

MIREILLE DELMAS-MARTY

TROIS DÉFIS
POUR
UN DROIT MONDIAL

ÉDITIONS DU SEUIL
25, bd Romain-Rolland, Paris XIV^e

Du même auteur

Droit pénal des affaires
PUF, 1973, 3^e éd., 1991

Modèles et mouvements de politique criminelle
Economica, 1983

Le Flou du droit
Du Code pénal aux droits de l'homme
PUF, 1986

Raisonner la raison d'État
Vers une Europe des droits de l'homme (sous la dir. de)
PUF, 1989

La Mise en état des affaires pénales (sous la dir. de)
La Documentation française, 1991

Les Grands Systèmes de politique criminelle
PUF, 1992

Procès pénal et droits de l'homme
Vers une conscience européenne (sous la dir. de)
PUF, 1992

Pour un droit commun
Seuil, 1994

Procédures pénales d'Europe (sous la dir. de)
PUF, 1995

Libertés et droits fondamentaux
(sous la dir. de)
Seuil, 1996

Vers un droit commun de l'humanité
avec Philippe Petit
Textuel, 1996

Corpus juris pour la protection des intérêts financiers
de l'Union européenne (sous la dir. de)
version franco-anglaise
Economica, 1997

Criminalité économique et atteintes à la dignité
Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal
(sous la dir. de)
Maison des sciences de l'homme
1995, vol. 1, « Europe », vol. 2, « Chine »,
1996, vol. 3, « Asie », vol. 4, « Institutions internationales »,
1997, vol. 5, « Bilan comparatif et propositions »,
à paraître, vol. 6, « Pays d'islam »

ISBN 978-2-02-133901-7

© Éditions du Seuil, novembre 1998

Cet ouvrage a été numérisé en partenariat avec le Centre National du Livre.



Ce document numérique a été réalisé par [Nord Compo](#).

TABLE DES MATIÈRES

Du même auteur

Copyright

L'illusion mondialiste

Est-ce possible ?

Les tensions entre l'économie et les droits de l'homme

Reconnaître l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme

Est-ce raisonnable ?

Le désordre normatif

Ordonner le multiple

Est-ce souhaitable ?

Le déséquilibre des pouvoirs

Conquérir la démocratie

L'espérance d'un monde habitable

Les principaux thèmes abordés ici ont été mis à l'épreuve lors de rencontres dans des lieux aussi divers que Pékin (séminaires européo-chinois, octobre 1994, octobre 1995, octobre 1996) ; Rio (rencontres UNESCO, juillet 1997) ; Téhéran (conférences à l'université, octobre 1997) ; Padoue (conférence à l'université, novembre 1997) ; Naples (rencontres UNESCO, décembre 1997) ; Paris (conférence, Fondation nationale des sciences politiques, février 1998) ; New York (conférence à l'université Columbia, mars 1998) ; Cambridge (conférences à l'université, mars et mai 1998) Evry (conférence, Institut des droits de l'homme, juin 1998).

Ils ont fait l'objet d'enseignements en 1997 à l'Université libre de Bruxelles (chaire Perelman) et en 1998 au Collège international de philosophie de Paris.

Je tiens à remercier tous mes interlocuteurs pour ces débats, parfois difficiles, souvent décapants, et toujours éclairants.

L'illusion mondialiste

J'ai longtemps pensé que la mondialisation viendrait des droits de l'homme.

L'universalisme des Lumières, si présent dans la Déclaration de 1789, et plus tard dans la Déclaration « universelle » des droits de l'homme de 1948, m'avait incitée à croire que le processus d'universalisation – ou de mondialisation, car je ne distinguais pas les deux mots que l'étymologie rapproche¹ – était lent, mais inéluctable.

Certes, l'histoire donne à voir bien des discontinuités. Ainsi, l'Europe a connu, du Moyen Age aux Temps modernes, un droit à vocation universaliste, le *jus commune*, fait de droit romain, de droit canon et de la *lex mercatoria*, ou loi des marchands. Enseigné dans toute l'Europe, de la Pologne au Portugal et de la Sicile à l'Irlande, ce droit commun était appliqué comme méthode de raisonnement et guidait l'interprétation d'un droit local très diversifié et complexe, à une époque où le droit national n'existait pas encore en Europe.

Avec l'émergence des Etats, le droit se nationalisera progressivement jusqu'au XIX^e siècle et l'universalisme des Lumières n'empêchera pas les codifications nationales. Ce fut un premier coup d'arrêt.

Mais de cette nationalisation du droit naîtra le droit comparé qui relance le rêve universaliste. Les « comparatistes », réunis à Paris en 1900 pour un congrès international organisé à l'occasion de l'exposition universelle, imaginent un « droit commun de l'humanité civilisée », fondé sur les principes communs aux

« nations civilisées ». A la même époque, en Chine, le grand juriste Shen Jiaben envisage la fusion du droit chinois et des droits occidentaux.

Les deux guerres mondiales qui vont bouleverser la première moitié du ^{xx}^e siècle marquent un nouveau coup d'arrêt brutal. En fait de « nations civilisées », la Seconde Guerre révèle des pratiques de dégradation et de destruction systématiques de la personne que le droit de ces nations n'a pas su empêcher, et qu'il a même parfois légitimées.

Pourtant, le rêve kantien de paix perpétuelle n'a pas totalement disparu. Il renaît, sous l'urgence et dans une ambiance tragique. Comme s'il avait fallu connaître à nouveau la souffrance et l'horreur extrêmes pour que de cette régression même surgisse la possibilité d'un droit universel. Cette possibilité devenant nécessité à mesure que s'accroît la « globalisation des risques », dont Jürgen Habermas souligne qu'elle a « depuis longtemps objectivement uni le monde pour en faire une communauté involontaire fondée sur les risques encourus par tous »². Il reste à transformer cette communauté involontaire en une communauté véritable, c'est-à-dire « volontaire », ou à tout le moins voulue. Ce qui nous ramène aux droits de l'homme.

En termes de droits de l'homme, l'après-guerre a connu un formidable développement à partir de la Déclaration universelle de 1948, vivement critiquée mais finalement réaffirmée à la conférence de Vienne en 1993.

C'est donc en partant des droits de l'homme que j'ai entrepris une recherche sur la mondialisation du droit, non seulement à l'échelle européenne ou occidentale, mais plus largement, en tenant compte de systèmes juridiques plus éloignés, comme le droit chinois ou celui de pays d'islam eux-mêmes aussi différents entre eux que l'Égypte, l'Iran, le Sénégal ou la Tunisie.

Dès les premiers contacts, est apparue la nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit économique, tant il est vrai que, si les droits de l'homme restent notre boussole, l'économie est devenue le véritable moteur de la mondialisation. On parle désormais de « globalisation économique », marquant ainsi, plus clairement encore, la distinction avec l'universalisme qui s'attache aux valeurs alors qu'il est ici question de marchandises.

Et pourtant les deux notions restent étroitement liées, comme en témoigne

cette anecdote rapportée d'un récent voyage en Iran. Invitée à donner une série de conférences sur le droit en Europe, donc à parler de l'internationalisation du droit, j'en vins à ma recherche d'un droit commun pour l'humanité³, insistant sur le rôle des droits de l'homme dans cette recherche. D'où l'intervention souriante d'un mollah, présent dans l'auditoire, qui se dit prêt à se rallier à ma proposition, à la seule condition que nous soyons préalablement d'accord sur la définition du bonheur. Un peu interloquée, et flairant le piège des controverses interminables sur le bonheur ici-bas et dans un autre monde, je lui répondis de façon oblique, en déplaçant à mon tour la question. Certes, la définition du bonheur est du plus haut intérêt, mais extrêmement difficile. Depuis des siècles que le débat est ouvert, les réponses des uns et des autres, en pays d'islam comme en Europe, sont encore incertaines. En revanche, la mondialisation du droit se met déjà en place et l'Iran se trouve en première ligne. Je faisais référence à la loi américaine de 1996, dite loi d'Amato-Kennedy, interdisant à toute entreprise le commerce avec l'Iran et la Libye (peu de temps après une interdiction similaire frappant Cuba) sous menace de sanctions diverses. Comme on venait de l'apprendre à l'époque, l'entreprise Total avait décidé de passer outre, soutenue par le gouvernement français et par l'Union européenne. Evoquant l'affaire, j'en conclus qu'il devenait urgent de ne pas attendre la fin improbable des controverses métaphysiques pour réfléchir aux moyens de construire un droit commun pluraliste. Ajoutant, devant mon interlocuteur redevenu silencieux, que l'erreur serait de continuer à discourir sur le bonheur *sub specie aeternitatis*, alors que le droit risque de se mondialiser en quelques décennies sous l'influence de l'économie la plus puissante qui, inévitablement, imposera ses choix culturels, au risque de contribuer au fameux « choc des civilisations » qu'on nous annonce déjà.

Certes, la crainte d'une hégémonie, que Kant nommait « monarchie universelle⁴ », n'est pas nouvelle, mais le monarque a revêtu le costume gris de l'homme d'affaires moderne et la monarchie est désormais sans frontières. Face aux incertitudes de la globalisation économique, le pessimisme un peu désabusé qu'il est de bon ton d'afficher à propos des droits de l'homme nous laisse littéralement déboussolés devant l'illusion mondialiste qui, au nom de la libre

circulation des marchandises, renonce en réalité à tout partage de valeurs communes.

Autrement dit, il devient clair à mes yeux que, si l'on veut éviter une mondialisation de type hégémonique, il faut apprendre à conjuguer économie et droits de l'homme pour inventer un droit commun réellement pluraliste.

C'est ainsi que le projet de ce livre a mûri. Entre le rêve d'un droit unique, peut-être idéal mais certainement utopique, et le cauchemar d'une monarchie universelle marquant l'hégémonie d'une culture, d'une nation, d'une religion ou d'une économie sur toutes les autres, on entrevoit la possibilité de concevoir un droit commun pluraliste, construit par ajustements successifs, au terme de débats où la raison apparaît moins comme le fondement philosophique que comme l'outil de justification et de dialogue.

Pourtant, l'observation des fragments qui surgissent déjà, sous la double influence du marché et des droits de l'homme, ne conduit guère à l'optimisme. « La position de ces droits de nulle part est-elle durable ? » s'interroge Jean Carbonnier. Qu'il s'agisse du droit économique ou des droits de l'homme eux-mêmes, « il s'est constitué une telle capitalisation d'intérêts et d'ambitions qu'il faudrait rien de moins qu'une éruption de volcan pour faire crouler ces Babylones juridiques »⁵. Il est vrai que le risque est immense, mais peut-on se résigner au désastre annoncé ? Reprenons plutôt les principales questions auxquelles la mondialisation du droit devra de toute façon s'affronter. En écho à la conception plurielle des systèmes de droit, qui distingue une validité empirique, une validité formelle et une validité axiologique⁶, je les poserai de façon également plurielle, même si ces questions, évidemment, s'enchevêtrent autour des trois axes.

Sur une planète en proie aux tensions nées des inégalités économiques croissantes et de la montée des particularismes, nationaux et régionaux, qui mettent en cause l'universalisme des droits de l'homme, la mondialisation du droit est-elle pratiquement *possible* ?

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 donnent plutôt l'image d'un inquiétant désordre normatif ?

Enfin, 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 ?

Autant de défis à relever dans la construction de ce droit commun de l'humanité dont on commence peut-être à entrevoir le dessin pour la première fois dans l'histoire.

-
1. Sur la recherche de définitions, voir André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998.
 2. Jürgen Habermas, *La Paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Ed. du Cerf, 1996, p. 74.
 3. Voir Mireille Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, entretien avec Philippe Petit, Paris, Textuel, 1996.
 4. *Projet de paix perpétuelle*, 1^{er} supplément, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibl. de la Pléiade », 1986, t. III, p. 361.
 5. Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 48.
 6. François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 255 : « Il faut sans doute distinguer trois formes de validité répondant à trois critères différents : une validité empirique, une validité formelle et une validité axiologique. Il s'agit là de trois dimensions ou de trois pôles constitutifs de la validité qui, dans les systèmes juridiques singuliers, se continuent et s'articulent selon des proportions variables. Nous défendons donc une conception plurielle de la validité. »

Est-ce possible ?

La faisabilité d'un droit commun semble attestée par l'observation qui révèle des traces ou des fragments d'un droit qui devient mondial, dans certains secteurs et par à-coups, sous la double pression de l'économie et des droits de l'homme¹. A vrai dire, la pression est souvent conflictuelle et c'est de *tensions* qu'il faut parler entre les droits de l'homme marqués par divers particularismes culturels et parfois religieux et la globalisation économique qui tend à l'uniformisation de la planète.

Si le moyen de réduire ces tensions existe déjà avec l'apparition, à côté des droits civils et politiques, des droits économiques et sociaux², leur application reste incertaine et largement soumise au bon vouloir des Etats. Relever le défi, c'est réussir à les mettre en œuvre dans l'ordinaire des jours, et pas seulement sous la forme de déclarations d'autant plus fermes qu'elles restent sans effet juridique ; autrement dit, c'est pleinement *reconnaître l'interdépendance* entre l'économie et les droits de l'homme.

