

Recueil Dalloz 2000 p.421

L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation

Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université de Paris I, Membre de l'Institut universitaire de France

L'essentiel

Le terme d'espace judiciaire européen (pris ici dans un sens large, à la fois institutionnel et normatif) renvoie à un droit en construction qui ne relève pas seulement de conventions internationales classiques, de type *inter*étatique, mais apparaît aussi sur un plan *supra*étatique. Loin d'être conçue comme la simple renaissance du *jus commune*, la construction juridique européenne relève plutôt de la coordination progressive des diverses traditions juridiques nationales, sous la double influence de l'économie et des droits de l'homme.

Or, on retrouve à l'échelle mondiale la même dualité des facteurs de transformation du droit, mais dans un cadre institutionnel à peine esquissé. C'est en ce sens que le « laboratoire européen » permettrait, malgré ses spécificités, de tester les réponses et de tirer les leçons, des échecs comme des réussites.

L'étude est menée par référence aux trois défis de la mondialisation : *faisabilité* d'un droit commun malgré les tensions entre l'économie et les droits de l'homme ; *rationalité* d'un processus qui combine unification et harmonisation et *légitimité* au regard des exigences démocratiques.

Laboratoire du nationalisme juridique au XIX^e siècle 📖⁽¹⁾, l'Europe pourrait maintenant devenir celui de la mondialisation, au sens plein du terme : un lieu où l'on applique une méthode expérimentale à un objet nouveau.

L'objet est nouveau car le terme d'espace judiciaire européen (pris ici dans un sens large, à la fois institutionnel et normatif) renvoie à un droit européen en construction qui ne relève pas seulement de conventions internationales classiques, de type *inter*étatique, mais apparaît aussi sur un plan *supra*étatique et ne ressemble à rien de connu. Il ne s'agit ni de la transposition du modèle national traditionnel d'un droit conçu à partir d'un espace identifié à l'Etat, ni de la renaissance du modèle « impérial », évoquant le type du protectorat, qui admet plus d'autonomie qu'au plan national mais reste organisé selon un principe de hiérarchie impliquant la subordination à l'ensemble normatif dominant 📖⁽²⁾.

Dans l'espace judiciaire européen en gestation, les différents niveaux (national, international et supranational) s'organisent nécessairement de façon empirique et selon une méthode en effet expérimentale. La notion même d'ordre juridique européen repose sur une subordination partielle des systèmes nationaux à des normes européennes supranationales, donc sur un certain dépassement de la souveraineté nationale, mais ces normes européennes ne sont pas pour autant conçues comme la renaissance d'un *jus commune* fondé sur la subordination de tous les systèmes aux normes venues d'une seule tradition (celle du droit romain ou celle de *common law*). Elles relèvent plutôt de la coordination progressive des diverses traditions juridiques nationales, sous la double influence de l'économie (le marché, puis la monnaie unique, au coeur du droit communautaire et de l'Union européenne des Quinze) et des droits de l'homme (la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels, dans le cadre des quarante Etats membres du Conseil de l'Europe).

L'existence des deux cours européennes, celle de Strasbourg pour les droits de l'homme et celle de Luxembourg pour la Communauté européenne, symbolise d'ailleurs la dualité des facteurs d'« européanisation » de l'ordre juridique. En définitive cet ordre juridique européen, qui ne substitue pas des normes supranationales à la diversité de systèmes nationaux destinés à disparaître, mais superpose les unes aux autres, se fait selon un modèle nouveau, fort complexe, que l'on pourrait nommer « pluralisme ordonné ». « Pluralisme », en ce sens que les normes supranationales ne marquent pas l'extension hégémonique d'un seul système (aucun pays ne se trouvant en position d'imposer sa loi aux autres), mais s'élaborent au confluent des diverses traditions. « Ordonné », car la volonté politique de construire ensemble un ordre juridique, au moins partiellement commun, permet d'éviter la fragmentation qui accompagne généralement le pluralisme.

Or, précisément, à l'échelle mondiale, on retrouve la même dualité des facteurs de transformation du droit que sont l'économie et les droits de l'homme, mais dans un cadre institutionnel moins structuré, à vrai dire à peine esquissé : d'un côté la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes adoptés en 1966 par les Nations unies et de l'autre l'Organisation mondiale du commerce, OMC, et l'Organe de règlement des différends, ORD, créés en 1994. Et les risques sont les mêmes, de l'affrontement de souverainetés nationales en conflit et de l'hégémonie du système le plus puissant. Ce qui montre bien les limites des modèles traditionnels (de type national et impérial) et la nécessité de les dépasser l'un et l'autre autrement que par un droit seulement « international » impuissant à organiser l'ordre et à maintenir la paix. Et c'est pourquoi l'Europe pourrait être, sinon un exemple à suivre (on connaît trop ses échecs que l'actualité rappelle régulièrement et de façon tragique), du moins une occasion de réfléchir sur la façon d'apprendre à relever les défis que la mondialisation lance au droit 🏢(3).


