

Mireille Delmas-Marty: « La loi n'a pas tous les droits »

ENTRETIEN
PROPOS RECUEILLIS
PAR NICOLAS TRUONG

De la réforme du code pénal à la création d'un parquet européen, en passant par l'élaboration du Tribunal pénal international, Mireille Delmas-Marty, juriste et expert, observe et dessine les contours d'un droit commun de l'humanité. Refusant le fatalisme, dénonçant la démission du politique sur des sujets brûlants, comme celui de la bioéthique, cette infatigable propagandiste du « droit des droits » démontre que la globalisation économique peut contribuer au développement des droits de l'homme.

Le Monde de l'éducation : D'origine poitevine et cévenole, vous appartenez à la tradition éclairée du protestantisme français. Dans quelle mesure votre ancrage familial vous a-t-il conduit à l'étude du droit ?

Mireille Delmas-Marty : J'ai vécu le protestantisme comme une éducation à la tolérance, sans pour autant prétendre qu'il échappe nécessairement à toute forme d'intégrisme, comme on le voit notamment en Irlande du Nord. Mais cette culture – que je préfère au mot de religion – m'a enseigné le refus du dogmatisme et le goût de l'effort. Car le refus doit être transformé pour ne pas sombrer dans un scepticisme désenchanté. Et cette transformation nécessite beaucoup d'efforts. Le protestantisme fut, et demeure pour moi, un modèle de rigueur tout comme l'expression d'une exigence.

« J'ai vécu le protestantisme comme une éducation à la tolérance, sans pour autant prétendre qu'il échappe nécessairement à toute forme d'intégrisme, comme on le voit en Irlande du Nord »

Mais, curieusement, le droit ne s'est pas imposé à moi comme une évidence. J'y suis venue par un chemin en zigzag, un peu comme on fait l'école buissonnière. Après un parcours haletant de « première de la classe », avec l'angoisse de ne pas répondre aux attentes de ma famille, je suis arrivée à l'université très immature et comme usée par cet effet de surchauffe, au point d'avoir perdu le goût de l'effort. Mais j'étais dotée d'une curiosité multiforme. Pendant les trois premières années, je me suis inscrite dans toutes les facultés, ou presque ! D'abord en biologie, puis en médecine et en philosophie, ensuite à l'Ecole du Louvre, à la faculté de droit, ainsi qu'à Langues O pour y étudier le chinois. Tout m'attirait. Le droit s'est finalement imposé, un peu par facilité, car, dans les années 60, les travaux dirigés n'étant pas obligatoires, il était possible de préparer les examens au dernier moment à l'aide des photocopies.

C'est seulement à partir des études de doctorat que je me suis mise à aimer le droit. Grâce à la rencontre d'esprits lumineux comme le doyen Vedel ou le professeur Vouin, qui devaient m'orienter vers le droit pénal. Un regret cependant : celui de n'avoir pas été l'élève du doyen Carbonnier. Ce juriste, lui aussi très marqué par le protestantisme, a écrit un ouvrage sur l'amiral de Coligny et a repris comme titre de l'un des chapitres le début d'un poème de Valéry : « Non, dit l'arbre, il dit non », phrase symbole de la culture protestataire qui est au cœur du protestantisme. Mais je n'ai lu ses travaux que des années plus tard, d'abord séduite par la rigueur et la beauté formelle du raisonnement et des constructions juridiques dont je ne mesurais pas encore tous les risques. Aujourd'hui je suis plus perplexe. La fameuse métaphore de la « pyramide des normes » lancée par Kelsen ne me paraît pas rendre compte de l'extraordinaire foisonnement normatif qui, sur le plan national ou supranational, caractérise notre époque.

Votre découverte tardive du droit, votre manière personnelle et esthétique de l'aborder vous ont-elles mise dans une position marginale ?

J'ai toujours travaillé dans des domaines apparemment marginaux. Dès ma thèse, consacrée au droit pénal des affaires à une époque où il n'était guère enseigné. Plus tard, dans les années 80, je me suis intéressée au droit des droits de l'homme, que l'on n'enseignait pas non plus systématiquement et dont on parlait fort peu. Je me souviens qu'en 1986, lors de la première condamnation de la France à Strasbourg par la Cour européenne des droits de l'homme, j'avais tenté d'attirer l'attention de journalistes... qui n'ont publié que quelques lignes sur le sujet. J'ai eu aussi la chance de participer à la réforme du code pénal sous la présidence de Robert Badinter, et par la suite à diverses commissions de réforme. Autant d'occasions d'imaginer un droit nouveau. Et, depuis quelques années, mes recherches s'orientent vers un droit commun à vocation mondiale, qui à l'évidence n'existe pas encore, même si l'on peut en voir des esquisses, par exemple avec les tribunaux pénaux internationaux, et imaginer des méthodes en observant la construction européenne. ***



Gérard Ruydau

*** La difficulté, c'est d'être à la bonne distance pour pouvoir à la fois comprendre le droit du dedans et l'analyser de façon critique, donc du dehors. Le doyen Carbonnier, qui s'est mis à distance du droit par le biais de la sociologie, dit avec humour que, dans la forêt vierge du droit, le juriste est perché dans les branches, comme un perroquet, et chaque fois qu'il parle, il fait bouger les branches, alors que le sociologue qui reste en dehors observe mieux le paysage mais ne peut faire bouger les arbres. Comment être à la fois dans la forêt et à l'extérieur? Jean Carbonnier y est parvenu. Il a transformé le droit de la famille, en inspirant les réformes du divorce et de la filiation, tout en marquant une préférence pour le « non-droit » et des réserves croissantes à l'égard d'un « pan-juridisme sous lequel tout le droit a été en péril de se noyer ». Pourtant, malgré toute mon admiration, je ne partage pas son scepticisme et sa méfiance du volontarisme. Je n'accepte pas que le droit soit, comme il le dit, « roulé par les vagues du devenir universel », car mon ambition serait qu'il participe à la navigation.