Les tensions entre l'économie et les droits de l'homme

Revenons à la signification plus spécifique des termes employés jusqu'à présent comme synonymes : mondialisation, universalisation, globalisation. S'ils décrivent les uns et les autres un mouvement, un processus en cours, ils ont pris des colorations différentes que l'étymologie n'éclaire pas vraiment, ajoutant plutôt à la confusion. Si le globe se réduit en effet à la planète, en revanche le monde et l'univers sont à première vue synonymes dans leur extension sans limites connues. Or la mondialisation est souvent confondue avec la globalisation (seul terme disponible en anglais), alors que l'universalisation en est généralement distinguée, parfois fortement, comme le suggère notamment Zaki Laïdi³. A Philippe Petit lui demandant de préciser la différence entre mondialisation et universalité, il répond par un exemple : « Que l'on dise que Coca-cola est une boisson mondiale, globale ou universelle revient rigoureusement au même. En revanche, dès que l'on passe des objets, des produits ou des techniques aux valeurs, le sens des termes "universel" et "mondial" diverge sérieusement. La mondialisation renvoie à la diffusion spatiale d'un produit, d'une technique ou d'une idée. L'universalité implique un partage de sens. »

« Diffusion spatiale » d'un côté, « partage de sens » de l'autre, ces deux formules décrivent assez bien les différences qui séparent les deux phénomènes que je nommerai globalisation pour l'économie et universalisation pour les droits

de l'homme, gardant ainsi au terme mondialisation une neutralité qu'il n'aurait jamais dû perdre, si l'on ne s'était résigné trop vite au primat de l'économie sur les droits de l'homme.

Du côté de l'économie, et plus précisément du droit économique, il s'agit en effet de globalisation si l'on entend par là une diffusion spatiale à l'échelle du globe ; mais ce sera le plus souvent une diffusion unilatérale, donc uniformisante et non pluraliste. D'où le risque évident d'une mondialisation hégémonique, qui n'exprime rien d'autre que l'éternelle loi du plus fort.

Quant aux droits de l'homme, ils sont en effet porteurs de sens, au point d'apparaître, selon la formule heureuse du secrétaire général de l'ONU Boutros Boutros Ghali à la conférence de Vienne en 1993, comme notre langage commun, à vocation universelle. Mais ce langage n'est véritablement « commun » que lorsqu'il est accepté comme tel, et non lorsqu'il se heurte, comme trop souvent, à un refus du partage et de l'échange. Ce refus renvoie à un pluralisme de juxtaposition, donc au relativisme, synonyme d'un éclatement qui se résume brutalement : à chacun son univers.

DU CÔTÉ DE L'ÉCONOMIE : LA LOI DU PLUS FORT

Les techniques juridiques pouvant conduire à l'hégémonie sont diverses et souvent difficiles à décrypter. Elles ont été utilisées autrefois par les grandes puissances dans leurs empires coloniaux, plus récemment par l'ex-URSS sur le territoire des républiques contrôlées par le pouvoir central, et aujourd'hui surtout par les Etats-Unis.

On peut distinguer trois techniques différentes, allant du droit étatique, national ou international, à une véritable privatisation de la règle de droit, selon que l'hégémonie s'impose *soit* ouvertement, sous la forme de ce que l'on pourrait nommer un droit impérial, *soit* de façon masquée, par le consentement apparent des pays vers lesquels sont exportés comme de simples marchandises les systèmes juridiques dominants, *soit* par l'apparition de véritables zones de non-droit où seule règne la loi du marché.

Le droit impérial

L'exemple récent le plus connu est celui, que j'avais évoqué en Iran, des lois américaines interdisant le commerce avec Cuba (loi Helms-Burton du 12 mars 1996) et avec la Libye et l'Iran (loi d'Amato-Kennedy du 5 août 1996). Cette dernière fut signée après toute une mise en scène organisée en présence des familles des victimes de l'accident survenu à l'avion du vol Pan Am 103 qui avait explosé en 1988 au-dessus de Lockerbie : dans la mesure où cette mise en scène intervenait moins d'un mois après l'explosion du vol TWA 8000, le 18 juillet 1996, au-dessus de Long Island, il n'est pas impossible qu'il y ait eu l'idée sous-jacente « de faire passer une sorte de message subliminal, tendant à imputer cette catastrophe également à l'un ou à l'autre des deux Etats visés par la loi et dénoncés comme deux des plus dangereux soutiens du terrorisme dans le monde⁴ ».

En tout cas, les objectifs déclarés sont d'ordre politique : isoler Cuba pour favoriser l'avènement d'un régime démocratique, priver l'Iran et la Libye de l'argent nécessaire au financement du terrorisme international et au développement de leurs industries d'armement. Mais il n'est pas certain que, derrière ces objectifs avoués, ne se dissimulent pas également des préoccupations économiques, dans la guerre commerciale sans merci que se livrent à l'échelle planétaire les Etats-Unis, l'Europe et le Japon. Et l'on peut citer en ce sens une phrase sans ambiguïté du porte-parole du département d'Etat commentant la présence de l'entreprise Total en Iran : « La compagnie Total a essentiellement pris la place de Conoco [entreprise américaine] et décroché un contrat qui aurait été très profitable pour Conoco. Nous voulons punir les entreprises qui auront ce genre d'attitude à l'avenir. »

Du point de vue juridique, l'objet de la loi est d'interdire le commerce avec les pays concernés sous peine de sanctions. Ainsi, dans le cas de l'Iran, comme dans celui de la Libye, la loi américaine interdit tout investissement futur de plus de 40 millions de dollars par an pour le développement du secteur pétrolier et gazier dans ces pays à n'importe quelle entreprise dans le monde. Cette interdiction s'aggraverait et s'étendrait automatiquement aux investissements de

plus de 20 millions de dollars au bout d'un an si la situation n'a pas évolué. Et il est impossible de tourner la loi en fractionnant les investissements car ce cas est prévu.

Les sanctions vont, notamment, du refus de crédit par une banque américaine à l'interdiction de toute exportation de technologie, en passant par l'interdiction d'importer des biens produits par la personne sanctionnée.

Les deux lois ont soulevé de nombreuses protestations, fondées essentiellement sur leur application dite « extraterritoriale », dans la mesure où elle s'étend au-delà du territoire national. De l'Europe au Japon, de la Russie à la Chine, l'attitude des Etats-Unis aura partout été réprouvée, tant sur le plan politique que sur le plan juridique. Certes, l'application extraterritoriale de la loi d'un Etat n'est pas en soi une violation, mais une telle extension n'est admise que s'il existe un rattachement raisonnable à cet Etat, c'est-à-dire des « effets substantiels » à l'intérieur du territoire national. Tel est le cas lorsque les lois européennes ou américaines interdisent certaines pratiques anticoncurrentielles à l'étranger dont l'effet se manifeste sur le territoire européen ou américain. Mais ici la loi vise des pratiques commerciales dont les effets aux Etats-Unis sont très indirects, comme le risque de voir l'argent de la transaction utilisé pour financer le terrorisme international. Ou alors il faudrait admettre, compte tenu de l'interpénétration de plus en plus étroite des économies dans le cadre de la globalisation en cours, qu'il n'y a plus de limite à l'extension de la réglementation américaine dans le monde.

C'est sans doute la raison pour laquelle, pour la première fois dans cette affaire, la Communauté européenne a adopté, le 22 novembre 1996, une « action commune », au sens du traité de Maastricht. Elle énonce à l'appui les arguments suivants : « considérant qu'un pays tiers a promulgué certaines lois, certains règlements et certains autres instruments législatifs visant à réglementer les activités de personnes physiques ou morales relevant de la juridiction des Etats membres ; considérant que, par leur application extraterritoriale, ces lois violent le droit international [...] ⁵ ». Cette condamnation de principe s'accompagne de mesures précises, inscrites dans un règlement de la même date qui s'adresse aux Etats afin de protéger plus directement les personnes physiques (individus) ou

morales (sociétés notamment) dont les intérêts pourraient être atteints par les lois américaines. Ainsi est-il demandé aux Etats de ne pas tenir compte de décisions qui résulteraient de l'application des textes contestés. Ce refus de reconnaître une décision adoptée en violation du droit international est assorti de droits accordés aux éventuelles victimes, comme par exemple la possibilité de récupérer en Europe les sommes qui auraient été soustraites aux Etats-Unis.

Un compromis politique a néanmoins été recherché, à propos de Cuba, entre l'Europe et les Etats-Unis. L'Union européenne a même abandonné, en avril 1998, la plainte qu'elle avait déposée auprès de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Mais l'accord annoncé, qui devait permettre aux investisseurs européens à Cuba d'éviter les sanctions américaines, semble remis en cause par le Congrès américain⁶.

C'est dire qu'il n'est pas inéluctable que la mondialisation aboutisse à une structuration hégémonique de la société internationale dominée par une seule puissance. Le développement d'une structure « multipolaire » est l'autre formule que beaucoup préconisent. Elle passe par une internationalisation d'abord régionale qu'illustrent non seulement l'Union européenne, mais encore d'autres structures comme l'Association of South East Asian Nations, ou Asean, en Asie ou, en Amérique, l'Accord de libre-échange nord-américain, ou Aléna, le Pacte des Andes et, au sud, le Mercosur. Ce dernier, qui regroupe l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, commence à se doter de normes juridiques sur le modèle européen, l'Union européenne étant d'ailleurs désormais son premier partenaire commercial.

Précisément parce qu'il ne s'agit pas seulement de la constitution de blocs commerciaux, mais de la production de normes⁷, cette régionalisation pourrait faciliter un rééquilibrage, à la fois en imposant le respect du droit international et en posant les premiers jalons d'un droit économique à vocation mondiale. A condition toutefois qu'elle soit conçue de façon ouverte, c'est-à-dire non exclusive par rapport aux autres organisations régionales.

Mais il existe des moyens plus subtils pour exporter le droit national en l'intégrant dans une convention internationale, ou même en le négociant comme une vulgaire marchandise.

Le marché de la loi

Dans certains domaines, comme la corruption internationale, l'extraterritorialité peut se révéler défavorable aux entreprises nationales. Un exemple connu est celui de la loi américaine, *Foreign Corrupt Practices Act*, adoptée en 1977, à la suite des scandales des années soixante-dix (et notamment de l'affaire Lockheed). D'application extraterritoriale, en ce sens qu'il permet de sanctionner pénalement les actes de corruption pratiqués à l'étranger par des entreprises américaines ou leurs filiales, ce texte est cependant conforme au droit international, puisque de telles pratiques ont des effets anticoncurrentiels aux Etats-Unis. Mais il risque d'affaiblir les entreprises américaines au regard de leurs concurrents, du moins tant que les autres pays n'adoptent pas une législation analogue.

D'où la pression des Etats-Unis auprès de l'ONU en faveur d'une convention internationale étendant le modèle américain à l'échelle mondiale. Un projet d'accord est publié en 1979, « visant à prévenir et éliminer les versements illicites effectués à l'occasion de transactions commerciales internationales », très proche de la loi américaine. Il échouera finalement en raison de la résistance opposée à la fois par les pays industrialisés et par les pays en voie de développement. La loi américaine sera d'ailleurs assouplie par une loi de 1988, qui maintient cependant le principe d'extraterritorialité.

C'est maintenant au plan des accords régionaux que le principe est repris, tant par une Convention interaméricaine de 1996 que par divers textes européens (convention dans le cadre de l'Union européenne en 1997 et projet élaboré dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1998). Au-delà, préfigurant un futur accord mondial, une convention « sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », signée à Paris en 1997 dans le cadre de l'OCDE, a vocation à s'appliquer aux vingt-neuf membres de l'Organisation, auxquels se joignent pour la circonstance quelques autres pays comme l'Argentine ou le Brésil.

On observe ici un exemple de mondialisation progressive qui va de pair avec une certaine moralisation des affaires internationales. Quelles que soient les

préoccupations économiques et politiques qui peuvent animer les promoteurs de ces textes, on ne peut mettre en cause leur utilité objective.

En revanche, d'autres pratiques laissent plus perplexes. Comme celles citées par la sociologue américaine Susan Silbey. Rappelant le rôle joué par le droit dans l'histoire du colonialisme, celle-ci suggère que nous assistons à une forme nouvelle de domination, qui pourrait se révéler plus insidieuse et plus difficile à combattre. Selon elle, l'aspect peut-être le plus important de ce colonialisme postmoderne renvoie à l'idée de vente explicite (*explicit selling*) du droit américain à travers le monde entier, spécialement, mais non exclusivement, en Europe de l'Est⁸. Comme elle le démontre, à l'aide d'exemples pris notamment en Ukraine, il devient possible, sans occuper de territoire, 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 commandera l'organisation sociale.

La pénétration peut être moins voyante mais également efficace lorsque des entreprises multinationales obtiennent, de façon plus ponctuelle, une adaptation jurisprudentielle ou même législative de la règle de droit national. La même étude cite à cet égard l'exemple de l'implantation de McDonalds en France, passant en quinze années de 12 à 323 restaurants ouverts à son enseigne, après avoir triomphé dans un contentieux relatif au contrôle des établissements franchisés.

