

Florence, Institut universitaire européen

11 décembre 2006

Droits de l'Homme et théorie démocratique du droit international

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université de Montpellier I

Ce séminaire me donne l'occasion d'essayer de poursuivre une réflexion entamée il y a plusieurs années sur la signification et les conséquences de l'introduction des droits de l'Homme en droit international positif.

Cette réflexion a connu plusieurs résultats d'étape et elle est loin d'être terminée. Elle part de l'idée qui a été défendue ailleurs et par d'autres que l'introduction des droits de l'Homme dans le droit international positif n'équivaut pas seulement à l'ajout d'un nouveau chapitre du droit international, mais est à l'origine d'un véritable changement de perspective, voire d'une « mutation » du droit international.

Les droits de l'Homme ne sont pas une catégorie juridique comme les autres : ils renvoient à une conception bien précise en matière de philosophie politique ; ils sont consubstantiels en particulier des théories du contrat social.

Les théories du contrat social – si l'on excepte celle de Hobbes, sont des théories qui cherchent à fonder ce que nous appelons – nous modernes – la démocratie, c'est à dire un gouvernement qui s'appuie essentiellement sur le consentement à

la contrainte et qui procède donc du principe d'autonomie, par opposition au principe d'hétéronomie.

Autrement dit, les droits de l'Homme sont intrinsèquement liés à une théorie démocratique du droit et, d'une certaine manière, ils la transportent avec eux.

C'est la raison pour laquelle je soutiens que l'introduction des droits de l'Homme en droit international revient à intégrer, dans le droit positif international, une conception démocratique du droit international.

Pour expliciter cette position, je vais d'abord, dans un premier temps, voir de quelle manière on peut définir une *conception démocratique du droit tout court*, puis dans un second temps *étendre la démonstration au droit international*.

Enfin, je m'interrogerai sur les prolongements possibles de cette conception : le problème que je me pose désormais est de savoir s'il est possible d'aller au-delà du constat de la présence d'une conception démocratique du droit international dans le droit international positif, pour construire une véritable théorie démocratique du droit international qui ait une utilité pour la compréhension et la construction du droit.

I – Qu'est-ce qu'une théorie démocratique du droit ?

Parler d'une conception spécifiquement démocratique du droit, c'est dire qu'il y a d'autres conceptions qui ne sont pas démocratiques. C'est effectivement ce que je soutiens : beaucoup de conceptions du droit ne sont pas démocratiques :

- le plus simple : les conceptions du droit qui n'en sont pas vraiment ; c'est à dire les assemblages doctrinaux hétérogènes, les démarches « empiristes » ou

pragmatiques qui associent certains éléments de théorie volontariste, avec d'autres éléments de théorie objectivistes, par ex. Il n'y a pas de conception du droit cohérente.

- certaines théories du droit ne sont pas démocratiques parce qu'elles sont essentiellement formalistes. Les auteurs qui défendent ce type de conception du droit s'intéressent essentiellement à un « ordre juridique », c'est à dire à un système de normes juridiques : comment ces normes sont-elles créées (le problème des sources), comment s'articulent-elles entre elles (hiérarchie ou règles instaurant des priorités, ou conciliation...), comment sont-elles sanctionnées (détermination de l'acte illicite, responsabilité, sanctions, voies d'exécution). Autrement dit, ces conceptions s'intéressent à la structure du bâtiment, mais elles ne se préoccupent pas de savoir si le bâtiment est fonctionnel, si les pièces sont habitables, s'il est possible de s'y mouvoir etc. Le bâtiment peut être complètement biscornu, insalubre ou dangereux, cela n'intéresse pas les tenants d'une telle conception formaliste : par conséquent, ces auteurs sont dans l'impossibilité (et ils s'y refusent) de penser ce qu'il y a de politique dans le droit, ce que le droit engendre dans les rapports entre êtres humains.

