

MIREILLE DELMAS-MARTY

Les forces imaginantes du droit

**LE RELATIF
ET L'UNIVERSEL**

ÉDITIONS DU SEUIL

27, rue Jacob, Paris VI^e

CET OUVRAGE EST PUBLIÉ DANS LA COLLECTION
« LA COULEUR DES IDÉES »

ISBN 2-02-067849-7

© Éditions du Seuil, octobre 2004

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.seuil.com

Extrait de la publication

Avant-propos¹

En ces temps de discorde, un appel aux forces imaginantes du droit peut surprendre. En l'absence d'un véritable ordre juridique mondial, le système de sécurité collective de la Charte des Nations unies a montré sa fragilité et le droit n'a pas su désarmer la force. Mais à l'inverse la force ne peut empêcher cette extension du droit, sans précédent dans l'histoire, au point qu'aucun État, fût-il le plus puissant, ne saurait durablement s'en affranchir. En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est d'une mutation qu'il s'agit, dans la conception même de l'ordre juridique.

En présence d'une telle mutation, l'ordre juridique mondial ne saurait être abandonné à la seule confrontation des forces, conservatrices et réformatrices, considérées naguère par Georges Ripert comme les deux grandes composantes des « forces créatrices du droit² ». François Gény ayant écrit que « les idées elles-mêmes sont des forces quand elles savent s'affirmer avec une énergie convaincante³ », Ripert rétorque qu'il s'agit là de « forces vaines et

1. Cet avant-propos est inspiré de la « Leçon inaugurale » prononcée au Collège de France le 20 mars 2002 : *Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, 2003.

2. G. Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 84 *sq.*

3. F. Gény, « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », in *Études de droit civil. Mélanges Capitant*, p. 248.

dangereuses⁴ » qu'il assimile à une idéologie du progrès, pernicieuse car elle reposerait sur une véritable mystique, de l'égalité sociale, de la laïcité, de l'anticolonialisme. Autant d'idées qui dérangent sa vision « statique » d'un droit qui, s'il n'est pas totalement immobile, évolue lentement et majestueusement dans la continuité de sa mission civilisatrice, telle que l'ont conçue nos prédécesseurs. Ripert concluait pourtant son essai par cette affirmation que « seuls les juristes peuvent empêcher, dans la lutte des intérêts pour la création du droit, le triomphe des plus forts », et qu'ils doivent par conséquent « contre les forces économiques, qui de plus en plus sont seules engagées dans la lutte, soutenir les forces morales qui peuvent atténuer les conflits⁵ ». Par cette formule, il annonçait une réflexion éthique, en effet nécessaire, à condition d'être fondée sur des valeurs communes permettant de consolider les concepts à vocation universelle et de résoudre ainsi les conflits nés de la globalisation.

C'est pourquoi nous avons aujourd'hui besoin de ce que Bachelard appelait les « forces imaginantes de l'esprit », qu'il plaçait selon deux axes : « les unes s'amuse du pittoresque, de la variété, de l'événement inattendu » ; quant aux autres, elles « creusent le fond de l'être ; elles veulent trouver dans l'être à la fois le primitif et l'éternel »⁶. Ainsi le comparatiste, curieux de découvrir l'extrême variété des systèmes de droit, creuse-t-il aussi parfois, pour chercher par-delà la diversité, quelque chose sinon d'éternel, du moins d'universel ou d'universalisable. Ce quelque chose que Raymond Saleilles désignait, lors du congrès de Paris en août 1900, comme « l'unité foncière de la vie juridique universelle⁷ », et qu'à la même époque Shen Jiaben présenta, dans un mémoire à l'empereur de Chine, comme la « grande unité juridique du monde », appelant à rien de moins qu'à la fusion entre droit chinois et droit occidental⁸.

4. *Ibid.*, p. 127.

5. *Ibid.*, p. 423.

6. G. Bachelard, *L'Eau et les Rêves. Essai sur l'imagination de la matière*, José Corti, 1942, p. 1.

7. R. Saleilles, « Conception et objet de la science du droit comparé », *Congrès international de droit comparé*, SLC, 1900, t. I, p. 167 sq.

8. Voir Li Guilian, *Biographie de Shen Jiaben*, Éd. du Droit (Falu Shubanshe), Pékin, 2000 ; J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », thèse, École des hautes études en sciences sociales, 1994.

Mais le rêve des comparatistes se heurte alors (déjà !) à la violence des guerres et c'est au droit international, dans ses formes les plus innovantes qui n'identifient plus le droit aux seuls États, qu'il revient depuis un demi-siècle de donner existence juridique à l'universel. Au-delà même de la Déclaration « universelle » des droits de l'homme, l'humanité est reconnue, à partir du procès de Nuremberg, victime de crimes que l'on nommera précisément crimes « contre l'humanité ». Elle devient ensuite titulaire d'un « patrimoine commun », qui l'engage vis-à-vis des générations futures. La formule vise le patrimoine mondial, culturel et naturel, annexe la lune et autres corps célestes et va jusqu'à inclure, « dans un sens symbolique », le génome humain.

