

Recueil Dalloz 1999 p.43

La mondialisation du droit : chances et risques  (1)

Mireille Delmas-Marty

La question n'est déjà plus de savoir si l'on est pour ou contre la mondialisation du droit, car c'est un fait : le droit devient mondial. Il devient mondial dans certains secteurs et par à-coups. Le plus souvent, ce sont les crises qui déclenchent ce processus. Le choc de la Seconde Guerre mondiale en marque le départ avec l'adoption, en 1948, de la Déclaration « universelle » des droits de l'homme ; la crise asiatique contribuera peut-être au mouvement dans le domaine du droit économique. L'affaire *Pinochet* à son tour pourrait accélérer la création d'une cour pénale internationale à caractère permanent.

Le général Pinochet est accusé de tortures, de prises d'otages et de génocide, c'est-à-dire de crimes considérés par le droit international, au même titre que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, comme les crimes les plus graves, ceux « qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » et « ne sauraient rester impunis » (pour reprendre la formule du préambule de la Convention de Rome du 17 juill. 1998 portant statut de la Cour pénale internationale). Son extradition a été d'abord demandée par un juge espagnol, mais il y a eu d'autres demandes, de juges français, suisse, suédois. Ce sont des juges anglais qui se prononceront (après de multiples pérégrinations incluant une décision de la Chambre des Lords annulée par le Comité d'appel de la même juridiction), pour accorder ou refuser l'immunité, puis l'extradition.

Les conditions mêmes dans lesquelles le procès s'est engagé montrent que la mondialisation est déjà en cours. Car, pour refuser l'immunité accordée aux chefs d'Etat et anciens chefs d'Etat, la Chambre des Lords, dans sa décision du 25 nov. 1998, s'était fondée sur les principes de Nuremberg et avait fait expressément référence au droit international, comme il apparaît notamment dans l'opinion de Lord Niccholls of Birkenhead : *international law has made plain that certain type of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of state, or even more so, as it does to every one else ; the contrary conclusion would make a mockery of international law*  (2). Mais le fait que la réponse puisse être donnée par un juge anglais sur demande d'un juge espagnol montre que le processus de mondialisation du droit est encore inachevé. Si la définition des crimes est devenue mondiale, leur application devrait le devenir également. L'étape suivante sera la création de la Cour pénale internationale annoncée par la Convention de Rome qui aura vocation à juger d'abord les génocides et les crimes contre l'humanité, la formule incluant toute une série d'actes, lorsqu'ils sont commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque », et notamment l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique contraire au droit international, la torture, les persécutions, y compris celles fondées sur des motifs d'ordre politique, les disparitions forcées (art. 13). Mais il faudra la ratification de soixante Etats pour que cette cour soit créée et certains ne la ratifieront sans doute pas immédiatement, sans parler des Etats qui ont voté contre le texte (parmi lesquels les Etats-Unis, la Chine, l'Inde, qui représentent près de la moitié de la population mondiale). Le jour où elle sera créée, cette cour ne jugera d'ailleurs pas les faits commis auparavant. Les affaires antérieures à sa mise en place, comme l'affaire *Pinochet*, lui échapperont donc.

A défaut, la moins mauvaise solution, en l'état actuel du dossier, serait sans doute le jugement en Europe. Juridiquement,

la compétence peut se fonder, soit sur le principe de compétence personnelle passive, c'est-à-dire sur la nationalité des victimes, soit sur un principe plus large de compétence universelle. C'est la moins mauvaise solution car le refus d'extrader impliquerait l'impunité (sous réserve d'un jugement au Chili dont l'éventualité reste incertaine), et marquerait une régression par rapport à la notion même de crime « qui touche l'ensemble de la communauté internationale ».

Cela dit, si le juge anglais accorde l'extradition vers un pays européen, cette solution sera critiquée aussi. Au cours d'une mission en Argentine, j'ai rencontré des juristes en grande majorité hostiles à Pinochet : peu favorables aux dictatures militaires, dont ils ont cruellement souffert eux-mêmes, ils reprochent en outre à Pinochet d'avoir soutenu l'Angleterre contre l'Argentine dans la guerre des Malouines. Et pourtant ils sont dans leur majorité opposés à l'extradition, qui leur apparaît comme une façon de donner prééminence au Nord sur le Sud, à l'Europe sur l'Amérique latine. Plusieurs d'entre eux retournent la question : « Pourrait-on imaginer Mme Thatcher jugée en Argentine pour des crimes commis pendant la guerre des Malouines ? La France accepterait-elle que soient jugés en Afrique les responsables de crimes commis au moment des guerres de décolonisation ? » etc. De plus, l'éventualité d'un jugement en Espagne, ancien pays colonisateur et ancienne dictature, les choque particulièrement. Cette attitude n'exprime pas un rejet de la mondialisation du droit pour ce type de crimes (tout au contraire, l'Argentine s'est montrée très favorable à l'adoption du statut de la cour pénale permanente, à Rome, en juillet dernier) ; mais simplement la crainte d'une conception hégémonique.

La vraie question est là. Si le droit devient mondial, de façon imprévisible et discontinue, la question est désormais de savoir comment le processus va se développer, donc d'évaluer *chances et risques*, en commençant prudemment par les risques.

