



COLLÈGE
DE FRANCE
1530



INSTITUT DES SCIENCES
JURIDIQUE & PHILOSOPHIQUE
DE LA SORBONNE - UMR 8103



Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme

« Vers un jus commune universalisable ? »¹
Compte rendu du séminaire de Goutelas
10-12 avril 2017

SOMMAIRE

INTRODUCTION	2
Mireille Delmas-Marty	2
Alain Wijffels	3

PREMIERE PARTIE
L'APPROCHE HISTORIQUE

I. Aperçus sur le droit chinois comme <i>Jus commune</i> de l'Asie Orientale	4
A. Jérôme Bourgon : la philosophie du droit chinois et son exportation en Asie	4
B. Frédéric Constant : les interactions entre droit chinois et droit mongol	4
C. Pierre-Etienne Will : la pénétration du droit chinois au Japon et son usage	5
D. Discussion	6
II. Le jus commune et la tradition romano-canonique	7
A. Olivier Descamps	7
B. Discussion	8
III. La tradition islamique et la Charia	9
A. Suleiman Mourad	9
B. Discussion	
IV. La Common law : un droit commun... qui n'est pas si commun que cela	10
A. Vivian Curran	10
B. Discussion	12
V. La diffusion coloniale du droit	13
A. Florence Renucci : le cas de la colonisation française	13
B. Kathia Martin-Chenut : le cas de la colonisation espagnole	13
C. Discussion	15

DEUXIEME PARTIE

¹ Sur le choix du titre, v. la note terminologique rédigée par Mireille Delmas-Marty et He Linxin (Annexe n° 1).

FRAGMENTS DE DROIT COMMUN CONTEMPORAIN

I.	La Justice pénale internationale.....	16
	A. Isabelle Foucard	17
	B. Discussion.....	17
II.	La mise en cause de la responsabilité des Etats dans les violations graves des droits de l'homme	18
	A. Kathia Martin-Chenut.....	18
	B. Vivian Curran	20
III.	Le droit des investissements.....	21
	A. Caroline Devaux : l'évolution de la Commission européenne à l'égard de l'arbitrage.....	21
	B. Robert Guillaumond : l'arbitrage commercial international	22
	C. Nitish Monebhurrn : le concept « d'attente légitime » dans le droit des investissements	22
IV.	Le droit international du travail.....	23
	A. Jean-Michel Servais : l'Organisation internationale du travail et la justice sociale	23
	B. Antoine Jeammaud : les principes universels de droit du travail.....	24
	C. Discussion.....	26
V.	Justice et responsabilité climatiques.....	26
	A. Marta Torre-Schaub : la justice climatique	26
	B. Luca d'Ambrosio : la « responsabilité climatique » des entreprises transnationales.....	25
	C. Discussion.....	28

INTRODUCTION

Mireille Delmas-Marty

N'est-il pas étrange de parler d'un « droit commun » à l'heure des replis nationalistes alors que l'on recommence à rêver d'Etats-nations totalement indépendants ? Mais, au même moment, les interdépendances, allant du terrorisme aux désastres humanitaires liés aux guerres, aux migrations, au climat, appellent une internationalisation du droit.

Il existe déjà des fragments de droit universel qui présentent des alternatives au souverainisme, mais ces fragments sont très disparates. Ils relèvent de « modèles » différents : - le modèle « humaniste », celui de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du travail décent ; - le modèle « libéral » de régulation par le marché privilégiant l'arbitrage, entre Etats dans les conflits commerciaux, ou entre Etats et entreprises en matière d'investissements ; - le modèle « écologique », avec l'émergence de nouveaux intérêts collectifs à protéger, comme les générations futures ou la « Terre mère » ; - ou encore le modèle « transhumaniste », avec les nouvelles technologies et le risque de déshumanisation que porte en lui l'homme augmenté.

Face à la confusion actuelle, il est indispensable d'éclairer la route pour comprendre comment les contradictions apparentes entre ces modèles et les dogmes qui les sous-tendent (l'égalité des dignités des humains, le profit et la croissance, la solidarité planétaire au sein de l'écosystème Terre, la performance cognitive), comprises comme des tensions dynamisantes, pourraient annoncer une métamorphose à la fois des droits nationaux et du droit international.

Dans cette hypothèse nous avons avancé l'idée d'un droit commun universalisable : un droit à la fois souhaitable et réalisable. Nous préférons parler de droit commun « universalisable » plutôt que de droit commun « universel ». L'idée en effet n'est pas de découvrir un concept fondateur et unificateur, que les pratiques semblent exclure, mais de repérer les conditions de possibilité d'un processus transformateur, à la fois interactif et évolutif. Pour y parvenir, nous avons adopté deux approches complémentaires.

La première, à laquelle nous consacrons la journée du 11 avril, est une approche historique. Elle vise à étudier ces processus à partir de cinq exemples de tradition juridique commune : le droit chinois, le droit romano canonique, le droit musulman, la Common law, enfin la rencontre des droits occidentaux et des droits autochtones imposée par les colonisations. Pour chacun de ces exemples nous essaierons de comprendre comment différents droits se combinent. Dans le prolongement du premier séminaire de mai 2016 nous utiliserons deux modes d'entrée, les normes et les acteurs.

En ce qui concerne les normes juridiques, le défrichage auquel nous avons procédé l'an dernier nous permet d'avancer l'hypothèse que dans chaque tradition juridique apparaît une bipolarité entre « la règle » et « l'esprit de la règle ».

Avec les acteurs nous nous intéresserons notamment à plusieurs couples tels que : professionnels et usagers ; théoriciens et praticiens ; doctrine (et acculturation des élites) ; acteurs privés (entreprises, ONG) et acteurs publics.

La seconde approche se fera à partir de fragments actuels de droit international. Nous y consacrerons la journée du 12 avril en nous appuyant sur une série d'exemples : le droit international pénal ; la violation des droits de l'homme par les Etats, et/ou par les entreprises ; le droit du commerce et des investissements ; la justice sociale et les normes internationales du travail ; le climat.

Cela devrait nous permettre dans une troisième étape, postérieure au présent séminaire, d'identifier les principes d'un droit universalisable et les processus permettant de le faire advenir.

Alain Wijffels

Le lieu où nous sommes est un beau symbole de notre démarche. Le propriétaire du Château de Goutelas, Jean Papon a en effet été à son époque un acteur majeur de l'émergence d'un droit commun français. Or, il n'était pas évident de son temps de mettre en parallèle droit coutumier et droit savant.

Parmi les éléments d'analyse, nous devons prendre en compte le fait que les juristes sont de plus en plus confrontés à d'autres systèmes de normes, non juridiques mais dont l'impact sur la société est tout aussi important. Enfin, la question de la régression me paraît à prendre très au sérieux. Parler aujourd'hui de droit commun est une forme de résistance à cette régression. Je le vois déjà à l'échelle de l'Europe : dans les années 60-70, s'intéresser au droit commun européen était à la mode... mais, depuis, les vents contraires ont soufflé et ce n'est plus bien vu.

Suit un premier débat sur le nom à utiliser pour décrire notre démarche. Pour Mireille Delmas-Marty, utiliser le terme « jus commune » risque, dans d'autres régions du monde, de passer pour de l'impérialisme occidental ; d'autres ne partagent pas ce sentiment. Le débat est reporté à plus tard (voir la note terminologique mai 2017).

PREMIERE PARTIE : L'APPROCHE HISTORIQUE

I. Aperçus sur le droit chinois comme *Jus commune* de l'Asie Orientale

A. Jérôme Bourgon : la philosophie du droit chinois et son exportation en Asie

Le droit chinois a été importé par les pays voisins, Corée, Japon, Vietnam, sans colonisation, créant une unité profonde de ces pays « confucéens ». Cela se manifeste par l'unité du vocabulaire juridique, même dans les pays, comme le Vietnam, où l'alphabet a été adopté.

Le droit chinois repose sur la *summa divisio* entre *lǚ* – les lois pénales fixes, en petit nombre, objet de l'expertise juridique – et *ling* – l'ensemble mouvant et proliférant de règlements administratifs. Celle-ci a connu d'intéressantes variations dans les pays de droit chinois au cours des siècles. Ces variations constituent le cœur d'une tradition juridique commune.

Les *ling* sont nombreuses, se superposent, et font l'objet au fil des siècles d'un gros travail de nettoyage. Par exemple, entre la dynastie Han et la dynastie Tang, 90 % d'entre elles ont été supprimées.

Au contraire, les *lǚ* sont peu nombreuses conformément à l'adage chinois : « plus il y a de lois plus il y a de crimes ». L'objectif des *lǚ* est d'établir une proportionnalité entre un crime et son châtement. Le terme *lǚ* lui-même est tiré de la gamme musicale et signifie d'ailleurs proportion. Le code est précédé de l'énoncé des principes fondamentaux. Les *ling*, elles, ne sont pas codifiées mais compilées et ce sont elles qui se sont exportées dans les pays voisins.

La question centrale du droit chinois est de faire le lien entre le petit nombre de lois contenues par les *lǚ* et la diversité infinie des actions humaines. La solution choisie est de compléter les *lǚ* par les *ling*.

Ces ingrédients de base ont été intégrés dans les pays voisins, mais selon des modalités différentes d'un pays à l'autre. Par exemple, au Japon, il a fallu combiner, avant la période de recentralisation, les principes de droit chinois, reflet d'un empire centralisé, et la réalité japonaise caractérisée par le droit féodal.

Une des difficultés de l'analyste est que l'on dispose de textes de codes précis pour décrire les règles de droit chinois mais de peu de documents sur la pratique effective des juges. Néanmoins, cette pratique est fondée sur un concept essentiel : « *le sens du code* », en d'autres termes, ce qui fonde la légitimité profonde de la loi. On réduit parfois cela aux rites. Ce sont les cérémonies que l'on retient souvent, mais dans l'esprit du code *les cérémonies ne sont là que pour rappeler les conduites sociales convenables et celles-ci, conformément au confucianisme, sont décalquées de l'harmonie familiale*. On a donc une forme d'arrière-plan religieux qui donne son sens aux lois. C'est cet ensemble qui a été exporté au Japon. On ignore, faute de textes, s'il y a eu des influences réciproques mais c'est peu probable.

B. Frédéric Constant : les interactions entre droit chinois et droit mongol

La dynastie mongole en Chine y avait introduit d'autres principes de droit. Prenons l'exemple de l'homicide. Dans les codes chinois, le principe général est : « une vie en compensation d'une vie ». Tuer conduit à une condamnation à mort. Déjà dans le droit chinois étaient introduites deux nuances : la gravité du crime selon la hiérarchie sociale et l'intention.

Lorsque la dynastie Ming s'est installée, au 14^e siècle, il a fallu décider ce qu'il fallait faire des éléments de droit mongol introduits par la dynastie précédente des Yuan. Or, les Mongols, comme les Germains, prévoyaient dans certains cas des compensations en argent pour les meurtres et les crimes pour vengeance étaient frappés de peines plus clémentes. Certains des mécanismes du droit mongol furent introduits dans le droit chinois. Sous les Ming, ces mécanismes, réinterprétés à l'appui des textes confucéens et de la science du droit chinois, perdirent une bonne partie de leur substance.

La circulation du droit chinois

En Corée, où l'organisation politique était centralisée comme en Chine, les codes chinois et les principes confucéens ont été adoptés en bloc. Les juristes coréens connaissaient à la fois les textes et les principaux jugements prononcés en Chine. C'est ainsi qu'ils ont suivi l'évolution du droit chinois en matière d'homicide.