- d'autres conceptions encore ont un caractère *autoritaire*, en ce sens où le droit est essentiellement pensé comme le médium d'un pouvoir de contrainte, comme la traduction du monopole de la violence dont l'Etat est le titulaire exclusif : le droit a pour fonction de régler les rapports sociaux en maintenant un certain ordre dans la société, par l'édition de règles qui sont sanctionnées par l'usage de la contrainte. Cette conception, encore une fois, est non démocratique, parce qu'elle ne voit dans le droit, au mieux, qu'un moyen permettant à une autorité de s'exercer, sans essayer penser la contrepartie de cette autorité dans le chef des particuliers qui la subissent.

Face à ces contre-modèles, en quoi consiste une « conception démocratique du droit » ? La conception démocratique du droit est celle qui s'articule tout entière autour du concept de liberté.

Bien sûr, cette conception est présente en filigrane chez tous les penseurs du contrat social depuis Locke.

Mais c'est chez Kant qu'elle est la mieux explicitée, parce que Kant ne raisonne pas seulement en philosophe politique, mais en véritable théoricien du droit.

Rappelons que pour Kant, en effet, le droit constitue d'abord « l'ensemble conceptuel des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut-être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté. »

Mais il peut également « être représenté comme la possibilité d'une contrainte générale réciproque s'accordant avec la liberté de chacun selon des lois universelles. »

Conciliation des libertés de chacun et contrainte s'accordant avec la liberté sont donc les deux caractéristiques de l'objet « droit » chez Kant.

Il y aurait bien des choses à dire sur cette définition, mais je m'en tiendrai là, ayant déjà développé ces points ailleurs. Je retiendrai simplement la synthèse opérée par Jürgen Habermas, pour décrire cette conception du droit, qu'il assimile d'ailleurs à notre compréhension moderne du droit (c'est à dire à la compréhension que nous avons de l'objet « droit » dans les démocraties modernes) :

« Le droit moderne consiste en un système de normes positives [il fait ici référence à la positivité formelle] contraignantes qui ont à tout le moins la prétention de garantir la liberté. Les caractéristiques formelles de la contrainte et de la positivité s'associent ainsi à une prétention à la légitimité. »

Constitue donc une règle juridique la règle qui se trouve non seulement formellement validée mais qui est également *légitime*, en ce sens que la contrainte qu'elle fait peser sur les citoyens s'accorde avec la liberté de chacun selon une loi universelle.

Or cette « prétention à la légitimité » du droit moderne, ce sont précisément les droits de l'Homme qui permettent de la réaliser :

- d'abord parce que les *droits politiques et civiques* sont la condition de l'élaboration et de l'édiction d'une loi qui assure la préservation de la liberté de chacun tout en sauvegardant la liberté de tous ;

- ensuite parce que les droits civils, économiques et sociaux fixent les limites aux restrictions qui peuvent être apportées aux libertés dans les différentes sphères de l'activité humaine ou à l'inverse, d'ailleurs, commandent une action positive de l'Etat en vue de permettre leur exercice effectif par tous.

Kant disait que la domination légale ne se justifie qu'en tant qu'obstacle à l'obstacle à la liberté : c'est exactement de cela qu'il s'agit. Les droits de l'Homme constituent autant d'obstacles en vue de stopper les obstacles à l'exercice des libertés et en particulier des libertés politiques, qui permettent l'édiction d'un droit légitime.

Si bien que pour Habermas, ces deux catégories de droits subjectifs (moins les droits économiques, sociaux et culturels, mal compris par Habermas) sont co-originaires, c'est à dire qu'elles se présupposent l'une l'autre.

On voit que sous cet angle, les droits de l'Homme ne sont pas un simple ornement dans un ordre juridique donné : ils se rattachent à une conception de l'ordre juridique tout entier, ils sont au fondement de l'objet « droit », dès lors que l'on s'efforce de penser celui-ci comme un moyen non de conforter une

domination qui s'appuie sur l'usage de la force brute, mais au contraire comme un moyen de *réaliser* la liberté, c'est à dire de la rendre possible.