Cette fois, il ne s'agit plus seulement d'exporter le droit étatique national, mais de faciliter l'adaptation de la règle de droit à la demande des entreprises multinationales elles-mêmes, et parfois de les attirer dans un pays par une législation favorable à leurs intérêts. Au risque d'en arriver à une instrumentalisation du droit au service du marché qui aboutit aussi à transformer certains cabinets d'avocats en véritables « marchands de droit⁹ ».

Il en est plus particulièrement ainsi en droit financier, où le phénomène semble aboutir dans un premier temps à l'exportation du modèle juridique anglo-saxon : « Peut-on parler ici véritablement d'internationalisation des normes ? En fait, nous sommes en présence de normes nationales mais qui, par un processus mimétique, tendent à s'aligner sur des normes considérées comme de valeur

internationale et, le plus souvent, d'origine anglo-saxonne¹⁰. » L'analyse sous-jacente est claire. Il y a en effet un marché de la loi, car la règle de droit subit elle-même la concurrence entre places financières. Si la règle de droit est défavorable à un acteur financier, qu'il soit l'émetteur, l'investisseur, ou même l'intermédiaire, il ira faire l'opération sur une autre place. De ce fait, la vitalité d'une place financière va dépendre du caractère attractif de sa réglementation. La prééminence de la place de Londres en offre l'un des meilleurs exemples. C'est ainsi que le droit devient un instrument concurrentiel et même, au sens large, un instrument financier. En dissuadant le pouvoir normatif d'adopter des règles juridiques non attractives, voire répulsives, ce phénomène risque cependant d'entraîner des effets pervers.

En effet, par-delà l'exportation d'un modèle national, c'est aussi une façon d'amorcer la privatisation de la norme : admettre l'idée qu'un système juridique s'exporte d'autant mieux qu'il est conforme aux intérêts des utilisateurs les plus puissants, c'est déjà admettre la substitution d'intérêts privés à l'intérêt général. Au-delà encore d'une telle situation, dans laquelle la règle reste d'origine étatique, au moins formellement, se dessine une forme d'hégémonie plus brutale encore : la décomposition du système juridique par le marché, avec l'apparition de zones de non-droit soumises au seul capital international. Ainsi, « le marché se substitue à la nation, s'impose à l'Etat, devient le droit¹¹ ».

La loi du marché

Certains auteurs ouvrent la voie en affirmant, de manière un peu provocatrice, que la compétition entre systèmes de droit éliminera alors des notions inutiles, comme la distinction entre droit pénal et droit civil : « On répare les dommages sans faire de distinction entre l'acte volontaire et involontaire, car désormais c'est la victime qui demande réparation, ce n'est plus l'Etat ou la société, des entités fictives¹². » Dès à présent, les modes alternatifs de règlement de la vie économique, ou ADR (*alternative dispute resolutions*), font largement échapper aux Etats le contrôle des différends, même de nature pénale. Mais ils ne semblent pas constituer, malgré leur succès apparent, une panacée efficace en

tous lieux et en toutes circonstances, car ils sont enfermés dans des limites et, en cas d'échec, rallongent les délais et alourdissent les coûts¹³.

En matière financière, les débats passionnés à propos de l'accord multilatéral sur les investissements (AMI) négocié au sein de l'OCDE et le report des négociations, de six mois à dater du mois d'avril 1998, témoignent d'une nouvelle prise de conscience des enjeux de la mondialisation. Entre le plaidoyer du secrétaire général de l'OCDE, affirmant que l'AMI permettra de maîtriser le processus de mondialisation, avec des règles du jeu « claires et équitables¹⁴ », et les critiques selon lesquelles « il faut remonter aux traités coloniaux les plus léonins pour trouver exposés avec autant d'arrogance dominatrice [...] les droits imprescriptibles du plus fort¹⁵ », le seul point de convergence est la nécessité de règles claires en matière d'investissements internationaux. La crise des marchés asiatiques a montré que des flux d'investissement incontrôlés pouvaient déstabiliser des pays dont les systèmes financiers sont opaques et archaïques. Si nul ne conteste la nécessité de règles, la question est de savoir lesquelles et de choisir les meilleures instances de négociation. Rappelant qu'il conviendrait d'admettre d'abord le préalable de règles communes à tous, excluant les lois extraterritoriales adoptées en violation du droit international, certains préconisent le cadre de l'OMC, « plutôt que le club de l'OCDE¹⁶ ». L'idée sous-jacente est d'abord d'éviter le risque de privatisation de la règle au profit des investisseurs. Egalement, d'assurer le respect des principes du droit international.

Ce qui, précisément, nous entraîne du côté des droits de l'homme. Ici le risque d'hégémonie, dépassé par une régionalisation active, laisse place à un phénomène inverse d'éclatement qui, mal maîtrisé, conduirait à la négation de l'idée même d'universalisme.

DU CÔTÉ DES DROITS DE L'HOMME : À CHACUN SON UNIVERS

L'universalité des droits de l'homme renvoie davantage à l'univers mental qu'à l'univers réel. Affirmée par la Déclaration « universelle » de 1948, elle est encore pour l'essentiel à construire. Il s'agit donc bien, comme la globalisation économique, d'un processus en cours, quelles que puissent être les interrogations suscitées par son apparente fragilité¹⁷. Mais avec cette différence que ce processus, qu'on pourrait dire « d'universalisation », ne tend pas à la diffusion d'un modèle unique, à partir d'un point unique, mais plutôt à l'émergence en divers points d'une même volonté de reconnaître des droits communs à tous les êtres humains. En ce sens, l'universalité implique bien un partage du sens, et même un enrichissement du sens par l'échange entre les cultures : en effet, « toutes les sociétés vivent quelque chose des exigences des droits de l'homme, mais chacune à sa manière¹⁸ ». Il s'agit donc de rapprocher ces « différentes manières » pour qu'elles s'interpénètrent et s'enrichissent mutuellement. Plutôt qu'une voie unique, la Déclaration universelle ouvre d'innombrables chemins de traverse, parfois sans issue, comme certains des chemins qui sont partis des premiers primates vers *Homo sapiens*. Mais l'homínisation a pris des millénaires et reste sans doute inachevée, comme en témoigne précisément le débat sur l'universalité des droits de l'homme.

Certes, on a parfois reproché à la Déclaration de 1948 d'exprimer la prédominance de la culture occidentale. Si le reproche est partiellement fondé (malgré la présence de rédacteurs non occidentaux), en revanche la Déclaration n'exprime pas une idéologie ethnocentrique ou impérialiste ; au contraire, elle fonde la légitimité du mouvement de décolonisation qui suivra et de la lutte contre toute discrimination, car elle repose sur l'idée d'un « universel non exclusif¹⁹ ». Plutôt que l'unification, elle suggère l'harmonisation des systèmes de droit, dans la mesure où des différences sont admises (donc un certain relativisme), mais à condition d'être compatibles avec les principes fondateurs communs (ce qui préserve l'harmonie d'ensemble, donc l'universalisme). Admettre des différences, c'est reconnaître que la perception des droits de l'homme peut être conditionnée par l'histoire et par divers facteurs d'ordres politique, culturel, religieux, économique et social et que « chaque homme n'accède à l'humanité que par la médiation d'une culture particulière²⁰ ».

Mais c'est ici qu'apparaissent les risques d'éclatement qui conduisent un auteur comme Michael Walzer à défendre une conception « minimaliste » de la morale universelle et des droits de l'homme, au motif qu'il n'existe pas de mémoire collective à l'échelle mondiale et que les ressources économiques sont inégales²¹. Le constat paraît reposer sur une conception figée, celle d'un monde immobile et d'une histoire qui se répéterait toujours. C'est pourquoi il me paraît discutable. Mais il ne doit pas être ignoré pour autant. Supposer le caractère évolutif du processus ne conduit pas à nier l'existence de tels obstacles, mais à en prendre la mesure pour trouver les moyens de les franchir. Ici encore, il faut tenter de décrypter les techniques juridiques, même si elles conduisent cette fois à l'éclatement plutôt qu'à l'hégémonie.

Et ce décryptage, il faut l'opérer dans un monde qui a été « cassé », dit-on parfois, selon des lignes de fracture qui *tantôt* dissocient les droits civils et politiques des droits économiques et sociaux, en opposant l'individualisme des pays riches (au nord et à l'ouest) à l'esprit de solidarité qui caractériserait les pays pauvres (à l'est et au sud) ; *tantôt* séparent, et parfois opposent, les instruments dits « régionaux » de protection des droits de l'homme selon un découpage géographique (conventions européenne et américaine, Charte africaine des droits de l'homme) ou religieux (Charte arabe) qui marque la persistance des particularismes culturels ; *tantôt* annoncent un repli sur l'Etat-nation par le jeu de réserves qui limitent la portée de ces textes pourtant officiellement ratifiés. Repli que symbolise paradoxalement le Livre blanc qui présente le récent projet de loi britannique intégrant la Convention européenne des droits de l'homme au droit national sous le titre, évidemment destiné à rassurer l'opinion, *Rights Brought Home*. Autrement dit : chacun chez soi.

Dissociation

Enracinés dans l'individualisme occidental, les droits de l'homme marqueraient l'oubli de la solidarité qui fonde et fait encore tenir les sociétés traditionnelles, au sud comme à l'est²².

Pourtant, le devoir de fraternité, inscrit dans la devise républicaine française, est placé en tête de la Déclaration universelle : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. » Et l'article 29 souligne les « devoirs de l'individu envers la communauté ». D'ailleurs, la Déclaration énumère, à côté des droits civils et politiques (art. 2 à 21), divers droits économiques, sociaux et culturels (art. 22 à 27). Et les deux pactes internationaux de l'ONU adoptés en 1966 insistent sur les droits collectifs au point de faire disparaître le mot « homme », même dans l'intitulé. Considérés comme complémentaires et indivisibles, ces textes, à portée juridique et non purement symbolique comme la Déclaration, reconnaissent les « droits économiques, sociaux et culturels » (PIDESC, signé le premier) et les « droits civils et politiques » (PIDCP).

La dissymétrie est apparue plus tard. D'une part, au moment de la ratification des pactes, certains Etats, au premier rang desquels les Etats-Unis, n'ont pas respecté l'engagement initial de ratifier et d'appliquer simultanément les deux textes et ont choisi de ratifier (seulement en 1992) le seul pacte sur les droits civils et politiques, donnant ainsi prétexte, notamment à la Chine, de privilégier l'autre pacte (PIDESC).

D'autre part, la dissymétrie n'est pas seulement conjoncturelle mais aussi structurelle, en ce qu'elle atteint les mécanismes de contrôle qui commandent l'efficacité du système de protection des droits. Pour des raisons historiques, renforcées par la « guerre froide » entre l'URSS et les Etats-Unis, la mise en place d'un contrôle, ressenti comme une ingérence insupportable, fut lente, progressive et incomplète.

En un premier temps, la Commission des droits de l'homme, mise en place dès 1946, affirme n'avoir aucun pouvoir pour donner une suite quelconque aux milliers de plaintes que reçoit l'ONU chaque année pour violation des droits de l'homme. C'est seulement en 1970 qu'est instituée une procédure spécifique (dite 1503, parce qu'elle avait été établie par la résolution 1503 du Conseil économique et social) autorisant la Commission à examiner ces plaintes lorsque les informations transmises par les individus ou, le plus souvent, par des

organisations non gouvernementales (ONG) révèlent l'existence d'un « système cohérent de violations flagrantes et dûment constatées des droits de l'homme ». L'examen peut aboutir à des recommandations transmises au Conseil économique et social, mais les procédures sont confidentielles. Toutefois, la Commission a pris l'habitude de publier les noms des pays au sujet desquels des décisions ont été prises, mais sans révéler le contenu de celles-ci. Il s'agit d'un simple moyen de pression, mais son utilité vient de ce qu'il s'applique à tous les Etats membres de l'ONU, même s'ils n'ont pas ratifié les pactes.

En revanche, s'agissant de l'application des pactes par les Etats signataires, les moyens de contrôle privilégient les droits civils et politiques. Un organisme distinct de la Commission, le Comité des droits de l'homme institué par l'article 28 du PIDCP, a en effet été créé dès 1976 et peut intervenir selon une procédure aménagée par un « protocole additionnel » au pacte. L'inconvénient étant de limiter ses pouvoirs aux violations constatées dans les seuls Etats qui ont ratifié le pacte. Un triple contrôle est alors organisé : droit de regard du Comité à partir des rapports des Etats eux-mêmes, arbitrage en cas de communications formulées par un Etat à l'encontre d'un autre, et surtout ébauche d'un mécanisme de contrôle juridictionnel, même s'il est limité aux Etats ayant ratifié le protocole additionnel, soit 93 Etats sur les 140 signataires du pacte²³. Car le Comité est alors habilité à recevoir des communications de particuliers victimes d'une violation ou de tiers agissant au nom d'une victime. Si la procédure se déroule à huis clos, les constatations du Comité sont transmises à l'Etat concerné et au particulier, qui ont la possibilité de les rendre publiques, ce qui permet de connaître et d'étudier sa « jurisprudence »²⁴. Entre 1993 et 1997, le Comité a en effet constaté des violations dans 86 affaires concernant diverses parties du monde.

