

Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit

COURS : LE RELATIF ET L'UNIVERSEL¹

II. LES LIMITES DU RELATIVISME JURIDIQUE

(OU LA FORCE DES CHOSES)

Le pire ennemi du relativisme juridique n'est pas l'universalisme. Malgré la « judiciarisation » des droits de l'homme et l'apparition du crime « contre l'humanité », l'universalisme n'est devenu de droit positif que par fragments et ses faiblesses sont telles (concepts flous, valeurs conflictuelles, normes ineffectives) qu'elles n'excluent pas le retour au relativisme. On peut même penser qu'elles favorisent la montée en puissance d'un « humanitarisme impérialiste » qui pourrait exprimer un relativisme dominateur, caché derrière certaines applications, civiles ou pénales, du principe de compétence universelle.

C'est dire que le couple universalisme/relativisme ne peut s'analyser du seul point de vue théorique, comme si les insuffisances de l'un suffisaient à garantir la validité de l'autre. D'autant que le relativisme n'est pas en soi une théorie juridique unifiée, mais un terme ambigu, mélange incertain de description empirique – la diversité des systèmes – et de prescription morale – le pluralisme des valeurs, c'est-à-dire le particularisme et la neutralité, admis et même prescrits au nom de la tolérance. Strictement entendu, le pluralisme juxtapose mais n'harmonise pas les différents systèmes, dont il postule au contraire l'autonomie politique et l'égalité juridique. Mais un tel postulat se heurte aux inégalités et aux interdépendances qui ébranlent les fondements mêmes du relativisme. En ce sens le pire ennemi du relativisme est bien la force des choses.

Ni le *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, ni le *Dictionnaire de la philosophie politique*, ni celui de la *culture juridique* ne définissent le relativisme. Le terme renvoie plutôt à la philosophie morale et à l'éthique et le débat porte alors sur l'existence d'accords, ou de désaccords, à propos des valeurs. Considérant que le relativisme moral n'est pas en soi une position éthique, mais une position sur l'éthique, ou méta-éthique, qui s'appuie sur un relativisme descriptif, Anne Fagot-Largeault s'était interrogée, lors de Journées annuelles du Comité national d'éthique, sur les attitudes morales, telles que tolérance et non-ingérence, que cette position peut inspirer en aval. Cette méta-éthique ne suffit pas selon elle à fonder un relativisme normatif radical, car celui-ci « comporte le risque d'être ramené à la

¹ L'ensemble des cours prononcés sous ce titre en 2003 et 2004 est publié aux éditions du Seuil (sept. 2004).

force brute pour régler les conflits ». Aussi conclut-elle : « le point délicat est de trouver les conditions d'un véritable échange qui ne déclenche pas la peur d'une perte d'identité »².

Il est vrai que les mésaventures de l'intégration européenne démontrent, parfois jusqu'à la caricature, l'ampleur des difficultés à surmonter pour trouver les conditions d'un tel échange. D'autant que le processus, malgré ses lenteurs, est déjà suffisamment engagé pour provoquer un durcissement d'une partie de la doctrine. De la description de la diversité des systèmes de droit, on glisse vers un relativisme qui se dogmatise (unilatéralisme pour les uns, dualisme pour les autres), au nom d'un principe moral de tolérance et de pluralisme qui se définit davantage par ce qu'il refuse (l'harmonisation et *a fortiori* l'unification des systèmes de droit) que par la recherche des méthodes qui garantiraient l'autonomie de chaque système

Sans doute faut-il admettre que les concepts mêmes de « système » et d'« ordre juridique » ne donnent qu'une représentation très imparfaite des ensembles normatifs, aux contours incertains et instables, qui traversent les frontières nationales comme des nuages dont la forme a changé avant même qu'on ait réussi à en saisir le dessin. Mais je me demande si la situation présente ne procède pas d'une illusion inversée. L'illusion du pluralisme, pour reprendre la formule de Jean Carbonnier, se heurtait jusqu'à présent au fait que le droit étatique finissait toujours par l'emporter: le pluralisme « croit avoir filmé le combat entre deux systèmes de droit, mais ce qu'il montre est un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre »³. Mais l'illusion du relativisme (qu'il se nomme particularisme, dualisme ou unilatéralisme) se heurte aujourd'hui au fait que, malgré la discontinuité apparente des ensembles normatifs, l'autonomie parfaite n'existe pas, ni l'égalité entre Etats, pourtant affirmée par la Charte des Nations Unies.

Il ne faut pas oublier en effet que, si le droit partage avec la morale son caractère normatif, il partage aussi avec la science politique sa relation avec le pouvoir. Le problème est qu'en droit privé, même international, cette relation est peu visible, alors qu'elle a tendance à envahir tout le champ du droit international public, favorisant l'approche politique au détriment de l'approche juridique. De façon un peu caricaturale, on pourrait dire que le droit international privé fait comme si les inégalités n'existaient pas, alors que le droit international public peine à démontrer qu'en dépit de ces inégalités, il existe bien un droit dans la sphère internationale. Dévalorisé au motif qu'il serait peu effectif, le droit international souffre de son voisinage avec les relations internationales, dont la doctrine semble marquée par la

² Anne Fagot-Largeault, « Les problèmes du relativisme moral », in *Une même éthique pour tous ?* dir. J.P. Changeux, éd. Odile Jacob, 1997, p. 43 s.

³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 214 ; coll. Quadrige, 1994, p. 361.

prédominance d'universitaires originaires des Etats Unis, pays affranchi par sa position de « superpuissance » de l'obligation de subir les conséquences de ses violations répétées du droit international, et placé ainsi dans une situation de fait tout à fait exceptionnelle.

Sans pour autant nier l'existence des inégalités, l'internationaliste japonais Yasuaki Onuma⁴, préfère insister sur les fonctions expressives (communication, expression de valeurs, enfin justification et légitimation) afin de ne pas réduire le droit international à la seule fonction répressive qui supposerait un droit obligatoire rendu effectif par des mécanismes de contrôle et de sanction. Aborder la question du pouvoir sous ses multiples facettes lui permet de nuancer les différences entre le relativisme des forts et celui des faibles. Même le pays le plus puissant devrait prendre en considération ce fait nouveau que l'autonomie des systèmes de droit peut se trouver directement mise en cause par les situations d'interdépendance nées de la mondialisation, car ces situations marquent les limites, juridiques et pas seulement politiques, du relativisme.

En effet la mondialisation actuelle ne se borne pas à rejoindre le niveau de la précédente, en termes de mobilité économique et d'intégration internationale financière mais se caractérise juridiquement par des « frontières sens dessus dessous »⁵. Marquée simultanément par l'intensification de la mobilité des personnes et des biens et par la constitution d'espaces virtuels sans territoire, ni accroche matérielle, la mondialisation prend des formes juridiques inédites qu'exprime mieux sans doute le terme « globalisation », dans sa double signification d'extension spatio-temporelle et de vision intégrale ou totale.

Les sujets du droit dit « international » ne sont plus seulement les Etats mais aussi certains acteurs privés. Du même coup le droit interne, enfermé dans les frontières du territoire national, même élargies par des clauses d'extra-territorialité ou des accords de coopération, ne fournit plus le cadre juridique adéquat. Qu'il s'agisse de la mobilité des délinquants à travers les frontières, de la circulation à la vitesse électronique, dans un espace devenu virtuel, de flux immatériels (flux d'argent, mais aussi des informations), ou encore des effets globaux des risques, observables d'un bout à l'autre de la planète, la globalisation modifie les repères qui permettent de situer les relations juridique dans l'espace et le temps et conditionnent le fonctionnement des systèmes de droit.

⁴ Onuma Yasuaki, "International Law in and with International politics: The functions of international Law in International Society", *European Journal of international Law, EJIL* (2003), vol. 14, n°1, p. 119 (traduction libre).

⁵ A. J. Arnaud, *Critique de la raison juridique, vol.2 Gouvernants sans frontières, Entre mondialisation et post-mondialisation*, p. 31.

1. Des crimes globalisés

Le droit pénal semblait pourtant le domaine privilégié du relatif : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà... Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place parmi les actions vertueuses » Et Montesquieu après Pascal distingue des lois de la nature les lois positives « tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁶. Il repère pourtant le mécanisme de l'interdépendance : « deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes ». Ajoutant cette nuance que « si l'esprit du commerce unit les nations, il n'unit pas de même les particuliers »⁷. Ce serait plutôt l'inverse aujourd'hui où l'esprit du commerce unit, ou plus modestement rapproche les acteurs privés que sont les entreprises multinationales, alors que les nations restent juridiquement divisées, notamment en matière pénale.