Voilà, me semble-t-il, une conception du droit qui se distingue de celles que j'ai citées plus haut et que l'on peut qualifier de démocratique – si l'on entend par démocratie la forme du régime politique qui se donne pour but de réaliser et de protéger la liberté humaine.

Sur cette base, on peut tenter d'identifier une conception démocratique du droit *international*.

II - Une conception démocratique du droit international

Je vais procéder de la même manière que plus haut, par une approche *a contrario*, en disant d'abord que, en droit international comme dans les autres domaines du droit, il existe des théories *non démocratiques* du droit international.

Je dirais même dans ce domaine du droit plus qu'ailleurs. On se retrouve en effet, bien sûr, le syncrétisme juridique ou encore le formalisme juridique. Mais surtout une grande partie des théories du droit international sont non démocratiques par essence, parce qu'elles se rattachent à un concept de droit international inventé et élaboré historiquement dans le cadre de sociétés non démocratiques.

C'est le cas de toutes les théories qui se rattachent plus ou moins directement à ce que l'on pourrait appeler le « modèle vattelien » par référence à Emer de Vattel, le fameux jurisconsulte suisse du XVIII^e s.

Le modèle vattellien est, il faut bien le dire, très attractif et il constitue d'ailleurs toujours le modèle dominant dans la doctrine du droit international : il a le mérite de la simplicité et permet de rendre effectivement compte d'une grande part du droit international contemporain (au moins à partir du XIX^{ème} siècle) – en tout cas des assises du droit international contemporain – ce que l'on pourrait appeler le « droit international classique », ce qui constitue l'armature du droit international public.

En quoi consiste, en deux mots, ce modèle vattellien ?

Le droit international est compris comme le mode de régulation juridique d'une société anarchique, composée d'Etats également souverains.

Chaque Etat est assimilé aux fins de cette théorie à un être humain doué de raison et de volonté et plongé dans l'état de nature. Seulement, conformément à l'axiome hobbesien, l'état de nature est ici indépassable, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés internes où il doit nécessairement y être mis fin par le Pacte social.

Il résulte de cette présentation un certain nombre de conséquences qui sont bien connues, qui sont affirmées de manière plus ou moins ferme selon les auteurs. Parmi ces conséquences on peut citer :

- le fait que le droit international est essentiellement un droit « privé » au sens kantien, c'est à dire un droit issu de l'accord de volonté entre les sujets également souverains (c'est à dire libres, c'est à dire dotés de l'autonomie de la volonté), ce qui exclut la figure de la « loi », a fortiori celle de la Constitution, ou encore celle de l'Ordre public ;
- le fait qu'il existe une séparation totale entre la sphère interne et la sphère internationale, ce qui a pour conséquence le dualisme mais aussi et surtout la neutralité du droit international vis-à-vis de l'organisation politique interne ;

- le fait que l'Etat est toujours compris dans la « sphère internationale », comme l'unique représentant du peuple, que les individus ne sont pas des sujets directs ou originaires du droit international. Que celui-ci par conséquent ne s'applique à eux que de manière médiate, c'est à dire par le truchement de la volonté des Etats, à la fois auteurs et destinataires des normes internationales.

Il résulte de ces présupposés que la seule « démocratie » que l'on puisse élaborer sur cette base est une démocratie des Etats, fondée sur l'égale souveraineté de ceux-ci.

D'une certaine manière, l'Organisation des Nations Unies réalise en partie cette démocratie des Etats, avec une sérieuse entorse, toutefois, avec notamment un organe exécutif, le Conseil de sécurité, au sein duquel cinq sièges sont réservés aux plus grandes puissances qui disposent par ailleurs d'un droit de veto.

