].

L'auteur dresse alors une typologie détaillée de toutes les organisations inter-gouvernementales et non-gouvernementales (nationales, régionales et internationales) qui interviennent dans la protection des droits de l'homme, en temps de paix comme en temps de guerre. Il recense l'activité de ces organisations, menée sur les plans de la réglementation, du contrôle et de l'assistance, un peu comme un manuel d'instruction à l'usage des personnes intéressées à œuvrer dans le monde humanitaire (au sens large). Dans sa recension de l'ouvrage, Michel Bélanger soulignera que « *le livre de Jacques Ballaloud donne* [*au droit international humanitaire*] *un éclairage spécifique et fort intéressant, puisqu'il étudie les activités des Organisations internationales dans le sens de l'établissement progressif d'un nouvel ordre humanitaire international* »[1349].

[1344] Koskenniemi (M.), « Hegemonic Regimes », *supra* note 388, p. 316.
[1345] Sauf erreur, cet auteur n'a pas publié d'autres ouvrages en droit international. À l'époque, il était Maître de conférences en droit public à l'université de Savoie. Ballaloud (J.), *Droits de l'homme et organisations internationales : vers un nouvel ordre humanitaire mondial*, Paris, Montchrestien, 1984, 243 p.
[1346] Cette Commission avait pour mission de « *favoriser un nouvel ordre humanitaire mondial* ». Résolution 36/136 du 14 décembre 1981 (A/36/136), résolution 37/201 du 18 décembre 1982 (A/37/201), résolution 38/125 du 16 décembre 1983.
[1347] Ballaloud (J.), *Droits de l'homme et organisations internationales…*, *supra* note 1345, p. 13.
[1348] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1349] Bélanger (M.), « Ouvrage recensé : Ballaloud, Jacques, *Droits de l'homme et organisations internationales : Vers un nouvel ordre humanitaire mondial*, Paris, Editions Montchrestien, 1986 [*sic*], 245 p. », *Études internationales*, vol. 19, n° 1, 1988, p. 155.

C) LA SPÉCIALISATION TECHNIQUE DE LA DISCIPLINE

La spécialisation et le développement technique n'ont pas apporté la solidité escomptée. Peu à peu, il est devenu évident que la multiplication des projets menés par les internationalistes (la « spécialisation ») n'allait pas toujours de pair avec le projet d'un droit public fédérateur d'une communauté internationale. Ian Brownlie s'attaque, à la fin des années 1980, aux problèmes de fragmentation qui mettraient en danger notre discipline. Il dénonce « *the tendency to fragmentation of the law which characterizes the enthusiastic legal literature. The assumption is made that there are discrete subjects, such as 'international human rights law' or 'international law and development'. As a consequence the quality and coherence of international law as a whole are threatened* » [1350]. C'est que le mouvement de spécialisation du droit a aussi favorisé l'autonomisation des sous-disciplines professionnelles (droit environnemental, droit communautaire[1351], droit commercial, etc.)[1352]. Chacune d'elles tend à devenir une pratique collective à part entière, ses membres partageant une expertise spécifique, défendant des idées plus ou moins différentes et produisant « *un discours dans des modes stylisés et ritualisés, à destination d'universitaires, d'étudiants, de clients, de juges ou d'arbitres, de décideurs, des médias ou du public* »[1353].

Plusieurs auteurs s'interrogent alors sur la place du droit international général et celle des généralistes. « *Le débat sur la fragmentation porte autant sur la substance de la matière que sur la manière dans laquelle la profession s'est structurée dernièrement* »[1354]. La spécialisation de la profession se justifierait au nom de la maîtrise des nombreux éléments qui caractérisent chacune des matières du droit. La technicité des connaissances serait telle que de plus en plus d'internationalistes élisent un domaine particulier comme terrain de chasse et qu'ils ont « *tendance à croire et à faire croire que désormais les généralistes n'ont plus leur raison d'être* » [1355]. L'engagement en faveur du droit international « tout court » serait donc dépassé par un

---

[1350] Brownlie (I.), « The Rights of People in Modern International Law », p. 15, *in* Crawford (J.) (*éd.*), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1988, x-238 p.

[1351] « *In recent years, European studies have often been characterized by their isolation from international legal scholarship* […] ». Besson (S.), « How International is the European Legal Order? », *NoFo*, vol. 5, 2005, p. 51.

[1352] Ce mouvement de spécialisation disciplinaire n'est évidemment pas propre aux juristes. « *Dans tous les domaines, la professionnalisation du savoir universitaire nous a rendus hermétiques aux autres formes de connaissance existant dans d'autres lieux* ». Kennedy (Da.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », p. 75, *in* Kennedy (Da.), *Nouvelles approches du droit international*, Paris, Pedone, 2008, 316 p. [ci-après, *Nouvelles approches du droit international*]. Voir aussi Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education », *EJLS*, vol. 1, 2007, spé. pp. 14-18.

[1353] Prost (M.), « *Unitas Multiplex*. Les unités du droit international et la politique de la fragmentation », *supra* note 1325, p. 206.

[1354] Bianchi (A.), « Une génération de « communautaristes » », p. 97, in Jouannet (E.), Ruiz Fabri (H.) et Sorel (J.-M.) (*dir.*), *Regards d'une génération sur le droit international*, *supra* note 746.

[1355] *Ibid.*, *loc. cit.*

engagement en faveur d'un droit international spécifique.

Le fait que chaque sous-discipline constitue en elle-même une expertise influence la façon de définir les problèmes et réduit considérablement le spectre des solutions envisagées. La spécialisation disciplinaire ne nous a donc pas rendus plus perspicaces ; elle ne nous a pas permis d'élargir notre champ de vision. C'est même le contraire qui s'est produit : occupés par l'absorption de connaissances techniques et spécialisées, les internationalistes se cramponnent à leur spécialité professionnelle. Ils agissent dans l'indifférence réciproque ou dans une atmosphère de « lutte symbolique »[1356]. Les spécialistes de droit humanitaire ressentent, par exemple, qu'ils n'ont plus grand-chose en commun avec les spécialistes du droit des investissements[1357]. Ils ont davantage de contact avec les experts juridiques du CICR ou les hauts-responsables de contingents militaires. Inversement, les spécialistes du CIRDI cherchent avant tout à répondre aux exigences concrètes des praticiens (souvent des avocats de grandes entreprises multinationales) tout en manifestant un certain scepticisme concernant la marginalité de leur discipline[1358].

Cette évolution a été déplorée par plusieurs pontes de la discipline. Lors d'un entretien accordé à Antonio Cassese dans les années 1990, Sir Robert Jennings a tenu les propos suivants : « *Narrow specialisation is one of the tendencies of modern international law I greatly regret: specialisation in human rights or environment for instances; trendy, modish subjects that seem to attract people who want to specialise without bothering about the rest of international law. Let me stress the dangers in specialisation because, for example, one really needs to know the Law of Treaties. One can't get far on environmental law unless one also knows the Law of Treaties. But it's true the other way round, too, Nino, to an extend I hadn't quite realised: the extent to which environmental considerations now infiltrate all the rest of international law, so that you can't do these other subjects without knowing something about the law of the environment* »[1359]. Le problème est évidemment qu'on ne peut pas faire marche arrière : il est

---

[1356] Bourdieu (P.), *Homo academicus*, Paris, Les éditions de Minuit, 1984, p. 42. « *La lutte symbolique a pour enjeu le monopole de la nomination légitime, point de vue dominant qui, en se faisant reconnaître comme point de vue légitime, se fait méconnaître dans la vérité de point de vue particulier, situé et daté* ». Autrement dit, la spécialisation de la discipline n'a pas conduit à une rationalisation de la connaissance juridique. Elle n'a pas conduit, non plus, à une démocratisation des connaissances. Pour une dénonciation de la répartition inéquitable du savoir, voir Kennedy (Da.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », *supra* note 1352, pp. 313-316.

[1357] Cet exemple est tiré des nombreuses discussions que j'ai eues avec deux collègues à l'université de Leiden, l'un étant professeur de droit international humanitaire et l'autre, professeur de droit international des investissements.

[1358] En cela, ils reproduisent la même ambivalence qui caractérise la pratique du droit international public. Voir Koskenniemi (M.), « Entre engagement et cynisme : aperçu d'une théorie du droit international en tant que pratique », pp. 359-423, *in* Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, *supra* note 8.

[1359] Antonio Cassese : *Five Masters of International Law*…, *supra* note 1324, p. 144.

impossible de revenir à l'ère d'avant la spécialisation[1360].

§2. DE LA DÉDUCTION AU BALANCEMENT

Le repli pragmatique qui caractérise la discipline après la seconde guerre mondiale peut aussi être appréhendé à l'aune de l'analyse, faite par Duncan Kennedy, des mouvements de la pensée ou de la conscience juridique (« *legal consciousness* »)[1361]. Ce professeur de Harvard a retracé les grandes transformations du droit et de la pensée juridique depuis 1850 jusqu'à aujourd'hui. Sa thèse consiste à dire que l'exégèse ou la pensée juridique sous sa forme classique (« *Classical Legal Thought* ») s'est mondialisée entre 1850 et 1914, et qu'elle a été progressivement supplantée, entre 1900 et 1968, par la montée du « social » (c'est-à-dire, par des réflexions d'ordre sociologique) et par la « rationalité juridique des considérations conflictuelles »[1362], plus connue sous le nom « *policy analysis* » ou « *balancing* ». Depuis 1945, la conscience juridique juxtapose tant bien que mal une version renouvelée des deux modes de pensée préexistants : « *public law neoformalism combined with conflicting considerations (balancing, proportionality)* »[1363]. Autrement dit, nous serions rentrés depuis 1945 dans la troisième mondialisation de la pensée juridique, qui mélange sans les synthétiser l'analyse téléologique (« *legal technique as the pragmatic balancing of conflicting considerations* ») et le néo-formalisme (« *law as the guarantor of human and property rights* »)[1364]. Si l'on suit cette analyse, le droit international contemporain serait traversé par les deux modes ou tendances de la pensée juridique : une tendance à la déformalisation (A) et une tendance à l'absolutisation (B).

A) LA TENDANCE À LA DÉFORMALISATION

D'un côté, le droit international contemporain ne se présente plus comme un système de

---

[1360] Telle est pourtant l'idée que défend Luigi Condorelli, pour qui « *the best way to counter* [*the fragmentation of international law in separate and self-contained legal regimes*] *would reside in training practitioners in general international law, rather than in (or in addition to) specialist areas* ». Condorelli (L.), « The Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law », p. 147, *in Realizing Utopia*, *supra* note 54. Le thème de la spécialisation obligée est pour Weber l'un des aspects marquants des sociétés occidentales modernes. Weber (M.), *Le savant et le politique*, *supra* note 44.

[1361] La conscience juridique « *is a set of concepts and intellectual operations that evolves according to a pattern of its own, and exercises an influence on results distinguishable from those of political power and economic interest* ». Kennedy (Du.), « Toward an Historial Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », *Law and Sociology*, vol. 3, 1980, p. 4.

[1362] Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, vol. 56, 2006, pp. 163-211.

[1363] Kennedy (Du.), « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », *supra* note 1320, p. 67.

[1364] *Ibid.*, p. 71.

règles formelles préexistantes, ni même comme un système orienté vers la réalisation d'objectifs sociaux prédéterminés (tels que la solidarité). Aujourd'hui, il est demandé aux internationalistes de partir à la recherche d'un équilibre entre des considérations opposées dans chaque cas particulier. Ce qui est recherché est d'ordre pragmatique ; c'est peut-être la justesse du résultat (« *fairness* »), comme le suggère Thomas Franck. Selon lui, le droit international ne vise pas la paix *ou* la justice, la liberté *ou* la sécurité, la stabilité *ou* le changement, mais toujours l'un *et* l'autre simultanément[1365]. Ce mode de pensée pragmatique, visant à balancer des considérations conflictuelles, est particulièrement visible dans le portait que fait Oscar Schachter du Secrétaire-général des Nations Unies, Dag Hammarskjöld :

> « *He never lost sigh of the fact that a principle, such as that of observance of human rights, was balanced by the concept of non-intervention, or that the notion of equality of states had to be considered in a context which included the special responsibilities of the great Powers. The fact that such precepts had contradictory implications meant that they could not provide automatic answers to particular problems, but rather that they served as criteria which had to be weighed and balanced in order to achieve a rational solution of the particular problem* […] *He did not, therefore, attempt to set law against power. He sought rather to find within the limits of power the elements of common interest on the basis of which joint action and agreed standards could be established* »[1366].

C'est dans le même langage de « considérations conflictuelles » qu'est analysée la Charte de l'ONU. Le droit de la Charte est réaliste, car il est à la fois pacifiste et militariste : l'article 2 § 4 interdit l'usage de la force armée dans les relations internationales en même temps que les articles 42 et 51 autorisent l'usage de la force militaire sous l'égide du Conseil de sécurité ou en cas de légitime défense. L'application de la règle ou de ses exceptions n'est pas automatique mais dépend des circonstances de chaque cas d'espèce. À l'apogée de la guerre froide, lors de la crise des missiles de Cuba de 1962, les internationalistes américains ont débattu pour savoir si le blocus naval imposé par les États-Unis à l'encontre de l'URSS était conforme à la Charte[1367]. Pour Abram Chayes (alors conseiller juridique à Washington), la question était formulée de manière trop générale : « *"Was the quarantine legal?" A question put in that form is bound to elicit over-generalized and useless answers* »[1368]. Une analyse minutieuse de la pratique montre que les États membres des Nations Unies n'entendaient pas condamner l'action américaine. Cela

---

[1365] « *The tension between stability and change, if not managed, can disorder the system* ». Franck (T.), *Fairness in International Law and Institutions*, *supra* note 1334, p. 7. Koskenniemi (M.), « À quoi sert le droit international ? », p. 338, *in La politique du droit international*, *supra* note 1358.

[1366] Schachter (O.), « Dag Hammarskjöld and the Relation of Law to Politics », *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 7.

[1367] Pour l'argument selon lequel le blocus naval constituait une violation de l'article 2 § 4, voir Wright (Q.), « The Cuban Quarantine », *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 546-565. Pour l'argument selon lequel le blocus naval était un acte de défense légitime, voir McDougal (M.), « The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense », *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 597-604.

[1368] Chayes (A.), « The Cuban Quarantine », *in Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963, p. 11.

n'est valable que pour l'affaire cubaine uniquement ; il faut éviter d'en tirer une règle quelconque : « *the Cuban experience* […] *is a "case". […][T]he governing principle will not emerge until there are other cases with which to contrast and compare it. This is especially true here because of the complexity and uniqueness of the factual situation* [*and*] *the importance of the political elements involved* »[1369].

On retrouve ici le phénomène de la déformalisation du droit international. Ce phénomène est particulièrement visible dans l'évolution des domaines de coopération technique, où le besoin de régulation se faisait sentir mais où une certaine incertitude subsistait également[1370]. C'est le cas du droit de l'environnement, où la souplesse de la norme est devenue la garantie de son effectivité face aux situations présentes et à venir. Au cours des 50 dernière années, le droit de l'environnement s'est déformalisé au point de ne devenir qu'un ensemble de standards flexibles, visant à prendre en compte les considérations conflictuelles relatives à chaque situation, en fonction du secteurs d'activités ou de la région impliquée.

Il est courant de lire que c'est aux années 1960-1970 que remontent les « *véritables débuts du droit international de l'environnement* »[1371] et que celui-ci va prendre « *son envol* »[1372] à l'occasion de la conférence des Nations unies sur l'environnement en 1972. C'est en effet à cette occasion qu'est adopté le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm, qui met en balance le droit de tout État d'entreprendre des activités sur son territoire, d'une part, et son devoir de ne pas porter préjudice à l'environnement des autres États, d'autre part[1373]. Souvent qualifié de principe fondateur du droit de l'environnement, le Principe 21 privilégie –dans un contexte de haute tension entre les États occidentaux et les États issus de la décolonisation– la recherche d'un équilibre équitable, plutôt que l'établissement d'une priorité absolue en faveur de l'État-polluant ou de l'État-pollué[1374].

[1369] *Ibid.*, p. 13.

[1370] « *The need to move away from formal rules is the greatest in areas where there is a much need for regulation but also much uncertainty about future developments, including the effect of any regulation on its environment* », explique Martti Koskenniemi. « *Informal regulation or "soft law" may seem tempting where formal law is too difficult or too costly to attain, where there is a need for the integration of different actors in the relevant processes and where there is a need to adjust regulation by reference to negotiations between those actors as knowledge about the problem and the effects of regulation increases* ». Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 114.

[1371] Petit (Y.), « Le droit international de l'environnement », *Répertoire Dalloz de droit international*, janvier 2010, § 14.

[1372] Arbour (J.-M.) et Lavallée (S.), *Droit international de l'environnement*, Cowansville, éd. Yvon Blais et Bruylant, 2006, p. 32.

[1373] « *Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* ». Principe 21, Déclaration finale de la Conférence des Nations unies sur l'environnement, 1972.

[1374] Kuokkanen (T.), *International Law and the Environment… supra* note 278, pp. 225-232.

Cette approche déformalisée a demandé à ce qu'on repense la responsabilité des États en matière de pollution environnementale. Il était déjà établi que le droit de la responsabilité repose sur le constat d'une violation par un État d'une obligation juridique internationale, c'est-à-dire sur un fait internationalement illicite[1375]. En matière d'environnement, la difficulté tenait à ce qu'une partie importante de la pollution est causée par les activités émanant du secteur privé et que ces activités industrielles sont non seulement légitimes mais aussi bénéfiques[1376]. Dès le départ, donc, il était politiquement impossible de traiter de la question de la pollution environnementale en termes de « fait internationalement illicite ». Le plus important, semblait-il, était de pondérer les intérêts économiques des États polluants et des opérateurs privés avec les intérêts tout aussi légitimes des États pollués et de leurs populations en matière de protection de l'environnement. En somme, il fallait trouver un moyen de réglementer les activités polluantes sans pour autant suggérer qu'elles constituaient un fait internationalement illicite. Ainsi les règles formelles en matière de responsabilité devaient-elles être écartées. Ces difficultés, qui ont fait l'objet de nombreuses discussions, sont visibles dans le titre qu'avait retenu la CDI pour traiter du sujet : « *responsabilité pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international* »[1377].

En lieu et en place des règles générales, des « régimes de régulation » ont été établis par secteur d'activités[1378]. La pollution radioactive[1379], la pollution atmosphérique[1380], la pollution marine par le rejet de substances dangereuses[1381] et la pollution des rivières et des lacs[1382] sont

---

[1375] Crawford (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 462 p.

[1376] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 117.

[1377] Voir par exemple « Etude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » : étude établie par le Secrétariat », A/CN/4/471, 1995, 67p. Pour une analyse plus récente, voir Hafner (G.) et Buffard (I.), « Les travaux de la Commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », pp. 145-164, *in* SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Colloque d'Aix-en-provence, Paris Pédone, 2010, 490 p.

[1378] Young (O.), *International Cooperation. Building Regimes for Natural Resources and the Environment*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, 248 p. Churchill (R.) et Ulfstein (G.), « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environment Agreements: A Little Noticed Phenomenon in International Law », *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 623-659.

[1379] Voir la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination (adoptée le 22 mars 1989, entrée en vigueur le 5 mai 1992) et la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (adoptée le 22 mai 2001 et entrée en vigueur le 17 mai 2004).

[1380] Voir la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (adoptée le 9 mai 1992 et entrée en vigueur le 22 mars 1994), son Protocole de Kyoto (entrée en vigueur le 16 février 2005) et la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance (adoptée le 17 novembre 1979 et entrée en vigueur le 28 janvier 1988).

[1381] Voir la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (adoptée le 2 novembre 1973, modifiée par le protocole de 1978 et entrée en vigueur le 2 octobre 1983) ; la Convention sur la

toutes sujettes à des réglementations spécifiques. Certaines zones géographiques, telles que les mers régionales et l'Antarctique, bénéficient aussi de régimes spécifiques[1383]. Dans chaque régime, les acteurs pertinents (les États, les opérateurs privés, les victimes, etc.) sont identifiés. Il en va de même pour les conséquences en cas de non-respect (« *non-compliance* ») et de la distribution équitable des coûts entre les acteurs. Chaque régime a donc pour fonction de réguler un certain type de pollution selon son mode de production et/ou son emplacement. Les modalités et les conséquences pour non-respect varient de régime en régime, puisqu'elles dépendent de connaissances scientifiques spécifiques et évolutives (en matière de changements climatiques, de dégradation de la couche d'ozone, etc.)[1384].

Cette évolution a été finement analysée par Thomas Kuokkanen : « *international environmental law was broadened through the integration of scientific expertise into environmental management. Thereby, the modern moralistic approach towards environmental protection was purified by adopting a less passionate and more professional ways to manage environmental issues* »[1385]. Avec les régimes de régulation, on cherche moins à réduire les dommages faits à l'environnement qu'à gérer la pollution, grâce à une alliance complexe entre scientifiques, juristes et politiciens. L'évaluation du risque de dommages transfrontières des activités polluantes (« *environmental impact assessment* »), qui est l'élément phare du droit de l'environnement, représente la quintessence de cette alliance[1386].

À plusieurs reprises, pourtant, cette évolution a été jugée peu satisfaisante : « *the increasing technological sophistication of the regimes has not been reflected in the improvement of the quality of the environment* »[1387]. Il semblait à tout le moins nécessaire de limiter les dommages découlant d'activités dangereuses. À cette fin, la CDI a décidé en 1997 de poursuivre ses travaux sur le

---

préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (adoptée le 30 novembre 1990 et entrée en vigueur le 13 mai 1995) et la Convention sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures (adoptée le 29 novembre 1969 et entrée en vigueur le 14 mars 1988).

[1382] Voir par exemple la Convention sur la gestion durable du Lac Tankanykika (adoptée le 12 juin 2003).

[1383] Voir la Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (adoptée le 16 février 1976) et le Traité sur l'Antarctique (signé le 1er décembre 1959 et entré en vigueur le 23 juin 1961).

[1384] Sur les relations entre les exigences normatives et les connaissances scientifiques, voir Gehring (T.), « International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Regimes », *Yearbook of Int'l Env. L*, vol. 1, 1009, p. 37 : « *Changing knowledge demands an adaption of normative prescriptions, whereas agreed-upon norms induce the generation of technical knoweldge* ».

[1385] Kuokkanen (T.), *International Law and the Environment…*, *supra* note 278, p. 341.

[1386] C'est-à-dire de soumettre ces activités à des études d'impact, l'obligation de notifier le risque et l'évaluation aux pays susceptibles d'être affectés et l'obligation de prendre en considération leurs remarques. Pour un commentaire critique, voir Thomas Kuokkanen, *ibid.*, pp. 287-314. Pour une description plus détaillée (et plus optimiste), voir Craik (N.), *The International Law of Environmental Impact Assessment. Process, Substance and Integration*, Cambridge, CUP, 2008, xxi-332 p.

[1387] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 120.

sujet de la responsabilité en matière de dommages environnementaux, en examinant d'abord la question de la prévention, sous le titre « *prévention des dommages transfrontalières résultant d'activités dangereuses* ». Son projet d'articles a été soumis à l'Assemblée générale en 2001. Malgré la gravité des situations visées, le projet d'articles n'impose pas d'interdiction formelle. Les États doivent prendre « *toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum* » (article 3). Le projet d'articles veut inciter les États à collaborer (article 4) et, en cas de problème, les inciter à chercher « *des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts* » (article 9 § 2). Pour parvenir à ce juste équilibre, l'article 10 demande aux États de prendre en considération une liste impressionnante de facteurs et de circonstances pertinentes[1388]. Dans son commentaire sur le projet d'articles, la CDI précise que cette liste n'est en aucun cas exhaustive. « *Aucune priorité ni aucun poids n'est attribué aux facteurs et circonstances énumérés car certains d'entre eux peuvent être plus importants dans certains cas, et d'autres mériter de se voir attribuer un poids plus grand dans d'autres cas. D'une manière générale, les facteurs et circonstances indiqués permettront aux parties de comparer les coûts et avantages qui pourraient être en jeu dans un cas donné* »[1389]. En bref, le projet d'articles présente un droit totalement déformalisé.

Il en va de même pour les activités de la CDI concernant la responsabilité internationale pour dommages environnementaux. En 2006, elle soumet à l'Assemblée générale un projet de principes destinés à régir « *la répartition des pertes en cas de dommage transfrontalière découlant de telles activité* ». Il n'est plus question d'imputer (*via* le mécanisme de la responsabilité internationale) à un État l'acte de dégradation environnementale, mais d'indemniser de manière prompte et adéquate les victimes de tels dommages (principe 4). À ce titre, la CDI demande aux États de prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que des indemnisations soient accordées par l'exploitant de l'activité dangereuse (principe 8). Ici aussi, on est aux antipodes du schéma des règles formelles : tout semble dépendre de l'évaluation économique des intérêts et des coûts en jeu. C'est comme s'il n'y avait aucune limite à la contractualisation du droit de

---

[1388] « *Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts* […], *les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment : a) Le degré de risque d'un dommage transfrontalière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer ; b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour l'État susceptible d'être affecté ; c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement ; d) La mesure dans laquelle l'État d'origine et, le cas échéant, l'État susceptible d'être affecté sont prêts à assumer une partie du coût de la prévention ; e) La viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité ; f) Les normes de prévention appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État susceptible d'être affecté et celles qui sont appliquées à des activités comparables au niveau régional ou international* ».

[1389] CDI, « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontalières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *Annuaire de la CDI*, vol. II(2), 2001, p. 445.

l'environnement, à sa conception managériale. « *Instead of formalistically relying on "rules" and insisting on their implementation,* [*the managerial*] *ethos looks for negotiation-processes in which States and other participants engage in strategic action and experts and policy-makers negotiate and re-negotiate over the appropriate standards and criteria with an overall effort to reach objectives in as economic way as possible* ».[1390]

B) LA TENDANCE À L'ABSOLUTISATION

De l'autre côté, le droit international semble avoir basculé depuis 1945 en faveur des droits de l'homme et de la protection de l'individu. On raconte que les droits de l'homme sont nés comme une réaction aux atrocités commises pendant la seconde guerre mondiale, comme une indication que certaines limites doivent être imposées aux comportements étatiques. L'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et la création des tribunaux militaires pénaux de Nuremberg (1945) et de Tokyo (1946) ont été célébrés comme des mesures établies « *afin de tenter d'éviter que des crimes soient commis en toute impunité derrière l'écran de la souveraineté et afin de mettre fin à l'épouvantable cynisme d'un Goebles* [sic] *« maître chez lui »* »[1391]. Les droits de l'homme et les interdictions pénales sont présentés comme étant inaliénables, fondamentaux ou encore absolus ; ils auraient une force que Ronald Dworkin a comparée à celle des atouts (« *trumps* ») dans un jeu de cartes[1392]. En tant qu'atouts, les droits l'emporteraient automatiquement ; ils excluraient toutes les autres considérations ; ils surpasseraient tous les autres intérêts, besoins ou obligations. En ce sens, les droits seraient extérieurs à la politique parce qu'ils en seraient la limite absolue : « *rights are conceived to exist outside politics, as providing a limit to what is it that politics may justifiably attain* »[1393].

Cette tendance à l'absolutisation n'est pas sans rapport avec la tendance, contraire mais simultanée, à la déformalisation. En effet, la rhétorique des droits de l'homme est intervenue pour limiter le phénomène de la déformalisation ou, autrement dit, pour critiquer la transformation de la pratique juridique en tant que recherche d'un équilibre entre des considérations conflictuelles. « *The emergence of human rights law as well as the recent "fight against impunity" give expression to the search for absolutes in a world whose complexity has created the danger of unfettered relativism and bureaucratic abuse. They suggest that there must be some limit to administrative weighing of costs and benefits, that some normative requirements must be held as so self-evidently "good" or*

[1390] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 128.
[1391] Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*…, *supra* note 1319, p. 247.
[1392] Dworkin (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, Léviathan, 1984, pp. 153-167.
[1393] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 132.

some forms of behaviour so intrinsically "evil" that they may not submitted to instrumental calculations »[1394]. Dans le discours politique des sociétés libérales des années 1960-1970, plusieurs voix se sont faites entendre pour s'opposer aux prétentions du réalisme juridique à se baser exclusivement sur l'existence des réalités sociales et à concilier les intérêts (ce qui ne servait, en fait, qu'à dissimuler la prise de décisions politiques par les autorités administratives). Le langage des droits de l'homme visait à restreindre le pouvoir d'appréciation des autorités administratives, en présentant les droits comme étant « universels » (c'est-à-dire, indépendants des conditions spatio-temporelles) et « factuels » (c'est-à-dire, présents)[1395]. Aujourd'hui, le discours des droits de l'homme s'est généralisé, au point où l'on ne peut plus compter le nombre d'initiatives publiques et privées qui sont menées en leur nom[1396].

Le problème est que même les droits prétendument inaliénables, fondamentaux ou absolus sont, eux aussi, sujets à la déformalisation. En temps de guerre, le droit à la vie des personnes civiles n'est pas violé si les troupes combattantes ont agi de manière raisonnable et proportionnée par rapport à l'avantage militaire escompté. Ainsi le respect du droit à la vie repose-t-il sur une évaluation pragmatique des coûts et des bénéfices d'une action militaire. En temps de paix, l'application du droit à la vie au titre de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme requiert, elle aussi, une mesure de pondération. Par exemple, le droit à la vie protège-t-il le droit à l'autodétermination de chacun relativement aux questions de vie et de mort ? Dans l'affaire *Pretty* c. *Royaume-Uni*, la plaignante réclamait, au nom du « droit à la vie décente », l'autorisation officielle de mettre fin à ses jours avec l'assistance de son mari, afin de protéger celui-ci de poursuites pénales[1397]. Cette demande lui avait été refusée par les autorités britanniques car contrevenant à la législation nationale, qui assimile le suicide assisté à un meurtre. Tout en répondant par la négative, la Cour

---

[1394] *Ibid.*, pp. 131-132.

[1395] Kennedy (Du.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard, Harvard University Press, 1997, pp. 305-306.

[1396] *Ibid.*, p. 301. On considère que le basculement du droit international contemporain en faveur des droits de l'homme ne s'est véritablement traduit dans la pratique qu'avec la fin de la guerre froide. Rapidement après la guerre, l'opposition entre les deux blocs idéologiques vient freiner les développements possibles. Cette opposition se joue notamment au travers de la division entre les droits civils et politiques, d'un côté, et les droits socio-économiques, de l'autre côté. Il en va de même pour l'interprétation du champ d'application du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte en matière de respect des droits de l'homme. Certes, cela n'empêche pas que des instruments régionaux de garantie des droits soient adoptés en Amérique du Sud (1969) et en Europe (1950). Aussi, en 1973, la CSCE lance un dialogue est-ouest en matière de coopération et de sécurité, ce qui se concrétise par des engagements relatifs au respect des droits et des libertés fondamentales. Nonobstant, c'est seulement avec la fin de la guerre froide que « *le libéralisme politique des droits de l'homme va réellement se développer au point de vue normatif et institutionnel, se renforcer au niveau régional, s'étendre progressivement à beaucoup de domaines du droit international classique tandis que la violation systématique des droits va susciter des interventions armées et des missions d'ingérence humanitaire* […] ». Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*…, *supra* note 1319, p. 239.

[1397] Diane Pretty, qui souffrait d'une sclérose latérale amyotrophique à un stade avancé (malade incurable, irréversible et conduisant à de grandes souffrances), n'était plus en état de mettre elle-même fin à ses jours.

européenne a laissé une grande marge d'appréciation à l'État et a invoqué une méthode d'analyse au cas par cas : « *la mesure dans laquelle un État permet ou cherche à réglementer la possibilité pour les individus en liberté de se faire du mal ou de se faire faire du mal par autrui peut donner lieu à des considérations mettant en conflit la liberté individuelle et l'intérêt public qui ne peuvent trouver leur solution qu'au terme d'un examen des circonstances particulières de l'espèce* »[1398].

On voit mal comment la Cour aurait pu éviter de souligner l'importance d'un « *examen des circonstances particulières* » ou statuer, de manière péremptoire, dans un sens ou dans l'autre. À vrai dire, l'ensemble du droit établi par la Convention européenne des droits de l'homme est régi par la proportionnalité, le balancement ou la rationalité juridique des considérations conflictuelles[1399]. L'application d'un droit ne peut pas s'envisager sans mettre en balance les autres droits protégés par la Convention, sans examiner les exceptions, sans apprécier les éléments qui sont nécessaires dans une société démocratique ou les particularismes nationaux, et ainsi de suite. La règle applicable est celle qui fait l'objet d'une décision argumentée, prise dans un contexte particulier et qui tranche entre différentes conceptions possibles.

Soyons clairs : le problème n'est pas que la tendance à la déformalisation (ou la technique du balancement) « dénature » ou corrompt le caractère absolu des droits de l'homme. À l'instar de n'importe quelle autre règle juridique, les droits sont le résultat de compromis politiques et de considérations conflictuelles. « *Rights have always been political all the way down* »[1400]. Le problème est ici que cette politisation n'est pas reconnue. La déformalisation a lieu, mais la technique du balancement est là pour suggérer qu'il existerait une balance externe et impartiale, de sorte que la décision serait la seule (bonne réponse) possible[1401]. C'est comme si l'image des droits de l'homme demeurait inchangée. On continue de parler des droits de l'homme comme s'ils étaient absolus, comme s'ils étaient inaliénables. Pourquoi ? « *To be able to claim a benefit or to support a preference as a "human right" involves a particularly powerful endorsement of such a benefit or preference. It is therefore no surprise that in a completely deformalised field of international politics, the struggle for human rights takes on particular importance* »[1402].

[1398] Cour européenne des droits de l'homme, *Pretty* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, § 41.
[1399] Petman (J.), « Egoism or Altruism? The Politics of the Great Balancing Act », *NoFo*, vol. 5, 2008, pp. 113-133. En langue française, voir Van Drooghenbroeck (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des doits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 777 p.
[1400] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 134.
[1401] Je me permets de renvoyer à mon étude : « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC. Étude de la justification dans les discours juridiques », *Revue de droit public*, vol. 123, n° 4, 2007, pp. 991-1030.
[1402] Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 279, p. 132.

§3. CONCLUSION

En somme, le droit international contemporain est traversé par deux tendances ou modes de pensée opposés. Le premier (« l'analyse téléologique ») appelle au balancement et à l'analyse des considérations conflictuelles. En matière d'environnement, cela conduit à délaisser les règles formelles en faveur de standards flexibles dont l'application est laissée aux acteurs pertinents et aux experts dans un domaine précis[1403]. Le problème est qu'il semble impossible de revenir en arrière et de renforcer, en la juridicisant, la pression délicate (« *gentle pressure* »[1404]) exercée par les mécanismes de non-respect et les calculs économiques. Cette situation a été résumée par Stanley Fish en quelques mots : « *Once you start down the antiformalist road, there is no place to stop* »[1405]. À l'inverse, le néo-formalisme demande à ce que les droits des individus soient protégés et que les crimes les plus graves soient condamnés. Le problème est que la mise en œuvre des droits de l'homme et des interdictions pénales ne peut se faire sans évaluer les éléments pertinents appartenant à une situation donnée et sans les soupeser. Alors même qu'on continue à prétendre l'inverse, les droits de l'homme et les crimes internationaux se déformalisent. C'est sans doute pour cette raison que Duncan Kennedy fait l'affirmation suivante : « *Public law neoformalism is unreflective in a way diametrically opposite to policy analysis* »[1406].

Tel est l'aboutissement du virage pragmatique : une conscience juridique coincée entre deux mouvements contraires. Mais le sentiment qui domine la discipline n'est pas celui du tragique, loin de là[1407]. Pour comprendre ce que la discipline fait de ses contradictions, on peut s'inspirer du livre « *International Authority and the Responsibility to Protect* »[1408] rédigé par Anne Orford. Il s'agit là d'un des ouvrages les plus intéressants sur les transformations institutionnelles qui ont eu lieu sur la scène internationale, depuis la seconde guerre mondiale. L'ouvrage examine de manière critique le concept de la responsabilité de protéger et ce qui va devenir la « gestion de la gouvernance mondiale » par l'ONU dans le contexte de la

---

[1403] Petman (J.), « Deformalization of International Organizations Law », p. 409, *in* Klabbers (J.) et Wallendahl (A.) (*eds.*), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, 544 p.
[1404] Kuokkanen (T.), « Putting Gentle Pressure on Parties: Recent Trends in the Practice of the Implementation Committee under the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution », p. 318, *in* Klabbers (J.) et Petman (J.) (*eds.*), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Nihjoff, 2003, vi-531 p.
[1405] Fish (S.), *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham and London, Duke University Press, 1989, p. 2.
[1406] Kennedy (Du.), « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », *supra* note 1320, p. 65.
[1407] Adorno (T.) et Horkheimer (M.), *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, Paris, Gallimard, 1983, 281 p.
[1408] Orford (A.), *International Authority and the Responsibility to Protect*, *supra* note 940.

décolonisation. Débutant avec l'intervention de l'ONU au Congo en 1960, Anne Orford met en lumière les changements radicaux qui ont eu lieu dans la façon de gouverner au niveau mondial, et plus précisément dans la façon dont l'ONU intervient, contrôle, façonne les États issus de la décolonisation. Pour cela, Anne Orford juxtapose tout à la fois le trajet personnel et professionnel d'un individu (l'ancien Secrétaire-général, Dag Hammarskjöld) ; une dynamique institutionnelle dans le contexte de la guerre froide et de la décolonisation ; et un éclairage théorique critique de ce qui est en jeu (au travers des écrits de Thomas Hobbes et de Carl Schmitt). Ce qui apparaît ainsi, c'est que la déformalisation et l'absolutisation peuvent très bien aller de pair, dans ce cas-ci pour asseoir l'ONU en tant qu'autorité internationale.

Chapitre 11

Le pragmatisme stratégique

« *All of old. Nothing else ever. Ever tried. Ever failed. No matter. Try again. Fail again. Fail better* »[1409].

Dans la littérature contemporaine, Samuel Beckett est sans doute celui qui a, avec le plus de constance, mis « cap au pire » et fait fiasco à tout optimisme hors de saison. À défaut de réussir, il faut commencer à « *faire mieux pire* »[1410]. Au mieux, donc, celui qui accepte de saborder les formes narratives traditionnelles peut espérer un positionnement inattendu au monde et une redéfinition de la perception ordinaire de la réussite. C'est un peu ce qui guide le pragmatisme stratégique : en se défaisant de la représentation traditionnelle, les internationalistes agiront en sachant que tout savoir est temporaire et motivé, que leur action est requise dans des conditions d'incertitude et de passion, et qu'il est impératif d'adapter et de corriger l'action dès que son échec est constaté.

Les travaux de David Kennedy illustrent particulièrement bien le pragmatisme stratégique. Par ses critiques sans concession, son éclectisme théorique et son style non conventionnel (dénué de tout jargon technique, alternant la première personne du singulier avec celle du pluriel), David Kennedy dérange et surprend, « *et au total il ne laisse jamais personne indifférent* »[1411]. Il est l'un des premiers à avoir montré que le problème de l'indétermination tient au fait que le droit international, en raison de sa nature libérale, repose sur des arguments et des contre-arguments qui viennent par paires opposées, si bien que l'invocation d'un argument par une partie est susceptible d'être confrontée à l'invocation d'un argument opposé par l'autre partie[1412]. David Kennedy s'est aussi attaqué à l'histoire de la discipline en tant que « champ » bourdieusien, en dénonçant les répétitions de la pensée qu'engendrent les périodes de crises et

[1409] Beckett (S.), *Worstward Ho!*, London, John Calder Publishers, 1987, p. 7.
[1410] Van Dongen (M.), « Échouer encore », *carnets de bord*, n° 9, 2005, p. 24.
[1411] Jouannet (E.), « Préface », p. 5, *in* Kennedy (Da.), *Nouvelles approches du droit international*, *supra* note 1352.
[1412] Kennedy (Da.), « Theses about International Law Discourse », *GYBIL*, vol. 23, 1980, pp. 353-391. Kennedy (Da.), *International Legal Structures*, Nomos, Baden-Baden, 1987, 294 p.

d'exaltation du projet internationaliste[1413]. On écrit à son propos : « *ce n'est certes pas un faiseur de système, mais c'est un inventeur* »[1414]. Il est vrai que David Kennedy refuse toute systématicité ; il cherche plutôt à éclairer, sous un jour nouveau, la discipline internationaliste (son discours, ses pratiques, son histoire, ses espoirs institutionnels et son expertise), en insistant sur les pièges dans lesquelles elle tombe presque invariablement. Et il le fait de façon interne, en racontant par exemple son propre vécu en tant que militant internationaliste[1415]. Lorsqu'il nous introduit dans les couloirs d'une prison en Uruguay ou au sein d'une conférence au Timor oriental, David Kennedy attire notre attention « *with humor and self-analysis* [*on*] *his own imperfect quest to combine the "good fight" with the "good life"* »[1416].

Cette position n'est pas sans rappeler l'individualisme ironico-esthétique de Richard Rorty. L'ironie est celle d'individus qui font, disent ou écrivent ce qui ne cadre pas avec le sens commun. Un ironique est aussi un individu qui s'occupe en premier lieu de lui-même et pour lui-même. Mais l'ironie vient, chez Rorty, avec la solidarité : nous devons nous sentir solidaires avec tous les autres êtres[1417]. La question à laquelle ce philosophe anglo-saxon réfléchit est la suivante : quel sens pouvons-nous encore donner à nos vies dans nos sociétés désarticulées ? Rorty considère qu'il n'y a plus de valeur assurée qui puisse fonder nos pensées et nos actions[1418]. Mais il ne verse pas pour autant dans un nihilisme pessimiste. « *La compréhension de ce que nous ne devons plus avoir raison à tout prix crée une liberté incomparable* »[1419]. Liberté, contingence et notre capacité de pouvoir agir à nouveau et à chaque instant sont centrales. Il y a donc, de toute évidence, une opposition à la raison technique chez Rorty. Son pragmatisme fonctionne comme une sorte de troisième voie entre la résignation passive face à la technocratisation de la vie sociale et l'activisme totalisant. « *Le fil rouge de cette troisième voie devrait montrer que, de préférence, nous ne réfléchissons pas de manière purement technique sur nous-même et notre vie en société. L'artiste plutôt que le technicien nous servira ici de modèle* »[1420].

On ne sera pas surpris d'apprendre que les pragmatistes stratégiques refusent de s'engager

---

[1413] Kennedy (Da.), « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *J. of Int'l L. and Pol.*, vol. 32, n° 2, 2002, pp. 335-500.
[1414] Jouannet (E.), « Préface », *supra* note 1411, p. 6.
[1415] Kennedy (Da.), « Spring Break », *Texas L. Rev.*, vol. 63, n° 8, 1985, pp. 1377-1416.
[1416] Kanwar (V.), « Untimely Interventions?: David Kennedy on Humanitarianism as a Vocation », *Global Law Books*, disponible sur internet : http://www.globallawbooks.org/reviews/detail.asp?id=12
[1417] Rorty (R.), *Contingence, ironie et solidarité*, Paris, Armand Colin, trad. P.-E. Dauzat, 1993, 276 p.
[1418] Rorty (R.), *L'homme spéculaire*, Paris, L'ordre philosophique, trad. par T. Marchaisse, 1990, 438 p.
[1419] Van Den Bossche (M.), *Ironie et solidarité. Une introduction au pragmatisme de Richard Rorty*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 51.
[1420] *Ibid.*, pp. 29-30.

dans le débat technique sur la fragmentation du droit. Critiquant tour à tour les approches existantes, ils élaborent une toute autre représentation de notre champ disciplinaire. En effet, ils dénoncent le « pragmatisme humaniste » qui domine la discipline et qui juxtapose deux voix : « *a voice of virtue which insists that it knows what is right but does not act, and a voice of pragmatism oriented to consequences for principles rather than persons* »[1421] (§1). Les internationalistes doivent être plus attentifs à l'utilisation qu'ils font des règles et des institutions, et aux conséquences de leurs actions : « *the focus* […] *must be on outcomes, not on structures or processes alone* »[1422] (§2). L'objectif du pragmatisme stratégique n'est pas celui de réduire le droit à tel point qu'il ne serait plus qu'un ensemble de dispositifs permettant d'atteindre certains objectifs. Il s'agit plutôt de réhabiliter le moment de la décision politique, en appelant les internationalistes à assumer la responsabilité et la fragilité de leurs choix, au travers d'un pragmatisme éclairé (« *thoroughgoing pragmatism* ») (§3).

§1. UNE ALTERNATIVE AU PRAGMATISME HUMANISTE

Le problème des approches concurrentes est le suivant : en s'interrogeant sur le maintien d'une unité ou d'une cohérence normative afin de préserver un rôle pour le droit international public, elles laissent intact le pragmatisme humaniste qui affecte la discipline (A). C'est que les internationalistes se satisfont trop souvent de leurs bonnes intentions, au lieu d'assumer leur responsabilité politique et d'examiner les effets potentiellement négatifs de leurs actions. Les pragmatistes invitent donc leurs pairs à délaisser les préoccupations techniques relatives à la fragmentation pour se confronter aux côtés plus sombres de leur profession (B).