Le commerce mondial rapproche les systèmes de droit car il exige davantage d'égalité entre les concurrents. Peu lui importent les inégalités à l'intérieur d'un pays, en revanche entre partenaires concurrents l'égalité est indispensable. Pour que le jeu se joue à armes égales, il faut réussir à aplanir le terrain (*level the playing field*). Or les sanctions pénales se révèlent, à cet égard, plus efficaces que les règles administratives ou civiles. A condition de renoncer au relativisme au profit d'une certaine harmonisation des incriminations et des sanctions.

Rien d'étonnant dès lors si le libéralisme, après avoir supprimé les frontières du commerce et favorisé la déréglementation en dissociant l'espace économique du territoire politique, implique un retour vers un droit pénal qui doit s'adapter à cette dissociation. A défaut d'une impossible unification, et pour compléter une coopération lente et peu efficace, c'est l'harmonisation que semblent privilégier les dispositifs internationaux les plus récents, qu'ils visent la corruption hors des frontières nationales, ou plus largement les trafics transfrontières, allant de très anciennes pratiques, comme les trafics d'esclaves, à l'apparition du tout nouveau crime de blanchiment, né de la globalisation et placé comme elle en position transversale par rapport à l'ensemble des crimes globalisés.

De la corruption hors frontières aux trafics transfrontières, puis au terrorisme sans frontières, s'effacerait peu à peu l'idée même de frontières.

⁶ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Gallimard, La Pléiade, p. 237.

⁷ *Ibidem*, p. 585, 596.

Corruption hors frontières

La notion de corruption reste profondément liée à l'histoire et à la culture de chaque pays. Si Montesquieu assimile la vertu au gouvernement démocratique (et la corruption à sa perte), le droit musulman introduit un dédoublement entre la conception laïque du terme et la corruption comme « désordre sur terre », conception religieuse qui inclut divers actes considérés comme subversifs à l'égard des préceptes religieux.

A première vue ce relativisme ne semble pas ouvertement menacé par les dispositifs internationaux. A lire le Préambule de la convention contre la corruption (Onu, 2003), il s'agirait tout à la fois de protéger des intérêts nationaux (les ressources des Etats, leur stabilité politique et leur développement durable) et des valeurs supposées universelles (les institutions et les valeurs démocratiques, les valeurs éthiques et la justice) contre des pratiques globalisées (« la corruption frappe toutes les sociétés et toutes les économies »). En réalité, le mot-clé est ainsi prononcé, même si le pluriel en atténue la portée : « la corruption frappe toutes les économies ». L'argument est encore plus clair dans la convention de l'OCDE (« La lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », 1997) qui annonce d'emblée la couleur : « la corruption, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique et fausse les conditions internationales de la concurrence ».

Car c'est du marché qu'il s'agit. Pour permettre la liberté et la fluidité des échanges, la concurrence ne doit pas être faussée. Il faut donc des règles qui se substituent à la pure violence des rapports de force. Ce qui ramène à Durkheim, et à son analyse du contrat qui « ne se suffit pas à soi-même » car il n'est possible que grâce à une réglementation « qui est d'origine sociale »⁸. Mais cette réglementation d'origine sociale ne renvoie pas seulement, comme il le pensait alors, à une solidarité organique et à des sanctions restitutives. Le droit pénal est en première ligne dans l'espace économique global où le droit international impose désormais des sanctions pénales.

Au delà d'une simple extension géographique, la question est de savoir si le changement tend à privilégier des valeurs éthiques, qui nous ramèneraient à l'universalisme, ou s'il obéit principalement à des contraintes économiques. Si l'objectif affiché est la réaffirmation de la valeur universelle des droits de l'homme et des principes de la démocratie et de l'Etat de droit, les pratiques sont plus ambiguës car elles ne substituent pas d'emblée la protection des intérêts mondiaux à celle des intérêts nationaux, mais expriment plutôt l'enchevêtrement

⁸ E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 9ème éd. 1973, p. 193.

d'intérêts multiples, mondiaux mais aussi nationaux et parfois régionaux, à caractère public mais aussi privé.

La lutte contre la corruption hors des frontières nationales illustre ainsi de façon exemplaire les différences entre l'universalisme et la globalisation. D'un côté l'universalisme semble appeler un droit mondialisé sur le modèle hiérarchique et vertical traditionnel, transposant les technologies du pouvoir étatique vers un contrôle de type *supranational* (comme celui exercé, par exemple, par les Cours européennes ou la Cour pénale internationale). Mais on sait que les résistances nationales sont particulièrement fortes en droit pénal. Si le contrôle de la corruption s'internationalise pourtant, c'est par d'autres voies, plus horizontales et apparemment moins contraignantes, de type *international* (évaluation mutuelle), voire *transnational* (partenariat public/privé).

D'où les interrogations sur une tendance à la privatisation qui, sous des apparences consensuelles, pourrait cacher un manque de contrôle démocratique. D'autant que ce mélange d'intégration horizontale (autorégulation, évaluation mutuelle) et verticale (contrôles juridictionnels étatiques) et cette combinaison de droit dur (*hard law*), comme la convention de l'OCDE et les systèmes nationaux de droit pénal, et mou (*soft law*), comme les standards et codes de conduite, créent une incertitude des définitions qui affecte la prévisibilité des normes. L'insécurité juridique est encore aggravée par la complexité d'un processus qui s'efforce de rapprocher les droits nationaux, mais sans en supprimer la diversité. C'est d'ailleurs pour surmonter l'hétérogénéité des pratiques, nationales et internationales, que l'idée d'un partenariat intégré entre acteurs publics et privés, a été lancée par les opérateurs économiques eux-mêmes, notamment pour le commerce des armes et de la défense (un secteur particulièrement lucratif où les commissions s'élèvent à des pourcentages compris entre 30 et 45% de la valeur des contrats). D'abord conçu en marge des systèmes de droit nationaux, le modèle proposé aurait vocation à s'étendre de telle sorte qu'à terme les systèmes juridiques nationaux pourraient s'en trouver à leur tour marginalisés. Instrumentalisé par la voie de la dénonciation privée, le droit pénal deviendrait simple moyen de pression pour assurer le fonctionnement de l'ensemble.

L'exemple de la corruption hors frontières amène ainsi à formuler l'hypothèse que l'Etat n'est plus l'horizon indépassable des technologies du pouvoir et pourrait devenir un instrument parmi d'autres, pris dans un vaste réseau interactif caractérisé en effet par la globalisation des enjeux économiques et les limitations de la souveraineté politique.

Il reste à vérifier si l'hypothèse est transposable à d'autres secteurs, en particulier aux trafics transfrontières.

Trafics transfrontières

Les trafics d'esclaves, comme les trafics de stupéfiants, n'ont pas toujours été incriminés pénalement ; ils le deviennent, à mesure que les pratiques se développent à travers des frontières qui vont progressivement s'ouvrir. Ce mouvement de criminalisation s'explique tantôt parce que le trafic porte sur un objet interdit en raison de sa dangerosité (trafics de stupéfiants, mais aussi trafics d'armes, de déchets polluants, etc.) ; tantôt parce qu'il porte sur un objet hors du commerce, qu'il s'agisse de biens culturels (trafics d'œuvres d'art), de produits du corps humain (trafics d'organes) ou des êtres humains eux-mêmes. C'est moins la marchandise que la marchandisation qui fonde alors une interdiction, dont le trafic d'esclaves, puis la traite d'êtres humains, sont devenus la figure emblématique.

Sans épuiser, loin s'en faut, la question des trafics transfrontières, ces deux exemples rappellent que, si réprochées soient-elles aujourd'hui, de telles pratiques n'ont pas toujours été interdites. Il ne faut pas oublier que l'abolition de l'esclavage fut d'abord un enjeu national (les Etats étant favorables ou défavorables à la traite d'esclaves selon leurs intérêts commerciaux) et que les idées universalistes, qu'il s'agisse de la reconnaissance de l'égalité, ou beaucoup plus tard de l'égle dignité de tous les êtres humains, tarderont à se traduire en droit positif. La Révolution française, si attachée fut-elle à l'universalisme des droits de l'homme, attendra 1794 pour supprimer l'esclavage, qui sera rétabli par Bonaparte quelques années plus tard (en 1802), et ne sera définitivement aboli qu'en 1848. Même l'apparition des « nouvelles formes d'esclavage », dites « contemporaines » (visées par le second protocole de l'Onu qui désigne ainsi tout à la fois l'esclavage domestique, l'esclavage sexuel, ou encore celui qui est lié au travail clandestin), n'ont pas fait disparaître tout vestige des intérêts nationaux. Ainsi leur criminalisation semble autant répondre aux fluctuations des intérêts nationaux qu'à l'émergence de valeurs universelles.