Quelles qu'en soient les insuffisances, le contrôle mis en place constitue une première étape qui renforce l'efficacité du système en ce qui concerne le respect des droits civils et politiques. La protection des droits économiques, sociaux et culturels a été plus longtemps négligée. Il a fallu attendre 1985 pour qu'une résolution du Conseil économique et social de l'ONU décide la création du Comité des droits économiques, sociaux et culturels – dont le statut reste

précaire car il peut être dissous par un vote à majorité simple –, et décembre 1996 pour qu'un projet de protocole prévoie une procédure de contrôle. Mais les résistances sont telles qu'il faudra sans doute encore des années pour que ce projet voie le jour²⁵. Outre les réticences politiques de nombreux Etats, plusieurs difficultés sont en effet à résoudre : la nature des violations portant sur des droits qui sont pour la plupart des droits collectifs ; la volonté d'élargir le droit de présenter des communications, non seulement aux victimes, mais encore à « toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue » ; enfin les difficultés tenant à l'auteur des violations, souvent commises en coresponsabilité par les Etats, des organismes internationaux, des sociétés transnationales et/ou des Etats tiers qui contribuent par leurs décisions à ces violations. La tâche est malaisée et la dissymétrie risque de se prolonger plus longtemps qu'il ne serait souhaitable.

A vrai dire, cette dissymétrie entre les droits fondamentaux n'est pas propre aux textes de l'ONU : elle se retrouve dans les instruments dits régionaux, à des degrés variables qui témoignent précisément de certains particularismes.

Particularismes

Rappelons que les Pactes de l'ONU, précédés par la Convention « européenne » de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), seront suivis par toute une série d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme, limités à l'Amérique (Convention américaine de 1969), à l'Afrique (Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981) ou aux Etats de la Ligue arabe (Charte arabe des droits de l'homme de 1994).

Cette fragmentation des droits de l'homme marque sans doute une certaine résistance à l'universalisme de la Déclaration de 1948, bien qu'il ait été réaffirmé, c'est-à-dire tout à la fois confirmé et affiné, à la conférence de Vienne par quelque 180 Etats²⁶, et bien que tous ces textes régionaux se réfèrent à la Déclaration, dont ils semblent ainsi accepter le caractère universel.

Encore faut-il y regarder de plus près et distinguer selon les textes. Certains marquent une adhésion sans réserve à la Déclaration, comme la Convention européenne ou, plus nettement encore, la Convention américaine, dont le préambule reconnaît que « les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale ». En revanche, la Charte africaine, après l'hommage rendu à l'universalité des droits de l'homme, insiste dans le préambule sur la nécessité de tenir compte des spécificités propres aux Etats africains, « des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples ». Se référant aux principes de la Déclaration universelle, la charte renvoie aussi aux « principes généraux de droit reconnus par les nations africaines » (art. 61), allusion malicieuse à l'orgueilleuse formule occidentale d'avant guerre visant les principes fondamentaux reconnus par « les nations civilisées ». Et de nombreuses dispositions de la charte traduisent les spécificités africaines : insistant sur les droits « et devoirs », ainsi que sur la place de la famille, « l'élément naturel et la base de la société », ou soulignant l'importance des droits des peuples (art. 19 à 24), en particulier le droit des peuples colonisés ou opprimés à se libérer et le droit à un environnement « satisfaisant et global, propice à leur développement ».

Mais une partie au moins des spécificités africaines s'explique par une histoire douloureuse, inscrite dans la mémoire collective de l'humanité. Elles ne sont donc pas en elles-mêmes incompatibles avec l'universalisme ; bien au contraire, elles le nourrissent en rappelant la véritable signification du principe d'égalité, reconnu par la Déclaration universelle à « tous les membres de la famille humaine ». Différentes sont en revanche les spécificités exprimées par la Charte arabe, dont le préambule, rédigé en forme d'autocélébration, semble rompre avec la fonction critique des droits de l'homme, conçus jusqu'alors comme une culture du sujet émancipé contre toute forme d'oppression. Les Etats signataires « se glorifient de ce que la nation arabe a instauré, à travers sa longue histoire, des fondements et des principes humains qui ont joué un grand rôle

dans la diffusion des sciences en Orient et en Occident, ce qui lui a permis d'attirer les chercheurs du savoir, de la culture et de la sagesse ». Il est vrai qu'historiquement la sagesse et la tolérance de penseurs célèbres de l'islam ont « joué un grand rôle dans la diffusion des sciences en Orient et en Occident », mais c'est précisément cet esprit de sagesse et de tolérance qu'il faudrait restaurer, même si la tâche est difficile face à la menace intégriste. Tout comme il est difficile, pour les mêmes raisons, aux Etats de la Ligue arabe d'adhérer à la conception laïque et égalitaire des textes antérieurs. Là encore, le préambule de la Charte arabe rompt avec les autres en affirmant d'emblée son inspiration religieuse particulière : « [...] proclamant la foi de la nation arabe dans la dignité humaine, depuis que Dieu a privilégié cette nation en faisant du monde arabe le berceau des révélations divines et le lieu des civilisations. »

Mais il faut poursuivre la lecture au-delà des préambules pour prendre la mesure de particularismes moins ouvertement affichés, ceux qui résultent des droits énoncés et, plus encore, de leur mise en œuvre, c'est-à-dire des mécanismes de contrôle.

Quant aux droits énoncés, il n'est pas surprenant de constater que l'on retrouve à l'échelle régionale la dissociation évoquée plus haut entre l'individualisme et l'esprit de solidarité ou de fraternité. Les droits économiques, sociaux, et parfois culturels, sont intégrés, avec une précision variable, aux chartes africaine et arabe, ainsi qu'à la Convention américaine ; alors que la Convention européenne se limite aux droits civils et politiques, renvoyant les autres droits à la Charte sociale européenne, révisée en 1996²⁷, ou à des conventions spécifiques, comme la convention-cadre du Conseil de l'Europe de 1997²⁸, d'application plus incertaine (voir ci-dessous).

En revanche, les droits civils et politiques sont beaucoup plus précis, et les limitations beaucoup mieux encadrées dans la Convention européenne que dans les autres instruments, qu'il s'agisse de dérogations temporaires en cas de circonstances exceptionnelles, d'exceptions permanentes, ou de restrictions « nécessaires dans une société démocratique ». Certes, la convention légitime ces limitations, mais, du même coup, elle encadre la raison d'Etat qui les sous-tend. Elle introduit en effet la possibilité d'un contrôle portant à la fois sur la

légalité, la légitimité et la proportionnalité, et marque ainsi l'émergence de cette fonction essentielle des droits de l'homme : « raisonner la raison d'Etat²⁹ », ou, plus précisément, définir et vérifier les raisons de l'Etat de droit. Difficile à faire admettre, même en Europe, une telle idée paraît sans doute encore inacceptable dans les autres parties du monde.

C'est la Convention américaine qui peut paraître la plus satisfaisante à cet égard, mais elle n'a pas été ratifiée par tous les Etats américains (les grands absents étant les Etats-Unis). Par ailleurs, elle se sépare sur certains points de la Convention européenne. Celle-ci donne en effet une liste limitative des exceptions admises au droit à la liberté et à la sûreté, ce qui permet d'exclure certains internements, de type administratif par exemple, non prévus dans la liste ; alors que la Convention américaine admet les exceptions par une formule très large, dès lors qu'elles sont prévues par une loi. En revanche, elle garantit, comme la Convention européenne, le droit d'être jugé par un tribunal « indépendant et impartial », alors que la Charte africaine n'évoque que l'impartialité et non l'indépendance des juges, sujet encore tabou, et que la Charte arabe se contente d'affirmer le principe d'égalité entre les justiciables.

Même la notion de « droits indérogeables », c'est-à-dire la définition des droits qui doivent être respectés, y compris en présence de circonstances exceptionnelles menaçant la survie de la nation, n'est pas absolument identique d'un texte à l'autre. Cette notion est d'ailleurs totalement absente de la Charte africaine, ce qui peut laisser craindre une trop grande souplesse des textes face à la quasi-permanence des circonstances exceptionnelles et des dérogations qu'elles entraînent. Le plus souvent, un noyau dur commun est constitué par l'interdit de la torture et des traitements inhumains et dégradants, mais, au-delà, la liste des droits reconnus comme indérogeables varie entre la Convention européenne (art. 15), la Convention américaine (art. 27) et la Charte arabe (art. 4).

Cela dit, la différence essentielle est sans doute celle qui tient aux mécanismes de contrôle, car c'est le véritable test de la volonté politique des Etats d'assurer, par-delà l'effet d'affichage d'une liste de droits, l'efficacité d'un système de protection. En termes de contrôle, la grande innovation de l'après-

guerre est d'avoir introduit le principe du recours individuel contre un Etat en cas de violation des droits fondamentaux, faisant ainsi entrer les droits de l'homme dans le champ juridique, et plus seulement politique, car ils sont opposables désormais à la loi, grâce au contrôle exercé par les cours constitutionnelles, et à l'Etat, par le jeu des instruments internationaux de protection des droits de l'homme³⁰. Or la notion même de recours varie considérablement d'un texte à l'autre.

A cet égard, le mécanisme mis en place par la Convention européenne, récemment amélioré par la fusion de la Commission avec la Cour européenne dont le caractère « juridictionnel » se trouve ainsi renforcé, est sans doute le plus complet, dans les domaines où il s'applique, c'est-à-dire en cas de violation des droits civils et politiques³¹. Le principe est que désormais, à partir de novembre 1998, « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation » (art. 34 CESDH, modifié par le protocole additionnel n° 11), à condition qu'il s'agisse des droits garantis par la convention et les protocoles additionnels et que cette violation soit commise par un Etat « partie à la Convention », c'est-à-dire ayant non seulement ratifié celle-ci, mais encore admis le principe du recours individuel. Si la composition de la Cour n'atteint pas encore le degré de transparence souhaitable, du moins la nouvelle procédure de présentation des candidatures à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, et d'examen des candidats par celle-ci, a-t-elle permis d'introduire un peu plus d'objectivité, même si beaucoup d'Etats gardent jalousement un pouvoir discrétionnaire de proposition³².

La nouvelle Cour, comme l'ancienne, non seulement constate la violation par une décision motivée et publiée dans le recueil de ses arrêts, mais encore peut condamner l'Etat à verser une réparation à la victime. L'effet des arrêts de la Cour s'observe aussi, à plus long terme, sur la législation et la jurisprudence nationales. Effet correctif, parfois après plusieurs condamnations, lorsque le droit interne finira par être modifié pour éviter de nouveaux recours ; mais aussi effet préventif, par modification spontanée de la loi ou des pratiques, pour éviter de courir le risque d'une condamnation. C'est ainsi que le juge européen des

droits de l'homme joue un rôle croissant dans la renaissance, ou la naissance car le passé ne se répète jamais à l'identique, d'un nouveau droit commun de l'Europe (le *jus commune*, disait-on avant la nationalisation du droit, du Moyen Age aux Temps modernes).

Progressivement, quelque quarante Etats européens se sont ralliés à ce système de protection des droits de l'homme. C'est là une véritable avancée historique, même si l'argument économique peut avoir joué un rôle dans ce ralliement, dès lors que l'entrée dans l'Union européenne est en fait subordonnée à ce certificat de respect des droits de l'homme que constituent la ratification de la CESDH et la reconnaissance du recours individuel. Encore faut-il noter qu'il s'agit là d'une condition nécessaire mais non suffisante, comme en témoignent les déboires de la Turquie qui, condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour des cas de torture particulièrement graves, s'est vu refuser son entrée dans l'Union.

Comparé au système européen, le système américain paraît à première vue assez proche. Il est vrai que les Etats américains ont gardé jusqu'à présent une structure analogue à l'ancien système européen, avec une Commission des droits de l'homme qui filtre les recours et ne renvoie à la Cour interaméricaine que certaines affaires, les autres donnant lieu à une solution politique plus discrète. En revanche, le recours est plus largement ouvert : « toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la Convention par un Etat partie » (art. 44). A la plainte des victimes, peut ainsi s'ajouter ou se substituer la dénonciation des violations par des personnes non victimes. L'extension s'explique sans doute par l'ampleur des violations et leur gravité, notamment en Amérique latine, quant aux affaires de torture ou de « disparitions forcées ». Ce constat fait d'ailleurs parfois douter de l'efficacité des recours. Largement ouverts dans les textes, ceux-ci restent encore exceptionnels pour des raisons essentiellement pratiques. Mais les ONG s'efforcent d'en améliorer l'efficacité en incitant les Etats à tenir compte des décisions des instances internationales de protection des droits de l'homme³³.

Même si l'on réussit à surmonter ce premier obstacle, d'ordre pratique, il reste l'autre faiblesse, d'ordre politique, déjà évoquée : la non-ratification du texte par les Etats-Unis.