L'intégration de la Mongolie dans l'empire chinois au 17^e siècle constitue encore un cas différent. Les Qing encourageaient *une certaine autonomie des systèmes juridiques des provinces périphériques*, même si le pouvoir d'interprétation restait aux mains des juristes chinois, y compris pour l'interprétation de la législation d'origine mongole.

Que reste-t-il du droit chinois après la pénétration du droit occidental ?

Malgré la pénétration du droit occidental au 19^e siècle, l'interprétation de ce droit à la lumière des principes de la culture juridique chinoise peut continuer à influencer les juges.

C. Pierre-Etienne Will : la pénétration du droit chinois au Japon et son usage

Dans l'aire d'influence chinoise, le processus de pénétration de la culture chinoise a été différent d'un pays à l'autre. L'exemple du Japon est particulièrement intéressant parce que selon les époques les effets en ont été différents.

Dans le Japon classique, avant le 10^e siècle, le système chinois a été introduit pourrait-on dire « clé en main ». Le texte fondateur du droit (sinisé) dans le Japon classique, à savoir les « lois et ordonnances de l'ère Taihō » (*Taihō ritsuryō*), date de 701. C'est un élément parmi beaucoup d'autres du « paquet culturel » chinois qui a été introduit au Japon à cette époque : ainsi la langue, le bouddhisme, et même le plan de la capitale. Néanmoins, c'est principalement la culture des élites qui est affectée.

Dès le 10^e siècle, l'influence chinoise décline. La dynastie Tang est en crise, mettant fin aux missions diplomatiques entre Chine et Japon. Au Japon, c'est la montée du féodalisme, imposant dès le 12^e siècle le système du Shogunat qui ouvre la longue période de prépondérance des guerriers. Dès la fin du 9^e siècle, le droit chinois s'est effacé devant des codes indigènes, essentiellement oraux.

Et pourtant, la mémoire de la codification chinoise du droit est restée ; elle a servi de point d'appui à la réintégration du code des Ming lors de la renaissance intervenue sous le dernier régime shogunal, celui des Tokugawa, qui a duré de 1603 à 1867. Il convient de rappeler que les shogun (ou « généraux ») gouvernaient le Japon (ou ce qu'ils arrivaient à en contrôler) au nom de l'empereur, qui n'exerçait plus le moindre pouvoir mais continuait de résider avec sa cour à Kyoto (la capitale), alors que les shogun les plus puissants ont installé leur gouvernement dans diverses villes – les Tokugawa, à Tokyo (ou Edo). En 1867 l'empereur a repris la main à la faveur d'une rébellion contre les Tokugawa et s'est installé à son tour à Tokyo en adoptant le nom de règne *Meiji* (« gouvernement éclairé »). La vaste zone directement administrée par les Tokugawa exerçait sa suzeraineté sur tous les autres domaines, qui eux sont effectivement des « fiefs » (usuellement appelés « domaines », *han*). Il y en avait 265 en tout, dont les seigneurs (les *daimyō*) jouissaient d'une grande autonomie dans leur gouvernement.

Certains grands domaines ont d'ailleurs créé leurs propres codes pénaux, plus ou moins influencés par les codes chinois : il faut souligner à ce sujet le rôle du Shogun Yoshimune (1716-1785) : celui-ci a occupé les fonctions de shogun (à Tokyo) de 1716 à 1745 ; avant cela il résidait dans son fief de Wakayama, où il patronnait déjà les études sur le droit chinois.

Cette époque, on le sait, fut celle aussi de la fermeture du Japon à l'influence étrangère. Les échanges étaient limités au seul port de Nagasaki. Néanmoins, l'importance du code chinois échappait à l'interdiction de l'importation de livres étrangers ; les ouvrages acquis de la sorte comprenaient non seulement des textes de droit proprement dit mais plus largement des textes d'organisation administrative. Les commentaires du code des Ming (la dernière grande mise en forme du droit chinois avant l'époque moderne) constituaient à la fois pour les administrateurs et juristes japonais une référence et un modèle de codification. Mais il semble que ces références étaient plus formelles que substantielles : le contenu lui-même des jugements restait inspiré des traditions nationales japonaises. Après l'installation du régime Tokugawa, le recours au droit chinois semble venu de nécessités très concrètes : la croissance démographique ; la centralisation qui nécessitait de créer un nouveau cadre juridique.

En 1742 parut ainsi un code japonais. Il fut la référence jusqu'en 1866, avant que le gouvernement Meiji commence à importer le droit occidental. Ce code japonais, malgré de nombreuses références au droit chinois, est surtout inspiré des jurisprudences japonaises. On n'y trouve d'ailleurs pas la hiérarchie entre *lü* et *li*. Il constituait un guide encadrant le comportement des fonctionnaires judiciaires japonais. Il n'était pas destiné à être connu du public et était appliqué de façon brouillonne, sans rapport avec la centralisation des procédures juridiques caractéristique du système chinois. N'a été gardée que la partie « châtiments ». Or, ce n'est qu'un sixième du code des Ming. On peut donc parler à ce sujet d'emprunt à la fois sélectif et décentralisé. Le Japon de la période Tokugawa a en effet peu à voir avec l'organisation centralisée et méritocratique de l'empire Ming. Au Japon, chaque fonctionnaire japonais appliquait la justice à sa façon, dans la tradition féodale.

En 1868, sous l'empereur Meiji, l'on assiste à une brève tentative de restauration de la structure *lü/li* du droit chinois, mais dès 1884 c'est le droit occidental qui est définitivement adopté.

La situation japonaise contraste donc avec celle de la Corée, qui a adopté à la fois le droit et le modèle administratif chinois, permettant la centralisation et imposant aux fonctionnaires de respecter « la loi du souverain ».

D. Discussion

Alain Wijffels : A travers les trois interventions on a vu des modèles de diffusion différents. Un modèle de diffusion forte et univoque dans le cas coréen. L'exemple mongole est le seul qui témoigne d'une diffusion qui n'est pas à sens unique mais « réciproque ». Puis le cas du Japon où la diffusion a été encore univoque mais est différente du cas coréen car il y eut tout de même une adaptation / transformation du système chinois par la culture japonaise.

Mireille Delmas-Marty : la question est de savoir quelles sont les facteurs qui ont conduit à cette diffusion (dans un temps qui n'est pas linéaire). Facteurs de nature sociale.

Jérôme Bourgon : l'introduction du droit chinois ne se fait pas de manière unilatérale : elle se fait *dans la cadre d'une volonté de à l'occasion de volontés de réforme qui conduisent à chercher des techniques juridiques appropriées*. La diffusion a été aussi favorisée par l'existence d'échanges culturels (essentiellement diplomatiques et commerciales).

Pierre-Etienne Will : au moment de la réforme, les juristes japonais étaient d'ailleurs désemparés par les codes chinois : ils avaient impérativement besoin des commentaires écrits voire même de discussions de vive voix.

Alain Wijffels : quels sont les acteurs qui ont favorisé la diffusion du droit chinois en Corée ?

Frédéric Constant : les fonctionnaires administratifs ont joué un rôle déterminant. En Corée, comme en Chine, la fonction publique était peu différenciée (les fonctionnaires qui rendaient la justice administraient aussi un territoire) : *les textes proprement juridiques ne sont qu'une partie des textes qui règlent l'organisation administrative et le comportement des fonctionnaires.*

Pierre-Etienne Will : s'agissant du Japon, les marchands ont joué un rôle très important.

Jérôme Bourgon : l'histoire du droit est très limitée au Japon et en Corée. Elle est mal connue des juristes eux-mêmes ; on la fait souvent débiter au moment de l'introduction du droit occidental. On observe néanmoins, à l'heure actuelle, un certain désir de « ressusciter » un droit commun chinois pour l'établissement de contrats trans-asiatiques. Mais prenons garde, le renouveau d'intérêt actuel pour le droit chinois en Chine ne vient pas de l'idée d'en faire le socle d'un droit universel, mais au contraire dans une perspective étroitement nationaliste.

*

II. Le jus commune dans la tradition romano-canonique

A. Olivier Descamps

Je suis reparti des questions formulées pour notre séminaire : qu'est-ce que le jus commune ? qu'est-ce que le pluralisme juridique ? y a-t-il une bipolarité entre loi et esprit de la loi ?

Tout d'abord le jus commune, dans le moyen-âge européen, est une notion plurielle : ce n'est pas un droit « surplombant » ou un ensemble de règles uniques, mais *des approches diverses qui puisent dans un socle commun, le droit romain*, codifié par Justinien au 6^e siècle. Ce code compile lui-même différentes sources et s'est exporté notamment à travers l'effort de Justinien de reconquérir l'Italie.

Mais de nombreux abrégés en circulent, par exemple dans le monde lombard. L'expression jus commune y est présente dès le départ dans les livres qui présentent le droit et dans les manuels d'enseignement. On peut lire dans l'introduction du code de Justinien « *tout peuple suit un droit qui lui est propre -c'est le droit civique, rattaché à la cité- et un droit régi par la raison, commun à tous, le droit des gens* ». Ce principe commun est si fort que ses exceptions se voient attribuer un nom, celui de « jus singulare » dont on dit explicitement qu'il est introduit contre la raison pour des motifs d'utilité.

En outre, le droit « barbare » instaure *la différence de cadre juridique selon les peuples*. Au sein d'un même territoire on demande « sous quelle loi vis-tu ? ». Les royaumes barbares ont en particulier utilisé le code de Théodose (439). Ces droits dits barbares sont influencés par le droit romain. C'est ainsi qu'il existe une « loi romaine des Wisigoths ». C'est elle que Clovis va étendre à tout le royaume franc.

C'est ainsi que les principes du droit romain vont circuler dans toute l'Europe de l'Ouest, *se combinant progressivement avec le droit canonique*. L'église, seule institution de l'empire romain à être restée debout, en est le véhicule au point que l'on dit « l'église vit sous le droit romain ».

Au 12^e siècle, il y a une redécouverte du droit romain et des universités se créent. Ce sont elles qui vont diffuser une culture juridique commune réelle. En 1140, le droit canonique fait l'objet d'une mise à plat dans une collection célèbre : le Décret de Gratien. Des écoles se créent avec des glossateurs et des commentateurs. Le nouveau droit enseigné, celui que l'on peut justement qualifier de jus commune,

associe droit romain et droit canonique. Le droit romain redécouvert est *réinterprété par des docteurs qui circulent* dans tout l'Occident à travers le réseau d'universités. La rencontre du droit romain et du droit canonique donne naissance à un droit romano-canonique qualifié de jus commune. Il s'oppose aux droits particuliers, droits spéciaux qui vont devenir un jus singulare. Certains juristes de l'époque caractérisent le jus commune en disant : « c'est le droit qui n'est pas établi en faveur ou en haine à l'égard de quelqu'un ». Une autre opposition se fait, dans le même esprit entre jus commune et « privilège » celui-ci se définissant comme une concession contre le sens commun. Enfin, l'opposition entre jus commune et « jus proprius » va être précisée davantage au 13^e siècle. *Les droits particuliers sont les règles propres à chaque cité.*

Puis une école française, très influente, va opposer jus commune et coutume.

On peut se demander quelle a été l'application réelle du jus commune. Un juriste de l'époque dit : en Ecosse ou en Hongrie ce n'est qu'un droit supplétif. Les droits propres se développent vite, ce sont ceux des corporations ou ceux des villes. Une dualité se forme. Des commentateurs se saisissent d'un thème et écrivent des sommes à son sujet. Au 14^e siècle, certains auteurs écrivent : « le droit commun est le tronc commun du droit romain et du droit coutumier ». Dans le Sud de la France, où l'influence romaine avait été la plus profonde, on en vient ainsi à parler de « droit coutumier conforme du droit romain ». Puis, avec la montée de l'autorité royale en France, le droit commun va être « le droit coutumier de la France » en pratique celui de Paris.