A) LA MISE À DISTANCE DES APPROCHES EXISTANTES

Les pragmatistes dénoncent les insuffisances des projets concurrents, aussi bien sur le plan sociologique que sur le plan normatif. En effet, nous avons une très mauvaise compréhension de la façon dont nous sommes gouvernés au niveau mondial. C'est le désordre et l'incertitude qui règnent, et nous ne pouvons pas nous rassurer en prétendant qu'il y aurait une cohérence. Est aussi dénoncé le conservatisme politique des approches alternatives : celles-ci sont « *timides lorsqu'il s'agit de conflit social, hésitantes au sujet de la répartition, résignées à la pauvreté, attachées à la*

[1421] Kennedy (Da.), « The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise », *EHRLR*, n° 5, 2001, p. 437.
[1422] Jackson (D.), « The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism, by David Kennedy », *L. & Pol. Book Reviews*, vol. 14, n° 10, 2004, p. 759.

culture de la guerre »[1423]. Bien que les pragmatistes adressent une critique acerbe à l'encontre du constitutionnalisme mondial (1), ils ne rejoignent pas les rangs pluralistes ou différentialistes (2).

1) UNE CRITIQUE ACERBE DU CONSTITUTIONNALISME MONDIAL

Pour les pragmatistes stratégiques, et en particulier sous la plume de David Kennedy, le constitutionnalisme mondial est un projet intenable, surtout dans sa variante matérielle, parce qu'il offre une vision tronquée de la réalité et parce qu'il conduit à privilégier le *statu quo*.

Pour commencer, l'échec du constitutionnalisme en tant que projet de gouvernance tient à sa tendance « *à revêtir les projets normatifs d'habits sociologiques* », alors même que sa sociologie est « *assez médiocre, peu à même d'expliquer le fonctionnement du pouvoir* »[1424]. Si l'on prend par exemple la constitution des États-Unis, elle est sans aucun doute un document fascinant sur les relations possibles entre une série d'autorités juridiques, voire même un texte de philosophie politique, mais c'est une piètre description du pouvoir dans le contexte américain. C'est une image qui ne rend compte qu'approximativement du fonctionnement du gouvernement de Washington : où sont passés le pouvoir privé et les acteurs économiques, le lobbying des partis politiques et le rôle de l'argent, les arrangements informels et coutumiers, l'influence des entités supra-nationales ? « *Nous manquerions beaucoup si nous réduisions notre monde politique au monde décrit dans le texte* »[1425]. Cette réduction est encore plus importante lorsque les thèses constitutionnalistes sont appliquées au niveau mondial, étant donné que la société internationale est foncièrement différente des sociétés internes. Elle est « *plus grande, plus fragmentée, manquant, comme ils le disent, de* demos »[1426].

La description du monde faite par le constitutionnalisme est problématique en ce qu'elle nous empêche de voir le désordre et les injustices qui règnent. Tout se passe comme si le monde était déjà constitué (sous l'égide d'une constitution mondiale) et que les problèmes n'étaient que de regrettables exceptions aux règles, situés en dehors du droit. Or, les exceptions font parties du droit. Guantanamo n'est pas un vide juridique ; c'est l'un des endroits les plus réglementés de la planète, rappelle David Kennedy. Seulement voilà : on préfère ne pas voir l'existence de ces règles.

[1423] Kennedy (Da.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », *supra* note 1352, p. 306.
[1424] *Ibid.*, p. 307.
[1425] *Ibid.*, p. 308.
[1426] *Ibid.*, *loc. cit.*

De manière plus générale, le problème des constitutionnalistes est d'oublier que le droit international n'attribue pas seulement des droits et des devoirs, mais aussi des privilèges de nuire sans avoir à accorder de dédommagement. « *La décision de piller la forêt amazonienne n'est pas seulement une décision d'ordre économique ; c'est aussi l'exercice d'un privilège légal* »[1427]. De la même façon, les problèmes globaux que sont la guerre et la pauvreté ne sont pas des faits antérieurs ou extérieurs au droit ; ce sont des régimes juridiques, au sens où ils sont régis par des règles et des institutions juridiques. Or, les constitutionnalistes sont incapables d'admettre leur implication, de mesurer à quel point le droit international « fait partie du problème »[1428] et d'accepter le besoin urgent de changement. Ceci est d'autant plus vrai que leurs projets sont souvent centrés sur les agencements institutionnels existants (à commencer par les Nations Unies, l'OMC et l'Union européenne), alors même que ces institutions participent aux régimes juridiques de la guerre et de la pauvreté.

Tout ceci conduit les pragmatistes stratégiques à penser qu'il faut se tenir loin, très loin du projet constitutionnaliste. Celui-ci risque de nous faire passer à côté d'un enjeu majeur –à savoir, la recomposition de la gouvernance mondiale– et de conduire notre discipline à sa marginalisation, voire à son extinction : « *deep struggles will probably continue, struggles will be difficult to routinize into the normal institutional politics of one or another constitutional arrangement. Should that happen, I do worry that the constitutionalist frame will encourage us to take our eye off the ball* »[1429].

2) Les défaillances des approches pluralistes et différentialistes

En critiquant le projet de gouvernance défendu par les constitutionnalistes, les pragmatistes se rapprochent des positions pluralistes et différentialistes. Cela est vrai à double titre. D'une part, ils appellent à une meilleure sociologisation du droit international. Les pragmatistes souhaitent par exemple dépasser la dichotomie entre le public et le privé, de manière à être attentif « *à l'informel, au clandestin –des normes coutumières, des modèles qui sous-tendent les attentes privées et publiques, des marchés noirs aux flux illégaux* »[1430]. D'autre part, les pragmatistes appellent à une diminution des attentes normatives et des prétentions à la cohérence. Le système international

[1427] *Ibid.*, p. 301.
[1428] Kennedy (Da.), « The Human Rights Movement: Part of the Problem? », *Harv. Hum. Rts J.*, vol. 15, 2002, p. 101.
[1429] Kennedy (Da.), « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, vol. 32, 2008, p. 855.
[1430] Kennedy (Da.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », *supra* note 1352, p. 301.

est un réseau désagrégé d'institutions (publiques et privées) qui n'est coordonné que de façon ténue par les gouvernements nationaux. « *The dream of a single coherent legal order may well be an unrealizable dream. In any event,* […] *the elements are far better left lying about in fragments* »[1431].

Ceci étant dit, les pragmatistes prennent aussi leur distance vis-à-vis du point de vue externe. À l'encontre des pluralistes, ils mettent en doute la plausibilité de coalitions entre acteurs (que ce soit les organisations non gouvernementales, les juges nationaux, les entreprises, etc.), le tout bien ficelé et désigné par le titre de « communauté mondiale » ou « société civile internationale ». Loin de réunir la multiplicité des institutions ou des modes de production du droit sous un même système, les pragmatistes soulignent « *the disorderliness, the pluralism, the uncertainty, the chaos, of all those rules and principles and institutions* »[1432]. Le droit général ne peut en aucun cas organiser les rapports entre institutions car, en cas de conflit, chacune d'elles affirmera la validité ou la pertinence de ses propres règles. Certes, il est possible qu'une partie de ce désordre soit structurée par des formes variées de fédéralisme ou des règles de procédure institutionnelle. Mais « *une partie relève aussi du combat et du conflit entre les ordres juridiques, les idées, les pouvoirs et les traditions. Notre représentation des choses devra prendre en compte ce désordre –il ne sert à rien de le nier ou de l'ignorer en prétendant la cohérence* »[1433].

À l'encontre des différentialistes, les pragmatistes n'œuvrent pas pour célébrer la différence en tant que telle, mais plutôt pour inverser la répartition des biens et des richesses sur la planète, et pour changer les rapports de domination et de subordination. « *Comment le monde peut-il demeurer si inégal, comment la hiérarchie et la domination sont-elles reproduites ? Qu'est-ce que le droit a à voir avec l'organisation de la politique et de l'économie ? Si vous êtes un intellectuel issu de la périphérie* […], *que pouvez-vous faire pour changer les choses ? Notre travail sur la gouvernance mondiale doit s'efforcer de répondre à de telles questions* »[1434]. Il ne suffit pas de dire que nous sommes en faveur du pluralisme des valeurs et de la diversité institutionnelle. Il faut agir de manière plus stratégique et se demander pour qui nous gouvernons, en vue de quelle vie politique, sociale et économique. Et contrairement à ce que suggèrent les différentialistes, le droit international fait partie intégrante de cette stratégie : « *le monde ne sera pas réordonné sans le contour du droit* »[1435].

[1431] Kennedy (Da.), « One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream », p. 255, *in* Korkman (P.) et Mäkinen (V.) (*eds.*), *Universalism in International Law and Political Philosophy*, Helsinki, Collegium, vol. 4, 2008, 273 p.
[1432] Kennedy (Da.), « The Mystery of Global Governance », *supra* note 1429, p. 846.
[1433] Kennedy (D.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », *supra* note 1352, p. 300.
[1434] *Ibid.*, p. 306.
[1435] *Ibid.*, p. 278.

En somme, il faut éviter tout à la fois l'enthousiasme des constitutionnalistes, la confiance des pluralistes et la résignation des différentialistes. Il faut privilégier un pragmatisme stratégique : la gouvernance mondiale est en cours, différents projets cherchent à s'imposer, et nos propositions devront tenir compte de ces rapports de force pour réussir à l'emporter[1436].

B) UNE CRITIQUE DU PRAGMATISME HUMANISTE

C'est désormais un leitmotiv que de dire que l'État-Nation peine à contrôler son territoire et à assurer la sécurité de ses citoyens. Des décisions politiques et juridiques de grande importance sont prises en dehors du cadre des législations nationales, au sein d'organisations supranationales, d'autorités mondiales privées et de réseaux transnationaux. La mondialisation aurait pour conséquence de fragmenter à la fois les politiques publiques (*policies*) et les décisions politiques, en les éparpillant dans des processus technocratiques, eux-mêmes soumis à des règles spécifiques. La détermination du statut de réfugiés, par exemple, se fait au travers d'un processus orchestré par les juristes du Haut-Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unis (HCR). Leurs décisions affectent non seulement le pouvoir souverain de l'État et les mouvements transfrontaliers, mais aussi les individus. Un réfugié est un statut juridique régissant ceux qui, pour des raisons spécifiques, fuient leurs pays ; ce statut détermine où ils peuvent aller autant qu'il affecte la représentation que les réfugiés se font d'eux-mêmes. Or, que font les juristes du HCR lorsque le statut initialement temporaire des réfugiés se prolonge et que sont érigés des camps de fortune où s'entassent des dizaines de milliers de personnes[1437] ? Face à ce genre de situations, les internationalistes ne font guère preuve d'imagination ou de nouveauté : « *all hope to renew and restate what has been disciplinary common sense for a century: pragmatism, anti-formalism, interdisciplinarity* »[1438]. Ils se cantonnent trop souvent aux bonnes intentions humanitaires et se satisfont de consensus mous.

C'est vis-à-vis de ce pragmatisme humaniste (« *humanitarian pragmatism* »[1439]) que les partisans du pragmatisme stratégique s'inscrivent en porte-à-faux. Ils estiment que la mondialisation en tant que processus politico-économique a affecté le droit international,

---

[1436] Kennedy (Da.), « The Politics of the Invisible College… », *supra* note 1421, spé. pp. 465-467.
[1437] Kennedy (Da.), « The International Protection of Refugees », pp. 199-234, *in* Kennedy (Da.), *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, xxix-368 p. [ci-après, *The Dark Sides of Virtue*]
[1438] Kennedy (Da.), « The Forgotten Politics of International Governance », *EHRLR*, n° 2, 2001, p. 118.
[1439] Kennedy (Da.), « Humanitaranism and Force », p. 237, *in The Dark Sides of Virtue*, *supra* note 1437.

certes, mais que cela n'a pas conduit à une gouvernance cosmopolite. Le monde tel qu'il est aujourd'hui est le produit d'un projet technocratique auquel les internationalistes sont parties prenantes (1). Si l'on veut faire bouger les choses, il faut repenser notre identité et notre pratique professionnelles en des termes plus flexibles et plus stratégiques. Autrement dit, « *internationalists should care less about whether the state is empowered or eroded than about the distribution of political power and wealth in global society* »[1440] (2).

1) UN PROJET DE GOUVERNANCE COSMOPOLITE ET TECHNOCRATIQUE

Dans leur pratique, les internationalistes sont confrontés à deux exigences contradictoires. Leur projet visant à instaurer la primauté du droit international se veut à la fois cosmopolite et technocratique : « *ils sont désireux d'engager la planète dans leur combat mais tout en renonçant* […] *aux outils qui accompagnent et représentent le pouvoir politique. Parallèlement à cela, ils doivent* […] *présenter un esprit de tolérance cosmopolite en accord avec l'ensemble des cultures étrangères et des différents systèmes politiques* »[1441]. Pour le dire autrement, les internationalistes préfèrent s'imaginer en dehors de toute tension politique, ayant pour mission de « dire la vérité aux dirigeants »[1442] (« projet technocratique »), et ils préfèrent traduire leurs aspirations libérales en des termes universels (« projet cosmopolite »).

On aura compris que, du point de vue pragmatique, le problème est avant tout que les internationalistes s'engagent dans des projets humanistes comme s'ils étaient bons par nature, sans réfléchir à leur portée ou à leur résultat. « *There is the sense that doing 'international law' or 'human rights' or 'free trade' or by working for institutions that are committed to 'refugees', 'humanitarian law', or 'human security' is* by itself *a progressive move, and that joining the native speakers of those idioms is automatically a beneficial move to accomplish* »[1443]. Or, à quel titre les projets menés par les internationalistes feraient-ils nécessairement partie de la solution et non pas du problème ? Répondre à cette question n'est pas chose aisée, dans la mesure où le droit international offre aussi « *aux pilleurs environnementaux, comme au criminel de guerre ou à celui qui viole des droits de l'homme,*

[1440] Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », pp. 327-357, *in The Dark Sides of Virtue*, *supra* note 1437.
[1441] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », pp. 98-99, *in Nouvelles approches de droit international*, *supra* note 1411. Cet état d'esprit est particulièrement visible dans les entretiens menés par Antonio Cassese avec cinq internationalistes de renom. Voir Cassese (A.), *Five Masters of International Law…*, *supra* note 1324.
[1442] De la formule anglaise : « *speaking truth to power* ». Kennedy (Da.), « The International Human Rights Mouvement: Part of the Problem? », p. 28, *in The Dark Sides of Virtue*, *supra* note 1437.
[1443] Koskenniemi (M.), « The Politics of International Law – 20 Years Later », *EJIL*, vol. 20, 2009, p. 12.

un confort et une protection non négligeables »[1444]. Un peu comme des enfants terribles, les pragmatistes stratégiques mettent en avant les aspects sombres (« *dark sides* ») du droit international, à commencer par le mouvement des droits de l'homme (a) et l'entreprise de reconstruction des sociétés ravagées par la guerre (b).

a) Le mouvement des droits de l'homme

Le mouvement des droits de l'homme est problématique à plusieurs égards[1445]. Il a tendance à occuper toute la place, faisant obstacle à d'autres alternatives qui veulent parvenir à une justice économique ou à une solidarité sociale, ou à d'autres mouvements d'émancipation qui pourraient être plus efficaces dans leurs actions (comme les mouvements religieux, ceux défendant des traditions locales, etc.). « *Il existe différents moyens d'accéder à la justice sociale. La défense des droits de l'homme en est un, mais pas toujours le plus approprié* »[1446]. Ce monopole est d'autant plus problématique sachant que les problèmes collectifs (tels que la pauvreté, les maladies pandémiques, etc.), parce qu'ils ont du mal à être articulés dans le vocabulaire des droits, sont souvent occultés par le mouvement des droits de l'homme[1447].

Le mouvement des droits de l'homme tend aussi à démentir le fait qu'il permet d'excuser le comportement des gouvernements, en établissant des règles spécifiques à un domaine d'action. « *Une interdiction formelle et respectée de la peine de mort, par exemple, peut facilement rendre inaperçues les mauvaises conditions générales de détention dans le pays* »[1448]. Lorsque les droits-de-l'hommistes sont conscients de ces problèmes, il leur est difficile de mesurer les véritables tenants et aboutissants de leur travail[1449]. Lorsque le HCR distribue des briques (en provenance d'Europe) aux réfugiés libériens qui vivent depuis plus de dix ans dans des campements précaires en Guinée, par exemple, on peut penser qu'il y a là consécration du droit à un logement décent. Or, cette bonne intention a eu pour effet de concurrencer et, peu à peu, de détruire l'industrie locale de production de briques. Le geste du HCR a eu pour effet d'augmenter la précarité économique

[1444] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts : la politique de la gouvernance mondiale », p. 261, *in Nouvelles approches de droit international*, *supra* note 1411.
[1445] Voir Kennedy (Da.), « Human Rights: Part of the Problem? », pp. 3-35, *in The Dark Sides of Virtue*, *supra* note 1437. Barreto (J.-M.), « Rorty and Human Rights. Contingency, Emotions, and How to Defend Human Rights-Telling Stories », *Utrecht L. Rev.*, vol. 7, n° 2, 2011, pp. 93-112.
[1446] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 101.
[1447] Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *The Modern Law Review*, vol. 74, n° 1, 2011, pp. 57-78.
[1448] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 101.
[1449] Pellet (A.), « « Droits-de-l'hommisme » et droit international », conférence donnée le 18 juillet 2000 devant la Commission de droit international, 17 p.

de la population guinéenne, et donc les tensions entre elle et les réfugiés libériens[1450].

b) La reconstruction des sociétés d'après-guerre

Les aspects sombres des projets humanistes sont encore plus visibles dans les sociétés d'après-guerre, que ce soit au Timor oriental, au Cambodge, en Afghanistan ou au Libéria. Les professionnels du monde humanitaire y ont développé une sorte de « boîte à outils », applicable en temps de transition ou de reconstruction, et qui favoriserait l'émergence de régimes politiques démocratiques et respectueux des droits de l'homme. Comme l'observe Vasuki Nesiah, « *the project is seen as a pragmatic and non-political effort to fight the turbulence of violent conflict through the promise of a democratic order that is a prequel to democratic politics* »[1451]. Ont été élaborés des séries de « meilleures pratiques », des modèles de « bonne gouvernance » et des mécanismes préfabriqués de mise en œuvre. Des expatriés, dotés de pouvoirs législatifs et exécutifs importants, travaillent sur place en même temps qu'ils envoient les élites politiques locales étudier dans des États-modèles : en Allemagne pour la représentation proportionnelle, au Canada ou en Suisse pour le fédéralisme, en Afrique du Sud pour la justice transitionnelle, en Irlande du Nord pour les réformes policières, et ainsi de suite[1452]. « *Thus across a spectrum of issues post-conflict nation building has been channeled into a mobile industry of professionalized global expertise that can then be exported to new markets* »[1453].

Ce projet d'intervention technocratique mobilise une série de représentations de la violence et de la cruauté locale. Les dénonciations de massacres ou de génocides sont suivies d'une exhortation à intervenir et à mettre fin à l'impunité. Le problème est que ce discours éthique (ou cosmopolite) tend à évincer la critique, incitant la population locale à s'en remettre à la promesse d'un progrès à venir. « *The specter of mass violence functions to legitimate and shape this style of intervention at the expense of a closer interrogation of what is authorized in the name of rights in the shadow of war* »[1454]. Comme le montre Vasuki Nesiah, cette démarche n'est pas sans rappeler la projection qui est faite des ghettos urbains comme un lieu (pathologique et immoral) de crimes, ce qui a permis à l'État policier d'intervenir dans ces espaces de manière

[1450] Cet exemple est issu de ma propre expérience en tant que chargée de protection au sein du HCR en Guinée.
[1451] Nesiah (V.), « The Specter of Violence that Haunts the UDHR: The Turn to Ethics and Expertise », *Maryland J. of Int'l L.*, vol. 24, 2009, p. 137.
[1452] Bhuta (N.), « Against State-Building », *Constellations*, vol. 15, n° 4, 2008, pp. 517-542.
[1453] Nesiah (V.), « The Specter of Violence that Haunts the UDHR… », *supra* note 1451, p. 141.
[1454] *Ibid.*, p. 136.

particulièrement musclée[1455].

2) Le droit international en tant que pratique stratégique

Ces propos conduisent à repenser le droit international de fond en comble. Il n'est plus possible de le voir comme un ensemble de règles, de procédures et d'institutions grâce auquel nous arriverions, peu à peu, à former une société cosmopolite universelle : « *we should take a break from the project of elaborating, celebrating, adumbrating a normative humanist universalism* »[1456]. Il faut définir plus précisément nos objectifs et œuvrer de manière plus stratégique pour les atteindre. C'est que nous parlons désormais le même langage que ceux qui sont au pouvoir, que ceux qui nous gouvernent, et notamment ceux qui planifient et se battent en temps de guerre (a). Nous ne pouvons donc plus nous cacher derrière le formalisme juridique (b).

a) Le droit moderne de la guerre

Selon David Kennedy, le droit moderne de la guerre (« *modern law of warfare* ») constitue la meilleure illustration du pragmatisme humaniste, de ses forces comme de ses faiblesses. Né au lendemain de la seconde guerre mondiale, le droit moderne de la guerre transcende la distinction « classique »[1457] entre le *jus in bello* et le *jus ad bellum*, en proposant « *an integrated way of thinking about warfare, which combines elements of the human rights tradition, as well as the traditions of humanitarian law and collective security* »[1458]. De sorte que tout le monde utilise aujourd'hui le langage du droit de la guerre : le CICR, l'ONU, les agences de secours humanitaire, les militaires, les miliciens, les politiciens, etc. La question pour les internationalistes ne peut donc plus être celle de formuler les problèmes sous l'angle de la revendication de droits et/ou de devoirs, mais de comprendre ce qu'implique le fait de participer à la gestion du régime de la guerre. Car les internationalistes participent bel et bien à cette gouvernance ; ils ne sont plus seulement son détracteur. Cette participation était l'objectif recherché par les

[1455] « *The framing of human rights through the foregrounding of this backdrop of violence shapes post-conflict interventions as the indispensable, politically neutral ingredient to engage with, and overcome, incendiary violence and its accompanying brutalities* ». *Ibid.*, p. 151.
[1456] Kennedy (Da.), « « One, Two, Three, Many Legal Orders… », *supra* note 1431, p. 255.
[1457] Le recours à ces formules latines daterait en réalité du début du 20ème siècle. Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », p. 242, *in The Dark Sides of Virtue*, *supra* note 1437.
[1458] *Ibid.*, p. 237. Les principes de proportionnalité et de nécessité sont devenus les principes cardinaux du droit humanitaire de La Haye et de Genève. Ces principes ont permis au droit de la guerre d'infiltrer le vocabulaire militaire, tout en se mélangeant avec les nouveaux vocabulaires des droits de l'homme et de la justice pénale. La chape de ce système est la Charte des Nations Unies, qui « *avait été présenté*[*e*] *au départ comme un effort de monopolisation de la force* [*et qui*] *est devenu*[*e*] *un régime constitutionnel cherchant à légitimer toute justification de la guerre* ». Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 112.

internationalistes qui ont développé le droit moderne de la guerre. Il s'agissait, pour les humanistes, d'infiltrer le corps militaire, de l'inciter à chercher un équilibre acceptable et de peser les « pour » et les « contre » afin d'humaniser les guerres. C'est pourtant là où le bât blesse. Alors que les militaires effectuent couramment des évaluations pragmatiques de leurs actions, les humanistes ferment trop souvent les yeux[1459].

D'un côté, les militaires ont complètement intégré le vocabulaire du droit de la guerre, qui leur demande d'effectuer un jugement pratique : est-ce que les coûts pour atteindre tel ou tel objectif sont proportionnels ou nécessaires ? Ce jugement est facilité par le fait que l'évaluation des coûts et des bénéfices a toujours fait partie de la culture militaire. « *Rare est le commandant qui ordonne l'exercice d'une violence « non nécessaire », « gratuite » ou « disproportionnée » et ce, pour la seule raison qu'une telle action serait un gaspillage de munitions* »[1460]. Les difficultés ne commencent donc que lorsque les militaires sont en désaccord avec les humanistes dans l'évaluation de ce qui serait acceptable. Or, à ce moment là, la flexibilité des principes humanitaires est telle qu'elle permet aux militaires de qualifier la mesure des autres forces armées d'excessive et leur riposte, de nécessaire ou proportionnelle : « *the standards of self-defense, proportionality, and necessity are so broad that they are routinely invoked to refer to the zone of* discretion *rather than limitation* »[1461]. Contrairement donc à ce qu'on pourrait croire, la promesse de peser les « pour » et les « contre » n'est pas totalement tenue par les militaires, puisque leurs actions reposent au final sur une décision discrétionnaire[1462].

De l'autre côté, le pragmatisme requis par le droit de la guerre est souvent ignoré par les humanistes. Ceux-ci accordent une valeur symbolique aux règles et aux institutions humanitaires, ce qui les empêche de parler de coûts et de bénéfices[1463]. Juste avant

---

[1459] « *We might say that the humanitarian policy maker's pragmatism rests on a foundation of absolute belief –while the military strategist's pragmatism is pragmatic all the way down* ». Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *ibid.*, p. 290.

[1460] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 108.

[1461] Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 290. Il ajoute que le pragmatisme humaniste s'accorde particulièrement bien avec les opérations techniquement sophistiquées et la culture des militaires américains. *Ibid.*, pp. 293-294.

[1462] Voici comment David Kennedy relate son expérience au sein du navire miliaire *USS Independence* : les officiers « *would say that each target had been carefully evaluated by lawyers and strategists for necessity and proportionality, and it was true that lawyers and strategists had signed off on each targeting decision. But the word "evaluate" covered a multiplicity of inquiries not undertaken. They did not, in fact, have a metric in mind for comparing enemy civilian lives with those of coalition pilots of for factoring a future deaths from cholera or anything else* ». *Ibid.*, p. 314.

[1463] Par exemple, l'existence d'une Cour pénale internationale semble, en elle-même, plus importante que son utilisation effective pour atteindre les objectifs humanitaires sur le terrain. Les propos enthousiasmes lors de sa création sont particulièrement révélateurs de cet état d'esprit. Voir par exemple Gallaroti (G.) et Preis (A.), « Toward Universal Human Rights and the Rule of Law: The Permanent International Criminal Court »,

l'intervention militaire des États-Unis en Iraq en 2003, la question centrale semblait être celle d'obtenir le consentement de la France au sein du Conseil de sécurité. Pour les pragmatistes, cette question témoigne d'un « *fétichisme institutionnel* »[1464] à l'égard des Nations Unies ; elle pose problème en ce qu'elle délaisse le calcul des coûts et des bénéfices pour entrer dans le domaine de la « *vertu absolue* »[1465]. C'est comme si rien ne s'opposait à une action militaire dès lors qu'elle est avalisée par l'ONU, comme si le nombre de civils tués ne pouvait pas véritablement affecter la légitimité de l'ONU.

Au final, écrit David Kennedy, si l'on confrontait les uns et les autres à la question « *combien de personnes civiles un militaire peut-il tuer dans le cadre de sa mission ?* », on ne recevrait pas de réponse claire. Les militaires se réfugieraient dans un devoir de discrétion (« *c'est une question de jugement* »), tandis que les humanistes invoqueraient une règle absolue (« *il est interdit de prendre les civils pour cible* »). Ces positions sont insatisfaisantes, car elles ne représentent pas une attitude pragmatique responsable. Les deux fuient devant le moment politique de la décision. « *This tendency to pull back just when the decision point arrives suggests that the modern law of force is not as pragmatic as it seems* »[1466].

b) L'impossible retour au formalisme juridique

Une « danse »[1467] : voilà comment est décrite la relation entre les militaires et les humanistes. Quand l'un avance, l'autre recule ; leurs gestes sont étroitement liés. Mais ce sont les militaires qui mènent la danse. Et pour changer cela, les bonnes intentions dont les humanistes font preuve en poursuivant leurs projets « *doivent maintenant faire place à une réflexion*

Australian J. of Int'l Affairs, vol. 53, n° 1, 1999, pp. 95-111. Cassese (A.), « The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections », *EJIL*, vol. 10, n° 1, 1999, pp. 144-171. O'Connor (G.), « The Pursuit of Justice and Accountability: Why the United States Should Support the Establishment of an International Criminal Court », *Hofstra L. Rev.*, vol. 27, n° 4, 1999, pp. 927-977. Van Schaack (B.), « The Establishment of the Permanent International Criminal Court: An International Symposium », *Chinese Yearbook of Int'l L. and Affairs*, vol. 17, 1999, pp. 1-61. Williams (S.), « Light Out of Darkness: The New International Criminal Court », pp. 23-29, *in The Impact of International Law on the Practice of Law in Canada: Proceedings of the 27th Aanual Conference of the Canadian Council on International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, VII-164 p. Schabas (W.), « International Criminal Court: The Secret of Its Success », *Criminal L. Forum*, vol. 12, n° 4, 2001, pp. 415-428. Sadat (L.), *The International Criminal Court and the Transformation of International Law. Justice for the New Millenium*, Ardsley, New York, Transnational, 2002, XVIII-566 p. Scheinin (M.), « From Nuremberg to the International Criminal Court », pp. 465-470, *in* Taipale (I.), *War or Health?*, London, Zed, 2002, XIX-652 p.

[1464] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 115.

[1465] *Ibid.*, p. 114. Il écrit ailleurs : « *Current costs are discounted, future benefits promised, less as pragmatic calculation of policy than as expression of ideology* ». Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 279.

[1466] *Ibid.*, p. 311. Voir aussi Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », *supra* note 1440, pp. 330-332.

[1467] *Ibid.*, pp. 339-340.

sur le pouvoir qui soit pragmatique, conséquente et fonctionnelle, en un mot réaliste »[1468]. Nous devons reconnaître l'ampleur de notre participation à la gouvernance mondiale et notre implication dans les décisions difficiles qui doivent être prises. Il faut évaluer les coûts et les bénéfices de nos actions, de l'utilisation que nous faisons du vocabulaire juridique. Tel est le message que David Kennedy adresse aux internationalistes :

> « *where we have ignored the consequences of our work, mistaking our own involvement –our institutions, adherence to our norms– for humanitarian effects, we should redouble our efforts to be pragmatic, to disenchant our tools and ourselves, to weigh more carefully the benefits and costs of apparent successes and be guided by consequences rather than forms* »[1469].

Il ne faut pas croire qu'il s'agit là d'une erreur de parcours et qu'on pourrait revenir à un formalisme juridique (« *we were better off when humanitarians, however unpersuasive their rhetoric, stood apart in a culture of ethically self-confident formalism* »[1470]). Non seulement cela idéaliserait le passé – et notamment le fait que le CICR a toujours flirté avec les militaires– mais cela reviendrait aussi à nier que la déformalisation du droit était voulu par les internationalistes eux-mêmes[1471]. Prenons par exemple la perte de vie humaine au sein de la population civile en cas de conflits armés. Les internationalistes savent depuis plus d'un siècle qu'il est impossible (ou irréaliste) d'interdire des victimes au sein de la population civile, que leur mort soit la conséquence involontaire des combats ou que les individus aient été délibérément pris pour cible par les belligérants. Même dans les situations où les parties au conflit semblent déterminées à respecter les obligations qui leur incombent en vertu du droit international humanitaire, les opérations militaires causent souvent de nombreuses pertes civiles et d'importants dommages aux biens de caractère civil. C'est pourquoi les internationalistes ont cherché à limiter ces dommages et à assurer une protection aux populations civiles en cas de conflits armés : « *humanitarians have sought to* limit *damage to civilians by promoting respect for the* principle *of distinction, and the standards of necessity and proportionality* »[1472].

Ce vocabulaire déformalisé place les militaires et les humanistes sur un pied d'égalité, dans la mesure où les uns et les autres sont appelés à calculer le nombre de victimes civiles

---

[1468] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 106.
[1469] Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », *supra* note 1440, p. 328.
[1470] Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 309.
[1471] « [*T*]*he whole point was to render the law of force more pragmatic, and it seems difficult to imagine a persuasive alternative to strategic thinking* ». *Ibid.*, p. 320.
[1472] Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », *supra* note 1440, p. 330. « *The pragmatism of this new regime—as opposed to its idealism or its wishful thinking—lies in the transformation of the law in war from a system of restraint into a vocabulary for judgment, or, more accurately, for debates about judgment* ». Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 295. Voir aussi Kennedy (Da.), « International Humanitarianism: The Dark Sides », *The Int'l J. for Non-Profit L.*, vol. 6, n° 3, 2004.

acceptable. Il est possible qu'ils arrivent à des évaluations différentes[1473], de sorte que les humanistes devront défendre leur capacité de jugement et de discernement. C'est pourquoi ils ne peuvent plus se cacher derrière le formalisme juridique : « *the price of pragmatism has been the experience of indeterminacy –the feeling that humanitarian policy pronouncements are open to successful challenge and reinterpretation* »[1474].

En résumé, les pragmatistes stratégiques refusent d'entrer dans le débat technique sur la fragmentation. La question à laquelle la discipline doit impérativement répondre n'est pas celle du maintien ou non de l'unité juridique ; il faudrait plutôt s'intéresser à la façon dont les internationalistes mettent en œuvre leurs projets, en alliant technocratie et cosmopolitisme :

> « *The difficulty is that* [*lawyers*] *are seeming –to themselves, and to the world– both to be strategic and to sit in judgment, both to be ethically humanitarian and to be realistically pragmatic, allowing the invocation of each to substitute for the firm deployment of either. In creating these effects, they lose track of their own distance with both virtue and calculation –remaining blind to their strategic engagement with power* »[1475].

§2. POUR UN ENGAGEMENT LUCIDE

Cet appel à un plus grand pragmatisme est loin de faire l'unanimité au sein de la discipline. Voici les commentaires critiques que Costas Douzinas adresse à David Kennedy : « *Abandoning legal text and high diplomacy, Kennedy calls for a turning of political praxis into technique, legal formulae into sociological and psychological analyses and lawyers into political and military advisers and policy-makers. But to what end? Why should lawyers abandon their traditional terrain of textual interpretation, argumentation and practical reasoning for the reason of state?* »[1476]. Le projet du pragmatisme stratégique serait vulnérable à la critique de l'apologie : si le contenu du droit est rapporté à une évaluation des coûts et des bénéfices, c'est-à-dire à une évaluation de ce qu'il y a mieux à faire selon l'objectif recherché, n'y a-t-il pas le risque d'une dilution inévitable du droit dans la politique ? Le pragmatisme stratégique ne vient-il pas nier toute valeur intrinsèque non instrumentale au droit et donc à faire de celui-ci un simple instrument, accessible aux juristes dans leurs pratiques professionnelles quotidiennes ? Selon ces critiques, le pragmatisme stratégique ne

---

[1473] Les humanistes doivent mettre en balance le nombre de vies civiles sacrifiées pour atteindre un objectif de guerre (et arriver finalement à la paix), tout en faisant attention à ne pas éroder leur engagement humanitaire. Les militaires doivent faire le même genre de calcul, mais en étant attentifs au succès de leur mission et à la légitimité de leur profession.

[1474] Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 315.

[1475] *Ibid.*, p. 320.

[1476] Douzinas (C.), *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, London, Routledge, 2007, p. 220.

serait qu'une forme déguisée du pluralisme managérial, qui réduit le droit international à une technique de gouvernementalité.

Ce rapprochement n'est pas voulu par les pragmatistes stratégiques. Loin de vouloir faire l'apologie du pouvoir, ils dénoncent « *la tendance du vocabulaire dominant à dépolitiser les enjeux et à réduire les possibilités de contester les décisions qui ont des effets sur la distribution des richesses et des pouvoirs à cause de l'extension de la technocratie dans la gestion de l'ordre international* »[1477]. Aussi, ils examinent la spécialisation fonctionnelle du droit non pas sous l'angle du binôme efficacité/légitimité, mais plutôt sous l'angle critique de l'expertise (A). Les régimes spécialisés sont peuplés d'experts (en droit de la santé, en droit de la mer, en droit communautaire, etc.), qui partagent une sensibilité disciplinaire ainsi qu'une histoire intellectuelle commune[1478]. Ce sont eux qui gèrent les normes et les institutions qui constituent l'arrière-plan des politiques globales. Et ce sont eux qui sont visés, lorsque les pragmatistes invoquent la responsabilité qui vient avec le pouvoir politique, c'est-à-dire « [*the*] *feeling of responsibility* […] *when one must decide without knowing, without having calculated costs and benefits or reached clarity about the requirements of virtue –when one must decide in freedom* »[1479] (B).

A) CONTESTER LE RÈGNE DES EXPERTS

C'est un fait largement relayé que la mondialisation a favorisé « *la montée des experts* »[1480] et que ces derniers jouent un rôle de plus en plus important dans la gouvernance mondiale. « *Across the globe, experts communicate with one another in common vernaculars, their significance in every national system enhanced at the expense of conventional politicians by the processes we so often refer to as*

[1477] Bachand (R.), « Présentation », p. 18, *in Nouvelles approches du droit international*, *supra* note 1352.
[1478] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 250.
[1479] Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », *supra* note 1440, p. 342.
[1480] Cette expression est couramment utilisée dans les études sociologiques de l'expertise. Parmi la littérature contemporaine bourgeonnante sur le sujet, voir Druet (P.), Kemp (P.) et Thill (G.), « Le rôle social de l'expert et de l'expertise », *Esprit*, 1989, n° 100, pp. 56-67. Berrebi-Hoffman (I.) et Lallement (M.), « À quoi servent les experts ? », *CIS*, vol. 1, n° 126, 2009, pp. 5-12. Hermitte (M.-A.), « L'expertise scientifique à finalité politique. Réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, vol. 8, 1997, pp. 79-103. Weingart (P.), « Scientific expertise and Political Accountability: Paradoxes of Science in Politics », *Science and Public Policy*, vol. 26, n° 3, 1999, pp. 151-161. Turner (S.), « What's the Problem with Experts? », *Social Studies*, vol. 31, n° 1, 2001, pp. 123-149. Rudolf (F.), « Deux conceptions divergentes de l'expertise dans l'école de la modernité réflexive », *CIS*, vol. 1, n° 114, 2003, pp. 35-54. Cadiou (S.), « Savoir et action politique : un mariage de raison ? L'expertise en chantier », *La documentation française. Horizons stratégiques*, vol 1, n° 1, 2006, pp. 112-124. Trépos (J.-Y.), *La sociologie de l'expertise*, Paris, PUF, 1996, 127 p. Bérard (Y.) et Crespin (R.) (*dir.*), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Res publica », 2010, 276 p. Selinger (E.) et Crease (R.) (*eds.*), *The Philosophy of Expertise*, New York, Columbia University Press, 2006, 421 p.

'globalisation' »[1481]. Les décisions politiques sont aujourd'hui justifiées au nom des « exigences de la réalité » définies par toute sorte d'experts. Les interrogations relatives à la figure moderne de l'expert, à son action et à sa fonction sociale dépassent donc largement le domaine du droit. En philosophie, en économie, en science politique et en sociologie, etc., se constate un intérêt renouvelé pour la production, la diffusion et l'appropriation des connaissances, ainsi que le rapport savoir/pouvoir[1482]. Le champ du « risque » fait l'objet d'une attention particulière, du fait qu'il rend le savoir scientifique plus indispensable que jamais (en matière de santé, de sécurité, etc.), mais qu'il met aussi en évidence ses incertitudes et ses controverses, remettant en cause la légitimité de sa forme traditionnelle[1483].

Dans le même ordre d'idées, les pragmatistes s'interrogent sur le rôle des experts juridiques. Car, bien qu'ils se définissent par opposition à la politique, les experts juridiques sont amenés à prendre des décisions politiques importantes, qui affectent la distribution des biens matériels et spirituels entre les individus[1484]. Si l'on veut que ces décisions soient reconnues comme telles (« politiques »), il faut au préalable comprendre comment fonctionne l'expertise. Pour cela, il faut effectuer une cartographie (1) ainsi qu'une sémiotique de l'expertise juridique (2).

1) UNE CARTOGRAPHIE DE L'EXPERTISE JURIDIQUE

L'expertise juridique peut se comprendre tour à tour comme une technique, un langage, une « culture »[1485] et une pratique professionnelle de gens qui poursuivent un projet commun. Les pragmatistes stratégiques veulent éviter les travers de la tradition sociologique, qui met l'accent sur les forces impersonnelles et le contexte, et qui donc relativise la responsabilité des

---

[1481] Kennedy (Da.), « Challenging the Expert Rule: The Politics of Global Governance », *Sydney L. Rev.*, vol. 27, 2005, p. 2.

[1482] La séparation classique (wébérienne) entre le savant et la politique est remise en cause, bien souvent avec l'objectif de repenser le rôle de l'expertise dans la théorie démocratique libérale. Dans le meilleur des cas, la montée des experts serait liée à un « *nouveau type de gouvernance* » (Chateauraynaud (F.), « Les mobiles de l'expertise. Entretien avec Francis Chateauraynaud », *Experts*, n°78, 2008, p. 2), capable de fonder « *des modes nouveaux de régulation des espaces politiques* », (Paradeise (C.), Joly (P.-B.) et Cauchard (L.), « Les nouveaux espaces politiques de l'expertise », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 9 juillet 2010). Dans le même ordre d'idées, voir aussi Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, spé. pp. 204-253

[1483] Granjon (C.), « L'expertise scientifique à destination politique », *CIS*, vol. 1, n° 114, 2003, pp. 175-183. Sur la société moderne en tant que « distributrice de risques », voir Beck (U.), *La société du risque*…, *supra* note 734, p. 35.

[1484] Pour une analyse en français de l'expert en droit international, voir Ríos Rodriguez (J.), *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 362 p.

[1485] Nesiah (V.), « The Specter of Violence that Haunts the UDHR… » *supra* note 1451, p. 135. On pense aussi à Snow (C.P.), *The Two Cultures*, intro. par S. Collini, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, 107 p.

experts en même temps qu'elle légitime leurs décisions[1486]. Ils veulent aussi éviter l'aporie de la position défendue par les pragmatistes éclectiques qui, on le verra, justifient tout au nom du contexte. Pour cela, les pragmatistes stratégiques distinguent le contexte de l'« arrière-plan ».

Dans un article intitulé « *Contester le règne des experts : la politique de gouvernance mondiale* », David Kennedy opère une distinction entre le contexte, l'arrière-plan (« *background* ») et l'avant-plan (« *foreground* »)[1487]. Le contexte renvoie à l'opération des forces impersonnelles (comme les moyens de production), tandis que le terme « *background* » désigne le travail de ces personnes *autres* que celles qui semblent être responsables des décisions visibles à l'avant-plan (« *foreground* »). L'avant-plan est occupé par les législateurs nationaux, les chefs d'État et les personnalités internationales telles que le Secrétaire-général de l'ONU, tandis que l'arrière-plan est occupé par les experts. Et c'est sur l'arrière-plan que David Kennedy concentre son attention, parce qu'il « *est frappant de constater à quel point nous sous-estimons le rôle des experts, en renvoyant à la fois au contexte et au premier plan* »[1488].

Afin de prendre en compte le travail des experts, il faut arrêter de penser que tout ce qui ne se situe pas au premier plan de la décision politique est le produit d'une inéluctable nécessité du contexte[1489]. Lorsque nous ne nous préoccupons que de l'avant-plan (les réunions entre chefs d'État, les discours tenus au Conseil de sécurité, etc.) ou que du contexte (les intérêts de la classe dominante, l'impérialisme, la soif du pétrole, etc.), nous sous-estimons l'importance de ceux qui prennent des décisions à l'arrière-plan. Lors de la guerre en l'Irak en 2003, par exemple, nous avons sous-estimé le pouvoir du « *consensus des experts* »[1490], à savoir le consensus voulant que l'Irak possédait des armes de destruction massive, que la crédibilité américaine était en jeu, que quelque chose devait être fait, que le jeu de dominos finirait sûrement par

---

[1486] Soit c'est la faute du contexte, soit c'est la responsabilité des individus en avant-plan (mais qui sont liés par le contexte). Quoi qu'il en soit, les experts demeurent invisibles. Voir Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 236. Pour une critique de cette position, voir Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *supra* note 1447, p. 77.

[1487] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *ibid.* Une démarche similaire caractérise les travaux d'Antoine Vauchez. Vauchez (A.), « À quoi « tient » la Cour de justice des Communautés européennes ? », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 250. Cet auteur fait partie d'une équipe de chercheurs s'intéresse à l'expertise juridique dans le cadre européen. Voir, à titre indicatif, Cohen (A.), « Dix personnages majestueux en longue robe amarante », *RFSP*, vol. 60, n° 2010, pp. 227-246. Rask Madsen (M.), « La fabrique des traités européens », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 271-294. Bailleux (J.), « Comment l'Europe vient au droit », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 295-318.

[1488] *Ibid.*, p. 236.

[1489] « *On ne mesure jamais aussi bien la force du droit, et le magistère des légistes, que lorsqu'il apparaît ainsi comme allant de soi (« naturel », « logique », « évident », etc.) à ceux-là même à qui il s'impose – et au premier chef à ceux qui font pourtant profession de l'analyser* ». Cohen (A.) et Vauchez (A.), « Sociologie politique de l'Europe du droit », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 223.

[1490] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 243.

s'écrouler. « *Nous savons maintenant que, bien que les événements du 11 septembre aient créé l'opportunité d'envahir l'Irak, la campagne lancée contre l'Irak avait en fait commencé depuis longtemps –pas simplement parce que les élites dirigeantes, la famille Bush par exemple, étaient « obsédées » par l'Irak, mais plus important aussi, parce que toute la machinerie administrative avait été mise en marche, avec ses propres exigences de calendrier et de crédibilité* »[1491]. L'invasion en Irak a été préparée à l'arrière-plan technocratique ; elle a gagné du terrain par le biais de milliers de petites décisions budgétaires, administratives, politiques, rhétoriques, privées, etc.