La démocratie des Etats est elle aussi pensée autour de l'idée de liberté, c'est bien logique puisque tout ce système n'est finalement qu'une transposition des théories du contrat social dans les relations internationales : mais c'est de la liberté des Etats qu'il s'agit, c'est à dire de leur souveraineté.

Eventuellement de la liberté des peuples, celle-ci se réduisant toutefois à une liberté unique : celle de se constituer en Etat dans le respect de l'intégrité territoriale des autres Etats (c'est à dire de l'assise territoriale de leur liberté/souveraineté).

On comprend que ce schéma ne permet pas de penser le droit international en lien avec la liberté humaine, autrement que de manière médiate, que comme une conséquence ou comme un corollaire de la liberté des Etats.

Si l'on souhaite penser le droit international en lien avec la liberté humaine, il faut donc changer radicalement de perspective.

Or une théorie démocratique du droit peut nous aider à réaliser ce passage : c'est à nouveau Kant qui nous sert de guide.

La réflexion de Kant, il faut le rappeler, est fondée sur le constat qu'il est impossible de dissocier le niveau national du niveau international et réciproquement : il n'y a pas de séparation étanche, il n'y a pas de sphère séparées, que ce soit sur le plan juridique ou politique. Ce monisme théorique a une portée à la fois historique et juridique.

D'une part en effet (c'est l'aspect historique), les crises et les troubles internes trouvent nécessairement leurs prolongements sur le plan des relations internationales : l'Etat totalitaire ou autoritaire est à terme un Etat agressif, le conflit interne déborde toujours des frontières, ne serait-ce que par le flot de réfugiés, d'une manière plus générale – c'est encore plus vrai aujourd'hui qu'au temps de Kant, les Etats sont interdépendants sur un plan économique et environnemental.

D'autre part (c'est l'aspect juridique), le droit public (démocratique) interne, c'est à dire le droit produit par l'Etat n'est jamais « péremptoire » (c'est à dire durable, pérenne), s'il peut être constamment remis en cause de l'extérieur, par une autre puissance ou, inversement, s'il peut être ébranlé par une évolution interne sans que des garanties extérieures ne permettent de le sauvegarder. Autrement dit, le droit public des Etats n'est vraiment *public* (c'est à dire *valide*), que s'il repose à son tour sur un droit public à l'échelle internationale.

Sous un angle historique, l'idée de Kant est donc la suivante : la réalisation des droits de l'homme qui est aussi la réalisation de la paix qui trouve sa traduction dans le droit public ne seront effectivement garantis que lorsque les Etats seront à leur tour sortis de l'état de nature.

Sur un plan strictement juridique, elle signifie que le droit international, comme le droit interne, ne saurait uniquement être défini au regard de ses caractéristiques formelles : comme le droit interne, il possède une « prétention à légitimité », en ce sens qu'il pour but final de réaliser la liberté humaine à travers la construction d'un droit cosmopolitique.

Voilà ce que l'on peut appeler une conception démocratique du droit international. C'est une conception qui s'appuie sur *l'unité du phénomène juridique* : il n'y a pas de division radicale entre droit interne et droit international. Fondamentalement, le principe du droit est toujours le même : il s'agit de réaliser la liberté humaine.

On ne peut donc pas raisonner en termes de « sphères » séparées, de même que l'on ne peut pas faire de l'Etat le sujet – autrement que fictif – du droit international, ou encore magnifier la souveraineté, jusqu'à accepter qu'elle se substitue complètement à la liberté humaine comme principe même du droit.

Comme il a été démontré à plusieurs reprises, cette conception démocratique du droit international est présente depuis 1945 dans le droit positif.

A partir de la Charte, l'ordre juridique international se voit assigner un sens, une polarité : il est orienté vers la réalisation de la paix *et* de la sécurité internationale, c'est à dire vers une paix *perpétuelle*, définitive, qui est équivalente au droit public consolidé dans tous les Etats, c'est à dire à la sauvegarde pérenne des libertés individuelles.

