

Études juridiques comparatives et internationalisation du droit

M^{me} Mireille DELMAS-MARTY, professeur

COURS : LE RELATIF ET L'UNIVERSEL

LES FAIBLESSES DE L'UNIVERSALISME JURIDIQUE

Je souhaitais commencer mon cours par l'étude de cette tension entre le relatif et l'universel qui me semble inscrite dans l'intitulé même de la chaire.

D'une part, les études juridiques comparatives nourrissent, au moins dans un premier temps, le constat du relativisme juridique. Entre ce relativisme positiviste inscrit au cœur des systèmes de droit et l'universalisme abstrait de la raison, la coexistence fut longtemps pacifique. De la philosophie grecque aux Lumières, la figure majestueuse et un peu lointaine du « droit de la nature et des gens » pouvait même donner l'illusion d'une alliance de fait car, loin de menacer les pratiques juridiques ou d'impliquer leur remise en cause, directe ou indirecte, elle leur donnait tout au contraire une légitimité théorique. En pratique, le droit international n'en restait pas moins fondé sur l'égalité de tous les systèmes.

D'autre part le phénomène de l'internationalisation du droit — qui déborde le droit *international* au profit de pratiques *trans* et *supranationales* —, conduit à reconnaître à certains concepts juridiques ayant vocation universelle un statut de droit positif. Même s'il s'agit à peine d'une esquisse, cette reconnaissance est déjà ressentie comme une provocation par les partisans du relativisme.

Sans tenter de réconcilier les points de vue des relativistes et des universalistes, je voulais les prendre les uns et les autres au sérieux en analysant cette tension à partir de données, principalement juridiques, présentées comme une sorte d'entrée en matière et d'état des lieux.

Une nouvelle donne

Nouvelle, car entre le relatif et l'universel, la relation a changé. Perçue d'abord comme simple coexistence entre les théories universalistes et le caractère émi-

nement relatif des pratiques observables, elle s'est en effet progressivement tendue face au défi de la mondialisation qui implique des réponses juridiques communes et mène ainsi vers un conflit à fronts renversés : confronté à l'émergence de concepts à vocation universelle, le relativisme se théorise et devient discours savant. Le conflit est désormais ouvert entre le relatif inscrit dans la notion même de droit, identifiée à l'État (le terme d'État de droit semblait un pléonasme à Kelsen), et cet universel, devenu juridique par fragments, qui fait son apparition dans les manuels de droit positif. Qu'ils se nomment droits de l'homme, crimes contre l'humanité, patrimoine commun de l'humanité, *lex mercatoria*, *lex electronica*, ou *lex economica*, ces fragments ont vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire planétaire. Déjà alertés par l'apparition de nouveaux ensembles normatifs à caractère supranational comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) ou le droit communautaire, les juristes découvrent, parfois avec angoisse, cette rupture de l'équivalence entre le droit et l'État qui se produit simultanément à l'échelle régionale et mondiale.

Les défis de la mondialisation ont en effet changé le paysage juridique. Si la mondialisation actuelle n'est pas la première de l'histoire, elle est, pour la première fois, caractérisée par des technologies qui abolissent les distances et se jouent des frontières. Favorisant paradoxalement les revendications locales et la prolifération des États, la mondialisation s'accompagne aussi, depuis la fin de la guerre froide, du développement de stratégies transnationales à caractère privé qui affectent l'ensemble des échanges, qu'il s'agisse des flux économiques et financiers, mais aussi scientifiques et culturels ainsi que des flux migratoires. Elle marque ainsi l'affaiblissement des principes de souveraineté et de territorialité des États et le dépassement des systèmes de droit nationaux, à un moment où les institutions mondiales ne sont pas prêtes à prendre la relève. Certes il existe des institutions régionales, mais elles participent à l'effet de brouillage, d'autant que leur potentiel d'intégration juridique varie d'une région à l'autre. Du même coup, la mondialisation favorise — des réseaux criminels aux exclusions sociales, en passant par les risques technologiques — les dysfonctionnements à caractère global qui ne peuvent être résolus par un seul État, fut-il le plus puissant.

Les systèmes de droit nationaux n'en restent pas moins nécessaires comme relais entre acteurs publics, opérateurs économiques privés, et société civile. Aussi les nouveaux concepts juridiques à vocation universelle ne semblent-ils pas destinés à se substituer aux droits nationaux, mais à se combiner avec eux, de façon complémentaire et interactive. Ils suffisent pourtant à rompre l'ancien équilibre. Le conflit s'est durci en même temps qu'il s'est inversé : alors qu'une dynamique d'intégration multilatérale se développe désormais en droit positif, c'est le relativisme qui se dogmatise et devient savant.

Il est vrai que cette dynamique, partielle, évolutive et discontinue, ne peut s'analyser en un « système » supranational qui substituerait sa propre cohérence à celle des anciens systèmes étatiques. Faisant seulement émerger de nouveaux

concepts à l'intersection de divers espaces normatifs plus ou moins contraignants, elle ne forme pas au niveau supranational un « ordre juridique », au sens institutionnel donné notamment par Santi Romano. D'où l'inadéquation des anciens modèles, conçus pour un droit essentiellement étatique et interétatique.

Il fallait donc procéder à l'inventaire des difficultés, en commençant par *Les faiblesses de l'universalisme juridique*, en première partie (cours 2003), et en réservant *L'échec du relativisme juridique* pour une seconde partie (cours 2004) : d'abord l'incomplétude des idées, puis la force des choses.

Même quand il devient de droit positif, l'universalisme reste marqué par son origine. Il relève encore de la raison pure et indique un objectif à atteindre, une voie à suivre, plus qu'il ne détermine un contenu normatif précis et stable. Cette incomplétude congénitale ne suffirait pas pour rejeter les concepts juridiques universels comme des idées fausses mais pourrait conduire à les considérer comme des idées de la raison, au sens kantien d'idées qui n'ont pas d'usage « proprement constitutif » mais « un usage régulateur, excellent et indispensablement nécessaire, celui de diriger l'entendement vers un certain but »¹. Idées phares plutôt qu'idées fausses.

Pourtant ces concepts, qu'il s'agisse des droits de l'homme, de l'humanité (au sens de crime contre l'humanité, ou de patrimoine commun de l'humanité) ou du marché (au confluent de la *lex mercatoria*, la *lex electronica* et la *lex economica*), font désormais partie du droit positif : ils ont donc un usage constitutif et relèvent aussi de la raison pratique.

Cette ambiguïté même est sans doute une faiblesse au regard des critères qui commandent la validité des systèmes de droit. Aux trois critères, de la rationalité (validité formelle), la légitimité (validité axiologique) et l'efficacité (validité empirique), s'opposent en effet, dans cet universel juridique en gestation, des *concepts flous*, des *valeurs conflictuelles* et des *normes largement ineffectives*.

1. Des concepts flous

Malgré leur hétérogénéité, les trois exemples retenus — les droits de l'homme, l'humanité et le marché — ont en commun leur caractère indéterminé ou sous-déterminé qui affecte leur validité formelle, au risque de créer une imprévisibilité synonyme d'insécurité juridique.

Les droits de l'homme

Pour n'être pas d'emblée universel, le droit des droits de l'homme semble déjà universalisable. Mais ni l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de

1. Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, Dialectique transcendantale, II, 429, Gallimard, coll. La pléiade, vol. I, p. 1248.

l'homme (DUDH), ni son application n'ont substitué l'uniformité à la diversité du relativisme.

En adoptant le 10 décembre 1948 une Déclaration « internationale » des droits de l'homme, qui deviendra « universelle » seulement en cours de rédaction, l'Assemblée générale des Nations Unies exprimait davantage un idéal qu'une réalité. La rédaction se situe en effet aux lendemains de la seconde guerre mondiale, au début des processus qui conduiront à la guerre froide, à la décolonisation et plus tard à l'éclatement du bloc soviétique, entraînant la multiplication des États (de 58 à 190). Sur les 56 États présents lors du vote (les deux absents étant le Honduras et le Yémen), une forte majorité (de 48) vote le texte. Quant aux États qui s'abstiennent, six d'entre eux appartiennent au bloc soviétique, opposé à une conception jugée trop individualiste ; tandis que les deux autres (l'Afrique du sud et l'Arabie Saoudite) entendent préserver leur conception de l'apartheid et du statut de la femme.

Pendant les deux années de la rédaction, le climat politique s'était détérioré à tel point que décembre 1948 fut sans doute une date limite pour l'adoption d'un texte qui risquait, avec quelques mois de retard, de tomber aux oubliettes de l'histoire. Les tensions politiques, ajoutées au débat éthique, devaient aboutir à diverses contradictions juridiques qui laissaient le travail inachevé (voir *infra*, les conflits de valeurs au sein des droits de l'homme).