Ce droit qui d'interétatique devient ainsi supraétatique, mais seulement par fragments, aura-t-il jamais vocation de langage commun, de commune sagesse ? On ne peut le promettre, mais on doit plus que jamais l'espérer, à condition de ne pas diviser les forces imaginantes du droit. C'est ensemble, dans cette « dialectique alerte » chère à Bachelard, qu'elles peuvent nourrir l'imaginaire en travaillant sur la diversité des formes apparentes, tout en descendant « dans le germe de l'être pour trouver la solide constance et la belle monotonie », qu'il attribuait à la matière. Autrement dit c'est seulement si le droit international se nourrit de l'histoire et du droit comparé, et si la méthode comparative intègre les avancées du droit international, qu'il sera possible de tracer, au-delà des bouleversements présents, la suite du chemin.

*
* *

Mais y a-t-il seulement un chemin, et comment décrire un objet de recherche, alors qu'on ne voit à l'œil nu qu'une accumulation de fragments, balises innombrables, dispersées comme au hasard en des lieux divers et indiquant des sens différents et parfois contradictoires ?

D'abord l'*accroissement en nombre*, car c'est une illusion de croire que la « déréglementation » qui accompagne l'internationalisation en matière économique serait le contraire de la réglementation. En réalité c'est un redéploiement, par une multiplicité

d'acteurs, publics et privés, selon des dispositifs d'incitation, de négociation, de flexibilité qui appellent des normes temporaires, évolutives, réversibles. On pourrait y reconnaître la vision pluraliste de Santi Romano, renonçant déjà en 1918 à identifier le droit à l'État⁹. Encore qu'il ne s'agisse pas toujours de véritables ordres institués comme tels : j'y verrais plutôt une pluralité d'espaces normatifs, y compris au sein d'un droit international lui-même éclaté¹⁰. De la pluralité à la prolifération, il y a de quoi inquiéter les États.

Dans une étude sur « La norme internationale en droit français », le Conseil d'État constatait en 2000 que « les évolutions du cadre constitutionnel [...] ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires, dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe¹¹ ». Les chiffres cités laissent pantois : pour le seul droit communautaire, plus de 68 000 textes ont été produits depuis l'origine, sans compter les nouveaux instruments comme les actions communes ou les décisions-cadres. S'il est vrai qu'il s'agit en partie de textes modificatifs ou éphémères, il reste que le nombre de normes juridiques ne cesse d'augmenter et que le droit international est invoqué de plus en plus souvent devant les juridictions nationales.

Certes le droit communautaire se limitait au départ à des questions techniques, mais il influence aujourd'hui des pans entiers du droit. Et la future Constitution européenne ne devrait pas ralentir le processus. Bien au contraire, elle a été conçue pour accompagner la dynamique européenne, d'ailleurs renforcée par l'impact de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) qui oblige les États à légiférer en des domaines, comme les écoutes téléphoniques, où nul n'osait s'aventurer, ou à modifier

9. Santi Romano, *L'Ordre juridique*, traduit par L. François et P. Gothot de la 2^e éd. de *l'Ordinamento giuridico* (1918 ; 2^e éd., 1945), introduction de Ph. Francescakis, préface de P. Mayer, Dalloz, 2002.

10. Voir M. Delmas-Marty, « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004 (à paraître).

11. Conseil d'État, *La Norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 19.

de très anciens et subtils équilibres, par exemple entre les commissaires du gouvernement et les conseillers d'État.

D'autant que le droit mondial prolifère lui aussi. Si les nombreuses conventions adoptées par l'Organisation des Nations unies (ONU) en matière de droits de l'homme sont plus impressionnantes en nombre qu'en effets visibles, la globalisation économique, activée par la fin de la guerre froide, a donné un nouveau dynamisme au commerce mondial. Ainsi l'entrée de la Chine dans l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le 11 décembre 2001, a-t-elle déclenché, après les vagues de 1978 et de 1992, une troisième onde de réformes, transformant le droit chinois des affaires en un vaste chantier. Le protocole d'accession de la Chine à l'OMC impose même des principes généraux qui pourraient entraîner des mutations, comme la disparition des mesures discrétionnaires ou la création d'un contrôle de l'excès de pouvoir, qui appellent une relecture de la tradition chinoise¹².