Par rapport à la conception plurielle (empirique, formelle et axiologique) développée par François Ost et Michel Van de Kerchove à propos de la validité des systèmes de droit 🏢(4), on peut dire que la mondialisation lance trois défis. En termes de validité empirique, c'est le défi de la faisabilité : sur une planète en proie aux tensions nées des inégalités économiques croissantes et de la montée des particularismes nationaux, la mondialisation est-elle pratiquement possible ? Selon une validité formelle, on évoquera le défi de la rationalité : la mondialisation est-elle juridiquement raisonnable, c'est-à-dire pensable comme un ensemble ordonné selon la raison juridique, alors que la prolifération anarchique des normes et le brouillage des repères donneraient plutôt l'image d'un inquiétant désordre normatif ? Enfin la validité axiologique renvoie au défi de la légitimité : la mondialisation du droit est-elle éthiquement souhaitable, alors que le respect des valeurs démocratiques n'est nullement garanti par le fonctionnement présent des institutions internationales ?




Dès à présent le « laboratoire européen » permet, me semble-t-il, de tester les réponses à chacun des défis et de tirer les leçons, des échecs comme des réussites. Trois leçons pour tester les réponses aux trois défis.

1 - *La première leçon* correspond au défi de la faisabilité, c'est-à-dire à la question de savoir si la mondialisation du droit est possible face aux tensions actuelles entre la globalisation économique (qui tend vers une uniformisation de type hégémonique) et l'universalisation des droits de l'homme (qui risque de voler en éclats en raison des particularismes culturels peut-être encore exacerbés par les inégalités économiques).

La réponse est sans doute liée à la reconnaissance de l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme. A cet égard il est difficile de parler de réussite européenne. L'Europe sociale reste pour l'essentiel à bâtir. Mais l'expérience européenne démontre que la construction économique autour d'un grand marché ne peut fonctionner en ignorant les droits économiques, sociaux et culturels. Encore inachevée, l'évolution semble marquée par trois étapes : séparation, enchevêtrement de fait, puis interdépendance plus organisée.


Au départ, les deux principaux ensembles européens semblent se construire séparément. D'un côté l'Europe économique,



celle du marché, avec le système juridique propre à la Communauté « économique » européenne et de l'autre l'Europe éthique, celle des droits de l'homme, au sein du Conseil de l'Europe. Pas de hiérarchie d'une Europe à l'autre, une simple juxtaposition de normes supposées s'appliquer dans des domaines différents. Certes les quinze Etats membres de l'Union, par ailleurs membres du Conseil de l'Europe, ont tous ratifié la Convention des droits de l'homme et reconnu la compétence de la Cour de Strasbourg, mais en 1996 la Cour de Luxembourg a rendu un avis négatif quant à l'éventuelle ratification de la Convention des droits de l'homme par la Communauté européenne en tant que telle (il est vrai que le résultat aurait été d'introduire une hiérarchie au profit de Strasbourg). La question était renvoyée aux responsables politiques qui n'ont pas voulu entendre le message, ou plutôt l'ont traduit différemment, par une certaine « autonomisation » des droits de l'homme dans le traité d'Amsterdam, encore renforcée par le projet de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne  (5).


Et pourtant l'histoire a progressivement enchevêtré les fils. Les risques de conflit sont apparus dans des domaines de plus en plus nombreux où la question juridique concerne à la fois l'économie et les droits de l'homme : police des étrangers, biotechnologies, médias, ou même, plus directement encore, compatibilité de la procédure de sanction administrative du droit communautaire avec les principes du procès équitable de la CEDH (affaire *M... et Co c/ RFA*, 9 févr. 1990), ou compatibilité de la définition de la notion de médicament (donnée par transposition d'une directive communautaire et commandant l'applicabilité d'une loi pénale) avec la notion de légalité des délits et des peines au sens de l'art. 7 Conv. EDH (affaire *Cantoni c/ France*, 15 nov. 1996, D. 1997, Somm. p. 202, obs. C. Henry ). La jurisprudence a tenté de s'adapter. Le plus souvent elle réussit à éviter le conflit par un système d'information réciproque et un jeu de références croisées et la Cour de Luxembourg semble désormais reconnaître l'applicabilité directe de la convention, citant même expressément la jurisprudence de Strasbourg  (6). Mais quand le conflit est ouvert, les instances de Strasbourg restent prudentes, concluant à l'irrecevabilité de la requête dans l'affaire *M... et Co* et à la recevabilité, mais sans constater la violation de la Convention, dans l'affaire *Cantoni*. En revanche, plus récemment saisie dans l'affaire *Matthews c/ Royaume Uni* (CEDH, 18 févr. 1999), à propos de l'application du premier protocole additionnel à la Convention européenne (art. 3 sur les élections libres) à des élections au parlement européen, la Cour de Strasbourg a constaté la violation, mais après avoir pris soin de souligner que les actes en cause « ne peuvent être soumis au contrôle juridictionnel de la Cour de Luxembourg »  (7). Elle maintient ainsi à l'égard de la Cour de Luxembourg une attitude de coopération plutôt que de subordination. Par ses prudences parfois excessives et ses incertitudes, un tel enchevêtrement n'est cependant pas suffisant pour résoudre les risques de conflit.