Il n'est donc pas surprenant que dans ses applications pratiques, expérimentées d'abord à une échelle régionale, la jurisprudence peine à appliquer les textes de façon uniforme, même dans une région assez homogène comme l'Europe. C'est ainsi qu'elle va reconnaître aux États une « marge nationale d'appréciation » qui tente de conjuguer l'universalisme des droits de l'homme avec le relativisme des traditions nationales. En somme le flou se dédouble : le flou conceptuel qui entoure la définition des droits consacrés par la Déclaration Universelle conduit au flou opérationnel, inhérent à la reconnaissance de cette marge nationale, variable dans l'espace et dans le temps, qui en conditionne l'application.

Car il ne faut pas se tromper sur le caractère « universel » du droit des droits de l'homme : le terme ne renvoie pas à ces formes ou valeurs éternelles que Gilles Deleuze et Félix Guattari considéraient comme « les plus squelettiques et les moins intéressantes »², dans leur régularité et leur permanence. Rien de régulier ni d'éternel dans ces concepts là, qui ne sont pas non plus l'image inversée des dispositifs de pouvoir qu'ils reproduiraient à l'envers, mais plutôt comme des lignes de fuite qui constituent la cartographie du champ social. S'agissant du droit positif des droits de l'homme, l'universel ne s'oppose pas au relatif.

Ainsi la Cour européenne admet la diversité des droits nationaux chaque fois qu'elle reconnaît, avec la marge nationale, une sorte de droit à la différence pour chaque État, donc un certain relativisme. Elle y parvient avec plus ou moins de

2. G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?* éd. De Minuit, 1991, p. 80.

bonheur, mais si l'on prolonge la métaphore, cela revient à admettre que le même tableau est construit selon des lignes de perspectives multiples correspondant à plusieurs observateurs placés en des lieux différents du tableau. Pensant aux recherches de Paolo Ucello démontrant, avec ses trois versions de la bataille de San Romano, comment la pluralité des lignes de perspective, loin d'introduire le désordre, crée une dynamique pour le spectateur lui-même, j'en viens à l'hypothèse que le flou permet aux droits de l'homme d'aspirer à l'universel et de tenter de résoudre l'aporie énoncée par Philippe Malaurie « de vouloir sans transcendance transcender les droits »³. Ils ne transcenderaient les droits que parce qu'ils sont d'une tout autre nature : leur sous-détermination initiale permet une détermination variable dans l'espace et dans le temps qui facilite leur adaptation à une réalité plurielle et évolutive.

Il restera à le démontrer car ce flou est d'abord perçu comme une perturbation dans les divers secteurs du droit influencés par les droits de l'homme. Au sein même de l'universalisme juridique, bien que l'homme et l'humanité procèdent apparemment d'une même réalité, l'universalisme des droits de l'homme ne s'accorde pas d'emblée avec l'humanité dès lors que celle-ci devient à son tour catégorie juridique.

L'humanité

L'humanité a mauvaise réputation. Son universalisme est perçu comme totalitaire, menaçant les hommes dans leur singularité, mais aussi contestataire, inquiétant les États dans leur souveraineté. C'est sans doute pourquoi l'humanité apparaît si tard dans le champ juridique, et de façon si éclatée : il n'existe pas de concept juridique unique qui distinguerait des droits de l'homme les droits de l'humanité. Pourtant, si elle s'inscrit aujourd'hui « dans l'imaginaire des Nations », c'est que l'humanité n'est pas seulement un rêve : selon René-Jean Dupuy, elle est devenue une référence dont l'avènement dans l'histoire « ne se confond pas avec les anticipations radieuses de l'utopie », mais « annonce un réel à construire »⁴.

Pourtant, comme victime à secourir, l'humanité n'est pas d'emblée distinguée juridiquement des hommes qui la composent. Dans le prolongement du droit de la guerre, le droit « humanitaire » est défini comme une branche du droit international public centrée sur la personne humaine. À travers les conventions de Genève, progressivement élargies du droit de la guerre au droit des conflits armés, il s'attache à protéger les civils, les prisonniers de guerre et les combattants (1^{er} protocole additionnel de 1977). Plus récemment un droit « d'ingérence humanitaire » fut reconnu en cas de catastrophes naturelles ou de « situations

3. Ph. Malaurie, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *JCP*, 2002. I. 143.

4. René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des Nations*, Conférences, Essais et leçons au Collège de France, Julliard, 1991.

d'urgence du même ordre ». À vocation universelle par ses effets (les conventions de Genève ont été ratifiées par la quasi-totalité des États), ce droit humanitaire complète celui des droits de l'homme. Inspiré d'un sentiment d'humanité, il procède d'une solidarité sans frontières, mais il n'affirme pas pour autant l'autonomie de l'humanité par rapport aux individus à secourir.

Il faut attendre l'apparition, dans le statut du tribunal de Nuremberg, de crimes « contre l'humanité », progressivement détachés des crimes de guerre, pour concevoir l'humanité comme catégorie juridique spécifique. À la différence de la plupart des crimes « ordinaires », dont la définition est nationale et peut varier d'un système juridique à l'autre, c'est d'emblée à l'échelle planétaire que s'affirme le crime contre l'humanité. Mais à la différence du crime de guerre, qui protège les combattants au nom du droit *international*, il se situe au plan *supranational*, marquant la volonté de protéger « l'humanité », universelle par nature, même si l'on ne sait comment la définir.

Le point commun aux divers interdits énumérés comme crimes contre l'humanité est sans doute leur dimension collective. En effet, le Statut de Nuremberg vise les crimes commis « contre toutes populations civiles » et l'expression se retrouve ensuite, avec de faibles variantes, d'un texte à l'autre. En somme, ce que l'incrimination du crime contre l'humanité, y compris le génocide, signifie, c'est que l'être humain, même inscrit profondément dans un groupe, ne devrait jamais perdre son individualité et se trouver réduit à n'être plus qu'un élément interchangeable de ce groupe et rejeté comme tel. Si l'être humain éprouve un besoin d'appartenance identitaire, il ne peut être enfermé, enchaîné à son groupe, sans perdre son statut au sein de l'humanité. Cette dépersonnalisation de la victime met en effet en cause l'altérité, c'est-à-dire à la fois la singularité de chaque homme comme être unique et son égale appartenance à la communauté humaine.

Mais à l'heure des biotechnologies, apparaissent de nouvelles formes de dépersonnalisation, non seulement par extermination mais aussi par dénaturation. De la destruction de la vie, on passe à sa fabrication, illustrant ce que Michel Foucault appelait le biopouvoir : « la plus haute fonction n'est plus de tuer mais d'investir la vie de part en part ». Droit de mort et pouvoir sur la vie pouvant conduire à « une mise en ordre eugénique de la société »⁵. Pour incriminer l'eugénisme, puis le clonage reproductif humain, le législateur français a créé un nouveau type de crime « contre l'espèce humaine », prenant le risque de séparer l'hominisation de l'humanisation encore inachevée de notre espèce. Ce choix, contraire à l'histoire qui a toujours mêlé les deux processus de l'évolution biologique (hominisation) et l'apprentissage humaniste (humanisation), montre que l'humanité reste un concept juridique à construire. Sa définition commande la recherche d'un sens, d'une mise en ordre de la nature, d'une ligne d'horizon

5. Michel Foucault, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1970.

moral. Mais elle n'est sans doute possible qu'à la condition de prendre en compte toute la chaîne des générations.

Kant l'avait perçu de façon prémonitoire dans ses propositions pour une histoire universelle⁶, en particulier la deuxième : « chez l'homme, les dispositions naturelles qui visent à l'usage de sa raison ne devaient être développées complètement que dans l'espèce, mais non dans l'individu ». Ce qui l'amène à souligner ce fait, qu'il qualifie d'étrange et même d'énigmatique, « que les générations antérieures ne semblent poursuivre leur pénible labeur qu'au profit des générations ultérieures, ... alors que seules les générations les plus tardives doivent avoir la chance d'habiter l'édifice auquel a travaillé une longue lignée de devanciers (il est vrai sans l'avoir intentionnellement voulu) ».

Or précisément nous sommes peut-être parvenu à un stade où c'est *intentionnellement* que nous voulons préserver l'espérance d'un monde habitable. D'où l'interrogation sur les biotechnologies et, plus largement, l'apparition du nouveau thème du développement « durable », qui s'appuie sur le concept d'humanité et porte en lui, au-delà des droits de l'homme (qui visent les générations présentes), ceux des générations futures.