Quant à la criminalisation du trafic de stupéfiants, qui conduit à celle du blanchiment de l'argent produit par le trafic, elle se situe dans le contexte de la « guerre contre la drogue ». La surconsommation américaine de drogue avait conduit les grands cartels à mettre en œuvre des procédés de plus en plus sophistiqués pour rapatrier et réinjecter dans les économies nationales, notamment en Colombie, des masses monétaires considérables, par le biais de sociétés d'import-export, de sociétés immobilières et de sociétés-écrans. L'internationalisation des circuits financiers avait commencé à inquiéter les responsables américains, en quête de méthodes alternatives à la voie pénale, qui leur semble d'une efficacité douteuse quant au recouvrement des fonds. Des mots d'ordre comme « récupérer l'argent » (*go for the money*), ou « couper la tête du serpent » (*cut the head off the serpent*)

devaient conduire à combiner procédures civiles et pénales, puis à reconstituer le circuit de l'argent (*paper trail*), ce qui suppose une approche mondiale pour associer les principaux centres financiers et bancaires à la définition d'une politique cohérente.

On distingue ainsi deux mouvements. D'abord une criminalisation progressive des principaux trafics, encore ambiguë parce qu'elle exprime un mélange de relativisme (par renvoi à des intérêts nationaux) et d'universalisme (par référence aux droits de l'homme et de l'humanité) ; puis un mouvement, qu'on pourrait dire de « sur-criminalisation » car il conduit à un dispositif pénal de plus en plus répressif, marquant un recul plus net du relativisme au profit d'une répression qui tend à s'unifier. Mais il s'agit moins de protéger des valeurs universelles que de rendre opérationnels les nouveaux concepts de blanchiment et de criminalité organisée, nés avec la globalisation financière, ou activés par elle.

Le contraste est tellement frappant entre l'ampleur du dispositif mis en place contre le blanchiment et les résultats dérisoires en termes de recouvrement des fonds, qu'on en vient à se demander si une stratégie apparemment si inefficace n'a pas pour véritable objectif de légitimer le durcissement du droit pénal dans le domaine, politiquement plus correct, de la criminalité dite organisée.

L'ennui est que l'on ignore où commence et où finit cette notion, plus criminologique que juridique, de « criminalité organisée », ou « d'organisation criminelle ». En l'absence de définition internationale - car les dispositifs comme la convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée (Onu 2000) ou la convention de Merida contre la corruption (Onu, 2003), renvoient de façon quelque peu circulaire à l'organisation d'infractions considérées comme « graves »- il s'agit d'une formule vide que le législateur peut utiliser pour durcir la répression pratiquement dans n'importe quel domaine.

La notion de criminalité organisée serait ainsi une sorte de « cheval de Troie » qui fait pénétrer dans le système pénal un modèle de « sur-criminalisation », ou plus exactement de « sur-répression », allant de l'extension des procédures d'exception (prolongation de gardes à vue et détentions provisoires au delà des durées de droit commun, négociations avec les criminels en échange de leur impunité) jusqu'aux nouvelles méthodes policières, jusque là réservées aux services de renseignement et de contre espionnage (opérations d'infiltrations, arrestations extra-territoriales illégales, utilisation d'appareils d'écoutes dans les bâtiments, ou de localisation par satellites).

D'abord lancé de façon bilatérale par les Etats Unis, dont les traités d'assistance réciproque, conçus avant tout pour fournir des preuves et des informations, s'embarrassent fort peu du respect des droits fondamentaux des suspects et des victimes, le modèle est

désormais transposé aux instruments multilatéraux, mais toujours selon cette même conception, qui fait peu de place aux instruments de protection des droits de l'homme. Si le relativisme du droit pénal tend à s'effacer en ces domaines de la criminalité transfrontières, ce n'est donc pas au nom de l'universalisme mais au nom des réalités pratiques, telles qu'elles sont perçues par la puissance dominante.

C'est aussi cette conception, guerrière mais pas forcément efficace, qui prévaut désormais dans la lutte contre un terrorisme devenu sans frontières.

Terrorisme sans frontières

S'il est un crime profondément inscrit dans les frontières nationales, c'est bien le terrorisme. N'oublions pas que le terme est apparu dans le langage juridique avec la Révolution française lorsque, face à l'invasion étrangère et aux menaces intérieures, la Convention nationale adopta un ensemble de mesures d'exception au nom de la « Terreur ». Le fait que désormais le terrorisme désigne une terreur dirigée contre l'Etat, sans pour autant faire disparaître le terrorisme d'Etat, n'a pas facilité la recherche d'une définition commune. Alors que la plupart des incriminations pénales ont une signification à la fois répressive et expressive -la répression du meurtre consacre le droit à la vie comme celle du vol le droit de propriété -, les actes incriminés comme « terrorisme » peuvent avoir été commis contre des personnes ou contre des biens, voire en amont ; aussi le terrorisme n'exprime-t-il aucune valeur spécifique et sa signification est exclusivement répressive : durcir la répression face à des violences organisées qui gardent une parenté avec les atteintes à la sûreté de l'Etat.

Il n'est donc pas surprenant que, faute de définition commune, le terrorisme ne relève pas de la compétence de la Cour pénale internationale (CPI), à moins d'analyser certains actes terroristes comme des crimes contre l'humanité.

Et pourtant, les pratiques ont radicalement changé, comme si les attentats du 11 septembre 2001, filmés et diffusés par toutes les télévisions, avaient gravé dans les mémoires, de façon peut-être irréversible, le passage du terrorisme trans-frontières au terrorisme sans frontières. S'il est vrai que les organisations terroristes utilisent à leur tour les moyens, technologiques, financiers et médiatiques, de la globalisation, en retour le terrorisme est perçu désormais comme une menace directe contre la globalisation. Ce n'est sans doute pas un hasard si le thème a été inclus dans les débats au Forum de Davos en 2004.

Ici encore le relativisme, qui avait su résister à l'internationalisation du droit, semble mis en échec par la globalisation. Qu'il s'agisse de permettre la remise des suspects ou des condamnés d'un bout à l'autre de l'Europe ou d'assimiler le terrorisme à l'agression et la répression à la guerre (Résolutions Onu des 12 et 28 septembre 2001, *Patriot Act* américain,

26 oct. 2001), les instruments juridiques mis en oeuvre depuis le 11 septembre tendent à supprimer progressivement les frontières de la répression, au propre comme au figuré.

Malgré le refus des Etats d'introduire le terrorisme dans la liste des crimes relevant de la CPI, un mouvement de « dépolitisation » ne s'en est pas moins engagé, afin de favoriser l'entraide internationale. On observe, depuis les années 80, une extension progressive de l'activité d'Interpol, dont le statut exclut pourtant toute intervention dans des affaires présentant un caractère politique, aux affaires de terrorisme. Au cours de la décennie suivante, les questions de terrorisme seront explicitement intégrées à la compétence de l'Office européen de police (conv. Europol, 1995, entrée en vigueur en 1999). Enfin le véritable basculement a été marqué en Europe par l'adoption simultanée le 13 juin 2002 de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme et de celle qui instaure un mandat d'arrêt européen, supprimant la procédure d'extradition et imposant la remise des suspects à l'Etat qui en fait la demande, pour une liste de 32 infractions, dont le terrorisme.

C'est ainsi que le passage d'un terrorisme international à un terrorisme global, marque le recul, voire l'échec, du relativisme juridique, non pas au profit de valeurs universelles (le respect des droits de l'homme n'est pas la préoccupation première), mais en raison d'une conception désormais globale.

Mais la réaction des Etats aux attentats du 11 septembre ne se limite pas à un nouveau durcissement de la répression pénale et se traduit par une remise en cause plus radicale que la seule dépolitisation du terrorisme. Il s'agit tout à la fois de criminaliser le financement du terrorisme et de globaliser la répression pénale, à tel point que l'on finit par perdre de vue, aux Etats Unis mais aussi en Europe, la différence entre sécurité intérieure et extérieure, autrement dit entre la paix et la guerre.