Le jus commune est enseigné dans les universités, diffusé par les praticiens. Ses difficultés d'application sont débattues. Dans le droit des contrats, les notaires font signer des clauses qui imposent de renoncer au jus commune. Au 17^e siècle, quand les royaumes centralisés se consolident en Europe, ce sont les droits nationaux qui s'imposent.

B. Discussion

Alain Wijffels : l'exposé est très représentatif de l'historiographie française du jus commune. Il y a un paradoxe : l'on parle souvent de jus commune européen mais nous n'avons toujours pas d'une historiographie européenne du jus commune européen. Si l'on regarde le jus commune dans des manuels européen on a toujours des histoires nationales. Le jus commune, qui était souvent désigné par le terme de « droit savant », disparaît mais quand on passe du moyen âge aux temps moderne : son impact sur les codifications modernes est en effet largement sous-estimé.

Olivier Descamps : dans l'historiographie moderne le jus commune renvoie moins au droit canonique qu'au droit roman.

Vivian Curran : d'où vient l'expression : « l'église vit sous le droit romain » ?

Olivier Descamps : l'église, pour traiter d'une infraction, distinguait le volet religieux du volet séculier. C'est ce second volet qui a été traité par le droit romain.

Alain Wijffels : à cette époque l'église tenait à la reconstitution de l'empire (donc du droit romain) car pour elle c'était la garantie de l'unité du christianisme. Au 16^e siècle, le droit coutumier était décrit par opposition au droit savant qui était le droit romain. On disait alors que « le droit coutumier est un ensemble de règles sans science des droits ».

Luca d'Ambrosio : ambivalence jus commune comme instrument d'inclusion et comme instrument d'exclusion (par différenciation).

Olivier Descamps : plus que d'« exclusion » il faudrait parler de « contradiction » et d'« opposition ».

*

III. La tradition islamique et la Charia

A. Suleiman Mourad

Qu'est-ce que la charia d'abord ? On est frappé avant tout par son ambiguïté et sa complexité. Tout d'abord parce que le terme charia, en arabe, ne désigne pas « la loi » mais « le chemin ». En outre, même en terme de code juridique, différents groupes adoptent différentes charias conformément au verset du Coran « Dieu reconnaît la diversité des voies ».

Quand on parle aujourd'hui de charia islamique, on renvoie à la religion, à des règles qui ne s'appliqueraient qu'aux croyants. Mais ce n'est pas le point de vue des juristes. Les Musulmans vivaient sur des territoires où cohabitaient différentes croyances. Les règles d'organisation du commerce, par exemple, s'appliquent à tous, croyants ou non croyants et c'est une part de la charia.

Avec le mouvement de modernisation, au 19^e siècle, les constitutions des pays arabes n'ont pas été rédigées à partir de la charia mais à partir du modèle de la constitution française ou autres constitutions européennes. La charia de ce fait ne s'applique plus qu'à la religion et à ce qui lui est directement lié, comme le droit de la famille et de l'héritage.

Venons-en maintenant à ses origines. On y trouve deux volets : un volet théorique, les principes, qui renvoie aux sources et un volet pratique qui renvoie à la jurisprudence. Quelles sont ces sources ? Selon Ghazali (un juriste musulman mort en 1111) quatre sources sont reconnues : le Coran ; la sunna ; le consensus entre savants ; la raison. Seules les deux premières sont liées au Prophète. Et le consensus entre savants constitue lui-même une part de la loi. Mais le point de vue de Ghazali n'est pas consensuel. Dès le 9^e siècle, avant que ne soient énoncés les principes de la loi, s'exprimaient déjà des opinions très divergentes d'un docteur à l'autre. Des écoles se sont formées, dont l'influence est considérable aujourd'hui encore. Hanafis, Maliki, Hanbali (l'origine doctrinale des salafistes), etc.

Le recours à la syntaxe ne suffit pas non plus à trancher car les règles de la langue arabe ne sont pas unifiées. Les juristes se réfèrent aussi au « local ». Une autre entrée importante est celle des « *objectifs de la loi* » : « ce que Dieu entend pour les hommes ». Beaucoup de juristes au moyen-âge ont débattu de la prééminence de la sunna sur le Coran lui-même.

Les principes musulmans du droit font-ils obstacle à l'adoption par les pays à majorité musulmane de règles de droit international ? En réalité, cela dépend beaucoup de la manière dont ces règles sont apportées : rejetées si elles sont *imposées* de l'extérieur, bien accueillies dans le cas contraire. En effet, en raison des évolutions politiques récentes au Moyen-Orient on s'imagine que les Musulmans eux-mêmes prêtent attention à la charia. Ce qui n'est pas vraiment le cas. Les réformateurs de la fin du 19^e siècle n'hésitaient pas à affirmer que le Coran ne proposait pas une « loi politique et sociale » et n'avait en matière juridique de portée que pour les matières étroitement liées à la religion, comme le droit de la famille ou l'héritage. D'ailleurs, tous les pays musulmans actuels combinent charia islamique et voie constitutionnelle.

La philosophie musulmane prenait en compte, dans l'énoncé des règles, deux critères : *les intentions et les nécessités*. L'exemple de l'heure de la prière est à cet égard typique. Le Coran fixe l'heure des (trois) prières de la journée mais un juriste (Ibn Abbas, mort en 687) soulignait que le Prophète n'a pas toujours suivi cette règle. Si l'on prend l'exemple d'un serveur dans un restaurant, des juristes musulmans traditionnels estimaient que le premier devoir du bon musulman étant de pourvoir aux besoins de sa famille, le serveur pouvait différer l'heure de la prière jusqu'à la fin de son service. Mais

aujourd'hui beaucoup des juristes modernes adoptent une position très rigide. Même chose en ce qui concerne la durée de la grossesse. Certains juristes allaient jusqu'à dire qu'affirmer une durée de grossesse, c'est substituer la prééminence de la science sur Dieu. Pendant les moyens âges, les juristes (Malikites) avaient adoptées la théorie de « l'embryon dormant » pour expliquer une durée de grossesse de quatre ou cinq ans.

Ces exemples montrent que *les juristes musulmans disposent d'une énorme plasticité pour choisir les réponses*. Un juriste égyptien d'aujourd'hui n'est pas tenu de connaître la charia mais doit connaître la coutume pour pouvoir interpréter la loi civile.

Quelle est l'autorité d'un juriste musulman ? Dans la tradition musulmane il n'y a jamais d'autorité unique. Les khalifes successifs ont tenté sans succès de l'imposer. En outre, les premiers docteurs de l'Islam n'écrivirent pas et la transmission dans l'enseignement fut orale. Pendant plusieurs siècles on peut parler à ce sujet *d'institutionnalisation de pratiques légales antérieures*. C'est à partir du 9^e siècle seulement que chaque Musulman fut invité à se rattacher à une des six écoles de droit.

Les juristes musulmans ne veulent pas se dire « pragmatiques » ce terme étant dans leur esprit associé à l'idée de tricherie. Ils préfèrent parler pour désigner ce qui, de fait, est du pragmatisme, des « intentions de la loi ». C'est donc tout récemment que, face à la pression impérialiste, le droit est devenu non flexible et non pragmatique.

*

IV. La Common law : un droit commun... qui n'est pas si commun que cela

A. Vivian Curran

La Common law est tout sauf une loi commune, elle s'exporte très mal. D'ailleurs, quand un pays veut importer un droit de l'extérieur, il préfère le faire à travers l'usage d'un code qui lui est transmis plutôt que d'avoir à recourir à la diversité infinie des cas de la Common law.

Pour en comprendre l'essence, il faut en comprendre l'origine. Au 12^e siècle, étaient installés en Angleterre de nombreux peuples et il n'est pas possible d'associer la naissance de la common law à un peuple particulier. On peut parler à propos de son émergence d'un « hasard chronologique » plutôt que d'une perspective concertée ou d'un droit qui serait le produit de l'esprit du peuple anglais.

En résumé, la particularité de la Common law relève du fait que *les précédents, c'est-à-dire les cas similaires déjà jugés, constituent la source principale du droit*. La Common law se présente donc avant tout comme un ensemble de pratiques.

Il faut se souvenir que les glossateurs n'ont pas réussi à imposer le droit romain en Angleterre face à une pratique juridique propre qui était déjà bien développée et a opposé de la résistance. Il est intéressant de noter que l'enseignement du droit romain aux Etats-Unis n'a été introduit qu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale avec l'afflux de réfugiés européens.

En 1066, quand, par sa victoire sur Harold à la bataille d'Hastings, Guillaume le Conquérant devient le maître de l'Angleterre, la Grande Bretagne était le pays le plus organisé d'Europe. Ses comtés (shires) étaient bien plus vastes et structurés que les fiefs féodaux du continent. Guillaume le Conquérant a déjà trouvé sur place, par exemple, un impôt national direct. Lui-même n'est venu qu'avec quelques milliers d'hommes et n'aurait pas été en mesure d'imposer un autre système.

On a parfois fait le parallèle entre la common law et le droit romain classique, celui d'avant les codes parce qu'il n'était pas écrit et se construisait à partir de précédents. Cependant, le droit romain dès son

ère classique est fondé sur un raisonnement déductif, l'application d'un principe général à des situations particulières. La common law suit la démarche inverse, le raisonnement étant inductif, car c'est à partir de la comparaison des jugements que l'on peut déduire ses principes.

Au cours des années, le droit national s'est fortifié en Angleterre, au fur et à mesure que le roi a étendu l'autorité de ses tribunaux à tout le pays. Pendant longtemps, les plaignants ont eu le choix de recourir à la justice féodale ou à la justice royale. Les deux étaient en concurrence, y compris pour capter les ressources que cela apportait.

En effet, recourir à la justice avait un coût par le biais du « writ ». Ce terme, qui désigne simplement étymologiquement un écrit, a fini, pour les plaignants, par désigner une requête, en particulier auprès de la justice du roi. Au fil des années s'est établi un catalogue de *writs*, correspondant à différents types de situations, chacun avec son tarif. Cette tradition demeure aux Etats-Unis. Ainsi, pour plaider un cas auprès de la Cour suprême, il faut rédiger un writ, ce qui permet de filtrer les recours.

Revenons à l'Angleterre. Il s'est mis en place un *processus d'apprentissage*, les cours du roi se fondant sur les arrêts déjà pris, qui constituaient autant de précédents. Le roi, avec sa cour, circulait dans le pays pour résoudre des conflits. C'étaient les « circuits ». Même si la cour n'est plus itinérante en Angleterre, les « circuits » de la cour d'appel des USA correspondent à de véritables voyages. Par exemple celui qui plaide au « 3^e circuit » peut se trouver à Philadelphie, à Pittsburgh ou dans d'autres locaux où voyagent les juges de cette cour d'appel.

Une des caractéristiques majeures de la common law est de distinguer la loi (*law*) d'un côté et *l'equity*, terme difficilement traduisible que l'on peut rendre par « l'idée de justice » qui définit *l'esprit de la loi*. Tandis qu'un juge civiliste s'en tiendrait théoriquement à la lettre de la loi, le juge anglais peut prendre sa distance à son égard au nom de *l'equity*. Les juges tiennent compte de la source en *equity* ou en *law* d'une demande, car les dommages et le raisonnement juridique varieront selon la source de la demande.