Mais alors, si l'on inclut les générations futures, il ne s'agit plus seulement de protéger l'humanité comme victime des crimes dirigés contre elle, encore faut-il lui reconnaître des prérogatives et notamment un patrimoine protégé comme tel, voire des biens communs.

C'est par un étrange destin que la notion de *patrimonium*, associée en droit romain au bon père de famille, accompagne en droit international l'émergence de l'humanité comme sujet de droit. Le terme peut sembler ambigu, avec sa double signification, à la fois pécuniaire par son contenu (les biens dits patrimoniaux sont évaluables en argent) et symbolique par son contenant (comme attribut de la personnalité, le patrimoine est inaliénable). Mais il exprime une solidarité, transnationale et transtemporelle, qui ne va pas de soi : la première se heurte au principe de territorialité des systèmes de droit, qui semble exclure l'idée même de gestion commune de l'espace et des ressources qu'il produit ; quant à la solidarité transtemporelle, dès lors qu'elle associe les générations futures, elle se trouve confrontée aux temporalités multiples qui déterminent les rythmes de développement différents d'une civilisation à l'autre.

Loin d'être d'emblée universel, le concept de patrimoine commun de l'humanité implique sans doute un long processus d'universalisation qui supposerait, au stade actuel, que soient reconnues des marges nationales, dans l'espace et dans le temps. Plus encore que les droits de l'homme ou les crimes contre l'humanité, il apparaîtrait ainsi comme un concept flou, dont le sens varie inévitablement dans l'espace et dans le temps. Ce constat s'impose dès l'apparition du concept,

6. E. Kant, *L'idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, Gallimard, coll. Pléiade, vol. II, p. 187 s.

mais il explique peut-être aussi son évolution vers celui de biens communs de l'humanité.

Il aura fallu de nombreux désastres écologiques pour que le terme de patrimoine commun de l'humanité soit lancé par l'ambassadeur de Malte, en 1967, en prévision de la troisième conférence de droit de la mer. La Convention de 1982 sur le droit de la mer permet d'en décrire les principaux traits : non-appropriation, non-discrimination et participation des divers pays à la gestion, un tel régime suppose des règles garantissant à tous l'accès aux ressources et imposant à tous le financement de leur conservation et des institutions pour les mettre en œuvre. La résistance des États, attachés à leur territoire et à leur souveraineté, conduit pourtant à préférer maintenant l'expression de « biens publics mondiaux » pour désigner des biens aussi différents que le climat, l'eau, l'air ou la biodiversité et évoquer un multilatéralisme impliquant non seulement les acteurs gouvernementaux mais aussi les entreprises, les collectivités territoriales et les ONG. Mais leur régime juridique reste à définir, entre une conception économique (qui renvoie au marché) et une conception plus politique (qui évoque le patrimoine commun).

Cette référence nouvelle au marché évoque une autre forme de globalisation, qui donne un rôle croissant aux acteurs économiques privés. Le changement est plus radical et la privatisation sans doute plus difficile encore à concilier avec le relativisme national. Non seulement elle accroît le risque de flou, mais elle annonce une contradiction nouvelle entre l'esprit de partage qui sous-tend les droits de l'homme et de l'humanité et l'esprit de compétition propre au marché.

Le marché

Depuis une vingtaine d'années, l'expression de « loi du marché » semble consacrée par l'usage, mais il n'en résulte ni que le marché est un concept universel, ni qu'il existe un droit du marché conçu comme un ordre juridique autonome.

Le marché est d'abord un lieu, où se confrontent l'offre et la demande. Il est aussi perçu comme un fait que l'on personnalise : on parle de sa bonne ou mauvaise santé, voire de la « tyrannie » du marché, au point d'y voir une sorte de dieu qui prendrait à terme la relève de l'État car il porte en lui une dynamique d'extension spatiale qui se traduit déjà par une confrontation avec l'État-nation.

Au plan mondial en effet, le droit des marchés ne se limite pas au droit *interétatique* : il englobe désormais ces ensemble normatifs non étatiques (*anationaux* ou *transnationaux*) que sont la *lex mercatoria* et par extension la *lex electronica* ; tandis que l'OMC, libérant les échanges, appelle le corollaire d'un ordre *supranational*, future *lex economica*. Malgré la symétrie apparente, les trois termes ne renvoient pas à des conceptions homogènes. À la différence de la *lex mercatoria*, dont l'origine privée remonte aux usages et règles du commerce

autrefois décrits sous le nom de « droit corporatif »⁷, et de la *lex electronica* qui se revendique comme non étatique, la *lex economica*, préconisée par certains pour réguler les pouvoirs privés économiques et créer un ordre concurrentiel mondial, serait conçue par les États, sur la base d'un accord multilatéral de droit international public.

Encore faut-il s'interroger sur l'universalisme de ces notions. Certes les marchés sans frontières semblent désigner la diffusion spatiale de produits ou de services plutôt que le partage de sens qui est au cœur de l'universalisme, mais le modèle qui les sous-tend exprime aussi une prétention à l'universalisme. Qu'il s'agisse du commerce, de l'information ou de la finance, et même si les rythmes sont différents d'un secteur à l'autre, d'une région à l'autre, la globalisation s'accompagne de l'apparition d'un nouveau modèle d'organisation sociale dont les acteurs utilisent le langage de l'universalisme. Dès lors que les valeurs marchandes acquièrent un statut universel, se pose la question de l'universalité des valeurs non marchandes comme contre-poids.

La question renvoie à celle de l'ordre juridique de référence : inscrit dans un ordre spontané, à base d'autorégulation, le concept de marché doit-il échapper pour autant à toute intégration dans un ordre organisé, rattaché à un État ou à une communauté, régionale ou mondiale, d'États ? Des ordres au désordre, il n'y a pas seulement un mauvais jeu de mots mais aussi un risque qui affecte l'ensemble des concepts nés du marché. On ne passera d'un ordre spontané à un ordre organisé qu'à la condition de parvenir non seulement à définir un ordre économique mondial, mais à ordonner la pluralité des ordres juridiques simultanément concernés. À défaut, le marché universel risque de conduire au désordre du monde.

Il peut y conduire par plusieurs voies. D'abord celle de l'autonomie : si la prétention du marché à l'universalisme ne s'intègre pas dans une vision d'ensemble, autrement dit si elle isole le marché pour en faire, non seulement un concept universel, mais encore un véritable ordre juridique autonome, cette conception cloisonnée du droit finira, sinon par « dissoudre les États », du moins par les surplomber et dissoudre le politique dans l'économique. C'est pourquoi l'expression même de *lex mercatoria* a été critiquée (et la critique vaut aussi, me semble-t-il, pour la *lex electronica*), car elle donne à penser qu'il s'agirait d'une organisation juridique véritable traduisant l'existence d'une société des marchands, conçue avec une cohérence d'ensemble ; alors que ce sont seulement « des îlots d'organisation qui apparaissent dans le commerce international, non une organisation unique »⁸. Mais l'autre voie, celle du retour au relativisme, ne

7. E. Lambert, Sources du droit comparé ou supranational, Législation uniforme et jurisprudence comparative, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1935, t. III, p. 478 s. (spéc. p. 498).

8. P. Lagarde, Approche critique de la *lex mercatoria*, in *Droit des relations économiques internationales*, *Mélanges Goldman*, p. 125 s.

résout pas la difficulté si chaque ordre juridique national applique alors ses règles propres et sa propre conception de l'ordre public pour apprécier la validité des instruments du commerce mondial que sont le contrat et l'arbitrage. Dans les deux cas, l'indétermination des normes applicables se traduirait par le développement des illégalismes.

Certes des réponses ponctuelles peuvent être esquissées, au coup par coup, par les États qui en ont les moyens. Pour éviter tout abandon de souveraineté, tout en remédiant à la limitation de leur ordre public interne, les États-Unis développent, au mépris du droit international, une conception extraterritoriale de leur droit national, applicable même sans rattachement, direct ou indirect, au territoire américain.

Soucieuse d'éviter cette alternative relativisme/impérialisme, une partie de la doctrine propose de faire appel à l'ordre public *transnational* (ou *anational*), conçu non pas à partir des États, mais au confluent de la collectivité des États et de la collectivité des acteurs privés que sont les commerçants internationaux. Rejoignant l'idée que le commerce international favorise une société ouverte propice au développement d'un cosmopolitisme juridique, cette notion y introduirait des préoccupations éthiques. La difficulté est qu'en pratique, le droit du commerce international, qui poursuit avant tout des enjeux immédiats et matériels, ne fait place à l'éthique et à l'intérêt commun qu'à titre exceptionnel. D'autant que la règle morale ou éthique ne fait que rarement l'objet d'un accord unanime de la part des États. À défaut d'unanimité, l'arbitre ne peut s'y référer au nom d'un ordre transnational introuvable. S'il fait néanmoins prévaloir la règle morale, ce ne peut être qu'au nom de sa propre conviction. On en revient au relativisme et la solution reste étatique.