En considérant les attentats du 11 septembre « comme une menace à la paix et à la sécurité internationales », les Nations Unies (résolutions précitées, septembre 2001) marquent le point de départ de cette lente érosion de la distinction entre sécurité intérieure et extérieure, donc entre répression et guerre. Dès le 26 octobre 2001, la loi désignée par son sigle USA PATRIOT⁹, étend les pouvoirs de surveillance de l'*Attorney général* en matière d'écoutes administratives et de détention policière et traduit le durcissement d'une justice pénale d'exception, qui s'étend d'ailleurs au delà des investigations pour terrorisme, le mot d'ordre « *sneak and peek* » (cafarder et espionner) (sect. 213, *Patriot Act*) permettant au

⁹ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001, Publ. L. No. 107-56 (Loi d'unification et renforcement de l'Amérique par la mise à disposition d'outils appropriés nécessaires à l'interception et obstruction du terrorisme).

gouvernement fédéral de demander une « fouille secrète » dans toutes les investigations criminelles fédérales. Mais cette loi exprime plus fondamentalement le glissement de la répression pénale vers la « guerre contre le terrorisme international ». Ainsi les ressortissants étrangers sont détenus pour la plupart sur la base militaire de Guantanamo, hors du territoire américain, selon un dispositif qualifié par une cour britannique de « *legal black-hole* » (trou noir juridique). Pour refuser aux détenus le statut de prisonniers de guerre, le Gouvernement américain a emprunté à une ancienne décision de la Cour suprême la formule étrange de « combattants illégaux » (*unlawful combatants*)¹⁰. Le *Patriot Act* permet plus largement de substituer l'espionnage à l'enquête et d'écarter les garanties du système pénal. Le service fédéral de renseignements, normalement habilité à procéder à des écoutes et interceptions de sécurité administratives dans le domaine des affaires extérieures, peut désormais intervenir dans des investigations criminelles, sur la base du large critère appliqué en matière administrative. Le dispositif autorise même l'échange de renseignements entre les services, qui peuvent divulguer, sans contrôle d'un juge ni garanties quant à leur usage, des renseignements recueillis notamment grâce aux écoutes et autres interceptions de sécurité. Bien au-delà des enquêtes pénales, l'objectif est de globaliser les renseignements par le jeu de fichiers interconnectés.

Enfin la loi fiscale pour 2004 franchit une étape supplémentaire en matière de renseignements en permettant au FBI (*Federal Bureau of Investigations*) d'accéder sans mandat, et par une simple procédure administrative, aux fichiers des institutions financières, étant précisé que la loi considère comme telles des entreprises telles que compagnies d'assurance, agences de voyage, agents immobiliers, courtiers en bourse, ou même bijouteries, casinos et concessionnaires de voitures.

Cet amalgame entre sécurité et renseignement, qui concerne autant la sécurité internationale que la sécurité intérieure, atteint également l'Europe. Outre le durcissement des lois nationales anti-terrorisme adoptées depuis 2001, on peut observer une confusion croissante entre les trois catégories d'opérations de police qui correspondent aux trois piliers de la construction européenne (opérations de police financière, intégrées au 1^{er} pilier et menées par l'Office de lutte anti-fraude, OLAF, opérations de maintien de la paix menées, notamment par la gendarmerie, au nom de la gestion civile et militaire des crises, 2^{ème} pilier, enfin lutte contre la criminalité transnationale, notamment le terrorisme, 3^{ème} pilier, Europol). La confusion semble entretenue par les Etats qui demandent un « retour en sécurité intérieure

¹⁰ Par ses arrêts du 28 juin 2004, la Cour suprême des Etats – Unis reconnaît cependant certains droits aux prisonniers américains (*Hamdi et al. c. Rumsfeld* et *Rumsfeld c. Padilla*) et étrangers (*Rasul et al. c. Bush*).

de l'investissement en sécurité extérieure ». Au risque d'inciter les agents engagés au titre de la sécurité extérieure à empiéter sur la sécurité intérieure, ou, à l'inverse, à intégrer la sécurité intérieure (qui relève en principe d'Europol) dans la gestion financière de l'Union, lorsque l'Office européen de lutte antifraude décide de lancer des enquêtes sur le financement du terrorisme.

C'est dire combien la globalisation des crimes est inséparable de la globalisation des flux immatériels, qu'il s'agisse des flux financiers ou des flux d'informations.

2. Des flux immatériels

Les attentats du 11 septembre illustrent de façon exemplaire le lien entre terrorisme, flux financiers et flux d'information. S'il y a eu alors un crime « global », c'est non seulement parce que les victimes et les acteurs étaient de nationalités multiples, et que la cible était planétaire ; mais plus encore en raison d'une utilisation parfaitement maîtrisée des principaux instruments de la globalisation. Il semble en effet que la préparation des attentats et leur réalisation ont été rendues possibles grâce aux réseaux de communication Internet, les organisateurs étant eux-mêmes de très habiles acteurs du capitalisme financier. C'est pourquoi les pénalistes commencent à délaisser les études criminologiques sur la psychologie des terroristes et de leurs victimes pour privilégier l'analyse des flux immatériels, économiques et financiers et des dispositifs bancaires.

Si « l'immatériel » semble plus neutre que le « matériel », tout dépend de l'usage qui en est fait, car le neutre n'est pas inactif ; bien au contraire, sa force est dans sa souplesse et ses oscillations, son « énergie vibratoire » pour évoquer ce que Roland Barthes appelait « le temps vibré », citant l'exemple du joueur de billard au geste « apparemment hésitant, et pourtant typiquement adroit »¹¹. N'exprimant plus seulement la mobilité des personnes et des choses, allant de territoire en territoire, la globalisation se développe dans des espaces non territorialisés, nécessairement globaux parce qu'immatériels, les flux d'informations circulant par Internet ou s'échangeant sur les marchés financiers.

Ici, plus encore que pour les crimes globalisés, apparaissent les limites du relativisme juridique. C'est ainsi que la « gouvernance mondiale » est devenue la formule magique proposée pour gouverner la mondialisation sans gouvernement mondial. Mais les pratiques ne ressemblent guère à un tel objectif : les droits nationaux gardent prise et les stratégies mondiales parfois élaborées par des accords multilatéraux, à caractère régional ou mondial, sont parfois aussi imposées de façon unilatérale. Il reste à savoir comment ces diverses

¹¹ R. Barthes, *Le neutre, Cours au Collège de France, 1977-78*, Seuil, 2002, p. 174 ; voir aussi « L'actif du neutre », *Ibidem*, p. 116 s. ; « Idéosphère et pouvoirs », *Ibidem*, p. 126s.

stratégies se combinent entre elles, des flux financiers aux flux d'informations, pour appeler, au nom du pragmatisme, un dépassement du relativisme.

Les flux financiers

Sur le plan financier, la situation mondiale est caractérisée par l'incapacité à résoudre le problème des paradis, fiscaux et bancaires, qui fonctionnent comme des zones de non droit, favorisant les circuits criminels et faussant le jeu de la concurrence.

Les paradis ne datent pas d'aujourd'hui, mais les investissements directs dans les places financières à faible imposition fiscale se sont surtout intensifiés à partir de 1985 comme un effet de la dérèglementation. Pourtant, si la globalisation facilite l'évasion vers de tels paradis, elle les rend aussi paradoxalement plus difficiles à supporter, en raison des effets négatifs qu'ils provoquent en série (effets dominos) et conduit aux « listes noires », méthode qui consiste à nommer et stigmatiser (*naming and shaming*). Encore faudrait-il réussir à harmoniser les listes, malgré l'hétérogénéité des intérêts en jeu, qui vont de la répression de la criminalité (Groupe d'action financière), à des préoccupations fiscales (OCDE) ou de stabilité financière (Forum de stabilité financière). Les disparités conduisent à s'interroger sur les véritables enjeux qui semblent se focaliser sur quelques centres, en négligeant le fait que les places *off-shore* sont utilisées non seulement par la grande criminalité, mais aussi par les entreprises multinationales, dans leurs efforts pour contourner les règles fiscales et le droit des sociétés de leurs pays d'origine. Les récents scandales financiers, de l'affaire *Enron* à l'affaire *Parmalat*, semblent mettre en cause tout le système, démontrant que l'existence de dispositifs nationaux, caractérisés par leur fragmentation mais aussi leur instabilité, n'empêche ni l'impuissance du droit, ni le risque de débordement par le jeu des clauses extra-territoriales. Du vide, on passe ainsi au trop plein, des silences à la prolifération normative.

Ainsi le droit français accumule les réformes (lois sur les nouvelles régulations économiques, 2001, les sociétés anonymes, 2002, la sécurité financière et l'initiative économique, 2003), aboutissant à une dépenalisation d'autant plus large que le droit pénal des affaires est aussi neutralisé par la procédure du « plaider coupable » de la loi dite *Perben II*, applicable à la plupart des délits de société, notamment à l'abus de biens sociaux.

Si la prolifération normative ne garantit pas l'efficacité – les textes actuels appellent déjà une réforme-, c'est sans doute aussi qu'elle s'accompagne de fragmentation, en l'absence d'autorité mondiale des marchés financiers. Il est vrai que le principal dispositif mondial est la loi américaine *Sarbanes-Oxley* (2002). Pendant que la France dépenalise, et que l'Europe peine à harmoniser sa législation financière, les Etats Unis poursuivent en effet leur

mouvement de criminalisation et d'internationalisation, avec une législation applicable à toutes les entreprises du monde, dès lors qu'elles sont cotées aux Etats Unis.