Mettre la lumière sur l'arrière-plan permet de relativiser la marge de manœuvre dont disposent les hommes politiques situés à l'avant-plan. On peut en effet se demander quelle marge de manœuvre disposait le président Bush pour annuler l'opération en Irak[1492]. Mais mettre la lumière sur l'arrière-plan permet aussi (et surtout) de montrer que les événements tels que la guerre en Irak sont le produit du droit : « *le droit dans la guerre qui légitime l'objectif ; le droit de la guerre qui fournit le vocabulaire pour apprécier la légitimité ; le droit de la souveraineté qui définit et limite les prérogatives de Saddam, et qui a structuré l'occupation ; sans oublier le droit commercial, les règles de gestion financière, les régimes de droit privé, grâce auxquels l'Irak a détourné le régime des sanctions –et par le biais duquel la coalition a élaboré sa réponse* »[1493]. Pour le dire autrement, l'utilité du concept d'« arrière-plan » tient à ce qu'il montre que les problèmes globaux (les guerres, la famine, la pauvreté, l'exploitation économique, etc.) ne sont pas des faits qui surviennent en dépit du droit et des bonnes intentions humanistes ; au contraire, ces problèmes sont le produit de décisions prises par les experts juridiques.

Forts de ce concept, les pragmatistes déplorent le fait que, lorsque les internationalistes cherchent à faire quelque chose, ils s'adressent généralement aux centres de décision politique qui se situent à l'avant-plan, en exigeant davantage de résolutions, de réglementations, de procédures, etc. Pourquoi ne s'intéressent-ils pas à l'arrière-plan et au pouvoir dont disposent les experts en matière de distribution des ressources au sein de la société ? L'une des raisons avancées pour expliquer le peu d'intérêt de la discipline est son image de l'arrière-plan, c'est-à-dire de l'expertise. Notre image de l'expert est souvent celle d'un savant qui parle, non pas la langue des intérêts ou de l'idéologie, mais bien celle des questions méthodologiques, de la

---

1491 *Ibid.*, *loc. cit.*

1492 « *Les États-Unis s'étaient engagés à renverser Saddam Hussein –un engagement dont l'élan politique et bureaucratique n'aurait pu être brisé sans encourir toutes sortes de dépenses supplémentaires– bien avant que la décision explicite ne relève du Président* ». *Ibid.*, *loc. cit.*

1493 « *Le droit relatif à l'usage de la force des Nations Unies a fait que ces règles de* background *semblent être de simples faits et n'ont pas fait l'objet de véritables choix* ». *Ibid.*, p. 245. Les accents sont omis.

nécessité empirique ou des pratiques techniques. Les experts eux-mêmes répugnent à considérer leur travail en des termes ouvertement politiques. « *Ils conseillent, ils interprètent, mais ils ne gouvernent pas. Leurs vocabulaires sont ceux du conseil, de la mise en œuvre, de la technique, du savoir-faire –utiles pour limiter et canaliser le pouvoir des* autres »[1494]. En somme, les experts juridiques maintiennent cette image d'eux-mêmes en affirmant que le « politique » se situe en dehors de leur domaine d'action. L'expertise se présente elle-même comme un « *intéressement désintéressé* »[1495], pour reprendre la formule de Pierre Bourdieu.

Cette image est immédiatement confrontée à deux difficultés. En premier lieu, il faut reconnaître que ce sont souvent les experts qui décident de ce qu'est le contexte et de ce qu'est l'avant-plan, en distinguant par exemple la réglementation publique de la réglementation privée, les facteurs institutionnels des préférences personnelles des acteurs, etc. « *Ce sont toujours les experts qui déterminent si quelque chose fait partie du contexte et qui en analysent les conséquences* »[1496]. Or, une grande partie du contexte peut aussi être considérée comme relevant de l'arrière-plan ou, pour le dire plus directement, comme étant le résultat du travail des experts. « *Supposons que Mahrk, un australien, paie Phred, un indonésien, cinq dollars par jour de travail à Jakarta* », écrit David Kennedy[1497]. Il est évident que le salaire de Phred ne tient pas à la fatalité mais qu'il a été influencé par des décisions, de nature publique et privée, en Indonésie et ailleurs. En deuxième lieu, il faut admettre que les hommes politiques parlent aujourd'hui la langue des experts. De plus en plus, ce sont les termes de l'expertise professionnelle qui fournissent le cadre des débats et des décisions politiques. Cela signifie que tout ce qui se trouve au premier plan de la vie politique peut aussi être considéré comme le travail des experts et le produit de leur expertise. Tant et si bien que « *le premier plan et le contexte pourraient bien se révéler être l'effet pratique du background* »[1498].

2) UNE SÉMIOTIQUE DE L'EXPERTISE JURIDIQUE

Pour mieux cerner les effets du *background*, David Kennedy élabore une sémiotique de l'expertise. Il s'intéresse au rôle de l'expertise en ce qu'elle limite la discrétion des experts. Car autant il est difficile de souscrire à l'image que les experts projettent d'eux-mêmes, autant nous

[1494] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 245. Voir aussi Koskenniemi (M.), « International Law and Politics… », *supra* note 1370, p. 150.
[1495] Bourdieu (P.), *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994, p. 161.
[1496] *Ibid.*, p. 237. Les accents sont omis.
[1497] I*bid.*, *loc. cit.*.
[1498] *Ibid.*, p. 247.

savons qu'ils ne peuvent pas dire n'importe quoi. « *La difficulté est de comprendre exactement de quelle manière l'expertise limite la liberté des experts et affaiblit la possibilité d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable* »[1499].

Sa thèse consiste à dire que les experts, au travers de leurs désaccords et de leurs échanges, développent un « *vocabulaire professionnel commun* »[1500] avec lequel ils peuvent avancer un certain nombre d'arguments et adopter certains modes de persuasion. Munis de ce vocabulaire, ils peuvent partager certaines idées qui sont à la mode pendant un temps, puis qui deviennent désuètes. Ce fut le cas du Nouvel ordre économique international (NOEI), dont l'instauration dans les années 1960-1970 devait permettre aux États issus de la décolonisation de participer effectivement à la vie internationale. Ceci dit, les experts partagent aussi un ensemble de problématiques à propos desquelles ils sont en désaccord[1501]. Dans le cadre du NOEI, le droit de chaque État de contrôler ses richesses autorisait-il toute nationalisation ou fallait-il que celle-ci soit d'utilité publique ? L'indemnisation devait-elle se faire « *en conformité du droit international* »[1502] ou est-ce qu'une « *indemnité adéquate* »[1503], calculée par référence à la seule législation de l'État auteur de la nationalisation, suffisait ? Ce qui est important de comprendre, c'est que ces débats n'affectent pas le mode de pensée des experts ou leur style ; au contraire, les débats renforcent l'ensemble des présupposés que partagent les experts[1504]. Dans le cas du NOEI, il s'agissait de « *faire coexister la souveraineté avec la solidarité dans le cadre de la communauté internationale* »[1505], c'est-à-dire, d'une part, l'idée (de type communautariste) qu'il fallait réformer le système économique mondial pour y intégrer les États du Tiers-Monde et, d'autre part, l'idée (de type individualiste) qu'il fallait renforcer l'autonomie économique, l'intégrité territoriale et la souveraineté de ces États[1506].

En droit, les divergences entre les experts portent sur l'application de différentes normes (ou de principes ou de doctrines), car ce sont elles qui, toujours selon les experts, conduisent à des résultats différents. En matière commerciale, par exemple, les experts de l'OMC débattent

---

[1499] *Ibid.*, p. 249.
[1500] *Ibid.*, p. 251.
[1501] Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, Chicago, University of Chicago Press, 2ème éd., 1983, 284 p.
[1502] Résolution 1930 de l'Assemblée générale relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.
[1503] Résolution 3201 (1974) de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrant le Nouvel Ordre Économique International.
[1504] Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 252.
[1505] Ida (R.), « La structure juridique de la charte des droits et devoirs économiques des États », p. 127, *in* Girardot (R.), Ridder (H.), Sarin (M.) et Schiller (T.) (*eds.*), *New Directions in International Law. Essays in Honour of Wolfgang Abendroth*, Frankfurt, Campur Verlag, 1984, 592 p.
[1506] Pour les problèmes que ces idées engendrent, voir Martineau (A.-C), « The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law », *LJIL*, vol. 22, 2009, pp. 27-28.

à savoir si les politiques environnementales, les règles relatives à la protection de la propriété intellectuelle ou l'absence de mise en œuvre d'un minimum salarial constituent des barrières non tarifaires, contraires à la politique mondiale d'accès au marché. Pour justifier leurs réponses, les experts font référence à des théories (ou à des méthodes ou à des engagements politiques) plus larges, auxquelles ils associent leur réponse. Le recours à telle ou telle théorie vise à justifier ce qu'ils entendent par une « barrière » au libre-échange. Car tout semble, en effet, reposer sur le contenu de cette définition, puisque « *what counts as a 'trade barrier' or 'trade distortion' is not self-evident. In fact, the concept of a trade 'barrier' or 'distortion' is highly indeterminate* »[1507].

Cette analyse conduit les pragmatistes à soutenir que les divergences entre les positions tenues par les experts juridiques au cours de leurs débats (et qui sont définies dans les termes de leur expertise) sont, en réalité, beaucoup moins significatives que ce que les experts eux-mêmes veulent croire. D'un côté, les experts surestiment la solidité de leurs associations (*telle* théorie requiert l'application de *telle* règle/exception qui conduit à *tel* résultat). Ils défendent ces liens alors même qu'ils savent parfaitement que d'autres experts défendront d'autres associations qui, d'après leur expertise, seront tout aussi valables. De l'autre côté, les choix que font les experts n'affectent en rien leur mode de pensée, c'est-à-dire l'ensemble des présomptions qui « *ont tendance à être moins conscientes.* [*Ces présuppositions*] *semblent compatibles avec l'ensemble du spectre des théories, méthodes et engagements politique alternatifs qui sont le sujet des controverses de ce milieu professionnel* »[1508].

C'est pourquoi, si l'on veut élargir le champ des possibles et polariser les débats, il faut que les experts jettent un regard critique sur les présupposés de leur expertise. Cette démarche est importante car les institutions dans lesquelles évoluent les experts sont des « *espaces sociaux, où se jouent des stratégies, où se valorisent des capitaux, où se constituent des ressources, où se définissent des catégories, bref où des individus et des groupes tentent d'influer sur la distribution du pouvoir* »[1509]. C'est le cas des institutions juridiques européennes, comme l'ont montré Antonin Cohen et Antoine

[1507] Lang (A), « Legal Regimes and Professional Knowledges: The Internal Politics of Regime Definition », p. 115, *in* Young (M.) (*éd.*), *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, Cambridge, CUP, 2012, 346 p. Voir aussi Howse (R.), « From Politics to Technocracy - and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime », *AJIL*, vol. 96, n°1, 2002, pp. 94-117. Or, l'un des enseignements du réalisme juridique veut qu'il soit impossible de décider, sur le seul plan juridique, laquelle de deux règles cause un préjudice ou est discriminatoire. Est-ce le droit de passage du chemin de fer qui nuit au blé de l'agriculteur ou est-ce le droit de propriété de l'agriculteur qui impose un coût de transaction ? Pour trancher de manière définitive, il faudrait être capable de déterminer quel statut ou droit est « normal » et lequel ne l'est pas. Or, le fait de décider de ce qui est « normal » et de ce qui ne l'est pas « *est un acte de pouvoir originaire –une décision inévitable d'allocation des coûts* ». Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 242.
[1508] *Ibid.*, p. 252.
[1509] Cohen (A.) et Vauchez (A.), « Sociologie politique de l'Europe du droit », *supra* note 1489, p. 224.

Vauchez, qui forment un espace « *où se construit un « gouvernement » de l'Europe* »[1510].

B) RÉHABILITER LE MOMENT DE LA DÉCISION POLITIQUE

En somme, il faut repolitiser (ou polariser) l'expertise et accepter que les règles de droit ne peuvent pas, à elles seules, fonder une solution. C'est que les règles impliquent d'avoir fait certains choix politiques, alors même que ces choix ne font pas l'unanimité (1). Il faut encourager les experts juridiques à prendre conscience de leur responsabilité politique et à l'assumer (2).

1) LA POLARISATION DES DÉBATS

Pour ébranler la vision étriquée que les experts juridiques ont de leur marge de manœuvre, c'est-à-dire, pour déstabiliser le sentiment d'être liés par leur expertise, David Kennedy s'attaque aux présuppositions communes. C'est ainsi que Hilary Charlesworth comprend son travail :

> « *Part of Kennedy's project has been to work out how international lawyers participate in sustaining an unjust legal order while they also seek the role of effective humanitarian reformer. He is concerned with the way that reform agendas work to reinforce deep biases in international law. One of Kennedy's proposed methods is to destabilize the idea that international lawyers have a common set of values from which the best answers to the issues of international can be derived. Thus he is interested in retarding the emergence of an all-enveloping disciplinary middle ground* »[1511].

En matière de développement, par exemple, les juristes ont tendance à penser qu'il suffirait d'assurer la primauté du droit (*Rule of Law*) et de faire respecter les droits de l'homme pour qu'il y ait du développement. Mais les choses ne sont pas aussi simples. Le développement est un sujet controversé qui porte sur la distribution des ressources au service de la croissance économique et sur notre vision de la vie en société. L'idée selon laquelle le renforcement de la primauté du droit serait en soi une stratégie de développement « *laisse croire que le choix du droit pourrait remplacer les choix économiques et politiques difficiles qui sont au centre des décisions sur le développement depuis un demi-siècle. Le régime juridique offre certainement un cadre dans lequel on peut contester ces choix, mais il ne peut pas se substituer à eux. Cet espoir de substitution encourage les gens à accepter, passivement, les choix particuliers rattachés à un régime juridique comme s'ils étaient la seule*

[1510] *Ibid., loc. cit.*

[1511] Charlesworth (H.), « Author! Author! A Response to David Kennedy », *Harvard Human Rights J.*, vol. 15, 2002, p. 129.

alternative possible »[1512]. Autrement dit, en voulant recourir aux règles de droit pour échapper à l'analyse économique et aux choix politiques, on réduit non seulement le champ des possibles, mais on aboutit aussi à des consensus « mous »[1513].

Prenons l'idée que la formalisation du droit, au travers d'un système de reconnaissance et d'enregistrement des titres juridiques, est une mesure de développement économique[1514]. Les pragmatistes stratégiques cherchent à déstabiliser cette idée consensuelle en montrant qu'elle repose sur une acceptation tacite des titulaires des titres juridiques. Or, cela ne va pas de soi : lequel parmi les différents droits possibles choisit-on comme titre de propriété, celui de l'indien ou celui du colon ? Dans le même ordre d'idées, l'adoption de règles ou de procédures claires en matière d'investissement rend les investissements étrangers plus faciles, certes, mais cela se fait au détriment de ceux qui ont une bonne connaissance de la situation locale. « *Pour être en mesure de dire quoi que ce soit sur la relation entre la formalisation et le développement, nous aurions besoin d'une théorie sur la façon dont les avoirs des détenteurs de titres plutôt que des squatters, les avoirs des investisseurs étrangers plutôt que des investisseurs locaux, conduiront au type de croissance que l'on associe au développement* »[1515]. Qui plus est, la tendance des juristes à se concentrer sur la formalisation du droit minimise le rôle du secteur informel dans la vie économique. Cette minimisation ne va pas de soi, dans la mesure où le secteur informel est souvent productif sur le plan économique, et il est souvent accompagné d'une certaine sécurité, régularité et transparence. « *La question est plutôt de savoir : la sécurité pour qui ? La transparence pour qui ?* »[1516]. Cette question mériterait d'être formulée explicitement.

2) L'ÉTHIQUE DE LA RESPONSABILITÉ

Au final, les internationalistes sont invités à prendre conscience du pouvoir politique dont ils disposent et à assumer la responsabilité qui leur incombe en tant qu'experts dans la gouvernance mondiale. « *Internationalists are used to thinking that we have a robust international political*

[1512] Kennedy (Da.), « Droit et développement », p. 210, *in Nouvelles approches du droit international*, *supra* note 1352.
[1513] *Ibid.*, p. 214.
[1514] Telle est l'une des thèses défendues par De Soto (H.), *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, London, Bantam Books, 2000, 276 p. Pour une critique explicite dans le cadre des réformes au Sri Lanka, voir Nesiah (V.), « The Specter of Violence that Haunts the UDHR… », *supra* note 1451, pp. 145-146.
[1515] Kennedy (Da.), « Droit et développement », *supra* note 1512, p. 219. Les accents sont omis. Voir aussi l'échange entre Antonio Cassese et Jiménez de Aréchaga dans *Five Masters of International Law*…, *supra* note 1324, p. 78, et les commentaires de Jan Klabbers, « Book Reviews. Antonio Cassese, Five Masters of International Law… », *EJIL*, vol. 22, n° 4, n° 4, p. 1176.
[1516] *Ibid.*, *loc. cit.*

order with only the thinnest layer of law. But the reverse is more accurate –we have a robust process of global law and "governance" without a global politics »[1517]. La politique est ici conçue comme l'expérience de la prise de décision dans l'exception, c'est-à-dire dans la liberté de ne pas savoir (et donc libéré de l'expertise), mais sans être libéré de l'expérience de la responsabilité[1518]. L'objectif est d'encourager une forme d'expertise qui pourrait ressentir « *la politique comme vocation* »[1519].

Les pragmatistes stratégiques défendent ainsi une conception de la politique ou une éthique de la responsabilité qui les rapproche de la pensée de Max Weber. Dans ses célèbres conférences de 1919 sur le savant et la politique, Weber a opposé deux façons de faire de la politique, ou deux éthiques : l'éthique du fonctionnaire et l'éthique du véritable politique[1520]. Le fonctionnaire est une figure de l'État moderne et de la professionnalisation politique, mais, précisément parce que son statut le cantonne à l'obéissance, il ne peut accéder au type de responsabilité qui est l'apanage de l'homme politique authentique. Ce dernier est conscient du « tragique de l'existence », c'est-à-dire de l'incertitude des effets de l'action en même temps que de l'absence de points de repère indiscutables permettant de justifier le bien-fondé de l'action. Pour le dire autrement, l'homme politique authentique est une personne responsable, qui accepte de prendre en considération les conséquences prévisibles de son action ainsi que la possibilité que ces conséquences aillent à l'encontre de la cause qu'il prétend servir[1521]. Mais il demeure passionné : l'homme politique authentique se dévoue à une cause, il oriente sa vie et prend des décisions en ce sens.

Tel est le modèle qui devrait servir d'inspiration aux experts de droit international. En tant que participants à la gouvernance mondiale, ils devraient faire preuve d'un plus grand pragmatisme, d'un pragmatisme éclairé. Ils devraient endosser les responsabilités qui viennent avec cette participation et assumer les effets politiques et distributionnels de leurs choix.

[1517] Kennedy (Da.), « The Forgotten Politics of International Governance », *supra* note 1438, p. 123.
[1518] Le problème est que la plupart des experts fuient cette expérience et que « *leur fuite, leur reniement de la liberté et de la responsabilité expliquent leur représentation personnelle en tant qu'expert comme faisant partie du background et non du premier plan* ». Kennedy (Da.), « Contester le règne des experts… », *supra* note 1444, p. 265.
[1519] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1520] Weber (M.), *Le savant et le politique*, *supra* note 44.
[1521] *Ibid.*, p. 185. Catherine Colliot-Thélène l'explique ainsi : « *Le type de responsabilité que Weber exige de l'homme politique véritable ne se comprend que sur le fond de cette situation culturelle qu'il décrit dans la conférence sur le savant en évoquant le polythéisme des valeurs, produit du « désenchantement du monde ». C'est parce que les fins de la politique ne sont pas données, par la religion ou par la coutume, qu'il revient de les déterminer à celui qui s'aventure à « introduire la main dans les rayons de la roue de l'histoire ». Mais c'est aussi parce que son action n'a de sens qu'au regard des fins qu'il pose librement que cet homme politique ne peut être indifférent aux conséquences effectives de cette action, ni se défausser, quand ces conséquences ne sont pas celles qu'il avait laissé espérer à ceux qui lui on fait confiance, en invoquant, comme le partisan de l'éthique de la conviction, les desseins impénétrables de la divinité ou la bêtise et la méchanceté des hommes* ». Colliot-Thélène (C.), « Préface », pp. 56-57, *in ibid.*.

§3. CONCLUSION

Le pragmatisme stratégique se démarque des approches concurrentes en insistant sur la nécessité de renoncer à un régime de savoir unifiant et en appelant à se concentrer sur le rapport savoir/pouvoir[1522]. En tant qu'experts, les internationalistes ne peuvent pas se séparer des relations de pouvoir ; ils risquent même de devenir leurs complices à mesure qu'ils prétendent adopter un point de vue scientifique, neutre et détaché. Il serait préférable qu'ils se reconnaissent comme étant « *en relation avec des projets, des projets d'affiliation et de désaffiliation, d'engament et d'aversion, et mus par une volonté de pouvoir ou de soumission* »[1523]. Ils pourraient alors faire preuve d'un plus grand pragmatisme professionnel ; autrement dit, ils pourraient parler des coûts et des impasses de leurs projets humanistes, non plus seulement en privé, mais aussi en public et dans une optique stratégique. Vue sous cet angle, la position des pragmatistes stratégiques semble anti-formaliste (A). Cependant, ils n'appellent pas à adopter une vision totalement instrumentale du droit international. Leur position est plus ambivalente (B).

A) LE PRAGMATISME STRATÉGIQUE, UN PROJET ANTI-FORMALISTE ?

Les partisans du pragmatisme stratégique s'attaquent au formalisme juridique. Au sujet du droit de la guerre, par exemple, ils estiment utopique de croire que « *le déni ou le défi qui est imposé* [*à la Charte des Nations Unies*] *par la persistance des guerres porte moins atteinte aux principes qu'à l'efficacité des organes* »[1524]. Cela laisse entendre que les règles sont bonnes et qu'il suffirait qu'elles soient correctement appliquées (grâce à de meilleures procédures institutionnelles) pour que les guerres cessent. Or, ce sont les règles elles-mêmes qui permettent aux États de justifier leurs guerres.

Le mieux que le formalisme juridique puisse être, c'est une stratégie argumentative, c'est-à-dire une stratégie sciemment choisie pour atteindre l'objectif qu'on s'est fixé (« faire comme si les règles et les notions juridiques étaient toujours contraignantes »). Si notre objectif est celui de convaincre l'opinion publique que la guerre menée par les États-Unis et le Royaume-Uni contre l'Irak en 2003 était illégale, de manière à exercer une pression sur le gouvernement et à

[1522] Foucault (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 32.
[1523] Kennedy (Da.), « Le mystère de la gouvernance mondiale », *supra* note 1352, p. 298.
[1524] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 223.

éviter la guerre, alors il peut être bon de dénoncer l'interprétation qui était faite par les États-Unis des résolutions du Conseil de sécurité et de la doctrine de la légitime défense. C'est ce qu'ont fait plusieurs professeurs de droit international, en publiant deux semaines avant le déclenchement de la guerre une lettre intitulée « *War Would be Illegal* » dans le journal britannique *The Guardian*[1525].

La critique du formalisme juridique ne s'arrête toutefois pas là. En effet, les pragmatistes estiment que le formalisme juridique est très souvent un mauvais choix stratégique. Premièrement, il tend à rétrécir le champ de la discussion et à rendre difficile la formulation d'autres questions. Dans le cas de la guerre en Irak, la position formaliste (« pour que la guerre soit licite, il faut l'aval du Conseil de sécurité selon le libellé de la Charte ») a eu pour effet d'empêcher de discuter du besoin ou de l'opportunité de changer le régime politique irakien, serait-ce même pour stabiliser les stocks pétroliers. « *Imaginons qu'il serait nécessaire de changer les régimes politiques allant de l'est de la Turquie à l'ouest du Pakistan. En allant plus loin* […], *imaginons également que seul le changement de régimes dans cette région pourrait permettre l'avènement de la stabilité et de la paix pour Israël et la Palestine. Or, cet ensemble d'idées présente une véritable connotation humaniste : la démocratie et la stabilité des classes moyennes pour des millions de personnes* »[1526]. Deuxièmement, le formalisme juridique tend à oblitérer le fait que les régimes politiques supposés souverains sont étroitement enchevêtrés les uns avec les autres. « *Le vocabulaire de la Charte ne permet pas de reconnaître que nous –notre économie, notre gouvernement, nos institutions financières internationales, nos médias, nos agences humanitaires– influençons des régimes politiques chaque jour à travers le monde entier* »[1527]. Il est trop facile de croire que l'intervention dans les affaires irakiennes a commencé avec l'invasion du pays et s'est terminée avec le transfert de la « souveraineté ».

En fin de compte, les partisans du pragmatisme stratégique adressent une critique si féroce et si intransigeante qu'on est amené à penser que le droit des Nations Unies est un régime désuet et encombrant, empêchant d'aborder les vrais sujets qui fâchent, à commencer par la distribution des richesses. On ressort de la discussion sur la guerre en Irak avec l'impression que le formalisme juridique a empêché l'émergence d'un vocabulaire plus nuancé et plus responsable, qui aurait analysé les implications économiques de la guerre et abordé la question du développement. Faut-il en déduire que le pragmatisme stratégique aboutit à

[1525] La lettre a été publiée dans le *Guardian* le 7 mars 2003. Elle a été reprise et élargie par Craven (M.), Marks (S.), Simpson (G.) et Wilde (R.), « 'We Are Teachers of International Law' », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 363-374.
[1526] Kennedy (Da.), « La face sombre de l'humanisme international », *supra* note 1441, p. 106.
[1527] *Ibid.*, p. 116.

rejeter le droit international au nom d'un anti-formalisme ? Cela ne va pas de soi. Prenons par exemple l'avis de la CIJ sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. Confrontée au problème de l'exception d'une règle d'interdiction absolue, la Cour n'a pas pu « *conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause* »[1528]. De nombreux internationalistes ont déploré les hésitations et le *non liquet* prononcé par la Cour, certains suggérant que « *there is something obscene in the use of legal language to talk about a nuclear strike. The law muddles what is clear* » [1529]. Il aurait fallu parler de la destruction d'innocents par les armes nucléaires au travers d'un autre langage, un langage qui reflèterait nos sentiments humanitaires. Pour David Kennedy, un tel langage alternatif n'existe pas. Le langage juridique international est notre « cage de fer » pour penser les problèmes contemporains :

> « *I am afraid that if we began to speak of nuclear weapons in the language of the "slaughter of the innocents" we would soon find ourselves in the same soup, for nuclear weapons are not simply the "slaughter of the innocents" –they are also a technology, a machinery, a threat, a strategy undeployed, on a continuum with a host of other gadgets and modes of making a point.* […] *We will need to take seriously the claims of deterrence, for nuclear weapons have also humanitarian uses in a wicked world.* […] *It turns out not to be so easy to think outside the vocabulary of humanitarian policy making* »[1530].

On voit ainsi que le pragmatisme stratégique est pris entre deux affirmations contraires et difficilement réconciliables. Il soutient que le langage juridique international est problématique (car nous éloignant des vrais problèmes), mais aussi qu'il est indispensable (car, sans lui, nous ne pouvons rien faire)[1531]. Cette contradiction suggère que la position du pragmatisme stratégique est beaucoup plus « désespérée » (au sens wébérien) que celle du pluralisme managérial.

B) AU-DELÀ DU PRAGMATISME : ENTRE SCEPTICISME ET FOI

Cette contradiction reflète l'ambivalence profonde du pragmatisme stratégique à l'égard du droit international : est-ce que le droit international est à ce point problématique qu'il faut

---

[1528] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 644, § 105.

[1529] Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 322.

[1530] *Ibid.*, pp. 322-323. Même le silence n'est pas un échappatoire. En ce sens, il s'oppose à l'interprétation que fait Martti Koskenniemi de l'avis de la CIJ relatif à la licéité de la menace ou de l'usage des armes nucléaires. Voir Koskenniemi (M.), « La foi, l'identité et la destruction d'innocents », pp. 263-291, *in La politique du droit international*, *supra* note 1358.

[1531] Cette tension ou imbrication est expliquée par Ignacio de la Rasilla del Moral, dans son compte-rendu de l'ouvrage *The Dark Sides of Virtue*, dans les termes suivants : « *At the end of the day, one is left with the impression that the international human rights movement is part of the problem in the same way that the problem is part of the human rights movement, that both are part of an inextricable living continuum* ». De la Rasilla Del Moral (I.), « David Kennedy. *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*. Princeton, NJ; Princeton University Press, 2004 », *EJIL*, vol. 16, 2006, p. 868.

s'en débarrasser ? Ou est-ce qu'il est notre (seul) moyen de poursuivre des projets d'émancipation ? De la même façon, Hilary Charlesworth a décelé une ambivalence dans l'attitude de David Kennedy. Il se présente à la fois comme l'enfant terrible de la discipline et comme le juriste expérimenté, à la fois en dedans et en dehors[1532]. On peut penser que cette ambivalence n'est pas propre à David Kennedy mais qu'elle caractérise l'ensemble du pragmatisme stratégique. Son projet consiste à renouveler la discipline par le biais d'une auto-analyse (« *self-criticism* »[1533]), alors que les limites de l'auto-analyse sont connues et que le passage par le divan s'avère souvent indispensable. Pour le dire autrement, l'ambivalence de ce projet tient au fait que le renouvellement disciplinaire ne peut se faire ni par le formalisme, ni par le pragmatisme –et qu'il n'existe pas d'autres alternatives.

Les partisans du pragmatisme stratégique s'attaquent au formalisme juridique, certes, mais ils ne versent pas dans un instrumentalisme héroïque pour autant. Au contraire, ils sont critiques vis-à-vis de l'idée qu'il suffirait de connaître les coûts et les bénéfices de nos actions pour agir en toute confiance. D'une part, ces calculs sont hautement incertains. Par exemple, la validation *ex post facto* de la guerre en Irak par le Conseil de sécurité a-t-elle joué en faveur ou au détriment de la légitimité des Nations Unies ? Il semble difficile de trancher de manière définitive. « *With multiple publics in mind, we could game this scenario out in numerous ways* »[1534]. D'autre part, lorsque les internationalistes humanistes s'engagent dans des évaluations pragmatiques, lorsque par exemple les juristes du CICR ferment les yeux sur les exactions commises ou donnent des bakchichs à un gouvernement corrompu afin qu'ils puissent circuler librement sur son territoire, on se sent mal à l'aise. « *There is something off when humanitarians speak in the name of strategic calculation. Weighing and balancing signify a relaxation of humanitarian virtue and announce the presence of military policy making. There remains something scandalous about a humanitarian speaking a pragmatic language of costs and benefits* »[1535].

Le pragmatisme stratégique est donc « post-pragmatique ». Il oscille entre les deux attitudes que sont le formalisme juridique et l'instrumentalisme pragmatique, et il est

---

[1532] « *Kennedy introduces himself as a "well-meaning internationalist and* […] *compassionate legal professional". […] In this sense, he seems to be seeking affiliation with a cosmopolitan community of international lawyers about which he has long expressed deep ambivalence. At the same time,* [*he*] *implies that many members of the human rights movement become seduced by the sense of their own benevolence –you can make a successful jet-setting career, a glamorous but guilt-free and admired livelihood, from ministering to the unfortunate victims of human rights violations. So he is part of this good-hearted world, but in a savvy and ironic way* ». Charlesworth (H.), « Author! Author! A Response to David Kennedy », *supra* note 1511, p. 128.
[1533] Kennedy (Da.), « The Humanitarian as Policy Maker », *supra* note 1457, p. 291.
[1534] *Ibid.*, p. 284.
[1535] *Ibid.*, p. 283.

incapable d'adopter l'une d'elles de manière définitive, en raison de leurs dangers respectifs. Le premier danger est la tendance à l'idolâtrie des règles et des institutions juridiques, et aux bonnes intentions humanistes (« *the tendency* […] *towards enchanting the tools and norms and practitioners* […], *while remaining marginal to power, standing on the sidelines "speaking truth"* »[1536]). Pour éviter ce danger, on recourt généralement au pragmatisme : il faut que les internationalistes s'intéressent aux conséquences de leurs actions, en analysant les coûts et les bénéfices. Mais cette solution conduit au deuxième danger : c'est la tendance à l'instrumentalisme pragmatique, au technicien qui obéit au pouvoir et qui met à la disposition de celui-ci les techniques permettant de maîtriser la vie par calcul (« *the tendency toward pragmatism, with all the tools of policy analysis, instrumental reason and savvy evaluation of the costs and benefits* »[1537]). Pour éviter ce danger, on a recours généralement à l'éthique, mais cela nous fait revenir au premier problème de l'idolâtrie. La difficulté tient à ce qu'il est impossible de sortir de ce cercle. « *There is no recipe or institution roadmap to avoid these parallel difficulties, unfortunately* »[1538].

La seule attitude qui reste est humble et précaire. « *What we can hope for is a kind of professional, political, and moral vigilance, discipline, and renewal. A posture for the humanitarian professional which is neither ethically nor instrumentally self-confident, yet prepared to accept responsibility for the damage his or her initiative will cause* »[1539]. Cette attitude ironique est la seule voie possible, mais elle ne semble fonctionner que de manière ponctuelle. L'ironie ne s'inscrit pas dans la durée ; son effet est puissant, mais il est de courte durée. C'est pourquoi les ironiques sont amenés, au final, à verser soit dans le scepticisme, soit dans la foi. D'un côté, l'ironie conduit au scepticisme. Il est extrêmement difficile d'être à la fois engagé et réaliste, d'être à la fois fidèle aux objectifs humanistes et pragmatique quant aux moyens nécessaires pour y parvenir. « *I am increasingly skeptical that we know how to renew our humanitarian practices* »[1540]. De l'autre côté, l'ironie conduit à un pragmatisme eschatologique. Il faut faire de son mieux et s'en remettre à la grâce divine : « *we must act on faith and hope for grace* »[1541].

[1536] Kennedy (Da.), « Two Sides of the Coin: Human Rights Pragmatism and Idolatry », *Keynote Address: Interdisciplinary Conference on Human Rights*, London School of Economics, 24 mars 2006, p. 2.
[1537] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1538] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1539] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1540] Kennedy (Da.), « What Humanitarianism Should Become », *supra* note 1440, p. 342.
[1541] *Ibid.*, p. 347.

Chapitre 12

Le pragmatisme éclectique

« *« L'éclectisme pragmatique »* […] *permet* […] *la coexistence paradoxale et sans doute idéologiquement sournoise d'un idéalisme qui ouvre la porte même au jusnaturalisme et d'un réalisme politique qui accepte la primauté du pouvoir sur le droit* »[1542].

Qu'entend-t-on par « pragmatisme éclectique » ? Cette formule renvoie à toutes ces positions intermédiaires, à toutes ces « *"middle of the road" doctrines* »[1543], comme les appelle Mario Prost, qui insistent sur le besoin de préserver une unité normative forte (argument constitutionnaliste) et le besoin de promouvoir un dialogue inter-juridictionnel (argument pluraliste), en vue d'atteindre les objectifs du droit international (argument pragmatique), dans un monde aussi fonctionnellement différencié qu'est le nôtre (argument différentialiste). Le pragmatisme éclectique intègre tous ces arguments en espérant arriver à une solution médiane et *ad hoc*, applicable selon les circonstances du cas d'espèce. Cette approche consiste donc à utiliser un mélange d'arguments au cas par cas, « *le tout dans une confusion heureuse et inconsciente de ses contradictions internes* »[1544] (§3).

La question de la fragmentation du droit international est souvent décomposée en deux questions distinctes l'une de l'autre. La première est d'ordre matérielle : le droit international possède-t-il tous les outils nécessaires pour faire face à sa fragmentation ? Quelle est l'influence des sources sur le maintien de l'unité du droit international ? Du point de vue du pragmatisme éclectique, les sources ont une influence ambivalente car elles peuvent jouer aussi bien en faveur qu'au détriment de l'unité du droit (§1). La deuxième question est d'ordre institutionnel : sachant que les juridictions internationales travaillent souvent en ignorance

[1542] Lorite Escorihuela (A.), « Compte-rendu. Martti Koskenniemi, *La Politique du droit international*, Présentation critique d'Emmanuelle Jouannet, Éditions Pedone (Doctrine(s)), 2007 », *Arch. phil. droit.*, vol. 52, 2009, p. 476.
[1543] Prost (M.), « Andreas Zimmerman & Rainer Holfmann, ed., *Unity and Diversity in International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006) », *RQDI*, vol. 19, n° 2, 2006, p. 375.
[1544] Koskenniemi (M.), « Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international », p. 65, *in La politique du droit international*, *supra* note 1358. Pour un constat similaire mais plus ancien, voir Allott (P.), « Language, Method and the Nature of International Law », *BYBIL*, vol. 79, 1971, p. 113.

réciproque, voire même en concurrence[1545], dans quelle mesure contribuent-elles à la fragmentation du système global ? Comment s'assurer que ces acteurs participent sainement à l'évolution du droit international ? Certes, il faut encourager les juges à prendre en considération les jugements des uns et des autres. Mais la pratique montre qu'on peut leur faire confiance : les juges ont le sens de la responsabilité ; ils font toujours de leur mieux, en fonction du contexte de chaque cas d'espèce (§2).

§1. LA QUESTION MATÉRIELLE : L'INFLUENCE DES SOURCES

La question matérielle rejoint, dans une large mesure, celle qui a été traitée par le Groupe d'étude de la CDI dans son rapport final, à savoir : « *le saucissonnage du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative par rapport aux autres et par rapport au droit général. Quels sont les effets quant au fond d'une telle spécialisation ? Comment concevoir les rapports que ces secteurs devraient entretenir entre eux ?* »[1546]. Pour comprendre la façon dont les pragmatistes éclectiques répondent à ces questions, on utilisera comme exemple les contributions et les débats qui ont eu lieu lors de deux colloques consacrés à la « fragmentation » et qui ont fait l'objet de publications en 2006[1547]. On voit que les participants oscillent inlassablement entre les arguments constitutionnalistes et les arguments pluralistes, entre le besoin d'unité et le besoin de diversité, en espérant arriver à une solution médiane (A). Même s'ils se replient sur la notion de « droit international général », ils n'adhèrent pas pour autant aux conclusions présentées par le Groupe d'étude de la CDI (B).

A) L'OSCILLATION ENTRE L'UNITÉ ET LA DIVERSITÉ

En novembre 2004, un symposium s'est tenu à Kiel (en Allemagne) avec pour objectif « *to analyze and discuss whether, to what extent, and in which regard international law has indeed developed into separate areas of law, which are either in conflict with each other, have found different solutions to the very same problem –or whether instead we can still refer to the very notion of 'general international law' as such* »[1548]. Au préalable, les organiseurs du symposium avaient demandé à cinq académiciens de répondre à

[1545] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 7, p. 9.
[1546] Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 13.
[1547] Huesa Vinaixa (R.), et Wellens (R.) (*dir.*), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xxii-280 p. [ci-après, *L'influence des sources*] Zimmermann (A.) et Hofmann (R.) (*eds.*), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 496 p. [ci-après, *Unity and Diversity in International Law*]
[1548] Zimmermann (A.) et Hofmann (R.), « Introduction », p. 23, *in Unity and Diversity in International Law*, *supra* note 1547.

un questionnaire commun et de rédiger un rapport portant sur leur domaine d'expertise, à savoir : le droit de la mer, le droit humanitaire, le droit pénal international, les droits de l'homme, le droit de l'environnement et le droit international économique. Sur la base de ces rapports préliminaires, les participants au symposium ont cherché à établir si les sources, les mécanismes de règlement des différends et les règles de la responsabilité concordent ou non dans les différents domaines du droit. Quelques mois plus tard, en mai 2005, un colloque s'est tenu à Palma (en Italie) avec l'objectif similaire « *de tracer, d'identifier et d'analyser le rôle des diverses sources de droit international* »[1549]. Chaque source énumérée à l'article 38 du Statut de la CIJ a fait l'objet d'une présentation et d'un commentaire critique : quelle est l'influence des traités, de la coutume, des principes généraux, des décisions judiciaires et de la doctrine sur le maintien de l'unité du droit ? Dans les actes du colloque, les travaux et les commentaires sont retranscrits ; une préface de Pierre-Marie Dupuy inscrit l'ouvrage dans la problématique plus large du maintien de l'unité du droit international et de la résolution des tensions entre son unité formelle et son unité matérielle.

Lors des deux colloques, la question s'est posée de savoir quel est le rôle des traités dans le maintien (ou non) de l'unité du droit international. Aussi bien Jorge Cardona Llorens (Palma) que Monika Heymann (Kiel) reconnaissent que les traités participent à la fragmentation du droit en instaurant des régimes distincts les uns des autres, que ce soit sur la même matière (par exemple, la protection de l'environnement), sur des matières différentes (par exemple, les droits de l'homme et le droit humanitaire) et sur des matières différentes mais dont les intérêts s'affrontent dans des cas précis (c'est le cas entre un traité sur le commerce et un traité sur l'environnement). « [*T*]*here is no inner homogeneity concerning international treaty law* »[1550]. Cependant, les auteurs estiment qu'il existe suffisamment de règles secondaires (inscrites au sein de la Convention de Vienne sur le droit des traités) pour résoudre les conflits entre traités et ainsi préserver l'unité formelle du droit[1551].

Le même genre de position intermédiaire est adopté vis-à-vis du rôle de la coutume dans le maintien (ou non) de l'unité du droit. Selon Anja Seibert Fohr (Kiel), certains régimes spécialisés tendent à modifier la représentation traditionnelle de la coutume en tant que

[1549] Huesa Vinaixa (R.), et Wellens (R.), *L'influence des sources*, *supra* note 1547, quatrième de couverture.
[1550] Heymann (M.), « Unity and Diversity with Regard to International Treaty Law », p. 238, *in Unity and Diversity in International Law*, *supra* note 1547.
[1551] Cardona Llorens (J.), « Le rôle des traités », p. 48, *in L'influence des sources*, *supra* note 1547.

réunion des deux éléments que sont l'*opinio juris* et la pratique[1552]. Elle ajoute que le phénomène coutumier reste néanmoins uni par des éléments communs, dont la conviction qu'il existe des valeurs communes, et ceux-ci « *may ultimately strengthen the unity of international law* »[1553]. De la même façon, Rosario Huesa Vinaixa et Laurence Boisson de Chazournes (Palma) soutiennent que les coutumes sectorielles ne constituent pas une menace pour l'unité du droit international dès lors que chaque coutume s'insère dans le système général selon le principe d'intégration systémique[1554]. Photini Pazartis ajoute que les pratiques coutumières spécialisées et les pratiques déviantes sont peu nombreuses et qu'elles sont encadrées par certaines normes de *jus cogens* ou *erga omnes*[1555].

Qu'en est-il du droit de la responsabilité ? Les immunités diplomatiques, le droit de l'Union européenne ou les droits de l'homme constituent-ils des régimes auto-suffisants ? Il est vrai que ces régimes contiennent des règles spécifiques établissant les conséquences de la violation des obligations internationales. En cela, les régimes spécialisés s'écartent des règles générales sur la responsabilité. Mais il ne faut pas exclure que le régime général puisse intervenir, soit pour réglementer tout ce que ces régimes n'ont pas prévu, soit pour dans le cas où ils ne fonctionnent pas[1556]. Tout bien pesé, conclut Christian Tams (Kiel), « *there is more unity than diversity* »[1557].

Finalement, ce n'est pas tant la similitude entre les deux colloques qui est frappante. C'est surtout le fait que la plupart des réflexions, à Kiel comme à Palma, concluent laconiquement que le droit international possède une certaine diversité empirique, certes, mais qu'il contient aussi une certaine unité conceptuelle. Ce genre d'analyse ne nous apporte pas grand-chose, si ce n'est de réitérer l'idée communément admise selon laquelle les différentes « branches »[1558] du droit international sont rattachées à un tronc commun, ou encore, que les régimes

---

[1552] Voir aussi Dupuy (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, *supra* note 802, p. 360.
[1553] Seibert-Fohr (A.), « Unity and Diversity in the Formation and Relevance of Customary International Law », p. 278, *in Unity and Diversity in International Law*, *supra* note 1547.
[1554] Huesa Vinaixa (R.), « Le rôle de l'*opinio juris* », pp. 55-73, *in L'influence des sources*, *supra* note 1547. Boisson de Chazournes (L.), « Le rôle de l'*opinio juris*. Commentaire », pp. 75-80, *in ibid.*
[1555] Pazartis (P.), « Le rôle de la pratique dans le droit coutumier », pp. 81-102, *in ibid.*
[1556] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 8.
[1557] Tams (C.), « Unity and Diversity in the Law of State Responsibility », p. 459, *in Unity and Diversity in International Law*, *supra* note 1547. Voir aussi Simma (B.), « Self-Contained Regimes », *NYIL*, vol. 16, 1985, pp. 111-136. Lindroos (A.) et Mehling (M.), « Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO », *EJIL*, vol. 16, 2005, pp. 857-877.
[1558] Dupuy (P.-M.), « La fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *EUI Working Paper*, n° 14, 2006, p. 4. Delimatsis (P.), « The Fragmentation of International Trade Law », *Journal of World Trade*, vol. 45, n° 1, 2011, p. 114.

spécialisés sont des « îles »[1559] au milieu de l'océan qu'est le droit international général. C'est aussi l'analyse qu'en fait Mario Prost : « *all seem to be reaching the same sort of "middle of the road" conclusion: even though there is no substantive homogeneity in international law, every special field of law somehow "falls back" upon the principles of "general" international law* »[1560]. Cette position est précisément celle du pragmatisme éclectique.