Votre parcours, extrêmement dispersé au départ, semble aujourd'hui prendre sens. Vos travaux en faveur d'un droit commun de l'humanité relient tous vos centres d'intérêt : les droits de l'homme, le commerce, la langue chinoise, la biologie et la médecine, la philosophie, mais aussi l'art moderne...

En effet, avec la recherche d'un droit commun, tout prend sa place et s'ordonne miraculeusement. Du point de vue purement juridique, la mondialisation du droit se fait au croisement du droit des affaires et des droits de l'homme, mes deux objets privilégiés d'étude. Elle ramène également à des questions philosophiques, qu'il s'agisse de la façon de concevoir la relation entre droit national et droit international (monisme, dualisme, ou pluralisme) ou de penser le dépassement de l'« Etat-nation », pour reprendre la formule du philosophe Jürgen Habermas. La logique juridique est également concernée, car nous découvrons actuellement les limites de la notion de hiérarchie qui fonde la logique aristotélicienne classique, avec les trois principes d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu : si un élément est inclus dans un ensemble, il ne peut l'être en même temps dans un autre ensemble différent. Or, aujourd'hui, une même norme, de

« Je n'accepte pas que le droit soit, comme le dit le doyen Carbonnier, "roulé par les vagues du devenir universel", car mon ambition serait qu'il participe à la navigation »



droit français par exemple, peut relever simultanément du droit de l'Union européenne (l'Europe des quinze) ainsi que de la Convention européenne des droits de l'homme (l'Europe des quarante et un), et encore du droit des Nations unies. Il y a donc « multi-appartenance », appartenance simultanée à des ensembles différents. Et la « logique floue », ou théorie des « sous-ensembles flous » (fuzzy sets), qui implique l'idée de gradation, aide à penser ces appartenances multiples.

De façon plus inattendue, je retrouve aussi le chinois, à l'occasion de recherches avec des juristes à Pékin et à Shanghai. Et même la biologie avec les débats actuels sur les biotechnologies et l'émergence de l'humanité comme valeur protégée, à travers des notions comme le patrimoine commun de l'humanité ou le crime contre l'humanité.

Enfin je me demande parfois si mes aspirations pour l'art n'ont pas nourri en moi ce goût d'étudier ce qui n'existe pas encore et favorisé une recherche où l'imagination devient nécessaire, essentielle même. Pas une imagination débridée, mais une certaine créativité confrontée au réalisme et à la nécessité de penser et d'or-

donner le multiple. Pour y parvenir, ce qui me stimule le mieux, ce sont les images qui viennent de l'art. Comme celles tirées des leçons de Paul Klee au Bauhaus qui, dans les années 30, expliquait aux étudiants comment assembler un cercle et une ligne droite sans courir le risque que l'un absorbe l'autre. En Europe, on essaie actuellement de construire un droit commun au confluent de la tradition britannique de *common law* et de la tradition continentale plus legaliste. C'est un peu comme avec le cercle et la ligne droite, car il faut travailler à partir de ce qu'il y a de meilleur dans les deux traditions pour en faire une composition nouvelle et plus harmonieuse. Curieusement, c'est toujours cette image de Klee que je garde à l'esprit comme exemple de ce qui est possible.

Et Klee, j'y suis venue grâce au compositeur Pierre Boulez. Ce qui me fascine chez Boulez, c'est précisément sa façon d'ordonner le multiple. Dans *Répons*, œuvre majeure qu'il complète d'année en année, l'orchestre est dirigé de façon assez classique, mais, placés à l'extérieur, six solistes disposent d'une certaine marge d'interprétation de l'œuvre, et leur jeu, repris par des ordinateurs, est aussitôt diffusé. Ce qui donne à la musique une dimension étonnante, comme intersidérale. De son côté, le compositeur allemand Stockhausen prend même le risque d'une œuvre, récemment jouée à la Cité de la musique, dirigée par trois chefs dont les orchestres jouent simultanément.

La peinture de Vieira da Silva m'a également influencée. « Je peins par petites touches comme une abeille et le tableau se fait », disait-elle. J'ai un peu la même impression avec les constructions juridiques actuelles en Europe notamment. Son monde, comme l'univers juridique, pourrait être un monde clos. Mais elle entrouvre toujours une fenêtre : une ouverture, plus ou moins visible, plus ou moins éloignée du centre du tableau, est toujours là. Lorsque je me sens dans une impasse, c'est l'art qui m'aide à trouver une telle « issue lumineuse ».