I - Il ne s'agira pas ici des *risques* proprement économiques, à propos desquels les spécialistes eux-mêmes semblent partagés, considérant que la globalisation économique s'accompagne d'un accroissement des inégalités sociales, non seulement dans les pays riches, mais aussi dans la plupart des pays émergents, mais constatant en même temps l'existence d'un très fort « mouvement de rattrapage » impliquant ceux que l'on a appelé les « nouveaux pays industrialisés » (3). Il ne s'agira pas non plus des risques culturels, de perte d'identité à travers une sorte d'uniformisation de la planète, ou, à l'inverse, de repli et d'affrontement culturel, le fameux « choc des civilisations » et, plus menaçant encore, le choc des religions.

Même limitée aux risques juridiques, l'idée d'un droit mondial a de quoi effrayer. Effrayer les juristes habitués à penser un droit identifié à l'Etat, mais aussi les citoyens d'un monde où les valeurs démocratiques ne sont respectées ni dans tous les Etats, ni dans toutes les institutions internationales. Pour revenir à l'affaire *Pinochet*, comment accepter, au nom d'un principe de compétence universelle, que tous les juges de tous les pays puissent juger les crimes internationaux sans un minimum de garanties communes ? Des garanties de procédure, commençant par la reconnaissance des droits de la défense et du droit à un tribunal indépendant et impartial. C'est d'ailleurs le soupçon de partialité de l'un des juges qui fonde la décision, sans précédent, d'annulation prononcée par la Chambre des Lords le 17 déc. 1998 : *the important principle is justice, not revenge*. Également des garanties de fond, comme le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères ou celui d'interprétation stricte. La faiblesse de ces garanties favoriserait en effet ce qu'un commentateur a appelé « une justice de cow-boys ».

En l'état actuel, ce n'est pas seulement en matière de crimes que la question se pose, c'est l'ensemble du droit mondial, pénal ou non, qui risque de se mettre en place au mépris de l'idée même d'ordre juridique qui impliquerait la non-contradiction dans les processus de mondialisation et la cohérence des normes issues de ces processus. Soit très exactement l'inverse des pratiques observées.

1 - *Les contradictions* sont fortes en effet entre les deux principaux processus de mondialisation du droit que sont d'un côté la globalisation économique (qui manifeste plutôt une tendance à l'uniformisation de type hégémonique) et de l'autre l'universalisation des droits de l'homme (qui se heurte, à l'inverse, au risque d'éclatement ou du moins de fragmentation).

Du côté de l'économie, les techniques juridiques qui peuvent conduire à l'hégémonie sont diverses, d'autant que chaque grand pays a participé à tour de rôle au phénomène : autrefois les puissances coloniales, l'URSS à son heure et les Etats-Unis aujourd'hui.

Une première technique prend la forme de l'extraterritorialité de la loi nationale. Légitime s'il y a un rattachement raisonnable à l'Etat, c'est-à-dire s'il s'agit de sanctionner des comportements, même commis par des étrangers à l'étranger, ayant des « effets substantiels » sur le territoire national, l'extraterritorialité devient en revanche contraire au droit international quand tel n'est pas le cas. On connaît l'exemple des lois américaines de 1996, qui ont interdit le commerce avec Cuba (loi *Helms-Burton*) et avec la Libye et l'Iran (loi *d'Amato-Kennedy*). L'interdiction, assortie de diverses sanctions, frappe les entreprises du monde entier. L'objectif affiché est de favoriser la démocratisation pour ce qui est de Cuba et de lutter contre le terrorisme international, pour ce qui est de l'Iran et de la Libye. Pourtant, même en admettant la version américaine (particulièrement extensive) de la théorie des effets, « il paraît difficile de soutenir qu'un investissement pétrolier fait par une entreprise non américaine en Iran ou en Libye a un effet aux Etats-Unis » (4). En réalité ce type d'extraterritorialité pourrait conduire bel et bien à la mondialisation du droit américain (5).

L'hégémonie peut résulter aussi de l'exportation de la loi nationale par livraison de codes « clés en mains », notamment aux pays d'Europe de l'Est. Une sociologue américaine analyse ces pratiques (*explicit selling*) de façon très critique : il devient ainsi possible sans occuper de territoires et même sans investir de fonds dans le développement économique et social de déterminer la forme de culture et d'économie d'autres nations, en y important le système juridique qui influencera l'organisation sociale tout entière (6).

Citons aussi la tendance de nombreux Etats à attirer les investisseurs étrangers en adoptant la législation la plus favorable à leurs intérêts particuliers. Dans cette instrumentalisation du droit au service du marché, le droit finit par devenir lui-même instrument financier (7). Encore faut-il observer que la règle de droit reste alors étatique dans son principe, même si elle privilégie des intérêts privés. Une autre forme d'hégémonie, encore plus radicale, pourrait venir de la décomposition du système juridique par le marché, avec l'apparition de zones de non-droit, soumises au seul capital international : « le marché se substitue à la nation, s'impose à l'Etat, devient le droit » (8).

Du côté des droits de l'homme, le processus est différent. Certes il ne faut pas oublier que le caractère universel de la Déclaration de 1948 a été contesté par ceux qui croyaient y voir une manifestation de l'hégémonie culturelle de l'Occident. Mais les dix-huit membres de la Commission des droits de l'homme des Nations unies appartenaient à diverses traditions (9) et s'il y eut une influence occidentale (à travers Eleanor Roosevelt ou René Cassin), le texte qui en résulte n'exprime pas l'idée d'hégémonie ; bien au contraire, il propose un universel non exclusif, qui reconnaît toutes les cultures, à condition qu'elles reconnaissent elles-mêmes l'égal dignité de tous les êtres humains. A la vérité, ce pluralisme des droits de l'homme conduit davantage au risque de fragmentation ou d'éclatement qu'à celui d'hégémonie. On peut l'observer à travers différentes techniques juridiques.