Mais il ne faudrait pas voir dans les différences entre systèmes juridiques un obstacle majeur : quand on regarde aujourd'hui les questions transnationales et la manière de les traiter, on voit que les traditions respectives n'empêchent pas de se mettre d'accord, même si les modes de pensée restent marqués par les traditions historiques. Les juges nationaux s'inspirent les uns des autres. Par exemple, dans la loi sur le devoir de vigilance qui vient d'être adoptée en France, les législateurs français ont évoqué une loi américaine, la *Alien Tort Statute*, qui donne la possibilité de juger une institution étrangère pour des crimes eux-mêmes commis à l'étranger dès lors que ceux-ci sont des violations du « droit des gens », or du droit international coutumier. Autre exemple d'influence mutuelle : une société française avait accepté de construire à l'étranger un train que les demandeurs accusaient de violer des droits fondamentaux et la cour française, dans son arrêt, a cité, pour se déclarer incompétente, l'arrêt américain dans l'affaire Kiobel. A l'inverse, les juges anglais s'appuient sur la tradition civiliste du continent dès lors que les différents droits sont confrontés aux mêmes problèmes.

Y a-t-il quelques valeurs universelles sur lesquelles s'appuie le droit anglais et lesquelles ? En fait, aux USA, les valeurs s'expriment *à la fois* dans le contenu du droit - issu de la constitution, et dans la procédure elle-même qui met l'accent sur l'égalité de traitement.

Dans l'Angleterre du moyen-âge, le juge du roi tirait sa compétence de ce que l'on appelait « la violation de la paix du roi » et cette violation, au fil du temps, a recouvert beaucoup d'autres choses que des actes de guerre, comme par exemple tout ce qui menaçait la paix sociale. De la même manière, aux Etats-Unis, ce que l'on appelle « the breach of peace » ne se limite pas à l'agression au sens strict. *Les valeurs fondamentales, que tout le monde comprenait, se résument par l'idée de « fair play »* : les choses qui ne se font pas quand on est un gentleman. Cette idée n'est peut-être pas si éloignée du

confucianisme et de l'idée d'harmonie sociale qui est à son cœur, et dont un de nos collègues nous a parlé.

L'émergence et l'importance des jurys populaires

Au 13^e siècle, le roi d'Angleterre a formellement défendu les procès par supplice car l'église s'y opposait. Par exemple, on brûlait la main pour voir quelle était la volonté de Dieu : s'il y avait infection la personne était déclarée coupable, s'il n'y avait pas infection elle était déclarée innocente. On utilisait un procédé voisin avec la noyade. Mais il a fallu alors remplacer « cette preuve », ou épreuve, par une autre. Ce fut le jury populaire. Au départ, la parole de ce jury était à son tour supposée exprimer la volonté de Dieu. Le roi ne donnait aucune directive, tout était laissé à l'appréciation du juge. C'était très typique de la Common law ; le juge devait se fier à son intime conviction pour apprécier culpabilité ou innocence et il a utilisé le jury pour créer des précédents, se consolidant d'affaire en affaire. Les premiers jurys étaient pris dans la communauté elle-même des plaideurs, qui pouvaient de la sorte témoigner de leurs propres connaissances de la situation et transmettre leurs propres opinions. Puis il y eut séparation des rôles entre témoins et jury populaire.

L'Angleterre ne recourt plus à un jury pour les affaires civiles, mais la constitution de la justice reste marquée par cette tradition avec la « présentation des preuves au juge ». Le jury coûtait beaucoup d'argent et de temps ; on s'en est donc dispensé mais dans son esprit, le droit a hérité de l'époque du jury. En première instance on tranche sur les faits tandis qu'en seconde instance la cour d'appel tranche sur le droit.

Aux Etats-Unis, dans les affaires civiles, le plaignant a toujours le droit, jugé fondamental, à un jury, quoiqu'il puisse s'en passer s'il le désire, mais dans tous les cas le jury reste implicite dans la procédure et dans la manière de présenter les preuves. Beaucoup de gens pensent que « c'est grâce à la tradition du jury qu'existe le miracle de la common law ». Une autre réminiscence des racines historiques de la *common law*, aux Etats-Unis, est celle de la concurrence entre les cours de justice qui fait écho à celle qui existaient entre cours en Angleterre avant leur consolidation au XIX^e siècle: dans certains Etats aujourd'hui, les procureurs et les juges sont nommés par élection et les candidats s'achètent des publicités à la télévision, certains se prévalant par exemple du taux de condamnations qu'ils ont obtenu.

Toutes ces spécificités expliquent qu'à l'exception des pays colonisés par l'Angleterre, surtout les Etats-Unis, la common law ne s'est guère exportée. Aux Etats-Unis, du fait du système fédéral, on parle d'ailleurs de *federal common law*, par opposition au droit propre à chaque état fédéré.

B. Discussion

Nitish Monebhurrin : certes la Common law ne s'exporte pas... mais elle s'importe (processus d'américanisation du droit brésilien). Au Brésil, le simple fait pour les juristes d'utiliser le terme de « précédent » fait croire que le droit brésilien est en train de devenir anglo-saxon ! La constitution brésilienne a beau avoir édicté un droit sur tout, de plus en plus de juges inventent des réponses sans s'intéresser à savoir si le droit brésilien apportait déjà des réponses à la question, expliquant que « ça c'est la Common law ».

Coexistence entre Common Law et tradition romaniste (Mixtes juridictions) : Ecosse, Afrique du Sud, Canada, Ile Maurice. Depuis la Seconde guerre mondiale – et c'est très controversé – une grande partie de l'Amérique latine qui étaient auparavant sous l'influence de l'Europe se sont réorienter vers les

Etats-Unis. L'élite s'est formée aux Etats-Unis. Il faut différencier aussi par matière : dans des domaines codifiés (droit de la famille, etc.) l'influence se garde tandis que dans le domaine (droit des affaires, droit social) qui n'ont pas fait l'objet de codification, cette tradition se perd à la faveur de la Common Law. Actuellement les systèmes latino-américains sont devenus un véritable laboratoire d'américanisation du droit.

*

V. La diffusion coloniale du droit

A. Florence Renucci : le cas de la colonisation française

On entend parfois dire que dans l'Empire français le colonisateur est venu imposer son droit. C'est une vision simpliste. La situation d'ailleurs était différente d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. On peut pour simplifier identifier trois types d'attitude :

- imposer le droit de la métropole ;
- tenter de transformer le droit autochtone « de l'intérieur » ;
- combiner droit autochtone et droit de la métropole.

En 1805, par exemple, le droit français s'est trouvé impliqué intégralement dans l'Ile de La Réunion.

Par contre, au Maghreb, on a commencé par traduire en français les droits locaux mais en plaquant sur eux, à l'occasion de cette traduction les schémas mentaux du droit français. *Ce sont, dans la pratique, les juges qui ont créé l'hybridation.* En Algérie, un juriste, Marcel Morand, a emprunté à un juif tunisien, Santillana, dont la référence reste très présente, une méthode de rédaction d'un code des obligations « à la fois musulman et progressiste ». Il parlait d'ailleurs de l'idée que le droit romain était la source commune aussi bien du droit musulman que du droit français.

Ce travail d'hybridation se retrouve, toutes choses égales par ailleurs, dans tous les empires coloniaux. Par exemple, le gouverneur avait le droit de ne pas promouvoir un décret de loi venu de la capitale s'il ne correspondait pas aux besoins locaux.

B. Kathia Martin-Chenut : le cas des colonisations espagnole et portugaise en Amérique latine

En Amérique latine, c'est surtout le droit espagnol qui a été exporté (le droit portugais a été exporté au Brésil, mais ce droit a lui-même subi l'influence du droit espagnol en raison d'une circulation de systèmes juridiques entre colonisateurs : l'Espagne ayant envahi le Portugal, les *Ordenações Filipinas* ont été en vigueur au Brésil pendant des décennies). Si un mouvement d'extension par domination des droits des métropoles a eu lieu, il y eut ensuite un gros travail d'adaptation par pragmatisme et par casuisme dans l'application du droit au cas concret par les fonctionnaires royaux, les gouverneurs locaux, etc. Dans ce processus d'adaptation, il a fallu aussi prendre en compte le « degré de développement » des pays que l'on venait de coloniser. Incas et Aztèques avaient des systèmes d'organisation complexes et des systèmes juridiques considérés comme développés, ce qui n'était pas le cas pour les peuples tribaux.

Si pendant des siècles un processus d'homogénéisation a été en vigueur, à partir de la fin du XX^{ème} siècle la reconnaissance et la valorisation de l'identité culturelle des peuples autochtones, de leurs coutumes et de leurs droits ont vu le jour.

Au Brésil, par exemple, pendant le premier siècle de colonisation, c'est le droit portugais qui s'est appliqué intégralement, sans aucun emprunt au droit des Indiens. Puis, fut introduite la protection des terres collectives. En 1910 s'est créé un service de protection des indigènes. Et c'est dans la constitution de 1934 que les Indiens sont mentionnés pour la première fois explicitement en tant que membres de la nation et titulaires de droits, mais toujours sous l'angle de la protection de leurs terres. Aujourd'hui, on assiste à une résurgence de la reconnaissance des droits coutumiers des peuples autochtones. La jurisprudence récente va jusqu'à reconnaître une autonomie juridico-pénale à une communauté autochtone. D'autres pays d'Amérique latine consacrent également dans leurs constitutions la diversité ethnique et culturelle de leurs Etats et des notions comme le *buen vivir* (Bolivie ou l'Equateur), provenant des peuples autochtones. Dans le cadre de cette recherche, une attention particulière sera portée aux articulations entre ces processus et l'évolution du droit international (notamment par le biais du système interaméricain de protection des droits de l'homme en tant que vecteur de droit commun).

Florence Renucci : ce qui est frappant quand on analyse la démarche de Santillana et de Morand, c'est le constant souci *de parvenir à un consensus en dialogue avec les élites locales*. L'idée majeure de Santillana était en effet que *le droit devait être en harmonie avec les valeurs de la société*.

Kathia Martin-Chenut : il a fallu l'attendre la constitution de 1988 au Brésil pour que les peuples autochtones soient reconnus comme des sujets de droit et à ce titre en mesure de saisir la justice, mais ils le font encore « sous tutelle de l'Etat ». En revanche, dans les conflits interindividuels, les usages propres des Indiens sont reconnus, du moins dès lors qu'ils ne conduisent pas à un traitement jugé indigne. Ainsi, dans une affaire « entre Indiens » la justice brésilienne a reconnu en 2016 la sanction fixée par la tribu elle-même, sous réserve qu'elle ne soit pas infamante ou qu'elle ne conduise pas à la peine de mort. Le raisonnement a été que le conflit avait été déjà jugé au niveau de la tribu et qu'il ne fallait pas appliquer une « double sanction » (*non bis in idem*).

C'est intéressant parce que selon la justice autochtone, on ne prive pas un coupable de liberté... pour ne pas priver la communauté d'une force de travail ; on met simplement cette force de travail au service de la victime.

Florence Renucci : à propos de l'introduction des droits du colonisateur chez les peuples colonisés, on peut parler d'un double mouvement d'appropriation et de résistance. La colonisation, au début du 20^e siècle, a fait bouger le système juridique lui-même et a été l'occasion d'inventer un nouveau *jus commune*. Par exemple, en Tunisie, le code Santillana reste depuis 1906 le droit commun des obligations. De même l'Algérie indépendante a adopté le code Morand en allant même jusqu'à le libéraliser.