Gardons-nous toutefois d'un optimisme excessif, car le développement économique n'implique pas de passage automatique à l'État de droit. À moins d'intégrer simultanément les droits civils et politiques, par la ratification du pacte élaboré par l'ONU, mais celle-ci a peu de moyens pour y inciter.

C'est que, d'une organisation à l'autre, *les lieux de l'internationalisation du droit* restent dispersés, au propre et au figuré. Visant les droits européens, Jean Carbonnier les nomme « droits de nulle part », ajoutant, persifleur, « de nulle part, cela pourrait se dire en grec *utopie* ; mais les utopies sont poétiques, aériennes, tandis qu'autour des droits européens il s'est constitué une telle capitalisation d'intérêts et d'ambitions qu'il faudrait rien de moins qu'une éruption de volcan pour faire crouler ces babylones juridiques »¹³.

Pourtant le modèle doit être attractif, car d'autres régions commencent à mettre en place des dispositifs à portée juridique. Certes le potentiel d'intégration varie entre un simple cadre de consulta-

12. P.-E. Will, « Le "contrôle constitutionnel" de l'excès de pouvoir à l'époque impériale : l'exemple de la Chine des Ming », in *La Tradition chinoise, la démocratie et l'État de droit*, dir. P.-E. Will et M. Delmas-Marty, Fayard (à paraître).

13. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 48.

tion mutuelle en Asie (Asean¹⁴), ou de coopération économique pour la zone Asie/Pacifique (APEC¹⁵); une zone de libre-échange en Amérique du Nord (Alena¹⁶), ou d'union douanière en Amérique du Sud (Mercosur¹⁷), ou encore une organisation d'harmonisation du droit des affaires entre pays africains de la zone franc (Ohada¹⁸). Du moins ces dispositifs pourraient-ils dans l'avenir influencer les droits nationaux, d'autant que s'ajoutent divers instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Mais cet avenir semble encore lointain car, à quelques exceptions près, l'efficacité est faible, faute de ratification ou de contrôle.

À l'échelle mondiale, il faut en outre tenir compte de la privatisation des normes : l'arbitrage en droit du commerce international est largement régi par des sources privées et l'autorégulation se développe sous forme de codes de conduite, d'éthique d'entreprise, ou plus récemment d'écolabel et de label social, supposés renforcer le respect des règles écologiques et sociales en responsabilisant les consommateurs. Pour utile qu'elle puisse être, l'autorégulation ne saurait toutefois se substituer à la régulation par des organisations interétatiques, seules en charge des intérêts communs. Mais la dispersion est telle, entre l'ONU et les organisations spécialisées (pour le travail, la santé, la propriété intellectuelle ou le commerce), que l'efficacité semble inversement proportionnelle au nombre, du moins en l'absence de véritable contrôle juridictionnel. On sait en effet que la Cour internationale de justice (CIJ) instituée par la Charte des Nations unies a une compétence générale, contentieuse et consultative, mais elle reste soumise au bon vouloir des États et il n'existe pas de véritable juridiction pour juger les violations des droits de l'homme à l'échelle mondiale. Du moins l'Organe de règlement des différends (ORD) créé à l'OMC commence-t-il à se judiciariser, tandis que les juridictions pénales internationales ébauchent, malgré les résistances, une justice mondiale.

14. Asean : Association of Southeast Asian Nations.

15. APEC : Asia-Pacific Economic Cooperation.

16. Alena : Accord de libre-échange nord-américain.

17. Mercosur : Mercado común del Sur.

18. Ohada : Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Cependant, à mesure que la justice se mondialise, elle se trouve confrontée à des contradictions pour déterminer *le sens de l'internationalisation du droit*. Une contradiction apparaît en effet entre l'internationalisation éthique, qui suppose le soutien actif des États, et la globalisation économique, qui se traduit souvent par leur impuissance ; mais aussi entre l'idée même d'universalisme, qui suppose solidarité, partage et lutte contre la pauvreté, et la société de marché, marquée à l'inverse par un accroissement de la compétition et des inégalités.

La conciliation aurait dû être facilitée par l'indivisibilité des droits fondamentaux, qui était inscrite dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), mais le principe s'est affaibli au cours du temps. En 1966, l'adoption de deux pactes distincts aboutit à séparer les droits civils et politiques des droits économiques, sociaux et culturels, laissés quasiment sans contrôle ; puis la création de l'OMC en 1994 isole les droits économiques (au sens large) des droits sociaux.