B) LA MISE À DISTANCE DU RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE DE LA CDI

Il ne faudrait pas croire que cette position rejoint celle du Groupe d'étude de la CDI. Ce dernier cherche à montrer que le droit international, en tant que système, est un peu comme une boîte à outils (« *a tool-box of techniques for dealing with 'fragmentation'* »[1561]) et qu'il possède tous les outils nécessaires pour résoudre les conflits de normes et donc pour faire face à sa fragmentation en régimes spécialisés[1562]. En effet, chaque technique juridique (y compris les règles de résolution des antinomies *lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*, etc.) est capable de résoudre les conflits normatifs « *en situant correctement les règles et les principes les uns par rapport aux autres* »[1563]. Ce processus n'a rien d'automatique ni de mécanique ; il dépend de l'identification des aspects pertinents de chaque cas d'espèce. À ce sujet, le Groupe d'étude note une tendance générale dans la pratique qui consiste à éviter l'invalidation de la norme qui est mise de côté[1564]. Pour cela, deux techniques sont utilisées. La première consiste à harmoniser les normes *a priori* en conflit en les interprétant de manière à en assurer la compatibilité. La deuxième tend à remplacer le concept de validité par celui de priorité, de sorte que la norme appelée à être écartée reste à l'arrière-plan, continuant d'influencer l'interprétation et l'application de la norme à laquelle la priorité a été donnée[1565].

Ces techniques se trouvent formulées, quoique de manière implicite, au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette disposition exprime le

---

[1559] Pauwelyn (J.), « Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-connected Islands », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2003-2004, pp. 903-916.
[1560] Prost (M.), « Andreas Zimmerman & Rainer Holfmann… », *supra* note 1543, p. 376.
[1561] Kammerhofer (J.), « Systemic Integration, Legal Theory and the ILC », *FYIL*, vol. 19, 2008, p. 117-182. Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, §§ 20, 222, 492. Voir aussi Young (M.), « Fragmentation or Interaction: The WTO, Fisheries Subsidies, and International Law », *World Trade Review*, vol. 8, n° 4, 2009, p. 481.
[1562] Voir le *Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude*, A/CN.4/L.682/Add.1, 2 mai 2006.
[1563] Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 410.
[1564] *Ibid.*, § 411.
[1565] Dans le même sens, Guastini (R.), « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *Analisi e dirritto*, 2000, pp. 89-96.

principe de « *l'intégration systémique* »[1566] selon lequel les règles internationales sont interprétées par référence à leur milieu normatif (« système »). Pour le Groupe d'étude, parce que cette disposition indique de prendre en compte l'environnement normatif au sens large, elle est le « *passe-partout* » ou l'antidote contre la fragmentation du droit international[1567]. En effet, même s'il a rarement été fait référence à cette disposition dans la jurisprudence, elle exprime un aspect vital du processus d'interprétation comme exercice d'argumentation juridique. Elle demande à ce qu'un renvoi soit fait à l'environnement juridique et, de fait, au droit international dans son ensemble. Pour le dire autrement, elle est la clé de voûte en ce qu'elle permettrait d'exprimer quelque chose de général. « *Sans le principe d'intégration systémique, il serait impossible d'exprimer et de conserver le sens du bien commun de l'humanité, lequel ne se réduit pas au bien d'une institution ou d'un régime particulier* »[1568].

Du point de vue du pragmatisme éclectique, l'attention portée au principe de l'intégration systémique par le Groupe d'étude de la CDI est déplacée ou excessive. Le problème est que le principe de l'intégration systémique dit simplement que l'environnement normatif doit être pris en compte et non pas que « *l'unité matérielle* »[1569] du droit international doit être protégée. Rosalyn Higgins l'affirme haut et fort : « *I am sceptical that* [*Article 31(3)(c)*] *is the overall answer to systemic fragmentation* »[1570]. Bruno Simma estime lui aussi que le principe de l'intégration systémique est loin d'être la panacée pour contrer la tendance à la fragmentation du droit international (« *the principle of 'systemic integration' is far from being a panacea for fragmentation* »[1571]). En témoigne la décision du Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* opposant l'Europe aux États-Unis[1572]. Si le Groupe spécial a eu recours au paragraphe 3 c) de l'article 31, ce n'est pas pour exprimer « quelque chose de général » mais pour défendre une vision fragmentée du droit en différentes boîtes, hermétiques les unes aux autres[1573]. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani*

[1566] Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 413. Voir aussi, de manière plus détaillée, McLachlan (C.), « The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, vol. 54, 2005, pp. 279-320.
[1567] *Ibid.*, § 420.
[1568] *Ibid.*, § 480.
[1569] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, spé. pp. 207-212.
[1570] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *ICLQ*, vol. 55, n° 4, 2006, p. 804. Voir aussi Samson (M.), « High Hopes, Scant Resources: A Word of Scepticism About the Anti-Fragmentation Function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *LJIL*, vol. 24, n° 3, 2011, pp. 701-714.
[1571] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *EJIL*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 277.
[1572] Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291-293/INTERIM, 7 février 2006.
[1573] L'Europe avait avancé que l'interdiction d'importer des OGM pouvait se justifier par certaines règles extra-

est une autre illustration des limites du paragraphe 3 c) de l'article 31, étant donné que celui-ci a été invoqué pour résoudre un conflit « *in a way which is at odds with other rules of international law, such as* jus cogens »[1574]. Ces exemples montrent que si le principe d'interprétation systémique est appliqué de manière trop stricte, il n'agira pas dans le sens du maintien (et encore moins du renforcement) de l'unité du droit international.

La question matérielle aboutit en fin de compte à une impasse. En effet, il semblerait que les sources aient une influence « *ambivalente* »[1575], c'est-à-dire qu'elles peuvent jouer aussi bien en faveur qu'au détriment de l'unité du droit. Tout dépend donc, au final, de ce que les acteurs du système font avec les sources et les techniques juridiques. Mais n'est-ce pas là, précisément, ce que dit le Groupe d'étude ? Du point de vue du pragmatisme éclectique, les conclusions du Groupe d'étude sont insatisfaisantes car elles ne vont pas assez loin. Il va de soi que le droit international est un système[1576]. Là n'est pas la question. Étant donné que les techniques juridiques sont ambivalentes, il faut se tourner vers les organes chargés de l'application du droit. « *Un autre secteur dans lequel le problème de la fragmentation a été posé plus sérieusement est celui de la multiplication des tribunaux internationaux, avec pour conséquence la possibilité de divergences dans l'interprétation de normes identiques* »[1577].

---

commerciales, telles que celles de la Convention sur la diversité biologique et de son Protocole. Après avoir déterminer que les deux instruments créaient effectivement des « règles de droit international », le Groupe spécial s'est demandé s'ils étaient aussi « applicables dans les relations entre les parties » selon le libellé du paragraphe 3 c) de l'article 31. Le Groupe spécial a estimé que le terme « parties » signifiait ici tous les États parties aux accords de l'OMC et non pas seulement les États parties au litige. Simma reprend la conclusion du Groupe d'étude selon laquelle l'interprétation de l'article 31 § 3(c) du Groupe spécial « « *rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3c) de l'article 31* ». Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 276. Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 450.

[1574] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *ibid.*, p. 277.

[1575] Wellens (K.), « Observations finales », p. 274, *in L'influence des sources*, *supra* note 1547.

[1576] Selon Benedetto Conforti, les conclusions étayées du Groupe d'étude sont « *à la fois prolixes et évidentes* » ; elles confirment les observations évidentes comme quoi le droit international est un système, que ses règles et principes doivent être interprétées en tenant compte des autres règles et principes du système, et que pour cela, il faut se rapporter à la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment aux articles sur l'interprétation. Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 8. Voir aussi Ascencio (H.), « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », pp. 403-409, *in* Delmas-Marty (M.), Fronza (E.) et Lambert-Abdelgawad (E.) (*dir.*), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et du statut de la Cour pénale internationale*, Paris, Société de législation comparée, 2005, 488 p.

[1577] L'auteur ajoute en raillant : « *Il est curieux que la CDI, si prolixe dans d'autres cas, ne s'étend pas sur ce sujet* ». Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 10 et p. 11.

§2. LA QUESTION INSTITUTIONNELLE : LES RAPPORTS ENTRE JURIDICTIONS

Devant l'impasse à laquelle conduit le traitement de la question matérielle, les pragmatistes éclectiques se tournent vers la question institutionnelle, c'est-à-dire les rapports entre institutions. « *The substantive fragmentation of international law* […] *seems less problematic than the institutional proliferation that has accompanied it* »[1578]. Par opposition au pragmatisme stratégique, le champ de préoccupation se limite ici essentiellement aux institutions *juridictionnelles*. Il s'agit de savoir s'il y a une lutte ou un dialogue entre les juges, ou encore un mélange des deux[1579] (A). Un examen de la pratique montre que les quelques divergences entre les décisions juridictionnelles ne sont pas tant une menace qu'une diversité et que celle-ci est, à terme, salutaire pour le système global : « *à travers la dialectique des cours et tribunaux, l'interprétation des règles de droit international peut ainsi évoluer* »[1580] (B).

A) Y A-T-IL UNE LUTTE OU UN DIALOGUE ENTRE LES JUGES ?

Le pragmatisme éclectique part de l'explication sociologique de la fragmentation du droit : « *the phenomenon of described as 'fragmentation' of international law is nothing but the result of a transposition of functional differentiations of governance from the national to the international plane.* […] *Consequently, international law has developed, and is still developing, its own more or less complete regulatory regimes which may at times compete with each other* »[1581]. Il s'agit là d'un phénomène « *technique* » ou « *naturel* »[1582]. Les frontières entre les branches spécialisées du droit deviennent de plus en plus marquées et elles sont gardées par des institutions (surtout des institutions juridictionnelles) qui cherchent à les étendre. La multiplication des juridictions spécialisées a aussi augmenté le risque de conflits entre les branches spécialisées, car ces juridictions sont créées pour résoudre des conflits au sein d'un sous-système uniquement. Il n'est pas certain qu'elles veuillent –ou qu'elles puissent– prendre en compte les normes d'autres sous-systèmes. D'où la tendance préoccupante « *des juridictions spécialisées à considérer comme « self-contained » les régimes dont elles s'occupent* »[1583].

[1578] Lindroos (A.), « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: the Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 74, n° 1, 2005, p. 32.
[1579] Pour une formulation, voir Delas (O.), Côté (R.), Crépeau (F.) et Leuprecht (P.) (*dir.*), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, xviii-184 p.
[1580] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 11. Voir aussi Abi-Saab (G.), « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks », *NYU J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, 1999, spé. pp. 926-930.
[1581] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 270.
[1582] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1583] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 14.

Quelle est la solution envisagée par les pragmatistes éclectiques ? Ce n'est ni celle de créer un droit des conflits inter-systémiques, comme le suggèrent les auteurs différentialistes, ni celle de réfléchir davantage au concept de « droit international général », comme le propose le Groupe d'étude de la CDI. La solution repose ici dans les mains des juges : l'unité globale est préservée tant et aussi longtemps que « *the various tribunals stay within their respective spheres of competence, apply traditional international legal reasoning, show judicial restraint by seeking to avoid unnecessary conflicts, and remain open to reconsider their prior legal pronouncements in order to take account of the case-law of other international courts* »[1584]. Les conflits potentiels entre les régimes spécialisés sont résolus grâce à la « *sagesse* »[1585] des juges. Tout dépend de leur sensibilité professionnelle, car c'est le juge qui doit déterminer les éléments pertinents et concilier les différents intérêts dans une situation donnée[1586].

Pour cela, il faut favoriser les rencontres, les échanges et plus généralement les dialogues entre les juges, de manière à ce que chacun reconnaisse les compétences des autres ainsi que ses propres limites. Dans un article où elle retrace la contribution de la Cour internationale de Justice au développement des droits de l'homme, le juge Rosalyn Higgins donne l'exemple en écrivant humblement : « [*s*]*imilar human rights claims are surfacing in these diverse fora* [*i.e., regional human rights courts, commissions and treaty monitoring bodies*], *but the acknowledged expertise of these specialist bodies and the desire to avoid fragmentation provide an impetus for all concerned to seek common solutions on evolving points of law* »[1587]. Une autre façon de faire est d'encourager les juges à prendre en compte l'ensemble du droit, y compris le droit international général. Telle est la proposition de Joost Pauwelyn : « *before a particular court or tribunal, it is important to include* all *international law binding between the parties as part of the* applicable law, *even if the* jurisdiction *of the adjudicator is limited to a given treaty* […]. *If all courts and tribunals follow this approach, it would mean that, although they may have* jurisdiction *to examine different claims, in so doing they would apply* the same law. *Hence, in theory, no conflict should arise* »[1588].

Ces suggestions indiquent que les juges ont une responsabilité importante pour assurer le

---

[1584] Buergenthal (T.), « Proliferation of International Courts and Tribunals: It is Good or Bad? », *LJIL*, vol. 14, 2001, p. 273.
[1585] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 18. Cette position peut être rapprochée de celle de Dorwkin (R.), « Must Our Judges Be Philosophers? *Can* They Be Philosophers? », *New York Council for the Humanities. Scholar of the Year Lecture*, 2000.
[1586] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* 1571, p. 289.
[1587] Higgins (R.), « Human Rights in the International Court of Justice », *LJIL*, vol. 20, n0 4, 2008, p. 745.
[1588] Pauwelyn (J.), « Bridging Fragmentation and Unity… », *supra* note 1559, pp. 915-916.

maintien de l'unité du droit. Le problème de cette proposition est qu'elle ne répond pas à la description sociologique de la fragmentation et donc qu'elle ne s'y intègre pas ; on peut même dire que la solution pragmatique est en contradiction avec la position sociologique. Celle-ci soutient que les régimes fonctionnellement différenciés apparaissent au sein du droit pour répondre à de nouveaux besoins techniques. L'apparition d'un droit de l'environnement répond au souci que suscite la dégradation continue de l'environnement, le droit commercial est destiné à réguler les échanges économiques globaux et le droit pénal international traduit en termes juridiques la lutte contre l'impunité. « *Chaque régime s'accompagne de ses propres principes, de son propre savoir-faire et de sa propre « éthique », laquelle ne s'apparente pas forcément à celle des spécialisations voisines* »[1589]. Les individus évoluant dans ces régimes sont pris dans des structures qui les empêchent de voir ce qui se passe ailleurs, indépendamment de leur bonne volonté. L'idée que la différentiation fonctionnelle du droit puisse être résorbée par une courtoisie judiciaire (« *judicial comity* »[1590]) est irréaliste ou, à tout le moins, incompatible avec les caractéristiques mêmes de la différentiation fonctionnelle :

> « *The "theory" under which "no conflict should arise" if "all courts and tribunals follow this approach" neglects to take into account the phenomenon of structural bias. The international trade regime decision-making body may well attempt to consider the effect of the international environmental regime's involvement upon the situation before it. But it will inevitably do so strictly based on the principles and modes of reasoning of a rationality specific to the regime of which it forms a part* »[1591].

À ce stade, les pragmatistes éclectiques semblent amenés à reconnaître les limites de leur solution aux vues des préjugés structurels existants. Un dialogue inter-juridictionnel ou une éthique courtoise peut difficilement être la panacée si les juges sont dans des luttes hégémoniques. « *Ultimately, from a very practical viewpoint* », admet Bruno Simma, « *because of the 'structural bias' of specialized fields of international law and of the corresponding international institutions and courts, the real issue about fragmentation may be which court may be resorted to in order to decide particular dispute* »[1592]. Dans de nombreux cas, le choix de l'institution déterminera la solution. En effet, chaque institution est biaisée dans son analyse de la situation, en raison de sa compétence et de ses objectifs fonctionnels. Il est donc vrai que la problématique de la fragmentation renvoie avant tout à une lutte entre les institutions pour la voix de l'universel, c'est-à-dire une lutte de nature hégémonique[1593].

[1589] Rapport final du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34, § 15.
[1590] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* 1571, p. 287.
[1591] Khrebtukova (A.), « A Call to Freedom… », *supra* note 467, p. 11.
[1592] *Ibid.*, p. 290.
[1593] « *I thus agree with Martti Koskenniemi that* […] *the phenomenon of fragmentation of international law, or proliferation of international courts and tribunals, essentially appears as the struggle of different international institutions* […] *for what he has called 'institutional hegemony'* ». *Ibid.*, *loc. cit.* Voir également Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique

Les pragmatistes éclectiques ne s'arrêtent toutefois pas là. Certes, nous assistons à une lutte entre juridictions et, en ce sens, la courtoisie judiciaire peut paraître une solution limitée. Mais encore faut-il savoir que c'est une lutte qui se déroule entre amis (*« this struggle has hitherto been one among friends* »[1594]). Les juges-en-tant-qu'amis sont responsables, au sens où ils luttent tout en se respectant les uns les autres. Comme l'a expliqué Jonathan Charney en 1999 dans son cours à La Haye, « *the different international tribunals of the late twentieth century do share a coherent understanding of* [*international*] *law* »[1595]. Une étude plus récente n'a-t-elle pas montré que les juges se réfèrent positivement les uns aux autres[1596] ? Nulle raison de s'inquiéter, donc.

B) LA « PRATIQUE » EN TANT QUE REFUGE ULTIME

Quelles sont les modalités de cette « lutte entre amis » ? Les juges doivent être enclins à lire et à respecter, dans la mesure du possible, leurs jugements respectifs ; ils doivent aussi essayer de préserver, au mieux, l'unité du droit. Si l'on reprend les mots d'un juge de la CIJ, « *we must try to preserve unity among us unless context really prevents this* »[1597]. Cette dernière précision est importante car, dans certains cas, les juges n'auront pas le choix ; ils seront liés par le contexte. Dans l'affaire *Tadić*, par exemple, les besoins pratiques du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ont influencé la détermination du critère applicable. Sans le critère du « contrôle global »[1598], le Tribunal n'aurait pas pu lutter contre l'impunité en examinant les agissements de criminels de guerre tels que Duski Tadić. « *It is easy to understand why the Appeals Chamber* needed *to establish that former Federal Republic of Yugoslavia had 'overall control' over the Bosnian Serb Army of Republika Srpska* »[1599]. Dans cette affaire, estime Rosalyn Higgins, tout était question de

---

international… », *supra* note 580, p. 479.

[1594] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *ibid.*, *loc. cit.*

[1595] Charney (J.), « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? », *RCADI*, vol. 271, 1998, p. 161. Voir aussi Charney (J.), « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *NYU JILP*, vol. 31, 1999, p. 699.

[1596] « *By a margin of 173 to 11, tribunals are much more likely to refer to one another in a positive or neutral way than to distinguish or overrule* ». Miller (N.), « An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Tribunals », *LJIL*, vol. 15, 2002, p. 495. Voir aussi Milewicz (K.), Bächtiger (A.) et Nothdurft (A.), « Constitutional Pluralism or Constitutional Unity? An Empirical Study of International Commitment (1945-2007) », *Review of Int'l Studies*, vol. 36, 2010, pp. 305-226.

[1597] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *supra* note 1570, p. 804. Les soulignés sont de nous.

[1598] Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Duski Tadić*, arrêt du 15 juillet 1999, affaire n° IT-94-1A.

[1599] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *supra* note 1570, p. 974. La même idée est défendue par Goldstone (R.) et Hamilton (R.), « Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *LJIL*, vol. 21, n° 1, 2008, pp. 95-112.

contexte : « *context was controlling* »[1600].

À ce stade, les pragmatistes éclectiques avancent sur un terrain miné. Comment réconcilier l'importance qu'ils accordent au contexte avec l'affirmation voulant que des normes impératives existent et que « *considerations of human rights deserve to trump arguments of universality* »[1601] ? Autrement dit, à quelle fréquence le contexte contrôle-t-il les juges, obligeant ces derniers à participer à la fragmentation du droit international au lieu de son « humanisation »[1602] ? C'est en recourant à la pratique que les pragmatistes éclectiques tentent de se sortir de cette situation. Un examen de la pratique montre en effet que les juges font tout pour respecter les normes fondamentales du système et pour se prendre mutuellement en considération. Voilà ce que dit Philippe Weckel à propos de l'affaire *Mangouras*, laquelle concernait la détention provisoire du capitaine du navire Prestige (celui-ci ayant déversé dans l'océan Atlantique 70 000 tonnes de fuel près des côtes espagnoles en novembre 2002, provoquant une catastrophe écologique) : « *Les cautions fixées par les juridictions nationales pour la libération du capitaine et du navire sont désormais soumises au double contrôle des Cours des droits de l'homme et du Tribunal de Hambourg.* […] *Dans ces conditions, comment ces deux juridictions pourraient-elles avoir une approche différente de ce qui doit être considéré comme raisonnable ?* »[1603].

Un examen de la pratique montre aussi que les cas ouverts de conflits jurisprudentiels demeurent l'exception : « *the fact is that the present state of affairs* […] *has not –yet?– led to any significant contradictory jurisprudence of international courts: such cases remain the exception, and actually courts have gone to great lengths to avoid contradicting each other* »[1604]. Selon les pragmatistes éclectiques, les quelques cas de conflits ouverts peuvent être rationalisés et expliqués à l'aune des compétences des juridictions en cause (« *instances of divergence* […] *can be explained to a large extent by reference to the specific functions of the courts involved within the subsystems in which they have been set up* »[1605]). Outre la fameuse opposition entre le TPIY et la CIJ quant au critère applicable pour

---

[1600] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1601] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 294.
[1602] Meron (T.), *The Humanization of International Law*, The Hague, Brill, 2006, 568. Cette expression a aussi été utilisée par Cançado Trindade. Voir en particulier « International Law for Humankind… », *supra* note 892, partie VI. Bruno Simma n'utilise pas explicitement cette expression mais il se qualifie de « *droit-de-l'hommiste modéré* », *in* « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 294.
[1603] Weckel (P.), « CEDH/Grande Chambre. Affaire Mangouras (Prestige). Interprétation évolutive ou limitation des droits établis à l'article 5.3 CEDH ? », *Sentinelle*, n° 237, 3 octobre 2010.
[1604] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *ibid.*, p. 278. Voir aussi, à titre d'exemple, Rao (P.), « Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation? », *Mich. J.Int'l L.*, vol. 25, 2004, p. 930.
[1605] *Ibid.*, p. 279.

déterminer la responsabilité d'un État pour le fait d'acteurs non-étatiques, on peut prendre pour exemple le conflit entre la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) et la CIJ au sujet de la nature des droits protégés par la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

En 1999, la CIDH a rendu un avis sur « *le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* »[1606]. Statuant à propos de la situation d'individus condamnés à mort aux États-Unis et indûment privés du droit à l'information sur l'assistance consulaire, la CIDH a analysé ce droit classique comme un « droit de l'homme » dont la méconnaissance équivaut à une violation du droit à un procès équitable. Deux ans plus tard, la CIJ a été confrontée à une question similaire dans l'affaire *Lagrand*, dans laquelle deux ressortissants allemands avaient été exécutés aux États-Unis. L'Allemagne soutenait que le droit des frères Lagrand d'être informés sans retard, aux termes du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963, n'était pas seulement un droit individuel mais qu'il avait acquis le caractère d'un droit de l'homme[1607]. La Cour a refusé d'examiner cet argument. Quelques années plus tard, cet argument a de nouveau été réitéré devant la CIJ, le Mexique affirmant que « *la notification consulaire est un élément essentiel des droits de la défense en ce qu'elle donne aux ressortissants étrangers l'égalité dans une procédure pénale et qu'elle permet le respect des autres garanties judiciaires essentielles auxquelles ils ont droit* »[1608]. Une fois de plus, la Cour a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le droit à l'assistance consulaire est ou non un droit de l'homme. Visiblement agacée, elle a souligné au paragraphe 124 que « *ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni aucune indication qui figurerait dans les travaux préparatoires, ne permettent d'arriver à la conclusion que le Mexique tire de cet argument* »[1609].

Il y a au moins deux façons de rationaliser (et donc de minimiser) ce conflit relatif au statut du droit à l'information sur l'assistance consulaire. La première consiste à mettre l'emphase sur le contexte droits-de-l'hommiste dans lequel évolue la Cour interaméricaine : « *Just as the jurisdiction of the ICTY in* Tadic *depended upon a certain finding as regards control of irregular groups, so the*

[1606] Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif n° 16, OC-19/1999, 1er octobre 1999.
[1607] Cour internationale de justice, affaire *Lagrand (Allemagne* c. *États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, § 77. Voir aussi le commentaire de Pinto (M.), « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *RGDIP*, vol. 3, 2002, pp. 514-528.
[1608] Cour internationale de justice, affaire *Avena et aux ressortissants mexicains (États-Unis du Mexique* c. *États-Unis d'Amérique*), arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, § 30. Pour un compte-rendu de l'affaire, voir Benlolo-Carabot (M.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* du 31 mars 2004, *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 259-291.
[1609] *Ibid.*, § 124.

jurisdiction of the Inter-American Court was dependent upon Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention being a human right »[1610]. La divergence s'explique par la fonction ou la mission de la Cour interaméricaine : sans l'existence d'un droit de l'homme, cette institution n'aurait pas été en mesure de se prononcer. La deuxième façon de rationaliser ce conflit consiste à mettre l'emphase sur le contexte diplomatique et conservateur dans lequel évolue la Cour à La Haye. « *This finding was not necessary for the disposition of the case* », déplore Bruno Simma à propos du paragraphe 124 de la décision *Avena* de la CIJ, « *it has rightly been criticized as an unfortunate instance of deliberate divergence of jurisprudence as well as an unnecessary obstacle to the development of a new human right* »[1611]. La jurisprudence de la CIJ est parfois « *exaspérément transactionnelle* »[1612], écrit-il, raison pour laquelle cette institution ne participe pas toujours, comme il le faudrait, au développement de l'unité du droit international.

Cet exemple montre que les cas de conflits ouverts peuvent être expliqués par le contexte dans lequel évolue chaque juridiction. Telle est la force du pragmatisme éclectique : il est toujours possible de contextualiser les décisions juridictionnelles d'une manière ou d'une autre et, grâce à cela, de minimiser les conflits entre elles. Selon Pierre-Marie Dupuy, les conflits entre les décisions juridictionnelles correspondent « *dans la plupart des situations* »[1613] à un apport normatif substantiel, qui joue non pas au détriment mais bien au bénéfice du droit international général. Cela conduit les pragmatistes éclectiques à penser qu'il ne faut pas exagérer la tendance à la fragmentation du droit international (« *we should not exaggerate the phenomenon of fragmentation* »[1614]). Pour reprendre les termes encore plus explicites de Bruno Simma : « *from the viewpoint of we practitioners, the universality of international law* […] *is in relatively good shape* »[1615].

§3. CONCLUSION

Le pragmatisme éclectique part de l'idée que le droit international est un système « *où des règles générales régissent la formation, la validité et l'efficacité des traités, à savoir des instruments donnant*

[1610] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *supra* note 1570, p. 796.
[1611] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 282.
[1612] « *The Court's jurisprudence is sometimes infuriantingly 'transactional'* ». *Ibid.*, p. 288.
[1613] Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international… », *supra* note 580, p. 466.
[1614] Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *supra* note 1570, p. 796.
[1615] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 1571, p. 297. Pour l'argument selon lequel la diversification va de pair avec l'unité du droit international, voir Stahn (C.), « Between Harmonization and Fragmentation: New Groundwork on Ad Hoc Criminal Courts and Tribunals », *LJIL*, vol. 19, 2006, pp. 567-577.

naissance à des systèmes particuliers de normes »[1616]. Ce système se caractérise aussi « *par des organisations universelles, dont tout d'abord les Nations Unies* »[1617] et une structuration normative grâce aux règles de *jus cogens* et aux obligations *erga omnes*. Ainsi le droit international est-il doté, pour reprendre la terminologie de Pierre-Marie Dupuy, d'une unité formelle et, progressivement, d'une unité matérielle. À ce stade de l'argumentation, le pragmatisme éclectique est rapidement confronté au fait que les juridictions ont « *toujours montré,* […] *au gré de l'interprétation, une certaine tendance à affirmer que les ordres juridiques au sein desquels elles opèrent sont complets* »[1618]. La différentiation fonctionnelle du droit est telle que les institutions spécialisées sont de moins en moins en harmonie les unes avec les autres. Cette objection est acceptée par le pragmatisme éclectique, qui tente de réduire la contradiction ainsi créée par un examen de la pratique : « *l'éventualité de divergences d'interprétation –pour le moment très rares en pratique– est bien loin d'être forcément une catastrophe* »[1619]. Il s'avère que les cas de conflits ouverts sont peu fréquents et qu'ils s'expliquent au regard des circonstances particulières[1620].

On voit que le pragmatisme éclectique cherche à combiner une position constitutionnaliste avec une position pluraliste/différentialiste et qu'il est amené, au final, à se replier sur le contexte particulier de chaque solution. Ce faisant, il contredit son insistance première à évoquer la double unité du droit. Il adopte aussi une position inévitablement casuistique. De telles contradictions le conduisent à devenir ce que Martti Koskenniemi a appelé un « *pragmatisme pauvre et irréfléchi* »[1621]. Loin d'alimenter le débat sur la fragmentation du droit international, le pragmatisme éclectique conduit à son appauvrissement. Il conduit typiquement à deux apories. Soit les auteurs sont amenés à réitérer simplement les termes du débat : « *what do we mean by unity and diversity?* »[1622]. En cela, ils ne font que réitérer la contradiction libérale entre les besoins d'unité et de diversité, sans même chercher à s'en libérer ou à exprimer leurs frustrations[1623]. Soit ils ne se rendent même plus compte des

---

[1616] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 7.
[1617] *Ibid.*, *loc. cit.*
[1618] *Ibid.*, p. 9.
[1619] *Ibid.*, p. 11.
[1620] Ou au regard de la spécialisation fonctionnelle des juridictions. Selon Mathias Forteau, « *la dispersion juridictionnelle et l'éclatement normatif qui en résulte ont permis à ces deux tendances* [*à savoir, la tendance à l'unité et la tendance à la diversité*] *de se développer chacune de son côté, de s'affiner et de s'enrichir, en répondant aux besoins divers pour lesquels ces juridictions on été crées* ». Forteau (M.), « La Cour internationale de Justice et les systèmes régionaux. Plaidoyer pour le pluralisme désordonné », p. 63, *in* Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pédone, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 15, 2010, 336 p.
[1621] Koskenniemi (M.), « Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international », *supra* note 1544, p. 65.
[1622] Hofmann (R.), « Concluding Remarks », p. 491, *in* Zimmermann (A.) et Hofmann (R.) (*eds.*), *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, 496 p.
[1623] Comme le fait remarquer Mario Prost, « *"middle of the road" doctrines amount to little more than a plain*

enjeux du débat sur la fragmentation. « *À notre avis, à une époque comme la nôtre* […], *mettre en question l'unité ou la nature juridique de l'ordre international est tout à fait inutile et déplacé* »[1624]. Ces mots sont ceux de Benedetto Conforti[1625]. Dans les deux cas de figure, le pragmatisme éclectique conduit à un appauvrissement intellectuel –mais aussi à un conservatisme politique.

En effet, on connaît la critique formulée par Herbert Marcuse à l'encontre de l'empirisme pragmatique qui dominait (et qui domine encore) la discipline des sciences politiques aux États-Unis : « *les critères qui servent à juger un état de fait donné sont ceux qui existent déjà dans ce même état de fait* […]. *L'analyse est « enfermée » ; le jugement est prisonnier d'un contexte de faits, ce qui exclut la possibilité de juger le contexte dans lequel les faits se sont formés –ont été formés par l'homme– le contexte en fonction duquel se déterminent leur sens, leur rôle, leur développement. La recherche qui est liée à ce schéma, devient circulaire et se justifie par elle-même* »[1626]. La même critique peut être adressée aux partisans du pragmatisme éclectique, en ce qu'ils justifient leur position par un examen de la pratique et par le contexte de chaque situation. Cette démarche est idéologiquement conservatrice :

> « *The critique of pragmatism is not that practice is not "based on" a well-articulated set of abstract statements about the world –perhaps no such foundation can be constructed. Pragmatism is vulnerable to critique as it offers no vocabulary that would distance the practitioner from daily work in order to enable its critical evaluation, including by reference to alternative (but imagined) practices. In such situations, practice becomes ideology, its continuing pursuit the sole criterion for its success* »[1627].

---

acknowledgement of the liberal contradiction [*between unity and diversity*]. *They neither explain it nor offer alternatives to escape from its oppositions and frustrations* ». Prost (M.), « Andreas Zimmerman & Rainer Holfmann… », *supra* note 1543, p. 375.

[1624] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 1545, p. 7.

[1625] « *On peut sincèrement se demander s'il était vraiment nécessaire d'entreprendre une si longue étude pour parvenir à de pareilles conclusions* », écrit-il à propos des conclusions du Groupe d'étude présentée par la CDI devant l'Assemblée générale . *Ibid.*, p. 8. Tout en partageant cette critique, Pierre-Marie Dupuy se plaît à préciser que la Commission (par le biais de son Groupe d'étude) fait preuve d'une certaine pédagogie et qu'elle invite la doctrine à retourner aux fondamentaux, raison pour laquelle elle « *a sans doute droit à notre reconnaissance* ». Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *EJLS*, vol. 1, 2007, p. 15.

[1626] Marcuse (H.), *L'homme unidimensionnel*, Paris, Les éditions de Minuit, 1968, p. 140.

[1627] Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia*…, *supra* note 1322, p. 601.

Conclusion

Les deux variantes du pragmatisme prennent le contre-pied des autres positions adoptées par les internationalistes dans le débat sur la fragmentation. Mais elles le font de façon très différente. Les pragmatistes éclectiques s'approprient tous les arguments, sans se soucier des contradictions ainsi créées, dans le but d'une utilisation instrumentale et pratique, au cas par cas. Leur manque de recul est tel qu'ils ne voient plus les enjeux du débat. Quant aux pragmatistes stratégiques, ils estiment eux aussi que le débat est suranné, mais pour la raison suivante : « *it is impossible to find a coherent theory that can justify the rule of law in international life* »[1628]. Ainsi déplorent-ils le fait que, pendant plus de quinze ans, les internationalistes se sont évertués à comprendre l'évolution du droit et son éventuelle fragmentation, tout en cherchant à repenser la façon dont le monde est juridiquement constitué. Aujourd'hui, au moment où les préoccupations de la discipline se déplacent vers d'autres thèmes que celui de la fragmentation, les pragmatistes stratégiques devraient se réjouir. Pourtant, c'est comme si la discipline elle-même avait perdu sa capacité de les inspirer. Après avoir passé en revue les réformes proposées aujourd'hui par les internationalistes (telles que la réforme bugétaire de la CPI, la reformulation de la responsabilité sociale des entreprises, la modification de la composition du Conseil de sécurité, l'augmentation des pouvoirs des casques bleus, l'élaboration d'un droit administratif global, etc.), David Kennedy conclut : « *we know the most well-intentioned efforts to strengthen global governance and reinforce international law may, in fact, be as much part of the problem as of the solution. As a result, restating these proposal is not a recipe for reform or revival* »[1629].

[1628] Purvis (N.), « Critical Legal Studies in Public International Law », *Harv. Int'l L. J.*, vol. 32, 1991, p. 84.
[1629] Kennedy (D.), « Preface », p. vii, *in* Beneyto (J.M.) et Kennedy (D.) (*eds.*), *New Approaches to international Law. The European and the American Experiences*, TMCMS Asser Press, Springer, 2013, xvii-277 p.

Conclusion de la deuxième partie

Du point de vue interne, il y a quelque chose de bon en droit international qui mérite d'être préservé. C'est que le droit international ne se borne pas à avaliser les situations de fait ; il aspire à offrir une protection aux individus et à les guider vers une plus grande solidarité[1630]. N'est-ce pas le langage des droits de l'homme qui transcrit le mieux cette aspiration ? Dans « *The Alchemy of Race and Rights* », Patricia Williams élabore une défense saillante du langage des droits de l'homme, contre les critiques des CLS. En partant de sa propre expérience, elle montre que l'existence de ce langage –et sa capacité à l'utiliser– a pu la protéger des préjugés et de l'exclusion. Les droits de l'homme ne sont évidemment pas une fin en soi, écrit-elle, mais la rhétorique des droits a été et continue d'être bénéfique, dans certaines circonstances, pour les personnes de couleur aux États-Unis. « *What is needed, therefore, is not the abandonment of rights language for all purposes, but an attempt to become multilingual in the semantics of evaluating rights* »[1631].

Telle serait donc la position que défendraient les constitutionnalistes face à la critique des pragmatistes stratégiques. Le mouvement des droits de l'homme possèdent des côtés sombres, certes, mais il est aussi un instrument d'émancipation. Pour le dire autrement, le problème du pragmatisme stratégique serait d'oublier ce « quelque chose de bon » en droit international. D'aucuns ont pu avoir l'impression, en lisant les travaux les plus récents de David Kennedy, que les internationalistes feraient mieux de laisser de côté les règles et les institutions de droit international pour apprendre le langage économique, lequel serait plus à même d'adresser les vrais problèmes du monde. Mais comment peut-on croire que le langage économique serait moins indéterminé ou plus authentique que celui du droit international ?

À cette question, les pragmatistes stratégiques répondraient problablement que le langage économique n'est pas plus déterminé qu'un autre, mais que cela ne dédouane pas la discipline internationaliste pour autant. Les pragmatistes stratégiques pourraient prendre pour exemple la position du pragmatisme éclectique. Ils souligneraient à quel point les propos tenus par les

[1630] Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine… », *supra* note 758
[1631] Williams (P.), *The Alchemy of Race and Rights. Diary of a Law Professor*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 145.

pragmatistes éclectiques réduisent la portée du débat sur la fragmentation. En effet, à force de réitérer la problématique (c'est-à-dire, la tension qui existe entre les besoins d'unité et de diversité), les pragmatistes électiques recentrent leurs interrogations autour de la question de l'interprétation juridictionnelle et rétrécissent le champ des possibles (puisque l'ordre mondial dépendrait des quelques décisions prises par une poignée de juges internationaux). Tout se passe comme si le débat se fatiguait et se repliait sur lui-même : les internationalistes se limitent à formuler quelques arguments-types, sachant que leurs adversaires ne prendront plus la peine de s'investir et de répondre à ces arguments, épuisés à l'avance par l'inconclusivité du débat. Est-ce comme cela qu'on entend préserver un rôle pour le droit international public ?

Conclusion

« *Ce qui s'use, ce n'est pas tellement le récit mais la faculté de légitimer qui avait été assignée à ces récits* »[1632].

« *On doit échapper à l'alternative du dehors et du dedans ; il faut être aux frontières* »[1633].

Que faire, à présent ? C'est-à-dire : que faire, après avoir déconstruit toutes les positions possibles dans le débat sur la fragmentation du droit international ?

Répondre à cette question peut sembler difficile, car il est tout à la fois impossible de ne retenir qu'un seul des deux points de vue (interne ou externe), (§1), de les réconcilier (§2) ou encore de les rejeter (§3). Ces impossibilités nous invitent à reformuler la question ainsi : faut-il (et si oui, comment) continuer à prendre part au débat sur la fragmentation du droit, sachant que les quatre positions sont vulnérables aux arguments d'utopie et d'apologie, et sachant aussi qu'il n'y a ni de place intermédiaire possible entre elles, ni de place à l'extérieur d'elles ? Ce qu'il faut éviter, c'est de retomber dans l'illusion normative (croire qu'il suffirait de mieux déterminer les règles communes ou de favoriser les solutions *ad hoc* pour assurer l'avenir du droit international) ou dans l'illusion descriptive (croire qu'il suffirait de mieux saisir la réalité fragmentée du monde social pour ajuster le droit international et lui donner un second souffle). Tout l'enjeu consiste à éviter ces deux écueils, sans faire fi du débat dans son intégralité : autrement dit, comment se défaire de la prétention de rationalité des deux points de vue existants, sachant qu'on ne pourra jamais s'en extraire complètement ? Une façon d'y arriver consiste peut-être à se situer aux frontières (§4). Le débat sur la fragmentation apparaît alors sous un autre angle : il s'agit d'un débat politique sur la place qu'occupe le droit international public et sur celle qu'il devrait occuper, et plus généralement sur la meilleure façon de gouverner une société mondiale fonctionnellement différenciée.

[1632] Lyotard (J.-F.), « Dialogues sur la condition post-moderne », entretien avec Jean-François Lyotard et Vincent Descombes, produit par Roger Pillaudin – France Culture, 18 décembre 1979.
[1633] Foucault (M.), « Qu'est-ce que les Lumières ? », p. 1393, *in Dits et écrits II*…, *supra* note 332.

§1. L'IMPOSSIBILITÉ DE NE RETENIR QU'UN SEUL DES POINTS DE VUE

Pour commencer, on ne peut pas faire comme s'il était encore possible de ne retenir qu'un seul des deux points de vue, sur la base de leurs qualités juridiques intrinsèques. Les points de vue sont à la fois opposés et liés, parce qu'ils reposent sur des prémisses argumentatives qui à la fois s'opposent et s'entrecroisent. L'impossibilité de ne retenir qu'un seul d'entre eux tient donc au fait qu'ils ne sont pas foncièrement distincts ; il y a une oscillation mouvante entre eux.

Pour comprendre ce en quoi le point de vue interne (A) et le point de vue externe (B) sont à la fois opposés et inévitablement liés, sans fondement juridique ultime pour trancher entre eux, il faut tout d'abord rappeler qu'ils s'opposent l'un à l'autre, au sens où ils acquièrent leur identité par opposition l'un à l'autre (unité *vs.* diversité). Cependant, pour éviter les critiques valides qu'ils s'adressent mutuellement (uniformité *vs.* anarchie), ils sont amenés à emprunter les arguments avancés par l'autre et, donc, à dépendre de l'autre. Cela signifie que chaque point de vue perd son autonomie et devient incohérent par rapport à ses prémisses initiales. Cela signifie aussi que les deux points de vue, alors même qu'ils se définissent par opposition mutuelle, deviennent difficilement différenciables. Ils deviennent difficilement différenciables parce que aussi bien l'un que l'autre oscillent entre ces deux pôles d'argumentation que sont le besoin d'une unité normative (utopique) et le besoin d'une diversité factuelle (apologétique).

A) LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE DU POINT DE VUE INTERNE

Du point de vue interne, c'est le maintien d'une unité normative qui prime : la meilleure façon d'assurer un ordre entre les régimes spécialisés est de travailler à la mise en œuvre la plus cohérente possible d'un ensemble de règles et d'institutions, voire à la mise en place d'un ordre constitutionnel mondial, l'idée sous-jacente étant que la communauté mondiale doit aussi être une communauté de droit, c'est-à-dire qu'elle doit être régie non seulement par des rapports de force mais aussi par des règles et des principes de droit commun. Du point de vue adverse, toutefois, ce projet d'unification est une utopie abstraite, non vérifiable et qui, en réalité, ne traduit que les préférences idéologiques de ceux qui la défendent. C'est-à-dire : les juristes européens et les membres des institutions de droit public, censées représenter l'intérêt général. L'instauration d'une communauté de droit ne serait qu'une façade trompeuse servant

à uniformiser les mouvements alternatifs et/ou contestataires, et donc à dissimuler les efforts des institutions traditionnelles pour préserver un système international totalitaire[1634].

Pour répondre à cette critique, les tenants du point de vue interne s'attachent généralement à expliquer que les régimes spécialisés participent, en fait, à l'élaboration et à la solidification des règles et des principes de droit commun, de manière à montrer que l'unité défendue n'est pas une uniformité oppressante mais qu'elle est, au contraire, ouverte à et nourrie par la diversité. La spécialisation participerait au développement du droit international : s'il ne fait aucun doute que le droit international général est « *le droit commun* », écrit Gérard Cohen-Jonathan, il faut aussi accepter que certains régimes spécialisés s'en départent, à partir du moment où ils ne se bornent pas à répondre aux seuls intérêts des États. Par conséquent, « *plutôt que de parler de fragmentation* […] *ne faut-il pas admettre que le droit international est un droit pluriel* ? »[1635]. Tout semble dépendre, en fin de compte, de la sensibilité des juristes (et en particulier des juges), qui doivent savoir comment réconcilier des demandes conflictuelles dans des situations variées. Telle est la conclusion à laquelle arrive Bruno Simma : « *hegerogeneity does not exclude the universality of international law, as long as the law retains –and further develops– its capacity to accommodate an ever larger measure of such heterogeneity* »[1636]. Le problème est que ce genre d'arguments entre en contradiction avec la position de départ du point de vue interne, qui insistait sur le besoin de maintenir une unité normative et de lutter contre une éventuelle fragmentation en raison des politiques poursuivies par les régimes spécialisés.

Le même problème se pose avec le type d'argument voulant que « *le droit international des droits de l'homme, en tant que branche autonome dans l'ordre juridique international* » constitue un « *facteur d'évolution* », en intervenant « *en quelque sorte pour humaniser le droit international général* »[1637]. Même si l'on peut être d'accord sur le fait que certains droits de l'homme (souvent définies comme des règles de *jus cogens* ou comme des obligations *erga omnes*) doivent occuper une position hiérarchique supérieure, cet accord reste faible étant donné à la fois l'absence de hiérarchie institutionnelle correspondante et l'absence de consensus sur la signification de ces normes[1638].