Kathia Martin-Chenut : la réintégration de la philosophie juridique des autochtones est très visible dans les constitutions les plus récentes d'Amérique latine, en Equateur et en Bolivie. Elles introduisent le concept indien de « *buen vivir* », le fait de vivre bien. De même, la propriété collective des terres ou la protection des ressources naturelles ont été introduites par le biais du « droit à un vie digne ». La jurisprudence régionale interaméricaine des droits de l'homme va même jusqu'à la protection du « projet de vie » des peuples autochtones interrompu, par exemple, par des violations des droits de l'homme causées dans le cadre de grands projets de développement, ou encore à la réparation de dommages spirituels quand les peuples autochtones ont été mis dans l'impossibilité de pratiquer leurs rites.

C. Discussion

Alain Wijfells : ambivalence de l'hybridation et la créolisation qui peuvent tantôt favoriser l'émergence d'un droit commun tantôt des formes de particularisation

Mireille Delmas-Marty : cela dépend dans quel sens précis l'on entend ces processus. Il y a une gradation d'intégration dans le cadre du jus commune (harmonisation-hybridation-créolisation).

Alain Wijfells : ces processus supposeraient une réciprocité qui est absente dans presque tous les exemples que nous avons étudiés aujourd'hui (question de la domination).

Florence Renucci : en matière de droit du travail on a assisté à une circulation du droit des pays colonisés au droit du pays colonisateur.

Suleiman Mourad : pendant la période ottomane, l'empire était très vaste et comptait aussi bien des musulmans que des non musulmans. Il était ainsi gouverné par une loi impériale, imposée par les gouverneurs, en parallèle de la charia qui s'appliquait aux musulmans.

Jérôme Bourgon : la notion de droit coutumier doit être maniée avec prudence. Un exemple amusant : en Chine le terme de « coutume » a été introduit en même temps que le droit occidental. Mais le « recueil de coutumes » dont il a été question était en fait... le code des Qing ! Ce que de nouveaux arrivés appellent « coutume » ça n'est rien d'autre que « le système de droit précédent ».

Florence Renucci : au Maghreb, avant la colonisation cohabitaient déjà un droit musulman et un droit oral, c'est le second qui a été appelé coutume. Mais, s'agissant du droit oral, recueilli par des militaires et des marchands, la question se posait de la preuve : est-on certain « qu'on fait comme ça » conformément au droit oral ? Un juriste italien a été le premier, à propos du droit colonial, à souligner que le droit « se fait par le bas » : les juristes qui arrivaient avec leur théorie ont constaté que c'était inefficace *parce que cela ne faisait pas écho aux valeurs et aux habitudes effectives de la société.*

Nitish Monebhurrin : dans beaucoup de pays d'Amérique latine, les élites sont fascinées par la culture occidentale, donc par son droit, mais ils ne rencontrent pas d'écho réel chez les gens. Or, un droit qui ne rencontre pas d'écho réel est inefficace ou inapplicable.

He Linxin : peut-être l'alternative au droit commun par l'imposition est-elle un droit commun par la raison !

Mireille Delmas-Marty : on retrouve l'opposition entre l'esprit et la règle. La règle sans l'esprit ne suffit pas. On le voit dans le cas de l'Europe actuelle : on a multiplié les règles mais c'est impuissant à faire émerger le sens d'une communauté.

Antoine Jeammaud : dans notre pratique de juristes du droit social, en réalité nous faisons peu de droit. En cas de divergence, *les parties à un conflit ont besoin d'un tiers intervenant. L'essentiel est alors d'arbitrer sur la base de références communes.*

DEUXIEME PARTIE :FRAGMENTS DE DROIT COMMUN CONTEMPORAIN

I. La Justice pénale internationale

A. Isabelle Fouchard

Le développement institutionnel des juridictions pénales internationales a façonné le développement du droit international pénal qui, en définissant des crimes directement en droit international, est considéré exprimer des valeurs présentées comme universelles. D'où l'intérêt d'aborder la question des acteurs de la justice pénale internationale, de leur efficacité et de leur légitimité à faire progresser un « droit pénal commun », qui répondrait au modèle universaliste humaniste.

En 1945, la mise en place d'un tribunal doté d'une compétence pénale se présentait comme une véritable révolution : dans un droit international essentiellement interétatique, les Etats (du moins certains d'entre eux) admettaient une exception au monopole des juridictions nationales en matière pénale pour le jugement de crimes de portée universelle. Le Tribunal militaire international de Nuremberg et sa jurisprudence ont posé le socle commun/fondateur de la JPI, en ce qui concerne les crimes susceptibles de relever de la compétence des juridictions internationales pénales – agression, crimes de guerre, crimes contre l'humanité - et les contours de la responsabilité pénale internationale, le tout codifié par les Principes dits de Nuremberg adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1950. Près d'un demi-siècle plus tard, les Tribunaux pénaux internationaux (TPI) pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (1991-1992) ont poursuivi l'ouvrage. Ne disposant que du précédent de Nuremberg, dont il n'était pas question de réitérer les défauts, et de textes de références pour le moins succincts, ce sont les juges des TPI qui ont précisé et développé le droit international pénal par une jurisprudence riche et innovante – à noter que ces juges étaient majoritairement américains et britanniques, ce qui s'est fortement ressenti sur la pratique judiciaire de ces tribunaux inspirés par la Common Law – ; ces apports majeurs, portant sur le fond comme sur la procédure, ont nourri le Statut de Rome qui, en 1998, se présentera comme un traité de codification, du droit applicable aux crimes internationaux les plus graves, codification négociée par 160 États, en présence de 33 organisations intergouvernementales et d'une coalition de 236 ONG.

Mais la JPI ne se limite pas aux juridictions pénales *internationales*. D'abord, ce serait omettre le rôle premier reconnu aux juridictions nationales dans la poursuite et le jugement des crimes supranationaux que ce soit sur le fondement des titres traditionnels de compétence pénale ou sur celui, exceptionnel, de la compétence universelle qui permet à tout État de juger un étranger qui aurait commis un crime supranational à l'étranger contre des étrangers. Ensuite, ce serait négliger le phénomène de multiplications depuis les années 2000 de juridictions pénales dites internationalisées ou hybrides car mêlant des éléments internes et internationaux (8 à ce jour parmi lesquels le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Chambres extraordinaires pour le Cambodge ou encore le Tribunal spécial pour le Liban) et l'apparition récente de juridictions hybrides non plus internationalisées mais *régionalisées*, sous l'égide de l'Union africaine pour les Chambres extraordinaires africaines au Sénégal; et de l'UE pour le Kosovo. Enfin, le projet de Section de droit international pénal dans la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme, même s'il pas encore entré en vigueur, marque pour la première fois la volonté de créer une cour pénale régionale à vocation permanente, à l'instar de ce qui existe en matière de protection des droits de l'homme

La justice pénale nous confronte à un paradoxe de taille : c'est sans doute le domaine dans lequel les fragments d'un droit commun sont les plus évidents alors même que dans le champ pénal, domaine souverain par excellence, on pourrait s'attendre à des résistances fortes de la part des États. La multiplication des juridictions compétentes constitue-t-elle une forme de *résistance*, en réaction à l'émergence d'un droit commun en matière de JPI, ou *participe-t-elle du processus même* de création et de renforcement progressif de ce droit commun ?

Au-delà de l'identification des fragments d'un droit commun – noyau dur et définitions des crimes supranationaux, principes de la responsabilité pénale internationale, droits des personnes mises en cause, peines encourues – il s'agit surtout de montrer comment la fragmentation des juridictions compétentes agit à la fois comme risque de dilution de ce droit commun en construction et comme moteur de son développement. Ainsi l'exemple du projet de Section de droit international pénal au sein de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme qui d'un côté revient sur un acquis majeur de la JPI – l'exclusion des immunités des hauts représentants étatiques – mais d'un autre propose une innovation attendue comme la reconnaissance de la responsabilité pénale internationale des personnes morales. Par ailleurs, le résultat de cette superposition de juridictions compétentes pour juger les crimes supranationaux dépendra des mécanismes régulateurs mis en place, tel que la complémentarité (CPI) ou la primauté (TPI et tribunaux mixtes) entre juridictions internationales, régionales et nationales, ou encore le seuil de gravité des affaires pour répartir l'exercice des compétences entre ces différents niveaux de justice pénale.

Conclusion sur une touche positive tirée pourtant d'un autre exemple emblématique des difficultés rencontrées par la CPI – la non arrestation du président soudanais Omar El-Béchir accusé de génocide par la CPI depuis 2009, par des Etats pourtant parties au SR, comme le Tchad, la RDC ou encore l'Afrique du Sud. Cette touche d'espoir découle de l'action d'une juridiction nationale, la Cour suprême sud-africaine qui en mars 2016 rappelait le gouvernement à ses obligations en vertu du Statut de Rome et en avril 2017 déclarait non conforme au droit interne le retrait de l'Afrique du Sud du Statut de Rome.

L'intérêt ici est de voir que la réponse à la résistance des Etats à voir se développer la JPI, à voir émerger un droit commun en la matière, pourrait émaner des juridictions nationales elles-mêmes, susceptibles de jouer un rôle moteur.

Ce constat invite déjà à s'interroger sur la dernière phase de la recherche à savoir comment créer les conditions d'un droit commun universalisable, nul doute que les pistes évoquées par la doctrine de création d'un mécanisme de question préjudicielle ou d'un rôle de juridiction d'appel ou de cassation au profit de la CPI sont des pistes incontournables qu'il faudra approfondir à l'aune du système de « Justice pénale globale ou mondiale » qui se dessine au-delà d'une JPI.

B. Discussion

Mireille Delmas-Marty : une collègue philosophe (Anne Fagot Largeault) disait qu'il est « plus facile de se mettre d'accord sur le mal que sur le bien ». C'est la raison pour laquelle la CPI a constitué la première amorce de droit supranational. Mais c'est toujours au niveau de la mise en œuvre que les problèmes se posent. Il n'empêche qu'un droit commun est en train de se forger et d'évoluer : la définition de crime contre l'humanité, limité au génocide après la seconde guerre mondiale, *pourrait à l'avenir s'étendre par exemple au cas d'écocide* (destruction grave de l'environnement). En outre, on ne peut pas penser le droit international en dehors de son intégration par les juges nationaux. Ceci est bien illustré par le droit européen : il n'est effectif que parce qu'il est *assumé par les juges nationaux*. Plutôt que de voir la CPI comme une instance surplombant les juridictions nationales, on peut penser qu'elle évoluera vers *une cour « d'harmonisation des jurisprudences nationales »*.

Vivian Curran : avec la Common law, chaque juge d'une certaine manière contribue à créer la loi. Par exemple, dans le cadre de la loi sur l'impunité des gouvernements étrangers, un juge a décidé que la spoliation d'oeuvres d'art pendant la deuxième guerre mondiale constituait un crime contre l'humanité.

Mireille Delmas-Marty : la destruction de biens culturels, par exemple de mosquées, et maintenant les dommages écologiques sont pris en compte de façon croissante dans la qualification du crime contre l'humanité, ce qui n'était pas envisagé dans le Traité de Rome.

Jérôme Bourgon : il faut néanmoins souligner le rôle des médias dans l'appréciation des crimes. Les guerres d'Irak et de Syrie font 1000 fois plus de morts que le terrorisme international mais c'est le second qui vient d'être qualifié de crime contre l'humanité. Ce qui donne le sentiment que les concepts sont manipulés au profit des pays les plus puissants. Il faut souligner aussi qu'au tribunal de Tokyo, après la seconde guerre mondiale, le concept n'était pas celui de « crime contre l'humanité » mais de « *crime contre la paix* » visant directement les actes qui provoquaient les guerres. Or, ce concept semble depuis abandonné.