On parle aujourd'hui de juridisme, c'est-à-dire d'une dérive née d'une réduction des problèmes sociaux et politiques à leurs aspects juridiques. Les magistrats Antoine Garapon et Denis Salas évoquent la « démesure pénale de notre temps » et notent que « la montée en puissance de la justice est le fruit d'un qua-

druple activisme – judiciaire, médiatique, législatif et associatif – qui laisse l'Etat désemparé ». Vous semblez plutôt invoquer une démission des responsables politiques. Peut-on parler d'une « judiciarisation positive » ?

En France, l'activisme judiciaire n'est pas tellement venu d'une prise de pouvoir des juges, mais d'une certaine démission du législateur, c'est-à-dire du Parlement. Sur des questions très concrètes, le Parlement n'a pas tranché en temps utile comme il aurait dû le faire, parce que l'Assemblée nationale et le Sénat n'ont pas réussi à se mettre d'accord. Je pense à un exemple très précis : lors de la révision du code pénal, notre commission avait proposé un texte sur la responsabilité du « décideur », chef d'entreprise ou responsable politique. Un sujet délicat faisant l'objet d'une jurisprudence très complexe de la Cour de cassation, qui pose un principe de responsabilité du chef d'entreprise assorti de conditions d'exonération : lorsqu'un subordonné commet matériellement une infraction, on peut faire remonter la faute à celui qui est en position de décider. Ce principe peut s'appliquer en cas de déversement polluant dans une rivière, par exemple, ou encore lors de la mise en circulation d'un produit dangereux. La refonte du code pénal aurait dû être l'occasion pour le Parlement de prendre position sur ce point. D'autant que notre pays est très attaché à la légalité des délits et des peines, principe inscrit dans la Constitution et la Déclaration des droits de l'homme. Or, par prudence politique, le premier ministre a retiré ce texte du projet de loi et le Parlement a finalement renoncé à s'en saisir lui-même comme il aurait pu le faire. Un changement de majorité était alors prévisible et l'objectif prioritaire était que le code pénal soit voté avant les élections législatives. On a donc adopté le nouveau code sans légiférer sur une ques-

« En France, l'activisme judiciaire n'est pas tellement venu d'une prise de pouvoir des juges, mais d'une certaine démission du législateur, c'est-à-dire du Parlement »

tion dont les débats récurrents sur la responsabilité pénale des maires n'ont cessé de montrer l'importance. Ainsi les juges font actuellement ce qu'ils faisaient auparavant, c'est-à-dire qu'ils continuent à appliquer leur jurisprudence. Comment leur reprocher leur activisme ?

Dans un autre domaine essentiel, celui de la bioéthique, il a fallu attendre 1994 pour que soient votés les textes, alors qu'un avant-projet, préparé par une commission du Conseil d'Etat sous la présidence de Guy Braibant, était prêt dès 1989. Au lieu de célébrer le bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme par une grande loi sur la bioéthique, on a attendu 1994 et tenté de satisfaire les uns et les autres en fragmentant ce texte en trois lois confiées à des ministères différents (recherche, santé et justice), sans pour autant résoudre les questions les plus délicates, comme le statut de l'embryon.

Cette « judiciarisation » n'est pas, selon vous, aussi importante en Europe qu'aux Etats-Unis. Pourtant, vous relevez certaines contradictions qui font osciller la France entre une « conception américaine des supermarchés du droit » et une tradition plus artisanale, sociale et républicaine. Qu'en est-il aujourd'hui ?

Les deux conceptions coexistent. Officiellement, nous restons attachés à la conception traditionnelle et plusieurs lois ont renforcé l'accès au droit pour les plus défavorisés, les barreaux s'organisant pour assurer la défense des enfants, des étrangers et des plus pauvres. Mais l'autre conception, celle des « marchands de droit », née aux Etats-Unis, se retrouve de plus en plus en Europe, y compris en France, comme le montre le sociologue Yves Dezalay. Les cabinets d'avocats sont gérés comme des entreprises multinationales, ne serait-ce que pour survivre. Car le droit des affaires ne relève plus guère des Etats, mais s'élabore à travers les frontières, dans le cadre de la globalisation économique. « Le maître du territoire a perdu le contrôle de ses frontières », dit Habermas, parce que les réseaux économiques transnationaux se développent indépendamment des Etats. Les procédures les plus utilisées sont les arbitrages qui conduisent à une privatisation du droit. Des mécanismes de régulation se mettent malgré tout en place, comme la très contestée Organisation mondiale du commerce (OMC). Contestée parce que les règles sont loin d'être claires et privilégient l'ouverture du marché sur la protection des

droits sociaux ou de l'environnement. Cette juridiciarisation-là échappe en partie au contrôle des Etats, mais elle fait en effet prospérer les marchands de droit.

De Droit au logement à Droits devant !, de nombreuses associations mettent en avant le droit. La revendication politique et sociale se transforme en revendication juridique. Est-ce une dérive ou bien assiste-t-on au retour des « droits-créances » qui, plus qu'à limiter le pouvoir de l'Etat avec les « droits-libertés », visent à lui fixer également des devoirs ?