[1634] La formulation la plus convainquante de cette critique est celle de Okafor (O.), « Viewing International Legal Fragmentation from a Third World Plane: a TWAIL Perspective », *supra* note 31, pp. 115-132.
[1635] Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Actes de la table ronde du 10 juillet 2003 organisée par l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 14.
[1636] Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *supra* note 485, p. 265
[1637] Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.), *Droit international, droits de l'homme*…, *supra* note 1635, p. 52 et p. 56.
[1638] L'absence de consensus fait en sorte que chaque acteur peut y projeter sa propre interprétation

Dans ces circonstances, parler d'unification ou d'humanisation fait ressortir « *la logique impérialiste d'un point de vue qui se prétend universaliste en juridicisant ses propres valeurs à travers quelques principes fondamentaux qui coordonnent et consolident l'ensemble du système juridique international* »[1639]. C'est d'ailleurs pour cette raison que les constitutionnalistes se tournent vers des techniques intermédiaires, telles que le balancement, le raisonnement « *Solange* » ou le dialogue inter-institutionnel –techniques qui sont au cœur du pluralisme ordonné.

B) LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE DU POINT DE VUE EXTERNE

Du point de vue externe, il paraît évident que la meilleure façon de répondre aux phénomènes de fragmentation du droit (international) est de favoriser le regroupement spontané des intérêts fonctionnels sous la forme de régimes transnationaux, situés en dehors des institutions de droit public et ayant recours à des modes régulation autres que les règles formelles. Il est plus réaliste (et donc préférable) de partir de la spécialisation fonctionnelle comme « fait brut » et d'encourager les modes de coopération informels auxquels elle conduit. La prémisse du point de vue externe est que les intérêts spécialisés (l'environnement, les droits de l'homme, le commerce, etc.) sont mieux défendus par des institutions tout aussi spécialisées. Quant aux activités privées transnationales, elles créent *de facto* des pratiques qui s'avèrent aussi bonnes, voire meilleures, pour régler les problèmes mondiaux de manière efficace, que les tentatives de réglementation par les États.

Du point de vue adverse, toutefois, ce projet de diversification et de déformalisation du droit est apologétique. En effet, si le droit est ramené à ce qui est efficace uniquement, alors il ne fait que renforcer la position des dominants et légitimer les rapports de force existants. Autrement dit, si le droit est ramené à ce qui est fonctionnellement efficace, alors il ne fait que renforcer la division du travail indispensable à l'économie capitaliste moderne. L'idée d'une régulation par des régimes non coordonnés, de nature plus technique que normative, conduit à un monde « *technocratique* »[1640] qui confond validité et efficacité, où il n'y aurait aucun moyen d'éviter que certains intérêts fonctionnels l'emporte « naturellement » sur les autres.

(particulariste).

[1639] Jouannet (E.), « L'influence des principes généraux face aux phénomènes de fragmentation… », *supra* note 36, p. 130.

[1640] Ce terme est celui que Habermas utilise contre Luhmann. Leur opposition est très bien expliquée par Kervégan (J.-F.), « Quel est le sens de « l'autonomie du droit » ? À propos du débat Habermas/Luhmann », pp. 135-152, *in* Renault (E.) et Sintomer (Y.) (*dir.*), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, 280 p.

C'est donc pour éviter la dérive apologétique d'un monde fragmenté, au sein duquel le droit avaliserait toute situation, même injuste, du simple fait qu'elle existe, que les tenants du point de vue externe défendent l'existence d'une « *anarchie organisée* »[1641]. Dans le meilleur des cas, il est possible d'ordonner les régimes spécialisés autour de valeurs communes ou d'assurer la légitimité des solutions avec les sentiments éthiques des participants. Dans le pire des cas, il faudra garantir une compatibilité réduite entre les régimes, de manière à tempérer leurs tendances autodestructices. À ce stade, la partie adverse peut dire que les tenants du point de vue externe font exactement la même chose qu'elle, dans la mesure où il essaient de faire rentrer les phénomènes de fragmentation dans une unité normative. Pour le dire autrement, le point de vue externe entre ici en contradiction avec son point de départ : le discours sur l'identité ou la légitimité s'accorde mal avec la pensée pluraliste tandis que le critère de compatibilité réduite est difficilement tenable avec une vision désenchantée et polythéiste du monde. En posant des critères normatifs pour garantir le caractère bénéfique ou tolérable de la régulation par réseaux, le point de vue externe impose des limites aux phénomènes de fragmentation, raison pour laquelle il est susceptible d'être dénoncé comme uniformisant.

Au final, on voit que le point de vue interne et le point de vue externe partagent la même structure argumentative, ce qui les rend indécidable au seul niveau du droit. En mettant l'accent sur le besoin d'unité, le point de vue interne s'expose à la critique selon laquelle son projet d'unification normative n'est qu'une uniformité oppressante. Si, pour y répondre, il insiste sur l'apport et la participation des régimes spécialisés, il se rapproche des dangers de fragmentation dont il avait décrié l'existence au départ. À l'inverse, en insistant sur le besoin de diversité, le point de vue externe se rend vulnérable à la critique selon laquelle son projet de diversification factuelle conduit à une situation anarchique régie par la seule loi du plus fort. Si, pour éviter une telle dérive, il propose de réglementer les processus de spécialisation fonctionnelle, alors il pose des exigences normatives qui ne peuvent pas être justifiées par rapport à la réalité et qui peuvent donc être dénoncées comme traduisant les préférences idéologiques de ceux qui les invoquent. Pour le dire encore plus succinctement, la réversibilité des notions (*unité/uniformité* ; *diversité/anarchie*) est telle que chaque point de vue peut être critiqué par l'autre. Chaque point de vue n'a alors d'autre choix que de s'éloigner de ses prémisses pour se déplacer sur le terrain argumentatif adverse, s'exposant par la même

[1641] Cette expression est celle de Patrice Duran dans « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Revue politique et management public*, vol. 11, n° 4, décembre 1993, p. 31. Elle est reprise par Ost (F.) et van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau…*, *supra* note 59, p. 28.

occasion aux critiques qu'il avait émises antérieurement. C'est pour cette raison que les deux points de vue ne peuvent pas être différenciés au seul niveau du droit.

§2. L'IMPOSSIBILITÉ D'INTÉGRER LES DEUX POINTS DE VUE

S'il est impossible de ne retenir qu'un seul des deux points de vue (interne et externe), cela ne signifie pas pour autant qu'il est possible de les intégrer ou de les réconcilier au travers d'un point de vue externe « modéré » (A) ou d'un point de vue « de partout » (B). Le premier suggère qu'on pourrait articuler les deux points de vue, pour à la fois « comprendre » et « expliquer »[1642] le phénomène juridique, en rendant compte du point de vue interne dans une perspective externe explicative. Quant au second, il propose de juxtaposer les deux points de vue de manière à ne privilégier ni l'un, ni l'autre, mais à choisir les éléments les plus appropriés de l'un et de l'autre en fonction du contexte ou des besoins de la situation. Le problème de ces deux tentatives de réconciliation est, on le verra, qu'elles méconnaissent l'incommensurabilité des deux points de vue. Reconnaître leur incommensurabilité implique de renoncer à une sorte de méta-point de vue à partir duquel on pourrait les rassembler.

A) UN POINT DE VUE EXTERNE MODÉRÉ

La spécificité du point de vue externe modéré est qu'il entend « *articuler* »[1643], ensemble, le point de vue interne et le point de vue externe, sans exclure ni l'un ni l'autre, sans non plus se limiter à les juxtaposer[1644]. Le point de vue externe modéré apparaît être la position intermédiaire idéale, en ce qu'il « *consiste à prendre pour objet d'étude, de l'extérieur donc, le « sens interne » et l'auto-interprétation des agents juridiques, puis à expliquer ces pratiques discursives en les mettant en rapport avec d'autres phénomènes* »[1645]. L'ambition du point de vue externe modéré est de prendre

---

[1642] L'opposition entre les points de vue interne et externe recoupe largement l'opposition entre la « compréhension » et l'« explication » en sciences sociales. Voir Arnaud (A.-J.) et Farinas Dulce (M.J.), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, spé. pp. 94-97.

[1643] Ost (F.) et van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ?...*, *supra* note 59, p. 459. Le point de vue interne serait intégré au point de vue externe grâce à une rupture épistémologique entre le sujet et son objet de connaissance, comme le suggèrent François Ost et Michel van de Kerchove dans « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », pp. 67-80 *in* Chazel (F.) et Comaille (J.) (*dir.*), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, 426 p. Voir aussi Loiselle (M.), « L'analyse du discours de la doctrine juridique. L'articulation des perspectives interne et externe », pp. 187-209, *in* CURAPP, *Les méthodes au concret*, PUF, Paris, 2000, 326 p.

[1644] Il est généralement défendu par des juristes qui, dans la lignée de H.L.A. Hart, estiment qu'il est indispensable de dépasser la dichotomie entre « *le point de vue purement externe ou point de vue de l'explication du droit à partir d'autres disciplines comme l'économie ou les sciences du comportement et le point de vue interne ou point de vue de l'interprétation adopté par la science herméneutique, qui cherche à comprendre les normes juridiques comme les agents juridiques eux-mêmes* ». Troper (M.), « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société*, vol. 11, n° 2, 1987, p. 199.

[1645] *Ibid.*, *loc. cit.* Ceci rejoint les propos de Hart (adressés à Dworkin). Voir Hart (H.L.A.), *Le concept de droit*, *supra*

en compte la compréhension du droit par les acteurs juridiques, sans pour autant adhérer à celle-ci ou lui apporter sa justification ultime, et donc de rendre compte du point de vue interne en des termes descriptifs et explicatifs, c'est-à-dire en des termes « scientifiques »[1646]. Le point de vue externe modéré est en effet profondément marqué par la volonté positiviste (d'ordre méthodologique) de construire une « science du droit » sur le modèle des sciences empiriques, c'est-à-dire une science distincte de son objet, faite de propositions décrivant cet objet, susceptibles d'être vraies ou fausses et vérifiables selon certaines procédures[1647]. À vrai dire, l'affiliation entre la méthodologie positiviste et le point de vue externe modéré est telle que celui-ci « *ne* [*serait*] *pas autre chose que le point de vue positiviste lui-même* »[1648].

Le point de vue externe modéré fait toutefois face à une objection considérable. Il implique qu'il y aurait quelque chose d'extérieur à soi –le droit– que l'on pourrait décrire de manière axiologiquement neutre, grâce à des propositions empiriquement réfutables. Ce qui pose problème, c'est l'idée qu'il existerait une connaissance scientifique à propos d'un objet-droit et que cette connaissance serait accessible à tout un chacun à condition d'adopter la méthode appropriée[1649] (1). C'est là où le bât blesse, car il n'existe pas de « *méthode non méthodologique* »[1650] avec laquelle on pourrait évaluer et ainsi retenir une méthode en raison de ses qualités scientifiques intrinsèques. La question doit dès lors être renversée : il faut s'interroger sur la prétention de scientificité du point de vue externe modéré. La question n'est plus celle de savoir comment identifier un discours comme scientifique (qui est une question circulaire), mais plutôt : à quoi sert la prétention de scientificité ? Quelle est sa fonction idéologique ? (2)

1) UN POSITIVISME MÉTHODOLOGIQUE ÉCLAIRÉ

Les internationalistes d'aujourd'hui n'en sont plus à défendre le positivisme philosophique d'un Auguste Compte[1651]. Ils rejettent la démarche essentialiste qui prétend dégager la vraie

---

note 740, p. 260.

[1646] Voir aussi MacCormick (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 275-292.

[1647] Voir par exemple Simma (B.) et Paulus (A.), « The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View », *AJIL*, vol. 93, n° 2, pp. 302-316 et Kammerhofer (J.), « Kelsen –Which Kelsen? A Reapplication of the Pure Theory to International Law », *LJIL*, vol. 22, 2009, pp. 225-249.

[1648] Troper (M.), « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *supra* note 1644, p. 199.

[1649] C'est l'idée qu'on pourrait parvenir à une description scientifique du droit en « *procéd*[*ant*] *à des choix méthodologiques et* [*en*] *les justifi*[*ant*] », avant débuter l'analyse juridique proprement dite. Tusseau (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, p. 38.

[1650] Koskenniemi (M.), « Le style comme méthode. Lettre aux organisateurs du symposium », p. 393, *in* Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, *supra* note 8.

[1651] Ce qui est parfois suggéré par les critiques anglo-américaines du positivisme continental . Les critiques outre-atlantiques « *ont le défaut d'être exagérément simplificateurs du positivisme continental en se bornant à l'identifier à un strict et*

nature de l'objet-droit et acceptent son caractère stipulatif[1652]. Ainsi Bruno Simma et Andreas Paulus défendent-ils une vision éclairée du positivisme (« *enlightened view of positivism* »), qui aurait intégré les critiques émises à l'encontre de ce qu'ils appellent le positivisme strict, extrême ou classique[1653]. À vrai dire, l'engagement des positivistes prend souvent des allures tragiques, au sens où ils reconnaissent les limites de la neutralité axiologique mais restent profondément attachés au dédoublement wébérien entre les rôles du savant et du politique.

Un exemple éloquent est l'engagement d'Olivier Corten en faveur d'une « *sociologie politique du droit* »[1654] qui, selon lui, n'est pas une philosophie politique mais bien une sociologie descriptive critique, en ce qu'elle permettrait de décrire le processus par lequel les autorités politiques utilisent le droit international pour légitimer leur décision, sans pour autant porter de jugement sur la légalité ou la légitimité de cette utilisation. La portée critique de cette approche tiendrait à la qualité de sa description des rapports de pouvoir dans la création et l'application du droit. Ce qui intéresse Olivier Corten, c'est « *de critiquer le droit par le biais d'une analyse rationnelle, de dénoncer sans sermonner mais, plus directement et plus efficacement, en énonçant* »[1655]. Sa critique serait non-normative au sens où elle s'imposerait par elle-même, elle découlerait de la justesse de la description qui est faite de l'objet d'étude. En somme, Olivier Corten souscrit à la méthodologie positiviste parce qu'elle garantirait la scientificité de ses énoncés et, par la même occasion, leur force critique. Ou, pour le dire encore mieux : c'est parce que ses énoncés seraient de qualité scientifique qu'ils gagneraient en force critique.

Cependant, n'est-il pas contradictoire de développer un discours positiviste (scientifique) en même temps que de mettre en évidence les manipulations stratégiques du discours positiviste

---

radical formalisme et conceptualisme ». Jouannet (E.), « Présentation », p. 31, *in* Corten (O.), *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Pedone, Paris, 2009, 350 p.

[1652] Les postulats épistémologiques du positivisme seraient stipulatifs, au sens où ils indiqueraient le caractère que doit revêtir une science du droit lorsqu'elle veut être construite sur un modèle empirique inspiré des sciences de la nature.

[1653] Simma (B.) et Paulus (A.), « The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses… », *supra* note 1647, p. 303. Plus loin, ils écrivent : « *Of course, the time when the claim of positive science to objective knowledge remained largely unchallenged is over, and there is no way back to yesterday's certainties behind the insights of critical theory, be it late- or postmodern* » (p. 307). Une autre façon de présenter leur position est de dire que le rapport à la « vérité » du droit a évolué en un rapport de « véracité » : ils concèdent que chaque discipline constitue son objet conformément à certains présupposés méthodologiques mais insistent pour dire que cette épistémologie constructiviste est compatible avec l'idéal de la neutralité axiologique et que, en ce sens, leur approche est celle qui rend le plus fidèlement compte de la réalité juridique. L'idée que la véracité n'impliquerait pas de renoncer à la possibilité de dire le « vrai » est défendue par Bernard Williams dans *Vérité et véracité. Essai de généalogie*, Gallimard, Paris, 2006, 382 p.

[1654] Corten (O.), « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, vol. 39, 1998, pp. 347-370.

[1655] Corten (O.), *Le discours du droit international…*, *supra* note 1651, p. 40.

(juridique) dans un but hégémonique[1656] ? On sait en effet qu'une grande partie du travail d'Olivier Corten consiste à montrer qu'un discours se présentant comme le plus neutre et formellement rationnel possible est souvent plus persuasif qu'un discours ouvertement moralisateur. Il admet lui-même privilégier l'attitude scientifique positiviste en raison de la force de conviction et de l'efficacité qu'une telle attitude revêt. Ceci étant dit, fort est à parier que l'auteur réfuterait cette objection en insistant sur la distinction entre le discours du droit et le discours sur le droit : même si le premier ne peut en aucun cas être neutre, puisqu'il consiste à prescrire des comportements, le second, quant à lui, peut prétendre à une neutralité grâce à la distance que le locuteur établit entre lui-même et son objet d'étude[1657].

Cette réponse est pourtant peu satisfaisante, car on voit mal comment son discours sur le discours du droit ne relève pas nécessairement du discours du droit. « *Le discours de Corten* », comme le fait remarquer Emmanuelle Jouannet, « *peut en effet être perçu comme une reconstruction où le fait même de vouloir simplement décrire signifie automatiquement rentrer dans le jeu, faire partie du circuit social où les règles juridiques sont reproduites continuellement dans la pratique* »[1658]. Dans des termes plus foucaldiens, la différence à laquelle se raccrochent les positivistes entre les deux niveaux de discours (un discours juridique prescriptif et un méta-discours scientifique descriptif) est difficilement tenable au regard des rapports de « pouvoir-savoir ». Foucault a en effet souligné que tout point d'exercice du pouvoir dans la société est également un lieu de formation du savoir, et que tout savoir établi permet et assure l'exercice d'un pouvoir[1659].

Tout porte à penser qu'Olivier Corten est conscient de cette imbrication mais qu'il la considère comme indépassable ou tragique, au sens où le maintien d'une séparation wébérienne entre la sphère scientifique et la sphère politique serait la seule manière de pouvoir débattre avec des personnes qui ne partagent pas les mêmes valeurs que lui. Ainsi sa

---

[1656] Autrement dit, n'est-il pas contradictoire de prendre une méthode impliquant une séparation claire entre la description (du droit) et l'évaluation (politique) et par ailleurs de clamer l'impossibilité d'analyser le droit sans la considération du politique ?

[1657] Cet argument est développé par Troper (M.), « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », p. 288, *in* C.U.R.A.P.P., *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989, 355 p.

[1658] Et de continuer : « *Aussi, même si l'auteur n'exprime pas expressément de jugements de valeur, on constate qu'il laisse à voir son point de vue critique par l'effet pratique que peut produire une analyse simplement descriptive des impasses conjointes du positivisme et du jusnaturalisme ou des incohérences des discours de légitimation tenus* ». Jouannet (E.), « Présentation », *supra* note 1651, p. 29.

[1659] Un discours (cognitif) sur le droit fait nécessairement partie du discours (politique) du droit, puisqu'il n'y a pas de sujet de connaissance qui serait libre par rapport au système du pouvoir. Sur les rapports de pouvoir-savoir, voir Foucault (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 32. Le travail de Pierre Bourdieu sur le milieu académique abonde dans le même sens. Voir Bourdieu (P.), *Homo academicus*, Paris, Les éditions de minuit, 1984, 317 p.

démarche repose-t-elle sur un relativisme axiologique hérité de Weber, et en particulier sur la conviction qu'il ne peut y avoir de discours objectif sur les valeurs[1660]. C'est ce relativisme axiologique qui sous-tend le devoir de neutralité axiologique que s'impose Olivier Corten et qui serait garant de son objectivité[1661].

2) Le scientisme comme mécanisme de dépolitisation

Que l'idéal de neutralité axiologique soit à la base du point de vue externe modéré est problématique. Car si cet idéal a pu être crédible pendant un moment au début du 20ème siècle, il est aujourd'hui largement dépassé au regard de ce que la sociologie marxiste et la psychanalyse freudienne, par exemple, ont mis en exergue : le caractère socialement fabriqué de nos valeurs et la force omniprésente de notre inconscient. Mais alors pourquoi, si l'idéal de neutralité axiologique est anachronique, certains juristes s'y accrochent-ils et le considèrent-ils toujours comme la pierre angulaire de leur scientificité ? a faiblesse du point de vue externe modéré est peut-être aussi sa force d'attraction, au sens où il projette une image déformée – mais attrayante– de nous-mêmes comme seuls maîtres de nos croyances et de nos pulsions.

Cette image est au cœur de la réponse formulée par Charles Taylor à la question relative à la fonction du positivisme épistémologique dans la pensée contemporaine. Charles Taylor a montré que la force du naturalisme scientifique tient à l'image réduite, désincarnée et surtout désengagée qu'il projette de l'individu moderne[1662]. Cette critique est transposable au point de vue externe modéré, dans la mesure où celui-ci s'adosse à une série de dichotomies (entre le sujet et l'objet, la prescription et la description, la norme et le fait, etc.) pour s'intéresser au second terme de chaque dichotomie. Si l'on suit l'analyse de Charles Taylor, la prétention d'extériorité (ou de scientificité) du point de vue externe modéré se ferait au prix d'une

---

[1660] D'après ce non-cognitivisme éthique, les valeurs sont subjectives et relèvent de la sphère individuelle ; aussi, les valeurs des uns entrent en conflit avec les valeurs des autres sans que l'on puisse décider entre elles ; partant, elles doivent pouvoir s'exprimer au sein d'un système qui laisse aux individus un maximum d'autonomie.

[1661] Ce devoir consiste dans la mise entre parenthèses de la subjectivité de chacun grâce au respect des conditions permettant de caractériser un discours comme scientifique ; il demande non pas d'être objectif mais d'essayer de l'être en assumant pleinement la subjectivité de nos choix, afin d'établir un socle sur lequel fonder une discussion commune. Le devoir de neutralité existerait donc à titre d'idéal, « *comme constitutif d'un horizon régulateur de l'activité scientifique vers lequel il faut tendre si l'on veut parvenir à dialoguer inter-subjectivement* ». Jouannet (E.), « Présentation », *supra* note 1651, p. 29. Voir aussi Colliot-Thélène (C.), *La sociologie de Max Weber*, *supra* note 43, pp. 22-23.

[1662] « [*B*]*ehind and supporting the impetus to naturalism* […], *viz. the understandable prestige of the natural science model, stands an attachment to a certain picture of the agent. This picture is deeply attractive to moderns, both flattering and inspiring. It show us as capable of achieving a kind of disengagement from our world by objectifying it* […] ». Taylor (C.), *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, CUP 1985, pp. 4-5. Si Charles Taylor critique le naturalisme scientifique, c'est surtout parce qu'il élimine la dimension intersubjective en faisant de nos conceptions du bien des comportements déterminés selon des lois naturelles.

réduction de son intériorité : alors que ses partisans prétendent avoir intégré les enseignements de l'épistémologie moderne, ils estiment pouvoir s'extraire du cercle herméneutique[1663].

Pour le formuler différemment, le positivisme agit comme un mécanisme de dépolitisation : en se situant sur le seul terrain épistémologique, le point de vue externe modéré réduit toute contestation politique à une question de méthode[1664]. Ce déplacement (ou cette tendance « *épistémologite* »[1665]) n'est pas innocent politiquement, ne serait-ce parce qu'il investit le point de vue externe modéré des effets de pouvoir traditionnellement attribués à la science et à la méthode empirique, considérées comme un gage de supériorité et de lucidité[1666]. Ses adhérents deviennent les seuls détenteurs du « savoir scientifique », tout en sachant que ce savoir est non seulement un produit du pouvoir mais qu'il est aussi une forme non-neutre (et donc politique) de pouvoir.

B) UN POINT DE VUE « DE PARTOUT »

Par contraste, le point de vue « de partout » (« *the view from everywhere* »[1667]) se veut moins savant et plus pragmatique que le point de vue externe modéré[1668]. Il ne cherche pas à articuler les points de vue interne et externe, mais simplement à les juxtaposer, afin de pouvoir choisir l'un ou l'autre en fonction de leur concordance avec le cas d'espèce. Le point de vue de partout suggère de laisser les circonstances nous indiquer lequel des deux points de vue privilégier[1669]. Cette suggestion est problématique à deux égards. Tout d'abord, il n'est pas possible de prendre des éléments ici et là (« *pick and choose* »), en vue d'élaborer son propre espéranto juridique (1). Est aussi erronée l'idée selon laquelle on pourrait choisir et jongler entre les différents langages en fonction de leur correspondance avec la réalité (2).

1663 Raison pour laquelle, ajouterait Taylor, ils réifient (voire « ontologisent ») la procédure rationnelle. Taylor (C.), *Le malaise de la modernité*, trad. par C. Melançon, Paris, Les éditions du Cerf, 2005, 126 p.

1664 Voir par ex. Corten (C.), *Méthodologie du droit international public*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, pp. 80-83.

1665 Ladmiral (J.-R.), « Jürgen Habermas ou le défi scientifique et technique », p. xiii, *in* Habermas (J.), *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard, 1973, xlix-211 p.

1666 Foucault (M.), « Genealogy and Social Criticism », p. 43, *in* Seidman (S.) (*éd.*), *The Postmodern Turn. New Perspectives on Social Theory*, Cambridge, CUP, 1994, 312 p.

1667 Geras (N.), « The View from Everywhere », *Rev. of Int'l Stud.*, vol. 25, 1999, pp. 157-163.

1668 Le point de vue de partout est repris par les pragmatistes éclectiques et par les pluralistes managériaux, c'est-à-dire ceux qui proposent de réunir les deux « optiques » sur le droit international. Voir par exemple Keohane (R.), « International Relations and International Law: Two Optics », *supra* note 264, p. 489.

1669 David Kennedy critique la tentation de penser que chaque position « *détient une partie du puzzle. C'est d'ailleurs certainement le cas. Mais l'ennui est que chacun propose un puzzle différent. Chacun propose une vision différente […] et soutient que sa vision offre une explication plus complète, une réponse plus plausible, qu'elle soit totale ou qu'elle ne traite que des aspects pratiques, à la question portant sur la manière dont nous sommes gouvernés* […] ». Kennedy (Da.), *Les nouvelles approches du droit international*, *supra* note 11, p. 295.

1) LE PROBLÈME DU « *PICK AND CHOOSE* »

Il est impossible de prendre des éléments par-ci par-là (un peu de constitutionnalisme, un peu de différentialisme, etc.), pour la simple raison que chacune des quatre positions dans le débat sur la fragmentation défend une vision du monde et du droit, au travers d'un langage qui lui est spécifique. On peut dire que les variantes constitutionnaliste et pragmatique du point de vue interne, de même que les variantes pluraliste et différentialiste du point de vue externe, sont toutes des « paradigmes »[1670], au sens où elles élaborent des visions totales et totalisantes au travers d'un langage qui leur est propre. Dans chaque paradigme, le débat sur la fragmentation est compris et résolu dans des termes spécifiques : il est rationalisé en termes de résolution des conflits de normes, de règles de *jus cogens*, de transparence ou de hiérarchie institutionnelle (langage constitutionnaliste) ; en termes d'expertise, de mise en œuvre et de compromis (langage pragmatique) ; en termes de dialogue, d'interconnexion et d'optimisation (langage pluraliste) ; ou en termes de conflits inter-systémiques, de lutte hégémonique ou de « *Eigenrationalitätsmaximierung* » (langage différentialiste).

Un terme (ou un concept) ne vient jamais seul, il s'inscrit dans un langage et entraîne avec lui toute une série de termes (ou de concepts) : « [*o*]*ne can make sense of concepts only in their meaning-world* »[1671]. Prenons le rapport final du Groupe d'étude que la CDI a présenté devant l'Assemblée générale : il débute dans un style luhmannien pour décrire le phénomène sociologique de la fragmentation, avant de privilégier un style constitutionnaliste pour montrer comment le droit international possède (déjà) toutes les ressources nécessaires pour y

---

[1670] Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, University of Chicago Press, Chicago, 2ème éd., 1983, 284 p. Cela ne signifie pas que la traduction d'un paradigme ou d'un langage en un autre serait impossible. *« En l'absence de toute superlangue »*, écrit Paul Ricoeur, « *nous ne sommes pas complètement démunis ; nous reste la ressource de la traduction* ». Ricoeur (P.), *Le juste. Tome 2*, Paris, Éditions Esprit, 2001, p. 282. Pour une défense du « paradigme de la traduction », voir Ost (F.), *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, coll. « Ouvertures », 2009, 421 p. La traduction est non seulement une pratique courante chez les internationalistes mais leur capacité de passer d'un langage à un autre, en fonction de l'auditoire et du contexte dans lequel ils se trouvent, fait aussi partie intégrante de leur compétence professionnelle. On peut même penser que plus les internationalistes sont polyglottes et plus ils seraient à même de voir que chaque langage relatif à la fragmentation met l'accent sur certains aspects du monde, sur certains acteurs et sur certaines structures, et en occulte d'autres. Cependant, la traduction n'est pas dénuée de conséquence normative. Comme le dit l'adage anglais, il y a bien souvent quelque chose de « *lost in translation* ». Tout comme il peut y avoir quelque chose de « gagné » par la traduction : « *It is normally supposed that something always gets lost in translation; I cling, obstinately, to the notion that something can also be gained* ». Rushdie (S.), *Imaginary Homelands*, Londres, Granta Books, 1991, p. 17. Il est donc tout à fait possible que quelque chose soit perdu ou gagné par la traduction, mais il n'empêche que la traduction n'est jamais un acte innocent ou la réplique identique du texte initial.

[1671] Guzzini (S.), « The Concept of Power: A Constructivist Analysis », *Millenium*, vol. 33, n° 3, p. 504, en référence à Skinner (Q.), « Language and Political Change », pp. 6-23, *in* Ball (T.), Farr (J.) et Hanson (R.) (*eds*), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 380 p.

répondre, et aussi comment ces ressources ne conduisent à aucune solution prédéterminée[1672]. Cette position a été critiquée de part et d'autre. D'une part, Jan Klabbers se montre insatisfait vis-à-vis des conclusions du Groupe d'étude : « *there is a deep-seated anxiety that merely to respond to fragmentation by invoking general international law will be insufficient. Instead, in order to keep fragmented units together, something of a higher status must be involved and invoked, and it is precisely constitutionalism, or constitutionalization, that promises to be able to create some order in what otherwise would be chaos* »[1673]. Bref, les conclusions ne vont pas assez loin . D'autre part, Benedetto Conforti se demande « *sincèrement* […] *s'il était vraiment nécessaire d'entreprendre une si longue étude pour parvenir à de pareilles conclusions* »[1674]. Bref, les conclusions ne sont selon lui que des lapalissades superflues.

Cet exemple montre que le fait de débuter son discours dans un langage spécifique n'est pas sans conséquence sur ce qui peut être dit par la suite. En effet, les conclusions normatives du Groupe d'étude sont étroitement liées à la description de la spécialisation fonctionnelle en des termes luhmanniens : ceux-ci impliquent de prendre la question de la fragmentation au sérieux (*contra* Benedetto Conforti) mais sans pouvoir faire davantage que réunir les régimes spécialisés autour d'un droit international général (*contra* Jan Klabbers). Contrairement à ce que suggère le point de vue de partout, les internationalistes ne sont pas libres de choisir des éléments de chaque langage en fonction des circonstances, de mixer les termes les plus prometteurs de manière à créer leur propre espéranto juridique[1675].

2) Le problème de la correspondance avec la réalité

Tout aussi problématique est l'idée suggérée par le point de vue de partout selon laquelle on pourrait « choisir » son paradigme ou son langage, celui qui correspondrait et donc qui répondrait le mieux à une situation donnée. Le point de vue de partout présuppose que les différents langages relatifs à la fragmentation sont plus ou moins éloignés de quelque chose qui

---

[1672] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *supra* note 34. Il s'agirait d'un constitutionnalisme « formel » (« *an attempt to reflect this sociological construct of the 'constitutionalist mindset at work'* ». Koskenniemi (M.), « Constitutionalism as a Mindset… », *supra* note 371.

[1673] Klabbers (J.), « Setting the Scene », *supra* note 160, p. 15.

[1674] Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international… », *supra* note 7, p. 8. Tout en partageant cette critique, Pierre-Marie Dupuy se plaît à préciser que la Commission (par le biais de son Groupe d'étude) fait preuve d'une certaine pédagogie et qu'elle invite la doctrine à retourner aux fondamentaux, raison pour laquelle elle « *a sans doute droit à notre reconnaissance* ». Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *EJLS*, vol. 1, 2007, p. 15.

[1675] Le point de vue de partout méconnaît la nécessité d'interpréter les termes dans leur contexte langagier : (« *the need to interpret specific beliefs by placing them in the context of other beliefs, to interpret systems of belief by placing them in wider intellectual frameworks, and to understand those broader frameworks by viewing them in the light of the* longue durée »). Skinner (Q.), *Visions of Politics. Volume I: Regarding Method*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 5.

pourrait être appelé une « réalité » sociale indépendante. Il existerait un moyen externe d'évaluer la relation entre ces langages et la réalité, un moyen qui serait indépendant de ces langages et qui permettrait d'identifier celui étant digne d'être retenu.

Cette idée néglige l'un des principaux apports du « virage linguistique », celui d'avoir montré qu'un langage n'est pas un phénomène superficiel qui nous permettrait de nous adapter à la réalité. Le langage est ce qui nous identifie et ce qui nous unit à un groupe d'individus en tant que communauté. Cela signifie que le langage par lequel la fragmentation du droit international prend son sens pour chacun d'entre nous ne relève pas d'un choix, mais qu'il est lié, de façon non-linéaire, à des contextes plus larges d'identification sociale et culturelle[1676]. Qu'un auteur américain comme Andrew Guzman privilégie la « théorie du choix rationnel » pour expliquer l'état du droit international, par exemple, ne s'explique pas par le fait que cet auteur se serait soucié du sort du droit international public et qu'il aurait ensuite cherché la théorie la plus appropriée pour y faire face[1677]. Muni d'un doctorat en économie, il a tout d'abord appris à parler le langage économique et c'est pour cette raison qu'il voit les problèmes du droit international en des termes économiques[1678].

Plus fondamentalement encore, ces remarques impliquent qu'il faut abandonner l'idée selon laquelle il serait possible de choisir l'un ou l'autre des langages relatifs à la fragmentation en raison de leur force « descriptive ». On a vu que chaque point de vue se présente comme étant supérieur du fait qu'il serait le plus représentatif de la réalité sociale et du rôle que le droit international devrait ou pourrait y jouer. Cette prétention de supériorité descriptive est pourtant vouée à l'échec, à partir du moment où l'on accepte que « [*t*]*he language is constitute of the reality* »[1679], puisque le point de vue par lequel nous débattons de la fragmentation crée notre réalité et ne la reflète pas[1680]. La façon dont nous avons de parler de la fragmentation ne

---

1676 « *On ne part pas de l'idée qu'un groupe de gens existe, d'abord, en tant que minorité, et, ensuite, se met à parler un langage de minoritaire. C'est l'inverse qui se produit : ce groupe parle un langage minoritaire et par conséquent s'identifie à une minorité* ». Koskenniemi (M.), « Le style comme méthode… », *supra* note 1650, p. 406.

1677 Guzman (A.), *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, *supra* note 372.

1678 Ceci rejoint la thèse défendue par Stanley Fish selon laquelle les communautés interprétatives ne sont pas « choisies » par leurs membres mais que, au contraire, « *c'est la communauté qui les choisit dans le sens où ses présupposés, préoccupations, distinctions, tâches, obstacles, récompenses, hiérarchies et protocoles deviennent, à la longue, l'aménagement même de leurs esprits, en les remplissant, selon la formule de l'ethnométhodologue Harvey Sacks, jusque dans les détails les plus minutieux* ». Fish (S.), *Quand lire, c'est faire (L'autorité des communautés interprétatives)*, Paris, éd. Les prairies ordinaires, 2007, p. 128.

1679 « *There is no simple one-way dependence* [*between practices and vocabulary*]. *We can speak of mutual dependence if we like, but really what this points up is the artificiality of the distinction between social reality and the language of description of that social reality. The language is constitute of the reality, is essential to its being the kind of reality it is* ». Taylor (C.), *Philosophy and the Human Science...*, *supra* note 1662, p. 34. Voir aussi Kratochwil (F.), « The Monologue of "Science" », *Int'l Studies Rev.*, vol. 5, 2003, p. 124.

1680 Berger (P.) et Luckmann (T.), *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2ème éd., 2003, 288 p.

reflète pas l'état du droit international, mais détermine en grande partie ce que nous pensons qu'il soit possible d'atteindre en droit international. Des termes tels que ceux de « constitution mondiale », de « dialogues inter-institutionnels », d'« interactions entre régimes » ou de « conflits inter-systémiques » ne reflètent pas la réalité sociale mais constituent ce qu'on peut y voir[1681]. Les quatre positions défendues dans le débat sur la fragmentation sont des « jeux de langage », au sens où l'entend Wittgenstein, c'est-à-dire des systèmes irréductibles les uns aux autres, des systèmes clos défini par ses propres règles. Vouloir démontrer la supériorité d'un jeu de langage par rapport aux autres, en raison de la qualité de sa description du monde, est une entreprise vouée à l'échec, car elle ne peut se faire que de manière circulaire.

Pour conclure, le problème commun aux tentatives de réconciliation que sont le point de vue externe modéré et le point de vue de partout est qu'ils présupposent l'existence d'un méta-point de vue grâce auquel on pourrait se distancier de toute position et décider de la meilleure façon de les intégrer. C'est à cette idée de méta-point de vue qu'il s'agit de renoncer car, comme l'écrit Roberto Unger, « *we do not move in a context of all contexts* »[1682]. La fragmentation du droit en une multitude de régimes spécialisés est indissociable d'une fragmentation du savoir. En effet, le débat sur la fragmentation témoigne de l'affrontement entre une pluralité de discours spécialisés sur la place actuelle et à venir du droit international public.

§3. L'IMPOSSIBILITÉ DE REJETER LES DEUX POINTS DE VUE

On vient de voir qu'il est impossible de privilégier l'un ou l'autre des points de vue parce qu'ils sont structurellement dépendants l'un de l'autre et matériellement indéterminés, et pourtant qu'il est tout aussi impossible de les combiner grâce à un prétendu point de vue scientifique ou interdisciplinaire. Devant ce qui semble être une impasse, certains pourraient être tentés de rejeter les points de vue existants et de revendiquer un point de vue venu « de nulle part »[1683]. Or l'idée qu'on puisse traiter de la question de la fragmentation à partir de zéro part doit être écartée, puisque l'on est toujours déjà situé à l'intérieur du débat sur la fragmentation (A). Cette affirmation ne revient pourtant pas à verser dans le nihilisme (B).

[1681] Ceci met le doigt sur la faille du falsificationnisme : prétendre que mes propositions descriptives sont ouvertes à la falsification ou à la réfutabilité présuppose l'existence d'un objet-droit qui transcenderait les « cadres théoriques » des uns et des autres. Pour une mise en perspective récente de l'opposition entre Thomas Kuhn et Karl Popper sur le problème de l'incommensurabilité des paradigmes scientifiques, voir Soler (L.), « Popper et Kuhn sur les choix inter-théoriques », *Philosophia scientiae*, vol. 11, n° 1, 2007, pp. 120-132.

[1682] Unger (R.), *Social Theory. Its Situation and Its Task*, Verso, London, 2004, p. 23.

[1683] En référence à Nagel (T.), *The View from Nowhere*, Oxford, OUP, 1986, 260 p.

A) PENSER LES QUATRE POSITIONS COMME DES STYLES ARGUMENTATIFS

Le point de vue « de nulle part » se présente généralement sous la forme d'une analyse des différents modes ou paradigmes sous lesquels les internationalistes appréhendent la question de la fragmentation[1684]. Son trait distinctif est que, alors même que son analyse du débat est souvent perspicace, il est totalement dénué d'autoréflexion quant à sa propre situation ou, si l'on veut, quant à son propre paradigme. C'est comme si le point de vue de nulle part refusait de s'appliquer à lui-même ce qu'il fait remarquer chez les autres, à savoir les limites et la relativité de chaque cadre de référence ou le fait que « *le savoir est toujours déjà situé et inscrit dans des lieux de production et de validation* »[1685]. La difficulté du point de vue de nulle part est donc qu'il n'existe pas : personne n'échappe à la fragmentation du savoir, celle-ci étant entendue comme la confrontation entre des discours spécialisés, de nature partielle mais à prétention totalisante.

Il va sans dire que si personne n'échappe à la fragmentation, je ne saurais être une exception. D'où viennent mes propos ? Dans quelle trame s'inscrivent-ils ? Sans doute ont-ils une résonance avec l'état d'incertitude et l'incrédulité à l'égard des métarécits associées au postmodernisme[1686]. Ils ont une affinité avec ce que Jean-François Lyotard a affirmé, peu de temps après avoir publié *La Condition Postmoderne*, à savoir que « *ce qui s'use ce n'est pas tellement les récits mais la faculté de légitimer qui avait été assignée à ces récits* »[1687]. Il me semble en effet que les récits qui cherchent à capturer la façon dont nous sommes (et devrions être) gouvernés mondialement défilent les uns après les autres à une cadence plus rythmée, comme si leur structure argumentative commune révélait ses failles plus rapidement, comme si leur faculté de légitimer s'était fatiguée, épuisée.

[1684] Voir par exemple Rodriguez (P.), « There Is No Unified International Law Theory, But Should There Be Any? No Need To Bother, Thanks! », *ESIL-AJIL Conference*, *International Legal Theory workshop*, Helsinki, 2 octobre 2009.

[1685] Dahan Dalmedico (A.) et Pester (D.), « Comment parler des sciences aujourd'hui ? », *Alliage*, n° 35-36, 1998, disponible sur internet (dernière consultation : le 31 octobre 2013) : http://www.tribunes.com/tribune/alliage/35-36/04dahan.htm

[1686] En ayant montré la nécessité de faire appel tant au langage normatif qu'au langage sociologique pour débattre de la fragmentation du droit, puis en ayant souligné la façon dont chacun critique l'autre et finit par inclure des éléments de l'autre, sans qu'il soit pour autant possible de les intégrer au travers d'un méta-langage, je suggère qu'il est impossible de théoriser sur une seule fondation épistémologique commune, que « *tout ce qui est solide se dissout dans l'air* ». Cette citation du Manifeste communiste est reprise par Marshall Berman pour intituler son ouvrage *All That is Solid Melts Into Air. The Experience of Modernity*, Baskerville, Penguin Book, 1982, 383 p.

[1687] Lyotard (J.-F.), « Dialogues sur la condition postmoderne », *supra* note 1632. C'est moi qui souligne.

Ceci étant dit, un examen de ce que le postmodernisme peut signifier dépasse largement le cadre de cette étude. Du reste, je ne voudrais pas m'enfermer dans ce label[1688]. Je me limiterai donc à faire remarquer la coloration postmoderne de l'idée que je défends : toute position dans le débat sur la fragmentation est inévitablement et nécessairement « située »[1689].

Dire que les internationalistes sont toujours déjà situés lorsqu'ils prennent part au débat sur la fragmentation revient à dire qu'ils ne peuvent échapper aux quatre positions, ou mieux, aux quatre « styles »[1690] sans lesquels le débat sur la fragmentation serait impossible. Dire que les internationalistes sont toujours situés permet en effet de penser le droit international comme un discours doté de quatre styles (pluraliste, différentialiste, constitutionnaliste et pragmatique), utilisés pour débattre de la fragmentation. On est, pour ainsi dire, pris dedans : ces styles sont notre cage de fer pour penser la spécialisation fonctionnelle et la déformalisation du droit.

Si je substitue ici le terme « style » au terme « point de vue » ou à l'une ou l'autre de ses variantes (« méthode », « approche »), c'est parce que la notion de style est celle qui, justement, capture le mieux l'idée qu'on ne peut pas procéder de nulle part : on ne peut procéder que de manière interne, par le langage qui nous est imposé et qui structure nos pensées[1691]. Penser en termes stylistiques permet aussi de contrer l'idée selon laquelle le débat sur la fragmentation pourrait être résolu si seulement on arrivait à établir un lien (causal ou logique) entre une « méthode » et la solution. À l'inverse, ma thèse est que les quatre positions sont autant de styles argumentatifs valables pour convaincre de la justesse de sa solution.

Deux précisions restent à être faites. Penser en termes de styles signifie qu'aucun style n'est *a priori* plus vrai ou plus valable qu'un autre : sa force de persuasion relève du contexte. Cela m'incite à penser que, dans une ère de fragmentation, où les styles argumentatifs et les contextes se sont démultipliés, l'une des compétences-clés pour les internationalistes est celle de savoir jouer avec finesse de la relation entre un argument et le contexte qui rend cet

---

[1688] Non seulement parce que le postmodernisme ne peut être qu'un concept éclaté, mais aussi parce que mon projet reste moderniste. Il serait en effet contradictoire de prétendre « déconstruire » le débat sur la fragmentation, ce qui constitue une démarche anti-autoritariste puisqu'elle vise à ébranler la tradition ou la conception juridique dominante pour ouvrir de nouvelles perspectives, et en même temps de se protéger derrière un terme et les canons qui y sont associés. Cela rejoint la critique adressée par Martha Nussbaum à Judith Butler dans « The Professor of Parody », *The New Republic*, 2 février 1999, 13 p. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.akad.se/Nussbaum.pdf

[1689] Korhonen (O.), *International Law Situated: An Analysis of the Lawyer's Stance Towards Culture, History, and Community*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, xviii-311 p.

[1690] Koskenniemi (M.), « Le style comme méthode », *supra* note 1650.