Quant aux recours prévus par les autres conventions régionales, ils n'existent qu'à l'état d'ébauche, à tel point qu'il est difficile de parler d'un véritable contrôle. La Charte africaine (ratifiée par presque tous les Etats africains) institue certes une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 30 et s.), mais, par sa composition, elle dépend étroitement des Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) et l'absence de Cour, au sens européen ou américain du terme, limite considérablement l'impact des décisions de la Commission. Il s'agit d'ailleurs de simples « rapports » qui n'impliquent aucune possibilité de condamner un Etat. Du moins la Commission a-t-elle le mérite d'exister et de constituer une base sur laquelle les ONG mènent campagne pour la mise en place d'une véritable Cour.

La Charte arabe, non encore ratifiée, est encore moins opératoire puisqu'elle ne prévoit même pas de commission que les victimes de violations pourraient saisir. Seul un « comité d'experts des droits de l'homme » est institué (art. 41), avec pour tâche d'examiner les rapports présentés par les Etats et d'adresser à la Commission permanente des droits de l'homme de la Ligue arabe un rapport contenant ses observations et les avis des Etats.

En définitive, les particularismes liés à la régionalisation des droits de l'homme sont multiformes. Culturels, et parfois religieux, si l'on s'en tient à la lecture du préambule de ces conventions et chartes, ils expriment aussi, par le contenu des droits énoncés, une vision plus ou moins individualiste des droits de l'homme. Mais les différences les plus fortes sont d'ordre politique, selon que les Etats sont prêts ou non à accepter le principe d'un recours devant un organisme international à caractère juridictionnel qu'ils devront financer, alors qu'il aura pour fonction, le cas échéant, de les condamner, par décision rendue publique. Il faut sans doute être animé par une réelle confiance en soi, et par l'absence de crainte à l'égard des autres Etats, pour s'engager dans une telle voie et il n'est pas étonnant que les mécanismes de contrôle soient encore peu développés.

Mais l'éclatement des droits de l'homme peut prendre des formes plus subtiles, lorsqu'un Etat, qui paraît jouer le jeu en ratifiant le texte international, utilise de façon abusive la technique des « réserves » pour, en réalité, nationaliser le texte. Façon de refuser l'internationalisation et de revenir au traditionnel « chacun chez soi ».

Chacun chez soi

Certes la convention de Vienne sur le droit des traités admet très largement le principe des réserves qui limitent les engagements de l'Etat signataire sur tel ou tel point, mais elle s'applique principalement aux traités classiques, internationaux au sens propre en ce qu'ils comportent des engagements réciproques entre Etats. Or les traités relatifs aux droits de l'homme sont différents car ils ne sont pas basés sur le principe de réciprocité entre Etats, les destinataires étant en réalité les individus placés sous la juridiction d'un Etat contractant : « Le but premier de traités de ce genre 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 trouvent³⁴ ? » Si les rédacteurs de la convention de Vienne n'ont pas totalement ignoré la spécificité des « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire » (art. 60, § 5), ils n'ont pas abordé la question des réserves, qui n'était guère perçue à l'époque (la convention remonte au 23 mai 1969). Peu avant, il est vrai, la Convention européenne (signée en 1950) avait pris soin d'exclure les « réserves de caractère général » (art. 64), mais les autres traités ne comportent pas de clause sur ce point, sinon, comme la Convention américaine, un renvoi général à la convention de Vienne, renvoi « sans grande réflexion » et que la Cour interaméricaine devra par la suite « corriger³⁵ ».

C'est à la conférence mondiale de Vienne sur la Déclaration universelle, en 1993, que la question fut ouvertement posée par le secrétaire général de l'ONU, montrant l'effet destructeur des réserves, surtout de celles qui ont un caractère trop général ou qui vont à l'encontre des effets recherchés quant à la protection

des droits de l'homme. Autant que leur nombre, en lui-même préoccupant, c'est la nature des réserves qui peut anéantir l'idée même de protection internationale.

D'ailleurs, les deux défauts se conjuguent parfois. On peut le voir avec la Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes : sur 151 Etats qui étaient parties à la convention au 31 décembre 1995, près de la moitié ont émis des réserves dont certaines ont pour effet de détruire le principe même d'une protection internationale, comme il a été clairement montré à Pékin, à l'occasion de la 4^e Conférence mondiale sur les droits des femmes. De même, les réserves de certains Etats à la Convention sur les droits de l'enfant : l'Iran, par exemple, se réserve le droit de ne pas appliquer toute disposition de la convention qui serait incompatible avec les règles islamiques et la législation interne en vigueur.

Même les conventions à caractère général, comme les pactes de l'ONU, n'échappent pas à ce phénomène, ainsi qu'en témoignent, de façon étonnante pour un pays qui se veut défenseur des droits de l'homme de par le monde, les réserves des Etats-Unis formulées à propos du pacte sur les droits civils et politiques. En devenant, par leur ratification tardive en 1992, le cent quinzième Etat à ratifier le PIDCP, les Etats-Unis complétaient enfin un processus engagé quarante-cinq ans plus tôt par leur représentant, Eleanor Roosevelt, président des séances inaugurales de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, qui élaborait les premières versions du pacte.

L'enthousiasme de la communauté internationale pour ce progrès important fut néanmoins refroidi par l'équivoque de la ratification, le gouvernement américain ayant conditionné son adhésion à cinq réserves, quatre déclarations interprétatives, cinq *understandings* et un *proviso*, quantités jamais atteintes auparavant³⁶. Certaines de ces réserves et déclarations sont comparables à celles formulées par d'autres Etats ; en revanche, les deux réserves concernant les articles 6 et 7, c'est-à-dire la peine de mort et l'interdiction de la torture, ont suscité des critiques aux Etats-Unis même et à l'étranger : onze Etats parties au pacte ont marqué leur opposition par des objections formelles.

Il s'agit en effet du noyau dur des dispositions « indérogeables », qui devraient sans doute échapper aussi à toute limitation sous la forme de réserve.

D'ailleurs, avant l'adhésion des Etats-Unis, il n'y avait jamais eu de réserve à l'article 7 sur la torture et très peu sur l'article 6, qui autorise la peine de mort avec réticence (« aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat partie au présent Pacte »), mais interdit de l'imposer « pour des crimes commis par des personnes de moins de 18 ans ». Par la réserve qu'ils formulent, les Etats-Unis entendent conserver le droit d'imposer la peine de mort à « toute personne », ce qui inclut non seulement les mineurs, y compris de très jeunes enfants, mais encore, par exemple, des aliénés ou des handicapés mentaux, la seule exception admise par eux étant celle formulée par le pacte à propos des femmes enceintes. Quant à l'interdiction de la torture et des « peines ou traitements inhumains ou dégradants », les Etats-Unis ne l'acceptent que dans la mesure où les termes sont entendus au sens des traitements interdits par les 5^e, 8^e et 14^e amendements de la Constitution américaine.

Si les réserves américaines et les protestations qui ont suivi ont clairement servi de catalyseur pour le Comité de l'ONU, la question de l'irrecevabilité de ces réserves n'a pas été ouvertement posée à propos d'un cas précis concernant les Etats-Unis, car ces derniers ne reconnaissent pas la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir et examiner des recours individuels contre eux. Mais cette question des réserves avait d'abord été éclairée dans des affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme et de façon plus discrète, compte tenu du texte plus restrictif de la Convention américaine (art. 75), par la Cour interaméricaine en 1983 (avis sur la peine de mort), ainsi qu'à l'occasion de la cinquième réunion des « présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ».

La Cour européenne des droits de l'homme a ouvert le chemin, en 1988³⁷, en jugeant *non valide* une déclaration ayant valeur de réserve à caractère trop général et en décidant que la Suisse restait liée par la Convention des droits de l'homme, mais en faisant abstraction de la réserve. Réaffirmée le 23 mars 1995 dans le célèbre arrêt *Loizidou c. Turquie*, cette position de la Cour européenne se comprend si l'on considère que le but de la convention est « la réalisation d'une union plus étroite pour la sauvegarde et le développement des droits de

l'homme », selon les termes mêmes du préambule cité par la Cour, et qu'il s'agit en somme de reconnaître à travers la Convention la naissance d'un « ordre public européen des droits de l'homme ».

Sans employer de formule aussi audacieuse, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, qui s'était montré jusque-là prudent et hésitant, devait en 1994, par un revirement qualifié de « révolutionnaire³⁸ », se reconnaître le pouvoir de décider si une réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du pacte, et appliquer cette nouvelle doctrine aux réserves américaines à l'occasion de son rapport périodique en avril 1995. Fondée sur le caractère inadéquat du système interétatique qui prévaut en matière de réserves quand il s'agit de droits de l'homme, la décision du Comité est de nature à favoriser l'émancipation des divers organes internationaux compétents en matière de droits de l'homme. Cependant, les conséquences varient selon qu'il s'agit d'observations générales ou particulières, les seules à avoir un effet contraignant, mais limité aux cas dans lesquels un recours individuel est admis. Conscient de ce risque, le président du Comité des droits de l'homme de l'ONU, reconnaissant que « les interprétations du Comité telles qu'elles figurent dans ses observations générales n'ont pas un caractère contraignant », a cependant ajouté, dans son observation générale de 1994, qu'il « espère qu'elles auront un certain poids et feront autorité ».

Est-ce à dire que, même à l'échelle universelle, et *a fortiori* à l'échelle régionale, le vieux réflexe de méfiance et de repli sur l'Etat-nation deviendrait progressivement inacceptable en matière de droits de l'homme ?

La réponse ne peut être isolée du contexte économique.

Reconnaître l'interdépendance entre l'économie et les droits de l'homme

Si la loi du plus fort s'impose en économie comme pratique incontournable, et si les droits de l'homme ne sont qu'un discours idéologique éclaté, fondé sur une humanité dont chaque communauté prétend détenir le secret, comment concevoir un droit mondial qui se fonderait à la fois sur l'économie et sur les droits de l'homme ?

Sans doute en renonçant à cette opposition simpliste qui paraît oublier la part d'idéologie en économie et le pragmatisme des droits de l'homme ; surtout en dépassant l'opposition entre théorie et pratique par une confrontation constante de l'idéal imaginaire à la réalité observable. La réalité observable, c'est que, malgré les résistances, les droits économiques et sociaux font désormais partie des droits de l'homme et que les droits de l'homme deviennent opposables à l'économie. C'est à partir de ce double constat pratique que l'on peut tenter de définir l'idéal d'interdépendance qui permettrait de sortir de l'impasse.

LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX FONT PARTIE DES DROITS DE L'HOMME

Les rédacteurs de la Déclaration universelle ne s'y étaient pas trompés : l'universalité n'est concevable que si l'ensemble des droits énoncés est garanti,

ce qui devrait exclure toute possibilité d'invoquer l'un d'entre eux à l'appui de la violation d'un autre. C'est ainsi qu'il faut lire le dernier article de la Déclaration : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés. » Autrement dit, il n'y a pas de chronologie à respecter sous prétexte que certains droits conditionneraient les autres. Comme le souligne la Déclaration sur le développement votée par l'ONU le 4 décembre 1986 : « Le développement est un processus global, économique, social, culturel et politique. » Dès lors, « tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales sont indivisibles et interdépendants ; la réalisation, la protection et la promotion des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels doivent bénéficier d'une attention égale et être envisagées avec une égale urgence ». Autrement dit, les droits de l'homme doivent être interprétés et appliqués comme un ensemble cohérent et indivisible, cohérent parce que indivisible.

Fondé sur une critique de la dissociation, le principe d'indivisibilité des droits est d'ailleurs déjà inscrit dans les deux pactes, qui paraissent séparer les droits économiques, sociaux et culturels des droits civils et politiques, mais dont le préambule commun rappelle que « l'idéal de l'être humain libre » ne peut être réalisé que si des conditions sont créées permettant à chacun de jouir des uns « aussi bien » que des autres. Certes, l'indivisibilité n'exclut pas toute hiérarchie entre les droits selon que des limitations, temporaires ou permanentes, sont admises, mais cette hiérarchie est elle-même transversale, car elle renvoie aux valeurs sous-jacentes : au sommet, le droit à l'égalité a des implications à la fois civiles et politiques et encore économiques, sociales et culturelles, car il exclut la torture et l'esclavage et, plus largement, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Critique de la dissociation

La critique est à la fois pratique et théorique.

D'un point de vue pratique, on ne peut mettre en œuvre les droits d'une des catégories indépendamment des droits de l'autre. Pour une personne sans logement, par exemple, la plupart des droits civils et politiques sont inaccessibles (vie privée et familiale, droit de vote, etc.). Inversement, la suppression des principales libertés civiles et politiques entraîne des conséquences bien connues sur le dynamisme économique et la cohésion sociale. Ajoutons que, contrairement à une idée reçue, les droits civils et politiques sont aussi coûteux à protéger que les autres droits car ils supposent une formation (celle du personnel policier, pénitentiaire, militaire et administratif) et parfois, comme en Afrique du Sud après la suppression de l'apartheid, toute une réorganisation des institutions.