Autrement dit, la Charte, avec les droits de l'Homme et le concept de paix et de sécurité internationale, fait entrer la conception démocratique du droit international dans le droit positif.

Avec ce résultat qu'en ratifiant la Charte, les Etats s'engagent pour partie à réaliser un *projet politique* : la reconnaissance des droits de l'Homme sur le plan international équivaut au moins en théorie à faire des individus des sujets directs du droit international, celui-ci étant dès lors pensé comme l'ordre juridique d'un Etat fédéral en formation.

Le système de la Charte a toutefois cette particularité que la conception démocratique du droit international, dans le texte de la Charte elle-même, coexiste en quelque sorte avec la conception « classique » vattellienne qui se manifeste à travers de nombreuses dispositions : principe de l'égalité souveraine, principe du domaine réservé etc.

Les deux conceptions sont complémentaires, en même temps elles sont en concurrence, elles entretiennent un rapport dialectique et pas seulement sur un plan théorique.

Bien sûr, il résulte de cette dialectique que si l'on veut bien comprendre le droit international positif, il faut nécessairement l'analyser à la lumière des deux théories prises ensembles.

Pour autant, il me semble que le rapport entre les deux théories dans l'analyse du droit international a évolué.

Certes, la théorie vattellienne garde toute sa force d'explication lorsqu'on se réfère aux principes structurels du droit international, comme les grands principes qui gouvernent le droit des traités par ex., et notamment le principe de réciprocité, ou encore certains aspects du droit de la responsabilité internationale, comme les questions d'attribution.

Mais par essence, la théorie vattellienne a dit tout ce qu'elle pouvait sur la société internationale et s'interdit toute évolution.

Ayant la simplicité et la beauté d'un jardin à la française, il est impossible de faire émerger en son sein de nouvelles figures juridiques qui viendraient briser la belle symétrie de la construction. Ayant décrété que la société internationale ne pouvait pas dépasser l'état de nature, elle se clôt sur elle-même, elle se condamne à donner une représentation figée de cette société.

C'est la raison pour laquelle, me semble-t-il, les théories fondées sur la souveraineté sont en perte de vitesse ; raison pour laquelle aussi le modèle d'une société des Etats souverains a perdu sa valeur explicative et n'est plus en mesure d'animer une véritable dialectique.

Car en face se dresse une conception du droit qui se caractérise au contraire par son caractère évolutif, puisque son principe même – le principe qui l'anime – est celui d'une évolution, de la réalisation progressive d'un projet politique. Le modèle de la souveraineté est donc un modèle statique – un modèle de résistance – face à une conception du droit en mouvement, qui admet et intègre la complexité du droit positif.

J'ai par conséquent le sentiment que la conception démocratique du droit international – en plus d'être identifiée en tant que telle – devrait être davantage étudiée dans ses tenants et aboutissants par la doctrine internationaliste.

Je me demande même dans quelle mesure il ne serait pas possible d'élaborer une véritable théorie démocratique du droit international qui soit une théorie exploitable par les internationalistes, c'est à dire un véritable système explicatif du droit positif qui reposerait sur des bases autres que les théorie vattellienne.

C'est cette hypothèse que je voudrais maintenant essayer de faire avancer quelque peu maintenant.

III – Perspectives de développement d’une théorie démocratique du droit international

La question que je pose est la suivante : est-ce que nous ne devons pas nous débarrasser définitivement de la souveraineté de l’Etat comme principe explicatif du droit international ?

Je pense qu’aujourd’hui, l’immense majorité des internationalistes répondraient par la négative. J’aurais sans doute eu plus de succès dans les années 30 ou au sortir de la seconde guerre mondiale. On a tendance à oublier, en effet, que plusieurs auteurs, et non des moindres, semblaient avoir, à cette époque, définitivement réglé son compte à la souveraineté : qui ose aujourd’hui reprendre à son compte les brillantes démonstrations de deux juristes pourtant si opposés qu’ont été Kelsen et Scelle ?