L'étape suivante conduit à reconnaître une véritable interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme. L'instrument existe, avec les droits économiques, sociaux et culturels, mais il manque le plus souvent la volonté politique de l'utiliser. Le principe de l'indivisibilité de l'ensemble des droits fondamentaux (droits civils et politiques ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels) est pourtant clairement énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dont le préambule définit comme la plus haute aspiration de l'humanité « l'avènement d'un monde où les êtres humains seront ... libérés de la terreur et de la misère ». La terreur renvoie essentiellement aux droits civils et politiques, la misère aux droits économiques, sociaux et culturels. Mais, en pratique, cette indivisibilité reste pour l'essentiel à réaliser, même en Europe, qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne.

Du côté du Conseil de l'Europe, les droits économiques, sociaux et culturels n'ont pas le même statut que les droits civils et politiques. Inscrits dans la Charte sociale européenne (signée en 1961 et révisée en 1996) distincte de la Convention des droits de l'homme, ils ne peuvent, à la différence des droits civils et politiques inscrits dans la Convention EDH, être invoqués à l'appui d'une requête dirigée contre un Etat. A défaut de contrôle juridictionnel, leur violation n'était guère prise en compte au départ, alors que les droits civils et politiques sont depuis 1960 soumis à un contrôle juridictionnel, encore renforcé par le protocole additionnel n° 11 entré en vigueur en novembre 1998. Toutefois deux correctifs se

mettent en place : d'une part, un protocole additionnel à la Charte sociale, prévoyant un système de réclamations collectives, est entré en vigueur le 1^{er} juill. 1998 ; d'autre part, la Cour de Strasbourg a souligné dès 1979 (affaire *Airey c/ Irlande*) qu'il n'y a « pas de cloison étanche » entre les deux catégories de droits et trouvé le moyen de sanctionner certaines violations des droits économiques et sociaux, soit au nom du droit à un procès équitable (invoqué dès l'affaire *Airey*), soit par le détour d'une discrimination à raison de la nationalité ou du sexe (affaires *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 sept. 1996, D. 1998, Jur. p. 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly , et *Paskhadilis c/ Grèce*, 19 mars 1997). En attendant que la cour reconnaisse, comme elle devra sans doute le faire, que l'exclusion sociale, dans les situations extrêmes, peut constituer un traitement « inhumain ou dégradant », tout autant que des traitements infligés pour des raisons politiques, tant il est vrai que la dignité de la personne est par définition même indivisible.

Du côté des Communautés et de l'Union européenne, les progrès sont lents aussi. La principale avancée d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union serait d'affirmer d'emblée l'indivisibilité de l'ensemble, mais rien ne garantit que l'accord des Etats sera possible sur un point aussi sensible. Dès à présent l'Accord sur la politique sociale, annexé au traité de Maastricht, met en place un dispositif d'harmonisation déjà concrétisé par deux accords-cadres (sur le congé parental et le travail à temps partiel), eux-mêmes mis en oeuvre par deux directives placées sous le contrôle du Tribunal de première instance et de la Cour de justice des Communautés. Ce dispositif est consolidé par le traité d'Amsterdam qui l'incorpore au traité de Rome. Pourtant, qu'il s'agisse des travailleurs européens ou des travailleurs immigrés, l'Europe sociale reste pour l'essentiel à bâtir. Du moins la démonstration est faite que la construction économique ne saurait plus longtemps ignorer les droits économiques, sociaux et culturels. A condition d'éviter, par cette expression d'Europe sociale, de consolider une séparation entre l'économie et la société, perçues comme deux ordres de réalité différents : « cette schizophrénie conduit à réparer de la main gauche (sociale) les dégâts occasionnés par la main droite (économique) » (8). Comme Alain Supiot le souligne avec force, c'est plutôt de « dimension sociale » de l'Europe qu'il faudrait parler : « l'Union européenne n'a pas d'autre choix, pour échapper à la montée de la violence, de la xénophobie et de tous les repliements identitaires, que d'intégrer enfin pleinement la dimension sociale dans le droit communautaire ». Constatant qu'elle a d'ailleurs timidement commencé à le faire, non seulement avec les accords précités, mais encore avec l'introduction des politiques de l'emploi dans le traité d'Amsterdam, l'auteur considère que « cette évolution rend manifeste le caractère artificiel de l'opposition de l'économique et du social sur laquelle était fondé le traité de Rome ; on croyait alors possible de mettre en commun l'économique et de placer le social dans une réserve nationale ; les faits ont montré qu'il était impossible de dissocier l'un de l'autre » (9).

Cela dit, l'expérience européenne montre aussi que l'indivisibilité doit jouer dans les deux sens et ne pas conduire à reléguer les droits civils et politiques au second plan, sous prétexte d'efficacité dans la protection des droits économiques et sociaux. Au confluent des deux catégories, l'exemple du *corpus juris* « portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne » (10) permet de le montrer. Le point de départ est financier et économique : protéger le budget de l'Europe en améliorant la lutte contre des fraudes qui se développent depuis quelques années, facilitées par la disparition des frontières intérieures. Mais les droits civils et politiques sont également concernés : qu'il s'agisse des principes de la légalité des délits et des peines et de la proportionnalité des peines ou de la règle *non bis in idem*, du procès équitable (c'est-à-dire d'un procès ayant un caractère véritablement « contradictoire »), ou encore de la présomption d'innocence, les dispositions proposées pour l'Union européenne sont fortement inspirées des droits fondamentaux consacrés tant en droit interne que par la Convention européenne.