À cet égard, l'expérience européenne peut sembler novatrice. Malgré l'existence de deux cours, qui symbolisent la séparation du marché et des droits de l'homme, les juges s'efforcent, par un jeu de références croisées, de résoudre les principales contradictions, mais ils ne peuvent le faire que de façon ponctuelle, au cas par cas. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE), proclamée à Nice le 7 décembre 2000, franchit une étape en renonçant à la division bipartite pour une présentation en six chapitres : la dignité, puis les principales libertés, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice. Une fois inscrite dans la Constitution, la Charte devrait prendre force juridique et s'appliquer non seulement aux États, mais aussi aux acteurs économiques. À terme, elle permettra peut-être de combiner les mécanismes de régulation propres au marché (ouverture des marchés et libre concurrence) avec le respect des droits fondamentaux. Déjà les justiciables commencent à l'invoquer et les juges à s'y référer comme source d'inspiration, cette façon d'anticiper sur la décision politique marquant une fois de plus la force du droit et le pouvoir des juges, voués à résoudre des contradictions qui ne sont pourtant que le reflet d'hésitations politiques.

Une fois de plus, mais en des termes renouvelés, peut-être, par

une internationalisation qui, en affaiblissant les États, se traduit par une poussée de cette « force de la forme » que Pierre Bourdieu décrivait comme « la force du droit »¹⁹.

*
* *

Bourdieu n'était pas dupe du formalisme juridique. Il considérait que ceux qui opposent un droit rationnel au droit magique, comme le fit Max Weber, oublient que « le droit le plus rigoureusement rationalisé n'est jamais qu'un acte de magie sociale qui réussit ». Magie et recherche font rarement bon ménage, et, quand la magie opère, toute tentative de travail scientifique semble vouée à l'échec. Dans sa logique implacable, une telle sociologie du champ judiciaire aboutirait à l'impossibilité du droit, ou plutôt d'une science du droit. Du moins devrait-elle inciter à éviter la sacralisation des textes et les certitudes péremptoires des clercs, donc à trouver des méthodes pour « rompre avec le juridisme et fonder une théorie adéquate de la pratique »²⁰.

La première méthode consiste à examiner les *interactions* entre droit international et droits nationaux. Les études comparatives n'ont donc pas vocation seulement cognitive mais résolument critique. Fondé sur la diversité des systèmes, le droit comparé met en question un processus d'internationalisation, trop sûr de lui : tantôt bureaucratique, s'attachant à l'unification dans les plus grands détails quand elle est facile et y renonçant quand elle serait utile, et tantôt hégémonique, imposant sans ménagement la loi du plus fort.

Il est vrai que la place du droit comparé est variable. Il intervient peu dans la conception traditionnelle d'une internationalisation interétatique. S'il est fait alors référence aux droits nationaux, c'est pour dégager, selon la formule un peu hautaine inscrite dans le statut de la Cour internationale de justice, les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Plus ouvert, le statut de la Cour pénale internationale (CPI) vise, mais à titre subsidiaire,

19. P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 3 sq.

20. *Ibid.*, p. 44.

les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les divers systèmes juridiques du monde ». Mais il faudrait des moyens considérables pour connaître tous les systèmes juridiques et vérifier leur compatibilité avec le droit international. À défaut, la référence au droit comparé sert davantage à légitimer *in fine* la décision des juges qu'à guider l'interprétation dès le départ, comme on le voit parfois déjà avec les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (TPIY et TPIR). Au mieux, les juges se bornent à confronter le système de *common law* et le système romano-germanique, comme une survivance du concept de « nations civilisées » qui réduirait les autres à une acculturation progressive. Quant à l'incorporation des pratiques nationales à la coutume internationale, elle aboutit, par un étrange effet en boucle, à faire des juges nationaux à la fois des émetteurs et des récepteurs de la norme internationale.

Et pourtant le droit comparé devient nécessaire, dès lors que se développe un droit supraétatique que l'on souhaiterait conçu autrement que par l'extension du système de l'État le plus puissant. Mentionner les études comparatives, c'est exprimer une préférence pour une internationalisation pluraliste intégrant la diversité des systèmes. Mais elle impliquerait, pour être réussie, autre chose que leur juxtaposition. Il faut repérer les différences et trouver une grammaire commune qui permette soit une mise en compatibilité (harmonisation), soit une véritable fusion (hybridation).

À cette condition, la méthode comparative peut avoir pour double fonction de contribuer à l'intégration, qui est au cœur de l'internationalisation du droit, et de lui résister. Contribuer à l'intégration dans la mesure où le droit comparé est nécessaire pour dépasser les divergences par un travail de synthèse permettant, dans certains cas et à certaines conditions, cette hybridation juridique dont l'Europe constitue une sorte de laboratoire, d'analyse et parfois d'essais. Ainsi le projet d'un procureur européen a-t-il été conçu en combinant des éléments pris, les uns à la tradition inquisitoire, les autres à la tradition accusatoire. Mais l'hybridation n'est pas possible en tous domaines, et le même projet a renoncé à imposer des juges professionnels, au vu de l'attachement du droit anglais au jury comme symbole de la démocratie.