Qu’est-ce à dire ? Il ne s’agit pas de nier la réalité du phénomène de l’Etat ; il ne s’agit pas de nier la réalité des entités politico-administratives au nom desquelles le pouvoir est exercé sur des territoires et des populations. Bien sûr, ce serait absurde : loin de moi l’idée de vouloir nier le rôle central que joue l’Etat dans le théâtre du monde.

Ce à quoi invite l’idée d’une théorie démocratique du droit international, c’est à considérer que l’Etat et sa souveraineté ne peuvent pas être considérés comme étant au principe du droit international. Il s’agit d’effectuer un décentrement, un changement de perspective, pour considérer que derrière l’Etat, l’enjeu du droit est toujours le même, à savoir celui de la liberté humaine.

Pour commencer, il me semble qu’il faudrait, si cela était possible, réécrire une *histoire du droit international comme histoire de la liberté*, pour paraphraser Benedetto Croce.

Il peut paraître singulier que je cite ici Croce, un hégélien convaincu, plutôt conservateur et même « anti-lumière » selon Zeev Sternhell. Pourtant, on le sait, dans les années 30, Croce a pris ses distances avec Hegel et sa fascination pour l'Etat, et lorsqu'en 1938, dans son *Histoire de l'historiographie*, il appelle à faire de l'histoire une histoire de la liberté, ce n'est pas au sens de Hegel :

« nous n'entendons pas assigner à l'histoire une fin, lui donner comme thème la formation d'une liberté qui à l'origine n'existait pas, et qui un jour sera, mais montrer dans la liberté la matrice éternelle d'où naît l'histoire, le sujet même de toute histoire. »

Si la liberté est le sujet de toute histoire, alors pourquoi ne serait-elle pas le sujet de l'histoire du droit international ?

Imaginons que nous partons de ce présupposé : le droit international, comme le droit interne, a pour principe même la liberté, c'est à dire qu'il a la liberté pour fin et pour fondement. Regardons à nouveau le droit international positif contemporain. Que voyons nous ?

D'abord, bien sûr, nous voyons toujours un droit qui s'efforce de préserver l'Etat, parce que l'Etat est considéré comme le premier rempart contre l'asservissement, comme la première condition de la liberté. C'est à cela que l'Etat sert in fine, c'est pour cela qu'il est formé : pour s'affranchir de l'autorité de l'Empire ou du Pape, ou de toute autre puissance hégémonique.

Nous voyons toujours un droit qui s'efforce d'assurer la coordination de ces entités protectrices de la souveraineté, c'est à dire un droit qui cherche à stabiliser et à pacifier leurs relations, de manière à ce que la liberté si chèrement acquise ne soit pas remise en cause par des conflits stériles.

Mais nous voyons aussi un autre droit international, celui qui trouve son fondement dans les droits de l'Homme : un droit international de la transition,

qui accompagne la transformation de la société des Etats souverains en une société humaine universelle.

Un droit qui, parce qu'est décrétee la personnalité juridique de l'individu au-delà des Etats, s'efforce de mettre en conformité les institutions juridiques internes et internationales en conformité avec ce présumé.

Il met en conformité les institutions juridiques internes, parce que le droit international contemporain, à travers les droits de l'Homme, notamment, intervient au cœur même du fonctionnement de l'Etat comme institution politique et administrative. Les droits de l'homme, c'est connu, n'interviennent pas seulement comme droits subjectifs ; en tant que normes objectives, ils tendent à restructurer les ordres juridiques internes autour de leurs exigences : ce sont des pans entiers du droit interne qui sont repensés et réécrit à la lumière du principe du procès équitable, du principe d'égalité ou du droit au respect de la vie privée et familiale.