D'abord la dissociation : selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, il n'y a pas de hiérarchie, pas de priorité entre d'un côté les droits civils et politiques, de l'autre les droits économiques, culturels et sociaux, et l'universalité des droits de l'homme repose sur cette indivisibilité. Mais les pratiques ont évolué tout autrement. La Déclaration a été suivie par deux pactes de l'ONU en 1966 (droits civils et politiques, d'un côté, droits économiques, culturels et sociaux de l'autre).

Or tous les pays n'ont pas ratifié les deux pactes, certains privilégiant l'un ou l'autre, ce qui conduit déjà à une dissociation des droits, encore accentuée par la forte dissymétrie des mécanismes de contrôle. Car ces mécanismes sont beaucoup plus développés en matière de droits civils et politiques qu'en matière de droits économiques, culturels et sociaux. On peut le constater pour les Nations unies, comme à l'échelle d'une région comme l'Europe. La Cour européenne des droits de l'homme a seulement compétence pour contrôler le respect des droits civils et politiques ; elle tente parfois d'encadrer indirectement les droits économiques, culturels et sociaux, par exemple à partir du droit à un procès équitable (qui la conduit à imposer l'aide juridique), ou plus récemment à travers le principe de non-discrimination (qu'elle applique à certains droits sociaux) (10). Il n'en reste pas moins que la possibilité d'un recours direct en cas de violation des droits consacrés par la Charte sociale européenne est encore à l'état de projet.

Mais la fragmentation tient aussi à l'apparition des instruments régionaux de protection des droits de l'homme. En elle-même, la régionalisation n'est pas contraire à l'idée d'universalité, à condition qu'il n'y ait pas d'incompatibilité entre les textes. Certes, la Convention européenne (1950), la Convention américaine (1969), puis la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), enfin la Charte arabe (1994), se réfèrent toutes à la Déclaration universelle, mais leur lecture peut laisser perplexe. Ainsi le fondement explicitement religieux de la Charte arabe paraît difficilement compatible avec la tradition laïque et égalitaire des autres textes. De plus, les mécanismes de contrôle sont parfois inexistant (Charte arabe) ou très insuffisants (Charte africaine).

Enfin il y a une manière plus insidieuse d'aboutir à la fragmentation, qui consiste en quelque sorte à « re-nationaliser » les droits de l'homme, par le jeu des réserves émises lors de la ratification. Certes on devrait sans doute exclure les réserves en matière de droits fondamentaux : « le but premier de ces traités n'est-il pas de poser des standards *minima* et uniformes de liberté et de protection pour tous les êtres humains, tous égaux en dignité en quelque endroit qu'ils se trouvent ? » (11) Il reste que jusqu'ici les réserves ont été admises, même si la tendance, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, est d'en contrôler la recevabilité et d'en donner une interprétation étroite. Encore faut-il que la question puisse être posée, ce qui n'est pas le cas pour les pays qui n'ont pas accepté la clause du recours individuel. Rappelons à cet égard que les Etats-Unis ont assorti la ratification du Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques d'un nombre exceptionnel de réserves et de déclarations d'interprétation (12), notamment sur la peine de mort, précisant qu'elle pourrait s'appliquer aux mineurs, et sur la torture, indiquant que le texte serait interprété conformément à la Constitution américaine. Il s'agit bien de « re-nationaliser » un texte au départ international.

Par-delà cette contradiction entre deux processus de mondialisation tendant d'un côté vers l'uniformisation, de l'autre vers la fragmentation, le point commun, c'est le risque d'incohérences au plan normatif.

2 - *Les incohérences* tiennent pour l'essentiel à deux phénomènes.

D'abord à la multiplication des sources normatives. Le droit mondial surgit de partout, qu'il s'agisse de sources d'origine publique ou privée. Dans le domaine du commerce international, on observe le dépassement du droit étatique ou interétatique au profit de la loi des marchands (*lex mercatoria*), ayant vocation à être appliquée par les arbitres. Au départ simples mandataires des parties, les arbitres deviennent de véritables juges indépendants, associés aux juges étatiques au point de marquer un rapprochement entre justice privée et justice publique (de même avec la *lex electronica* déjà annoncée et les futurs cyber arbitres). Parallèlement, on peut noter l'importance de la normalisation (d'origine privée), ainsi que l'extension de l'éthique d'entreprise et des codes de conduite (13) ; enfin, l'apparition, après l'écolabel des années quatre-vingt, du « label social » montre la créativité des initiatives privées à finalité sociale. Comme le relève le Bureau international du travail (BIT) dans une récente étude : « dans une économie désormais mondialisée, l'émergence d'un rôle social pour l'entreprise correspond à un déplacement notable du pouvoir, de l'Etat-providence vers l'entreprise privatisée

et multinationale, et reflète le déclin de l'influence de l'Etat et des organisations locales de travailleurs sur un marché en constante évolution »¹⁴.