[1691] *Ibid.*

argument crédible. Nonobstant, cela ne revient pas à dire que les styles sont équivalents ou qu'ils reviennent à la même chose. Certes, les styles ne peuvent pas être différenciés en raison de qualités juridiques ou politiques intrinsèques[1692]. Cette indétermination ne doit toutefois pas occulter le fait que les styles juridiques sont utilisés par des groupes d'individus pour des projets politiques spécifiques. Ils ont, pour ainsi dire, une vie qui va bien au-delà du seul usage stratégique et casuistique qu'on peut en faire individuellement.

B) RÉFUTER L'ACCUSATION DE NIHILISME

Avant de conclure, il peut être bon d'anticiper l'accusation couramment faite contre ce genre de propos, celle du nihilisme. Sur quelle base peut-on fonder sa position, si aucune fondation rationnelle n'est possible ? Tout n'est-il pas réduit à une affaire de goûts, d'intérêts, de préférences culturelles et de volonté hégémonique ? Qui plus est, si l'on met entre parenthèse la question de la réalité à laquelle les quatre positions prétendent se référer pour démontrer leur supériorité respective, n'ouvre-t-on pas la porte à un scepticisme cynique selon lequel « tout peut aller » (« *anything goes* ») ? Finalement, n'est-il pas contradictoire de dire qu'aucune position n'est plus vraie qu'une autre alors que je défends moi-même une position, comme si la vérité du relativisme était la seule vérité invulnérable au relativisme lui-même[1693] ?

Cette accusation peut être récusée en trois temps. Pour commencer, la charge selon laquelle l'absence de tout fondement rationnel conduit à une situation chaotique et dangereuse, à une sorte d'état de nature où il serait impossible de distinguer le vrai du faux ou le bon du mauvais, présuppose une dichotomie claire et nette entre le savoir, la vérité et l'objectivité d'un côté, et le pouvoir, le chaos et la subjectivité de l'autre côté. En effet, c'est seulement si l'on croit que le savoir et le pouvoir sont à la fois séparés et juxtaposables, de sorte que le premier puisse venir limiter le second, qu'une tentative de déconstruction ou de délégitimatisation du savoir existant devient menaçante (puisqu'elle laisserait la voie libre à un pouvoir sans limite et sans contrôle). Au lieu de revenir sur les problèmes que pose cette conception dichotomique du savoir et du pouvoir, je ferai miennes les remarques de Duncan Kennedy et de Marie-Claire Belleau : l'accusation de nihilisme semble souvent portée au

[1692] En effet, il n'y en a pas un qui serait intrinsèquement progressif ou conservateur car ils peuvent *tous* servir pour soutenir tout autant que pour contester l'état des lieux . Koskenniemi (M.), « Global Legal Pluralism », *supra* note 77, p. 18.

[1693] Telle est la critique adressée par Hilary Putnam à Paul Feyerabend. Putnam (H.), *Raison, vérité et histoire*, Paris, Les éditions de Minuit, 1984, pp. 129-135. Feyerabend (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Paris, Seul, 1979, pp. 13-32.

moment même où les membres orthodoxes de la discipline estiment que les auteurs critiques refusent de faire leur « profession de foi » commune et que les auteurs orthodoxes ressentent ce refus comme une menace pour leur système de croyances[1694].

Cette condition socio-psychologique dans laquelle l'accusation de nihilisme est lancée n'est pas très éloignée de ce que Peter Sloterdijk a appelé la « fausse conscience éclairée »[1695]. L'originalité de la thèse de Sloterdijk est de montrer qu'après avoir traversé (non sans mal) la psychanalyse, le marxisme, le fascisme, le succès puis le déclin des idéologies, la conscience éclairée revêt aujourd'hui les traits d'un cynisme, d'une conscience qui se sait sans illusion mais qui se laisse aller par la « force des choses ». De la même façon, malgré le fait que les internationalistes connaissent les imbrications entre le savoir et le pouvoir, cette connaissance ne modifie en rien l'image détachée et surplombante qu'ils projettent d'eux-mêmes. C'est là que résiderait leur cynisme puisqu'ils qualifient de nihilistes ceux qui s'attaquent à cette image tout en connaissant déjà le caractère problématique de celle-ci[1696].

Qu'en est-il de l'accusation voulant que mon analyse conduirait à abandonner la lutte politique en raison d'une sorte de relativisme blasé (« à quoi bon puisque tout peut aller ? »). D'emblée, il faut admettre que la déconstruction est, elle aussi, une simple convention culturelle et historique, un style avec un potentiel émancipateur et un potentiel de légitimation du *statu quo* existant. Le caractère « blasé » du relativisme n'est donc pas une fatalité ou un attribut intrinsèque mais la conséquence de la (dé)mobilisation politique de certains adeptes de

---

1694 « [*L*]*es systèmes de croyances qui se conçoivent comme rationalistes incorporent nécessairement des éléments non rationnels qui leur sont* […] *essentiels. Tout ce qui rentre dans la foi rationaliste ne s'avère pas rationnel. Dans les circonstances normales, il n'y a rien de remarquable dans l'affirmation de sa « foi » dans un système qui se présente comme strictement rationaliste. Aussi longtemps que personne ne conteste la prétention à la rationalité et le titre au pouvoir qui en dérive, affirmer sa foi dans le système ne constitue qu'un geste rituel. Toutefois, lorsque la prétention à la rationalité, fondatrice du système, est contestée, alors l'exigence d'une affirmation de la foi dans sa rationalité devient une démarche paradoxale, mais aussi irrésistible* ». Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *supra* note 1362, p. 210.

1695 C'est-à-dire la « *conscience malheureuse modernisée, sur laquelle l'*Aufklärung *a agi à la fois avec succès, et en pure perte. Cette conscience a appris sa leçon d'*Aufklärung, *mais ne l'a pas mise en pratique et, sans doute, n'a pas pu la mettre en pratique. Aisée et misérable tout à la fois, elle ne se sent plus concernée par aucune critique de l'idéologie ; sa fausseté est déjà armée de ressorts réflexifs* ». Sloterdijk (P.), *Critique de la raison cynique*, Paris, Christian Bourgeois éditeur, 1987, p. 28. D'une certaine façon, on assiste avec la fausse conscience éclairée à l'asphyxie du projet des Lumières, sous lequel le savoir était déjà un moyen de libération ; aujourd'hui, la connaissance est une étape qui bien souvent ne permet plus de présager les possibilités émancipatrices du droit. Mais le problème de la fausse conscience éclairée n'est pas seulement une question de connaissance. C'est aussi (et avant tout) une question d'action : comme l'analyse Slavoj Žižek, « *one knows the falsehood very well, one is well aware of a particular interest hidden behind an ideological universality, but still one does not renounce it* ». Žižek (S.), *The Sublime Object of Ideology*, London, Verso, 1989, p. 29.

1696 Ce cynisme est qualifié par Duncan Kennedy de mauvais fois. Kennedy (Du.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, *supra* note 1395. Comme le dit Nathaniel Berman : « *one is always already situated in a situation of struggle between competing stories and legitimacies –in which every act, whether in scholarship or practices, constitutes a moral choice* ». Lasser (M.), Kennedy (Du.), Kennedy (Da.), Berman (N.), Silber (N.) et Kessler (L.), « Critical Legal Theory », p. 139, *in* Tiefenbrun (S.) (*éd.*), *Law and the Arts*, Greenwood Press, Westport, 1999, xii-256 p.

la déconstruction. Ceci étant clarifié, il me semble possible de retourner l'accusation contre la doctrine orthodoxe : n'est-il pas pour le moins ironique que l'accusation de relativisme blasé soit proférée au nom d'une discipline qui, bien souvent, réduit au silence la nécessité morale et politique d'intervenir (pour lutter contre la pauvreté, le néo-colonialisme, la violence faite aux femmes, etc.) et qui, en même temps, n'hésite pas à faire référence à des idéaux moraux et politiques grandiloquents ? Que l'accusation de désengagement politique puisse être renversée et dirigée contre ses pourfendeurs est une thèse brillamment défendue par Nathaniel Berman :

> « *Let's directly address the frequent charges of "nihilism" of "fancy" theory. One of the reasons that much theoretical writing of the last two decades seems "fancy" is that it breaks with the notion that the only alternative to a linear account of history or legitimacy is an amoral nihilism. This break often requires complicated theoretical maneuvers. Yet, it is often those who seek to maintain linear accounts who may most properly be accused of diverting attention from moral responsibility. International legal history provides very clear illustrations of this point. Postcolonial and feminist critics demonstrate that historical or political unity is usually the product of struggles in which competing stories and legitimacy's have been defeated, suppressed, or otherwise assimilated. Far from diverting us from theoretical or political responsibility, attention to "plural" histories and to the "identity-constitutive" role of power serves to deepen the gravity of the moral context of our work. If international legal history is not a linear progressive narrative, if the appearance of its historical and political unity is a product of struggle, then one cannot simply proceed with the naïve faith that one is pushing forward "the project" of world order.* […] *From this perspective, it is the linear progress narratives which obscure the moral situatedness of the discipline* »[1697].

Reste une dernière objection, celle qui porte sur les conséquences découlant de l'absence de fondement rationnel. Si tout est relatif au point de n'être que projections, sur quelle base peut-on privilégier une position plutôt qu'une autre ? Et en quoi puis-je dire que ma position « critique » est meilleure que celle des autres ? Sous sa forme la plus concise, la réponse à ces deux questions est la suivante : l'existence d'une telle base est à la fois impossible et nécessaire. Nous devons agir en conséquence, c'est-à-dire ne plus justifier notre position par la recherche d'une vérité, mais bien plutôt par un engagement politique constamment renouvelé.

Pour élaborer cette réponse, je partirai de la distinction qui a été faite par les fondateurs de l'École de Francfort entre la théorie traditionnelle et la théorie critique. Alors que la première a pour idéal un savoir désintéressé et neutre à l'égard des conflits sociaux, la seconde part de la conviction que toute théorie est animée par des intérêts historiquement et socialement situés[1698]. L'un des objectifs de la théorie critique est donc de faire prendre conscience à toute théorie des intérêts qui l'animent, parfois à son insu, et surtout des conséquences qui

---

[1697] Berman (N.), « Critical Legal Theory », *ibid.*, pp. 138-139.

[1698] Et cela, quand bien même elle met en avant les valeurs de l'impartialité, de la neutralité, du désintéressement qui lui paraissent garantir l'accès à la vérité. Horkheimer (M.), *Théorie traditionnelle et théorie critique*, Paris, Gallimard, 1974, 324 p.

découlent de l'absence d'autoréflexion : parce que la théorie traditionnelle méconnaît qu'elle aborde les faits dans une perspective déjà délimitée par le jeu d'intérêts socialement et historiquement situés, elle produit un savoir réifiant ou « objectifiant » qui participe à la conservation de la société existante. À l'inverse, la théorie critique se veut autoréflexive, libérée de son asservissement par la prise de conscience des intérêts qui l'animent (et qui risquent de la capter) ; aussi se conçoit-elle, du moins lors des premières années de l'École de Francfort, comme partie prenante d'un mouvement historique d'émancipation visant à une vie sociale consciemment et rationnellement organisée[1699].

Il est tentant de s'inspirer de la distinction établie par l'École de Francfort pour faire le tri entre les positions relatives à la fragmentation du droit, au regard de leur caractère traditionnel (« réifiant ») ou critique (« édifiant »). Ce faisant, toutefois, je ne répondrais que partiellement à l'accusation de nihilisme. En effet, il reste encore à savoir pourquoi, comme le demande Alain Renaut, la théorie critique « *eût elle-même été moins aux prises avec l'instrumentalisation de la raison qu'une autre théorie* »[1700]. Cette question, qui revient à demander ce sur quoi fonder la dimension de la critique, met le doigt sur le problème fondamental car, pour y répondre, il faudrait postuler soit que la théorie critique –et seulement elle– possède la capacité de s'arracher à la logique de l'intérêt (ce qui supposerait un moment non critique, donc un moment de dogmatisme), soit convenir que l'intérêt dont se trouve animée la théorie critique n'entraîne pas de relativisation de son contenu (ce qui impliquerait que l'intérêt de la théorie critique soit désintéressé car il s'agirait au fond de l'intérêt universel du genre humain. Or, comment s'assurer que le discours désignant comme « universel » l'intérêt qui anime la théorie critique n'est pas lui aussi intéressé et donc déformé par un intérêt particulier ?).

L'enseignement qu'il faut tirer de la difficulté rencontrée par la théorie critique est que si l'on peut effectivement tracer une distinction entre une position réifiante et une position édifiante, la recherche d'un fondement pour justifier cette distinction est, quant à elle, à la fois nécessaire et impossible. Elle est nécessaire si l'on veut distinguer, parmi les élaborations du droit international, celles qui sont utilisées à des fins de résistance de celles qui le sont à des fins d'oppression. La « *démystification* », explique Jürgen Habermas, n'a de sens que si « *nous*

[1699] Sur les débuts de l'École de Francfort, voir Jay (M.), *L'imagination dialectique. L'école de Francfort. 1923-1950*, avant-propos de M. Horkheimer, trad. par E. Moreno et A. Spiquel, Paris, Critique de la politique Payot, 1977, 437 p. Pour un ouvrage plus récent sur le legs de l'École de Francfort, voir Renaut (A.) et Sintomer (Y.) (*dir.*), *Où en est la théorie critique ?*, Paris, La Découverte, 2003, 277 p.

[1700] Renaut (A.), « Les transformations de la philosophie allemande », p. 136, *in* Renaut (A.) (*dir.*), *Histoire de la philosophie politique. Tome V. Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, 488 p.

préservons au moins une norme pour expliquer la corruption de toutes les normes raisonnables »[1701]. Si nous renonçons à une telle norme, dit-il, les distinctions entre ce qui est mystificateur et ce qui ne l'est pas, entre la théorie et l'idéologie, perdront de leur force. Et si nous abandonnons ces distinctions, nous devrons aussi abandonner cette idée héritée des Lumières d'une « *critique rationnelle des institutions existantes* » car le rationnel aura disparu[1702]. En même temps, la recherche d'un fondement de la critique est impossible, car il n'existe pas de fondement qui échapperait *ipso facto* à la critique de l'idéologie ; il n'existe pas de théorie qui serait immunisée à toute infusion idéologique. Comme l'écrit si justement Charles Taylor : « *there cannot be a criterion for non self-delusion which would itself be proof against self-delusion* »[1703].

Qu'il soit à la fois nécessaire et impossible de fonder la critique ne doit pas nous donner l'impression d'être piégés mais, au contraire, nous libérer de la recherche d'une « vérité » et nous permettre de concevoir la théorie (ou la doctrine) comme une forme d'activité politique dans un champ disciplinaire[1704]. Au lieu de persister à chercher un fondement (externe), en nature ou en raison[1705], c'est une culture (interne) de la politique et de la responsabilité qu'il s'agit de développer. Le constat d'une incertitude épistémologique doit être accompagné d'une prise de responsabilité à l'égard de nos dires et de nos actions, et d'une prise de conscience du fait que nous parlons et nous agissons au nom de préférences et de convictions

---

[1701] « *Horkheimer and Adorno find themselves in the same predicament as Nietzsche: if they do not want to give up the goal of an ultimate unmaking and want to* carry on their critique*, then they must preserve at least* one *standard for their explanation of the corruption of* all *reasonable standards* ». Habermas (J.), « The Entwinement of Myth and Enlightenment: Rereading *Dialectic of Enlightenment* », *New German Critique*, vol. 2, n° 6, 1982, p. 28. La traduction française se trouve dans Rorty (R.), « Habermas, Lyotard et la postmodernité », *Critique*, n° 442, mars 1984, p. 182. Rorty propose une fine analyse et un arbitrage du débat opposant Jürgen Habermas et Jean-François Lyotard au début des années 1980. L'enjeu était similaire à celui qui nous intéresse : peut-on encore s'installer dans une certaine modernité, comme le suggère Habermas, continuer à avoir foi en la raison, à la fois comme instance légitimante qui fonde le discours théorique unifiant (le « métarécit », selon Lyotard) et comme instance régulatrice qui garantit le vrai consensus social ? Ou bien faut-il désormais, comme le suggère Lyotard, adopter la position de la postmodernité, renoncer à tout métarécit unificateur ? On notera que Habermas reproche à Lyotard de délaisser le projet historique de la modernité (mobiliser la rationalité pour construire une meilleure société) et de donner dans un néo-conservatisme. Lyotard réplique en mettant en cause la vision universaliste de l'histoire et du sujet de Habermas et en lui retournant implicitement le reproche de conservatisme, la modernité de Habermas étant animée par le désir nostalgique de l'un et du tout. Habermas (J.), « La modernité, un projet inachevé », *Critique*, n° 413, octobre 1981, pp. 950-967. Lyotard (J.-F.), « Réponse à la question : qu'est-ce que le postmoderne ? », *Critique*, n° 419, avril 1982, pp. 357-367.

[1702] Cité par Rorty (R.), « Habermas, Lyotard et la postmodernité », *ibid. loc. cit.*

[1703] Taylor (C.), « Political Theory and Practice », p. 80, *in* Lloyd (C.) (*éd.*), *Social Theory and Political Practice*, Wolfson College Lectures 1981, Oxford, 1983, ix-182 p.

[1704] Singer (J.), « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory », *The Yale Law journal*, vol. 94, n° 1, 1984, p. 7. Lorite Escorihuela (A.), « Critical Approaches and Political Conceptions of International Law. A Report », Conférence à l'Université Paris I, *Evaluating Critical Approches to International Law*, 11-12 décembre 2009, p. 23.

[1705] « *The question is not whether human knowledge in fact has "foundations", but whether it makes sense to suggest that it does – whether the idea of epistemic or moral authority having a "ground" in nature is a coherent one* ». Rorty (R.), *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 178.

dont la justesse ne peut pas être garantie par un critère objectif ou supérieur[1706].

§4. ÊTRE AUX FRONTIÈRES

Dans ses cours au collège de France, Michel Foucault a suggéré de réinscrire la tradition critique dans une histoire de la gouvernementalité, de la penser à la fois comme partenaire et adversaire des projets de gouvernementalité. Voici comment il a défini l'attitude critique : « […] *dans cette grande inquiétude autour de la manière de gouverner et dans la recherche sur les manières de gouverner, on repère une perpétuelle question qui serait : « comment ne pas être gouverné comme cela, par cela, au nom de ces principes-ci, en vue de tels objectifs et par le moyen de tels procédés, pas comme ça, pas pour ça, pas par eux »* »[1707]. Si l'on conçoit le débat sur la fragmentation du droit international comme un débat sur l'art de gouverner une société mondiale fonctionnellement différenciée, alors l'attitude critique consisterait à œuvrer pour « *l'art de ne pas être gouverné comme ça et à ce prix* »[1708].

Ces dernières remarques m'amènent à reformuler la question avec laquelle j'ai débuté cette conclusion générale. En effet, à partir du moment où l'on délaisse la recherche de la vérité en faveur de la lutte pour l'émancipation, ce qui s'ouvre à nous n'est pas un programme d'action (« quoi faire ? »), mais une certaine attitude, qui se caractérise par un questionnement sans cesse renouvelé de nos certitudes et par un mode engagé de relation à l'actualité et au monde dans lequel on vit. Cette attitude n'équivaut pas à un comportement de rejet mais plutôt à un comportement limite, tant envers le point de vue interne que le point de vue externe : « *on doit échapper à l'alternative du dehors et du dedans ; il faut être aux frontières* »[1709].

Cela implique de prendre ses distances aussi bien avec la réponse normative qu'avec la réponse sociologique au débat sur la fragmentation. Il faut s'éloigner de la réponse normative parce que la position privilégiée du droit international public ne va plus de soi, parce que

---

[1706] C'est ainsi que nous pourrions peut-être dépasser la question du fondement ou mieux, la penser en termes d'horizon –comme quelque chose que l'on garde en vue pour se guider mais que l'on sait inatteignable. Certains auteurs critiques répondent à la question du fondement de la critique en termes qui s'apparentent à de la théologie politique : un travail d'analyse juridique, écrit Duncan Kennedy, « *is effective not because it is constructed following procedures that guarantee that it represents objectively, but because by juxtaposing the representation, the author and the object, the audience experiences a "revelation"* ». Kennedy (Du.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, *supra* note 1395, p. 17. Nathaniel Berman ne dit pas autre chose à propos de la stratégie qu'il défend et qui se veut contre-disciplinaire : « *Counterdisciplinary strategy is a quintessentially Modernist move: the juxtaposition of dissimilar artifacts undertaken with the aspiration of reaping some unpredictable political, cultural or libidinal charge* ». Berman (N.), « Critical Legal Theory », *supra* note 1696, p. 129.

[1707] Foucault (M.), « Qu'est-ce que la critique ? », *Bulletin de la Société française de philosophie*, 1978.

[1708] *Ibid. loc. cit.*

[1709] Foucault (M.), « Qu'est-ce que les Lumières ? », *supra* note 1633, p. 1393.

l'engagement abstrait en faveur du droit international public ne suffit plus[1710]. Il faut aussi s'éloigner de la réponse sociologique parce qu'elle méconnaît l'importance de penser les concepts juridiques « *less as statements about the world than as tools and weapons of ideological debate* »[1711]. C'est pourquoi, au lieu de concevoir le débat sur la fragmentation du droit international comme le reflet d'un contexte social plus large, il est préférable d'envisager le débat sur la fragmentation comme un site de contestation où ce contexte est construit.

[1710] Il faut se concentrer « *on the clash of different idioms –public international law just one competitor among many to global authority– and highlight the way their competing descriptions work to push forward some actors or interests while leaving others in the shadows* ». Koskenniemi (M.), « The Politics of International Law – 20 Years Later », *supra* note 1443, p. 11. Pour une critique plus générale du « legocentrisme », c'est-à-dire de l'idée que « *law is* […] *the natural path to the ideal* […] *conflict resolutions and ultimately to social order guaranteeing peace and harmony* », voir Frankenberg (G.), « Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 26, 1985, p. 445.
[1711] Skinner (Q.), *Visions of Politics. Volume I: Regarding Method*, *supra* note 1675, p. 177.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux
II. Doctrine pluraliste
III. Doctrine différentialiste
IV. Doctrine constitutionnaliste
V. Doctrine pragmatique
VI. Jurisprudence

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

1. Dictionnaires juridiques

Alland (D.) et Rials (S.) (*dir.*), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, xxv-1649 p.
Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, xxxvii-758 p.
Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire de la globalisation* , Paris, LGDJ, 2010, 530 p.
Basdevant (J.) (*dir.*), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, xv-756 p.
Bernhardt (R.), *Encyclopedia of International Law*, Amsterdam, North-Holland Public Co., 1992-2003, 5 t.
Cornu (G.) (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, 4ème éd., Paris, PUF, 1994, XVIII-862 p.
Salmon (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, xlii-1198 p.

2. Manuels de droit international

Armstrong (D.), *Routledge Handbook of International Law*, London, Routledge, 2009, 468 p.
Cassese (A.), *International Law*, 2ème éd., Oxford, OUP, 2005, 488 p.
Combacau (J.) et Sur (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2008, 8ème éd. 818 p.
Cot (J.-P.) et al. (*dir.*), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, 3ème éd., Paris, Economica, 2005, vol. I, 1366 p.
Daillier (P.) et Pellet (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8ème éd., 2009, 1709 p.
Dupuis (P.-M.) et Kerbrat (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10ème éd., 918 p.
Evans (M.) (*éd.*), *International Law*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2010, lxiv-865 p.
Jouannet (E.), *Le droit international libéral-providence*, *Une histoire du droit international*, Bruxelles,

Bruylant, 2011, 352 p.
Jouannet (E.), *Le droit international*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2013, 125 p.
Koskenniemi (M.), *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2002, 569 p.
Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, 2005, XIX-683 p.

3. **Sciences humaines / philosophie politique / théorie critique**

Adorno (T.) et Horkheimer (M.), *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, Paris, Gallimard, 1983, 281 p.
Anghie (A.), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2003, 380 p.
Arnaud (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2004, 317 p.
Arnaud (A.-J.) (*dir.*), *Dictionnaire de la globalisation*, Paris, LGDJ, trad. par W. Capeller, 2010, 530 p.
Berman (M.), *All That Is Solid Mets Into Air. The Experience of Modernity*, New York, Penguin Books, 1983, 383 p.
Bourdieu (P.), *Homo academicus*, Paris, Les éditions de Minuit, 1984, 228 p.
Butler (J.), *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence* , London, Verson, 2004, 168 p.
Chakrabarty (D.), *Provincialiser l'Europe : la pensée postcoloniale et la différence historique*, Paris, éd. Amsterdam, 2009, 381 p.
Colliot-Thélène (C.), *La sociologie de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2008, 128 p.
Connertion (P.) (*éd.*), *Critical Sociology*, New York, Penguin Books Ltd, 1976, 520 p.
Cotterrell (R.), *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, xvii-381 p.
Fish (S.), *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham and London, 1989, 624 p.
Freeman (M.) (*dir.*), *Law and Sociology. Current Legal Issues. Volume 8*, Oxford, OUP, 2006, xii-490 p.
Foucault (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 32.
Foucault (M.), *Dits et écrits I. 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, 1708 p.
Foucault (M.), *Dits et écrits II. 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, 1735 p.
Foucault, *Cours au collège de France. 1977-1978 : Sécurité, territoire, population*, Paris, Gallimard, 2004, 435 p.
Foucault, *Cours au collège de France. 1978-1979 : Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004, 355 p.
Habermas (J.), *Le discours philosophique de la modernité : douze conférences*, Paris, Gallimard, 1988, 518 p.
Hammersley (M.) (*dir.*), *Social Research. Philosophy, Politics and Practice*, London, SAGE Publications, 1993, xiii-242 p.
Hirschman (A.), *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977, xxvi-153 p.

Jouannet (E.) et Ruiz Fabri (H.) (*dir.*), *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, 334 p.

Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, Chicago, University of Chicago Press, 2ème éd., 1983, 284 p.

Lascoumes (P.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Droit et société, Paris, 1995, 272 p.

MacIntyre (A.), *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 3ème éd., 2007, xix-286 p.

Marks (P.S.), *The Riddle of All Constitutions*, Oxford, OUP, 2000, 164 p.

Pahuja (S.), *Decolonising International Law*, Cambridge, CUP, 2011, 320 p.

Renaut (A.) (*dir.*), *Histoire de la philosophie politique. Tome V. Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945)*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, 488 p.

Renault (E.) et Sintomer (Y.) (*dir.*), *Où en est la théorie critique ?*, La Découverte, Paris, 2003, 280 p.

Schauer (F.), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, xvii-254 p.

Schmidt (J.) (*éd.*), *What is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1996, xiii-563 p.

Schmitt (C.), *The Concept of the Political*, édition élargie, Chicago, University of Chicago Press, 2007, xxxi-126 p.

Schmitt (C.), *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University Chicago Press, 2005, lii-70 p.

Schauer (F.), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, xvii-254 p.

Skinner (Q.), *Visions of Politics. Volume I. Regarding Method*, Cambridge, CUP, 2002, xvi-209 p.

Snow (C.P.), *The Two Cultures*, Cambridge, CUP, 1998, 107 p.

Taylor (C.), *Le malaise de la modernité*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005, 126 p.

Taylor (C.), *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, CUP, 1985, vii-340 p.

Todorov (T.), *La conquête en Amérique. La question de l'autre*, Paris, éd. du Seuil, 1982, 280 p.

Trubek (D.) et Santos (A.) (*eds.*), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, CUP, 2006, vii-309 p.

Unger (R.), *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975, ix-341 p.

Unger (R.), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976, ix-309 p.

Unger (R.), *False Necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, London, New York, Verso, 2004, cxxix-661 p.

Unger (R.), *Social Theory. Its Situation and Its Task*, London, New York, Verso, 2004, vii-256 p.

Van de Kerchove (M.) et Ost (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1988, 256 p.

Wallerstein (I.), *European Universalism. The Rhetoric of Power*, New York, New Press, 2006, 112 p.

Weber (M.), *Le savant et le politique. Une nouvelle traduction*, La Découverte, Paris, 2003, 206 p.

Weber (M.), *Sociologie du droit*, trad. par J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, 242 p.

II. **DOCTRINE PLURALISTE**

1. **Ouvrages**

Auby (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, Paris, 2003, 154 p.

Alvarez (J.), *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, OUP, 2005, 720 p.

Alter (K.) *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, OUP, 2001, 258 p. 1995, xi-365 p.

Avbelj (M.) et Komárek (J.) (*eds.*), *Contitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart, 2012, 452 p.

Barnett (M.) et Duvall (B.), *Power in Global Governance*, Cambridge, CUP, 2006, 392 p.

Baylis (J.), Smith (S.) et Owen (P.) (*eds.*), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, 4ème éd., Oxford, OUP, 2008, xxxix-622 p.

Benhabib (S.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, OUP, 2008, 224 p.

Berman (P.) (*éd.*), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, xlviii-660 p.

Boyle (A.) et Chinkin (C.), *The Making of International Law*, Oxford, OUP, 2007, xxx-338 p.

Carlnaes (W.), Risse (T.) et Simmons (B.) (*eds.*), *The Handbook of International Relations*, New York, Sage Publications, 2002, 572 p.

Carr (E.H.), *The 'Twenty Years' Crisis 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, London, MacMillan, 1939, 244 p.

Chayes (A.) et Chayes (A.), *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Regimes*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, xii-404 p.

Chazel (F.) et Comaille (J.) (*dir.*), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 426 p.

Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (*dir.*), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xiii-302 p.

Chevallier (J.), *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, 255 p.

Clam (J.) et Martin (G.) (*dir.*), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, 454 p.

Clark (I.), *Legitimacy in International Society*, Oxford, OUP, 2005, 290 p.

Cutler (C.) et Haufler (V.) (*eds.*), *Private Authority and International Affairs*, Albany, State University of New York Press, 1999, xi-389 p.

Delabie (L.), *Approches américaines du droit international. Entre unité et diversité*, Paris, Pedone, 2011, 506 p.

Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994, 305 p.

Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.

Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, 299 p.

Delmas-Marty (M.), *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, 423 p.

Delmas-Marty (M.), Muir Watt (H.) et Ruiz Fabri (H.) (*dir.*), *Variations autour d'un droit commun*, Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris (Paris, Sorbonne, 28 et 29 mai 2001), Paris, Société de Législation Comparée, 2002, 485 p.

De Sousa Santos (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Paris, LGDJ, 2004, 716 p.

Dubout (E.) et Touzé (S.) (*dir.*), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pédone, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 15, 2010, 336 p.

Friedmann (W.), *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, xvi-410 p.

Goldstein (J.), Kahler (M.), Keohane (R.) et Slaughter (A.-M.), *Legalization and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2000, xv-319 p.

Guzman (A.), *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, OUP, 2008, 272 p.

Hasenclever (A.), Mayer (P.) et Rittberger (V.), *Theories of International Regimes*, Cambridge, CUP, 1997, x-248 p.

Held (D.) et Koening-Archibugi (M.) (*eds.*), *Taming Governance. Frontiers of Governance*, Cambridge, Polity, 2003, XI-196 p.

Held (D.) et Koening-Archibugi (M.) (*eds.*), *Global Governance and Public Accountability*, Malden, Blackwell Publishing, 2005, 306 p.

Jenks (W.), *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, xxvi-456 p.

Krasner (S.) (*éd.*), *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983, x-372 p.

Krisch (N.), *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Post-National Law*, Oxford, OUP, 2010, xxiv-358 p.

Kurki (M.), *Causation in International Relations. Reclaiming Causal Analysis*, Cambridge, CUP, 2008, 368 p.

Ladeur (K.-H.) (*éd.*), *Public Governance in the age of Globalization*, Ashgate, Aldershot, 2004, vi-339 p.

Likosky (M.) (*éd.*), *Transnational Legal Processes. Globalisation and Power Disparities*, London, Butterworths, LexisNexis, 2002, xxxvii-505 p.

Locquin (E.) et Kessedjian (C.) (*dir.*), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, 612 p.

McDougal (M.) et al., *Studies in World Public Order*, New Haven et Dordrecht, New Haven Press et Nijhoff, 1987, xxi-1058 p.

Mehdi (R.) et Boisson de Chazournes (L.), *Une société internationale en mutation : quels acteurs pour une nouvelle gouvernance ?* , Bruxelles, Bruylant, 2005, 391 p.

Morand (C.-A.) (*dir.*), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Collection de droit international, Bruylant, 2001, 477 p.

Morgenthau (H.), *Scientific Man vs. Power Politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1946, ix-243 p.

Morgenthau (H.), *Politics Among Nations: the Struggle for Power and Peace* New York, Knopf, 1948, xvi-489 p.

Ost (F.) et Van De Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p.

Perez (O.), *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Debate*, Oxford, Hart Publishing, 1994, 290 p.

Rajagopal (B.), *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, CUP, 2003, xvi-343 p.

Reus-Smit (C.) et Snidal (D.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, OUP, 2008,

800 p.
Rittberger (V.) (*éd.*), *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, xix-470 p.
Rhodes (R.), *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, Buckingham, Open University Press, 2001, 252 p.
Ríos Rodríguez (J.), *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 362 p.
Rosenberg (J.), *The Empire of Civil Society. A Critique of the Realist Theory of International Relations*, London, Verso, 1994, ix-224 p.
Ruiz Fabri (H.) et Gradoni (L.) *(dir.)*, *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de Législation Comparée, 2009, 575 p.
Ruiz-Fabri (H.) (*dir.*), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 290 p.
Ruiz-Fabri (H.) (*dir.*), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 290 p.
Rosenau (J.) et Czempiel (E.-O.) (*eds*), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, CUP, 1992, 324 p.
Rosenberg (J.), *The Empire of Civil Society. A Critique of the Realist Theory of International Relations*, Verso, London, 1994, ix-224 p.
Rousseau (D.) (*dir.*), *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007, 189 p.
Schiff Berman (P.) (*éd.*), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, xlviii-650 p.
Serverin (E.) et Berthoud (A.) (*dir.*), *La production de normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, 315 p.
Simpson (G.), *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, CUP, 2004, xix-391 p.
Slaughter (A.-M.), *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, xviii-341 p.
Stone Sweet (A.), *The Judicial Construction of Europe*, Oxford OUP, 2004, 294 p.
Timsit (G.), *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, 199 p.
Twining (W.), *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, Northwestern University Press, 2000, 296 p.
Underdal (A.) et Young (O.) (*eds*.), *Regime Consequences: Methodological Challenges and Research Strategies*, Dordrecht, Springer, 2004, vii-394 p.
Weiler (J.) et Wind (M.) (*eds.*), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, vii-244 p.
Ziccardi Capaldo (G.), *The Pillars of Global Law*, Ashgate, Aldershot, 2008, 452 p.

2. **Articles**

Abbott (K.), « International Law and International Relations Theory: Building Bridges. Elements of a Joint Discipline », *ASIL Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 167-172.
Abbott (K.) et Snidal (D.), « Why States Act Through Formal International Organizations », *J. of Conflict Res.*, vol. 42, n° 1, 1998, pp. 3-32.
Abbott (K.), « International Relations Theory, International Law, and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts », *AJIL*, vol. 93, n° 2, 1999, pp. 361-379.

Abbott (K.) et Snidal (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int'l Org.*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 421-456.

Abbott (K.), « Toward a Richer Institutionalism for International Law and Policy », *J. of Int'l L. & Int'l Rel.*, vol. 1, n° 1-2, 2005, pp. 9-34.

Abbott (K.), « Enriching Rational Choice Institutionalism for the Study of International Law », *U. of Ill. L. Rev.*, vol. 1, 2008, pp. 5-46

Alter (K.) et Meunier (S.), « The Politics of International Regime Complexity », *Perspectives on Politics*, vol. 7, n° 1, 2009, pp. 13-24.

Alvarez (J.), « The WTO as Linkage Machine », *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 146-159.

Alvarez (J.), « The Move from Institutions? », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 100, 2006, pp. 287-289.

Anderson (K.), « The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society », *EJIL*, vol. 11, n° 1, 2000, pp. 91-120.

Axelrod (A.) et Keohane (R.), « Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions », *World Politics*, vol. 38, n° 1, 1985, pp. 226-254.

Barnett (L.), « Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime », *Int'l J. of Ref. L.*, vol. 14, n° 2 & 3, 2002, pp. 238-262.

Baron (C.), « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, vol. 2, n° 54, 2003, pp. 329-349.

Benlolo-Carabot (M.), « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 380-386.

Benvenisti (E.), « Exit and Voice in the Age of Globalization », *Mich. L. Rev*, vol. 98, 1999-2000, pp. 167-213.

Besson (S.), « How International is the European Legal Order? Retracing Tuori's Steps in the Exploration of European Legal Pluralism », *NoFo*, vol. 5, 2008, pp. 50-70.

Besson (S.) et Gächter-Alge (M.-L.), « L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives », pp. 3-35, *in* Besson (S.), Lavrat (N.) et Clerc (E.), (*eds.*), *L'interprétation en droit européen – Interpretation in European Law*, Zürich, Schulthess, 2011, 212 p.

Beulay (M.), « La mise en œuvre des "smart sanctions" des Nations unies par les États membres et la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, p. 372.

Biersteker (T.) et Hall (R.), « La gouvernance privée dans le système international », *L'Économie Politique*, vol. 4, n° 2, 2004, pp. 5-18.

Blum (G.), « Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law », *Harvard Int'l. L. J.*, vol. 29, n° 2, 2008, pp. 323-379.

Boisson De Chazournes (L.), « Le panel d'inspection de la Banque Mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, vol. 1, 2001, pp. 145-162.

Brown (C.), « 'Turtles All the Way Down': Anti-Foundationalism, Critical Theory and International Relations », *Millenium*, vol. 23, n° 2, 1994, pp. 213-236.

Burke-White (W.), « International Legal Pluralism », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 963-980.

Cao-Huy (T.), « Droit et relations internationales », pp. 173-208, *in Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, 230 p.

Campbell (B.) et Ahado (D.), « La gouvernance : entre l'Etat et le marché, qui gouverne l'ordre social ? », *Cahier de la Chaire C.-A. Poissant de l'UQAM*, n° 1, 2006, pp. 1-13.

Chayes (A.) et Chayes (A.), « Adjustment and Compliance Processes in International Regulatory Regimes », pp. 280-308, *in* Tuchman (J.) et Barder (C.) (*eds*), *Preserving the Global Environment: The Challenge of Shared Leadership*, New York, Norton, 1991, 362 p.

Chayes (A.) et Chayes (A.), « Compliance Without Enforcement: State Behavior Under Regulatory Treaties », *Negotiation Journal*, vol. 7, n° 3, 2007, pp. 311-330.

Cho (S.), « Linkage of Free Trade and Social Regulation: Moving Beyond the Entropic Dilemma », *Chi. J. Intl L.*, vol. 5, n° 2, 2005, pp. 625-674.

Cohen (J.) et Sabel (C.), « Global Democracy ? », *Int'l L. and Pol.*, vol. 37, 2005, pp. 763-797.

Coicaud (J.-M.), « Réflexions sur les organisations internationales et la légitimité internationale : contraintes, pathologies et perspectives », *Revue int'le des sciences sociales*, vol. 4, n° 170, 2001, pp. 573-587.

Cooney (R.) et Lang (A.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade », *EJIL*, vol. 18, n° 3, 2007, pp. 523-551.

Corten (O.), « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit et société*, vol. 1, n° 50, 2002, pp. 185-208.

Cot (J.-P.), « Tableau de la pensée juridique américaine », *RGDIP*, vol. 6, n° 3, 2006, pp. 537-596.

Danish (K.), « Management v. Enforcement. Book Review. The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements. By Abram Chayes & Antonia Handler Chayes. Cambridge: Harvard University Press (1995). 417 pp. », *Virginia J. of Int'l L.*, vol. 37, 1997, pp. 789-810.

De Búrca (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Havard Int'l L. J.*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-49.

Delmas-Marty (M.) et Izorche (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue de droit de McGill*, vol. 46, 2001, pp. 923-954.

Delmas-Marty (M.), « Droit comparé et droit international : interactions et internormativité », pp. 11-26, *in* Chiavario (M.) (*dir.*), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, Giuffre editore, 2003, 398 p.

Delmas-Marty (M.), « Une utopie réaliste », pp. 297-305, *in* Royer (J.-P.) (*dir.*), *La justice d'un siècle à l'autre*, Paris, PUF, Coll. Droit et Justice, 2003, 312 p.

Delmas-Marty (M.), « La grande complexité juridique du monde », pp. 89-105, *in Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, xxiv-622 p.

Delmas-Marty (M.), « La CPI et les interactions entre le droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », Guest Lecture Series of the Office of the ICC Prosecutor, 2004, 20 p.

De Sousa Santos (B.), « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, vol. 10, 1988, pp. 379-405.

Downs (G.), Rocke (D.) et Barsoom (P.), « Is the Good News about Compliance Good News about Cooperation? », *Int'l Org.*, vol. 50, n° 3, 1996, pp. 379-406.

Dunoff (J.), « *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* by Nico Krisch »,

AJIL, vol. 107, n° 2, 2013, p. 488.
Dunoff (J.), « The WTO in Transition: Of Constituents, Competence and Coherence », *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, pp. 979-1014.
Dunoff (J.) et Trachtman (J.), « Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat », *Yale J. of Int'l L.*, 1998, vol. 24, n° 1, pp. 1-59.
Engle Merry (S.), « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, pp. 869-896.
Engle Merry (S.), « International Law and Sociolegal Scholarship: Toward a Spatial Global Legal Pluralism », *Studies in Law, Politics, and Society*, vol. 41, Special Issue: Law and Society Reconsidered, 2008, pp. 149-168.
Enjolras (B.), « Économie sociale et solidaire, territoire et régimes de gouvernance », *Revue internationale de l'économie sociale*, vol. 296, 2005, pp. 59-69.
Falk (R.), « New Approaches to the Study of International Law », *AJIL*, vol. 61, 1967, pp. 477-495.
Falk (R.), « Casting the Spell: The New Haven School of international Law », *The Yale L. J.*, vol. 104, n° 7, 1995, pp. 1991-2008.
Falk, (R.) « Kosovo, World Order, and the Future of International Law », *AJIL*, vol. 93, 1999, pp. 847-857.
Finkelstein (L.), « What is Global Governance? », *Global Governance*, vol. 1, n° 2, 1995, pp. 367-372.
Garcia (F.J.), « Globalization and the Theory of International Law », Boston College Law School, Research Paper 75, 2005, 12 p.
García-Salmones (M.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade: A Reply to Rosie Cooney and Andrew Lang », *EJIL*, vol. 20, n° 1, 2009, pp. 167-186.
Gerhing (T.) et Oberthür (S.), « The Causal Mechanisms of Interaction between International Institutions », *EJIR*, vol. 15, 2009, pp. 125-156.
Giori (F.), « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », communication au VIIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 25-27 septembre 2008, 22 p. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GiorgiTXT.pdf
Goldstein (J.), Kahler (M.), Keohane (R.) et Slaughter (A.-M.), « Introduction : Legalization and World Politics », *Int'l Org.*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 389-399.
Grant (R.) et Keohane (R.), « Accountability and abuses of power in world politics », *Am. Polit. Sci. Rev.*, vol. 99, 2005, pp. 29-44.
Griffiths (J.), « What is Legal Pluralism? », *J. of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, pp. 2-55.
Günther (K.), « Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory », *No Foundations*, n° 5, 2008, pp. 5-21.
Guzman (A.), « Global Governance and the WTO », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 45, n° 2, 2004, pp. 303-351.
Guzzini (S.), « Structural Power: The Limits of Neorealist Power Analysis », *Int'l Org.*, vol. 47, n° 3, 1993, pp. 443-478.
Guzzini (S.), « The Enduring Dilemmas of Realism in International Relations », *EJIR*, vol. 10, 2004, pp. 533-568.

Haas (P.), « Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination », *Int'l Org.*, vol. 46, n° 1, 1992, pp. 1-35.

Hathaway (O.), « Why do Countries Commit to Human Rights Treaties? », *J. of Conflict Res.*, vol. 51, n° 4, 2007, pp. 588-621.

Helfer (L.) et Slaughter (A.-M.), « Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo », *Cal. L. Rev.*, vol. 93, 2005, pp. 899-956.

Hirsch (M.), « The Sociology of International Law », *U of T L. J.*, vol. 55, n° 4, 2005, pp. 891-939.

Howse (R.), « The Legitimacy of the World Trade Organization? », pp. 355-407, *in* Coicaud (J.-M.) et Heikanen (V.) (*eds.*), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, viii-578 p.

Howse (R.), « The Boundaries of the WTO: From Politics to Technocracy -and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime », *AJIL*, vol. 94, n° 1, 2002, pp. 94-117.

Howse (R.) et Mutua (M.), « Protecting Human Rights in a Global Economy », *Buffalo Legal Studies Research Paper*, n° 8, 2010, 30 p.

Howse (R.) et Teitel (R.), « Beyond the Divide. The Convenant on Economic, Social and Cultural Rights and the World Trade Organization », *Dialogue on Globalization*, n° 30, 2007, pp. 1-32.

Hurd (I.), « Legitimacy and Authority in International Politics », *Int'l Org.*, vol. 53, n° 2, pp. 379-408.

Jacqué (J.-P.) « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de Sécurité : Merci Monsieur le Professeur », *Europe des libertés,* 2006, n° 19.

Jacqué (J.-P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, vol. 69, n° 1, 2007, pp. 3-37.

Jacqué (J.-P.), « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 45, 2009, pp. 161-179.

Johnstone (I.), « Treaty Interpretation: The Authority of Interpretive Communities », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 12, pp 371-419.

Jouannet (E.), « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 3-26.

Jouannet (E.), « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, *Affaire des Plates-formes pétrolières* », *RGDIP*, vol. 4, 2004, pp. 917-948.