Or, les difficultés d'élaboration de ces normes communes ne tiennent pas seulement aux tensions entre les contraintes économiques - lutter avec efficacité contre les fraudes -, et les contraintes venues des droits de l'homme - garantir les droits fondamentaux ; elles tiennent aussi à la diversité des traditions juridiques nationales qui rendent l'unification difficile, voire impossible dans certains domaines. Par là même, le projet *corpus juris* apporte aussi des éléments de réflexion pour



la deuxième leçon.

2 - *La deuxième leçon* part du défi lancé à la raison juridique et de la question : la mondialisation du droit est-elle raisonnable, c'est-à-dire pensable comme un ensemble ordonné selon la raison juridique, alors que l'élaboration d'un droit commun - précisément si l'on exclut le modèle impérial de type hégémonique - se heurte à la diversité des systèmes nationaux ?

Reconnaissons qu'au stade actuel la prolifération normative européenne offre davantage l'image d'un désordre source d'arbitraire que d'un ordre garantissant la sécurité juridique. Si l'Europe peut néanmoins apparaître comme un « laboratoire », c'est sans doute pour des raisons qui tiennent à son histoire : d'une part, la forte diversité juridique, symbolisée par la fracture entre la tradition romano-germanique et celle de *common law*, mais complétée par d'autres divisions (par exemple en droit pénal celle qui oppose les pays comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou la France, qui admettent la responsabilité pénale des personnes morales, et ceux qui l'écartent comme l'Allemagne, l'Italie ou la Grèce) ; mais, d'autre part, le fait que ces différences sont issues d'origines partiellement communes, inscrites dans la tradition judéo-chrétienne, le droit canon, la *lex mercatoria* et le droit romain, même si l'autorité de ce dernier n'a jamais été reconnue en Angleterre (il y a du moins été enseigné, ce qui explique une certaine communauté des concepts). Un rapprochement est donc concevable, d'autant plus qu'aujourd'hui aucun pays n'est en position d'hégémonie. Il n'en a pas toujours été ainsi en Europe, bien au contraire, et il serait opportun de saisir cette chance historique, alors que la fragilité de l'édifice en construction, encore impuissant à maintenir la paix sur tout le territoire européen, devrait inciter les responsables politiques à consolider rapidement la construction juridique par l'élaboration d'un droit commun. Or celui-ci ne sera accepté comme tel que dans la mesure où il saura réaliser une véritable synthèse, en intégrant le meilleur de chaque tradition.

Concrètement, ce que l'expérience européenne démontre, c'est l'impossibilité de concevoir un droit commun totalement unifié et donc la nécessité de combiner unification et harmonisation : l'unification quand elle est nécessaire et réalisable, sinon, le plus souvent l'harmonisation, c'est-à-dire le simple rapprochement entre des systèmes qui peuvent rester différents.

L'unification est la voie la plus ambitieuse car elle suppose l'adoption de règles identiques, une obligation de conformité à ces règles et l'unité d'interprétation. Sur cette voie, l'Europe avance encore très prudemment car les convergences spontanées (sauf en quelques domaines comme, par exemple, la peine de mort abolie, en droit ou en fait, dans les quinze pays de l'Union européenne) sont rares entre des systèmes profondément marqués par la fracture déjà évoquée entre le *common law* britannique et la tradition romano-germanique sur le continent. Mais il existe parfois des lacunes communes qui facilitent l'adoption de la règle européenne destinée à corriger ces lacunes (par exemple, en imposant le droit à être jugé dans un délai raisonnable) ; et même les divergences peuvent être dépassées si l'étude préalable de droit comparé est suffisamment approfondie pour permettre une synthèse, et si l'idée même d'unification est acceptée. Ce qui n'est pas toujours le cas.

En droit civil, l'idée lancée par le parlement européen d'un code civil unifié a été ressentie par certains juristes de la tradition de *common law* comme une véritable agression, un impérialisme marquant la résurgence du droit napoléonien. Selon Pierre Legrand  (11), c'est le type même de la fausse bonne idée, comme un bain froid : le mieux à faire est de se plonger rapidement dedans et d'en ressortir aussitôt ; caractérisé, selon le même auteur, par son insolence, sa grandiloquence, son obsolescence, et son ... innocence, le projet devrait être totalement rejeté. D'ambition plus limitée, la Commission Lando  (12) propose des principes communs destinés à s'appliquer « en tant que règles générales du droit des contrats dans les Communautés européennes », soit à titre obligatoire lorsque les parties en sont convenues, soit à titre



facultatif lorsque les parties ont fait référence à des principes généraux, ou n'ont choisi aucun système devant régir leur contrat, ou encore en cas d'insuffisance du système ou des règles applicables (art. 1.101). Critiquée notamment en raison de l'introduction d'un principe de bonne foi, incompatible selon certains commentateurs avec la tradition de *common law* (13), le projet, d'origine doctrinale, a l'avantage d'avoir été conçu avec une certaine souplesse (comme une formulation moderne d'une *lex mercatoria*) et dans une perspective évolutive (les principes étant d'applicabilité immédiate dans les conditions rappelées ci-dessus, mais pouvant aussi constituer, à plus long terme, les bases d'un droit commun de nature obligatoire) (14).