Il met également en conformité les institutions juridiques internationales, et l'on peut à cet égard relever trois phénomènes, les deux premiers ayant trait aux normes et le dernier aux institutions.

a) D'abord le droit international moderne, cela n'a échappé à personne, s'objectivise. Il le fait d'ailleurs par tous les moyens possibles :

- inflation et gonflement de ce que l'on appelle les sources non conventionnelles, le droit non écrit, avec des catégories autrefois rares ici invoquées à tout bout de champ comme la coutume ou les PGD, la pratique n'hésitant d'ailleurs pas, le cas échéant, à transformer ou à manipuler les critères selon lesquels on avait l'habitude de penser ces sources.

- utilisation du traité, comme vecteur d'une norme objective, ce qui a pour effet de mettre au défi la nature du traité pensé traditionnellement plutôt comme un

acte conventionnel, avec toutes les conséquences qui en résultent en termes de dérogations au consensualisme normalement de mise.

- mobilisation de ce que l'on appelle souvent de la *soft law*, les déclarations, les résolutions d'organisations internationales, qui sont en fait utilisés, par l'intermédiaire de procédés fondés sur l'effet de répétition ou de saturation, comme des procédés à vocation législative, parvenant progressivement, par jalons normatifs, à la formation d'une norme objective.

b) Au-delà de cette objectivisation du droit international, on assiste également à une hiérarchisation du droit international. C'est que l'importation du modèle fédéral à l'échelle internationale exige de transposer deux éléments clés des ordres juridiques internes que sont la Constitution et l'ordre public. Constitution parce qu'elle permet d'assurer la primauté du droit, c'est à dire d'établir un état de droit ; ordre public parce que toute société non anarchique a besoin de déterminer les buts légitimes au nom desquels elle peut apporter des restrictions aux libertés de ses sujets.

Qu'est-ce à dire sinon qu'à travers ces deux notions, les Etats s'habituent à se penser comme des Etats fédérés au sein d'un Etat fédéral qui n'existe pas encore, mais dont la constitution substantielle et les valeurs d'ordre public sont déjà définies.

c) Enfin, troisième phénomène, celui de la transformation des institutions. On a l'habitude de dire qu'il s'agit du maillon faible du programme kantien : les normes évoluent mais les institutions ne suivent pas. Elles sont en effet plus longues à suivre, mais il n'est pas certain que les transformations ne soient pas en cours.

A cet égard je voudrais noter pour finir deux choses.

La première, c'est qu'une théorie démocratique du droit international peut nous amener à comprendre la manière dont fonctionnent *en pratique* les organisations internationales au sein desquelles se concentre une bonne part des relations internationales (si l'on laisse de côté les traditionnelles relations bilatérales). Quand je dis « la manière dont elles fonctionnent en pratique », je veux dire selon des procédures informelles, ou au-delà des procédures formelles définies par les statuts. Qu'en est-il en pratique dans un grand nombre de domaines – et c'est là qu'intervient mon expérience pratique – je crois que dans bien des domaines du droit international, les Etats sont devenus des acteurs du développement du droit international, sans doute dominants, mais pas exclusifs :

- ils n'ont plus le monopole de l'initiative du droit international ;

- s'ils ont toujours le monopole de la production formelle du droit international public, ils n'ont pas la maîtrise du développement du droit transnational qui tend à se développer dans des proportions jamais connues (*lex mercatoria*, *sportiva* etc.)

- ils ne peuvent assurer à eux seuls l'application du droit international qui a considérablement diversifié ses domaines d'intervention et qui touche désormais à tous les aspects de la vie dans les sociétés internes ; ce qui fait que les Etats doivent pouvoir compter tant sur les organisations internationales publiques que sur les entités privées pour mettre en œuvre ces normes.

Ces développements sont le plus souvent informels, mais ils sont bien réels.