Et quand les Etats s'en mêlent, ils interviennent à des niveaux normatifs multiples qui se superposent les uns aux autres. Ainsi l'affaire *Pinochet*, pour revenir à cet exemple, illustre à la fois le rôle des juridictions nationales et la nécessité de l'extradition, c'est-à-dire de la coopération internationale. La création de la Cour pénale permanente ajouterait encore un niveau supranational, sans exclure pour autant les autres car il est souligné dans le préambule que cette cour sera « complémentaire des juridictions criminelles nationales ». Pour compléter le tableau, rappelons encore que la compétence peut être infranationale (en raison des pouvoirs reconnus aux collectivités territoriales) ou à caractère inter ou supranational, mais dans les limites d'une organisation régionale.

De ce point de vue, l'Europe est devenue un véritable laboratoire où l'on expérimente les effets de l'internationalisation du droit, sinon de sa mondialisation, selon plusieurs ensembles normatifs : pour s'en tenir aux deux principaux, d'une part l'ensemble issu de la Communauté économique, puis de l'Union européenne, avec le droit communautaire et la Cour de justice de Luxembourg ; d'autre part, l'ensemble des droits de l'homme, construit à partir du Conseil de l'Europe autour de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ; cette dualité symbolisant celle des facteurs de l'internationalisation.

En Amérique latine, on voit se dessiner un processus parallèle : à côté de la Convention américaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine de Costa Rica, se met en place depuis 1991 entre plusieurs Etats d'Amérique latine (dont l'Argentine et le Brésil) le *Mercosur*, sorte de marché commun qui commence à produire des normes juridiques. De même en Afrique, où l'adoption de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été suivie de la création, en 1998, entre une dizaine d'Etats d'Afrique noire francophone, d'une Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

En Asie, l'évolution est plus lente. S'il existe déjà des structures dans le domaine économique, comme l'Asean (Association des nations d'Asie du Sud-Est), il n'y a rien de tel en matière de droits de l'homme, compte tenu d'une histoire plus chaotique et sans doute, malgré l'expression de « valeurs asiatiques » de plus en plus utilisée, de la difficulté des peuples à se sentir « asiatiques » et pas seulement chinois, indien, vietnamien, ou indonésien¹⁵.

Au plan mondial, on retrouve non seulement la superposition entre normes inter et supranationales, mais encore la dualité entre les sources relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'ONU proprement dite et les structures économiques qui participent désormais à l'élaboration de normes juridiques, comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Organe de règlement des différends (ORD), créés en 1994, avec déjà un certain succès¹⁶.

Le deuxième phénomène, qui est en grande partie la conséquence du premier, c'est la *prolifération des normes juridiques*, véritable inflation perçue en France comme la conséquence de la construction européenne, mais présente en réalité à tous les niveaux. Le constat peut surprendre dans le domaine économique où le mot d'ordre est la « déréglementation ». Mais c'est une illusion sémantique que de croire que la déréglementation serait l'inverse de la réglementation. En réalité, c'est un redéploiement selon d'autres dispositifs, d'incitation, de négociation, de flexibilité (avec des normes temporaires, évolutives, réversibles), ou même à base d'autorégulation. Or cette souplesse elle-même facilite le risque de prolifération. D'autant que ce « droit mou » ne se substitue pas toujours au « droit dur » à base d'interdictions, de contraintes et de sanctions. Ainsi, en France, la plupart des autorités administratives indépendantes, conçues pour faire oeuvre de régulation souple, utilisent largement leur pouvoir de sanction administrative ; et leur création n'a pas entraîné pour autant la disparition des sanctions pénales qui existaient auparavant. Cette superposition, qui caractériserait le droit « post

moderne », constitue un premier paradoxe.

Parallèlement, en matière de droits de l'homme, surgit un second paradoxe qu'on pourrait appeler le « paradoxe du flou ». Qu'il s'agisse des droits intégrés aux normes constitutionnelles ou des droits inscrits dans les instruments internationaux, la nouveauté est que les droits de l'homme sont devenus opposables au législateur et même à l'Etat. L'objectif est donc de poser des bornes infranchissables.

Or ces droits sont définis de façon le plus souvent imprécise. Les notions de vie privée, de vie familiale normale, celle de liberté d'expression, ou encore, au cœur des droits de l'homme, la dignité de la personne humaine, ne se prêtent guère à l'élaboration d'une définition précise qui garantirait contre toute interprétation arbitraire de la part du juge. Il s'agit donc de droits « flous », dans la mesure où ils sont, sinon totalement indéterminés, du moins faiblement déterminés. D'où la nécessité de reconnaître des marges : marge d'interprétation pour les juges qui doivent appliquer ces notions imprécises ; marge nationale d'appréciation reconnue aux Etats par la Cour européenne des droits de l'homme, quand elle admet, au nom de l'ordre public national, des dérogations ou des restrictions « nécessaires dans une société démocratique ». Autant de risques d'affaiblir un système pourtant conçu au départ comme protection contre l'arbitraire.

Ni le « mou », ni le « flou » ne sont propres à la mondialisation, mais elle les rend plus visibles, et j'ajouterais qu'elle les rend sans doute nécessaires. Le droit national, lui, peut se donner comme objectifs une stabilité et une précision qui devraient garantir la sécurité juridique. Mais l'élaboration d'un droit commun, à l'échelle d'une région comme l'Europe, *a fortiori* à l'échelle planétaire, est sans doute inconcevable, en l'état actuel de l'évolution des systèmes de droit, sans l'intégration de ces deux paradoxes. J'y vois une incitation à puiser dans le désordre apparent induit par la mondialisation du droit des éléments qui permettraient la recomposition d'un ordre juridique conçu sur un autre modèle. En somme une chance à saisir.