Si ces associations ne faisaient que protester, elles pourraient se contenter de réponses immédiates pour un événement déterminé. Or, pour obtenir des avancées sociales, il ne faut pas seulement obtenir des décisions au coup par coup, mais transformer la décision en règle de droit. Militer pour « donner à tous les droits de tous » revient donc à dépasser le clivage entre les « droits-libertés » et les « droits-créances ». En préambule, la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme dès 1948 l'objectif d'un monde où les êtres humains seront « libérés de la terreur et de la misère ». La terreur renvoie aux droits civils et politiques et la misère aux droits économiques et sociaux. Les réunir, c'est d'emblée poser le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme. Mais en 1966, dans le contexte de la guerre froide, les Nations unies ont adopté deux pactes, séparant les droits civils et politiques des droits économiques, sociaux et culturels. Certains Etats en ont profité pour ne ratifier qu'un seul pacte et l'on s'est habitué à cette séparation. D'autant que les mécanismes de contrôle sont dissymétriques et qu'ils privilégient les premiers au détriment des seconds. C'est très progressivement que l'on redécouvre l'indivisibilité, notamment en Europe où la Cour européenne des droits de l'homme, qui, en principe, n'est compétente que pour les droits civils et politiques, réussit par divers montages juridiques à garantir certains droits économiques.

Comme l'a montré le sociologue Loïc Wacquant, la « pénalisation de la misère », patente aux Etats-Unis, se développe en Europe, particulièrement en Grande-Bretagne. Cette tentation pénale est-elle en train de gagner la France ?

Ce sociologue montre des pratiques et démonte des mécanismes stupéfiants. Le taux d'incarcération des Etats-Unis ***

est, avec celui de la Russie, l'un des plus élevés du monde. Si l'on analyse de près la population incarcérée, on y trouve principalement des jeunes, d'origine afro ou latino-américaine. Et une étude sur le marché du travail, publiée en 1998 dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, montre que, si l'on ajoutait les chiffres de l'incarcération aux chiffres officiels de l'économie américaine, le taux de chômage serait différent puisque la majorité des chômeurs sont en prison. L'Europe n'en est pas là. Mais la tentation pénale a toujours existé. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur du nouveau code pénal français, en 1994, pour que le vagabondage et la mendicité soient dépénalisés. Auparavant, non seulement on était malheureux parce que sans domicile fixe, mais de surcroît coupable. N'en concluons pas que la dépénalisation suffit à résoudre les problèmes sociaux. Elle les aggrave parfois : les Belges avaient dépénalisé le vagabondage et la mendicité dès la fin du XIX^e siècle, mais adopté alors une loi dite de défense sociale (modifiée il y a peu) qui permettait l'internement forcé des vagabonds « malheureux » ou « vicieux », sans même les garanties d'un procès équitable.

Quelles leçons tirez-vous de votre activité d'expert auprès des politiques ?

Le travail avec les politiques engendre toujours une frustration, car l'universitaire travaille dans la longue durée alors que le politique doit réagir à court terme. C'est exaspérant, mais en même temps indispensable : il serait dangereux pour la démocratie que des experts sans responsabilité politique fassent à eux seuls la loi.

Finalement, lorsque les idées sont pertinentes, elles finissent par s'imposer. Mais cela prend du temps. J'ai été présidente de la commission justice pénale et droits de

« Le travail avec les politiques engendre toujours une frustration, car l'universitaire travaille dans la longue durée alors que le politique doit réagir à court terme. C'est exaspérant, mais indispensable »

l'homme auprès du ministre de la justice de 1988 à 1990. Aujourd'hui seulement nos idées commencent à être mises en œuvre, mais il aura fallu attendre dix ans.

Je fais la même expérience en Europe. Coordinatrice de 1996 à 1999 du comité d'experts chargé par la Commission de Bruxelles et le Parlement européen de la rédaction d'un projet de droit pénal unifié, et actuellement présidente du comité de surveillance de l'office européen chargé de la lutte antifraude, je participe à un projet ambitieux, voire utopique : unifier une partie des règles de droit pénal afin de permettre la création d'un parquet européen. Nous avons donc rencontré des juristes et des responsables politiques des autres pays et notamment été auditionnés par la Chambre des Lords au moment de l'affaire Pinochet. A l'époque, la presse anglaise croyait débusquer derrière notre projet un complot des Allemands contre la magna carta et l'habeas corpus, c'est-à-dire contre les fondements du droit britannique. Les Allemands, quant à eux, voyaient les Français revenir à l'assaut avec un nouveau code Napoléon ! Nous en avons conclu que notre projet était vraiment pluraliste puisque chaque pays pouvait l'attribuer à son voisin. J'espère qu'il pourra être discuté dès la fin de cette année, l'objectif étant de modifier le traité d'Amsterdam afin de poser une base juridique qui permette ensuite son adoption par règlement. En tout cas, si je ne peux présager de la date, je suis certaine que ce projet verra le jour.

Faudra-t-il attendre un événement particulier pour mettre en place ce projet européen ?

Un seul événement peut tout bloquer, ou à l'inverse, en effet, tout accélérer. Ainsi, la démission de la commission Santer en 1999 a accéléré la création d'un office de lutte antifraude indépendant, et de ce comité de surveillance que j'ai l'honneur de présider, sorte de comité des sages (composé de cinq membres de pays différents) chargé de garantir son indépendance. Nous sommes aux premières loges pour voir que ce qui manque véritablement, c'est un parquet européen, car seule une autorité judiciaire pourra réellement contrôler et la fraude et la lutte antifraude.