Au-delà, les organisations internationales enregistrent elles-mêmes ces évolutions par la création d'organes ou d'institutions *ad hoc*, qui reflètent bien la manière dont s'organise la délibération à l'échelle internationale. Je pense en particulier à ONUSIDA ou plus récemment à la Commission de consolidation de la paix : à travers ces institutions, les Etats eux-mêmes reconnaissent qu'ils

ne se suffisent plus à eux-mêmes et que pour être efficace, les institutions internationales doivent réunir autour d'une table tous les acteurs – les stakeholders – parties prenantes de telle ou telle stratégie ou opération.

Deuxième chose, dans une visée prospective, développer une théorie démocratique du droit international pourrait sans doute nous aider à mieux penser la réforme des institutions internationales.

La réforme est d'actualité aux Nations Unies depuis leur création. Mais on peut dire que depuis le début des années 90, elle est ressentie comme une nécessité absolue, comme une urgence. Or bien souvent, on s'aperçoit que les Etats et les autres parties prenantes n'ont pas de projet clair. Ils fonctionnent sur une base ad hoc, mais n'ont pas de vision d'ensemble.

Particulièrement symptomatique à cet égard est la création du Conseil des droits de l'Homme qui apparaît comme le fruit d'un slogan lancé par le Secrétaire général, auquel les diplomates ont été contraints et forcés de donner un contenu.

La nécessité de la réforme pousse à l'effet d'annonce.

Avec le Conseil, on est à l'opposé de la logique qui a animé la création de la Cour pénale internationale qui constituait un vieux projet fédéraliste, mûri de longue date. Cet embryon de justice pénale internationale consacre en effet un double acquis :

- les individus sont reconnus comme relevant directement d'une juridiction internationale qui peut apparaître dès lors comme une institution à caractère fédérale ;

- la compétence « fédérale » s'étend au jugement des agents des Etats fédérés, ce qui implique nécessairement la soumission de l'ordre juridique de l'Etat fédéré à l'ordre juridique partiel de l'Etat fédéral constitué par le Statut de la Cour.

Bien sûr, on objectera à cet égard que les Etats ont consenti à tout en ratifiant le traité : à quoi on répondra deux choses.

D'une part, ce consentement n'est pas requis pour que la Cour puisse exercer sa compétence sur le ressortissant d'un Etat A non partie au Statut, à partir du moment où il a commis son crime sur le territoire d'un Etat B, partie au Statut.

D'autre part, la logique du Statut, comme celui de tout traité à caractère intégral, est de tendre vers l'universalité qui, une fois atteinte, rendra le consentement des Etats parties sans objet, puisqu'à ce moment le traité s'imposera à eux sans retour en arrière possible.

*

Il est bien entendu grand temps de conclure et je le ferai très rapidement en résumant mon propos en trois points, ce qui permettra je l'espère de provoquer les critiques et les objections :

- il est possible d'identifier au sein du droit international positif depuis 1945 une conception démocratique du droit international, qui se distingue nettement d'autres conceptions du droit international que l'on peut qualifier de non démocratiques et notamment de la conception dominante vattellienne ;

- les conceptions démocratiques et vattellienne du droit international entretiennent un rapport dialectique, à la lumière duquel il a été possible jusqu'ici de comprendre l'évolution et les contradictions du droit international contemporain ;

- on peut toutefois se demander dans quelle mesure, le modèle vattelien s'épuisant dans les limites qu'il se fixe à lui-même, il ne conviendrait pas d'examiner plus avant toutes les implications de la conception démocratique du droit international, en vue de formuler une théorie démocratique du droit international qui permettrait de rendre compte avec plus de précision des évolutions du droit international ?

Vous remarquerez que je formule cette troisième question sous la forme d'une interrogation. Je m'interroge, je tâtonne, je me donne avant tout pour contrainte de ne pas être satisfait de ce que j'ai. Peut-être le devrais-je ? Je vous en laisse seul juge et je vous remercie de votre attention.