Car les études comparatives conduisent aussi à résister, soit de

façon radicale par le rejet de toute intégration, soit de façon plus nuancée, excluant l'unification selon des règles uniformes mais ouvrant la voie d'une harmonisation autour de principes communs, appliqués avec une marge nationale d'appréciation. Celle-ci, sorte de droit à la différence pour les États, permettrait, en conciliant les contraintes d'un droit commun et les exigences de la diversité, de conjuguer l'un et le multiple. J'emploie le conditionnel car cette marge, imprécise et évolutive, risque de favoriser davantage l'arbitraire du juge que l'émergence d'un droit commun accepté comme tel.

Ce risque conduit au second choix de méthode : faire de l'*indétermination* une composante du raisonnement juridique, c'est-à-dire admettre que le chemin n'est pas tracé d'avance et que l'internationalisation annonce peut-être une recomposition pour laquelle une certaine part d'indétermination, dans l'espace et dans le temps, serait au stade actuel nécessaire. Dire que l'indétermination est nécessaire n'implique ni son éloge inconditionnel ni un plaidoyer pour un droit sans rigueur. Bien au contraire, l'indétermination est un appel à plus de transparence dans la motivation et à plus de rigueur dans la méthode. Car il ne faut pas confondre indétermination et arbitraire.

L'indétermination vient d'abord du recours à la notion de marge nationale. Inventée par le juge européen pour tenir compte des diversités, notamment culturelles et religieuses, qui existent même dans une région pourtant assez homogène, cette notion est à plus forte raison nécessaire dans un espace mondial qui cumule toutes les disparités, à tel point que l'on peut se demander comment appliquer sans imposture le principe d'égalité entre États. Encore faut-il que la méthode soit ouvertement admise comme telle : par définition une « marge » introduit en effet une indétermination, mais elle préserve la possibilité d'une mesure commune des écarts, donc celle d'une norme commune.

L'exemple du clonage humain peut aider à en comprendre l'utilité. Il serait à la fois possible et souhaitable de poser une règle mondiale d'interdiction du clonage reproductif ; mais la proposition franco-allemande a échoué à l'ONU en raison de son silence sur le clonage dit thérapeutique, de fortes divergences rendant l'unification juridique impossible en la matière. Pour éviter l'échec,

la proposition aurait sans doute pu inclure une norme commune interdisant par exemple, au nom du principe de dignité humaine, d'implanter *in vivo* les cellules clonées, tout en reconnaissant une marge à chaque État pour définir les pratiques admises²¹.

Mais l'efficacité d'une telle formule supposerait à la fois la mise en place d'un contrôle juridictionnel et l'aménagement des méthodes.

Pour éviter un usage arbitraire de la marge nationale et réduire l'indétermination, le juge devra construire un raisonnement, donc y mettre un peu de raison, en spécifiant et pondérant les critères au vu des intérêts en jeu. La même condition s'applique d'ailleurs aux marges intrinsèques, dues à l'imprécision de certaines notions ou de certains qualificatifs, du type « raisonnable » ou « acceptable ». Venus de la *common law*, ces adjectifs postulent une confiance en la sagesse des juges et leur autodiscipline. Mais cette confiance, on l'accorde plus volontiers aux juges nationaux qu'à des juges internationaux, perçus comme des étrangers. Pour convaincre de leur légitimité, ils auront besoin d'un surcroît de rigueur. Pour définir une marge, il est nécessaire d'établir une échelle de graduation, mais ce n'est pas suffisant car mesurer l'écart à la norme ne dit pas à partir de quel point le délai devient déraisonnable, le risque inacceptable, ou la marge nationale excessive. Encore faut-il fixer un seuil qui commande l'ampleur de la marge admise, mais crée par ses variations un nouveau risque d'arbitraire, dans le temps cette fois.

En effet l'indétermination dans le temps qui, bien comprise, conditionne l'usage du principe de précaution accompagne aussi une internationalisation dont le caractère « évolutif » est parfois ouvertement revendiqué. La rigueur impose alors d'indiquer les critères qui commandent les variations du seuil de décision : critères de droit international, comme la légitimité du but invoqué ou la nature du principe concerné, et critères comparatifs, tels que l'existence ou l'absence d'un « dénominateur commun » entre les systèmes nationaux. Les juges s'y efforcent, mais ils ont peu de

21. En ce sens, « Recommandations franco-chinoises sur le clonage humain », in *Clonage humain. Droits et sociétés. Étude franco-chinoise*, dir. M. Delmas-Marty et Zhang Naigen, vol. III, *Recommandations*, SLC, 2004 (à paraître).

moyens pour mener une véritable comparaison et ils se réservent d'ailleurs de passer outre, au cas où apparaissent des « conditions nouvelles ».