Isabelle Fouchard : l'association des 234 ONG à l'élaboration du traité de Rome a été quelque chose de nouveau. Elle joue d'ailleurs aujourd'hui un rôle essentiel dans la mise en œuvre du Traité : saisine de la cour ; réunion des preuves en lieu et place des Etats.

*

II. La mise en cause de la responsabilité des Etats dans les violations graves des droits de l'homme

A. Kathia Martin-Chenut

Les Etats sont en première ligne lorsqu'il s'agit de protéger les droits de l'homme. A la suite de la DUDH de 1948, nous avons assisté à une multiplication de traités internationaux de protection des droits de l'homme au sein du système onusien. A la suite des Pactes onusiens de 1966, divers traités spécifiques à un type de violation (discriminations raciales, torture, disparitions forcées, ...) ou à la vulnérabilité des personnes protégées (enfants, femmes, personnes handicapées) ont vu le jour. Pour le contrôle le respect de ces traités, différents organes ont été établis (notamment des organes quasi-juridictionnels). Leur multiplication, et surtout leur enchevêtrement, a progressivement poussé à ce qu'il s'organise une coordination entre ces instances. Un processus de rationalisation a été mis en place au sein des Nations Unies par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, qui favorise une harmonisation de jurisprudence

En parallèle, au niveau régional, des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ont été établis en Europe (1950), dans les Amériques (1969) et en Afrique (1981). Et ici, avec la mise en place d'organes de contrôle juridictionnels. Les Cours régionales des droits de l'homme jouent un rôle essentiel dans l'esquisse d'un droit commun. Des fragments de droit commun émergent de ces systèmes régionaux. Les jurisprudences les unes et les autres se nourrissent mutuellement, forçant ainsi par ricochet à une harmonisation des législations nationales. Par exemple, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour interaméricaine de droits de l'homme sur la lutte contre l'impunité pour des violations commises pendant les dictatures militaires, les disparitions forcées ont été érigées en infraction pénale à part entière et, assimilées à des crimes contre l'humanité, elles sont devenues imprescriptibles et non susceptibles d'amnistie. Cette jurisprudence a par la suite inspiré la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. Si les Etats sont toujours en première ligne dans la protection des droits de l'homme, la globalisation économique et la montée en puissance des acteurs

économiques, principalement des entreprises transnationales, impose une redistribution des responsabilités, notamment en matière sociale et environnementale. En effet, l'asymétrie entre certains Etats et des entreprises transnationales est flagrante et les limites du droit international importantes (une entreprise peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour mettre en cause un Etat, mais elle ne peut être elle-même condamnée ; la Cour pénale internationale n'est pas compétente à l'égard des personnes morales ; dans le cadre du droit international des investissements, les intérêts des investisseurs sont privilégiés parfois au détriment des droits de l'homme, les enjeux sociaux et environnementaux étant peu pris en compte). Pourtant, malgré ses divers limites, le droit international n'est pas impuissant. Nous assistons à l'émergence de *standards internationaux* qui contribuent à l'esquisse d'un droit commun.

Au sein des Nations Unies, dès les années 1970, la responsabilité internationale des entreprises avait été débattue, notamment en raison du rôle de l'entreprise *ITT* dans le coup d'état chilien qui a renversé Salvador Allende, ou à propos des investissements privés dans une Afrique du Sud encore sous le régime de l'apartheid. On assiste depuis à un bras de fer entre *soft law* et *hard law*. Ainsi, à l'initiative de la Sous-commission des droits de l'homme de l'ONU pour fixer un cadre légal pour les atteintes aux droits de l'homme de la part des entreprises multinationales répondent les principes volontaires du Global Compact. A nouveau, en 2011, des principes généraux ont été adoptés par le Conseil des droits de l'homme (*soft law*), mais en 2014 un nouveau processus est lancé à l'initiative de l'Equateur (l'affaire Chevron-Texaco était passée par là) et de l'Afrique du Sud en vue de l'adoption par le Conseil des droits de l'homme d'un traité (*hard law*) à l'égard des entreprises en matière de protection des droits de l'homme.

Les standards internationaux à l'instar des Principes directeurs de Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme adoptés en 2011 sont-ils vecteur d'un droit commun ? Le constat est celui d'une « irradiation » de divers espaces normatifs tant au niveau international (OCDE, OIT, Société financière internationale...) que régional, transnational, voire national.

Au niveau régional, l'Europe semble être plus en avance (L'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont incorporé les Principes onusiens à leur propre politique), mais c'est un mouvement voué à s'étendre à d'autres régions. Or il n'est pas sans effets sur les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Ceux-ci pourraient (ils commencent déjà à le faire même si de manière très embryonnaire : Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Pueblos Kalina et Lokono c. Suriname*, 25 nov. 2015, Série C, n° 309) se saisir d'une source exogène (espace normatif onusien), et de surcroît de *soft law*, comme paramètre d'interprétation pour renforcer la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme à travers une interprétation évolutive des textes fondateurs des systèmes. Certes ici nous sommes dans le cadre d'une responsabilité indirecte des entreprises. C'est l'Etat qui répond devant les juridictions de protection des droits de l'homme.

Une responsabilisation directe semble pourtant s'imposer de plus en plus, tant au niveau transnational que national. Vivian Curran abordera la prolifération de contentieux nationaux et transnationaux où des fragments de droit commun surgissent, non sans résistances. Mais il faut signaler que l'irradiation des principes de *soft law* leur donne une portée normative et parfois même contribue à sa transformation en *hard law*. Les standards internationaux en matière de responsabilité des entreprises se fondent notamment sur la notion de « *due diligence* », or récemment on observe une *percée légale* de cette notion traduite en français par « diligence raisonnable », mais également par « devoir de vigilance ».

B. Vivian Curran

A rebours de la tendance mondiale à la renationalisation des systèmes politiques, y compris au niveau de la Cour suprême des Etats-Unis, on observe une évolution contraire des juges : *les cours nationales doivent de plus en plus se reconnaître comme des acteurs du droit international*. J'ai évoqué la décision d'un juge disant que la spoliation d'un étranger était constitutive d'un génocide et de ce fait susceptible de faire perdre son impunité à un dirigeant de l'état spoliateur. Jusqu'à présent, la spoliation des biens d'un résident du pays concerné relevait de la cour nationale. Mais récemment un juge américain a estimé que lorsque la personne spoliée, quoique citoyenne du pays, n'avait pas été traitée en citoyen, elle devait être considérée comme un étranger... et la théorie du génocide s'appliquait à elle pour lever l'immunité du dirigeant. Or, aux Etats-Unis, la décision d'un juge constitue à son tour une véritable source de droit.

De son côté, le juge anglais a estimé légitime d'incriminer une société mère basée en Angleterre pour des actes commis par une filiale étrangère contre des étrangers. La cour a estimé que la responsabilité de la société mère était directe et que de ce fait le crime relevait du droit anglais. On observe la même évolution aux Pays-Bas où le tribunal a estimé que si le dommage est suffisamment grave la société mère est responsable des actes de sa filiale. Ainsi, l'affaire *Kiobel*, qui n'avait pas abouti aux Etats-Unis, est aujourd'hui relancée aux Pays-Bas en s'appuyant sur un argument très technique. En résumé, on observe partout que les juges nationaux sont sensibles à l'atmosphère générale d'évolution du droit, avant même que soit adoptée, comme en France, une loi sur le devoir de vigilance, en se référant à la théorie de la responsabilité directe des actes des filiales.

C. Discussion

Vivian Curran : dans l'affaire *Kiobel*, la Cour suprême des Etats Unis avait refusé d'instruire le dossier, en arguant du fait qu'elle ne voulait pas être le seul for auquel aient recours des victimes du monde entier, en application d'un texte de 1789 sur le droit des gens, texte qui n'avait plus été utilisé depuis plus de 200 ans mais avait été exhumé pour l'occasion. Les sénateurs français, dans leur avis sur leur projet de loi relatif au devoir de vigilance ont d'ailleurs avancé le même argument : « tous les contentieux reposant sur nous, cela pénalisera la compétitivité française ».

Mireille Delmas-Marty : tous ces exemples posent le problème du niveau de technicité juridique nécessaire aujourd'hui pour parvenir à une internationalisation du droit.

Vivian Curran : ce qui est très intéressant avec ces exemples c'est la réactualisation du « droit des gens » (le vieux principe selon lequel les Etats-Unis s'interdisent de donner asile à des pirates) comme principe universel : *le juge se réfère à des principes anciens et les applique à de nouveaux domaines*.

Antoine Jeammaud : la loi sur le devoir de vigilance modifie le Code de commerce. La loi impose aux grandes entreprises l'introduction d'un plan de vigilance visant à prévenir les violations environnementales, sociales et des droits de l'homme. Un étranger peut alors recourir devant un juge français soit pour inexistence de ce plan soit pour son non-respect.

Robert Guillaumond : la RSE présente l'intérêt de redistribuer la responsabilité entre l'entreprise mère et ses partenaires (filiales, sous-traitants, fournisseurs). Dans la nouvelle loi sur le devoir de vigilance, la tâche du juge est de vérifier que l'entreprise a exercé effectivement son devoir de vigilance. Et les entreprises, à l'heure actuelle, embauchent des centaines de professionnels en charge de vérifier l'exercice de ces devoirs (ce qu'on appelle en anglais des *compliance officers*).

Kathia Martin-Chenut : il existe aussi une autre voie pour renforcer (voire durcir) la RSE et rendre opposable des engagements volontaires, c'est *la jurisprudence sur l'engagement unilatéral de volonté* :

un engagement pris à titre volontaire par une entreprise lui est opposable. Comme, par exemple, faire prospérer des procès pour publicité mensongère ou pratique commerciale trompeuse : la RSE est de plus en plus prise au mot. Mais cela n'a été possible que par l'engagement des ONG qui n'hésitent pas à intenter des procès sur ces bases.

He Linxin : peut-être peut-on parler à ce sujet de *création d'une langue universelle du droit*. L'exemple du Japon, présenté hier, a montré qu'à une époque il a repris la langue juridique chinoise sans que cela ait un impact concret sur son propre système juridique. Mais, dans d'autres cas, la langue devient effective.

*

III. Le droit des investissements

A. Caroline Devaux : L'Union européenne : une force transformatrice dans le domaine de l'arbitrage d'investissement ?

Appréhender le droit des investissements étrangers comme un fragment de droit commun ne va pas de soi de prime abord puisqu'il s'agit d'un régime spécialement forgé pour une catégorie très précise d'acteurs : les investisseurs étrangers. Une telle approche est néanmoins pertinente dès lors que l'on s'intéresse aux dynamiques qui ont formé et font évoluer une telle discipline. Celle-ci est en effet structurée autour de plusieurs concepts cardinaux tels que « l'expropriation indirecte » ou « les attentes légitimes de l'investisseur » qui se retrouvent dans la plupart des traités d'investissement. Pendant longtemps, ce régime des investissements étrangers et ses traits caractéristiques se sont développés en vase clos. Mais depuis 2014, sous la pression de la société civile qui a pris conscience des enjeux d'un tel régime, la Commission européenne a dû modifier son positionnement et travaille désormais pour mettre en place un *système juridictionnel des investissements qui viendrait remplacer le système actuel d'arbitrage d'investissement*. Il s'agit à terme de créer une *Cour permanente des investissements qui serait compétente pour résoudre les litiges en matière d'investissements étrangers nés dans le cadre des accords conclus par l'UE avec des États tiers*.