On en vient à ce constat que « l'introduction massive du droit public économique dans le champ des conflits de loi nés de l'interconnexion des marchés s'accompagne d'une politisation caractérisée des litiges »¹², brouillant les certitudes liées au compartimentage étanche du droit public et du droit privé dans les théories traditionnelles de droit international privé et marquant la nécessité d'un renouvellement des catégories juridiques traditionnelles. D'autant qu'à l'inverse, les litiges de droit international public, qui sont traités par l'Organe de règlement des différends de l'OMC, bien que réputés inter-étatiques, « concernent de très près, voire se confondent, avec les intérêts d'acteurs économiques privés, à tel point qu'il est évident que l'Etat se fait en réalité le porte-parole de ces intérêts »¹³.

Un droit privé qui se politise et se publicise, un droit public qui se privatise : on mesure à quel point la globalisation économique et financière perturbe l'ordre juridique auquel nous étions habitués et que nous avons cru immuable. Il n'est pourtant pas question de se donner le temps de repenser tout l'ensemble. Au tableau noir des systèmes de droit, on efface rarement mais on ajoute volontiers, entre les lignes, ou en marge, de nouvelles formules qui modifient peu à peu tout le dessin. Quand le bricolage devient trop visible pour être ignoré, on lui donne un nom, aussi noble et rassurant que possible, comme « gouvernance mondiale ».

Distincte à la fois de la « gouvernance d'entreprise », qui se limite au champ privé du droit des sociétés, et de la « bonne gouvernance », qui porte sur l'adoption de bonnes pratiques dans la conduite des affaires publiques nationales, la « gouvernance mondiale » donne à croire à l'existence d'une discipline que l'on viendrait à enseigner, alors qu'il s'agit surtout d'un rêve¹⁴. Comme pratique, la gouvernance mondiale, en évolution permanente, se caractériserait d'abord par l'énergie libérée par les flux immatériels. Elle apparaît moins comme un modèle stabilisé que comme un mouvement, une dynamique de transformation qui multiplie les interfaces, lieux de passages pour d'improbables rencontres, où se croisent sans s'unir le public et le privé, le dur et le mou.

Avant d'imaginer des méthodes pour transformer la cacophonie ambiante en une polyphonie, aussi harmonieuse que possible, il reste à explorer d'autres domaines, notamment

¹² H. Muir Watt, « Globalisation des marchés et économie du droit international privé », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, Dalloz 2003, p. 245.

¹³ H. Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Rev. arbitrage*, 2003, n°3, p. 897.

¹⁴ Selon M. Foucault, la nouvelle technologie de gouvernement, comme toute technologie prend trois formes au cours de son histoire et de son développement : un rêve, puis une pratique, enfin une discipline académique, in *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, tome IV (1980-88), p. 821.

celui des flux d'information, symbolisé par l'Internet, où la place laissée au relativisme des droits nationaux semble se réduire davantage encore.

Les flux d'information

Des flux financiers aux flux d'informations, il ne s'agit ni de déréglementation, ni de dérégulation, mais de l'apparition d'un espace non assimilable à un territoire (et en ce sens « virtuel »), qui n'est ni privé ni public, mais simplement en dehors du droit. La question du relativisme juridique ne se pose donc pas dans les mêmes termes, dès lors que l'autorégulation précède l'élaboration de normes étatiques. Mais elle ne suffit plus et la réponse des Etats paraît inéluctable, superposant à l'autorégulation un droit dur, civil et pénal, appliqué, faute de mieux, par les juridictions nationales. On légifère donc, du *Digital Millenium Copyright Act* (28 oct. 1998) adaptant le droit américain de la propriété intellectuelle aux nouvelles technologies jusqu'à la *China's Internet Regulation* (1^{er} octobre 2000), en passant par la France avec les lois adoptées en 2000 (adaptation du droit de la preuve, conditions de mise en oeuvre des services en lignes et de la télévision numérique, enchères publiques à distance), puis en 2004 (économie numérique). Mais les droits nationaux eux-mêmes sont débordés et l'internationalisation se durcit après le 11 septembre, à l'échelle européenne (convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, 2001, directives de l'Union européenne, 2002, proposition de décision-cadre « contre les attaques des systèmes d'information », 2003). A l'échelle mondiale, le Sommet de Genève sur la Société de l'information (2003) s'est conclu par l'adoption d'une déclaration pour « construire la société de l'information » et relever « un défi mondial pour le nouveau millénaire », appelant à la création par le Secrétariat général de l'Onu d'un groupe de travail sur la « Gouvernance d'Internet ».

Il reste à savoir comment appliquer cet objectif à des réseaux numériques dépourvus de centre de direction : ni objets, ni sujets de droit, mais conçus en quelque sorte comme un « trajet », ou une trajectoire (passant par le fournisseur d'accès, l'hébergeur, l'éditeur de contenus et finalement l'utilisateur, c'est-à-dire l'internaute). La force des choses, fussent-elles immatérielles, conduisant ainsi au dépassement des droits nationaux, appelle pourtant à « encadrer » ou « réguler » (mais ces verbes sont sans doute encore trop rigides) cet espace « virtuel », où les flux d'informations suivent leur trajectoire « en temps réel ».

L'avènement d'un espace virtuel offre en effet des possibilités d'interconnexions quasi infinies, selon un rythme accéléré par les vitesses de traitement de l'information, alors que les systèmes de droit supposent un cadre spatio-temporel délimité et stable. Si l'antagonisme avec le droit a sans doute favorisé l'essor initial du réseau, il pose désormais, à mesure que les conflits surgissent, des problèmes juridiques qui tiennent notamment à l'ubiquité, propre à

l'espace virtuel mais contraire aux conditions d'existence mêmes du droit. Impossible à localiser, car il se trouve partout à la fois, l'Internet, qui échappe ainsi à la régulation étatique moins pour des raisons idéologiques que par la force des choses, serait par sa nature même voué à l'autorégulation : esquissé à propos des flux financiers, le triangle des acteurs prendrait sa pleine forme avec les flux d'information, impliquant, à côté des acteurs publics, la société civile, en même temps que les acteurs économiques.

D'autant que l'ubiquité est aussi un redoutable obstacle à la répartition des compétences entre les différents systèmes de droit simultanément applicables, tant elle multiplie les conflits potentiels de juridictions et appelle une « corégulation » pour trouver un équilibre entre l'approche régulatrice traditionnelle (plus proche de la conception européenne) et les méthodes d'autorégulation qui sont prédominantes aux Etats Unis pour des raisons liées sans doute au libéralisme économique, mais aussi au système constitutionnel qui attribue aux Etats fédérés la conclusion des contrats et les relations contractuelle.

Le risque de conflits tient à la pluralité des juridictions simultanément compétentes, précisément en raison des phénomènes d'ubiquité propres aux réseaux. Qu'on applique le principe de territorialité (l'infraction est réputée commise sur le territoire national « dès lors qu'un des faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire », art. 113-2, al. 2, CP français), ou celui de personnalité, active ou passive, l'ubiquité des échanges semble attribuer aux juges pénaux nationaux une compétence quasi-universelle. Quant aux juges civils, le choix du critère est particulièrement difficile : déduire d'une possibilité d'accès universelle une applicabilité de tous les droits existants aboutirait à créer une totale insécurité juridique ; mais le critère du lieu d'origine conduit à la domination de la loi américaine et favorise toutes les fuites frauduleuses vers des 'paradis informationnels' qui ne sont pas de pures fictions ; tandis que le critère de la « cible » visée par le message (en raison de caractéristiques comme la langue, le type de discours, la conception même du site, la nature de l'offre) donne un pouvoir considérable au juge.

Quelques affaires, comme l'affaire *Yahoo* à propos de messages liés au nazisme, ont montré qu'au delà de l'ubiquité de l'information, les difficultés sont accrues en raison des prémisses philosophiques selon lesquels l'architecture même du réseau consacrerait, au nom de valeurs supposées universelles, une liberté d'expression quasi absolue, telle qu'elle est conçue par la constitution américaine. La violence même des réactions à l'intervention d'un juge français montre que le relativisme culturel serait encore plus difficile à admettre dans le monde virtuel que dans le monde réel.

La rapidité des échanges « en temps réel » accentue d'ailleurs la difficulté d'un encadrement juridique. Non content d'avoir introduit l'ubiquité, l'Internet ajoute un effet d'immédiateté qui modifie les responsabilités que le droit de la presse avait soigneusement reliées, « en cascade » dit-on parfois, du directeur de la publication à l'auteur puis au producteur. Sur les réseaux, les mêmes acteurs peuvent en effet exercer pratiquement toutes les fonctions et il serait nécessaire de fonder leurs responsabilités sur des règles identiques supposant des valeurs communes. Partis de la dynamique irrésistible des réseaux numériques, qui exprimerait la force des choses, il nous faut revenir à l'universalisme des droits de l'homme. Au-delà des droits civils et politiques, comme la liberté d'expression, la vie privée ou la sécurité des personnes et des biens, la Déclaration adoptée au Sommet mondial sur la société de l'information (2003) ajoute les droits économiques, sociaux et culturels en soulignant que l'accès de tous à l'information – et plus largement à la communication – est une condition du développement.