En outre, il existe de nombreux droits inclassables dans l'une ou l'autre catégorie ; qu'il s'agisse, par exemple, de la liberté syndicale, étroitement liée au droit du travail, donc aux droits sociaux, mais constitutive des libertés publiques au même titre que la liberté d'association ou de réunion ; ou encore du droit de propriété, à la fois civil et économique, individuel et collectif, à tel point inclassable qu'il a été omis dans les deux pactes alors qu'il figurait dans la Déclaration universelle. Autre exemple significatif, celui des droits des enfants, dont la répartition entre les deux pactes s'est révélée particulièrement délicate. Au titre des droits civils et politiques, l'article 24-1 annonce un programme social en énonçant que tout enfant « a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur ». De son côté, le pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels précise le but civil et politique de ce programme : « L'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux » (art. 13-1). Si le cas des enfants est exemplaire, comme, plus largement, celui de tous les sans-droits (des « sans-papiers » aux « sans-domicile fixe », en passant par les « sans-travail »), c'est qu'il montre à l'évidence comment la réalité quotidienne rejette toute dissociation entre les droits fondamentaux. Sans doute parce que celle-ci relève d'un simple classement superficiel sans véritable réflexion théorique sur chaque catégorie.

Du point de vue théorique, les critères semblent en effet extrêmement hétérogènes. Au départ, la bipartition se fonde sur un critère essentiellement politique qui renvoie à la définition du rôle de l'Etat : selon la distinction bien connue, les droits civils et politiques sont opposables à l'Etat, alors que les autres droits sont exigibles de lui. Les premiers servent avant tout à protéger contre l'arbitraire de l'Etat (et non contre l'Etat), alors que les seconds exigent au contraire que l'Etat intervienne jusque dans la vie privée des citoyens pour leur garantir la sécurité sociale, l'éducation pour leurs enfants, etc. En d'autres termes : « D'un côté des limitations imposées à l'Etat, de l'autre un très grand devoir, et donc un très grand pouvoir sont exigibles de lui³⁹. »

Reflet des deux conceptions possibles du rôle de l'Etat que représentent le libéralisme et le socialisme, la dissociation s'expliquerait par l'histoire. Il n'est pas certain qu'elle exprime une véritable différence de nature entre les droits qu'elle sépare, alors que la réalité les rapproche parfois, comme on vient de le voir. D'autant que, si le premier groupe est relativement homogène, le second tient plutôt de l'amalgame, tant il paraît difficile de séparer les droits économiques des droits sociaux, alors que les droits dits culturels sont, comme on l'a suggéré plus haut, à l'origine de l'ensemble des droits qui expriment tous, précisément, une nature de l'homme transformée par la culture. En fait, l'énumération relève alors d'un autre critère, celui de l'objet, considéré selon les cas comme économique, social ou culturel.

D'où la nécessité qu'il y a aujourd'hui à critiquer cette dissociation, somme toute contingente, non pour renoncer à la terminologie employée, mais pour lui donner une signification nouvelle. Même si les proportions varient, on peut en effet considérer que chaque droit énoncé est déterminé par cinq types de relations : une relation *civile*, de reconnaissance juridique comme citoyen, *politique*, de participation active à l'Etat, *économique*, de réciprocité et d'échange, *sociale*, d'intégration à la société démocratique, et *culturelle*, d'appartenance à une communauté.

Telle est précisément la signification du principe d'indivisibilité.

Indivisibilité des droits

L'indivisibilité ne veut pas dire la confusion. Bien au contraire, la reconnaissance, pour chacun des droits énoncés, des cinq relations énumérées ci-dessus signifie, malgré le paradoxe apparent, la séparation des pouvoirs. Séparation qui différencie de façon essentielle démocratie et totalitarisme : « Le totalitarisme érige en système la division des droits de l'homme corollaire d'un pouvoir indivis, alors que la démocratie semble ériger en principe une indivisibilité des droits de l'homme corrélative d'une séparation des pouvoirs [...]. Plus la séparation des pouvoirs est rigoureuse, plus l'indivisibilité du droit est garantie⁴⁰. »

Encore faut-il préciser de quels pouvoirs on parle. La séparation actuelle entre les trois pouvoirs au sein de l'Etat garantit la relation politique (le pouvoir législatif, séparé du pouvoir exécutif, est exercé par les citoyens et sous leur contrôle) ; elle assure aussi l'efficacité de la relation civile et juridique en imposant l'indépendance des juges par rapport au pouvoir politique (exécutif et législatif).

En revanche, il n'existe pas encore de doctrine précise concernant d'autres divisions des pouvoirs correspondant aux droits économiques et sociaux. Les liens qui apparaissent aujourd'hui, notamment à la suite des changements intervenus à l'Est, entre les libertés économiques et les libertés civiles et politiques conduisent à poser la question de la nature des relations qui doivent exister entre l'Etat et les pouvoirs économiques.

Et la réflexion pourrait aussi s'appliquer aux droits culturels, pris au sens de la relation d'intégration évoquée plus haut. A cet égard, le débat reste ouvert entre la conception soutenue notamment par la France, qui assure la protection de ces droits à travers celle des droits individuels des membres de chaque communauté, et la conception consacrée par la convention-cadre du Conseil de l'Europe, adoptée en novembre 1996 et ouverte à la signature en février 1997, qui vise à la reconnaissance des droits des minorités nationales. La différence est forte, comme en témoigne l'avis préalablement rendu par le Conseil d'Etat le 6 juillet 1995⁴¹, concluant à l'incompatibilité de la convention avec la

Constitution française, au motif suivant : « Il ressort de l'ensemble des textes fixant les principes fondamentaux de nos institutions que le concept juridique de peuple français a valeur constitutionnelle et il résulte de l'article 2 de la Constitution, qui rappelle que la France est une République une et indivisible, que la loi fondamentale refuse de reconnaître toute catégorie autre que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion. »

Enfin, demeure largement ouverte la question de l'indépendance des médias qui se situe de façon transversale, en ce sens qu'elle devrait garantir l'ensemble des droits, par la visibilité qu'elle est censée donner à leurs violations, mais elle suppose une autonomie qui reste encore bien imparfaite, tant à l'égard de l'Etat qu'à l'égard du pouvoir économique. C'est dire que la séparation des pouvoirs au sein de l'Etat devra être complétée par une réflexion sur l'exercice des pouvoirs au sein de la société civile et l'articulation de celle-ci avec l'Etat, s'il est vrai que le principe d'indivisibilité implique la reconnaissance de relations non seulement civiles et politiques, mais encore économiques, sociales et culturelles.

Même enrichie par de nouveaux prolongements, la séparation des pouvoirs est cependant insuffisante pour transformer les cinq déterminants en contraintes. L'idée même de contrainte suppose l'organisation d'un contrôle par des organes distincts. Or, l'une des marques de l'éclatement actuel des droits de l'homme analysé plus haut est précisément la dissymétrie des contrôles selon qu'il s'agit des droits civils et politiques ou de l'autre catégorie, sans que cette dissymétrie soit fondée sur une différence irréductible de nature entre des droits que la pratique, comme l'analyse plus théorique, aurait plutôt tendance à rapprocher.

Affirmer le principe d'indivisibilité conduit nécessairement à créer de nouveaux organes de contrôle pour les droits économiques, sociaux et culturels. Les projets encore en discussion à l'échelle de l'ONU ont été signalés plus haut, ainsi que les difficultés qu'ils soulèvent.

A l'échelle européenne, la Cour européenne des droits de l'homme s'efforce d'étendre son contrôle, en principe limité aux droits civils et politiques, en affirmant qu'« il n'y a pas de cloison étanche entre les droits civils et politiques

et les droits économiques et sociaux⁴² ». Plusieurs décisions admettent que les litiges concernant les prestations sociales, en atteignant les intéressés dans leurs conditions d'existence, relèvent des droits civils et politiques. Il a même été jugé que le refus d'une allocation d'urgence à un chômeur étranger avait un caractère discriminatoire, au sens de la CESDH⁴³.

Parallèlement, une étape importante a été franchie avec l'adoption par le Comité des ministres (le 22 juin 1995) d'un protocole additionnel à la Charte sociale européenne. Jusque-là peu efficace, à la différence de la Convention européenne des droits de l'homme (droits civils et politiques), en raison des faiblesses du mécanisme de contrôle, la Charte sociale, révisée dans son contenu en 1996⁴⁴, devrait assurer une meilleure garantie des droits sociaux, à condition que les Etats renforcent les moyens mis à la disposition du Conseil de l'Europe pour permettre au comité d'experts indépendants chargé du contrôle d'assurer ses fonctions de manière efficace. En effet, le protocole prévoit, à côté du système antérieur qui reposait exclusivement sur les rapports gouvernementaux soumis à l'examen du comité d'experts, un nouveau système de réclamations collectives, analogue à celui instauré dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT). Le protocole prévoit en effet la possibilité pour les Etats d'accepter des réclamations collectives émanant d'organisations internationales et nationales d'employeurs et de travailleurs, et d'autres organisations internationales dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe. Certes, le mécanisme mis en place garde un caractère plus politique que juridique. La réclamation est transmise au comité d'experts qui apprécie son bien-fondé et, après avoir établi un rapport, conclut sur le point de savoir si l'Etat concerné a assuré de façon satisfaisante l'application de la charte. Si tel n'est pas le cas, une recommandation est adressée par le Comité des ministres à l'Etat responsable. Encore faut-il que le texte de celle-ci ait été adopté à la majorité des deux tiers des votants. C'est dire à quel point les Etats se méfient à l'idée d'un contrôle, même non juridictionnel, en matière de droits sociaux.

En définitive, bien qu'il soit désormais reconnu et affirmé, le principe d'indivisibilité reste encore, pour l'essentiel, à mettre en œuvre en pratique, comme sans doute à préciser dans ses conséquences au plan théorique.

En pratique, l'indivisibilité impose comme on vient de le voir un rééquilibrage des contrôles au profit des droits économiques, sociaux et culturels. A l'occasion de son centenaire, célébré le 10 mai 1998, la Ligue des droits de l'homme a montré la voie par un nouveau manifeste. Constatant que « la *raison économique*, au nom de laquelle on accepte que des millions de personnes soient réduites au chômage ou à la précarité, menace les libertés tout autant que la raison d'Etat », la Ligue affirme avec force : « Il n'y a pas à choisir entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux » et conclut : « Face à la mondialisation de l'économie, c'est la mondialisation des droits, de tous les droits, qu'il faut promouvoir pour qu'ils deviennent vraiment universels. » A son tour, la célébration du cinquantième de la Déclaration universelle, en décembre 1998, pourrait être l'occasion de rendre hommage à la sagesse des rédacteurs qui avaient eu l'intuition première du principe d'indivisibilité et de prendre un nouvel élan pour que l'on se préoccupe enfin de sa mise en œuvre⁴⁵.

A condition de ne pas oublier qu'en théorie l'indivisibilité implique aussi une obligation de cohérence. Dire que les droits de l'homme sont indivisibles, c'est affirmer qu'ils sont complémentaires et doivent être rendus compatibles. En d'autres termes, c'est interpréter les textes de telle sorte que chaque droit soit sauvegardé, sinon de façon absolue, du moins de façon relative. Cela signifie très concrètement que des restrictions réciproques sont possibles – elles sont d'ailleurs expressément admises par certains textes –, mais qu'on ne saurait accepter de véritables exceptions ou dérogations à un droit, sous prétexte d'assurer par là le respect d'un autre droit. A vrai dire, tout est question de proportion et d'équilibre. Ainsi la récente décision du Conseil constitutionnel français (29 juillet 1998), à propos de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, semble quelque peu discutable, en ce qu'elle censure au profit du droit de propriété, et au détriment du droit au logement, le texte qui avait été voté sur les saisies immobilières : « S'il appartient en effet au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires,

c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés. »

S'il s'agit là apparemment d'admettre des limitations réciproques pour assurer simultanément le respect du droit de propriété et du droit au logement, c'est sur la gravité des limitations imposées au droit de propriété que porte le débat, d'autant que le « droit de disposer d'un logement décent » est fondé, selon les termes mêmes de la loi d'orientation, sur « le respect de l'égalité de tous les êtres humains » et considéré comme « une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation », ce qui n'est pas le cas du droit de propriété. Prolongement du droit à l'égalité de dignité, le droit au logement devrait relever du noyau dur des droits à protection absolue. Même si l'expression relève d'abord du droit international des droits de l'homme, l'idée de hiérarchie des valeurs doit en effet inspirer tout interprète au même titre que l'indivisibilité des droits qu'elle vient ainsi compléter. Encore faut-il s'entendre sur la signification d'un terme que certains rejettent, croyant y voir une façon de reléguer une partie des droits de l'homme au second plan.

Hiérarchie des valeurs

Transversale par rapport aux cinq déterminants fondateurs, la hiérarchie ne contredit pas l'indivisibilité. Bien au contraire, elle la renforce en esquissant tout au sommet la figure encore incertaine et comme tremblée de l'être « humain ». Le droit à la vie, si précieux soit-il, n'y suffirait pas. C'est le droit à l'égalité de dignité de chaque être qui consacre l'humanité de l'homme – on pourrait dire qu'il sacre l'humanité en chacun de nous et contribue du même mouvement au processus d'humanisation. Processus inachevé, tout aussi difficile à dater dans le champ juridique que dans la chaîne de la préhistoire, parce que tout aussi difficile à définir, sinon par l'interdit de ce que l'on se contente de nommer, faute de mieux, l'« inhumain ».