II - Le désordre pourrait être *la chance* d'une mutation « épistémologique » vers une conception plus complexe de l'ordre juridique, celle d'un ordre mondial superposé aux ordres nationaux. « Superposé » et non substitué car l'objectif ne saurait être la disparition des Etats et du droit national. Les institutions étatiques restent plus que jamais indispensables pour assurer le respect de l'intérêt général par des réseaux d'intérêt privés en pleine expansion (notamment les réseaux économiques, médiatiques ou biotechnologiques) et pour organiser et protéger les droits individuels et collectifs.

Dans ces conditions, le droit mondial ne peut être conçu sur le modèle national, même fédéral ou confédéral, mais sur le modèle que l'on pourrait nommer « pluralisme ordonné » : « pluralisme » pour répondre au risque d'hégémonie ; « ordonné » pour éviter à la fois la fragmentation et l'incohérence, en organisant le pluralisme autour de notions communes. On retrouve ici le « laboratoire européen » déjà évoqué. La chance historique de l'Europe est qu'en effet la volonté de construire ensemble un ordre juridique partiellement commun se manifeste à un moment où aucun pays ne s'y trouve en position d'hégémonie. La seule solution acceptable est donc la recherche de ce pluralisme ordonné. Il est permis de penser que les expériences menées dans le laboratoire européen, les échecs autant que les réussites, pourront contribuer à l'élaboration progressive d'un tel droit à l'échelle mondiale, à condition de ne pas en faire une nouvelle forme d'hégémonie occidentale. A condition aussi de bien s'entendre sur le sens de chacun des deux termes.

1 - *Le pluralisme* est à la construction juridique ce que le multilatéralisme, ou le monde multipolaire, est à la construction politique.

Juridiquement, le pluralisme implique que la mondialisation du droit ne devrait pas se faire au profit d'un seul système, mais au confluent des diverses traditions. La tâche est malaisée, comme en témoignent les mésaventures du Tribunal pénal

de La Haye. Créé en 1993 par une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, pour juger les crimes les plus graves commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à partir de 1991, ce tribunal, composé de juges des cinq continents représentant les principales traditions juridiques, s'est doté en 1994 d'un « règlement de procédure et de preuve » de 125 articles, véritable code mondial de procédure pénale, dont la rédaction a fait l'objet de multiples amendements. Si le statut du tribunal, esquisse par la résolution du Conseil de sécurité et le rapport du secrétaire général de l'ONU, était conçu sur un modèle inspiré des propositions initialement présentées par la France, il n'en présentait pas moins une forte coloration anglosaxonne. Il en était de même au départ du règlement de 1994. Modifié treize fois depuis lors, le texte a progressivement intégré d'autres traditions, notamment la tradition inquisitoire, pour surmonter les excès de la procédure accusatoire tout en préservant les principales garanties que celle-ci offre aux justiciables.

Quel que soit le domaine du droit concerné, la méthode devrait, pour réduire les tâtonnements, combiner plus systématiquement d'une part les deux disciplines que sont le droit comparé et le droit international et d'autre part les deux stratégies que sont l'unification et l'harmonisation.

Le droit comparé et le droit international sont des disciplines encore trop souvent cloisonnées, y compris dans les structures universitaires. Les comparatistes avaient cru au début du siècle que le droit comparé, dans le prolongement du « droit naturel à contenu variable » lancé par Stammner, deviendrait « l'instrument de progrès le plus sûr et le plus fécond », en somme le « droit commun de l'humanité civilisée » et par suite « le droit subsidiaire qui, par-delà les droits locaux, réalisera l'union des principes »¹⁷. C'est d'ailleurs à la même époque que le grand juriste chinois Shen Jiaben préconisa la « fusion » du droit chinois et des droits occidentaux, terme repris par tout un courant soucieux de dépasser le dogmatisme des juristes conservateurs¹⁸. Le réveil sera brutal. En fait d'humanité civilisée, le droit n'a pas su empêcher les ravages de deux guerres mondiales. Après la Seconde Guerre, le droit comparé se trouve en crise¹⁹. D'une part la décolonisation, suivie de l'apparition de nouveaux systèmes juridiques, de l'autre la guerre froide entre deux blocs exprimant deux conceptions du droit à l'évidence incompatibles, incitent à une approche pragmatique, rejetant toute « science du droit comparé » et par conséquent toute recherche d'un droit commun qui pourrait venir de la comparaison des divers systèmes. Si la mondialisation du droit progresse cependant, à partir des lendemains de la guerre, c'est d'abord par le droit international et sans les comparatistes.

Pourtant, à mesure que la mondialisation s'étend, le droit comparé devient de plus en plus nécessaire, y compris sous la forme systématique imaginée au début du siècle. Pour élaborer un droit mondial pluraliste, il serait en effet logique de commencer par l'inventaire des convergences et divergences, voire des lacunes ou des silences. Tel est d'ailleurs le programme de ceux qui proposent, dans le prolongement du *jus commune* qui régna sur le continent européen du Moyen Age aux temps modernes, de dégager du droit comparé les bases d'un droit commun européen ou d'un nouveau *jus gentium*²⁰. A condition que le droit comparé sache éviter à son tour « l'esprit d'immobilisation, d'attachement au passé et de retour mystique aux vieilles curiosités coutumières du droit » qui ont caractérisé selon Saleilles les principaux représentants de l'école historique²¹, il pourrait devenir en effet instrument de progrès. Pour y parvenir dans le contexte actuel, le droit comparé ne doit cependant pas s'isoler des progrès accomplis sous la pression du droit international.