En droit pénal, la difficulté tient à des lignes de fracture multiples : principalement, mais non exclusivement, entre de ce côté-ci de la Manche une procédure « inquisitoire », à caractère étatique et autoritaire, dont le symbole est resté le juge d'instruction, mais dont l'acteur essentiel est sans doute le procureur et, de l'autre côté, une procédure « accusatoire », laissée davantage aux mains des parties et de leurs avocats. A vrai dire l'opposition s'est affaiblie, à tel point qu'il a été possible de proposer le modèle commun déjà évoqué du *corpus juris* : modèle unifié, mais dans certaines limites. S'agissant de lutter contre les fraudes au budget européen tout en respectant les règles d'un procès équitable, le projet unifie les définitions pénales de fond autour de huit délits liés à ces fraudes et des règles d'attribution de la responsabilité et de détermination des sanctions. Quant aux règles de procédure et de preuve, elles feraient l'objet d'une unification seulement partielle. L'art. 18 §1 de ce projet précise expressément : « pour les besoins de la recherche, de la poursuite, du jugement et de l'exécution des condamnations concernant les infractions définies... l'ensemble du territoire des Etats membres de l'Union constitue un espace judiciaire unique ». Espace « judiciaire » et non policier car il est proposé de créer un « ministère public européen », c'est-à-dire un corps de procureurs qui exerceraient des fonctions d'investigation et de poursuite sur tout le territoire de la Communauté. La formule, reprise par la Commission dans son avis du 26 janv. 2000, repose sur une synthèse du modèle inquisitoire pur (avec un juge d'instruction) et accusatoire pur (sans juge d'instruction ni procureur), rendue possible par un certain rapprochement spontané des pratiques nationales (marginalisation et parfois disparition du juge d'instruction sur le Continent et apparition d'un service des poursuites publiques en Angleterre).


En revanche le *corpus* ne crée pas de juridiction pénale européenne, se contentant d'inciter au rapprochement des juridictions nationales chargées à la fois de contrôler les investigations (par la désignation dans chaque Etat d'un « juge des libertés ») et de juger les « eurofraudes » (devant les juridictions nationales compétentes). D'où l'adoption de mesures d'harmonisation, destinées à rapprocher les pratiques d'un pays à l'autre autour de règles partiellement communes (en matière de preuve par exemple) et partiellement différentes (composition des juridictions de jugement et organisation des voies de recours), mais obéissant à des principes généraux communs (comme l'indépendance et l'impartialité des juges par exemple).

L'harmonisation est sans doute une voie politiquement mieux acceptée mais, par sa complexité même, elle reste difficile à mettre en oeuvre juridiquement : les règles deviennent plus proches mais peuvent rester différentes. Dans ces conditions l'harmonisation pourrait conduire à l'éclatement, si elle ne tendait vers la recherche d'une harmonie, c'est-à-dire d'une « mise en compatibilité » autour de principes communs. Autrement dit, des différences sont acceptées, 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 (de compatibilité et non de conformité) est conditionnée par la fixation du seuil qui renvoie à la notion de « marge nationale », utilisée tant en droit communautaire que, de façon plus explicite, en matière de droits de l'homme : le seuil sera d'autant plus élevé que la marge nationale sera faible et inversement.

Caractérisée par sa souplesse (toute différence n'est pas exclue comme incompatible) et son caractère évolutif (il est possible sans changer la norme de référence commune d'élever progressivement le seuil de compatibilité quand les circonstances le permettent), la méthode est en revanche fort complexe. D'une part, la proximité des pratiques nationales


est appréciée par référence à des principes généraux souvent très vagues, comme la vie privée au nom de laquelle certaines interceptions de sécurité sont jugées incompatibles avec la Convention EDH, ou la « matière pénale », entendue de façon autonome englobant des sanctions non qualifiées de pénales en droit interne (administratives ou disciplinaires par exemple). D'où le recours à des critères multiples qui déterminent le sens de ces notions au départ faiblement déterminées, mais permettent au juge d'orienter la décision selon le poids qu'il donne à chaque critère. Le risque d'arbitraire a souvent été souligné à cet égard par la doctrine  (15). D'autant que le risque tient aussi à la façon dont le juge procède pour fixer la marge nationale d'appréciation, donc le seuil de compatibilité qui commande finalement la décision. Tantôt le seuil apparaît trop élevé à la doctrine qui reproche à la Cour EDH de vouloir uniformiser l'Europe autour d'un modèle qui sacrifierait la famille à la vie privée (dans les affaires de transsexualisme par exemple) ; tantôt il est jugé trop bas, et excessive la marge d'appréciation laissée aux Etats qui marquerait le refus d'une conception commune, de la liberté d'expression par exemple (d'où les critiques dans des affaires où la Cour admet, au nom de la marge nationale d'appréciation, qu'un Etat condamne, parfois pénalement, la diffusion de films, de livres ou de tableaux jugés contraires à la morale, voire à la religion)  (16).