Etes-vous séduite par la critique des droits de l'homme développée par Joseph de Maistre qui reconnaissait avoir « ren-

contré des Italiens, des Russes, des Espagnols, des Anglais et des Français, mais pas d'hommes », ou par celle de Karl Marx, qui considérait qu'il n'existe pas d'hommes qui ne soient « concrets, historiquement et socialement déterminés » ?

La réponse à la critique marxiste est la mise en œuvre de l'indivisibilité des droits fondamentaux. En revanche, par-delà la critique de Joseph de Maistre, la formule d'Hannah Arendt, qui écrivait que ce n'est pas « l'homme » mais que ce sont « les hommes » qui habitent la Terre, me semble encore pertinente. On devra construire la catégorie juridique d'« humanité » en intégrant cette pluralité. C'est d'ailleurs l'idée qui sous-tend le crime contre l'humanité. Car ce qui le différencie d'un crime ordinaire, si épouvantable soit-il, ce n'est pas le degré de l'horreur, mais le fait qu'un être humain n'est plus considéré dans sa singularité, mais réduit à une catégorie, religieuse, raciale ou peut-être demain génétique. Autrement dit, reconnaître l'humanité plurielle, c'est affirmer l'altérité : à la fois la singularité de chaque être humain et son égale appartenance à la communauté humaine.

Avec la Convention américaine des droits de l'homme de 1950, africaine de 1981, puis arabe de 1994, la réappropriation régionale des droits fondamentaux n'est-elle pas une forme de renoncement à l'universalité ?

Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, on observe en effet une tendance à une réappropriation des droits de l'homme au plan régional, qui s'explique par le contexte politique, notamment celui de la décolonisation. L'universalisme de cette déclaration a encore été très contesté à la conférence de Vienne, organisée par les Nations unies en 1993. Ce qui est inacceptable pour les pays en développement, c'est de se voir imposer des droits civils et politiques sans que leurs problèmes économiques et sociaux soient pris en compte. Et cette objection est pertinente, car l'universalité des droits de l'homme suppose leur indivisibilité. Quant à la régionalisation, elle n'est pas incompatible avec l'universalisme. Bien au contraire, car celui-ci se nourrit d'une forte identité individuelle, mais aussi communautaire.

Là encore, l'art, en particulier celui du peintre Zao Wou-ki, illustre ce paradoxe de façon exemplaire. Originaire de Pékin, descendant d'une grande famille qui re-

monte à la dynastie Song, il commence des études dans son pays natal. Puis, fortement attiré par la peinture européenne, il part dès les années 50 en Europe pour confronter son art à celui de l'Occident. D'emblée, il refuse d'être catalogué comme peintre chinois, alors qu'il avait appris la calligraphie avec son grand-père, philosophe taoïste dont il tient ce prénom, Wou-ki, qui veut dire « sans limites ». L'esprit de la civilisation chinoise traverse sa peinture, le Vide notamment y joue un rôle très important, ce qui a séduit de nombreux peintres et écrivains, comme Henri Michaux, par exemple. Mais Zao Wou-ki atteint l'universel à travers sa propre identité, ce qui est le propre des grands artistes.

L'enracinement dans une culture peut donc permettre un accès à l'universel, pour autant qu'il s'agisse d'une culture ouverte. En revanche, il y a risque d'enfermement lorsqu'une culture prétend à l'exclusivité. Ainsi le préambule de la charte arabe, qui donne un fondement religieux aux droits de l'homme, légitime le statut discriminatoire des femmes et remet en cause l'égalité de tous. Là se situe la limite du dialogue des civilisations.

Quelles sont les racines historiques et philosophiques du « droit commun » tel que vous l'entendez ?

Le droit commun en émergence est d'abord une réalité, confuse et contradictoire, avant d'être une conception théorique. Aujourd'hui, des fragments d'un tel droit apparaissent ça et là, notamment en Europe, devenue une sorte de laboratoire. Autrefois, l'Europe a connu le *jus commune*, au croisement du droit romain, du droit canon et de la *lex mercatoria* (la loi des marchands). Mais ce *jus commune*, seul droit enseigné dans les universités européennes, du Moyen Âge aux temps modernes, était issu de l'Empire romain, c'est-à-dire d'une conception hégémonique, et conçu comme une méthode de raisonnement juridique. Or le droit commun qui apparaît actuellement en Europe est, à l'inverse, un droit des praticiens, élaboré à Bruxelles et encore peu enseigné à l'université. C'est davantage un droit positif qu'un droit savant. De plus, ce droit commun ne peut être que pluraliste. Pour arriver à adopter des normes communes, il faut faire la synthèse des systèmes en vigueur, s'inspirer des différentes traditions pour les dépasser et n'en retenir que le meilleur.

Enfin il s'agit de fragments, sans cohérence d'ensemble, relevant de plusieurs structures, les plus connues étant l'Europe du marché (celle des quinze Etats formant l'Union européenne, et le Conseil de l'Europe (quarante et un Etats), juridiquement caractérisé par la Convention européenne des droits de l'homme. Chacune a suivi un chemin séparé. On a donc créé deux Cours, l'une à Strasbourg pour les droits de l'homme, l'autre à Luxembourg pour l'Europe du marché, parce que l'on considérait qu'il s'agissait de domaines différents. Au fil du temps, on s'est rendu compte que bien des questions pouvaient être traitées sous les deux aspects. Les médias, par exemple, relèvent de la liberté d'expression (Strasbourg), mais aussi de la libre circulation des informations (Luxembourg). Il en va de même pour le droit des étrangers ou pour les biotechnologies, comme pour la plupart des grandes questions de société.