Les échanges entre les deux disciplines sont d'autant plus nécessaires que les techniques du droit international sont variées. Outre les instruments déjà cités de protection des droits de l'homme, on peut évoquer les dispositions propres à certaines situations ou opérations internationales, comme les conventions sur les crimes internationaux ou la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Il faut également mentionner les ensembles de principes sans valeur contraignante, d'origine savante et privée, comme les « Principes relatifs aux contrats de commerce international » (Rome 1994) diffusés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et destinés

soit à s'appliquer quand les parties en ont décidé ainsi, soit à servir de guide pour interpréter ou compléter d'autres instruments de droit international, soit à être utilisés comme modèle par des législateurs, nationaux ou internationaux, à titre évidemment facultatif. Ce procédé se rapprochant d'ailleurs des lois-types utilisées aussi par la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCl) afin de mettre à la disposition de législateurs potentiels des règles communes, comme la « loi type sur l'insolvabilité internationale »²². Différents par l'origine (publique ou privée), le caractère (obligatoire ou facultatif) et l'objet (situations et opérations internes ou internationales), ces instruments se distinguent aussi par les stratégies qui les sous-tendent : « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? » interroge Antoine Jeammaud²³. Laissant de côté la sous-distinction entre l'unification (des règles identiques appartenant à un droit unique) et l'uniformisation (des règles identiques incorporées à des droits nationaux qui restent distincts), on retiendra la combinaison d'au moins deux stratégies que l'on peut dénommer, selon que les règles nationales deviennent identiques ou restent différentes, unification ou harmonisation.

Le choix entre l'unification et l'harmonisation répond d'abord à des critères politiques, mais, à partir du moment où l'on veut exclure tout risque d'hégémonie, le droit comparé devrait aussi guider ce choix. Le constat de convergences, ou de silences, des droits nationaux permet sans doute d'aller plus directement vers une stratégie d'unification. C'est la plus ambitieuse car elle suppose l'adoption de règles identiques, assortie d'une obligation de conformité à ces règles et ne peut en réalité fonctionner que si l'unité d'interprétation est assurée par une juridiction unique, comme on l'a souligné plus haut à propos de l'affaire *Pinochet*, et comme on peut le constater en bien d'autres domaines²⁴. Certes, dans le cas des crimes internationaux réprimés par le Tribunal pénal de La Haye, on peut dire que les règles ont été unifiées tant dans leur définition que dans leur application, mais dans la limite correspondant à la compétence de ce tribunal *ad hoc*. Il est clair qu'une telle unification n'est actuellement possible que dans des secteurs bien délimités (en l'espèce la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qui ont d'emblée été définis, dans le silence des droits nationaux, par le droit international) ; ou dans des régions relativement homogènes, comme l'Europe. Ainsi le projet de « *corpus juris* portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne »²⁵ propose l'unification des définitions de droit pénal pour combler les lacunes des droits nationaux en matière de fraudes au budget européen, également l'unification partielle des règles de procédure pénale, autour de la création d'un parquet européen (art. 18 s.) qui serait au confluent des traditions de *common Law* et des traditions continentales (les divergences s'étant atténuées au cours du temps) ; de plus l'unité d'interprétation serait assurée par la Cour de justice des Communautés européennes (art. 28).

A l'échelle mondiale, l'unification reste exceptionnelle. L'autre stratégie, politiquement plus acceptable mais juridiquement plus difficile, c'est l'harmonisation, c'est-à-dire un rapprochement des systèmes de droit : les règles deviennent plus proches mais peuvent rester différentes. Dans ces conditions, l'harmonisation pourrait réintroduire le risque de fragmentation, si elle ne tendait vers la recherche d'harmonie, c'est-à-dire de « mise en compatibilité » des différences autour de principes communs. Cette recherche conduit à accepter des différences, mais pas n'importe lesquelles, pas au-delà d'un certain seuil. L'obligation d'identité est remplacée par une obligation de proximité, et la décision est conditionnée par la fixation d'un « seuil de compatibilité ».

Un tel raisonnement, fondé sur le couple proximité/compatibilité, relève d'une autre logique que la logique classique qui repose sur le couple identité/conformité. En raison de sa complexité même, l'harmonisation est plus difficile juridiquement à mettre en oeuvre que l'unification parce qu'elle suppose plus de transparence dans la motivation et plus de rigueur dans la détermination des critères de proximité et dans la fixation du seuil de compatibilité. Pour éviter l'arbitraire, elle implique l'apprentissage, en particulier par les juges, des logiques nouvelles, dites « non standard », par lesquelles les scientifiques ont déjà appris à maîtriser les notions imprécises²⁶. Cet apprentissage est l'une des conditions pour réussir à ordonner le pluralisme.

2 - *Ordonner le pluralisme* est sans doute, pour le juriste habitué à penser le droit dans un système déjà unifié, une tâche redoutable. Que l'objectif soit l'adoption de règles identiques (unification) ou la mise en compatibilité de règles différentes (harmonisation), la difficulté est de savoir comment procéder et qui peut être admis à exercer cette responsabilité.