Keohane (R.), « International Relations and International Law: Two Optics », *Harvard Intl L. J.*, vol. 38, n° 2, 1997, pp. 487-502.

Keohane (R.), « A Functional Theory of International Regimes », pp. 205-238, *in* Simmons (B.), *International Law. Approaches to the Study of International Law*, London, SAGE, vol. 1, 2008, xlviii-351 p.

Klabbers (J.), « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity », *J. of Int'l L. & Int'l Rel.*, vol. 1, n° 1-2, 2005, pp. 35-48.

Klabbers (J.), « Book Review. The Limits of International Law. By Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner », *FYBIL*, vol. XVI, 2005, pp. 1-7.

Klabbers (J.), « Book Review. Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University

Press, Princeton, 2004, ISBN 0-691-12397-7 », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 2, 2005, pp. 461-466.

Klabbers (J.), « Checks and Balances in the Law of International Organizations », *Ius Gentium*, vol. 12, 2006, pp. 141-163.

Klabbers (J.), « Book Review. José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005) », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 3, 2006, pp. 153-157.

Klabbers (J.), « The Bridge Crack'd: A Critical Look at Interdisciplinary Relations », *Int'l Rel.*, vol. 23, n° 1, 2009, pp. 119-125.

Koch (C.), « Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 879-902.

Koh (H.), « Book Review. *The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements*. By Abram Chayes and Antonia Handler Chayes. Cambridge MA, London: Harvard University Press, 1955. Pp. xii-404 p. $49.95 », *AJIL*, vol. 91, 1997, p. 390.

Koh (H.), « Review Essay. Why Do Nations Obey International Law? », *Yale L. J.*, vol. 160, 1996-1997, pp. 2599-2699.

Koh (H.), « Why Transnational Law Matters », *Penn State Intl L. Rev.*, vol. 24, n° 4, 2006, pp. 745-753.

Koremenos (B.), « When, What, and Why Do States Choose to Delegate? », *Law & Con. Prob.*, vol. 71, n° 1, 2008, pp. 151-192.

Koskenniemi (M.), « Legitimacy, Rights, and Ideology. Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism », Associations, vol. 7, n° 2, 2003, pp. 349-373.

Koven Levit (J.), « A Bottom-up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments », *Yale J. of Intl L.*, vol. 30, 2005, pp. 125-209.

Kreps (S.) et Clark (A.), « Why States Follow the Rules: Toward a Positional Theory of Adherence to International Legal Regimes », *Duke J. of Comp. & Intl L.*, vol. 16, n° 2, 2006, pp. 331-414.

Kratochwil (F.) et Ruggie (J.), « International Organization: A State of the Art on an Art of the State », *Int'l Org.*, vol. 40, n° 4, 1986, pp. 753-775.

Kratochwil (F.), « The Monologue of "Science" », *Int'l Studies Rev.*, vol. 5, 2003, pp. 124-128.

Kratochwil (F.), « How (Il)liberal is the Liberal Theory of Law? Some Critical Remarks on Slaughter's Approach », *Comparative Sociology*, vol. 9, 2010, pp. 120-145.

Krisch (N.), « The Case for Pluralism in Postnational Law », *LSE Law, Society, and Economy Working Papers*, n° 12, 2009, 45 p.

Lang (A.) et Cooney (R.), « Taking Uncertainty Seriously: Adaptive Governance and International Trade: A Rejoinder to Mónica García-Salmones », *EJIL*, vol. 20, n° 1, 2009, pp. 187-192.

Leonaerts (K.), « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », *ICLQ*, vol. 52, n° 4, 2003, pp. 873-906.

Lipson (C.), « Why Are Some International Agreements Informal? », *Int'l Org.*, vol. 45, n° 4, 1991, pp. 495-538.

Lobel (O.), « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », *Minnesota L. Rev.*, vol. 89, n° 2, 2005, pp. 262-390.

Loughlin (M.), « The Functionalist Style in Public Law », *U. of Toronto L. J.*, vol. 55, n° 3, 2005, pp. 361-403.

Lorite Escorihuela (A.), « Cultural Relativism the American Way: The Nationalist School of International Law in the United States », *Global Jurist Frontiers*, vol. 5, n° 1, 2005, pp. 1-166.

MacCormick (N.), « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 1-18.

MacCormick (N.), « Risking Constitutional Collision in Europe? », *Oxford J. of Legal Studies*, vol. 18, 1998, pp. 517-532.

McCorquodale (R.), « An Inclusive International Legal System », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 477-504.

McDougal (M.), « International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception », *RCADI*, vol. 82, 1953-I, pp. 137-258.

Michaut (F.), « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC*, vol. 2, 1987, pp. 343-371.

Michaut (F.), « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », pp. 265-280, *in* Amselek (P.) (*dir.*), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1995, 328 p.

Mitchell (R.), « Regime Design Matters: International Oil Pollutions and Compliance », *Int'l Org.*, vol. 48, n° 3, 1994, pp. 425-458.

Morgenthau (H.), « Positivism, Functionalism and International Law », *AJIL*, vol. 34, n° 2, 1940, pp. 260-284.

Morgenthau (H.), « The Twilight of International Morality », *Ethics*, vol. 58, n° 2, 1948, pp. 79-99.

Neufeld (M.), « Interpretation and the 'Science' of International Relations », *Rev. of Int'l Stu.*, vol. 19, n° 1, 1993, pp. 39-61.

Noël (P.), « Théorie des « régimes », économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *AFRI*, vol. I, 2000, pp. 140-160.

Oberdörster (U.), « Why Ratify? Lessons from Treaty Ratification Campaigns », *Vanderbilt L. Rev.*, vol. 61, n° 2, 2008, pp. 681-712.

Oeter (S.), « Toward a Richer Institutionalism for International Law and Policy », *U. of Illinois L. Rev.*, vol. 1, 2008, pp. 61-70.

Ost (F.), « Mirelle Delmas-Marty ou la puissance de l'esprit d'utopie », pp. 41-55, *in Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Paris, Société de Législation Comparée, Unité Mixte de Recherche de droit comparé de Paris, 2005, 551 p.

Paye (O.), « La gouvernance : d'une notion polysémique à un concept politologue », *Études internationales*, vol. XXXVI, n° 1, 2005, pp. 13-40.

Picavet (E.), « Faut-il lutter contre l'économisme ? », *Cités*, vol. 2, n° 6, 2001, pp. 159-171.

Picciotto (S.), « Constitutionalizing Multilevel Governance? », *Int'l J. of Cons. L.*, vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 457-479.

Posner (E.) et Yoo (J.), « Judicial Independence in International Tribunals », *Cal L. Rev.*, vol. 93, 2005, pp. 1-74.

Poiares Maduro (M.), « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », pp. 501-537, *in* Walker (N.) (*dir.*), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, xii-556 p.

Ragaru (N.), « L'état des relations internationales en France », *Revue internationale et stratégique*, vol. 3, n° 47, 2002, pp. 77-81.

Rajagopal (B.), « The Role of Law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal

Pluralism: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India », *LJIL*, vol. 18, n° 3, 2005, pp. 345-387.

Ratner (S.), « Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law », *AJIL*, vol. 102, n° 3, 2008, pp. 475-528.

Raustiala (K.) et Victor (D.), « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *Int'l Org.*, vol. 58, 2004, pp. 277-309.

Reisman (W.), Wiessner (S.) et Willard (A.), « The New Haven School: A Brief Introduction », *Yale J. of Int'l L.*, vol. 32, 2007, pp. 575-582.

Rhodes (R.), « Understanding Governance: Ten Years On », *Org. Stu.*, vol. 28, n° 8, 2007, pp. 1243-1264.

Roberts (S.), « After Government? On Representing Law Without the State », *Modern L. Rev.*, vol. 68, n° 1, 2005, pp. 1-24.

Roseau (J.), « Governance in the Twenty-First Century », *Global Governance*, vol. 1, n° 2, 1995, pp. 13-43.

Samhat (N.), « International Regimes and the Prospects for Global Democracy », *The Whitehead Journal of Diplomacy and Int'l Rel.*, vol. VI, n° 1, 2005, pp. 179-198.

Saura Estapa (J.), « Flexibility Mechanisms in the Kyoto Protocol : Constitutive Elements and Challenges Ahead », *Revue générale de droit*, vol. 34, n° 1, 2004, pp. 107-140.

Shaffer (G.), « A Transnational Take on Krisch's Pluralist Posnational Law », *EJIL*, vol. 23, n° 2, 2012, pp. 565-582.

Schiff Berman (P.), « Le nouveau pluralisme juridique », *RIDC*, vol. 1, t. XXVII, 2013, pp. 229-256.

Schiff Berman (P.), « A Pluralist Approach to International Law », *The Yale L. J. of Int'l L.*, vol. 32, 2007, pp. 301-329.

Schiff Berman (P.), « Global Legal Pluralism », *Southern Cal. L. Rev.*, vol. 80, n° 6, 2007, pp. 1155-1237.

Schneider (A.), « Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized », *J. of Dispute Res.*, vol. 1, 2006, pp 119-130.

Simmons (B.), « Compliance with International Agreements », pp. 143-161, *in* Ku (C.) et Diehl (P.) (*eds.*), *International Law: Classical and Contemporary Readings*, Boulder, Lynne Rienner, 3ème éd., 2009, cii-507 p.

Simpson (G.), « Two Liberalisms », *EJIL*, vol. 12, n° 3, 2001, pp. 537-571.

Simpson (G.), « Duelling Agendas: International Relations and International Law (Again) », *J. of Int'l L. & Int'l Rel.*, vol. 1, n° 1-2, 2005, pp. 61-73.

Skeen (R.), « Will the WTO Turn Green?: the Implications of Injecting Environmental Issues into the Multilateral Trading System », *Georgetown Int'l Env'l L. Rev.*, vol. 17, n° 7, 2004, pp. 161-199.

Slaughter (A.-M.), « International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda », *AJIL*, vol. 87, 1993, pp. 205-239.

Slaughter (A.-M.), « International Law in a World of Liberal States », *EJIL*, vol. 6, 1995, pp. 1-39.

Slaughter (A.-M.), Tulumetto (A.) et Wood (S.), « International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship », *AJIL*, vol. 92, 1998, pp. 367-397.

Slaughter (A.-M.), « The Accountability of Government Networks », *Ind. J. of Global Legal Studies*, vol. 8, 2001, pp. 347-367.

Slaughter (A.-M), « A Global Community of Courts », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 44, n°1, 2003, pp. 191-219.

Slaughter (A.-M.) et Zaring (D.), « Networking Goes International: An Update », *Ann. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 2, 2006, pp. 211-229.

Slaughter (A.-M.), « Agencies on the Loose? Holding Government Networks Accountable », pp. 521-546, *in* Bermann (G.), Herdegen (M.) et Lindseth (P.), (*eds.*), *Transatlantic Regulatory Cooperation: Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, OUP, xviii-635 p.

Smith (S.), « Paradigm Dominance in International Relations: The Development of International Relations as a Social Science », *Millenium*, vol. 16, n° 2, 1987, pp. 189-206.

Smith (S.), « International Relations and international relations: The Links Between Theory and Practice in World Politics », *J. of Int'l Rel. and Dev't*, vol. 6, n° 3, 2003, pp. 233-239.

Snyder (F.), « Gouverner la mondialisation économique : pluralisme juridique mondial et droit européen », *Droit et Société*, vol. 2, n° 54, 2003, pp. 435-484.

Stone (J.), « Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law », *RCADI*, vol. 89, 1956-I, pp. 59-175.

Stone Sweet (A.), « The Structure of Constitutional Pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law », *I-CON*, vol. 11, n° 2, 2013, pp. 491-500.

Tamanaha (B.), « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *J. of L. and Society*, vol. 27, n° 2, 2000, pp. 296-321.

Timsit (G.), « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », pp. 309-332, *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche 1999, vi-587 p.

Timsit (G.), « La peur de l'impensable dans l'histoire des sciences : le cas de la science juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XXXVIII, n° 119, 2000, pp. 79-88.

Thompson (A.) et Snidal (D.), « Guarding the Equilibrium: Regime Management and the WTO », Conférence donnée à la faculté de droit Northwestern le 30 octobre 2007, 41 p.

Tuori (K.), « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue int'le de droit économique*, vol. 4, tome XXV, 2011, pp. 559-599.

Tuori (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *RIDC*, vol. 1, tome XXVII, 2013, pp. 9-36.

Trachtman (J.), « Institutional Linkage: Transcending Trade and... », *AJIL*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 77-93.

Vogler (J.), « Taking Institutions Seriously: How Regime Analysis can be Relevant to Multilevel Environmental Governance », *Global Env. Pol.*, vol. 3, n° 2, 2003, pp. 25-39

Walker (N.), « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, spé. pp. 328-329.

Ward (I.), « Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination », *European Law Journal*, vol. 7, 2001, pp. 24-37.

Weiler (J.), « The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy »,

ZaöRV, vol. 64, n° 3, 2004, pp. 547-562.
Weiss (T.), « What Happened to the Idea of World Government », *ISQ*, vol. 53, n° 2, 2009, pp. 253-271.
Winickoff et *al.*, « Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law », *Yale J Int'l L* , vol. 30, 2005, pp. 81-123.

III. **DOCTRINE DIFFÉRENTIALISTE**

1. **Ouvrages**

Altman (A.), *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1993, 216 p.
Arnaud (A.-J.) et Guibentif (P.) (*dir.*), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Collection Droit et Société 5, Paris, LGDJ, 1993, 251 p.
Berlin (I.), *Four Essays on Liberty* , Oxford, OUP, 1969, 268 p.
Bowring (B.), *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics* , London, Routledge-Cavendish, 2008, 256 p.
Buckel (S.), *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Velbrück Wissenschaft, Göttingen, 2007, 355 p.
Butler (J.), Laclau (L.) et Zizek (S.), *Contingency, Hegemony, Universality. Contemporary Dialogues on the Left* , London, Verso, 2000, 329 p.
Calliess (G.-P.), Fischer-Lescano (A.), Wielsch (D.) et Zumbansen (P.) (*eds.*), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter Recht, 2009, XIV-933 p.
Charlesworth (H.), *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, coll. Doctrine(s), 2013, 351 p.
Chimni (B.S.), *International Law and World Order* , New Delhi, Sage Publications, 1993, 318 p.
Clam (J.), *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris, PUF, 1997, 337 p.
Crawford (J.) et Koskenniemi (M.) (*eds.*), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, CUP, 2012, XI-471 p.
Ferrarese (E.), *Niklas Luhmann, une introduction*, Paris, La Découverte, 2007, 279 p.
Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2006, 230 p.
Guibentif (P.), *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, Série sociologique, n° 53, 2010, 508 p.
Hardt (M.) et Negri (A.), *Empire*, Paris, Exils, trad. Par D.-A. Canal, 2000, 571 p.
Knop (K.), *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, xxii-434 p.
Laclau (E.), *La Guerre des identités. Grammaire de l'émancipation*, Paris, La Découverte, 2000, p. 14.
Ladeur (K.-H.) (*éd.*), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004, VI-339 p.
Luhmann (N.), *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, xxxvii-482 p.
Luhmann (N.), *Law as a Social System*, Oxford, OUP, 2004, viii-498 p.

Lyotard (J.-F.), *Le différend*, Paris, Minuit, 1983, 252 p.
Nickel (R.) (*éd.*), *Conflit of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oslo, Centre for European Studies, ARENA, 2009, 586 p.
Nobles (R.) et Schiff (D.), *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford, Hart Publishing, 2006, viii-249 p.
Pajuste (T.), *Mainstreaming Human Rights in the Context of the European Security and Defence Policy*, Helsinki, Erik Castrén Research Reports, vol. 23, 2008, 143 p.
Perez (O.), *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Debate*, Oxford, Hart Publishing, 1994, 290 p.
Perez (O.) et Teubner (G.) (*eds.*), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, x-322 p.
Rasch (W.), *Niklas Luhmann's Modernity: The Paradoxes of Differentiation*, Stanford, Stanford University Press, 2000, 264 p.
Rasch (W.), *Sovereignty and its Discontents. On the Primacy of Conflict and the Structure of the Political*, London, Birkberk Law Press, 2004, 208 p.
Ruby (C.), *Les archipels de la différence. Foucault-Derrida-Deleuze-Lyotard*, Paris, Editions du Félin, 1989, 159 p.
Seppänen (S.), *Possibilities and Challenges of the Human-Rights Based Approach to Development* , Helsinki, Erik Castrén Research Reports, vol. 17, 2005, 125 p.
Teubner (G.) (*éd.*), *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1988, 380 p.
Teubner (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p.
Teubner (G.), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1996, xv-393 p.
Teubner (G.) (*éd.*), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, xvii-305 p.
Teubner (G.), *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, OUP, 2012, x-213 p.
Teubner (G.) et Sand (J.) (*eds.*), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, xv-375 p.
Todorov (T.), *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982, 280 p.
Young (M.) (*éd.*), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, CUP, 2012, 346 p.

2. **Articles**

Anghie (A.), « Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law », *Social and Legal Studies* , vol. 5, 1996, pp. 321-336.
Anghie (A.), « L'évolution du droit international : réalités postcoloniales », p. 4, *in* Ruiz Fabri (H.), Jouannet (E.), et Toufayan (M.) (*dir.*), *Les nouvelles approches sur les Tiers Monde en droit international* , Paris, Société de Législation Comparée, 2013 (à paraître).
Alston (P.), « Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann », *EJIL*, vol. 13, n° 3, 2002, pp. 815-844.
Bachand (R.), « La critique en droit international : réflexions autour des libres de Koskenniemi, Anghie et Miéville », *RQDI*, vol. 19, n° 2, 2006, pp. 1-34.
Barbesino (P.) et Salvaggio (S.), « La sociologie de Niklas Luhmann », *Recherches sociologiques*,

vol. 27, n° 2, 1996, pp. 42-86.
Beckett (J.), « Rebel Without a Cause? Martti Koskenniemi and the Critical Legal Project », *German L. J.*, vol. 7, n° 12, 2006 pp. 1045-1088.
Benlolo-Carabot (M.), « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 380-386.
Best (B.), « Necessarily Contingent, Equally Different, And Relatively Universal: The Antinomies of Ernesto Laclau's Social Logic of Hegemony », *Rethinking Marxism* , vol. 12, n° 3, pp. 38-57.
Beulay (M.), « La mise en œuvre des "smart sanctions" des Nations unies par les Etats membres et la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 367-372.
Binder (G.), « Beyond Criticism », *Uni. of Chicago L. Rev.* , vol. 55, n° 3, pp. 888-915.
Bismuth (R.), « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de Stabilité Financière », *JDI*, vol. 134, n° 1, 2007, pp. 57-83.
Bohn (C.), « Le double paradigme dans les théories de la différenciation sociale », *Sociétés*, vol. 61, 1998, pp. 13-18.
Cantelli (F.), « La pensée politique anti-essentialiste de Chantal Mouffe », *Revue du MAUSS* , vol. 1, n° 19, 2002, pp. 191-200.
Carty (A.), « Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century? », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 247-270.
Charlesworth (H.), « Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations », *Harvard Human Rights J.*, vol. 18, 2005, pp. 1-18.
Chatton (G.), « Arrêt *Van Parys* : principe de l'absence d'effet direct du droit de l'OMC et des décisions de l'ORD au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne », Centre d'études juridiques européennes, 14 avril 2005.
Chris (T.), « Niklas Luhmann, Carl Schmitt, and the Modern Form of the Political », *Euro. J. of Social Theory*, vol. 10, n° 4, 2007, pp. 499-522.
Chevallier (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, pp. 659-690.
Chimni (B.S.), « Marxism and International Law: A Contemporary Analysis », *Economic and Political Weekly* , 6 février 1999, pp. 337-349.
Chimni (B.S.), « Toward a Radical Third World Approach to Contemporary International Law », *ICCLP Review*, vol. 5, n° 2, 2002, pp. 14-26.
Chimni (B.S.), « An Outline of a Marxist Course on Public International Law », *LJIL*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 1-31.
Cirkovic (E.), « Global Legal Pluralism and Multipolar Conflicts: A Review of Oren Perez's "*Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*" », *German L. J.*, vol. 7, n° 12, 2006, pp. 1165-1175.
Clam (J.), « Monétarisation, généralisation de l'envie et paradoxe du droit », *Droit et Société*, vol. 47, 2001, pp. 155-182.
Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Rev. of Int'l Pol. Economy* , vol. 4, n° 2, 1997, pp. 261-285.
Cutler (C.), « Critical Reflections on the Westphalian Assumption of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy », *Rev. of Int'l Studies* , vol. 27, n° 2, 2001, pp. 133-150.

Cutler (C.), « Globalization, the Rule of Law and the Modern Law Merchant: Medieval or Late Capitalist Associations? », *Constellations* , vol. 8, n° 4, 2001, pp. 480-502.

D'Amato (A.), « International Law as an Autopoietic System », pp. 335-399, *in* Wolfrum (R.) et Röben (V.) (*eds.*), *Developments of International Law in Treaty Making*, Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2005, VIII-632 p.

Dupret (B.), « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification », *EJLS*, vol. 1, 2007, pp. 1-26.

Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 25, n° 4, 2004, pp. 999-1046.

Fischer-Lescano (A.) et Teubner (G.), « Reply to Andreas L. Paulus. Consensus as Fiction of Global Law », *Mich. J. of Intl L.*, vol. 25, 2004, pp. 1059-1073.

Garcia Amado (J.A.), « Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société*, vol. 11/12, 1989, pp. 15-52.

Geras (N.), « Post-Marxism? », *New Left Review*, n° 163, 1987, pp. 40-82.

Geras (N.), « Ex-Marxism Without Substance: Being A Real Reply to Laclau and Mouffe », *New Left Review*, n° 169, 1988, pp. 34-61.

Guibentif (P.), « Le chameau dans le laboratoire. La théorie des systèmes et l'étude de la communication juridique quotidienne », *Droit et société*, vol. 47, 2001, pp. 123-153.

Kemmerer (A.), « The Normative Knot 2.0: Metaphorological Explorations in the Net of Networks », *German L. J.*, vol. 10, n° 4, 2009, pp. 439-462.

King (M.) et Thornhill (C.), « 'Will the Real Niklas Luhmann Stand Up, Please'. A Reply to John Mingers », *The Sociological Review*, vol. 51, n° 2, 2003, pp. 276-285.

Khrebtukova (A.), « A Call to Freedom: Toward a Philosophy of International Law in an Era of Fragmentation », *J. of Int'l L. & Int'l Rel.*, n° 4, n° 1, 2008, pp. 51-103.

Knox (R.), « Marxism, International Law, and Political Strategy », *LJIL*, vol. 22, 2009, pp. 413-435.

Koskenniemi (M.), « "Not Excepting the Iroquois Themselves...". Machiavelli, Pufendorf and the Prehistory of International Law », *Max Weber Lecture Series*, n° 7, 2007, 41 p.

Koskenniemi (M.), « Between Empire and Legal Formalism », conférence à Recife, Brésil, 18 mai 2003, 20 p. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013 : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MRecife.pdf

Koskenniemi (M.), « International Legislation Today: Limits and Possibilities », *Wisconsin Intl L. J.*, vol. 23, n°1, 2005, pp. 61-92.

Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics », *The Modern L. Rev.*, vol. 70, n° 1, 2007, pp. 1-30.

Koskenniemi (M.), « Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre 'constitutionnalisme' et 'gestionnariat' », *EJLS* , vol. 1, 2007, pp. 1-21.

Koskenniemi (M.), « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power », *Humanity*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 47-58.

Koskenniemi (M.) et Leino (P.), « Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties », *LJIL*, vol. 15, n° 3, 2002, pp. 553-579.

Laclau (E.) et Mouffe (C.), « Post-Marxism Without Apologies », *New Left Review* , n° 166, 1987, pp. 79-106.

Leydet (D.) et Pourtois (H.), « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », *Archives de philosophie du droit*, vol. 49, 2005, pp. 71-92.

Luhmann (N.), « L'unité du système juridique », *Arch. phil. droit*, vol. 31, 1986, pp. 163-173.

Luhmann (N.), « Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, pp. 1423-1441.

Maisani (P.) et Wiener (F.), « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, vol. 27, 1994, pp. 443-464.

Marks (S.),« Big Brother Is Bleeping Us: With the Message That Ideology Doesn't Matter », *EJIL*, vol. 12, n° 1, 2001, pp.109-123.

Marks (S.), « International Judicial Activism and the Commodity-Form Theory of International Law », *EJIL*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 199-211.

Marks (S.), « Human Rights and the Bottom Billion », *European Human Rights L. Rev.*, vol. 1, 2009, pp. 37-49.

Marks (S.), « False Contingency », *Current Legal Problems* , vol. 62, 2009, p. 21.

Marks (S.), « Human Rights and Root Causes », *The Modern Law Review*, vol. 74, n° 1, 2011, pp. 57-78.

Marks (S.), « Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights », *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 300-377.

Martineau (A.-C.), « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC. Étude de la justification dans les discours juridiques », *RDP*, vol. 123, n° 4, 2007, pp. 991-1030

Michaels (R.) et Jansen (N.), « Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privalization », *Am. J. Com. L.*, vol. 54, n° 4, 2006, pp. 845-892.

Michaels (R.), « The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State », *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 14, n° 2, 2007, pp. 447-468.

Miéville (C.), « The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction », *LJIL*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 271-302.

Miéville (C.), « Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism », *FBYIL*, vol. 18, 2007, pp. 19-34.

Mouffe (C.), « Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt », *RFSP*, vol. 42, n° 1, 1992, pp. 83-96.

Mouffe (C.), « Le politique et la dynamique des passions », *Politique et Sociétés*, vol. 22, n° 3, 2003, pp. 179-192.

Muir Watt (H.), « Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates? », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 24, 2003, pp. 673-696.

Nobles (R.) et Schiff (D.), « Reviews. *Oren Perez and Gunther Teubner* (eds), Paradoxes and Inconsistencies in Law, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006 », *Modern Law Review*, vol. 70, n° 3, 2007, pp. 505-522.

Orford (A.), « Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law. By China Miéville. Brill: Leiden, 2005 », *FYBIL*, vol. XVI, 2005, pp. 416-429.

Ost (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *Arch. phil. droit*, vol. 31, 1986, pp. 133-162.

Picciotto (S.), « Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO », pp. 224-243, *in* Drahos (P.) et Mayne (R.) (*eds.*), *Global Property Rights: Knowledge, Access and Development,* New York, Palgrave Macmillan, 2002, 288 p.

Pinto (M.), « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 733-747.

Pourtois (H.), « Le système juridique comme système social. Le débat Habermas-Luhmann », *Recherches Sociologiques*, vol. 24, n° 1-2, 1993, pp. 5-24.

Rabault (H.), « À propos de *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, par

Michael King et Thornhill Chris », *Droit et Société*, n° 65, 2007, pp. 175-207.
Rottleuthner (H.), « A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System », *Law & Social Rev.*, vol. 23, n° 5, 1989, pp. 779-798.
Teubner (G.), « « Et Dieu rit... ». Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit », *Archives de philosophie du droit*, vol. 34, 1989, pp. 269-294.
Teubner (G.), « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *Droit et Société*, vol. 35, 1997, pp. 99-123.
Teubner (G.), « Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria », *Euro. J. of Social Theory*, vol. 5, n° 2, 2002, pp. 199-217.
Teubner (G.), « Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria », *Euro. J. Social Theory*, vol. 5, n° 2, 2002, pp. 199-217.
Teubner (G.), « Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centered Constitutional Theory », Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School, 2003, pp. 1-24.
Teubner (G.), « Constitutionnalisme sociétal et globalisation : alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État », *Revue juridique Thémis*, vol. 39, n° 3, 2005, pp. 425-458.
Teubner (G.), « "And if I by Beelzebub cast out Devils, ...": An Essay on the Diabolics of Network Failure », *German Law Journal*, vol. 10, Special Issue: The Law of the Network Society. A Tribute to Karl-Heinz Ladeur, n° 4, 2009, pp. 115-137.
Teubner (G.), « Self-Subversice Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law? », *The Modern Law Review*, vol. 72, n° 1, 2009, pp. 1-23.
Thornhill (C.), « Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political », *Euro. J. of Social Theory*, vol. 10, n° 4, 2007, pp. 499-522.
Tigroudja (H.), « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », *Rev. trim. dr. h.* , vol. 65, 2006, pp. 111-140.
Townshend (J.), « Laclau and Mouffe's Hegemonic Project: The Story So Far », *Political Studies*, 2004, vol. 52, pp. 269-288.
Tunkin (G.), « Is General International Law Customary Law Only ? », *EJIL*, vol. 4, 1993, pp. 534-541.
Verschraegen (G.), « Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory », *J. of Law and Soc.*, vol. 29, n° 2, 2002, pp. 258-281.
Winickoff (D.) et *al.*, « Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law », *Yale J Int'l L*, vol. 30, 2005, pp. 81-123.
Zerelli (L.), « Cet Universalisme qui n'est pas Un. À propos d'Emancipation(s) d'Ernesto Laclau », *Revue du MAUSS*, vol. 1, n° 17, 2001, pp. 332-354.

IV. DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE

1. Ouvrages

Anthony (G.), Auby (J.-B.), Morison (J.) et Zwart (T.) (*dir.*), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart, 2011, xxx-416 p.
Arcari (M.) et Balmond (L.) (*eds.*), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, 272 p.

Barnhoorn (L.) et Wellens (K.C.) (*eds*), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff, La Haye, xi-365 p.

Bismuth (R.), *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2011, XXII-795 p.

Bories (C.) (*dir.*), *Un droit administratif global ? A Global Administrative Law ?*, Paris, Pedone, Cahiers internationaux, n° 28, 2012, 393 p.

Brunnée (J.) et Toope (S.), *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge, CUP, 2010, xviii-411 p.

Cançado Trindade (A.A.), « International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium », *RCADI*, tome 316, 2005, pp. 13-439.

Cançado Trindade (A.), *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2011, 368 p.

Cass (D.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, OUP, 2005, xxvi-266 p.

Cassese (A.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, xxii-700 p.

Cassese (S.), *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, préf. et trad. par P. Cossalter, 2011, 235 p.

Cassese (S.), Carotti (B.), Casini (L.), Macchia (M.), MacDonald (E.) et Savino (M.) (*eds.*), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, Institute for Research on Public Administration and Institute for International Law and Justice, 2ème éd., 2008, 274 p.

Chemain (R.) et Pellet (A.) (*dir.*), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, coll. cahiers internationaux, n° 20, 2006, 234 p.

Cohen (J.), *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge, CUP, 2012, xii-442 p.

Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 152 p.

Cot (J.-P.) et al. (*dir.*), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 3ème éd., 2005, vol. I, 1366 p.

De Wet (E.) et Vidmar (J.) (*eds.*), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, OUP, 2012, xxxiv-330 p.

Dobner (P.) et Loughlin (M.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2010, xvi-352 p.

Dunoff (J.) et Trachtman (J.) (*eds*.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, CUP, 2009, xvi-414 p.

Dupuy (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international : cours de droit international public », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489.

Dupuy (P.-M.), Francioni (F.) et Petersmann (E.U.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, xlviii-597 p.

Dyzenhaus (D.), *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, CUP, 2006, 250 p.

Engdahl (O.) et Wrange (P.) (*eds.*), *Law at War –The Law as it was and the Law as it Shoud Be*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, xii-322 p.

Fassbender (B.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, xii-216.

Ferry (J.-M.), *Europe. La voie kantienne*, Paris, Le Cerf, 2005, 224 p.

Fuller (L.), *The Morality of Law*, éd. Révisée, New Haven/London, Yale University Press, 1969, p. 219.

Gascon y Marin (J.), « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 1-76.

Ghozali (N.-E), « La contribution du droit international à la démocratisation de l'État. Mutations du droit international public », *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. VII/IX, 2004/2005, pp. 167-280.

Habermas (J.), *Droit et morale (Tanner Lectures)*, Paris, Seuil, 1987, 96 p.

Habermas (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 544 p.

Habermas (J.), *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 157 p.

Habermas (J.), *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*, Paris, Gallimard, 2008, 378 p.

Hofmann (R.) et Geissler (N.) (*eds.*), *Non-State Actors as New Subjects of International Law. International Law -From the traditional state order towards the law of the global community*, Duncker & Humblot, 1999, 175 p.

Kamminga (M.) et Scheinin (M.) (*eds.*), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, OUP, 2009, 288 p.

Kant (E.), *Pour la paix perpétuelle*, Paris, PUF, trad. de J. Lefèbvre, 1985 (1795), 164 p.

Kelsen (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI,* vol.14, 1926-IV, pp. 227-331.

Kelsen (H.), *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, xii-155 p.

Kelsen (H.), *The Law of the United Nations*, Londres, Stevens and Sons, 1950, xivv-903 p.

Kerbrat (Y.), *La référence au chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, Paris, LGDJ, 1998, 120 p.

Klabbers (J.), Peters (A.) et Ulfstein (G.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, OUP, 2009, xx-393 p.

Kohen (M.) (*éd.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Nijhoff, 2007, xxxviii-1236 p.

Kolb (R.), *Théorie du* jus cogens *international : essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001, 401 p.

Koubi (G.) et Jouanjan (O.) (*dir.*), *Sujets et objets universels en droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, 151 p.

Kozma (J.), Nowak (M.) et Scheinin (M.), *A World Court of Human Rights: Consolidated Statute and Commentary*, Wien, NWV, 2010, 113 p.

Lauterpacht (H.), *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, London, Longmans, 1927, xxv-325 p.

Lauterpacht (H.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, The Clarendon Press, 1933, xxiv-469 p.

Lauterpacht (H.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 62, 1937-IV, pp. 95-422.

Le Bris (C.), *L'humanité saisie par le droit international public*, Paris, LGDJ, 2012, xv-667 p.

Loughlin (M.) et Walker (N.) (*eds.*), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, OUP, 2007, viii-375 p.

Macdonald (R.) et Johnston (D.) (*eds.*), *Towards World Constitutionalism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, xiii-939 p.

Mirkine-Guetzévitch (B.), « Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix (Droit constitutionnel de la paix) », *RCADI*, vol. 45, 1933, pp. 667-774.

Négulesco (P.), « Principes du droit international administratif », *RCADI*, vol. 51, 1935, pp. 579-692.

Otlet (P.), *Constitution mondiale de la Société des Nations. Le nouveau droit des gens*, Genève, Editions Atar, 1917, 253 p.

Paulus (A.), *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuching zur Entwicklung des Völkerrenchts im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 2001, xii-495 p.

Rapisardi-Mirabelli (A.), « Théorie générale des unions internationales », *RCADI*, vol. 7, 1925-II, pp. 345-393.

Renaut (A.), *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, 512 p.

Ruiz Fabri (H.) et Rosenfeld (M.) (*dir.*), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, volume 23, Société de Législation Comparée, 2011, 452 p.

Rundle (K.), *Forms Liberate. Reclaming the Jurisprudence of Lon L Fuller*, Oxfrod, Hart Publishing, 2012, 222 p.

Sicilianos (L.-A.), *L'ONU et la démocratisation et de l'État. Systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, Pedone, 2000, 321 p.

Siderman (I.), *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 351 p.

SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 1977, 358 p.

SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, 944 p.

SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, 545 p.

Teitel (R.), *Humanity's Law*, New York, OUP, 2011, 304 p.

Schwöbel (C.), *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Nijhoff, 2011, ix-205 p.

Tomuschat (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *RCADI*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

Tomuschat (C.) et Thouvenin (J.-M.) (*eds.*), *The Fundamental Rules of the International Legal Order.* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006, x-471 p.

Tsagourias (N.), (*éd.*), *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives*, Cambridge, CUP, 2007, xii-377 p.

Turgis (S.), *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pédone, 2010, 642 p.

Verdross (A.) et Simma (B.), *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker und Humblot, 1976, 678 p.

Verdross (A.), *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, Springer, 1926, x-228 p.

Vicuña (O.) et Pinto (C.), *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-first Century: Prospects for the Twenty-first Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First Peace Conference, The Hague, 1999, 230 p.

Weiler (J.) et Wind (M.) (*eds.*), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, CUP, 2003, vii-244 p.

Zagrebelsky (G.), *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000, 165 p.

2. **Articles**

Akande (D.), « The ICJ and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of the Decisions of Political Organs of the UN? », *Int' l and Comp. L. Q.*, vol. 46, 1997, pp. 309-343.

Alenikoff (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale L. J.*, vol. 96, 1987, pp. 943-1005.

Alvarez (J.), « Judging the Security Council », *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 1-39.

Alvarez (J.), « Hegemonic International Law Revisited », *AJIL*, vol. 97, 2003, pp. 873-888.

Augbert (I.) et Flügel (O.), « Procéduralisme et politique délibérative. La philosophie politique de Jürgen Habermas », *Philosonsobronne*, n° 2, 2007-2008, pp. 31-45.

Aust (H.), « Between Self-Assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 51-77.

Barr (M.) et Miller (G.), « Global Administrative Law: The View from Basel », *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 15-46.

Baxi (U.), « What may the 'Third World' Expect from International Law? », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 713-725.

Bianchi (A.), « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, vol. 108, n° 1, 2003, pp. 63-101.

Bianchi (A.), « Human Rights and the Magic of *Jus Cogens* », *EJIL*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 491-508.

Bodansky (D.), « Is There an International Environmental Constitution? », *Indiana J. Global Legal Stud.*, vol. 16, n° 2, 2009, pp. 565-584.

Boisson de Chazournes (L.), « Le Panel d'inspection de la Banque Mondiale : à propos de la complexification de l'espace international », *RGDIP*, 2001, vol. 1, pp. 145-162.

Bore Eveno (V.), « Le contrôle juridictionnel du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international ? », *RGDIP*, vol. 4, 2006, pp. 827-860.

Brunnée (J.) et Toope (S.), « Interactional International Law: An Introduction », *Int'l Theory*, vol. 3, n° 2, 2011, pp. 307-318.

Buzzini (G.P.), « La théorie des sources face au droit international général. Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, vol. 3, 2002, pp. 581-618.

Buzzini (G.P.), « La « généralité » du droit international général. Réflexions sur la polysémie d'un concept », *RGDIP*, vol. 2, 2004, pp. 381-406.

Caflisch (L.), « Is the International Court Entitled to Review Security Council Resolutions Adopted under Chapter VII of the United Nations Charter ? », pp. 633-662, *in* Al-Nauimi (N.) et Meese (R.) (*eds.*), *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, xxi-1338 p.

Casini (L.), « Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA) », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 6, n° 2, 2009, pp. 421-446.

Cançado Trindade (A.A.), « La *recta ratio* dans les fondements du *jus cogens* comme droit international de l'humanité », *Rev. Fac. Direito*, vol. 58, 2011, p. 91-122.

Carozza (P.), « Subsidiarity As A Structural Principle of International Human Rights Law », *AJIL*, vol. 38, 2003, pp. 38-79.

Cass (D.), « The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade », *EJIL*, vol. 12, n° 1, 2001, pp. 39-75.

Cassese (A.), « On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humantarian Law », *EJIL*, vol. 9, 1998, pp. 144-171.

Cassese (S.), « Le droit administratif global : une introduction », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2007, étude 8.

Cerna (C.), « Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West? », *NYU JILP*, vol. 27, n° 2, 1995, pp. 289-329.

Challe (E.), « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le Philosophoire*, vol. 3, n° 9, 1993, pp. 175-199.

Chesterman (S.), « 'I'll Take Manhattan': The International Rule of Law and the United Nations Security Council », *Hague Journal on the Rule of Law*, vol.1, n° 1, 2009, pp. 67-73.

Chimni (B.S.), « WTO and Environment. Legitimisation of Unilateral Trade Sanctions », *Economic and Political Weekly*, vol. 37, n° 2, 2002, pp. 133-139.

Chimni (B.S.), « Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *NYU JILP*, vol. 37, 2005, pp. 799-828.

Chimni (B.S.), « International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making », *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 1-37.

Chinkin (C.), « *Jus Cogens*, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution », *FYBIL*, vol. XVII, 2006, pp. 68-70.

Christenson (G.), « *Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society », *Virginia J. of Int'l L.*, vol. 28, 1987, pp. 585-628.

Clapham (A.), « The *Jus Cogens* Prohibition and the Importance of Sovereign State Immunity », pp. 151-170, *in* Kohen (M.) (*ed.*), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Brill, 2007, xxxviii-1236 p.

Cohen-Jonathan (G.), « L'affaire Loizidou devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme : quelques observations », *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 123-144.

Cortina (A.), « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », pp. 185-229, *in* Renaut (A.), (*dir.*), *Histoire de la philosophie politique. Volume 5 : Les philosophies politiques contemporaines*, Calmann-Lévy, Paris, 1999, 500 p.

Cottier (T.) et Hertig (M.), « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck UNYB*, vol. 7, 2003, pp. 261-328.

D'Aspremont (J.) et Dopagne (F.), « Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders », *ZaöRV*, vol. 68, 2008, pp. 939-977.

D'Aspremont (J.), « Émergence et déclin de la gouvernance démocratique en droit international », *RQDI*, vol. 22, n° 2, 2009, pp. 57-80.

De Burca (G.), « The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi* », *Havard Int'l L. J.*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-49.

Delpeuch (T.), « Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du *Dictionnaire de la globalisation* », *Droit et Société*, vol. 82, 2012, pp. 733-761.

De Frouville (O.), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XXXIX-120, 2001, pp. 101-144.

De Frouville (O.), « Une harmonie dissonante de la justice internationale : les arrêts de la CIJ sur les expections préliminaires dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force* », *AFDI*, 2004, pp. 337-369.

Dehousse (R.), « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, vol. 96, n° 1, 2001, pp. 19-30.

De la Rassila del Moral (I.), « At Kind Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times », *I-CON*, vol. 8, n° 3, 2010, pp. 580-610.

De Wet (E.), « Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and Its Implications for the International Court of Justice », *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 47, 2000, pp. 181-210.

De Wet (E.), « The International Constitutional Order », *ICLQ*, vol. 55, n° 1, 2006, pp. 51-76.

De Wet (E.), « The Emergence of International and Regional Value Systems », *LJIL*, vol. 19, 2006, pp. 611-632.

De Wet (E.), « Holding International Institutions Accountable : The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review », *German L. J.*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1987-2011.

Doyle (M.), « International Ethics and the Responsibility to Protect », *International Studies Review*, vol. 13, 2011, pp. 72-84.

Dubin (L.), « Chronique de droit administratif global 2007-2008 », *Droit administratif*, n° 11, chronique 4, novembre 2008.

Dupuy (P.-M.), « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *NYU J. Int'l L. and Pol.*, vol. 31, 1998-1999, pp. 791-808.

Dupuy (P.-M.), « Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi », *EJIL*, vol. 15, n° 1, 2005, pp. 131-137.

Dupuy (P.-M.), « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *EUI Working Papers*, n° 14, 2006, 17 p.

Dupuy (P.-M.), « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *EJLS*, vol. 1, 2007, pp. 1-19.

Dunoff (J.), « Constitutional Conceits: The WTO's "constitution" and the Discipline of International Law », *EJIL*, vol. 17, 2006, pp. 647-675.

Dusepulschre (G.), « L'activité du Panel d'inspection a-t-elle conduit la Banque mondiale à modifier ses standards opérationnels ? La réforme de la directive relative à la protection des populations autochtones pour cas d'étude », *RBDI*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 423-475.

Eeckhout (P.), « Community Terrorism Listings Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions », *European Constitutional Law Review*, vol. 3, n° 2, 2007, pp. 183-205.

Fassbender (B.), « Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights: A Study Commissioned by the UN Office of Legal Affairs and Follow-up Action by the United Nations », *IOLR*, vol. 3, 2006, pp. 437-485.

Fassbender (B.), « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 35, 1998, pp. 529-619.

Flauss (J.-F.), « Les « listes noires » de l'O.N.U. devant le Comité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, vol. 82, pp. 371-382.

Franck (T.), « The Emerging Right to Democratic Governance » *AJIL*, vol. 86, 1992, pp. 46-91.

Franck (T.), « The 'Powers of Appreciation': Who is the Ultimate Guardian of UN Legality? », *AJIL*, vol. 86, 1992, pp. 519-523.

Frankenberg (G.), « The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism », *European Law Journal*, vol. 6, n° 3, 2000, pp. 555-574.

Fraser (N.), « Repenser la sphère publique : une contribution à la critique de la démocratie telle qu'elle existe réellement », *Hermès*, n° 31, 2001, pp. 125-156.

Fry (J.), « International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity », *Duke J. of Comp. & Int'l L.*, vol. 18, n° 1, 2007, pp. 77-149.

Fuller (L.), « Consideration and Form », *Columbia L. Rev.*, vol. 41, n°5, 1942, pp, 799-824.

Fuller (L.), « Positivism and the Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », *Harvard L. Rev.*, vol. 71, n° 4, 1956, pp. 630-672.

Ghebali (V.-Y.), « Les efforts d'organisation mondiale au XX^{e} siècle : mythes et réalités », *Politique étrangère*, vol. 3-4, 2000, pp. 613-623.

Ginsborg (L.) et Scheinin (M.), « Judicial Powers, Due Process and Evidence in the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime: The *Kadi II* Conundrum », *EUI Working Papers*, RSCAS 2011/44, 21 p.

Grisel (F.) et Vinuales (J.), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review: Foreign Investment L. Rev.*, vol. 22, n° 2, 2007, pp. 380-432.