Le décor a changé, dites-vous. Les droits de l'homme sont désormais situés dans le contexte d'un prodigieux développement des échanges. Cette « mondialisation » peut, selon vous, être un facteur du développement du droit commun. N'y a-t-il pas une certaine naïveté dans cette croyance ?

Permettez-moi de rappeler que dans le mot naïveté il y a la naissance, le commencement. La mondialisation annonce peut-être la naissance d'un droit commun de l'humanité. Saura-t-on le faire advenir, et surtout sous quelle forme ? Nul ne peut le dire. Il est vrai qu'à l'heure actuelle le commerce mondial progresse plus vite que les droits de l'homme. Mais pourquoi renoncer d'emblée à les conjuguer ? Certes le rôle des Etats est affaibli par les réseaux économiques transnationaux, alors que les droits de l'homme ne peuvent s'imposer qu'avec l'aide des Etats. D'où la contradiction entre d'une part un processus (la globalisation économique) qui affaiblit les Etats, et, d'autre part, un idéal (l'universalisme des droits de l'homme) qui a besoin de leur relais. D'un côté, l'idéal d'un partage de valeurs, de l'autre, le libre accès au marché et à la libre concurrence qui semblent conduire à l'inégalité.

Or l'instrument existe pour transformer la contradiction en une interdépendance entre commerce et droits de l'homme : ce sont les droits économiques, sociaux et culturels qu'il suffirait de prendre enfin au sérieux et de rendre effectifs. On ne saurait se

contenter à cet égard de vagues discours sur l'éthique d'entreprise et les codes de conduite, et Susan George a raison de dire qu'il s'agit d'une « sinistre plaisanterie » si l'application de ces codes de conduite est laissée aux intéressés, c'est-à-dire aux entrepreneurs. Ces codes n'ont de sens que s'ils font l'objet d'un contrôle impartial.

Ainsi l'Organisation internationale du travail (OIT) tente de mettre en place des procédures pour contrôler leur application effective, tandis que diverses techniques juridiques, du droit des contrats au droit du



« L'enracinement dans une culture peut permettre un accès à l'universel, pour autant qu'il s'agisse d'une culture ouverte. En revanche, il y a risque d'enfermement lorsqu'une culture prétend à l'exclusivité »

travail, pourraient permettre de tirer des conséquences juridiques des engagements éthiques pris par les entreprises, et de leur donner force contraignante.

Le rôle de la société civile et des partenaires sociaux est, ici, majeur, mais il revient aux juristes de proposer des solutions pour éviter le clivage, à terme irréaliste, entre un droit commun transnational, destiné à assurer un libre accès au marché, et des droits sociaux placés dans une sorte de réserve nationale. Même l'ancien directeur du FMI, Jean-Marie Camdessus, considère aujourd'hui qu'à la « main invisible » du marché doit s'ajouter celle de la justice et de la solidarité. ***

« Il n'y a pas de droit sans force », écrivait Pascal. « Le droit n'a pas su empêcher la purification ethnique », dites-vous. L'intervention au Kosovo marque-t-elle un tournant ou bien, au contraire, une régression, un retour au cynisme ainsi qu'une « instrumentalisation » du droit international puisque les Etats-Unis n'ont ratifié ni la convention inter-américaine des droits de l'homme ni le pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, ni la Cour pénale internationale, tout comme la Chine et l'Inde, d'ailleurs ? Ou bien est-ce davantage l'affaire Pinochet ? Ou bien encore les diverses condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme et la création du Tribunal pénal international qui constitue un véritable tournant ?

Au Kosovo, le pas a été pris en effet par l'action militaire. C'est dire que le droit n'est pas tout-puissant, mais cela ne signifie pas pour autant que le droit soit totalement impuissant. Nous ne sommes plus au XVII^e siècle, lorsque Pascal écrivait sa célèbre formule, terriblement désabusée : « Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien. » Aujourd'hui, les exemples que vous citez sont autant d'efforts pour tenter de fortifier la justice, sans être accusé à justifier la force. Mais l'évolution est lente.

La création des tribunaux pénaux internationaux (TPI), pour l'ex-Yougoslavie en 1993, puis, en 1994, pour le Rwanda, ouvre une nouvelle étape. Elle a débouqué le débat sur la Cour pénale internationale qui s'enlisait à l'ONU depuis les années 50. En 1993, participant au groupe de travail qui préparait des propositions pour définir le statut et les pouvoirs de ce tribunal, j'ai pu observer que presque aucun journaliste ne s'était dérangé pour la présentation à la presse du projet qui apparaissait à beaucoup comme une pure utopie. Or le tribunal international a été créé car, contrairement aux pronostics, la Chine n'a pas usé de son droit de veto. En quelques années, le budget du tribunal a été multiplié par dix, et sa mise en place a déjà permis de procéder à des arrestations, puis à des condamnations. Le problème est qu'il s'agit d'un tribunal *ad hoc*, c'est-à-dire limité aux crimes commis dans une certaine période et dans un espace circonscrit.