Certes de tels problèmes, liés à une certaine indétermination de la norme de référence, ne sont pas propres à la construction européenne. En droit interne aussi, on s'inquiète du risque de gouvernement des juges, mais la solution est plus simple. Selon Ronald Dworkin, elle doit être recherchée à travers un « critère de convenance », qui conduit à choisir la solution la plus performante et selon un « critère de morale politique » qui conduit à prendre en compte les droits des citoyens. L'auteur en conclut qu'il est improbable qu'on ne puisse ainsi arriver à une solution valable en ce qu'elle s'inscrit dans « la meilleure justification possible par rapport à l'ensemble des lois tenues pour acquises »  (17). Mais le paradoxe quand il s'agit de l'Europe est que la recherche d'objectivité est encore plus nécessaire. La peur d'un gouvernement des juges est en effet plus forte qu'à l'égard des juges nationaux car il s'agit de juges perçus comme étrangers, alors qu'il est en même temps beaucoup plus difficile de se référer à un système de référence cohérent pour justifier la position prise, dans la mesure où ces juges appartiennent à des traditions différentes. En Europe, malgré des origines partiellement communes, la formation des juristes s'est en effet fortement nationalisée et la recherche d'une culture juridique que l'on puisse appeler « européenne » reste à consolider à l'occasion des échanges au sein des juridictions européennes et au fil de la jurisprudence. En attendant, la réponse devrait tenir dans un surcroît de transparence dans la motivation et de rigueur dans la détermination des critères et des seuils. Une fois établis, ces critères devraient rester les mêmes et avoir le même poids d'une affaire à l'autre ; les seuls facteurs d'évolution admissibles, notamment quand il s'agit de la marge nationale d'appréciation, devraient être définis d'avance et de façon objective  (18).


A l'échelle mondiale, de telles difficultés sont encore accrues, précisément si l'on veut éviter de promouvoir une conception hégémonique au profit d'une conception pluraliste s'efforçant de retenir le meilleur de chaque tradition. C'est pourquoi le « laboratoire européen » pourrait fonctionner comme lieu d'apprentissage de la complexité et du multiple. Il s'agit là d'une véritable nouveauté, de nature épistémologique, en ce qu'elle oblige à « ordonner le multiple », alors que la pensée juridique traditionnelle considère plutôt le droit étatique comme un système homogène, hiérarchisé et largement unifié, à tel point que la notion de pluralisme serait exclusive de tout contrôle « officiel » des Etats  (19).

S'il est vrai que la mondialisation, plus encore que « l'eupéanisation », n'a de chance d'être pluraliste qu'au prix d'un tel apprentissage, il est vrai aussi que le pluralisme, même ordonné, ne suffit pas à garantir la légitimité d'une décision qui repose non seulement sur la qualité du raisonnement juridique mais aussi sur le choix des règles ou des principes qui la fondent.

3 - *La troisième leçon*, face au défi de la légitimité, est celle qui permettrait de répondre à la question : la mondialisation du droit est-elle souhaitable, alors que l'invention démocratique paraît limitée au cadre des Etats ?

Ici encore l'Europe montre surtout les faiblesses d'une construction qui, même engagée entre des pays démocratiques, se caractérise par un déséquilibre des pouvoirs et une certaine impuissance politique  (20). Du moins permet-elle de repérer les directions à suivre pour un rééquilibrage au profit des institutions et de la société civile elle-même.

Le déséquilibre semble d'abord se faire au profit d'un pouvoir exécutif prédominant : compétence normative exclusive des Etats (et de leurs gouvernements) dans l'Europe des droits de l'homme ; répartition complexe au sein de l'Europe du marché entre les compétences exclusives des Etats et de la Commission et les compétences partagées. Une prédominance indiscutable, au profit de l'exécutif national, mais toute relative en ce qui concerne l'exécutif européen, car le maintien des souverainetés nationales va aussi de pair avec une certaine impuissance politique à maintenir la paix sans soutien extérieur à l'Europe et même à garantir l'ordre public (l'Office européen de police dit Europol étant à peine l'ébauche d'une police européenne).


Cette impuissance entretient d'ailleurs les incertitudes d'un pouvoir judiciaire marqué par la coexistence des deux Cours, mais fragilisé par le système des recours. C'est très progressivement et avec beaucoup de prudence que le droit au juge a été reconnu à l'échelle européenne  (21). Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Cour a longtemps été cantonnée dans un rôle effacé et il aura fallu attendre l'entrée en vigueur du protocole additionnel n° 11, en novembre 1998, pour que la voie juridictionnelle soit pleinement admise en cas de violation des droits garantis par la Convention EDH.