L'ubiquité et l'immédiateté, qui font la spécificité des flux d'information sur Internet, faciliteraient sans doute cet accès de tous à l'Internet ; mais cette spécificité entraîne aussi le risque de « l'accident total » ou « intégral » qui concernerait en même temps l'ensemble de la planète. Après les pannes gigantesques dues à la production délocalisée des fournitures d'énergie, la propagation des virus électroniques donne une première idée de ces nouveaux risques, ceux qui s'affirment d'emblée à l'échelle planétaire et face auxquels les réponses des droits nationaux semblent sinon inutiles, du moins très insuffisantes. L'Internet annonce ainsi une autre forme de globalisation, celle qui tient à des risques qui se situent d'emblée à l'échelle planétaire.

3. Des risques globaux

Les risques nous ramènent sur terre, de l'espace virtuel à l'espace réel. Mais ils nous éloignent apparemment du champ juridique car l'élément qui les caractérise est d'abord l'incertitude. Tout risque suppose un danger, donc un dommage, mais un dommage éventuel : on ne sait s'il va se réaliser ou non. Et l'on peut tout au plus tenter d'évaluer soit la probabilité que l'accident se produise quand la dangerosité est établie (risque avéré), soit la probabilité qu'une activité soit dangereuse (risque potentiel)¹⁵.

L'objectif n'est donc pas de supprimer tous les risques – qui, à la différence des crimes, ne constituent pas un mal en soi mais font, bien au contraire, partie intégrante du vivant –, mais de distinguer entre risques « acceptables » et « inacceptables ». Autrement dit

¹⁵ Sur cette distinction, voir *Le principe de précaution*, rapport par Ph. Kourilsky et G. Viney, éd. Odile Jacob, 1999, p. 18.

d'apprécier, en fonction du dommage éventuel, le degré d'acceptabilité, puis de fixer un seuil de décision (acceptable/légal ou inacceptable/illégal). L'incertitude se conjugue ainsi avec l'imprécision, l'aléatoire avec le flou, car un comportement dont la dangerosité semble établie peut rester acceptable si le dommage, même probable, apparaît de faible ampleur ; alors qu'à l'inverse, un comportement dont la dangerosité n'est pas établie peut être jugé néanmoins inacceptable si les effets potentiels semblent graves et irréversibles. Si la globalisation ne crée pas à proprement parler de nouveaux risques, elle multiplie les systèmes de droit applicables, chacun définissant à sa manière les critères de gravité et le seuil de décision, tandis que le caractère potentiellement grave et irréversible des dommages globaux, en invitant à considérer des risques non seulement avérés mais encore seulement potentiels, augmente l'incertitude.

Tenir compte de l'incertitude ne devrait pas conduire à fonder sur la peur une éthique qui finirait par bloquer aussi bien la recherche scientifique que la prise de décision politique. Car il y a sans doute un équilibre à trouver entre aventure prométhéenne et repli frileux. Refuser de diaboliser Prométhée ne revient pas à le célébrer comme un héros, mais incite à repérer la complexité des risques technologiques, dans leurs interactions avec les risques dits naturels, et à intégrer un temps qui n'est ni le « temps réel » des échanges électroniques, ni le temps historique propre à chaque espace national, mais un temps long qui appelle un nouveau qualificatif pour désigner ce qui peut résister dans la longue durée : le « durable ». C'est ainsi que la globalisation incite à une politique mondiale de prévention (au cas de risque avéré) et de précaution (au cas de risque potentiel), qu'il s'agisse des risques biotechnologiques ou écologiques.

Les risques biotechnologiques

Les biotechnologies renvoient d'abord aux valeurs de chaque société, illustrant ainsi le conflit entre le relativisme des valeurs et l'universalisme des droits de l'homme ou du concept d'humanité. Mais la globalisation, sous le poids d'une interdépendance scientifique et économique croissante, appellerait des principes communs pour encadrer les pratiques avant même qu'un dommage soit probable. C'est donc une culture de l'anticipation qu'il faudrait acquérir : du risque avéré au risque potentiel, la prise de décision devrait intégrer non seulement les probabilités, mais les incertitudes, au nom de cette nouvelle forme de sagesse pratique qu'on nomme « principe de précaution ». Encore un mot magique, aussi trompeur que celui de « gouvernance mondiale », dans la mesure où il donne l'illusion d'une conception commune, qui ne semble pourtant acquise ni scientifiquement, ni juridiquement.

Par les tensions qu'elle provoque, notamment entre le continent américain et une Europe plus réticente, la question des OGM (organismes génétiquement modifiés, tels le maïs transgénique développé en Suisse par l'entreprise *Novartis* ou aux Etats Unis par *Monsanto*), montre à la fois les limites du relativisme et la difficulté à trouver la réponse adéquate. Des normes internationales communes seraient nécessaires mais la juxtaposition de dispositifs non coordonnés entre eux, et parfois contradictoires, contribue davantage au désordre qu'à une véritable mise en ordre.

En théorie l'OMC préserve une marge nationale d'appréciation, les Etats pouvant invoquer un risque, écologique ou sanitaire, à l'encontre de l'importation de produits comme les OGM. Mais les conditions sont restrictives et la marge étroite : il faut « un test scientifique », démontrant, sinon le danger, du moins le caractère plausible du risque potentiel invoqué et comportant le développement de recherches tendant à étayer l'hypothèse, et un « test de cohérence » afin de garantir que seraient traités de façon similaire des risques analogues ; enfin il faut prouver la proportionnalité entre le risque invoqué et la mesure prise. C'est pourquoi, dans la grande majorité des cas, l'Organe de règlement des différends rejette l'argument.

Mais la circulation des OGM relève simultanément du droit du commerce international et du droit international de l'environnement et de la santé (convention relative à la diversité biologique, adoptée au sommet de la Terre à Rio en 1992 et Protocole négocié à Carthagène, et finalement adopté à Montréal, entré en vigueur en octobre 2003). A l'inverse de l'OMC, qui considère toute limitation du commerce comme une exception, le Protocole de Carthagène consacre le principe du consentement informé préalable du pays importateur et admet la possibilité d'imposer à l'exportateur l'obligation d'évaluer les risques. Le conflit entre ces deux dispositifs pour déterminer les responsabilités entre l'exportateur et l'importateur ne sera résolu qu'en aménageant leur complémentarité et en préparant ainsi l'avènement d'une « biovigilance internationale ».

L'idée de biovigilance n'est pas propre à la globalisation. Elle fonde le principe dit « de précaution », nouveau paradigme qui me semble caractérisé davantage par l'idée d'anticipation que par une défiance systématique qui privilégierait l'hypothèse du pire et conduirait à l'immobilisme. Ce n'est pas l'idée en elle-même, mais sa formulation maladroite, à la fois juridique (principe) et vague (précaution), suscite de vives critiques, mais elle est si largement adoptée, au plan national et international, qu'il est sans doute trop tard pour la modifier. Du moins peut-on préciser ce que signifie la précaution/anticipation, à la fois

comme principe d'action, qui conditionne la prise de décision politique, et principe d'imputation, qui commande l'attribution d'un nouveau type de responsabilité.

Comme principe d'action, la précaution/anticipation devrait inciter les responsables politiques à mettre en place des procédures de recherche et d'évaluation sur les incertitudes qui concernent la menace de risques majeurs. A l'échelle nationale, ou même régionale, le problème peut être résolu mais à l'échelle mondiale, la difficulté est considérablement accrue par l'absence de tout gouvernement mondial pour l'imposer. Certes le protocole de Carthagène prévoit d'établir, dans les Etats qui n'en sont pas dotés (la plupart des pays en développement), un cadre national pour l'évaluation et la gestion des organismes vivants modifiés, mais il resterait à construire un réseau international et surtout à se mettre d'accord sur la question principale qui reste de savoir s'il y a lieu de limiter la précaution à un principe politique d'action, n'engageant que les Etats, ou à reconnaître son applicabilité comme source d'une « responsabilité universelle » pour les acteurs publics et privés.