Pour sortir de l'impasse, des formules plus nuancées sont envisagées, afin de relativiser l'autonomie de l'arbitrage et de faire apparaître l'arbitre comme un « juge international privé de la mondialisation », qui prendrait en charge non seulement les valeurs de libre échange mais également celles de la morale universelle. Mais il est difficile de croire qu'un tel scénario se mettra en place spontanément, sans recours à des sanctions, étatiques ou supraétatiques, car même en le relativisant, définir l'ordre public comme transnational revient à le séparer des États. À moins de renoncer au paradoxe d'un ordre spontané pour chercher à organiser l'ordre mondial avec le support des États, mais en l'orientant vers un ordre qui deviendrait progressivement supraétatique.

Une telle recherche est parfois envisagée à partir de l'OMC. On observe déjà, par exemple avec l'entrée de la Chine à l'OMC, que le protocole d'accès impose des réformes qui ne se limitent pas à de simples ajustements techniques. Autour des trois principes imposés par le protocole d'accession (application uniforme, transparence, contrôle juridictionnel des actes de l'administration), sont déjà perceptibles des effets à caractère général, et sans doute plus durables. Si le dispositif de l'OMC apparaît, au moins potentiellement, efficace, c'est d'abord parce que

le commerce est marqué par une interdépendance qui impose des interactions juridiques fortes (moins pour des raisons idéologiques que la force des choses). Mais aussi sans doute pour des raisons juridiques, tenant à la double dynamique qui fait du droit de l'OMC un droit à vocation mondiale : d'une part l'unification des règles (le principe de l'accord unique garantissant un véritable multilatéralisme, et non plus un réseau d'engagements bilatéraux ou à la carte) ; d'autre part leur primauté sur les sous-ensembles, nationaux ou régionaux, contrôlée par l'Organisation.

Mais les illégalismes ne se cantonnent pas au seul droit commercial et économique. Ils invitent à prendre aussi en compte les violations des droits de l'homme et de l'humanité, à partir soit de l'OMC, soit d'autres organisations comme l'Organisation internationale du travail (OIT) ou de la santé (OMS), voire des Nations Unies (ONU, Sous-Commission des droits de l'homme ou Comité sur les droits civils et politiques). Ce qui supposerait une conception non cloisonnée du droit mondial.

En somme, on pourrait s'accommoder du flou, inhérent à la recherche d'un universalisme juridique non hégémonique, mais à la condition de ne pas diviser l'universel par une autonomie excessive des concepts qui le constituent. Donc à condition de réussir à surmonter les conflits de valeurs.

2. Des valeurs conflictuelles

La faiblesse de l'universalisme juridique n'est pas seulement formelle. En termes de légitimité, elle pose une question majeure : peut-on construire une communauté de droit sans communauté de valeurs ? En effet les concepts évoqués, des droits de l'homme aux diverses formes juridiques prises par l'humanité ou par le marché, peuvent désormais, à des degrés divers et selon des modalités différentes, être invoqués devant un juge, national ou international. En inscrivant l'universalisme normatif en droit positif, ils postulent une communauté de droit à l'échelle planétaire.

Avant de prétendre que cette communauté de droit pourrait créer, par une sorte de sagesse pratique ou de constructivisme à petits pas, une communauté de valeurs, il faut examiner les conflits potentiels : conflits au sein même des droits de l'homme, mais aussi conflits « mixtes », entre les personnes et les choses, l'homme et le marché, ou, comme à propos des biens publics mondiaux, entre le marché et l'humanité.

Conflits au sein des droits de l'homme

Loin d'exprimer une vision homogène des valeurs, les droits de l'homme sont traversés de multiples tensions. Michel Villey eut beau jeu d'en démontrer, et d'en démontrer, les incohérences : « chacun des prétendus droits de l'homme est

la négation d'autres droits de l'homme, et, pratiqué séparément, est générateur d'*injustices* »⁹.

Pour prendre la mesure de ces « injustices », la méthode la plus rigoureuse consiste à partir des instruments juridiques eux-mêmes et de leur dédoublement entre les droits civils et politiques (droits *de*) et les droits économiques, sociaux et culturels (droits *à*) qui exprimerait une distinction de principe entre libertés et créances : les *pouvoirs d'exiger*, qui confèrent à leurs titulaires une créance sur l'État, et les *pouvoirs d'agir*, que constituent les libertés traditionnelles. Il reste à savoir si ce dédoublement postule une contradiction insurmontable ou une simple complémentarité, et si *a contrario* les droits figurant dans une même catégorie sont nécessairement conciliables.

Entre droits relevant d'un même instrument, la notion de limitation, particulièrement explicite dans la CESDH et la jurisprudence européenne, donne un fil conducteur. La plupart des droits civils et politiques sont en effet assortis d'une clause limitative ou échappatoire. Si l'on combine la clause autorisant des dérogations temporaires, au cas de guerre ou autre circonstance exceptionnelle, avec les autres limitations, à caractère permanent, admises soit au titre des exceptions limitativement énumérées, soit plus largement des restrictions autorisées avec une marge nationale d'appréciation, on en arrive à une échelle à quatre degrés.

Tout en haut, les droits à protection absolue pour lesquels la convention n'admet ni restrictions, ni exceptions, ni dérogations : cette catégorie correspond aux interdictions de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ainsi qu'à l'interdiction de l'esclavage et des expulsions collectives, auxquelles le Pacte Onu ajoute l'interdiction d'imposer à une personne une expérience médicale ou scientifique sans son consentement et l'obligation de reconnaître en tout lieu la personnalité juridique de chacun. À l'envers de l'énumération, la valeur juridique ainsi exprimée se lit comme le respect de la dignité humaine, au sens le plus fort du terme. Une protection quasi-absolue correspond ensuite aux droits qui peuvent être suspendus temporairement en cas circonstances exceptionnelle, mais sont protégés, en dehors de ces circonstances, sans exception ni restriction : c'est le cas du droit à la non discrimination, ainsi que de la présomption d'innocence et plus largement des droits-garantie (légalité, accès à la justice et procès équitable). Enfin tous les autres droits, énoncés avec des exceptions ou des restrictions, se contentent d'une protection relative : relative forte, pour les droits assortis de clauses prévoyant des exceptions limitativement énumérées (principalement le droit à la vie et à la liberté d'aller et venir) ; ou relative faible s'agissant de droits pour lesquels des restrictions sont admises de façon non limitative et avec une marge nationale d'appréciation (respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience ou de religion, liberté d'expression, de réunion et d'association ou de mariage, ou encore protection de la propriété).

9. M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 13 également, *Précis de philosophie du droit*, Dalloz, 1975, n° 83 s.

Cette hiérarchie commande implicitement la typologie générale des conflits car les droits à protection absolue et quasi absolue devraient l'emporter en toute hypothèse, non seulement sur l'ordre public et la raison d'État, mais aussi sur les autres droits et libertés. De même les droits à protection relative forte ne supportent que les exceptions énoncées par la convention. En revanche les droits assortis de la clause générale des « restrictions nécessaires dans une société démocratique » (protection relative faible) peuvent conduire à des conflits interindividuels, dès lors que la Convention européenne admet le principe d'une limitation « afin d'assurer la reconnaissance des droits et libertés d'autrui ». Par-delà ses fluctuations, la jurisprudence, en protégeant la liberté d'expression et en renforçant la non discrimination, définit une conception commune de la vie démocratique qui pourrait contribuer à construire un espace public européen, au sens politique du terme.

À l'échelle mondiale, il semble plus difficile de concilier à partir des droits de l'homme les conceptions chinoise et occidentale de la liberté d'expression ou, plus difficile encore, les conceptions américaines (discriminations positives) et islamiques (discriminations négatives des femmes) de la non discrimination. C'est que la question religieuse, éludée par le silence de la DUDH, n'a pas davantage été résolue par les textes régionaux. À l'humanisme laïc des textes de l'ONU, ainsi que des conventions européenne, américaine et africaine des droits de l'homme, s'opposent la Déclaration islamique et la Charte arabe qui ne séparent pas la religion du droit. Vérité révélée contre vérité démontrée : le conflit pourrait sembler insurmontable. Du moins faut-il éviter de le confondre avec l'autre conflit, souvent mêlé au conflit religieux, celui qui oppose les droits civils et politiques aux droits économiques, sociaux et culturels.