Dans le cadre des Communautés, la CJCE a eu tendance à interpréter restrictivement les dispositions des traités sur l'accès des personnes privées au prétoire et à réserver le plus souvent les recours à la Communauté, aux Etats et aux juridictions nationales (par la technique parfois même imposée par la CJCE du renvoi préjudiciel). En outre la saisine de la Cour, bien qu'étendue par le traité d'Amsterdam, reste subordonnée, pour les questions relevant de la compétence intergouvernementale (troisième pilier), à l'acceptation des Etats. Or c'est précisément dans ce cadre du troisième pilier que se met en place Europol. D'où l'utilité du ministère public européen, proposé par le projet *corpus juris*, comme garantie judiciaire et contrepoids nécessaire à l'Europe des polices.

Encore faudrait-il savoir qui adoptera le projet. En droit pénal, il est nécessaire que le pouvoir législatif soit exercé par un parlement ; or l'Europe est également caractérisée par la faiblesse du pouvoir législatif. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe est un simple lieu de débat sans aucun pouvoir politique et le Parlement européen, désormais élu au suffrage universel, a certes une place croissante au sein de l'Union européenne, comme en témoigne son rôle dans la récente démission de la Commission, mais il n'a de réels pouvoirs qu'en ce qui concerne le budget. Ce n'est donc pas un hasard s'il tente de reconstituer à son profit le vieux processus démocratique de conquête du pouvoir à travers le vote du budget (c'est sans doute aussi pourquoi le projet du *corpus juris* est limité, dans un premier temps, aux fraudes concernant pour l'essentiel le budget européen).

Mais la démocratie ne se réduit pas aux seules institutions et le rééquilibrage des pouvoirs impliquerait à la fois de renforcer des institutions démocratiques et d'associer la société civile.

Au plan institutionnel, on peut observer la montée en puissance des deux Cours : le protocole n° 11 précité impose désormais la voie juridictionnelle en matière de droits de l'homme et le traité d'Amsterdam étend la compétence de la CJCE au troisième pilier, pourtant considéré comme de nature intergouvernementale. Malgré la restriction rappelée ci-dessus, subordonnant la compétence de la Cour à l'accord des Etats, le progrès est réel, d'autant qu'il s'accompagne d'une tendance observée depuis quelques années, notamment dans les pratiques du Tribunal de première instance, à rendre les recours directs plus accessibles aux particuliers et en revanche à multiplier les obstacles à la recevabilité des renvois

préjudiciels  (22). Quant au Parlement européen, aux pouvoirs accrus reconnus par le traité d'Amsterdam, s'ajoute la consécration indirectement venue de l'arrêt *Matthews c/ Royaume Uni* (précité) par lequel la Cour de Strasbourg lui reconnaît la qualité de « corps législatif », au sens de l'art. 3 du premier protocole additionnel à la Convention EDH, affirmant que le Parlement européen « est l'instrument principal du contrôle démocratique et de la responsabilité politique dans le système communautaire. Légitimé par son élection au suffrage universel direct, le Parlement européen doit être considéré, quelles que soient ses limites, comme la partie de la structure de la Communauté européenne qui reflète le mieux le souci d'assurer au sein de celle-ci un régime politique véritablement démocratique ».

Plus largement encore, la société civile commence à apparaître, par le renforcement du rôle des partenaires sociaux, notamment dans le cadre de l'Accord précité sur la politique sociale. Dans une décision du 17 juin 1998, le Tribunal de première instance reconnaît, à propos de la directive adoptée selon une procédure prévoyant l'intervention et même l'initiative des partenaires sociaux, la nécessité de vérifier leur représentativité. Le motif invoqué mérite d'être rappelé car il se fonde sur l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un texte législatif. Dans ces conditions, selon le Tribunal, le principe de démocratie requiert que « la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord auquel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, confère une assise législative au niveau communautaire ». Quelles que soient les hésitations encore perceptibles dans la jurisprudence postérieure du tribunal, il s'agit là d'une avancée vers la reconnaissance du rôle des partenaires sociaux dans le processus de la construction européenne. Mais la société civile doit être entendue plus largement encore, incluant le fameux « citoyen européen » dont le nouvel art. 17 du traité de Rome (modifié à Maastricht puis à Amsterdam) esquisse la silhouette. Faut-il voir dans l'insuffisance des droits qui lui sont reconnus et dans l'ambiguïté de cette « citoyenneté de superposition »  (23) une simple formule incantatoire, voire un abus de langage ? J'y verrais plutôt la mutation vers une conception de la citoyenneté à appartenances multiples et superposées mais compatibles. Une mutation du hérisson vers le renard, si l'on reprend les emblèmes choisis par Isaiah Berlin pour illustrer deux visions du monde : vision centrale du hérisson, selon un principe organisateur unique, alors que le renard poursuit plusieurs fins, sur plusieurs niveaux, sans chercher à les intégrer ni à les exclure. A mi-chemin entre les deux, le citoyen européen serait un animal encore étrange qui préfigure peut-être le futur citoyen du monde  (24).