Le « *comment* » renvoie à la recherche d'un ordre juridique commun, accepté comme tel dans les différentes traditions, donc à des notions communes, qu'il s'agisse de simples principes directeurs autour desquels réaliser l'harmonisation, ou de véritables définitions juridiques, suffisamment précises pour permettre l'unification et suffisamment synthétiques pour être acceptées partout. Mais le repérage de ces notions fait songer à l'assemblage d'un puzzle dont il manquerait de nombreuses pièces et dont les fragments existants seraient rangés dans des boîtes différentes. Il faudrait pouvoir utiliser tous les moyens techniques inspirés par la jurisprudence et la doctrine, tant en droit comparé qu'en droit international ; sachant que le dessein d'ensemble est déjà esquissé comme « l'idéal commun à atteindre » par la Déclaration universelle des droits de l'homme mais devra être complété par l'émergence de « l'humanité » comme catégorie juridique.

La référence aux droits de l'homme implique qu'il soit mis fin à la dissociation entre les droits civils et politiques d'un côté, les droits économiques, culturels et sociaux de l'autre. Assurer l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux sera l'enjeu essentiel des prochaines années pour réussir à conjuguer économie et droits de l'homme et éviter ainsi que les deux processus, la globalisation économique et l'universalisation des droits de l'homme, ne deviennent conflictuels.

Quant à l'humanité, elle a mauvaise réputation. Les uns y voient un risque de totalitarisme : asservir l'homme au nom du progrès de l'humanité. Pour d'autres, c'est une notion profondément subversive, parce qu'elle conduit à mettre en cause la souveraineté des Etats (27). Entre les deux écueils, le droit navigue un peu à vue mais l'humanité est bel et bien en train de se construire comme catégorie juridique dans une double perspective. D'un côté, celle du crime « contre l'humanité », évoqué plus haut, qui vise l'humanité comme valeur à protéger. L'expression apparaît à Nuremberg en 1945, puis dans divers textes de l'ONU, et fonde la compétence du tribunal pénal de La Haye, de celui d'Arusha (pour le Rwanda) et plus récemment de la Cour pénale internationale.

A l'opposé de l'interdiction du crime, est affirmée l'obligation de protéger le « patrimoine commun de l'humanité ». Apparue en 1967, à propos d'une conférence sur le droit de la mer, la formule a été reprise par plusieurs conventions internationales dans le domaine de l'environnement. Egalement, de façon plus discutable, avec la Déclaration universelle sur le génome humain (UNESCO, 3 déc. 1997), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 9 déc. 1998 : le génome, qui « sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine », serait « dans un sens symbolique » le patrimoine de l'humanité (art. 1er), le risque étant de réduire à un fondement biologique, et plus précisément génétique, la dignité de la famille humaine. En tout cas, la référence au patrimoine commun de l'humanité inscrit la mondialisation du droit dans une interdépendance non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps car elle réintroduit la lignée, à travers ce patrimoine que nous héritons de nos ancêtres pour le transmettre aux générations futures.

Il reste à savoir qui va élaborer et appliquer cet ordre juridique commun. Même en Europe, il n'y a pas encore, en dépit des apparences, de véritable parlement exerçant le pouvoir législatif. Le constat vaut *a fortiori* à l'échelle mondiale, où il n'existe pas non plus de juges au plein sens du terme : la Cour pénale internationale n'est pas encore créée et la Cour de justice de La Haye n'est qu'une cour d'arbitrage, intervenant seulement si les Etats veulent bien la saisir. Enfin, en l'absence de véritable pouvoir exécutif, aucune « force publique » permanente ne permet d'assurer durablement ni l'exécution des décisions, ni le maintien de la paix, comme une actualité tragique ne cesse de le rappeler.

Il faudra donc inventer au plan mondial des structures démocratiques, c'est-à-dire non seulement des institutions pour

exercer les pouvoirs (exécutif, judiciaire, législatif), mais encore une société civile mondiale. Si le citoyen du monde semble encore introuvable, le BIT souligne pourtant déjà les exigences accrues de la population afin que les entreprises « rendent compte de l'impact social et environnemental de leurs activités », précisant qu'en général « ces demandes s'expriment grâce aux efforts d'organisations non gouvernementales (ONG) et aux alliances stratégiques qui se nouent entre les organisations locales de travailleurs et les secrétariats professionnels internationaux (SPI) »²⁸. Ces nouvelles initiatives rejoignent celles des pionniers des droits de l'homme que sont les associations comme *Amnesty international*, ATD Quart monde, ou la Fédération internationale des droits de l'homme, pour esquisser la silhouette du futur citoyen du monde. Les ONG ont d'ailleurs largement contribué à la célébration en 1998, un peu partout dans le monde, du cinquantenaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Plus qu'un simple rituel de commémoration tourné vers le passé, on pouvait y voir l'occasion de constituer une mémoire collective de l'humanité.

Une façon peut-être d'ouvrir la voie vers l'avenir pour relever les « trois défis » que lance la mondialisation du droit en cette fin du second millénaire : cette mondialisation est-elle pratiquement possible ? est-elle juridiquement raisonnable ? enfin est-elle éthiquement souhaitable ? Pour y répondre, il faudrait tout à la fois reconnaître l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme, apprendre à ordonner le pluralisme et réussir à faire progresser la démocratie à l'échelle du monde²⁹.