Si les études comparatives peuvent ainsi contribuer à l'effort de rigueur, rien ne permet d'affirmer qu'elles feront totalement disparaître le flou et l'incertitude. Incorporer l'indétermination au raisonnement juridique n'est pas la supprimer, mais plus modestement tenter de limiter la part d'imprévisibilité – faudrait-il dire de hasard ? – dans les processus d'internationalisation du droit.

Qu'elle soit opérationnelle ou essentielle, relative ou absolue, l'incertitude conduit, comme y invitait Michel Foucault, à « remettre en question notre volonté de vérité ». Il faut, disait-il, « restituer au discours son caractère d'événement », y compris dans ses discontinuités, et « accepter d'introduire l'aléa comme catégorie dans la production des événements »²².

*
* * *

Pour formuler les hypothèses de travail, il reste à repérer quelques-unes des discontinuités du discours juridique. Non pour conjurer les hasards de leur apparition, mais du moins, le droit étant un discours prescriptif, pour chercher les bifurcations qui permettraient d'ouvrir un passage.

Commençons par la moins apparente, peut-être, pour les non-juristes, mais la plus perturbatrice pour l'ordre juridique, *la discontinuité des normes*. Les marges nationales, le principe de subsidiarité inscrit dans les traités européens et renforcé dans le projet de Constitution par un contrôle des parlements nationaux, ou encore le principe de complémentarité placé en tête du statut de la Cour pénale internationale, ont pour conséquence commune d'interrompre la chaîne verticale du droit national au droit international. Mais l'interruption horizontale est plus radicale encore entre les ensembles internationaux de même niveau que l'on avait cru autonomes parce que spécialisés en des domaines différents, par exemple le droit du marché et celui des droits de l'homme. La

22. M. Foucault, *L'Ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 61.

difficulté est que cette discontinuité exclut une subordination étroite entre différents ensembles normatifs, mais elle ne signifie pas leur autonomie absolue.

La bifurcation serait donc épistémologique, car de tels phénomènes sont difficiles, voire impossibles, à comprendre selon la conception traditionnelle d'un ordre juridique strictement déterminé par le principe de hiérarchie qui fonde l'unité du système et lui donne la forme d'une pyramide où la norme inférieure est subordonnée à la norme supérieure et ainsi de suite jusqu'au sommet. Dans les rapports entre droit interne et droit international, cette représentation n'admet que deux possibilités : le monisme, qui suppose un ordre juridique global auquel tous les autres seraient subordonnés, ou le dualisme, si les ordres juridiques nationaux restent conçus comme des ensembles séparés et indépendants. Si le premier demeure utopique, à l'inverse le dualisme, qui implique une séparation radicale entre droit national et international, ne permet pas d'intégrer au raisonnement juridique tous les phénomènes qui accompagnent l'internationalisation du droit.

C'est qu'il n'y a pas seulement changement d'échelle, par extension du territoire national à la planète et par dilatation du temps historique aux générations futures : les interactions et les indéterminations qui caractérisent ce droit mondial en gestation annoncent peut-être l'émergence d'un nouveau modèle.

Dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau ?*, François Ost et Michel van de Kerchove ont développé l'hypothèse d'une oscillation entre « l'universalité potentielle des réseaux et l'ancrage bien localisé des pyramides²³ », assumant délibérément le risque d'une dialectique sans synthèse. Ce risque existe en effet car une telle dialectique n'exclut ni le chaos déjà annoncé ni l'autorégulation par le seul marché, qui peut conduire, comme le rappelait souvent Geneviève de Gaulle, au totalitarisme de l'argent.

Pour échapper à ces désordres, nous aurions besoin, me semble-t-il, d'une théorie à la fois dialectique *et* de synthèse, dont l'objectif serait, à partir de la pluralité des systèmes, de construire un « pluralisme ordonné ». On peut le tenter en combinant, du binaire

23. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 539.

au flou, les différentes logiques qui commandent les processus déjà évoqués, comme autant de figures normatives possibles. L'hybridation, qui implique la fusion des droits nationaux en une norme unifiée, applicable selon une stricte hiérarchie, ne disqualifie pas la logique binaire traditionnelle, mais elle reste une voie exceptionnelle car elle suppose un législateur ayant le pouvoir de définir une règle précise et un juge compétent pour l'appliquer. L'harmonisation, qui se limite à poser des principes communs pour rendre compatibles les différences nationales, permet d'assouplir la hiérarchie par le jeu des marges nationales, mais elle confie au juge, récepteur de la norme, une part de sa détermination, exigeant de lui l'apprentissage de nouvelles logiques, à base de gradations et de seuils. Enfin la corégulation, qui tend à éviter les contradictions les plus flagrantes, exclut toute hiérarchie – chaque juge devenant tour à tour émetteur et récepteur selon un jeu informel d'informations et de références croisées –, mais elle appellerait transparence et réciprocité.