Or l'inhumain n'est ni civil, ni politique, ni économique, ni social, ni culturel ; ou, plus exactement, il peut relever, simultanément ou alternativement, de chacun des cinq déterminants. Les premiers textes semblaient le rattacher

plutôt aux droits civils et politiques, avec l'interdit de la torture ou celui de l'esclavage, mais il devient évident que l'inhumain peut être à dominante économique, sociale ou culturelle. La timidité des Etats en ces domaines ne saurait justifier l'injustifiable comme ce scandale permanent de la faim dans le monde, pudiquement nommée « malnutrition ». La Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition (ONU, 1987) se contente d'une vague incitation en affirmant que les Etats « devraient » se préoccuper du problème. A cet égard, la loi d'orientation précitée, sur la lutte contre les exclusions, marque une avancée en se fondant d'emblée (art. 1^{er}) sur le respect de l'égalité de dignité. Certes, il s'agit d'une avancée nationale, mais l'extension à d'autres pays, à commencer par l'Europe, devient concevable. Ainsi, l'Union européenne a lancé un programme de lutte contre l'exclusion (1994-1999) et la Charte européenne, qui a été révisée pour s'étendre au-delà de la seule protection des travailleurs, semble désormais inspirée par la même idée d'égalité de dignité (art. 30 sur la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale et 31 sur le droit au logement). Mais, à la différence de la loi d'orientation, il s'agit davantage d'incitations que d'obligations pour les Etats.

Il reste que la hiérarchie traverse l'ensemble des droits de l'homme, au prix d'une certaine complexité du système, car elle conduit à une protection qui varie selon que des limitations sont ou non admises. A peine mentionnée dans la Déclaration universelle (art. 29-2), l'existence de limitations est précisée dans les pactes, ainsi que dans les conventions européenne et américaine et dans la Charte arabe, mais elle demeure implicite, comme on l'a vu plus haut, dans la Charte africaine.

Plus précise en matière de droits civils et politiques, la hiérarchie renvoie à une double échelle. Explicite, une échelle à deux degrés sépare des autres, en les énumérant, les droits dits indérogables, ou intangibles (art. 4 et 6 du PIDCP), c'est-à-dire les droits auxquels il est interdit aux Etats de déroger, même en cas de guerre ou autre circonstance exceptionnelle. Cependant, ces droits ne sont pas tous à protection absolue car certains d'entre eux, comme le droit à la vie, sont assortis non pas de dérogations étatiques temporaires, mais d'exceptions admises par le texte international lui-même à titre permanent : on a rappelé plus haut que

la peine de mort est admise, ainsi que la légitime défense qui peut justifier à certaines conditions un meurtre, par différents textes internationaux, et notamment par le pacte sur les droits civils et politiques. Quant aux dérogations, elles ne sont acceptées qu'à la condition d'avoir été signalées aussitôt aux organes de contrôle, ce qui permet des vérifications. C'est ainsi que la Commission des droits de l'homme de l'ONU a pu mener et publier une « Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'état de siège ou d'exception⁴⁶ », attirant l'attention sur la nécessité d'étendre la notion de droits indérogeables et de renforcer leur protection.

Implicite, l'autre échelle, à quatre degrés, est plus précise. Elle place au sommet les droits à protection absolue (ceux qui n'admettent ni dérogations ni exceptions), c'est-à-dire précisément le droit à la dignité, au sens le plus fort du terme, qui exclut la torture et l'esclavage, comme toute peine ou tout traitement inhumain ou dégradant. Puis les droits à protection quasi absolue, indérogeables, mais assortis d'exceptions, comme le droit à la vie ; enfin les droits à protection relative, forte ou faible selon que les limitations sont énumérées de façon précise, comme des exceptions strictement interprétées, ou admises par une clause générale, sous la forme des « restrictions nécessaires dans une société démocratique », et appliquées avec une marge nationale d'interprétation⁴⁷.

En matière de droits économiques, sociaux et culturels, la hiérarchie est moins nette. La notion de droit indérogeable n'est pas explicitement consacrée par le pacte, malgré l'effort de l'OIT pour dégager un noyau dur de droits fondamentaux, tels que l'interdiction du travail des enfants, ou le respect des garanties syndicales nationales⁴⁸. Tout au plus est-il précisé (art. 5-2 du PIDESC) qu'il ne peut être admis « aucune restriction ou dérogation » aux droits de l'homme « sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ». Quant aux droits reconnus, la clause générale de l'article 4 autorise les Etats à les soumettre « aux limitations établies par la loi », ajoutant, il est vrai, une précision qui pourrait fonder un certain contrôle, si le principe du recours individuel ou collectif actuellement en discussion était admis : « dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et

exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

Pourtant, l'idée même de limitation ne saurait être admise aussi largement. Il reste donc à inscrire au premier rang, parmi les droits indérogeables, l'ensemble des droits qui correspondent à l'exigence immédiate de dignité, c'est-à-dire le droit non seulement de ne pas être torturé ou réduit en esclavage, mais aussi de se nourrir, de se loger et de communiquer avec les autres, de s'exprimer et de créer des liens sociaux. La proclamation par la communauté internationale d'un « noyau intangible des droits de l'homme⁴⁹ » devrait précisément y pourvoir, à condition de ne pas procéder par l'énumération, fragmentaire et toujours recommencée, des besoins considérés comme essentiels, mais de définir cette source commune à tous les droits que l'on nomme « égale dignité ». Définition nécessairement complexe et évolutive car elle noue entre eux les cinq déterminants, et ce point nodal doit être accessible à tous et à tout moment. Il ne s'agit là ni de naïveté ni d'hypocrisie, mais très précisément du défi de la faisabilité de ce droit mondial encore fragmentaire que dessinent les droits de l'homme à distance de l'économie, comme s'il s'agissait de deux mondes différents, alors que la notion même de droits économiques s'offre à les rapprocher, pour peu qu'on y prête attention.

Encore faut-il admettre qu'il s'agit bien du même monde, c'est-à-dire que les droits de l'homme sont « opposables », comme on dit dans le jargon juridique, à l'économie.

LES DROITS DE L'HOMME SONT OPPOSABLES À L'ÉCONOMIE

A première vue, il s'agit pourtant de deux mondialisations différentes pour deux mondes différents. Le monde économique obéit, dit-on, à sa rationalité propre qui a peu à voir avec les droits de l'homme. L'idée fondamentale de *main invisible* est séduisante – et confortable – et les économistes n'ont cessé de s'y référer depuis Adam Smith, même quand ils constatent que sa pertinence a des limites. Elle postule que, lorsque certaines conditions, que l'on peut expliciter,

sont remplies par une économie de marché, chacun contribue spontanément et involontairement à la réalisation de l'intérêt général. Autrement dit, chacun, en ne pensant qu'à son intérêt personnel, garantit l'efficacité collective du système. A supposer toujours réalisées les conditions d'une concurrence parfaite et établie l'adaptation du marché à tous les types de biens, cette rationalité, dite « ultra-économique », correspond toutefois à une image quelque peu cynique, et somme toute assez sommaire, des motivations humaines. D'où l'effort de certains économistes pour définir une « rationalité élargie⁵⁰ », suggérant que le souci de l'estime des autres détermine par la *main intangible* des comportements plus proches, sinon des droits de l'homme, du moins d'une certaine éthique. Il reste pourtant cette différence essentielle que, si l'agent économiquement rationnel calcule et délibère avant de se décider, c'est toujours à propos « des moyens à employer et jamais au sujet des fins à poursuivre⁵¹ ».

Paradoxalement, c'est peut-être la mondialisation elle-même qui rend possible un rapprochement, car elle donne une telle visibilité aux ravages sociaux, écologiques et humains produits par le développement économique livré aux seules règles du marché que les « fins à poursuivre » ne peuvent plus être ignorées comme auparavant, comme si la mondialisation entraînait une nouvelle responsabilité éthique : « Nous apparaissons désormais responsables, ou du moins coresponsables, d'une action collective dont les développements et les effets nous sont largement inconnus ; voilà que se trouve brisé le cercle de proximité qui m'obligeait seulement à l'égard du proche et du prochain, et distendu le lien de simultanéité qui me faisait comptable des effets immédiats, ou à tout le moins voisins, des actes que je posais aujourd'hui⁵². »

C'est ainsi que la lutte contre l'inacceptable exclusion fait désormais partie des préoccupations de certaines entreprises, qu'il s'agisse de relayer « coupures d'électricité, citoyenneté d'entreprise et droits de l'homme⁵³ », ou de lancer le manifeste des « entreprises contre l'exclusion⁵⁴ » ; parallèlement, la nécessaire « clause sociale » tend à intégrer dans les négociations internationales le respect de normes sociales minimales ; et, finalement, plus personne ne s'étonne

d'entendre parler d'une nouvelle éthique d'entreprise, même si le débat reste ouvert de savoir s'il s'agit d'un véritable progrès ou d'un simple leurre.

L'inacceptable exclusion

Le terme a d'abord servi à désigner les oubliés de la croissance⁵⁵, une croissance que l'on pouvait croire, au début des années soixante-dix, en extension continue. A partir des années quatre-vingt, l'oubli n'est plus possible : le chômage de masse atteint toutes les familles et on ne peut ignorer ces « nouveaux pauvres », de plus en plus jeunes, qui nous sollicitent partout, des arrêts d'autobus aux couloirs du métro, l'œil éteint mais sans agressivité. Devenue permanente, l'exclusion ne conduit pas pour autant à l'affrontement : « Il n'y a plus exploitation ; il n'y a plus domination ; il y a décrochage de la partie "modernisée" de la société qui s'opère sans utilisation de la partie "inadaptée" ni coercition à son égard⁵⁶. »

C'est précisément cette inutilité qui est inacceptable. Sophie Dion-Loye l'écrit avec force : « Les pauvres doivent être utiles dans notre société [...] l'utilité n'étant plus nécessairement relayée par le travail, il faut que le pauvre puisse être utile en tant que pauvre⁵⁷. » En ce sens, la « grande pauvreté », comme on dit parfois, rejoint la « petite misère », cette misère de position et non de condition que révèlent les entretiens dirigés par Pierre Bourdieu⁵⁸.

La réponse ne peut être purement économique, ni même sociale, et c'est toute la difficulté d'une législation sur les pauvres. On ne peut pas – on ne doit pas – créer un statut du pauvre comme il existe un statut du chômeur et comme certains réclament un statut de l'immigré. D'ailleurs, « pauvres ils ne le sont pas », disait Rilke dans *Le Livre de la pauvreté et de la mort*, « ils ne sont que privés des biens essentiels et laissés au hasard, sans force et sans volonté ». Soyons clair : il ne s'agit pas d'assistance, mais d'intégration à la société, avec un statut de citoyen. Il ne s'agit pas de survivre, mais de vivre pleinement, avec les autres hommes, et reconnu comme leur semblable.

A ceux qui verraient là une utopie, la loi d'orientation du 29 juillet 1998, tout imparfaite qu'elle soit, apporte un démenti. Affirmant d'emblée que « la

lutte contre les exclusions est un impératif national », et rappelant, comme on l'a souligné plus haut, le principe d'égalité de tous les êtres humains, elle se donne pour objectif de « garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance » (art. 1^{er}, al. 2). Et les entreprises, au même titre que les autres acteurs sociaux, publics et privés, « concourent à la réalisation de ces objectifs » (art. 1^{er}, al. 6). Suivent plus de 150 articles qui, en effet, définissent très concrètement à la fois l'accès aux droits (art. 3-83) et la prévention des exclusions (art. 84-157) ; un rapport d'évaluation de l'application de la loi est prévu tous les deux ans, étant précisé que « les personnes en situation de précarité et les acteurs de terrain seront particulièrement associés à cette évaluation » (art. 159). Certes, l'accès à l'emploi occupe une place importante en tête de la loi (art. 3-30), mais les autres droits ne sont pas négligés pour autant, qu'il s'agisse de l'accès au logement, condition essentielle à l'exercice de l'ensemble des droits, civils et politiques aussi bien qu'économiques et sociaux, ou du « droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture », qui suppose notamment la lutte contre l'illettrisme, qualifiée de « priorité nationale ». Si le détail des textes témoigne du souci de garantir, comme il est annoncé à l'article 1^{er}, un accès « effectif » à cet ensemble de droits, seuls les rapports d'évaluation permettront de dire si l'objectif a été atteint en France.

Mais, dans l'ensemble du monde, on estime que la pauvreté touche environ 2 milliards de personnes, les prévisions étant de 5 milliards dans trente ans. C'est dire l'urgence d'une action internationale, à l'échelle régionale comme à l'échelle mondiale.

En Europe, les progrès sont lents, comme en témoigne, pour le Conseil de l'Europe (l'Europe des quarante), l'apparition très récente, avec la Charte sociale révisée, en 1996, du droit à la protection contre l'exclusion et du droit au logement. D'autant que ces nouvelles dispositions ne prévoient pas expressément l'obligation pour les Etats de mettre en place des garanties minimales de ressources. Du moins le système de réclamations collectives

évoqué plus haut pourra-t-il constituer une première étape quand il entrera en vigueur.