Certes la DUDH reconnaît à toute personne, non seulement des droits civils et politiques mais aussi économiques, sociaux et culturels, qu'elle déclare « indispensables à sa dignité et au développement de sa personnalité » (art. 22). Rattachant les uns et les autres à l'égalité de dignité (art.1), la Déclaration sous-entend l'indivisibilité de l'ensemble. À partir de la guerre froide, le conflit s'est néanmoins durci au point de conduire en 1966 à l'adoption de deux pactes distincts, que les États peuvent ratifier séparément (et même en Europe, la Charte sociale est distincte de la CESDH).

Il reste que ce dédoublement relève moins d'une différence de nature entre les deux catégories de droits que d'un conditionnement historique. La jurisprudence (principalement européenne) démontre, par une interprétation « par ricochet », comment la contradiction peut devenir complémentarité. Elle considère en effet que la violation d'un droit social ou économique peut faire l'objet d'une sanction si elle entraîne à sa suite celle d'un droit civil et politique. Affirmant dès 1979 « qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux », la Cour européenne impose indirectement, au nom d'une conception équitable de la procédure, le droit à l'aide judiciaire, puis,

au nom de la non discrimination, d'autres droits sociaux, y compris le droit au logement.

En faisant apparaître, à propos des droits civils et politiques, de véritables obligations positives à la charge des États, la jurisprudence européenne ne se contente pas de construire la complémentarité ; elle démontre aussi l'indivisibilité des deux catégories, seulement implicite dans la DUDH. La transposition à l'échelle mondiale serait d'autant plus nécessaire que le conflit au sein des droits de l'homme y est aggravé par le conflit « mixte » qui oppose plus largement les droits de l'homme et de l'humanité au marché.

Conflits mixtes

Avec les droits de l'homme et les diverses formes juridiques prises par l'humanité (victime de crimes ou maître du domaine) et par le marché (*lex mercatoria*, *lex electronica* et *lex economica*), l'universalisme est devenu normatif, mais seulement par fragments. Pour que ces fragments puissent s'ajuster les uns aux autres, il faudrait construire une communauté de valeurs, mais le cloisonnement des différentes sphères du droit est tel que chacune garde sa cohérence propre sans vraiment communiquer avec les autres.

Par leur critique, qu'elle soit radicale¹⁰ ou plus nuancée¹¹, des économistes font apparaître en pleine lumière, dans le débat sur un futur ordre mondial, l'importance du conflit entre les conceptions du droit qui privilégient les valeurs marchandes (concepts liés au marché) ou non marchandes (droits de l'homme et de l'humanité). Mais le débat ne se limite pas au contenu des règles de droit ; il s'étend aux deux visions de la justice, procédurale et substantielle, qui sont entrées en concurrence sans qu'il soit aisé de déterminer s'il s'agit d'un conflit ou d'une complémentarité.

Entre valeurs marchandes et non marchandes la distinction se brouille quand on passe de l'espace normatif national à l'espace international. D'une part, l'objet du commerce international s'étend bien au-delà de la stricte définition de l'acte de commerce en droit interne. D'autre part l'encadrement juridique semble inadapté aux valeurs non marchandes, en raison du renversement des hiérarchies opéré par le principe de libre circulation des personnes, marchandises, services et capitaux. Qu'il s'agisse des organisations régionales, comme l'Union européenne (UE), ou mondiales, comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les valeurs non marchandes ne sont pas totalement exclues. Elles peuvent même légitimer des mesures restrictives ; mais, précisément parce qu'elles sont considérées comme des restrictions, elles sont d'interprétation stricte et occupent une position seconde dans la hiérarchie des normes. Il en résulte qu'en pratique

10. Joseph E. Stiglitz, *La grande désillusion* (Globalisation and its Discontents), Fayard, 2002.

11. Amartya Sen, Des idiots rationnels, in *Éthique et économie*, PUF, 1993 ; *Un nouveau modèle économique* (Development as Freedom), éd. Odile Jacob, 2000.

seuls les concepts relatifs au marché (dans ses diverses formes) seraient déjà d'application universelle. En revanche les droits de l'homme et de l'humanité sous leurs diverses formes, bien que proclamés universels, resteraient dépendants de l'ordre juridique national, au risque d'être déclarés incompatibles avec le principe de libre circulation.

Il est vrai que dans l'espace régional européen le constat est plus nuancé. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est bien « le bras armé du mécanisme d'incompatibilité des mesures nationales », mais elle est aussi soucieuse de respecter les droits fondamentaux, y compris les droits consacrés par la CESDH, source d'inspiration du droit communautaire. Il faut en outre tenir compte des avancées évoquées ci-dessus de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Enfin la Convention pour l'avenir de l'Europe propose d'inscrire la Charte dans la future constitution, donc de lui donner force juridique dans l'espace communautaire, et simultanément d'adhérer à la CESDH, donc de reconnaître son opposabilité directe aux instances communautaires, sans doute sous le contrôle de la CEDH. Elle pourrait ainsi annoncer un futur ordre public européen assurant un certain équilibre entre valeurs marchandes et non-marchandes.

Comparée à l'Europe, la situation mondiale est beaucoup plus conflictuelle, en raison d'une forte dissymétrie des processus d'internationalisation, au profit des valeurs marchandes. D'une part le principe de libre circulation, imposé par les Accords du Gatt puis l'OMC, sous le contrôle d'un organe quasi-juridictionnel, facilite leur diffusion spatiale (et l'extension de leur définition) en imposant aux États de lever les barrières aux échanges (internationalisation du commerce) ; d'autre part la résistance des valeurs non marchandes est affaiblie par l'insuffisance des mécanismes de contrôle et la complexité des interactions dans un espace beaucoup plus fragmenté que l'espace européen.

Entre un ordre public national, transnational, et supranational, les contours d'un véritable ordre mondial restent à définir. Si les trois voies ont été explorées, aucune ne semble résoudre le conflit de façon satisfaisante. La première se heurte à la fragmentation du droit national, qui conduit à choisir le système le plus favorable au marché. La deuxième voie, proposée par les spécialistes de l'arbitrage, est soumise au bon vouloir des acteurs du commerce international et d'efficacité douteuse pour résoudre les conflits de valeurs. Reste la troisième voie, d'un futur ordre supranational. Conçue un peu comme une transposition du modèle régional au processus mondial, elle impliquerait l'opposabilité des valeurs non marchandes aux entreprises, à partir du marché (OMC/OMPI) et/ou des droits de l'homme (ONU).

À supposer qu'un tel principe soit admis, il resterait à mettre en place des contrôles, ce qui renvoie à l'autre débat, en apparence moins conflictuel mais potentiellement aussi sensible dans la recherche d'un futur ordre juridique mondial, entre justice procédurale et justice substantielle.

Renouvelée par la tentative de John Rawls de libérer le juste de la tutelle du bien et de donner une solution procédurale à la question du juste, la question n'est pas propre aux concepts juridiques à vocation universelle. Mais elle a pris une ampleur sans précédent au plan international, où il semble plus facile de se mettre d'accord sur une façon commune de dire le droit que sur une conception commune des valeurs inscrites dans les règles de droit.

Le droit à un procès équitable fait partie des droits de l'homme, mais des *Règles transnationales de procédure civile* ont aussi été élaborées par l'*American Law Institute*, et parrainées par *Unidroit*. D'origine privée, le projet, inspiré par le modèle américain, offre à qui souhaiterait s'en servir (entreprises, arbitres ou États) pour des litiges privés relatifs à des opérations commerciales transnationales, une alternative dans la recherche d'une procédure universelle. C'est dire l'ambiguïté du courant actuel en faveur de « l'éthique procédurale ».

Désormais ce sont en effet les juristes qui transposent et radicalisent Rawls, comme d'ailleurs Habermas, en proposant de raisonner non plus du procès vers le politique, mais du politique vers le procès, le procès devenant modèle du politique. C'est ainsi que de la « conception » procéduraliste des philosophes on en vient, aujourd'hui, sous la plume de nombreux auteurs, à ce terme « d'éthique », procédurale, voire de « démocratie procédurale », au risque de donner à croire qu'une procédure équitable suffit à garantir une décision juste.

Sans mettre en cause la recherche d'un droit commun du procès, nécessaire à mesure que se développent les juridictions mondiales, pénales, mais aussi commerciales (comme l'Organe de règlement des différends créé au sein de l'OMC), l'analyse incite à repérer quels sont les bénéficiaires d'un progrès procédural qui ne peut, en toute hypothèse, prétendre se substituer au progrès substantiel.