De l'informel au formalisme juridique, il ne s'agit pas de supprimer les tensions mais d'ordonner entre elles ces différentes figures en une synthèse évolutive et dynamique, dynamisée précisément par ces tensions. Pour y parvenir, il est essentiel de repérer les conditions propres à chaque figure, en tenant compte de la répartition des rôles entre législateur et juge, car elle commande l'organisation des pouvoirs.

Or une deuxième discontinuité affecte précisément *l'organisation des pouvoirs*. Même en Europe, l'équilibre classique entre les trois pouvoirs ne semble pas directement transposable : face à un Parlement européen faible et à un exécutif divisé entre la Commission et les États, le pouvoir judiciaire des deux cours européennes s'affirme dans une dynamique où le droit finirait par se dresser contre la démocratie. Ce risque de déséquilibre s'étend à l'échelle mondiale, à mesure que s'élaborent des normes de type transnational, conçues et appliquées par les acteurs eux-mêmes, ou encore supranational, définies par les États mais progressivement contrôlées par des organes juridictionnels, ou quasi juridictionnels. Ainsi l'organe de l'OMC peut imposer aux États des injonctions sous astreinte et les juridictions pénales internationales peuvent condamner des dignitaires de haut rang, voire un chef d'État en exercice.

Mais l'innovation majeure, dont René Cassin fut l'un des inventeurs et Robert Badinter le réalisateur en France, est encore limitée aux cours régionales, notamment la Cour européenne des droits de l'homme : c'est le mécanisme du recours individuel, exercé par des personnes privées qui deviennent sujets actifs de droit international et peuvent faire condamner un État. C'est ainsi que la France fut condamnée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme en 1986, sur la requête d'un étranger, jugé pour meurtre dans son pays, qui avait été victime d'une détention irrégulière. Régional, un tel recours peut néanmoins avoir déjà des conséquences mondiales : à plusieurs reprises, dans des affaires pénales où une extradition était requise pour un crime capital, la Cour de Strasbourg, jugeant la peine de mort contraire au dispositif européen de protection des droits de l'homme, a conduit les États requis à opposer un refus à des demandes venues notamment des États-Unis, ou plus récemment de Chine.

C'est donc tout l'équilibre des pouvoirs qui se trouve remis en cause. Pour construire un nouvel équilibre, le modèle fédéral, ou confédéral, semble difficilement transposable entre des États fortement structurés. On le voit même en Europe, où tous partagent pourtant le même idéal démocratique ; *a fortiori* dans le contexte mondial d'États très diversement avancés dans cette voie. Quant au modèle impérial, il suppose toujours une subordination entre un centre dominant et une périphérie dominée et ne garantit pas contre « l'effroyable despotisme » redouté par Kant, qui considérait que le pluralisme des États-nations est l'horizon indépassable du cosmopolitisme.

Dès lors que ni le droit international, ni le droit constitutionnel comparé, ni l'histoire ne fournissent de précédent, c'est bien d'une nouvelle bifurcation, politique cette fois, qu'il s'agit. Et l'exemple de la construction européenne devrait déjà permettre d'ouvrir quelques pistes ou d'abandonner quelques voies sans issue. La réforme des institutions oblige en effet à inventer un nouveau type d'articulation entre niveau national et supranational, dans l'exercice du pouvoir tant exécutif que législatif. Et la future Constitution européenne propose des règles pour mieux délimiter les compétences, exclusives ou partagées.

Mais bâtir de nouvelles institutions n'a de sens que si le sentiment d'appartenance à une même communauté se développe simultanément.

ment. À cet égard, les liens culturels, scientifiques et économiques importent sans doute autant, sinon plus, que les liens juridiques. Il faut se souvenir que, dans une Europe qui avait été déchirée par les guerres de religion, la pensée humaniste fit revivre l'idéal d'une société apaisée : le mythe antique d'Astrée symbolise alors l'espoir du retour à la justice et à la paix, comme « pour mieux signifier son congé à la guerre²⁴ ».

Du citoyen européen au citoyen du monde, les mouvements de la société civile, de plus en plus présente sur la scène internationale, marquent peut-être un autre moment de l'humanisme. Les références à la mythologie ont disparu et le rêve du retour à la nature a pris d'autres formes, mais la volonté reste aussi forte de « mettre fin à une ère de discorde et de sang ». Malgré leurs maladrotes et leurs excès, ces mouvements ont évolué. Nommés d'abord anti-, puis altermondialistes, ils ont pris ces derniers temps la forme de manifestations pour la paix, marquant sur l'ensemble des continents la prise de conscience d'une communauté de destin.