Mais la Convention de Rome (1998) pose à présent le statut d'une cour pénale permanente. Là encore le processus sera lent. Certains pays, et non des moindres, refusent de signer, comme les Etats-Unis, la Chine ou l'Inde, qui représentent à eux seuls la moitié de la population mondiale. Mais les ratifications s'accroissent. Lorsqu'elles atteindront le nombre de soixante, sans doute dans les deux ans à venir, la cour sera créée et pourra commencer à fonctionner, avec une compétence qui lui permettra de juger même des chefs de gouvernement en exercice. Ce sera un changement considérable.

L'affaire Pinochet montre d'ailleurs qu'il y a déjà un relais du côté des juges nationaux. L'internationalisation du droit n'est pas seulement le fait des juridictions internationales, elle relève aussi d'une prise de conscience des juges nationaux, notamment à travers le principe de compétence universelle. Ces juges appliquent désormais le droit international, lorsque leurs pays ont pris des engagements en ce sens. Le tournant pris à la fin des années 90, à la veille de l'an 2000, peut sembler désormais irréversible.

Comment passe-t-on du droit national au droit international sans aplanir les différences culturelles ?

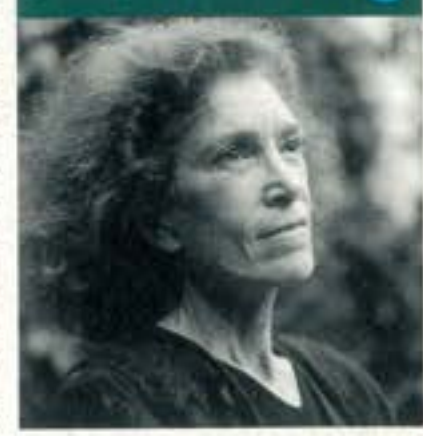
Il ne s'agit pas d'un mouvement linéaire qui irait d'un droit national au droit international, mais d'un enchevêtrement de normes nationales et internationales, régionales ou à vocation mondiale. Le droit commun ne se conçoit donc pas seulement comme unification mais il inclut l'harmonisation, c'est-à-dire un simple rapprochement des normes nationales, qui laisse aux Etats une marge d'appréciation, un certain droit à la différence. Mais ces différences sont limitées par l'obligation de respecter des principes communs. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, reconnaît une marge nationale d'appréciation dans des domaines conflictuels comme ceux qui touchent à la morale ou à la religion. Certains pays considèrent encore le blasphème ou l'avortement comme délit pénal, alors que d'autres refusent de les incriminer. Plutôt que de conclure à l'impossibilité du droit commun parce que les divergences sont trop fortes, l'harmonisation consiste à dire : essayons de nous rapprocher, quitte à nous rapprocher à un niveau très bas et puis, progressivement, élevons le seuil de

compatibilité, réduisons la marge nationale et renforçons le contrôle de ce droit commun. Cette méthode a l'avantage d'être évolutive, alors que la « renationalisation » signifierait le retour à la case départ : charbonnier est maître chez lui. Pour résoudre progressivement les divergences, à l'échelle d'une région et a fortiori à l'échelle mondiale, l'harmonisation est la voie la plus souple, raisonnable au sens où le philosophe américain John Rawls parle de « pluralisme raisonnable ».

Quitte à laisser s'installer un flou juridique ?

Un certain flou paraît indispensable à l'élaboration d'un droit commun pluraliste. Certes il faut quelques interdits absolus comme celui de l'esclavage ou de la torture, mais on ne peut pas tout réglementer par des règles précises. D'ailleurs, on voit les dégâts que font les instances de la Commission européenne à Bruxelles lorsqu'elles veulent trop réglementer dans le détail. Finalement, ce qui fonctionne le mieux, ce sont des principes généraux, comme la notion de respect de la vie privée, de la vie familiale normale ou de la liberté d'expression. Mais, en même temps,

« On voit les dégâts que font les instances de la Commission européenne à Bruxelles lorsqu'elles veulent trop réglementer dans le détail. Finalement, ce qui fonctionne le mieux, ce sont des principes généraux »



on transfère un pouvoir énorme aux juges. D'où la crainte du gouvernement des juges et de l'activisme judiciaire que nous évoquons au début. Une crainte qui s'accroît à l'échelle internationale, car on accepte mal qu'un juge international, souvent perçu comme un étranger, détermine selon sa seule subjectivité le sens d'un principe au départ faiblement déterminé.

C'est pour cette raison que la logique des sous-ensembles flous est intéressante, parce qu'elle réduit le risque d'arbitraire. Utilisée d'abord par les ingénieurs (pour des tâches allant de la construction du métro de Tokyo à celle de ponts résistants à de fortes pressions ou de lumières « rhéostat » adaptées à diverses circonstances), cette logique graduée permet d'ajuster les pratiques au plus près d'une réalité de plus en plus complexe. Dans la construction d'un droit commun, elle pourrait assurer plus d'objectivité, sans réduire la complexité.

Les biotechnologies rendent à présent possibles des pratiques comme le clonage qui sont en train de modifier l'espèce humaine. Doit-on, à l'instar des Anglais, les permettre ? Et que devient à présent la notion de droits de l'homme à la veille de la naissance du « bébé Dolly » ?