En somme, ces conflits de valeurs sont sans doute pour la communauté internationale l'enjeu majeur des prochaines décennies. Soit l'ambition se limite à concevoir un ordre public mondial de police, reposant sur un système de sécurité collective, multilatéral si l'ONU obtient les moyens nécessaires, ou unilatéral si la vision américaine actuelle l'emporte ; alors l'internationalisation du droit risque de continuer à privilégier valeurs marchandes et procédures au détriment de l'éthique et de la justice substantielle. Soit on tente de construire, par des passerelles entre les diverses organisations multinationales mondiales et régionales, un véritable ordre juridique mondial au sens annoncé sinon réalisé par l'art. 28 DUDH ; alors seulement devient-il possible de conjuguer marché, droits de l'homme et droits de l'humanité.

Mais il ne suffit pas d'accumuler des textes et de construire des passerelles en papier. Encore faut-il garantir l'effectivité de ces normes, condition de la validité empirique des systèmes de droit.

3. Des normes ineffectives

La validité empirique — juger les normes à leurs effets — semble la plus évidente, car elle marque le retour du droit aux faits, mais aussi la plus ambiguë, quant à la définition des « effets », et peut-être la plus dangereuse, lorsqu'on vient à réduire la validité à ce seul critère. Privilégiée par les courants positivistes, qui présupposent la définition du droit comme ordre de contrainte, elle peut conduire à un réalisme purement normatif. Le risque est alors, soit de légitimer sur ce seul critère la validité de n'importe quel système de normes dès lors qu'il se révèle durablement efficace, soit à l'inverse de disqualifier tout système dont l'effectivité ne serait pas démontrée.

Il n'en reste pas moins que, dans la vision plurielle retenue ici, l'effectivité des normes demeure l'un des critères de leur validité. Cette vision permet en effet d'éviter à la fois les pièges d'une « simple idolâtrie du fait » (la norme inappliquée n'existe pas) et ceux de la dogmatique (peu importe que la norme s'applique ou non dès lors qu'elle a été régulièrement adoptée par un organe compétent)¹². Mais elle ne suffit pas pour préciser de quels effets il s'agit.

Il faut revenir à la polysémie du mot « norme », révélée par les dérivés : d'une part, *normatif* et *normativité*, qui impliquent un idéal, un « devoir être » ; de l'autre, *normal*, *normalité*, *normalisation*, qui renvoient à la moyenne des comportements, à « l'étant ». Dans la première perspective, l'effectivité est d'abord instrumentale ; dans l'autre, elle peut être symbolique si la norme véhicule et inculque une certaine idée de la normalité, indépendamment de toute obligation juridique. Rappelons par exemple que la DUDH, sans force juridique obligatoire, est invoquée dans le monde entier par les victimes de violations.

Malgré ces nuances, il reste que les concepts à vocation universelle ne forment pas un véritable système et que les risques d'ineffectivité s'en trouvent fortement accrus, tant par la dispersion des sources que par l'insuffisance des recours.

Dispersion des sources

Ni géologues, ni sourciers, les juristes emploient volontiers l'expression, éclairante par la représentation dynamique qu'elle donne du droit, imaginé comme un flux ou un fleuve, mais ils se méfient aussi d'une métaphore trop poétique, dont l'origine latine et cicéronienne ne fait pas pardonner le soupçon naturaliste. Kelsen était particulièrement critique : « on peut désigner par ce mot toutes les méthodes de création du droit, ou bien toute norme supérieure dans son rapport avec la norme juridique inférieure dont elle règle la création »¹³. En définitive, conclut-il, « la multiplicité des significations du terme “sources de droit (ou du droit)” le laisse apparaître comme vraiment inutilisable ».

12. J. Carbonnier, *Flexible droit*, 4^e éd. LGDJ, 1979, p. 99s.

13. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 313.

Mais c'est précisément cette multiplicité, encore accrue en droit international, qui me semble intéressante et utile, car elle explique, mais aussi nuance, le constat des faiblesses de l'universalisme normatif. Il faut donc tenter un repérage, d'abord topologique, puis typologique, de cette multiplicité des sources.

Le terme de topologie est emprunté à la partie des mathématiques qui étudie la notion, *a priori* intuitive, de continuité et de limite. Cet emprunt incite à analyser les phénomènes qui suggèrent un voisinage entre des espaces normatifs alimentés par des sources partiellement autonomes. Mais l'analogie s'arrête là car ces termes seront employés dans leur sens courant, sans prétendre construire une théorie des sources normatives à vocation universelle.

Comme nous l'avons vu en effet, ces sources jaillissent de façon dispersée et imprévue, sans qu'on puisse les rattacher à un ordre juridique unique. D'abord l'ordre international semble lui-même fait d'une multiplicité d'ordres juridiques partiels, qui relèvent d'organisations internationales diverses et sont partiellement mis en œuvre par une vingtaine de juridictions internationales (régionales et mondiales). Mais l'universalisme normatif relève aussi des sources nationales, car l'État, qu'il admette ou non l'applicabilité directe de la norme internationale, reste le principal agent d'application du droit international. Malgré la discontinuité apparente que crée une telle dispersion, des relations de voisinage s'instaurent entre les espaces normatifs, différentes selon que la dispersion est géographique, ou méthodologique.

La géographie normative des droits de l'homme n'est pas celle du marché. Nous avons déjà eu l'occasion de le constater, en particulier en Europe où cette dispersion horizontale entraîne des effets de voisinage, positifs dans la mesure où l'application de la CESDH renforce l'effectivité du droit communautaire : la Cour de Strasbourg sert, dit-on, de « Samu » à la Communauté européenne pour obtenir la bonne exécution de ses dispositions par les États. À l'échelle mondiale, de tels effets semblent beaucoup plus restreints : il n'y a pas de cour mondiale des droits de l'homme pour servir de Samu à l'OMC. À l'inverse, l'OMC, cantonnée pour l'essentiel au commerce mondial, semble peu disposée à intégrer les instruments juridiques de protection des droits de l'homme. En revanche des effets sont perceptibles dans le cadre de la dispersion verticale, entre sources nationales, régionales et mondiales. À première vue, cette dispersion semble renforcer l'effectivité instrumentale, dès lors qu'elle implique une hiérarchie d'un niveau à l'autre. Mais elle s'affirme surtout au profit du marché.

Quant au crime contre l'humanité, le retour au droit national aboutit parfois à l'ineffectivité totale, donc à l'impunité, en raison des formes indirectes d'auto-amnistie. À moins de tenir compte aussi des normes régionales. En assimilant les crimes internationaux à des violations graves aux droits de l'homme, les instances interaméricaines ont en effet contribué à renforcer l'effectivité de la norme universelle, en jugeant incompatibles avec la Convention américaine les formes directes et indirectes d'auto-amnistie. Ainsi l'effectivité de la norme mon-

diale, affaiblie par la norme nationale, peut être finalement sauvée par la norme régionale.

À la dispersion géographique, s'ajoute une dispersion méthodologique si l'interprétation des concepts à vocation universelle, au lieu de se limiter à la référence exclusive au droit international, utilise aussi la méthode comparative. À cet égard, le renouveau en droit international de la conception dogmatique exclusive n'est sans doute qu'une réaction de défense par rapport aux audaces de la pratique (nouvelle manifestation du conflit à fronts renversés évoqué ci-dessus). L'observation des pratiques montre en effet la place croissante de la méthode comparative, appelée à renforcer l'effectivité de la norme universelle en cas d'imprécision de la définition internationale. À condition d'être systématisée, la recherche d'un « dénominateur commun » permettrait d'éclairer l'application des normes imprécises (effectivité instrumentale), tout en évitant le soupçon de la subjectivité du juge (effectivité symbolique).

En somme la topologie démontre moins les faiblesses de l'universel normatif que sa complexité croissante qui rend l'évaluation à la fois incertaine et évolutive. D'autant que la relation n'est pas seulement de voisinage. En cas de dispersion verticale, les sources n'ont pas toutes la même autorité normative. La hiérarchie est claire quand il s'agit d'un concept fortement intégré comme le marché. Elle l'est moins quand on s'interroge, par exemple, à travers l'autorité respective du droit pénal international et des droits de l'homme, sur le degré d'intensité normative des différents concepts, autrement dit sur la typologie des normes.