Habermas (J.) et Vigil (S.), « L'Europe paralysée d'effroi – La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international public », *Cités*, vol. 29, n° 1, 2012, pp. 131-146.

Habermas (J.), « The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law », *EJIL*, vol. 23, n° 2, 2012, pp. 335-348.

Happold (M.), « Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations », *LJIL*, vol. 16, n° 3, 2003, pp. 593-610.

Howse (R.), « Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann », *EJIL*, vol. 31, 2002, pp. 651-659.

Howse (R.) et Nicolaidis (K.), « Enhancing WTO's Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity? », *Governance*, vol. 16, 2003, pp. 73-94.

Jouannet (E.), « L'idée de communauté humaine », *Arch. phil. droit*, tome 47, 2003, pp. 191-232.

Jouannet (E.), « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, vol. VI, 2005, pp. 3-26.

Jouannet (E.), « À quoi sert le droit international ? : le droit international providence du XXIème siècle », *RBDI*, vol. 40, n° 1, 2007, pp. 5-51.

Kingsbury (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 19, 1998, pp. 345-372.

Kingsbury (B.), « Omnilateralism and Partial International Communities: Contributions of the Emerging Global Administrative Law », *J. of Int'l L. and Diplomacy*, vol. 104, 2005, p. 115.

Kingsbury (B.), Krisch (N.) et Stewart (R.), « The Emergence of Global Administrative Law », *Law & Cont. Prob.*, vol. 68, 2005, p. 29.

Kingsbury (B.), « International Law as Inter-Public Law », pp. 167-195, *in* Richardson (H.) et Williams (M.) (*eds*), *Moral Universalism and Pluralism: NOMOS XLIX*, New York, NYU Press, 2008, 288 p.

Kingsbury (B.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law », *EJIL*, vol. 20, n° 4, 2010, pp. 35-36.

Kingsbury (B.) et Schill (S.), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights With State Regulatory Actions In The Public Interest –The Concept Of Proportionality », pp. 75-104, *in* Schill (S.) (*éd.*), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010, 920 p.

Jouanjan (O.), « Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Cités*, vol. 1, n° 13, 2003, pp. 21-35.

Klabbers (J.), « Constitutionalism Lite », International Organizations Law Review, vol. 1, 2004, pp. 31-58.

Klabbers (J.), « Kadi Justice at the Security Council? », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 4, n° 2, 2008, pp. 293-304.

Klabbers (J.), « Constitutionalism and the Making of International Law », *NoFo*, vol. 5, 2008, p. 102.

Kolb (R.), « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 4, 2009, pp. 837-850.

Kuo (M.-S.), « Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law As Small-c Global Constitutionalism », *NYU JILP*, vol. 44, 2011, pp. 55-102.

Koskenniemi (M.), « Hersch Lauterpacht (1897-1960) », pp. 601-662, *in* Beatson (J.) et Zimmermann (R.) (*eds.*), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, OUP, 2004, 866 p.

Koskenniemi (M.), « Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalisation », Tel-Aviv, 28-30 décembre 2005, 25 p. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKTel%20Aviv_uusi_05a%5B1%5D.pdf

Koskenniemi (M.), « International Law: Constitutionalism, Managerialism, and the Ethos of Legal Education », *EJSL*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 1-18.

Koskenniemi (M.), « Formalism, Fragmentation, Freedom. Kantian Themes in Today's International Law », *NoFo*, vol. 4, 2007, pp. 1-22.

Koskenniemi (M.), « Nationalism, Universalism, Empire: International Law in 1871 and 1919 », université de Columbia, avril 2005, 46 p. Disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) :

http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Columbia%200405.pdf
Koskenniemi (M.), « The Mystery of Legal Obligation », *International Theory*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 319-325.
Koskenniemi (M.), « Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism* (Cambridge University Press 2012) », *I-CON*, vol. 11, n° 3, 2013, pp. 818-822.
Krisch (N.), « Global Administrative Law and the Constitutional Ambition », *LSE Legal Studies Working Paper*, vol. 10, 2009, 23 p.
Krisch (N.), « *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account.* By Jutta Brunnée and Stephen J. Toope. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2010 », *AJIL*, vol. 106, 2012, pp. 203-210.
Kumm (M.), « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? », *Common Market L. Rev.*, vol. 36, n° 2, 1999, pp. 351-386.
Kumm (M.), « The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 907-931.
Lagerwall (A.), « Le Panel d'inspection jouit-il de l'indépendance nécessaire pour contrôler les agissements de la Banque mondiale ? », *RBDI*, vol. 43, n° 2, 2010, pp. 389-422.
Lagrange (E.), « Retour sur un classique : A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926 », *RGDIP*, n° 4, 2008, pp. 973-984.
Lagrange (E.), « Le Conseil de sécurité des Nations Unies peut-il violer le droit international ? », *RBDI*, n° 2, 2004, pp. 568-592.
Landauer (C.), « Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter », *EJIL*, vol. 14, n° 4, pp. 767-799.
Lauterpacht (H.), « Japan and the Covenant », *Political Quarterly*, vol. 3, 1932, pp. 179-185.
Lauterpacht (H.), « The Covenant as Higher Law », *BYIL*, vol. XVII, 1936, pp. 54-65.
Lauterpacht (H.), « The Grotian Tradition in International Law », *BYBIL*, vol. 23, 1946, pp. 1-53.
Le Fur (L.), « Philosophie du droit international », *RGDIP*, 1916, pp. 565-664.
Leathey (C.), « An Institutional Hierarchy To Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed An Opportunity ? », *NYU JILP*, vol. 40, 2007, pp. 259-306.
Lindroos (A.), « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System : the Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 74, n° 1, 2005, pp. 27-66.
Lindroos (A.) et Mehling (M.), « Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes'. International Law and the WTO », *EJIL*, vol. 16, n° 5, 2005, pp. 857-877.
McCorquodale (R.), « An Inclusive International Legal System », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 477-504.
MacDonald (R.), « The Charter of United Nations in Constitutional Perspective », *Australian Yb of IL*, vol. 20, 1999, pp. 205-231.
Marks (S.), « Reservations Unhinged: The Belilos Case before the European Court of Human Rights », *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 300-377.
Marks (S.), « What Has Become Of the Emerging Right to Democratic Governance? », *EJIL*, vol. 22, n° 2, 2011, pp. 507-524.
Marks (S.), « Naming Global Administrative Law », *NYU JILP*, vol. 37, 2005, pp. 995-1001.
Mgbeoji (I.), « The Civilised Self and the Barbaric Other: Imperial Delusions of Order and

the Challenges of Human Security », *Third World Quarterly*, vol. 27, 2006, pp. 855-869.
Meidinger (E.), « The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: The Case of Forestry », *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 47-87.
Monnier (R.), « Jürgen Habermas, Droit et démocratie. Entre faits et normes, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 317, n° 1, 1999, pp. 545-547.
Murphy (C.), « Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law », *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 239-262.
Nielsberg (J.-A.), « Derrida – Birhbaum. Et si, enfin, nous pensions le 11 septembre », *Les lettres françaises.fr*, 21 octobre 2010.
O'Connell (M.E.), « New International Legal Process », *AJIL*, vol. 93, 1999, pp. 334-351.
Orakhelashvili (A.), « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *EJIL*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 562-563.
Pallis (M.), « The Operation of UNHCR's Accountability Mechanisms », *JILP*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 869-918.
Parodi (F.), « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *RGDIP*, vol. 2010, n° 3, pp. 501-533.
Paulus (A.), « Comment to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner. The Legitimacy of International Law and the Role of the State », *Mich. J. of Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 1047-1058.
Pellet (A.), « Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 529, 2009, pp. 415-416.
Peters (A.), « Humanity as the A and Ω of Sovereignty », *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 513-544.
Peters (A.), « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *LJIL*, vol. 19, 2006, pp. 579-610.
Peters (A.), « The Constitutionalist Reconstruction of International Law: Pros and Cons », *NCCR Working Paper No 2006/01*, 10 p.
Petersmann (E.-U.), « Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons from European Integration law for Global Integration Law », *Jean Monnet Working Paper*, vol. 7, 2001, 36 p.
Pingel-Lenuzza (I.), « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, n° 4, 2002, pp. 893-906.
Rapisardi-Mirabelli (A.), « Théorie générale des unions internationales », *RCADI*, vol. 7, 1925-II, pp. 345-393.
Raynaud (P.), « Constitutionnalisme », pp. 266-271, *in* Alland (D.) et Rials (S.) (*dir.*), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, xxv-1649 p.
Rawski (F.), « World Bank Community-Driven Development Programming in Indonesia and East Timor: Implications for the Study of Global Administrative Law », *JILP*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 919-951.
Rosand (E.), « *The Security Council As "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative?* », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 28, 2004, pp. 542-590.
Ruiz-Fabri (H.), « Enhancing the Rhetoric of *Jus Cogens* », *EJIL*, vol. 23, n° 4, 2012, pp. 1049-1058.

Szasz (P.), « The Security Council Starts Legislating », *AJIL*, vol. 96, 2002, pp. 901-904.

Saul (M.W.), « Book Reviews. Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston (*eds*), *Towards World Constitutionalism, Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2005, pp. xiii, 939. Colin Warbrick and Stephen Tierney (*eds*), *Towards an International Legal Community? The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*, London: The British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 267 », *EJIL*, vol. 18, 2007, pp. 213-224.

Scelle (G.), « La Société des Nations est-elle un super-Etat ? », *L'année sociologique*, tome 1, 1923-1924, pp. 703-705.

Schabas (W.), « Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights », *J. of Int'l Criminal Justice*, vol. 9, n° 3, 2011, pp. 609-632.

Schauer (F.), « Fuller's Internal Point of View », *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, 1994, pp. 285-312.

Schill (S.), « W(h)ither Fragmentation ? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *EJIL*, vol. 22, n° 3, 2011, pp. 875-908.

Scobbie (I.), « The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function », *EJIL*, vol. 2, 1997, pp. 264-298.

Schwöbel (C.), « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *Int'l J. Cons. L.*, vol. 8, n° 3, 2010, pp. 611-635.

Schwöbel (C.), « The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers », *German Law Journal*, vol. 13, n° 1, 2012, pp. 1-22.

Sicilianos (L.-A.), « Le respect de l'État de droit comme obligation internationale », pp. 288-289, *in* Colloque de la SFDI de Bruxelles, *L'État de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, 447 p.

Silicianos (L.-A.), « La hiérarchisation de l'ordre juridique international », *RGDIP*, tome 116, n° 1, 2012, pp. 5-30.

Simma (B.) et Paulus (A.), « The 'International Community': Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, vol. 9, n° 2, 1998, pp. 266-277.

Simon (D.), « Cour de justice et tribunal de première instance des Communautés européennes », *AFDI*, 1999, pp. 604-622.

Simon (D.) et Mariatte (F.), « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes, professeur de droit international ? », *Europe,* 2005, étude 12.

Somek (A.), « The Concept of 'Law' in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury », *EJIL*, vol. 20, n° 4, 2009, pp. 985-995.

Sorel (J.-M.), « Les arrêts de la CIJ du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie : le suspense demeure », *RGDIP*, vol. 3, 1998, pp. 685-719.

Stangos (P.) et Gryllos (G.), « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons dirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *Cahiers de droit européen*, vol. 42, 2006, pp. 476-477.

Stein (E.), « International Integration and Democracy: No Love at First Sight », *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 489-534.

Stern (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI

entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2007, pp. 3-43.

Stewart (R.) et Ratton Sanchew Badin (M.), « The World Trade Organization and Global Administrative Law », *IILJ Working Paper*, vol. 7, 2009, 34 p.

Stone Sweet (A.) et Mathews (J.), « Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism », *Colum. J. transnal. L.*, vol. 47, 2008, pp. 73-165.

Stone Sweet (A.), « Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes », *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 16, n° 2, 2009, pp. 621-645.

Sur (S.), « The State between Fragmentation and Globalization », *EJIL*, vol. 8, 1997, pp. 421-434

Szelczyk (B.), « Variable Multipolarity and U.N. Security Council Reform », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 53, 2012, pp. 450-504.

Szurek (S.), « La responsabilité de protéger : mauvaises querelles et vraies questions », *ACDI*, vol. 4, 2011, pp. 47-69.

Talmon (S.), « The Security Council as World Legislator », *AJIL*, vol. 99, 2005, pp. 175-194.

Tigroudja, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du droit international pénal ». Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, pp. 641-659.

Tercinet (J.), « Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : le Conseil de sécurité peut-il légiférer ? », *RBDI*, n° 2, 2004, pp. 528-551.

Thouvenin (J.-M.), « Le juge international peut-il contrôler la légalité des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité ? », *RMCUE*, n° 529, juin 2009, pp. 373-379.

Tomuschat (C.), « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, vol. 109, n° 1, 2005, pp. 51-74.

Troper (M.), « Entretien : Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », pp. 101-111, *in Les Constitutions possibles de l'Europe*, PUF, revue « Cités », 2003, 189 p.

Tusseau (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », pp. 182-228, *in* Chérot (J.-Y.) et Frydman (B.) (*dir.*), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xiii-302 p.

Ubéda-Saillard (M.), « La diversité dans l'unité : l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* », *RGDIP*, tome 115, n° 4, 2011, 879-923.

Van den Herik (L.) et Schrijver (N.), « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *Int'l. Org. L. Rev.*, vol. 5, 2008, pp. 329-338.

Van Mulligen (J.G.), « Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order », *LJIL*, vol. 24, 2011, pp. 277-304.

Veldkamp (A.), « Conseil de l'Europe : une cour unique européenne des droits de l'homme », *Int'l L. FORUM du DI*, vol. 1, 1999, pp. 5-6.

Von Bogdandy (A.), « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 1, 2006, pp. 223-242.

Von Bogdandy (A.), Dann (P.) et Goldmann (M.), « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities », *German L. J.*, vol. 9, n° 11, 2008, pp. 1375-1400.

Walker (N.), « Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », pp. 219-234, *in* Shabani (O.) (*éd.*), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007, xiv-338 p.

Watson (G.), « Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 34, 1993, pp. 1-45.

Weller (M.), « The Struggle for an International Constitutional Order », pp. 179-194, *in* Armstrong (D.) (*éd.*), *Routledge Handbook of International Law*, New York, Routledge, 2009, 504 p.

Wessel (R.), « Editorial: The UN, the EU and *Jus Cogens* », *Int'l Org. L. Rev.*, vol. 3, 2006, pp. 1-6.

Young (E.), « The Trouble with Global Constitutionalism », *Texas Int'l L. J.*, vol. 38, 2003, pp. 527-545.

Zarbiev (F.), « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 59, 2004, pp. 641-642.

V. **DOCTRINE PRAGMATIQUE**

1. **Ouvrages généraux**

Barnhoorn (L.) et Wellens (K.C.) (*eds*), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Den Haag, Nijhoff, 1995, xi-365 p.

Bérard (Y.) et Crespin (R.) (*dir.*), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Res publica », 2010, 276 p.

Cassese (A), *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jimenez de Arechaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 306 p.

Cometti (J.-P.), *Qu'est-ce que le pragmatisme*, Paris, Gallimard, 2010 436 p.

Corten (O.) et Delcourt (B.) (dir. 0,2, *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo* , Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2001, 310 p.

Craik (N.), *The International Law of Environmental Impact Assessment. Process, Substance and Integration*, Cambridge, CUP, 2008, xxi-332 p.

De Lacharrière (G.), *La politique juridique extérieure*, Paris, IFRI/Economica, 1983, 236 p.

Delas (O.), Côté (R.), Crépeau (F.) et Leuprecht (P.) (*dir.*), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, xviii-184 p.

Franck (T.), *Fairness in International Law and Institutions*, New York, OUP, 1995, 500 p.

Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude*, A/CN.4/L.682/Add.1, 2 mai 2006.

Henkin (L.), *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York, Praeger, 1968, 400 p.

Higgins (R.), *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, OUP, 1994, 304

p.
Huesa Vinaixa (R.) et Wellens (K.) (*dir.*), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2005, xxii-280 p.
Kennedy (Da.), *International Legal Structures*, Nomos, Baden-Baden, 1987, 294 p.
Kennedy (Da.), *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, xxix-368 p.
Kennedy (Da.), *Nouvelles approches du droit international*, Paris, Pédone, coll. Doctrine(s), 2008, 316 p.
Kennedy (Du.), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard, Harvard University Press, 1997, 448 p.
Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2007, 423 p.
Kuokkanen (T.), *International Law and the Environment. Variations on a Theme*, The Hague, Nihoff, 2002, xxxiii-412 p.
Corten (O.), *L'utilisation du raisonnable par le juge international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 696 p.
Ríos Rodriguez (J.), *L'expert en droit international*, Paris, Pedone, 2010, 362 p.
Rorty (R.), *Contingence, ironie et solidarité*, Paris, Armand Colin, trad. P.-E. Dauzat, 1993, 276 p.
Rorty (R.), *L'homme spéculaire*, Paris, L'ordre philosophique, trad. par T. Marchaisse, 1990, 438 p.
Sands (P.) et Peel (J.), *Principles of International Environmental Law*, 3ème éd. Cambridge, CUP, 2012, lxvi-926 p.
Selinger (E.) et Crease (R.) (*eds.*), *The Philosophy of Expertise*, New York, Columbia University Press, 2006, 421 p.
Trépos (J.-Y.), *La sociologie de l'expertise*, Paris, PUF, 1996, 127 p.
Van Den Bossche (M.), *Ironie et solidarité. Une introduction au pragmatisme de Richard Rorty*, Paris, L'Harmattan, 2001, 186 p.
Young (O.), *International Cooperation. Building Regimes for Natural Resources and the Environment*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, 248 p.
Zimmermann (A.) et Hoffman (R.) (*eds.*), *Unity and Diversity in International Law*, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law, November 4-7, 2004, Berlin, Duncker and Humblot, 2006, 496 p.

2. **Articles**

Abi-Saab (G.), « Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks », *NYU JILP*, vol. 31, 1999, pp. 915-933.
Allott (P.), « Language, Method and the Nature of International Law », *BYBIL*, vol. 79, 1971, pp. 79-135.
Alston (P.), « The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization », *EJIL*, vol. 3, 1997, pp. 435-448.
Bailleux (J.), « Comment l'Europe vient au droit », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 295-318.
Barreto (J.-M.), « Rorty and Human Rights. Contingency, Emotions, and How to Defend Human Rights-Telling Stories », *Utrecht L. Rev.*, vol. 7, n° 2, 2011, pp. 93-112.
Berrebi-Hoffman (I.) et Lallement (M.), « À quoi servent les experts ? », *CIS*, vol. 1, n° 126, 2009, pp. 5-12.

Bhuta (N.), « Against State-Building », *Constellations*, vol. 15, n° 4, 2008, pp. 517-542.
Buergenthal (T.), « Proliferation of International Courts and Tribunals: It is Good or Bad? », *LJIL*, vol. 14, 2001, pp. 267-275.
Cadiou (S.), « Savoir et action politique : un mariage de raison ? L'expertise en chantier », *La documentation française. Horizons stratégiques*, vol 1, n° 1, 2006, pp. 112-124.
Charney (J.), « Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals? », *RCADI*, vol. 271, 1998, pp. 101-382.
Charney (J.), « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *NYU JILP*, vol. 31, 1999, pp. 697-708.
Chayes (A.), « The Cuban Quarantine », *in Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 57, 1963, pp. 7-14.
Charlesworth (H.), « Author! Author! A Response to David Kennedy », *Harvard Hum. Rts J.*, vol. 15, 2002, pp. 127-132.
Charney (J.), « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals », *NYU J. of Int'l L. and Pol.*, vol. 31, n° 4, 1999, pp. 697-708.
Churchill (R.) et Ulfstein (G.), « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environment Agreements: A Little Noticed Phenomenon in International Law », *AJIL*, vol. 94, 2000, pp. 623-659.
Craven (M.), Marks (S.), Simpson (G.) et Wilde (R.), « 'We Are Teachers of International Law' », *LJIL*, vol. 17, 2004, pp. 363-374.
Cohen (A.), « Dix personnages majestueux en longue robe amarante », *RFSP*, vol. 60, n° 2010, pp. 227-246.
Cohen (A.) et Vauchez (A.), « Sociologie politique de l'Europe du droit », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 223-226.
Conforti (B.), « Unité et fragmentation du droit international : « *glissez, mortels, n'appuyez pas !* » », *RGDIP*, vol. 1, 2007, pp. 5-18.
Delimatsis (P.), « The Fragmentation of International Trade Law », *Journal of World Trade*, vol. 45, n° 1, 2011, pp. 87-116.
Dorwkin (R.), « Must Our Judges Be Philosophers? *Can* They Be Philosophers? », *New York Council for the Humanities. Scholar of the Year Lecture*, 2000.
Dupuy (P.-M.), « La fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », *EUI Working Paper*, n° 14, 2006, 17 p.
Druet (P.), Kemp (P.) et Thill (G.), « Le rôle social de l'expert et de l'expertise », *Esprit*, 1989, n° 100, pp. 56-67.
Goldstone (R.) et Hamilton (R.), « Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *LJIL*, vol. 21, n° 1, 2008, pp. 95-112.
Granjon (C.), « L'expertise scientifique à destination politique », *CIS*, vol. 1, n° 114, 2003, pp. 175-183.
Hermitte (M.-A.), « L'expertise scientifique à finalité politique. Réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, vol. 8, 1997, pp. 79-103.
Higgins (R.), « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench », *ICLQ*, vol. 55, n° 4, 2006, pp. 791-804.
Higgins (R.), « Human Rights in the International Court of Justice », *LJIL*, vol. 20, n° 4, 2007,

pp. 745-751.
Howse (R.), « From Politics to Technocracy - and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime », *AJIL*, vol. 96, n°1, 2002, pp. 94-117.
Jackson (D.), « The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism, by David Kennedy », *L. & Pol. Book Reviews*, vol. 14, n° 10, 2004, p. 757-759.
Jouannet (E.), « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *AFDI*, vol. XLVI, 2000, pp. 1-57.
Kammerhofer (J.), « Systemic Integration, Legal Theory and the ILC », *FYIL*, vol. 19, 2008, p. 117-182.
Kanwar (V.), « Untimely Interventions?: David Kennedy on Humanitarianism as a Vocation », disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.globallawbooks.org/reviews/detail.asp?id=12
Kennedy (Da.), « Theses about International Law Discourse », *GYBIL*, vol. 23, 1980, pp. 353-391.
Kennedy (Da.), « Spring Break », *Texas L. Rev.*, vol. 63, n° 8, 1985, pp. 1377-1416.
Kennedy (Da.), « The Move to Institutions », *Cardozo L. Rev.*, vol. 8, 1986-1987, pp. 841-988.
Kennedy (Da.), « A New Stream of International Law Scholarship », *Wisconsin Int'l L. J.*, vol. 7, n° 1, 1988, pp. 1-49.
Kennedy (Da.), « The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise », *EHRLR*, n° 5, 2001, pp. 463-497.
Kennedy (Da.), « The Forgotten Politics of International Governance », *EHRLR*, n° 2, 2001, pp. 117-125.
Kennedy (Da.), « The Human Rights Movement: Part of the Problem? », *Harvard Hum. Rts J.*, vol. 15, 2002, pp. 101-125.
Kennedy (Da.), « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box », *J. of Int'l L. and Pol.*, vol. 32, n° 2, 2002, pp. 335-500.
Kennedy (Da.), « Tom Franck and the Manhattan School », *NYU JILP*, 2002-2003, pp. 397-435.
Kennedy (Da.), « International Humanitarianism: The Dark Sides », *The Int'l J. for Non-Profit L.*, vol. 6, n° 3, 2004.
Kennedy (Da.), « Two Sides of the Coin: Human Rights Pragmatism and Idolatry », *Keynote Address: Interdisciplinary Conference on Human Rights*, London School of Economics, 24 mars 2006, 17 p.
Kennedy (Da.), « One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream », pp. 255-273, *in* Korkman (P.) et Mäkinen (V.) (*eds.*), *Universalism in International Law and Political Philosophy*, Helsinki, Collegium, vol. 4, 2008, 273 p.
Kennedy (Da.), « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, vol. 32, 2008, pp. 827-860.
Kennedy (Du.), « Form and Substance in Private Law Adjudication », Harvard L. Rev. , vol. 89, 1976, pp. 1685-1778.
Kennedy (Du.), « Toward an Historial Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », *Law and Sociology*, vol. 3, 1980, pp. 3-24.

Kennedy (Du.), « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 », pp. 19-72, *in* Trubek (D.) et Santos (A.) (*eds.*), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, CUP, 2006, VII-309 p.

Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, vol. 56, 2006, pp. 163-211.

Kennedy (Du.) et Belleau (M.-C.), « François Gény aux Etats-Unis », pp. 295-320, *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (P.) (*dir.*), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essaie critique : thèmes & commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, xvii-397 p.

Kingsbury (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 19, 1998, pp. 345-372.

Koskenniemi (M.), « International Law and Politics: General Course 2005 », *Cours euro-méditerranéiens Bancaja*, vol. VIII/IX, 2004-2005, pp. 51-165.

Koskenniemi (M.), « History of International Law, since World War II », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, OUP, 2ème éd., 2011, disponible sur internet (dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://opil.ouplaw.com/home/EPIL

Koskenniemi (M.), « The Politics of International Law – 20 Years Later », *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 7-19.

Kuokkanen (T.), « Putting Gentle Pressure on Parties: Recent Trends in the Practice of the Implementation Committee under the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution », pp. 315-326, *in* Klabbers (J.) et Petman (J.) (*eds.*), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Nihjoff, Leiden, 2003, vi-531 p.

Lindroos (A.) et Mehling (M.), « Dispelling the Chimera of 'Self-Contained Regimes': International Law and the WTO », *EJIL*, vol. 16, 2005, pp. 857-877.

Lindroos (A.), « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: the Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 74, n° 1, 2005, pp. 27-66.

Lorite Escorihuela (A.), « Compte-rendu. Martti Koskenniemi, *La Politique du droit international*, Présentation critique d'Emmanuelle Jouannet, Éditions Pedone (Doctrine(s)), 2007 », *Arch. phil. droit*, vol. 52, 2009, pp. 475-482.

McDougal (M.), « The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense », *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 597-604.

McLachlan (C.), « The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, vol. 54, 2005, pp. 279-320.

Miller (N.), « An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Tribunals », *LJIL*, vol. 15, 2002, pp. 483-526.

Nesiah (V.), « Resistance in the Age of Empire: Occupied Discourse Pending Investigation », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, pp. 903-922.

Nesiah (V.), « The Specter of Violence that Haunts the UDHR: The Turn to Ethics and Expertise », *Maryland J. of Int'l L.*, vol. 24, 2009, pp. 135-154.

Pauwelyn (J.), « Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-connected Islands », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2003-2004, pp. 903-916.

Pellet (A.), « « Droits-de-l'hommisme » et droit international », conférence donnée le 18 juillet 2000 devant la Commission de droit international, 17 p. Disponible sur internet

(dernière consultation le 31 octobre 2013) : http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article27

Pellet (A.), « Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation », *FBYIL*, vol. XVII, 2006, pp. 83-87.

Petman (J.), « Deformalization of International Organizations Law », pp. 398-430, *in* Klabbers (J.) et Wallendahl (A.) (*eds.*), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, 544 p.

Petman (J.), « Egoism or Altruism? The Politics of the Great Balancing Act », *No Foundations*, vol. 5, 2008, pp. 113-133.

Prost (M.), « Andreas Zimmerman & Rainer Holfmann, ed., *Unity and Diversity in International Law* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006) », *Revue québécoise de droit international*, vol. 19, n° 2, 2006, pp. 375-379.

Prost (M.), « *Unitas Multiplex*. Les unités du droit international et la politique de la fragmentation », thèse de doctorat soutenue à la faculté de droit de l'université McGill, août 2008, 369 p.

Purvis (N.), « Critical Legal Studies in Public International Law », *Harvard Int'l L. J.*, vol. 32, 1991, pp. 81-127.

Rajagopal (B.), « Counter-hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy », *Third World Q.*, vol. 27, 2006, 767-783.

Rao (P.), « Multiple International Judicial Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or Its Fragmentation? », *Mich. J.Int'l L.*, vol. 25, 2004, pp. 929-961.

Rasilla Del Moral (I.), « David Kennedy. *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*. Princeton, NJ; Princeton University Press, 2004 », *EJIL*, vol. 16, 2006, pp. 866-868.

Rask Madsen (M.), « La fabrique des traités européens », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 271-294.

Redgwell (C.), « International Environmental Law », pp. 687-721, *in* Evans (M.) (*éd.*), *International Law*, Oxford, OUP, 3ème éd., 2010, lxiv-865 p.

Rudolf (F.), « Deux conceptions divergentes de l'expertise dans l'école de la modernité réflexive », *CIS*, vol. 1, n° 114, 2003, pp. 35-54.

Samson (M.), « High Hopes, Scant Resources: A Word of Scepticism About the Anti-Fragmentation Function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *LJIL*, vol. 24, n° 3, 2011, pp. 701-714.

Schachter (O.), « Dag Hammarskjöld and the Relation of Law to Politics », *AJIL*, vol. 56, 1962, pp. 1-8.

Simma (B.), « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *EJIL*, vol. 20, n° 2, 2009, pp. 265-297.

Stahn (C.), « Between Harmonization and Fragmentation: New Groundwork on Ad Hoc Criminal Courts and Tribunals », *LJIL*, vol. 19, 2006, pp. 567-577.

Turner (S.), « What's the Problem with Experts? », *Social Studies*, vol. 31, n° 1, 2001, pp. 123-149.

Vauchez (A.), « À quoi « tient » la Cour de justice des Communautés européennes ? », *RFSP*, vol. 60, n° 2, 2010, pp. 447-270.

Warbrick (C.), « Brownlie's Principles of Public International Law: An Assessment », *EJIL*, vol. 11, 2000, pp. 623-627.

Weil (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, tome 238, 1992, pp. 11-370.

Weingart (P.), « Scientific expertise and Political Accountability: Paradoxes of Science in Politics », *Science and Public Policy*, vol. 26, n° 3, 1999, pp. 151-161.

Wright (Q.), « The Cuban Quarantine », *AJIL*, vol. 57, 1963, pp. 546-565.

Young (M.), « Fragmentation or Interaction: The WTO, Fisheries Subsidies, and International Law », *World Trade Rev.*, vol. 8, n° 4, 2009, pp. 477-515.

VI. JURISPRUDENCE

Tribunal international du droit de la mer

Différend relatif à l'usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni) – demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *ILR*, vol. 126, 2005.

Cour internationale de justice

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984, *C.I.J Recueil 1984*.

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt du 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil 1985*.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 26 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*.

Q*uestions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*.

Affaire du Timor oriental, arrêt du 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil 1995*.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*.

Affaire Lagrand (Allemagne c. *États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*.

Affaire des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. *États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003, *C.I.J. Recueil 2003*.

Avena et aux ressortissants mexicains (États-Unis du Mexique c. *États-Unis d'Amérique*), arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*.

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt du 3 février 2006, *C.I.J. recueil 2006*.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, *C.I.J. Recueil 2007*.

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 18 novembre 2008, *C.I.J. Recueil 2008*.

Affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*.

Cour européenne des droits de l'homme

Loizidou c. *Turquie*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 23 février 1995.
Belilos c. *Suisse*, arrêt du 29 avril 1988.
Al-Adsani c. *Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001.
Banković et al. c. *États membres de l'OTAN*, décision du 12 décembre 2001 (recevabilité).
Pretty c. *Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002.
Aikaterini Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne, décision du 12 décembre 2002 (recevabilité).
Khachiev et *Akaïeva*, *Issaïeva*, *Youssoupova* et *Bazaïeva*, et *Issaïeva* c. *Russie*, arrêts du 24 février 2005.
Bosphorus Airways c. *Irlande*, arrêt du 30 juin 2005.
Al-Skeini et al. c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011.
Al-Jedda c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011.
Nada c. *Suisse*, arrêt du 12 septembre 2012.

Tribunaux arbitraux

Affaire *Trail Smelter*, sentence arbitrale du 11 mars 1941 (États-Unis c. Canada), *Rec. des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

Affaire *du lac Lanoux*, sentence arbitrale du 16 novembre 1957 (Espagne c. France), *Rec. des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 316.

Organe de règlement des différends de OMC

Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, dite aff. Bananes III, rapport de l'Organe d'appel, 9 septembre 1997, WT/D S27/AB/R.

Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés, rapport de l'Organe d'appel, 13 février 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/.

Etats-Unis - Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes, raport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB.

Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Canada c. Communautés européennes), Rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135.

Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du Groupe spécial, 7 février 2006, WT/DS291-293/INTERIM.

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Le Procureur c. Tadic), Chambre d'appel, arrêt du 2 octobre 1995, affaire IT-94-1-A.

Le procureur c. Furundzija, Chambre de Première Instance II, jugement du 10 décembre 1998, affaire IT-95-17/1.

Le Procureur c. Duski Tadić, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, affaire n° IT-94-1A.

Le Procureur c. Zejnil Delacic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo (affaire « *Celebici* »), Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, affaire n° IT-95-14/1A, §20.

Le Procureur c. Dario Kordic, chambre d'appel, arrêt du 17 décembre 2004, affaire n° IT-95-14/2A.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Affaire Aloeboetoe et autres c. Surinam (réparations et dépens), décision du 10 septembre 1993.
Affaire *Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence), arrêt du 24 septembre 1999
Avis consultatif n° 18 relatif aux droits des travailleurs migrants, 17 septembre 2003.

Cour de justice de l'UE

International Fruit Company, arrêt du 12 décembre 1972, affaire 21-24/72.
Les Verts c. *Parlement européen*, arrêt du 23 avril 1986, affaire 294/83.
Unión de Pequeños Agricultores c. *Conseil*, arrêt du 25 juillet 2002, affaire C50/00.
FIAMM et FIAMM Technologies c. *Conseil et Commission*, arrêt 14 décembre 2005, T-69/00
Léon Van Parys NV. c. *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, arrêt du 1er mars 2005, C-377/02.
Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. *Conseil de l'Union européenne*, arrêt du 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05P et C-405/05 P.
Commission, Conseil, Royaume-Uni c. *Yassin Abdullah Kadi*, arrêt du 18 juillet 2013, affaires jointes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P.

TPICE

Suk et Barakaat International Foundation et Kadi, arrêts du 21 septembre 2005, affaires T-306/01 et T-315/01.
Yassin Abdullah Kadi c. *Commission européenne*, arrêt du 30 septembre 2010, affaire T-85/09.

Comité des droits de l'homme de l'ONU

Sayadi et Vinck c. *Belgique*, constatations du 22 octobre 2008.

Table des matières

Remerciements 4

Liste des abréviations 6

Sommaire 8

Introduction 10

§1. Une approche critique du débat sur la fragmentation 11
§2. Le débat dans une perspective diachronique 14
§3. Le débat dans une perspective synchronique 18
§4. La problématique de la « fragmentation » 20

1ère PARTIE. Le point de vue externe 24

Titre 1. La position pluraliste 30

Chapitre 1. Le projet de sociologisation 34
du droit international 34

§1. L'assise sociologique du droit international 34
§2. La sociologie réaliste de l'après-guerre 37
§3. Le pluralisme juridique contemporain 40

Chapitre 2. Le pluralisme ordonné 42

§1. Une opposition au constitutionnalisme mondial 43
A) Mieux comprendre les effets de la mondialisation 44
B) Le pluralisme en tant que stratégie contre-hégémonique 46

§2. Un « désordre des ordres » 48
A) Accepter le désordre : ni monisme, ni dualisme 48
B) Accommoder la différence : le pluralisme 52

§3. Vers un pluralisme constitutionnel ? 55
A) Une « utopie réaliste » 57
B) Le « laboratoire européen » 59

§4. Conclusion 62
A) Le pluralisme, un tremplin vers le constitutionnalisme ? 63
B) Le recours aux « valeurs profondes » ou le repli identitaire 64

Chapitre 3. Le pluralisme managérial 68

§1. Un projet de réforme interdisciplinaire 69
A) La critique du formalisme du droit international public 70
B) La déformalisation du droit ou le passage de la forme à la fonction 72
C) La réglementation des espèces exotiques envahissantes 76

§2. Le droit, un instrument de gouvernance mondiale 79
A) La recherche d'une mise en conformité 80
B) L'émergence des régimes de régulation 82

§3. Le rôle des « architectes de la gouvernance mondiale » 86
A) Un nouveau formalisme : l'efficacité fonctionnelle 87
B) Une nouvelle normativité : la légitimité 89

§4. Conclusion 92
A) Un nouvel essor pour le droit international ? 92
B) Une tentative de conquête disciplinaire 94

Titre 2. La position différentialiste 98

Chapitre 4. La revendication du différend 102

§1. Un décisionisme politique 102
§2. Une position post-réaliste 105
§3. Une analyse « postmoderne » 106

Chapitre 5. Des régimes autopoïétiques 108

§1. Une sociologisation radicale du droit international 109
A) La mise à l'écart des approches unidimensionnelles 110
B) La fragmentation du droit replacée dans une vision globale 111
1) La différentiation fonctionnelle de la société 113
2) Des systèmes sociaux expansionnistes et incommensurables 115
a) Le droit et son environnement 116
b) Le droit et les modes de pensée pré-modernes 117

§2. La reproduction de la fragmentation au sein du droit 120
A) Le droit mondial, un ensemble de régimes fonctionnels 120
1) De la territorialité à la fonctionnalité 121
2) De la hiérarchie des normes à la distinction centre/périphérie 125
a) Une périphérie forte *versus* un centre éclaté 126
b) Une tendance à l'auto-constitutionnalisation 131
B) La fragmentation du droit, un processus inéluctable 132
1) La déformalisation ou l'écart entre le code et les programmes 134
2) La reproduction des collisions entre rationalités sociales 136

§3. Le droit, un « gentil civilisateur des systèmes sociaux » 139
A) De l'unité à l'inter-légalité : la mise en réseau des régimes 140
B) Le développement d'un droit des conflits inter-systémiques 141

§4. Conclusion 144
A) La structure argumentative de l'approche luhmannienne 144

B) L'approche luhmannienne, entre décadence et technocratie 146

Chapitre 6. Des régimes hégémoniques 150

§1. Une politisation radicale du droit international 152
A) Des régimes solipsistes et impérialistes 152
B) Le secours du droit international général ? 155
1) Le contenu incertain du droit international général 156
2) La question du représentant de l'universel 160

§2. Pour une universalité hégémonique 162
A) L'imbrication entre l'universel et le particulier 164
B) Des conflits pour la voix de l'universel 166
1) Les conflits inter-régimes : la politique de l'inclusion 168
2) Les conflits inter-régimes : la politique de l'exclusion 171
C) La politique de l'universalisme juridique 175

§3. Les limites structurelles de la contestation hégémonique 176
A) La critique marxiste ou la critique de l'idéalisme 177
1) La théorie de Laclau et Mouffe en proie aux critiques marxistes 177
2) La critique marxiste en droit international 179
B) L'existence de contraintes structurelles 181
1) La démonstration des fausses contingences 182
2) L'identification du contexte 183
3) La thèse des préjugés structurels (« *structural bias* ») 185

§4. Conclusion 187
A) La structure argumentative de l'approche laclauienne 187
B) Une voie alternative ? 190

2ème PARTIE. Le point de vue interne 196

Titre 3. La position constitutionnaliste 200

Chapitre 7. Le projet de constitutionnalisation du droit international 206

§1. Le constitutionnalisme de l'entre-deux-guerres 207
A) La souveraineté étatique critiquée 208
B) Les organisations internationales, représentants de l'universel 209

§2. Le constitutionnalisme d'aujourd'hui 212
A) Le renouveau du constitutionnalisme en droit international 212
B) Les caractéristiques du constitutionnalisme contemporain 215
1) Des États démocratiques 216
2) Des institutions internationales soumises aux règles de droit 216
3) Des réseaux transnationaux « redevables » 219

§3. Conclusion 220

Chapitre 8. Le constitutionnalisme matériel 222

§1. Un projet ambitieux…. 224
A) L'émergence d'une communauté mondiale 224
1) L'humanité en lieu et place de la souveraineté 225
2) La spécialisation fonctionnelle soumise au droit 227
B) Une hiérarchisation des normes et des institutions 229
1) Une hiérarchie normative 230
a) La Charte des Nations Unies est-elle la Constitution mondiale ? 230
b) L'importance du *jus cogens* 233
2) Une hiérarchie institutionnelle 236
a) Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies 236
i) Les compétences du Conseil de sécurité 237
ii) Les obligations du Conseil de sécurité 240
b) La Cour internationale de Justice 241
c) La doctrine 244

§2. … revu à la baisse 246
A) Au lieu d'une hiérarchie normative, des techniques intermédiaires 247
1) Une application limitée du *jus cogens* 247
2) Un repli vers des techniques intermédiaires 253
B) Au lieu d'une hiérarchie institutionnelle, un réseau constitutionnel 258
1) L'OMC et l'UE, vecteurs de la constitutionnalisation 259
2) Le rôle moteur des juridictions spécialisées 261

§3. Conclusion 264
A) Les contradictions internes au constitutionnalisme matériel 266
1) Pourquoi s'imposer la contrainte des règles formelles ? 266
2) Quelles sont les bonnes institutions ? 267
B) Une constitution non pas mondiale mais impériale 268
1) L'Europe en tant que porte-parole de l'Universel 269
2) Un universalisme hégémonique 270

Chapitre 9. Le constitutionnalisme processuel 276

§1. Un projet modeste… 278
A) Un constitutionnalisme ancré dans la réalité 279
1) Non pas formel, mais interactionnel 280
2) Non pas matériel, mais processuel 282
B) L'émergence d'un droit administratif global 284
1) Un constat empirique : la diversification des opérateurs globaux 286
a) Une typologie des administrateurs globaux 286
b) Un « espace » administratif global 288
2) Une exigence normative raisonnable : la redevabilité 290
a) Des procédures de participation publique 292
b) La motivation des décisions 293
c) La possibilité d'une révision ou d'un recours juridictionnel 294

§2. … revu à la hausse 295
A) La « force cachée » du droit 296
1) Les principes de légalité, garants de la fidélité au droit 297

2) Le respect des qualités immanentes du droit public 299
B) Un constitutionnalisme renforcé 302
1) De la procédure à la substance : l'appel à la proportionnalité 302
2) Le droit administratif, partie intégrante du droit constitutionnel 306
a) Le GAL, un instrument de cooptation ? 307
b) Une « toile de fond » constitutionnelle 310

§3. Conclusion 314
A) Le constitutionnalisme processuel, une voie médiane ? 315
1) La structure argumentative du constitutionnalisme processuel 315
2) Le droit international, un droit inter-public 317
B) Les contradictions internes au constitutionnalisme processuel 318
1) Le pouvoir de civilisation de la procédure juridique 319
2) Un instrument de gouvernementalité ? 321

Titre 4. La position pragmatique 326

Chapitre 10. Le repli pragmatique 330

§1. De la théorie à la technique 331
A) Le recul des grandes constructions théoriques 331
B) L'immixtion du droit international dans les domaines techniques 333
C) La spécialisation technique de la discipline 336

§2. De la déduction au balancement 338
A) La tendance à la déformalisation 338
B) La tendance à l'absolutisation 344

§3. Conclusion 347

Chapitre 11. Le pragmatisme stratégique 350

§1. Une alternative au pragmatisme humaniste 352
A) La mise à distance des approches existantes 352
1) Une critique acerbe du constitutionnalisme mondial 353
2) Les défaillances des approches pluralistes et différentialistes 354
B) Une critique du pragmatisme humaniste 356
1) Un projet de gouvernance cosmopolite et technocratique 357
a) Le mouvement des droits de l'homme 358
b) La reconstruction des sociétés d'après-guerre 359
2) Le droit international en tant que pratique stratégique 360
a) Le droit moderne de la guerre 360
b) L'impossible retour au formalisme juridique 362

§2. Pour un engagement lucide 364
A) Contester le règne des experts 365
1) Une cartographie de l'expertise juridique 366
2) Une sémiotique de l'expertise juridique 369
B) Réhabiliter le moment de la décision politique 372
1) La polarisation des débats 372
2) L'éthique de la responsabilité 373

§3. Conclusion 375
A) Le pragmatisme stratégique, un projet anti-formaliste ? 375
B) Au-delà du pragmatisme : entre scepticisme et foi 377

Chapitre 12. Le pragmatisme éclectique 380

§1. La question matérielle : l'influence des sources 381
A) L'oscillation entre l'unité et la diversité 381
B) La mise à distance du rapport du groupe d'étude de la CDI 384

§2. La question institutionnelle : les rapports entre juridictions 387
A) Y a-t-il une lutte ou un dialogue entre les juges ? 387
B) La « pratique » en tant que refuge ultime 390

§3. Conclusion 393

Conclusion 400

§1. L'impossibilité de ne retenir qu'un seul des points de vue 401
A) La structure argumentative du point de vue interne 401
B) La structure argumentative du point de vue externe 403

§2. L'impossibilité d'intégrer les deux points de vue 405
A) Un point de vue externe modéré 405
1) Un positivisme méthodologique éclairé 406
2) Le scientisme comme mécanisme de dépolitisation 409
B) Un point de vue « de partout » 410
1) Le problème du « *pick and choose* » 411
2) Le problème de la correspondance avec la réalité 412

§3. L'impossibilité de rejeter les deux points de vue 414
A) Penser les quatre positions comme des styles argumentatifs 415
B) Réfuter l'accusation de nihilisme 417

§4. Être aux frontières 422

Bibliographie 424

Table des matières 466