De la destruction, on passe à la fabrication de la vie, illustrant ce que Michel Foucault appelle le biopouvoir : « La plus haute fonction n'est plus de tuer mais d'investir la vie de part en part », écrivait-il. Droit de mort et pouvoir sur la vie conduisent à « une mise en ordre eugénique de la société ». Au-delà des traitements « inhumains », on en vient à concevoir le risque de traitements hors humain, que Pierre Truche propose d'appeler « anhumains ».

Reproduction asexuée par le clonage, fabrication de chimères d'hommes-singes par croisements d'espèces, les fantasmes d'hier deviennent possibles aujourd'hui. La question est ouvertement posée par Jacques Testard : « Peut-on changer l'humanité sans la perdre ? » Ce qui signifie, sans perdre l'humanité aux deux sens du mot, au risque de réduire à néant le lent effort qui a subtilement mêlé à l'évolution biologique (hominisation), un apprentissage humaniste (humanisation) à l'évidence bien fragile. Séparer l'un de l'autre et prétendre qu'il suffira ensuite de respecter « l'égalité dignité » des clones, voire des chimères, alors que les droits de cha-

cun des pauvres humains ordinaires sont transgressés tous les jours, semble pour le moins présomptueux.

Pour répondre à cette question, la science est d'un faible secours. Sans doute, comme le démontre le neurobiologiste Jean-Pierre Changeux, dans un dialogue avec le philosophe Paul Ricœur, notre organisation biologique comporte-t-elle certaines dispositions à la bienveillance, mais entre ce qui « est », ou ce qui « peut » être, et ce qui « doit être », la continuité reste à démontrer. A défaut, l'éthique n'est bien souvent qu'un processus d'intégration, un « jardin d'acclimatation », selon la formule saisissante de l'historienne Nadine Fresco.

C'est peut-être au croisement des savoirs que se tient la sagesse. Sagesse modeste car elle renonce à tout discours péremptoire et ne cache pas ses ignorances, admettant qu'aucun argument n'est absolument déterminant mais que, lorsque la plupart convergent pour dire le risque inacceptable, parce que le dommage s'annonce irréversible et irréparable, il faut poser un interdit au nom du principe de précaution. Sur une planète surpeuplée, où le problème majeur est celui de la pauvreté, le clonage répond seulement au désir de quelques-uns : l'insatiable désir du chercheur en quête de connaissances nouvelles et l'impossible désir narcissique de se reproduire à l'identique. Pari fou qui risque à terme de supprimer la chaîne des générations et de remettre en cause les repères symboliques lentement construits, à commencer par ceux de la parenté qui commandent l'idée même d'identité donc d'altérité. Réinventer des repères serait sans doute possible, mais à quel prix ? Autoriser le clonage humain au nom d'un libéralisme exacerbé pourrait conduire à des règles sociales si contraignantes, par exemple sur les écarts de temps devant séparer les clones de leur modèle d'origine, qu'elles porteraient le risque d'une régression totalitaire.

Les problèmes éthiques et juridiques se multiplient. Or le droit n'est pas enseigné à l'école. Comment pourrait-on s'y prendre ?

Avec le sociologue Rémi Lenoir, nous avons élaboré un guide d'entretien pour des non-juristes : à partir de cas jugés par la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons monté des récits et fait réagir nos interlocuteurs afin de mesurer l'écart entre discours juridique et discours ordinaire. Cette expérience est tout à

« Autoriser le clonage humain au nom d'un libéralisme exacerbé pourrait conduire à des règles sociales si contraignantes qu'elles porteraient le risque d'une régression totalitaire »

fait transposable à l'école, dans le cadre de l'instruction civique, qui doit moins viser l'énumération d'institutions dont l'élève mesure mal le sens et la portée que l'apprentissage de son futur rôle de citoyen. Or précisément, le « droit des droits de l'homme » – non pas l'idéologie des droits de l'homme ou le discours « droit-de-l'homme », mais le droit fondé sur les instruments de protection des droits de l'homme – offre un principe organisateur qui permet d'exprimer un point de vue argumenté sur des problèmes et des procédures de droit. Ecrit dans un langage plus accessible que les branches plus techniques du droit, il permet une réappropriation du droit par les non-juristes et évite de limiter leur appréciation à des jugements exprimés en termes affectifs (« C'est juste », « C'est injuste »). Comme le montre le philosophe du droit Xavier Dijon, le droit des droits de l'homme porte en lui un véritable retournement, de la figure des « droits humains » à celle de « l'humain du droit ». Il est ainsi une façon de rappeler que, si le droit est né à l'intérieur de l'entité politique, il ne s'arrête pas à elle. Car, contrairement au mythe révolutionnaire, la loi n'a pas tous les droits. ■

SÉLECTION BIBLIOGRAPHIQUE
Pour un droit commun, Seuil (1994) ; Vers un droit commun de l'humanité, Textuel (1996) ; Une même éthique pour tous ? (ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre Changeux), Seuil, 1997 ; Libertés et droits fondamentaux (sous la direction de), Seuil (1996, 2^e éd. sous presse) ; Trois défis pour un droit mondial, Seuil (1998) ; Le Clonage humain (ouvrage collectif avec Henri Atlan, Marc Augé, Roger-Pol Droit et Nadine Fresco), Seuil, 1999.