En termes de typologie, la conception « moderne », privilégiant l'effectivité fondée sur la force (obligatoire et contraignante) du droit, ferait place à un droit dit « post-moderne », marqué par une conception que les anglophones nomment *soft law*. En français, le mot a deux traductions : droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions, entre dur et doux). Naturellement méfiante à l'égard des délices de la sophistication juridique, je dois convenir, bien que les deux échelles (le mou et le doux) soient le plus souvent confondues, que la dissociation permet d'affiner la mesure de la force juridique avec laquelle jaillissent les sources du droit.

Cette dissociation me semble d'autant plus utile que l'universalisme juridique, à peine ébauché, la rend sans doute particulièrement visible. On peut l'observer avec les droits de l'homme : la force obligatoire, absolue ou quasi absolue, des droits « indérogeables » ne garantit pas l'application effective de sanctions contraignantes en cas de transgression. On le constate aussi, à l'inverse, avec la *lex mercatoria*, ou les codes de conduite, normes non obligatoires qui deviennent pourtant contraignantes dès lors que les parties choisissent de s'y référer et que l'arbitre ou le juge en sanctionne indirectement la transgression.

Quant à la force obligatoire, le droit international est d'abord affecté par la graduation, qui fait varier l'intensité normative selon la nature des normes, qui soit proposent (déclarations, recommandations, programmations, etc.), soit imposent (normes constitutionnelles, législatives et réglementaires du droit interne, directives et règlements communautaires, ou encore conventions et traités internationaux). S'ajoute un phénomène décrit comme dilution de la norme, par extension des titulaires de droits et d'obligation.

Pour ma part, je n'y vois pas une pathologie car c'est l'ambition même de l'universalisme juridique que de viser à devenir effectif pour tous et à l'égard de tous (*omnium* et *erga omnes*). Sans doute cette dilution entraîne-t-elle inévitablement une graduation, car il semble impossible, au stade actuel, d'assurer à un même degré d'intensité normative l'effectivité de normes d'application aussi étendue. Mais la difficulté est moins dans cette variabilité de l'effet normatif que dans la répartition du pouvoir qui la sous-tend. C'est l'inégalité qui pose problème, d'autant qu'à l'oligarchie des États s'ajoute une oligarchie privée qui commande le fonctionnement du marché, dès lors que la faible intensité normative (normes non obligatoires) se combine avec l'absence de sanctions contraignantes pour favoriser les plus puissants parmi les entreprises ou les États.

La force contraignante du droit dépend en effet de la sanction, restitutive ou répressive, qui commande la contrainte exercée sur le destinataire de la norme. Quand il s'agit de sanctionner les États qui ont eu pendant longtemps le monopole de la contrainte légitime et restent le principal agent d'exécution du droit international, on conçoit qu'il soit difficile d'imposer des sanctions, à défaut d'un gouvernement mondial et d'une police mondiale, qui s'imposeraient à eux. En toute hypothèse, la sanction se distingue de la force brutale (la loi du plus fort) par sa juridicité, donc par l'existence de recours.

Insuffisance des recours

La création de la Cour pénale internationale (CPI) marque peut-être un tournant car c'est en sanctionnant les interdits qu'une communauté se construit une identité et une mémoire commune. À défaut de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas encore, la fonction essentielle de la justice pénale internationale serait, en éclairant l'opinion publique, de transformer la condamnation en instauration d'un ordre futur, Mais le processus est à peine ébauché et son ambition d'être « pour le droit contre la force » se réalise seulement quand la force « n'est pas trop forte », nous ramenant au débat sur la force du droit.

Il est vrai que les recours ne se limitent pas au droit pénal. L'analyse doit inclure les diverses formes de judiciarisation du droit mondial et tenir compte également du processus inverse, dont la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet est restée l'emblème, de la mondialisation des juges nationaux.

La judiciarisation du droit mondial, encore exceptionnelle, est le plus souvent subordonnée à l'accord des États. La Cour internationale de justice de La Haye,

juridiction généraliste et universelle créée par la Charte des Nations Unies comme pièce maîtresse du droit international, reste une juridiction facultative et consensuelle, une simple cour d'arbitrage dont la compétence est limitée aux États et dont la saisine est conditionnée par leur bonne volonté.

Du moins la dispersion des sources normatives entraîne-t-elle une multiplication des juridictions, ou plus largement des organes de contrôle, et une ouverture des recours aux acteurs privés, individuels ou collectifs.

Les seules véritables juridictions mondiales, dont la compétence soit imposée, et non consentie, sont les juridictions pénales. Or les difficultés de leur création, retardée pendant près d'un siècle (l'idée figurait déjà dans le Traité de Versailles en 1919), témoignent de l'étroite alternative où se trouve enfermé le droit international, entre un universalisme ineffectif, s'il dépend de la volonté de tous les États, et une effectivité impérialiste, imposée par quelques États sur-puissants. En effet les tribunaux pénaux internationaux ont été créés, non par une convention supposant des ratifications, mais par résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, obligatoire d'emblée. Mais ils ont une compétence *ad hoc*, limitée dans l'espace et dans le temps. À l'inverse la CPI a potentiellement compétence permanente et universelle, mais en réalité cette compétence n'est obligatoire que pour les pays ayant ratifié la convention de Rome. Elle ne s'étend aux ressortissants de pays tiers qu'à des conditions fort limitatives.

Malgré ces précautions, la dureté même de l'offensive américaine anti/CPI est un hommage indirect, sinon à l'effectivité, du moins aux potentialités de la Cour. Mais elle donne une idée des difficultés que rencontre la communauté internationale pour renforcer, à l'image des cours régionales, la judiciarisation des droits de l'homme.

En matière de droits de l'homme, l'écart se creuse en effet par rapport au marché. Conséquence de la dispersion des sources, le dédoublement observable en Europe entre le Conseil de l'Europe et la Communauté européenne se reproduit entre l'ONU et l'OMC. Mais avec cette différence majeure que l'Europe a établi deux juridictions, la CEDH et la CJCE, dont les échanges croisés commencent à constituer une sorte de co-régulation qui pourrait s'institutionnaliser et faciliter la solution des conflits entre valeurs marchandes et non marchandes ; alors qu'à l'échelle mondiale, ce dédoublement s'accompagne d'une forte dissymétrie. Celle-ci aurait d'ailleurs tendance à s'accroître avec la montée en puissance du mécanisme de règlement des différends, juridictionnel, ou quasi-juridictionnel, qui se met en place auprès de l'OMC, comparée à la stagnation de l'ONU en matière de droits de l'homme.

En revanche l'apparition des acteurs privés comme sujets, actifs ou passifs, du droit international, est l'une des grandes nouveautés. Mais l'organisation des recours, loin d'être homogène et univoque est comme le reflet des conflits de valeur évoqués ci-dessus. S'il est vrai que les recours des acteurs privés, quand ils sont admis, ont pour conséquence commune d'affaiblir les États, ils n'expri-

ment pas pour autant — loin s'en faut — l'émergence d'une véritable communauté de valeurs, mais plutôt celle d'intérêts, sinon antinomiques, du moins fortement hétérogènes.

En ce qui concerne les entreprises, la marchandisation semble aller de pair avec la judiciarisation. À mesure que la concurrence se durcit, la nécessité de peser les intérêts en présence renvoie au pouvoir (juridictionnel ou quasi-juridictionnel) des autorités de régulation. Le constat s'étend du droit interne au droit international régional, avec le renforcement du droit au juge au sein de l'Union européenne. Il semble amorcé aussi à l'échelle mondiale dès lors que certains États donnent aux investisseurs la possibilité de saisir directement un arbitre international en cas de différend. À terme, la question reste posée, malgré les oppositions, d'un accord multilatéral sur les investissements, supposé protéger à la fois les investisseurs contre les aléas politiques et économiques des investissements en pays étranger, et les États contre des exigences excessives de multinationales trop puissantes.

Encore faut-il éviter de renforcer ainsi le conflit entre valeurs marchandes et non marchandes. Reconnaître aux investisseurs le statut de sujets actifs du droit international, en leur ouvrant des recours contre les États, impliquerait logiquement d'établir aussi leurs responsabilités, comme sujets passifs, en cas de violation du droit international des droits de l'homme ou des droits de l'humanité. À défaut d'y parvenir, la dissymétrie des recours ouverts aux acteurs non étatiques risque d'accroître les inégalités, d'exacerber les conflits de valeurs et finalement d'affaiblir non seulement l'effectivité mais aussi la légitimité de l'universalisme normatif.