Cette nouvelle forme de responsabilité sans faute impliquerait alors, au-delà de la théorie du risque, la prise en compte d'un certain degré d'incertitude : il faudrait démontrer qu'en l'état des connaissances scientifiques, on n'atteint pas un seuil d'alerte, défini par référence à un ensemble de critères explicites, la « preuve » ainsi requise ne portant pas sur une vérité définitive mais sur des indices provisoires et évolutifs. Le passage d'une conception nationale de la responsabilité orientée vers le passé (punition de la faute) ou le présent (réparation du dommage) à une conception globale orientée vers le futur (conservation du vivant), pourrait être aménagé sur le modèle de la compétence universelle, en attribuant compétence aux juridictions nationales, à condition qu'elles soient tenues d'appliquer des règles communes et dotées de moyens suffisants.

Si les risques globaux amorcent ainsi un retour vers l'universalisme des valeurs, le mouvement s'amplifie lorsqu'on passe des risques biotechnologiques aux risques écologiques.

Les risques écologiques

Des risques biotechnologiques aux risques écologiques, la symétrie n'est qu'apparente car la première expression focalise l'attention sur l'origine du risque (les biotechnologies), alors que la seconde renvoie au dommage qui menacerait l'équilibre écologique ou l'écosystème. Mais cette inversion n'empêche pas l'inclusion de certains risques biotechnologiques dans la catégorie plus large des risques écologiques. A condition de tenir compte des interactions qui commandent cette notion d'équilibre écologique ou d'écosystème. Si l'écologie a d'abord désigné l'étude des interactions entre les espèces animales et végétales

et leur milieu, le terme a pris un sens plus large à mesure que les « écologistes » sont devenus des militants engagés dans la défense de l'environnement, autre néologisme étendant l'approche écologique aux sociétés humaines.

S'il est vrai que « l'analyse des interactions entre les habitants du monde ne peut plus se cantonner aux seules institutions régissant la société des hommes, ce club des producteurs de normes, de signes et de richesses où les non-humains ne sont admis qu'à titre d'accessoires pittoresques pour décorer le grand théâtre dont les détenteurs du langage monopolisent la scène »¹⁶, il reste qu'au club des producteurs de normes, la modestie n'est pas toujours de mise. A en croire le préambule de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 16 juin 1972), nous sommes (nous « les hommes ») « ce qu'il y a de plus précieux au monde ». Vingt ans plus tard, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement a remplacé « les hommes » par « les être humains », mais elle nous place toujours « au centre des préoccupations relatives au développement durable », considérant la Terre comme « foyer de l'humanité ». Toutefois, en rappelant que la terre « constitue un tout marqué par l'interdépendance », la Déclaration de Rio montre les limites du relativisme juridique et annonce un « partenariat mondial » qui supposerait « des niveaux de coopération nouveaux entre les Etats, les secteurs-clés de la société et les peuples ». Cette formule apparemment vague semble néanmoins indiquer qu'un changement du niveau normatif est nécessaire, donc que la coopération traditionnelle ne suffira pas et qu'il faudra des normes communes, au moins partiellement intégrées. Un premier cadre international est esquissé à Rio par trois conventions (biodiversité, changements climatiques et désertification), les deux premières bénéficiant d'un soutien de l'Union européenne.

Quant au risque d'épuisement des ressources, le droit international prend en compte des objectifs aussi différents que la protection de l'environnement (conservation et utilisation durable des ressources), la promotion du développement (partage équitable des avantages découlant de l'utilisation), enfin le respect de la propriété intellectuelle (en raison de la brevetabilité du vivant désormais admise). D'où l'attitude des pays en développement qui, par souci de garder leur souveraineté sur leurs ressources biologiques, ont rejeté au sommet de Rio l'expression de « patrimoine commun de l'humanité ». Le choix du terme plus neutre de « préoccupation commune de l'humanité » va de pair avec la recherche à leur intention de nouveaux droits de propriété intellectuelle inspirés des droits collectifs existants (appellations d'origine, marques collectives, marques de certification) qui auraient vocation à être intégrés

¹⁶ Ph. Descola, Chaire d'Anthropologie de la nature, *Leçon inaugurale au Collège de France*, 29 mars 2001.

aux législations nationales et mis en œuvre par les juges nationaux. Ainsi tout se passe comme si la globalisation éloignait le droit de l'environnement du débat sur l'universalisme des valeurs pour l'engager inéluctablement dans la voie d'une approche commerciale et économique. Et le phénomène semble encore accru en matière de changement climatique.

Quelles que soient les incertitudes qui subsistent quant à la compréhension des phénomènes climatiques, donc quant à la prévision des changements, il semble se préparer selon un rythme incertain, probablement lent mais susceptible d'emballements imprévus, un changement climatique lié à une montée des concentrations de gaz à effet de serre (GES) à laquelle les activités humaines contribuent de manière décisive¹⁷.

Dans une perspective aussi évidemment globale, les réponses juridiques nationales, ou même régionales, peuvent sembler dérisoires et un dispositif international plus précis que la convention de Rio sur les changements climatiques devient indispensable, mais il est particulièrement difficile à concevoir, en raison de l'extrême diversité des intérêts invoqués. Il faut attendre le protocole de Kyoto (1997) pour disposer d'un tel instrument, à la fois juridique et économique. L'objectif est de réduire les coûts en permettant aux pollueurs pour lesquels les mesures anti-pollution sont coûteuses d'acheter des permis de polluer à ceux pour lesquelles les mesures reviennent à moindre coût. Et le mécanisme consiste à définir les quantités d'émission autorisées pour 2008-2012, selon des quotas fixés à chaque pays par référence à ses émissions en 1990. L'Accord organise ainsi une distribution gratuite de permis d'émission qui seront ensuite transférables à d'autres pollueurs. En ce sens, il crée un « marché des permis », où se négocient ces transferts. Si l'on peut déplorer l'instauration de ce que l'on a parfois nommé « marchés de droits à polluer », du moins des limitations sont-elles imposées sous peine de sanction.

Mais la principale faiblesse du dispositif tient à l'absence des Etats Unis. Bien qu'ils fussent précurseurs en matière de marché des permis et aient été à l'origine de la proposition (destinée à éviter l'éco-taxe), ils se sont retirés ensuite du processus. A l'inverse l'Union européenne s'engage vers une application par anticipation du protocole de Kyoto, mais l'effet d'entraînement sur les autres pays n'est pas acquis. On reste loin du « partenariat mondial », annoncé à Rio, qui appellerait bien au-delà d'une simple coopération, une recherche de cohérence qui esquisserait déjà un gouvernement mondial.

C'est que la question politique de la défense des intérêts collectifs semble s'effacer derrière celle de l'efficacité économique, qui relève désormais pour l'essentiel des acteurs

¹⁷ E. Bard, *Chaire Evolution du climat et de l'océan, Leçon inaugurale*, 7 nov. 2002, fig. 3 p. 15, p. 42 ; Journée d'étude, *L'homme face aux climats*, Collège de France, 12-13 oct. 2004

privés. Sous leur influence, le droit international de l'environnement utilise un « outil économique » qui relève de principes comme le principe pollueur-payeur, ou utilisateur-payeur, et regroupe droit de la responsabilité (civile, administrative et pénale), fiscalité (éco-taxes), certification (éco-label), ou droits de propriété (de la propriété intellectuelle aux marchés des permis créés par le protocole de Kyoto).

Mais cette dialectique entre marché et environnement (l'ordre du marché reconnaît la nécessité de protéger l'environnement et le droit de l'environnement intègre les contraintes économiques) abouti à abandonner la solution, au coup par coup, à l'arbitraire des juges. Réintroduire la dimension politique serait indispensable pour fonder la légitimité des choix de valeurs qu'impliquent des notions comme « bien collectif global » ou « bien commun de l'humanité ». Pour y parvenir, il ne faut sans doute pas renoncer trop tôt au relativisme des systèmes nationaux mais s'efforcer de dépasser l'opposition entre relativisme et universalisme en s'engageant « par delà le relatif et de l'universel ».

En somme, le décor est planté mais la pièce n'est pas jouée et un effort d'imagination est nécessaire, non pour s'opposer à la globalisation de façon dogmatique, mais pour s'appuyer sur la force des choses afin d'inventer des réponses. La dialectique entre l'irréductible diversité révélée par les études comparatives et l'unité de l'ordre juridique international, encore utopique mais déjà annoncée par le droit international, reste à transformer en une synthèse ouverte et évolutive. Un tel « pluralisme ordonné » me semble la seule voie pour éviter la double menace d'un ordre hégémonique ou d'un désordre impuissant. C'est en tout cas la voie que je tenterai d'explorer en 2005.