Ce projet est inédit. D'abord d'un point de vue méthodologique parce que c'est une approche « par le bas », en réponse aux exigences de la société civile. Peut-on parler d'un embryon de modèle participatif associant la société civile ? Dans tous les cas le système tel qu'il est prévu aujourd'hui prévoit des obligations de transparence et la possibilité d'accueillir les observations écrites des parties prenantes même si, à ce stade, leur intervention directe dans l'instance est exclue.

Deuxième innovation, la composition de la Cour. *Deux niveaux sont prévus, une première instance et un mécanisme d'appel*, alors qu'aujourd'hui aucun appel n'existe dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Chaque Cour serait composée de manière mixte avec un tiers de ses membres nommé par l'Union européenne, un tiers nommé par l'Etat contractant, un dernier tiers provenant de pays tiers. Pour régler un différend, la Cour désignerait trois de ses membres de manière aléatoire pour instruire le dossier. Autre innovation vis-à-vis des arbitrages actuels, les juges devront posséder les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires et avoir des compétences en droit international public. En outre, pour éviter le « forum shopping », une pratique consistant à chercher l'instance la plus favorable à l'investisseur, celui-ci devrait, avant d'engager une procédure devant la Cour des investissements, renoncer à engager des procédures parallèles et se désengager des actions en cours.

A vrai dire, l'Union européenne est tiraillée entre les attentes de la société civile et celles de ses propres investisseurs. D'où l'ambiguïté actuelle des accords qui renvoient aussi aux règles actuellement applicables aux décisions arbitrales, y compris en reprenant pour la reconnaissance et l'exécution des décisions.

On peut donc conclure que si l'enjeu continue à être de protéger les investissements, la réforme proposée vient positionner l'Union européenne sur la scène internationale, cette dernière ayant opté pour une stratégie commerciale ambitieuse en matière de commerce international dans un contexte géopolitique favorable avec le retrait des Etats-Unis sous l'impulsion du président Trump.

B. Robert Guillaumond : l'arbitrage commercial international

Les principes actuels de l'arbitrage entre des investisseurs et des Etats sont nés en 1965 (Convention de Washington). *A cette époque, il s'agissait de protéger des investisseurs faibles contre les abus de pouvoir d'Etats forts. Mais en 50 ans les rapports de force se sont inversés au profit des entreprises et investisseurs.*

L'arbitrage commercial est le fruit d'une très longue histoire. L'arbitrage, qui est une forme de justice privée, constituait une protection contre la toute puissance et l'arbitraire des juges. Cette justice privée a disparu au plan national mais elle demeure au plan international : face à la disparité des instances susceptibles d'être saisies en cas de contentieux et au risque de « forum shopping » qui en découle, le principe était que les parties choisissent elles-mêmes leur juge. Et, par la convention de New York, les Etats ont donné une valeur exécutoire à ces arbitrages. Pour la généralisation de ce mécanisme de gestion des différends, une étape essentielle fut la rédaction par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) d'une loi type. Elle fournit un modèle « clé en main » adopté par plus de 100 pays.

L'exemple le plus significatif est celui de la Chine. L'arbitrage privé était une méthode totalement étrangère à la culture juridique chinoise mais, à partir de 1978, la Chine s'est ouverte à l'étranger et, pour s'adapter à la mondialisation, elle a décidé d'accepter les règles étrangères. C'est ainsi qu'en 1993-1994 elle a intégré dans son propre droit la loi type élaborée par la CNUDCI, considérant qu'elle était « aussi importante qu'un aéroport pour développer le commerce international ». Mais elle l'a fait « à la chinoise » : l'arbitrage reste contrôlé par l'Etat. A l'opposé du modèle français qui distingue les trois étapes de la concertation, de la conciliation et de l'arbitrage, la Chine, au nom du principe général de « l'harmonie » privilégie la conciliation ; de la sorte, l'accueil d'une sentence étrangère est très exceptionnel, la Chine faisant tout pour que le problème soit réglé en amont.

En France, la pratique juridique de l'arbitrage est beaucoup plus ancienne (Charles Lyon-Caen a été en 1920 le premier président de la Chambre de commerce internationale). De ce fait, le conflit de compétence entre juge et arbitre a été réglé depuis longtemps : le juge n'intervient que pour s'assurer de la régularité de la procédure d'arbitrage. Quant à la Cour de cassation, elle joue le jeu et contrôle l'exécution des sentences d'arbitrage. Néanmoins, on assiste depuis 2011 à une revendication de compétence du Conseil d'Etat et du pouvoir de l'Etat sur les arbitrages : le caractère « privé » d'un contrat entre l'Etat et un prêteur est vivement contesté quand il s'agit du secteur public.

C. Nitish Monebhurrin : le concept « d'attente légitime » dans le droit des investissements

Le principe « d'attente légitime de l'investisseur » est typique d'un principe général « ascendant » (c'est-à-dire né de la jurisprudence arbitrale).

« L'attente légitime » correspond à l'idée d'un engagement unilatéral des Etats qui veulent favoriser les investissements. L'un des standards présents dans la grande majorité d'accords relatifs à la protection des investissements est « le traitement juste et équitable » des investisseurs. C'est lui qui se traduit de façon opérationnelle par le concept d'attente légitime, ce dernier étant l'un des critères permettant de définir le standard. Ce concept se retrouve par ailleurs dans plusieurs systèmes juridiques nationaux. Si ce critère a souvent été utilisé de manière rhétorique par les tribunaux arbitraux, sa consolidation permet d'induire l'existence d'un principe général de droit.

Exemple type de conflit : le Venezuela avait accordé des autorisations d'exploitation de mines d'or à une société étrangère puis a abrogé ces autorisations unilatéralement au nom de la protection de l'environnement et des peuples indigènes.

Le principe est également reconnu dans le droit français et dans la plupart des droits européens. Par exemple, il rejoint, en Allemagne, le concept de « confiance légitime » que l'on fait à l'Etat. C'est même cette idée de confiance légitime qui a été reprise dans la législation brésilienne. Mais on admet que ce principe est doublement modulable : d'abord en fonction du niveau de développement des Etats (les États disposant de plus de ressources ou d'une infrastructure administrative consolidée peuvent plus aisément respecter les attentes des investisseurs étrangers) mais aussi en fonction de la responsabilité sociale de l'entreprise : un investisseur ne peut invoquer ces attentes légitimes lorsqu'il a obtenu un accord par corruption ou sur la base de l'information fausse qu'il avait fournie.

Le Brésil, de son côté, ne reconnaît pas le principe du traitement « juste et équitable » mais, en cas de contentieux, il serait possible de lui opposer la doctrine des attentes légitimes, cette dernière étant comprise comme un principe général de droit

D. Discussion

Robert Guillaumond : les pays asiatiques détestent les conflits ; c'est pourquoi, en cas de différend, l'Etat cherche à aller jusqu'au bout de la conciliation. Par contre, le conflit, s'il se maintient, devient très dur.

Jérôme Bourgon : les Chinois détestent les conflits ? oui et non. Quand on examine les archives, on découvre que les habitants de la Chine ancienne étaient très procéduriers. Certes, les juges chinois étant « polyfonctionnels » (c'étaient des magistrats qui avaient entre autres responsabilités celle d'administrer la justice) ils mettaient en place des stratégies dissuadant les plaignants de les saisir. Et malgré cela on observe un recours fréquent aux tribunaux.

Robert Guillaumond : il n'empêche qu'au Japon par exemple, le modèle de relations professionnelles adopté après la deuxième guerre mondiale était copié de celui des Etats-Unis. C'était un modèle très « conflictuel » mais les Japonais ont eu tôt fait de le transformer pour privilégier les processus de conciliation.

*

IV. Le droit international du travail

A. Jean-Michel Servais : l'Organisation internationale du travail et la justice sociale

Le droit du travail oblige de faire la différence entre « droit » d'un côté et « justice » de l'autre. Pour l'analyser, on peut soit partir de principes universels soit de réalisations concrètes. C'est cette seconde

voie que je choisirai en regardant comment le corpus juridique de l'OIT a été mise en œuvre, les réalisations qu'il a permises puis, dans la période récente, sa déstabilisation par la mondialisation.

La justice sociale est au cœur de la création du Bureau International du Travail, BIT, au Traité de Versailles en 1919. Cette idée a été réactivée en 1945 avec le slogan « le travail n'est pas une marchandise ». Constitutionnellement, poursuivre la justice sociale avait trois objectifs : la justice sociale elle-même ; la cohésion sociale ; éviter la concurrence entre pays tirant la protection sociale vers le bas (moins-disant social). Ce n'est d'ailleurs pas un problème nouveau ! Necker disait déjà : « si l'Angleterre n'impose pas le repos du dimanche, les autres pays ne seront pas en mesure de l'imposer ». Sur ces bases, s'est mis en place un véritable code du travail international doté de deux procédures de contrôle (envoi de rapports réguliers et plaintes), toutes les deux étant composées de deux organes de contrôle, l'un représentant les parties prenantes, l'autre des experts, et un système de plainte.

Ce système a plutôt bien fonctionné grâce au consensus entre les parties prenantes, à l'effort de formation qui a été mené et surtout grâce à un système de médiation. Il y a eu différents types de conflit, entre Etats, au sein d'un Etat et au sein d'entreprises. L'OIT y a souvent joué un rôle dans la médiation. Trois exemples :

- l'attribution du « trésor syndical » entre syndicats espagnols et argentins après la dictature ;
- le contentieux entre la France et l'Etat de Panama, à propos des pavillons de complaisance, contentieux qui, à l'issue de la médiation, s'est résolu par l'augmentation des personnels de contrôle ;
- contentieux entre la Libye d'un côté, la Tunisie et l'Egypte de l'autre, à propos des travailleurs expulsés de Libye et du transfert de droits et de cotisations sociales qui avaient été versées en Libye.

Mais il est arrivé aussi, indépendamment de ses compétences constitutionnelles, que l'OIT conseille des multinationales, par exemple pour la rédaction d'un code de conduite.

L'OIT a aussi eu souvent une action en direct de conseil, conduisant à l'élaboration de codes de conduite, à l'assistance dans la mise en œuvre de clauses sociales, à la rédaction d'accords bilatéraux, à l'établissement de règles nationales, par exemple en matière de liberté syndicale.

Ce système avait néanmoins deux limites : les conventions signées par les Etats dans le cadre de l'OIT doivent encore être ratifiées par les Parlements nationaux ; les contrôles n'ont pas de portée exécutoire.

Et surtout, le système mis en place au lendemain de la seconde guerre mondiale a commencé à déraiper dans les années 80 : la chute du Mur de Berlin a augmenté l'agressivité des employeurs et la globalisation de l'économie mondiale a relancé la course au moins-disant social. En outre, l'expertise et les règles de l'OIT se sont vu concurrencées aussi bien par de nouvelles institutions publiques, par exemple l'Union européenne, que par des institutions privées, comme la norme ISO.

Cette déstabilisation a fait passer l'approche de l'OIT de la recherche de « la justice sociale » à la défense d'un « travail décent » : en un mot, si l'on ne peut pas réaliser la justice sociale, qu'au moins personne ne soit humilié. Du coup, on a distingué d'un côté les droits fondamentaux, qui se limitent en pratique au respect de libertés publiques, et de l'autre les objectifs : la poursuite du bien-être social, cette poursuite étant différenciée en fonction du degré de développement des pays. Le slogan du « travail décent » était une formule tactiquement habile mais sans grand contenu et l'OIT a perdu l'essentiel de son rôle de médiateur.