La conclusion ne saurait être que provisoire car l'expérience européenne, qu'elle réussisse ou non à transformer les hérissons en renards, n'est évidemment pas transposable telle quelle à l'échelle de la planète. Elle se déroule dans des conditions bien spécifiques, propres à l'Europe et à son histoire.

Il n'en reste pas moins qu'à travers ses tâtonnements et malgré ses limites, elle permet, pour la première fois dans l'histoire, d'observer l'émergence d'un nouveau modèle juridique. Nouveau par l'extension du droit au-delà des États, mais surtout par l'idée d'une harmonisation ou même d'une unification qui ne seraient pas imposées par subordination à un système dominant, mais consenties par coordination de tous les systèmes autour de principes communs ; en somme, l'idée que l'abandon partiel de souveraineté est bien celui d'une communauté d'États et non celui de vassaux soumis à des lois impériales. Il resterait à démontrer qu'une telle communauté aura un jour les moyens de maintenir durablement la paix par la règle de droit et non par la force.


[Article rédigé à partir d'une conférence donnée au Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen de Florence le 12 février 1999.]

Mots clés :

COMMUNAUTE EUROPEENNE * Droit communautaire * Espace judiciaire européen * Mondialisation * Laboratoire



(1) V. J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.

(2) V. C. Moatti, *L'expérience romaine*, in *L'harmonisation du droit des contrats*, colloque Lille, mars 1999, à paraître (dir. C. Jamin), *Economica*, 2000 ; également B. Badie, *Un monde sans souveraineté*, Fayard, 1999, notamment, sur « la logique impériale », tant à Rome qu'en Chine dans l'Empire du milieu, p. 29 et s.

(3) V. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998. Egalement *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999, Chron. p. 43 .

(4) *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 255.

(5) V. Table ronde Université de Paris 2, dir. J. Dutheil de la Rochère et G. Cohen-Jonathan, 18 mai 2000, à paraître, Pedone, 2000. Egalement rapport Loncle, 23 mars 2000, Doc. AN, n° 2275.

(6) V. CJCE, 17 déc. 1998, *Baustahlgewebe GmbH*, aff. C-185/95F, Europe, févr. 1999, note D. Simon ; V. cependant CJCE, 8 févr. 2000, aff. *Emesa sugar* (D. 2000, IR p. 81 ) , écartant la jurisprudence de la CEDH (20 févr. 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, D. 1997, Somm. p. 208, obs. N. Fricero ) .

(7) V. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, A propos de l'arrêt *Matthews c/ RU*, RTD eur. 1999, p. 637 .

(8) V. *Au-delà de l'emploi*, rapport pour la Commission européenne, dir Alain Supiot, Flammarion, 1999, p. 12.

(9) *Ibidem*, p. 11.

(10) V. la version franco-anglaise (dir. Mireille Delmas-Marty), *Economica*, 1997, également, *Etude du suivi*, à paraître, Intrascientia, 2000 (2 vol.). Comp. avec les trois « scénarios » du rapport Hubert, Commissariat général du plan, *Quels avénirs pour l'Europe de la justice et de la police ?* La Doc. fr., 2000.

(11) V. *Sens et non-sens d'un code civil européen*, RID comp. 1996, p. 779 s.

(12) V. *The principle of European contract law*, part 1 : *performance, non performance and remedies* (Ole Lando and Hugh Beale ed.), Martinus Nijhoff, 1994.

(13) V. Gunther Teubner, *Legal irritants : Good faith in British Law or How unifying Law ends up in new divergences*, The modern Law review 1998, p. 11 et s.

(14) V. *The principle of European contract law*, précité. Egalement L'harmonisation du droit des contrats en Europe, colloque Lille, préc.

(15) V., sur la matière pénale, F. Massias, note sous l'arrêt *Putz c/ Autriche*, CEDH, 22 févr. 1996, RTDH 1997, p. 492 s.

(16) Comp., par exemple, M.-T. Meulders-Klein, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe continentale, Dr. et société 1993, p. 163 et s., et P. Wachsmann, La religion contre la liberté d'expression, sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme, RUDH 1994, p. 441.

(17) V. R. Dworkin, Une question de principe, PUF, 1996, p. 151 et s. (traduction de *A matter of principle*).

(18) V. F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Conv. EDH, in *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 440 et s. ; C. Picheral et A.-D. Olinga, La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la CEDH, in RTDH 1995, p. 567 et s. ; M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit en gestation, à paraître, RID comp. 2000, n° 4.

(19) V. N. Rouland, A la recherche du pluralisme juridique : le cas français, Droit et cultures 1998, p. 217 et s. V. cependant E. Lambert, Les effets des arrêts de la CEDH, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1999.

(20) V. le rapport Quermonne, L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces, Commissariat général du plan, La Doc. fr., 1999.

(21) V. Le droit au juge dans l'Union européenne, dir. Joël Rideau, LGDJ, 1998.

(22) V. A. Barav, Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes, in *Le droit au juge...*, préc., p. 191 et s.

(23) V. Anicet Le Pors, La citoyenneté, PUF, 1999.

(24) V. Jürgen Habermas, Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique, Fayard, 1998.