Pour éviter que la dissymétrie s'aggrave, parmi les acteurs privés, entre les opérateurs économiques et les simples acteurs civils (individus et ONG), dont les possibilités d'action sont actuellement très restreintes, qu'il s'agisse de droits de l'homme *stricto sensu* ou des droits de l'humanité, il est parfois proposé d'élargir la liste des crimes internationaux aux domaines dans lesquels des entreprises transnationales pourraient être directement responsables : biotechnologies (clonage reproductif) ou atteintes aux biens communs de l'humanité (pollutions). Dans les cas les plus graves, le droit pénal pourrait ainsi rétablir un équilibre entre les acteurs non étatiques, d'autant que la convention de Rome renforce la position des victimes auprès de la CPI.

En outre le droit pénal peut être appliqué, en raison du principe de compétence universelle, par les juges nationaux ainsi « mondialisés ». À mesure que les normes internationales sont intégrées au droit interne, les juges nationaux deviennent en effet, par une sorte de « dédoublement fonctionnel », au sens imaginé de façon prémonitoire par Georges Scelle dans les années trente, les gardiens du droit international (régional ou mondial). Les conditions varient selon que leur système admet ou non l'applicabilité directe, mais il suffit que l'affaire relève de leur compétence ordinaire (territoriale ou personnelle). Plus surprenante, la

« mondialisation des juges » conduit à une extension de leur compétence à des faits n'ayant aucun lien de rattachement avec l'État (faits commis à l'étranger, par des étrangers, sur des victimes étrangères). Cette compétence universelle devrait viser en bonne logique la protection des valeurs universelles. En réalité elle n'est qu'exceptionnellement admise ou imposée par le droit international, et plus rarement encore appliquée.

Il a fallu l'émulation venue de la création des tribunaux pénaux internationaux pour que les juges se réveillent et, par l'un de ces effets de voisinage évoqués ci-dessus, commencent à appliquer des textes qu'ils avaient jusque-là négligés. On découvre alors que la voie de la compétence universelle impliquerait non seulement des bases internationales claires et précises, mais encore une harmonisation d'un système à l'autre, encore largement utopique à l'échelle mondiale.

D'où la seconde voie, non pas alternative mais complémentaire, des juridictions mixtes créées dans diverses parties du monde (au Kosovo, en Sierra Leone, au Timor Oriental et plus récemment au Cambodge). Composées pour partie de juges nationaux et pour partie de juges dits internationaux, venus de pays étrangers et représentants, non pas leur pays d'origine mais la communauté internationale, ces juridictions témoignent d'un effort d'imagination pour trouver des réponses à l'ineffectivité des normes à vocation universelle. Leur extension à des pays développés, comme les États-Unis, pourrait les transformer en ateliers du pluralisme juridique. À moins qu'elle ne serve de prétexte pour marginaliser la CPI.

En conclusion, la principale faiblesse de l'universalisme juridique tient aux conflits entre des valeurs dont la cohérence d'ensemble commanderait pourtant l'idée même d'un ordre juridique mondial. Or la conciliation ne peut relever ni des seuls concepts traditionnels, ni des seuls moyens d'un droit obligatoire et contraignant.

On pourrait être tenté de revenir au relativisme et à l'autonomie des différents systèmes. Mais, en ces temps de globalisation et d'interdépendance, l'indépendance affichée risque de conduire à une dépendance de fait à l'égard du système juridique du pays le plus puissant : du relativisme pluraliste, on glisse parfois vers un relativisme impérialiste, qui tend à se confondre avec une conception impériale de l'universalisme. Du moins est-ce la vérification à laquelle il faudra procéder l'an prochain en examinant les limites du relativisme juridique face à une globalisation en pleine expansion. Après l'incomplétude des idées, la force des choses.

En somme, malgré les apparences, le relativisme n'est pas réaliste. Le réalisme serait de faire appel aux forces imaginantes du droit pour sortir de l'impasse. Qu'il s'agisse des concepts flous ou des normes ineffectives, les faiblesses ouvrent peut-être une autre voie pour tenter de construire ensemble une future communauté de valeurs, en faisant le pari que le flou, le doux et le mou seraient comme les garde-fous de cette complexité là. Il faut sans doute se nourrir de l'incomplétude des idées pour ne pas subir la force des choses.

SÉMINAIRE

Participation au séminaire de Pierre-Étienne Will (chaire d'Histoire de la Chine moderne) : *Tradition chinoise et démocratie — Les problèmes du droit et de la légalité*.

Présentation avec Pierre-Étienne Will : *Introduction* (15 janvier 2003) ; *La Chine et la Déclaration universelle des droits de l'homme* (29 janvier 2003) ; *Conclusions : Les interactions entre droit chinois, droits occidentaux et droit international au XX^e siècle* (7 mai 2003).

Présentation : *Le débat en Chine sur le clonage humain* (5 mars 2003).

Supervision (doctorantes de l'Université de Paris I) : Leïla Choukroune, *Les conséquences juridiques de l'entrée de la Chine à l'OMC* (19 février 2003) ; Li Qinglan et Sun Ping, *La réforme des professions de procureur et d'avocat en Chine* (12 mars 2003).

AUTRES ACTIVITÉS

Publications

— *Variations autour d'un droit commun*, Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, SLC, dir. M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, déc. 2002.

— *Le clonage humain, droits et sociétés, recherche franco-chinoise, vol. 1, Introduction*, avec Zhang Naigen, Société de législation comparée (SLC), 2002, en version chinoise, presses de l'Université de Fudan (Shanghai), 2002 ; *vol. 2, Comparaison*, sous presse.

— *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, dir. M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage et E. Lambert, SLC, juin 2003.

— La construction d'un État de droit dans la Chine d'aujourd'hui, avancées et résistances, *D.2002. Chr. 2484* (en version anglaise, Present-day China and the Rule of Law, Progress and Resistance, *Chinese Journal of international law*, World Academy Press, 2003).

— Interdire et punir : le clonage reproductif humain, *RTDH* 2003, 429.

— La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international, *RSC* 2003, 1.

— The contribution of comparative law to a pluralist conception of international criminal law, *Journal of international criminal justice*, Oxford University Press, 2003, 13-25.

— Droit comparé et droit international : interactions et internormativité, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, dir. M. Chiavario, Dalloz/Giuffré, 2003, 11-26.

— Intervention lors de la cérémonie de remise du doctorat *honoris causa* de l'Université catholique de Louvain, *RTDH* 2003, 749-753.

Traductions

— En anglais : *Pour un droit commun* (Cambridge University press, 2002) ; *Procédures pénales de l'Europe* (Cambridge University press, 2002, dir. avec John Spencer).

— En portugais : *Trois défis pour un droit mondial* (Lumen Juris, nov. 2002, Sao Paolo, Brésil).

Responsabilités

- Membre du Conseil scientifique de l'Institut universitaire européen.
- Membre du jury des chaires Blaise Pascal.
- Membre du jury de l'IUF (candidatures senior).
- Membre du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

Colloques

— Organisation en nov. 2002 du colloque de clôture de la recherche sur *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* (Commission européenne/UMR de droit comparé de Paris/Association de recherches pénales européennes, ARPE), SLC, juin 2003.

— Organisation de la deuxième rencontre franco-chinoise sur *Le clonage humain*, (UMR de droit comparé/ARPE), nov. 2002, à paraître, SLC, 2004.

— Participation au Colloque international de droit comparé de Bruxelles : *Comparative law and the internationalisation of law in Europe*, à paraître, in *Epistemology and methodology of comparative law in the light of European integration*, Bruylant, 2003.

— Participation au second Forum mondial des juges, Porto Alegre, janvier 2003 : *L'internationalisation des juridictions*.

— Participation au XIII^e congrès mondial de criminologie, Rio de Janeiro, 10-15 août 2003 : *La place du droit pénal dans la mondialisation du droit*.

Conférences

— Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, 23 avril 2003, La mondialisation du droit.

— Université de Bâle, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, 20 mai 2003.

Soutenance de thèses (rédigées sous ma direction)

— Kathia Martin, 10 décembre 2002, « Les politiques criminelles française et brésilienne applicables aux mineurs délinquants : l'interaction avec le droit international des droits de l'homme », mention très honorable avec félicitations.

— Claire Saas, 13 décembre 2002, « L'ajournement du prononcé de la peine : césure et recomposition du procès pénal », mention très honorable avec félicitations.

— Judith Vailhé, 16 décembre 2002, « Les opinions individuelles des juges de la CEDH : lecture de la jurisprudence sur le cumul des fonctions judiciaires », mention très honorable.

— Li Qinglan, 24 juin 2003, « Le rôle du parquet dans la politique criminelle chinoise », mention très honorable avec félicitations.

Distinctions

— Docteur *honoris causa* de l'Université de Louvain, avril 2003.

— Commandeur dans l'ordre national du mérite, juin 2003.