B. Antoine Jeammaud : les principes universels de droit du travail

Les ordres juridiques de la plupart des Etats contemporains font place à une branche dénommée « droit du travail » - ou à un couple de branches : droit du travail et droit de la protection sociale, composant

ensemble un « droit social » - censé œuvrer à la réalisation de la justice sociale. Dans l'état présent du monde, ces systèmes nationaux de droit social diffèrent amplement, chacun d'eux étant fortement marqué par l'histoire sociale et politique locale, et tributaire du niveau de développement économique comme des rapports entre classes sociales. Ces différences induisent des distances entre « modèles sociaux » et standards sociaux façonnés par les normes juridiques. Elles ont une incidence pratique considérable en un temps où, à la « vieille » concurrence par le droit entre les États, s'ajoute une concurrence par le droit (du pays d'implantation) entre les firmes.

L'œuvre normative de l'OIT (v. Jean-Michel Servais) et, à l'échelle de l'Union Européenne, l'harmonisation partielle des droits nationaux par rapprochement des législations sociales, apparaissent comme autant d'éléments d'un droit prétendant à l'universalité ou, au moins, régionalisé. Cependant, n'existe-t-il pas, au-delà de ces éléments, *des principes universels de droit du travail, qui formeraient comme un noyau de jus commune* ?

Nombre de savants spécialistes de la discipline consacrée au droit du travail - mais plus à l'étranger qu'en France, à coup sûr - répondraient par l'affirmative. Paraît au moins assez partagée la conviction qu'un corps de normes relatives au travail pour le compte d'autrui (le travail salarié du droit français) ne mérite la qualification de droit du travail que s'il possède une teneur minimale (fixation d'un âge minimal d'accès au travail et d'un âge de retraite, limitation du temps de travail et garantie de congés, dispositifs de protection de la santé au travail, protection de la rémunération, prévention de l'arbitraire dans la rupture du contrat ou de la relation de travail) et s'attache à consacrer des « droits des travailleurs ».

En particulier, la croyance en l'existence de principes universels de droit du travail ressort d'écrits et propos de certains auteurs latino-américains (argentins, uruguayens, chiliens, brésiliens, etc). On songe en tout premier lieu aux *Principios de derecho del trabajo* du regretté Américo Plá Rodríguez, professeur à l'Université de Montevideo, qui a connu grand succès et a encore beaucoup d'écho dans le sous-continent, où la manuélistique fait large place à la « principiologie ». Ces « principes » sont, selon cet auteur, des « lignes directrices » qui informent quelques normes positives et ont pour fonctions d'inspirer les autorités productrices de normes, d'orienter l'interprétation de ces normes et de suppléer ces dernières pour dicter la solution d'une question de droit en cas de « lacune légale ». Ils seraient au nombre de sept, à commencer par un « principe de protection » (comportant deux aspects : application de la norme la plus favorable au travailleur + *in dubio pro operario*), un « principe d'irrenonciabilité aux droits », un « principe de continuité de la relation de travail ».

Il s'agit là d'une vision idéaliste – la croyance en l'existence d'une sorte de « droit naturel du travail » – qui reste sans effet significatif sur ou dans le système juridique français (pour ne parler que de lui). Même si l'idée est assez partagée que la protection des travailleurs salariés est le raison d'être d'un droit du travail et que celui-ci est, par essence « tout de faveur » pour cette « classe » de personnes. Et même si, parmi les normes composant le droit positif français, figurent quelques authentiques principes (« débordant » les règles signifiées par des dispositions du code du travail), tels celui de l'application de la règle la plus favorable au salarié ou le principe d'égalité de traitement des salariés d'un même employeur, et quelques autres (mais pas de principe recélant le précepte *in dubio pro operario* ou le « principe de raisonabilité » recensés par Plá).

Cela n'exclut pas que la circulation des idées, doctrines et représentations suggère quelque jour prochain la consécration jurisprudentielle de tel ou tel de ces principes prétendus universels comme norme (« principe ») du droit de la République française. Aussi légicentrique qu'il soit, ce système connaît ce phénomène de réception de contenus normatifs venus d'ailleurs. On songe à deux processus de « positivisation » prétorienne de nouveaux principes généraux du droit français, qui paraissent en

cours à la lecture d'arrêts récents de la Cour de cassation : celui d'un principe selon lequel « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » (inspiré de l'*estoppel* de *Common law* ?), et celui d'un authentique « principe de proportionnalité » (allant bien au-delà des exigences ou critères de proportionnalité retenus par diverses normes légiférées).

C. Discussion

Mireille Delmas-Marty : quelle est la différence concrète entre « des objectifs » et « des principes » ?

Antoine Jeammaud : les principes sont mis à toutes les sauces. Ils sont proches de « valeurs » et se prêtent à toutes les interprétations. Ils jouent un rôle quand il s'agit d'arbitrer entre des normes contradictoires.

Olivier Descamps : un objectif est un but final qu'on énonce, tandis qu'un principe indique un mode de faire.

Pierre Calame : la notion de principe directeur est très précise dans le champ de la gouvernance et en particulier dans la gouvernance à multi-niveaux. Un principe directeur caractérise les conditions de succès d'une politique, telles qu'elles découlent de l'échange d'expériences et ces conditions deviennent pour la suite *une obligation de résultat qui s'impose aux acteurs*.

*

V. Justice et responsabilité climatiques

A. Marta Torre-Schaub : la justice climatique

La justice climatique est une notion en émergence. On part du constat de la multiplication des normes et d'une circulation des savoirs et des jurisprudences entre juges, mettant en rapport droit international et droit national. La justice climatique est un point de convergence entre ces diverses approches.

L'effet des activités humaines sur le climat a fait l'objet d'une prise de conscience croissante au cours des 40 dernières années. *Cet effet interpelle d'un côté les valeurs et de l'autre les techniques juridiques*. Du côté des valeurs, on trouve le principe des responsabilités communes mais différenciées et le principe de précaution. Du côté des techniques juridiques, on trouve la mesure des émissions de CO₂, l'obligation de déclaration des actions entreprises, le marché carbone.

Le concept de justice climatique a permis l'engagement des pays émergents dans la lutte contre le réchauffement climatique. Il prolonge le principe de responsabilités communes mais différenciées, introduit dès la conférence internationale de Stockholm sur l'environnement en 1972 et qui énonce le principe d'assistance financière et technique aux pays pauvres. Le rapport Brundtland a étendu les responsabilités communes mais différenciées aux générations futures. Autres principes voisins, la solidarité entre générations ; la protection des ressources naturelles.

Mais à vrai dire, à l'époque le principe des responsabilités communes mais différenciées a provoqué un débat. Différenciées en fonction de quoi ? les droits d'émettre ? les capacités d'agir ? ou s'agissait-il effectivement d'une responsabilité stricto sensu ? C'est cette controverse qui a élevé à l'époque le « mur de Chine » entre les Etats-Unis et la Chine, vidant de toute portée le protocole de Kyoto. Il a fallu sortir de l'impasse du protocole de Kyoto pour aller vers l'Accord de Paris. Serait-il en mesure de surmonter les difficultés rencontrées par les responsabilités communes mais différenciées ? C'est là qu'émerge, au

sein de la société civile, la notion de *justice climatique*. Elle implique la coordination des acteurs, elle appelle une dynamique plus solidaire, associant à la société civile et les entreprises, appuyée par l'encyclique *Laudato Si'* du Pape François et par les sociétés philanthropiques savantes.

Comment déduire du principe de justice climatique une « justiciabilité climatique » ? Cela implique, au nom de la justice climatique, une coordination entre les experts et les juristes pour déterminer si les Etats assument ou non leurs responsabilités. Cela a donné naissance à deux affaires significatives, traitées avant et après l'Accord de Paris, l'une au Pakistan et aux Pays-Bas en 2015, d'autres courant 2016 et 2017 notamment en Allemagne, Norvège, Suisse, Belgique mais aussi Afrique du Sud et Etats Unis. Dans tous ces cas, la plainte de la société civile se réfère aux constitutions nationales. Celles-ci énoncent : le droit à un environnement vivable ; le devoir de diligence de l'Etat ; le respect des engagements internationaux (engagements à la fois européen et mondial dans le cadre des Pays-Bas) ; la mise en œuvre du principe de précaution ; une approche coût bénéfique comparant l'action à l'inaction. Ces initiatives de la société civile s'inspirent du livre d'un avocat, Roger H.J. Cox, intitulé « Révolution now » qui défend l'idée que le droit reste le meilleur champ de combat pour le climat.

Certains ont attaqué ces décisions, défendant l'idée que la position prise par les juges constituait une atteinte à la séparation des pouvoirs, la définition d'une action de lutte contre de réchauffement climatique relevant du Parlement et non de la justice. La réponse des juges a été de dire : non, nous ne prétendons pas produire de la loi, nous mettons en œuvre « la loi sur la justice climatique ».

B. Luca d'Ambrosio : la « responsabilité climatique » des entreprises transnationales

Le constat de départ est que les deux tiers des émissions de gaz à effet de serre sont le fait par 90 entreprises transnationales (ETN), publics et privés, du domaine du charbon, du pétrole et du ciment. En même temps, les entreprises se présentent aussi comme les acteurs de la réduction, par le biais de l'innovation technologique, et comme les acteurs de l'adaptation, comme par exemple dans le secteur de l'assurance. Poser la question de la responsabilité climatique des ETN implique dès lors de *reconnecter le pouvoir des ETN à leurs devoirs*. Pour aborder cette question, il est utile de rappeler la distinction proposée par le philosophe Hans Jonas entre « responsabilité substantielle » et « responsabilité formelle ».

Responsabilité substantielle. Sur ce terrain il faut reconnaître que les entreprises font preuve de volontarisme. Elles sont parties prenantes de la gouvernance globale du changement climatique et peuvent prendre même les devants sur les Etats, comme le démontre par exemple la pratique du prix interne du carbone ou d'autres formes d'autorégulation.

Responsabilité formelle. La responsabilité formelle peut être classiquement entendue comme l'imputation causale et ex-post d'un acte dommageable. Sous cet angle, force est de reconnaître que les droits de la responsabilité – qu'il s'agisse du droit continental ou de la *Common law* – ont bien un élément en commun : et c'est impossibilité d'imputer à un acteur privé les conséquences *préjudiciables du dérèglement climatique*. Mais par contre, on peut utiliser des techniques juridiques, par exemple en fixant des limites d'émission par activité. Cela existe d'ailleurs déjà dans l'industrie automobile avec la fixation des limites d'émission de particules fines. Volkswagen, pour avoir fraudé dans l'évaluation d'émission de ses véhicules diesel a déjà payé 20 milliards de dollars aux USA pour éviter un procès.

Un fragment de droit commun ? Afin de répondre à cette question, il convient de rappeler que le plafonnement des émissions de GES répond à « un objectif commun » qui est formalisé par l'article 4 de l'Accord de Paris. En deuxième lieu, le plafonnement des émissions permettrait d'une part de *revaloriser l'activité régulatrice des Etats* conformément à l'esprit de la régulation mondiale des

émissions de GES fondée sur l'initiative volontaire des Etats et sur leur responsabilité différenciée. L'effectivité dépend dès lors du droit national et, comme le démontre l'affaire VW, son asymétrie peut ouvrir aux rapports de force entre les Etats et faire de la responsabilité « climatique » des ETN un nouveau terrain du néo-impérialisme judiciaire.

B. Discussion

Marta Torre-Schaub : la théorie « de la goutte d'eau dans l'océan », utilisée traditionnellement pour exclure la causalité d'un émetteur, peut au contraire être utilisée d'une nouvelle manière par la répartition et le plafonnement des émissions.