SEMINAIRE : *Discontinuités et interactions en droit pénal comparé et international*

L'objectif était d'illustrer les processus d'internationalisation par des exemples pris dans le champ pénal, sensible à la double influence des droits de l'homme et de la globalisation économique. Proposant à la fois une critique des effets perturbateurs (discontinuités) et l'hypothèse d'une recomposition (interactions), les débats se sont organisés autour des contributions suivantes :

3 mai 2003 – « Topologie des discontinuités et typologie des interactions » par Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage (Paris I) ;

10 mai 2003- « Crime contre l'humanité, génocide et torture » par Antonio Cassese (Université de Florence) et Diane Amann (Université de Californie - Davis) ;

17 mai 2003 – « Criminalité, valeurs non économiques et environnement » par Marie-Angèle Hermitte (CNRS, EHESS) et Geneviève Giudicelli-Delage (Paris 1) ;

24 mai 2003 – « Corruption et blanchiment » par Stefano Manacorda (Université de Naples) et Mark Pieth (Université de Bâle) ;

7 juin 2003- « Entreprises multinationales, lois extra-territoriales et droit international des droits de l’homme » par Emmanuel Decaux (Paris II), William Bourdon (Avocat) et Naomi Norberg, (Assistante, Collège de France) ;

14 juin 2003 – « Entreprises multinationales et droit international économique » par Charles Leben (Paris II) et Hélène Ruiz Fabri (Paris I) ;

21 juin 2003 – « L’hypothèse du droit pénal comme éthique de la mondialisation » par Mireille Delmas-Marty

ENSEIGNEMENT A L’ETRANGER

Du 25 octobre au 17 décembre, à l’Université de Bâle, cours intitulé « Les systèmes de droit entre globalisation économique et universalisme des droits de l’homme »

PUBLICATIONS

- *Clonage humain, droits et sociétés, études franco-chinoises*, vol. 2, Comparaison, 2004 (dir. avec Zhang Naigen) : en français, éd. Société de législation comparée; en chinois, Presses de l’Université de Fudan.
- *Critique de l’intégration normative* (dir. et préface), Ecole doctorale de droit comparé de l’Université de Paris 1, PUF 2004
- *Le flou du droit*, Préface à la 2^{ème} éd., PUF 2004, coll. Quadrige
- « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », RSC 2004, pp. 1-10
- « Une utopie réaliste », *La justice d’un siècle à l’autre*, dir. J.P. Royer, PUF, 2004, 297sq.
- « Globalisation économique et universalisme des droits de l’homme », 7^{ème} Conférence Albert Mayrand, Montréal, 2004, pp. 1 -21.
- “Comparative Law and the Internationalization of Law in Europe”, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, dir. M. van Hoecke, Hart, 2004, pp. 247-258.
- « Lo spazio giuriziaro e jgiuridico europeo : verso un pluralismo ordinato », in *Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, dir E. Bruti Iiberati, Ipsoa et Kluwer, 2004, pp. 208-225
- Préface à M. Benillouche, *Le secret dans la phase préparatoire du procès pénal en France et en Angleterre*, Presses Universitaires d’ Aix- Marseille, 2004
- Préface à C. Saas, *L’ajournement du prononcé de la peine*, Dalloz 2004
- « Le rôle des droits de l’homme face au désordre mondial», in *Mélanges Cohen-Jonathan, Liberté, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, pp. 635-651.
- « Mondialisation et internationalisation des tribunaux », in *Mélanges Lombois, Apprendre à douter*, Presses de l’Université de Limoges, PULIM, 2004, pp. 783-795
- « Avant-propos » de «Polices d’Europe », RSC 2004, pp. 549-552.

DIFFUSION AUDIOVISUELLE

- MSH : Conversation savante, diffusion oct. 2003
- Collège de France : Leçon inaugurale, diffusion déc. 2003
- France culture : Le relatif et l’universel, cours 2004, diffusion à partir d’octobre 2004

TRADUCTIONS

- en anglais : *Global law : a triple challenge*, Transnational publishers, oct. 2003

- en espagnol : « Del desorden mundial a la fuerza del derecho », *Papeles de cuestiones internacionales*, n°82, 2003

ORGANISATION DE RENCONTRES ET COLLOQUES

- Table ronde avec une délégation de juristes chinois conduite par Huang Songyou, vice-président de la Cour suprême de Chine, composée de quatre hauts magistrats et de membres de l'Ambassade de Chine en France, le 20 oct. 2003
- Organisation d'une Journée d'études avec l'Association de recherche pénale européennes (Arpe) : *Polices d'Europe, politique étrangère et sécurité commune – Questions de droit pénal*, Fondation Hugot, 19 déc. 2003 (RSC 2004, n°3).
- Organisation d'une journée d'évaluation de la recherche sur les tribunaux pénaux internationaux, Arpe / UMR de droit comparé de Paris, 1^{er} avril 2004, Fondation Hugot.
- Troisièmes rencontres franco-chinoises sur *Le Clonage humain*, Shanghai, avril 2004
- Groupe de recherche, *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Premières rencontres, Fondation Hugot, 28-29 juin 2004

CONFERENCES ET PARTICIPATION A DES SEMINAIRES

- «Plurijuridisme et mondialisation », Conclusion du colloque *Le plurijuridisme*, Association internationale de méthodologie juridique, Aix en Provence, 6 septembre 2003
- « Faut-il interdire le clonage Humain ? », Conférence Unesco, 9 septembre 2003, publiée D.2003. Chr. 2517
- Premières rencontres du Conseil de direction de *Journal of international criminal justice* : «Trials and tribulations of international criminal courts and tribunals », 10-13 septembre 2003
- conférence de rentrée du Séminaire de JL Halpérin, "Théorie et dynamique des ordres juridiques", ENS, 29 septembre 2003
- Conférence à l'Institut Max Planck de Freiburg im Breisgau, La mondialisation du droit, 4 décembre 2003
- Conférence « L'interaction entre droit comparé et droit international pénal », *European training in higher international criminal sciences (Ethics)*, Institut universitaire européen, Florence, 16-27 févr. 2004.
- Contribution à la Conférence générale de l'Unesco, « Elaboration d'une déclaration relative à des normes universelles en matière bioéthique », 27-29 avril 2004 (contribution écrite présentée au nom du CCNE)
- « L'Europe, laboratoire de la mondialisation de l'espace pénal », Parlement européen et Institut universitaire européen, 26 mai 2004
- Introduction au séminaire sur « La peine de mort et les droits de la défense en Chine », Paris (Fondation nationale des sciences politiques), 3 mai 2004
- « Introduction », Journée d'études de l'ENS, *L'Europe face à sa constitution européenne : quelques lectures historiques et juridiques croisées*, 7 juin 2004
- Présidence de la session « La méthodologie en droit comparé », in *Le devenir du droit comparé en France*, Journée d'études du GDR de droit comparé, 23 juin 2004

AUTRES ACTIVITES

- Présidente de l'Association de recherches pénales européennes (ARPE)
- Membre du Comité de surveillance de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF)
- Membre du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
- Membre du conseil d'administration de l'ENS Ulm
- Membre du Conseil de la recherche de l'Institut universitaire européen
- Membre du conseil d'administration de la Bibliothèque de France
- Directrice de la Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)

- Codirectrice de la collection « Les voies du droit », PUF
- Membre du conseil de direction du *Journal of international criminal justice* (JICJ)

THESES DE DOCTORAT

M. Paraguassu Correia da Silva, *Terre foyer de l'humanité : le mouvement de la politique criminelle de protection de l'environnement et de la qualité de la vie – une étude comparée (France et Etats Unis)*, le 18 déc. 2003 (participation au jury)

S. H. Hosseini, *Etude comparative de la politique criminelle française et iranienne*, 21 janvier 2004 (direction de la thèse)

DISTINCTIONS

- Réception comme docteur *honoris causa* de l'Université de Montréal, 6 oct. 2003

NAOMI NORBERG

Affectée à la chaire comme ATER depuis le 1^{er} septembre 2003, Naomi Norberg a participé aux activités de recherche (notamment sur le droit américain (*Patriot Act*, *loi Sarbanes-Oxley*, *Clean Air Act*) et présenté un exposé dans le cadre du séminaire: « Entreprises multinationales et lois extra-territoriales américaines » (le 7 juin 2004).

Elle a également suivi les séminaires du *Forum de la Régulation* à la Fondation nationale des Sciences politiques et certaines séances du groupe de travail de l'UNESCO sur « La pauvreté comme violation des droits humains ».

Enfin comme membre du Groupe Hermès (groupe de travail du Commissariat au Plan réunissant une trentaine d'économistes, juristes et politologues sur « Droit, résolution des conflits et globalisation »), elle a participé aux recherches relatives aux thèmes retenus (« production de droit » et « droit comparé et stratégies d'influence ») et a été plus particulièrement chargée de la rédaction d'un chapitre portant sur les principes juridiques commandant le règlement des conflits au sein de l'Organisation mondiale du Commerce.