A l'énoncé d'un tel programme, le bilan peut sembler bien pauvre. Raison de plus pour ne pas se résigner. Après tout, au regard du lent processus d'hominisation qui a pris des millénaires, voire des millions d'années, le droit est une idée neuve : moins de quarante siècles depuis le Code d'Hammourabi, deux siècles depuis les Déclarations américaine et française des droits de l'homme. Et l'humanité, devenue catégorie juridique il y a cinquante ans à peine, est une invention plus récente encore. Alors, donnons-lui sa chance.

Mots clés :

GENERALITES * Mondialisation du droit * Ordre juridique * Cohérence * Globalisation économique * Droit de l'homme

(1) Texte rédigé à partir d'une conférence donnée le 25 nov. 1998, lors de l'assemblée générale de l'Institut universitaire de France.

(2) Arrêt *R... v/Bow St Stipendiary Magistrate and others ex parte Pinochet Ugarte* (1998) 3 WLR 1456.

(3) P.-N. Giraud, *Economie le grand Satan*, avec P. Petit, Textuel, 1998.

(4) V. B. Stern, *Vers la mondialisation juridique ?*, RGDI publ. 1996, p. 4 ; H. Gherari et S. Szurek (dir.) *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, Montchrestien, 1998.

(5) Sur l'action commune engagée par la Communauté européenne le 22 nov. 1996 au motif que « par leur application extraterritoriale ces lois violent le droit international » (JOCE, L 309, 29 nov.), V. B. Stern, *De simples commentaires à une action commune : la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité*, Europe, févr. 1997, p. 8.

(6) V. S. Silbey, *Let them eat cake : Globalization, Post modern Colonialism and the possibilities of Justice*, Law and society Review 1997, p. 207 s.

(7) V. A. Couret, La dimension internationale de la production du droit : l'exemple du droit financier, in Les transformations de la régulation juridique, dir. J. Clam et G. Martin, LGDJ, 1998, p. 197 s. ; également M.-A. Frison-Roche, Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers, Banque et droit, mai-juin 1995, p. 46.

(8) J.-A. Mazères, L'un et le multiple dans la dialectique marché- nation, in Marché-nation, regards croisés, dir. B. Stern, Montchrestien, 1995, p. 146.

(9) V. E. Pateyron, La contribution française à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme, La Doc. fr., 1998, p. 92 s.

(10) V. S. J. Priso Essawe, Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH 1998, p. 721 ; également l'arrêt *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 sept. 1996, D. 1998, Jur. p. 438, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly .

(11) V. G. Cohen-Jonathan, Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme, RGDI publ. 1996, p. 916.

(12) V. W. A. Shabas, Les réserves des Etats-Unis d'Amérique au Pacte sur les droits civils et politiques en ce qui a trait à la peine de mort, RUDH 1994, p. 137.

(13) V. Les transformations de la régulation juridique, précité.

(14) V. BIT, nov. 1998 (www.ilo.org/public/french/20gb/docs/gb273/sdl-1.htm).

(15) V. notamment J.-L. Domenach, L'Asie en danger, Fayard, 1998. *Addé*, sur l'impossibilité d'une monnaie commune en Asie, l'analyse du vice-ministre japonais des Finances Eisuke Sakakibara, *Le Monde*, 29 déc. 1998.

(16) V. notamment H. Ruiz Fabri, Organisation mondiale du commerce, fasc. 130-10 et 130-15, J.-Cl. Droit international, 1998 ; également, Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, JDI 1997, p. 709.

(17) V. R. Saleilles, RTD civ. 1902, p. 80 s.

(18) V. J. Bourgon, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, thèse, EHESS, 1994.

(19) V. M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971.

(20) V. H. Kötz et A. Flessner, *European contract Law*, tr. Tony Weir, Clarendon press, 1997 ; R. David, Renaissance de l'idée de *jus gentium* : une proposition française, *in* *Le droit comparé, Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 319 s.

(21) V. *supra*, note 17.

(22) V. J.-L. Vallen, *La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, D. 1998, Chron p. 157 .

(23) V. l'article publié sous ce titre par A. Jeammaud, *in* *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 35 s.

(24) Sur les « grandes disparités » qui apparaissent, même au sein de l'Europe, dans la mise en oeuvre du droit « uniforme » de la vente internationale de marchandises. V. la chronique de l'équipe de recherche des Universités de la Sarre et de Strasbourg, dir. C. Witz, D. 1998, Somm. p. 307 et 315 .

(25) Publié en version bilingue, franco-anglaise, Economica, 1997, dir. M. Delmas-Marty ; V. aussi J. C. Fourgoux, *Un espace judiciaire contre la fraude communautaire : un corpus juris entre rêve et réalité*, D. 1997, Chron. p. 348  ; F. de Angelis, *Le corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne : origines et perspectives*, D. 1998, Chron. p. 221  ; R. Sicurella, *Le corpus juris : proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen*, D. 1998, Chron. p. 223  ; S. Manacorda, *Le corpus juris et l'« unification tempérée » dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude*, *in* *La justice pénale*, Justices, n° 10, 1998, p. 61.

(26) V. M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, *Les droits de l'homme : logiques non standard*, *in* *Le genre humain*, Seuil, 1998, Interdisciplinarités, p. 135 s.

(27) V. Le droit saisi par l'humanité, *in* *Humanité humanitaire*, dir. F. Ost, Bruxelles, 1998, p. 27 s.

(28) V. *supra*, note 14.

(29) V. Trois défis pour un droit mondial, Seuil, 1998.

Copyright 2025 - Dalloz - Tous droits réservés