On peut y voir l'espoir naissant d'une évolution vers une démocratie mondiale qui reste à inventer et relierait l'ensemble des acteurs, publics, sociaux et économiques, en un nouveau « triangle civique ». Mais elle ne dispensera pas d'avancées démocratiques plus que jamais nécessaires au plan national.

C'est donc dans une triple perspective, nationale, européenne et mondiale, qu'il faut aborder l'hypothèse d'une « refondation des pouvoirs », à défaut de laquelle l'internationalisation du droit deviendrait synonyme d'impuissance, menaçant l'équilibre politique et renforçant la « déception démocratique »²⁵.

Les interdépendances de fait qui caractérisent la globalisation actuelle appellent à renforcer la lisibilité des méthodes dites de « gouvernance » en réactivant le concept de communauté. Ni le romantisme de la communauté de droit qui avait inspiré l'école historique allemande au XIX^e siècle, ni le mythe de la « communauté internationale », dont René-Jean Dupuy²⁶ a montré qu'il était

24. M. Fumaroli, « Le retour d'Astrée », in *Précis de littérature française du XVII^e siècle*, PUF, 1990, p. 52.

25. P. Rosanvallon, « Leçon inaugurale » au Collège de France, 2002, p. 34.

26. R.-J. Dupuy, « Leçon inaugurale » au Collège de France, 1979, p. 15.

le plus souvent capté au profit de groupes d'États, mais une « communauté d'États », faite de souverainetés et de responsabilités partagées, articulant les pouvoirs entre les divers niveaux de représentation, garantissant la qualité de ses juges et intégrant les formes nouvelles de participation des citoyens.

Mais une telle communauté ne peut exister que si la reconnaissance de valeurs communes contribue à déterminer le sens des normes applicables. Autrement dit, elle postule un universalisme des valeurs que le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour.

D'où la troisième discontinuité, *celle des valeurs*. À vrai dire, il y a fort longtemps que le relativisme est inscrit au cœur des systèmes de droit, puis consacré par le principe d'égalité souveraineté des États, et que l'universalisme abstrait de la raison fonde un droit naturel, puis un droit des gens, dans leurs diverses acceptions de la philosophie grecque aux Lumières. Entre relativisme normatif et universalisme philosophique, on se satisfaisait d'une discontinuité qui préservait l'autonomie juridique et la souveraineté politique.

Aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, la Charte de l'ONU pose cependant des règles à vocation universelle pour tenter de canaliser le recours à la force. Mais ces règles se limitent pour l'essentiel (avec un succès variable) à la « paix négative », l'absence de guerre. N'ayant pour objet ni de réduire les déséquilibres économiques et financiers, ni d'apaiser les conflits ethniques et religieux, la Charte ne donne pas les moyens à l'ONU de bâtir la « paix positive ». Or cette séparation devient intenable, moins pour des raisons idéologiques que par la force des choses. À mesure que se mondialisent les échanges, économiques, financiers, culturels ou scientifiques, les crimes se mondialisent aussi, du terrorisme à la corruption ou aux grands trafics ; de même que les risques, écologiques mais aussi biotechnologiques. Il devient dès lors évident que les réponses ne peuvent plus se limiter au seul droit national. L'interdépendance est devenue une réalité et appelle un projet commun. Loin de disqualifier l'ONU, les crises successives devraient renforcer l'ambition de bâtir cet « ordre international » qu'en son article 28 la Déclaration universelle reconnaît à toute personne comme un droit fondamental.

Dans l'immédiat, le risque est cependant d'exacerber la tentation

hégémonique du pays le plus puissant et les réactions nationalistes des autres. Le plus probable est donc de voir se renforcer une discontinuité à fronts renversés déjà observable : à mesure que l'universalisme devient normatif, on voit en effet se développer un nouveau relativisme, abstrait et théorique, qui oppose à l'internationalisation du droit des arguments quasi théologiques mais il semble céder le pas devant la globalisation. Le moment semble donc venu, non de renoncer au pluralisme culturel, mais de concevoir comment la variabilité qui en résulte pourrait contribuer au « générateur de diversité²⁷ » qui servira à imaginer la norme commune acceptable par tous.

Avant d'aborder les autres hypothèses, c'est ce renversement entre « le relatif et l'universel » que je voudrais étudier dans le premier volume de cette série.

27. J.-P. Changeux, « Le point de vue éthique », in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002, p. 83, également « Introduction » in *Une même éthique pour tous ?*, dir. J.-P. Changeux, Odile Jacob, 1997.

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUL
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A.S. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : OCTOBRE 2004. N° 67849 (04-000)
Imprimé en France