Dès à présent, par son contenu enrichi par la révision, la Charte sociale européenne marque une avancée par rapport au droit communautaire (l'Europe des quinze Etats membres de l'Union européenne). Si le traité d'Amsterdam (ouvert à la signature en 1997, mais non encore ratifié par les quinze) mentionne finalement « l'intégration des personnes exclues du marché du travail », au titre des dispositions sociales pour lesquelles la Communauté « soutient et complète l'action des Etats membres » (art. 137, ex-art. 118), pour le reste, la prudence l'emporte. Après avoir déclaré la Communauté et les Etats membres « conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 », l'article 136 (ex-art. 117) du traité communautaire affirme devoir tenir compte « de la diversité des pratiques nationales [...] ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté », se bornant à « estimer » que l'amélioration sociale résultera tant « du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux », que des procédures mises en place et du rapprochement des droits nationaux.

A l'échelle mondiale, la situation est plus préoccupante encore. Le principe a été posé dès 1948 (art. 25 de la Déclaration universelle) que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille » et le pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels répète à son tour (art. 11) que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant ». Mais, comme on l'a vu plus haut, l'absence de contrôle réduit considérablement l'efficacité de tels principes, tant qu'ils ne sont assortis d'aucune sanction, directe ou indirecte.

La sanction indirecte pourrait venir de consommateurs sensibles à l'éthique et soucieux de privilégier les entreprises qui s'en préoccupent. C'est peut-être le pari qui sous-tend le manifeste cité plus haut, par lequel « des financiers s'engagent pour l'emploi et contre l'exclusion sociale ». Interprété comme le signe d'une lucidité plus grande des acteurs sur les rationalités qu'ils mettent en

œuvre⁵⁹, le choix rejoint en somme l'analyse économique démontrant l'existence de « zones d'intérêt commun » entre clients démunis et distributeurs d'électricité⁶⁰. Ainsi, non seulement la réduction des impayés et des frais de contentieux mais aussi l'amélioration de l'image de marque feraient partie du choix fait par l'entreprise EDF de mettre en place une série de « services solidarité », destinés à aider les ménages démunis et réussissant à réduire le nombre de coupures d'un tiers en un an. Comme en témoigne la charte Solidarité-énergie, signée avec le ministère du Logement en 1996, et commentée par les médias sous des titres flatteurs, l'opération s'est révélée un succès auprès du grand public. Toutefois, le nombre de coupures reste élevé et la « zone d'intérêt commun », pour réelle qu'elle soit, reste de portée limitée. Les intérêts des distributeurs et ceux des ménages démunis demeurent globalement contradictoires.

D'où la nécessité d'une intervention contraignante de l'Etat ou de sanctions plus directes. Ainsi, la loi d'orientation du 29 juillet 1998 complète sur ce point celle de 1988 sur le revenu minimum d'insertion (RMI) en ajoutant, pour toute personne ou famille en situation de précarité, « le droit à une aide de la collectivité pour accéder ou pour préserver son accès à une fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques ». Elle prévoit un dispositif de conventions nationales entre l'Etat et les principaux distributeurs pour définir notamment les concours financiers respectifs. Au-delà des frontières nationales, on est évidemment loin de pouvoir imposer ce type de clauses dans les négociations, tant les structures de régulation (on n'ose parler de réglementation) sont encore embryonnaires au plan international. Du moins s'il s'agit de traiter l'exclusion au sens le plus large. En revanche, les débats sont largement engagés, tant en Europe que dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en faveur de la fameuse clause sociale.

La nécessaire clause sociale

Faire du respect de normes sociales minimales un préalable à la participation au commerce international, telle est l'idée simple que l'on nomme « clause sociale ». Simple, sans doute, mais dont la réalisation est toujours retardée, tant sont fortes les craintes et les suspicions qui opposent ses partisans et ses adversaires. L'idée était en germe dès 1919, avec la création, par le traité de Versailles, de l'OIT : « Le travail ne devrait pas être considéré seulement comme une marchandise ou un objet de commerce. » Et la Déclaration de Philadelphie, en 1944, énonce les normes fondamentales du travail, qui inspireront d'ailleurs les rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme, fortement influencés par les membres du Bureau international du travail (BIT), secrétariat permanent de l'OIT. Plus récemment, les droits sociaux ont été énoncés à l'issue du sommet social de Copenhague (1996) et invoqués à l'appui de la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à l'organisation mondiale du commerce et aux droits sociaux (1996), dans des termes sans équivoque :

« L'Assemblée déplore que la mondialisation du commerce, consacrée par la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour remplacer le GATT, ne s'accompagne pas de dispositions garantissant les droits sociaux fondamentaux.

« Elle est pourtant convaincue que développement économique et développement social doivent aller de pair, et qu'à plus ou moins long terme négliger les droits sociaux freinera le développement économique ; considérer que le développement serait accéléré si les droits sociaux étaient remis à plus tard est une erreur. »

Rappelant ensuite que les droits sociaux font partie des droits de la personne, l'Assemblée insiste encore sur l'anomalie qui consiste « à exclure les normes du travail – et elles seules – des négociations commerciales internationales en cours alors que le cadre de ces négociations s'est élargi au point d'englober, par exemple, la protection de la propriété industrielle et la coexistence du commerce et des pratiques environnementales ». La recommandation se termine, en prévision de la réunion interministérielle de l'OMC prévue à Singapour, en décembre 1996, par un appel aux Etats membres à « encourager tous les

membres de l'OMC à s'efforcer de faire inscrire l'introduction des clauses sociales dans les accords de l'OMC à l'ordre du jour de la conférence et des initiatives de réforme des prochaines années ».

Peu sensible à ces arguments, la réunion de Singapour devait aboutir à une Déclaration qui renouvelle l'engagement « d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues », mais exclut d'imposer elle-même le respect d'une clause sociale, se contentant d'affirmer son soutien à l'OIT, qualifiée, sans ambiguïté, d'« organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper ». Suit un vibrant éloge de l'économie libérale : « Nous estimons que la croissance économique et le développement favorisés par une augmentation des échanges commerciaux et une libération plus poussée du commerce contribuent à la promotion de ces normes. »

Cette résistance de l'OMC, combinée à une fermeté nouvelle de l'OCDE dans son rapport de 1996 sur *Le Commerce, l'Emploi et les Normes du travail*, devait conduire l'OIT à prendre une position de principe, à l'occasion de sa 85^e conférence en 1997, en faveur d'un texte (pas nécessairement une convention) qui consacrerait, au titre de principes universellement reconnus par les Etats membres, les syndicats et les employeurs, un ensemble de normes internationales du travail : liberté syndicale et droit d'organisation et de négociation collective ; interdiction du travail forcé et du travail des enfants ; égalité de rémunération entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale ; non-discrimination dans l'emploi.

Non directement applicables, les textes de l'OIT commandent cependant l'élaboration des législations nationales « comme des règles de grammaire permettant de générer les phrases bien construites d'une langue⁶¹ ». Etant précisé que les conventions ratifiées par un Etat l'obligent désormais à mettre en place un dispositif de contrôle de l'application des lois relatives à ces conventions et qu'un système de plaintes (par un Etat ou par le conseil d'administration de l'OIT) et de réclamations (par toute organisation professionnelle d'employeurs ou de travailleurs) permet de mettre en cause les Etats signataires, et même parfois des Etats tiers (si la plainte est transmise par le

Conseil économique et social de l'ONU, ou en cas de violation de la liberté syndicale)⁶².

Critiqué parfois comme marquant « la consécration multilatérale de la prépondérance de la vision américaine des droits économiques et sociaux de la personne⁶³ », le système mis en place a du moins l'utilité de permettre à toute organisation professionnelle, si petite soit-elle, d'assigner l'Etat le plus puissant du monde en violation des droits garantis par les textes qu'il aurait ratifiés. La participation de personnes indépendantes des Etats et la publication, à l'issue de l'évaluation, du rapport des organes de contrôle semblent assurer une certaine efficacité.

Il reste néanmoins nécessaire, et l'OMC insiste d'ailleurs sur ce point dans la Déclaration de Singapour en réaffirmant « la primauté du système commercial multilatéral », de favoriser l'expansion et la portée des accords commerciaux régionaux, si l'on veut limiter le risque de pratiques hégémoniques. La difficulté tient cette fois à l'extrême diversité des droits nationaux quant à la réglementation des conditions de travail, tantôt inexistante (c'est le cas dans certains pays d'Asie), tantôt inefficace (Mexique), ou déjà « déconstruite » (Chili ou Pérou), ou en voie de l'être (comme au Canada)⁶⁴.

Même si les pays européens sont apparemment plus homogènes, le « concept de droit du travail européen » n'est guère plus avancé, tant il est vrai que « l'évolution des normes relatives au travail depuis la fondation de la Communauté européenne a été spasmodique, épisodique et peu méthodique »⁶⁵, l'essentiel tenant à la liberté de circulation et à l'égalité entre hommes et femmes. Toutefois, le mécanisme de mise en œuvre est beaucoup plus efficace que celui de l'OIT. L'accord sur la politique sociale, annexé au protocole accompagnant le traité de Maastricht de 1992, annonce une harmonisation, déjà concrétisée par deux accords-cadres européens (sur le congé parental, puis sur le travail à temps partiel), eux-mêmes mis en œuvre par deux directives sous le contrôle pleinement juridictionnel de la Cour de justice des communautés. Renforcé par l'adhésion du Royaume-Uni à l'accord, auquel il avait d'abord refusé de souscrire, ce dispositif d'harmonisation des droits nationaux sera

consolidé lors de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (qui l'incorpore au traité de Rome).

Cet exemple montre donc aussi comment, à défaut de modèle dominant, peut se construire une synthèse faite d'emprunts réciproques divers, tels que, par exemple, la participation des travailleurs, empruntée au droit allemand, l'égalité entre hommes et femmes, venue du droit français, l'importance des conventions collectives, selon la tradition danoise, ou, plus largement, le caractère supralégislatif des droits économiques et sociaux, fortement marqué par les constitutions, nouvelles ou révisées, de l'Espagne, du Portugal, de la Grèce ou des Pays-Bas.

Mais cette vocation pluraliste ne saurait masquer les faiblesses du droit social européen, que n'explique pas seulement la politique britannique de blocage des nouvelles réglementations communautaires du travail pendant les années Thatcher. L'une des zones d'obscurité reste notamment la politique européenne concernant les travailleurs immigrés. D'un côté, on peut observer le renforcement des politiques restrictives et répressives, comme si la peur de l'« effet passoire » de l'Europe avait conduit à construire une sorte de forteresse⁶⁶. D'où l'appel du Collège des médiateurs aux citoyens d'Europe : « L'Europe n'est pas une citadelle assiégée qui n'aurait d'autre possibilité que de s'enfermer derrière ses frontières comme derrière d'illusoires remparts. Tout au contraire, un tel enfermement est incompatible avec la vocation universaliste de l'Europe, dans sa meilleure tradition, ainsi d'ailleurs qu'avec son intérêt de première puissance exportatrice du monde⁶⁷. » D'un autre côté, l'inefficacité des mesures prises pour lutter contre le travail clandestin des étrangers et les entreprises qui en vivent amène à poser la question d'une sorte de cynisme sous-jacent : « On peut se demander si leur présence ne constitue pas une nécessité de notre économie. Assurant la flexibilité idéale, ils permettent, par un effet de contagion et de conséquences en chaîne, de lézarder peu à peu tout l'édifice des garanties du droit du travail et du droit social⁶⁸. » D'où le souci du Collège, dans son appel, de « ne pas dissocier la lutte pour les droits légitimes des migrants de l'action globale pour la protection et la promotion des droits de tous dans les domaines où ces droits sont principalement en question » (c'est-à-dire dans le

domaine de la lutte contre l'exclusion et contre les diverses formes de travail illégal et de précarisation de l'emploi).

C'est dire la difficulté de séparer certaines populations particulièrement vulnérables des autres travailleurs. En même temps, on ne peut ignorer que le droit du travail s'est construit en Occident à partir du scandale du travail des enfants. Or ce droit reste encore à construire dans une partie du monde et la tâche est d'autant plus difficile que l'interdiction pure et simple peut conduire à la ruine d'une famille, voire d'un pays. C'est peut-être la raison pour laquelle l'interdiction, qui est inscrite dans les principes fondamentaux du travail, et devrait à ce titre figurer dans la clause sociale, relève aussi de pratiques inspirées par une nouvelle éthique qui se cherche encore.

Une nouvelle éthique d'entreprise

L'exemple trop connu du travail des enfants, en particulier dans les fabriques de tapis et de vêtements, peut aider à saisir à la fois l'utilité de la démarche éthique, et son ambiguïté. L'utilité paraît évidente à lire le récit du directeur général de la société suisse Veillon, exposant la « Politique préventive de Veillon pour éviter dans ses relations avec ses fournisseurs le travail forcé des enfants⁶⁹ ». Attentive à éliminer le travail « forcé », tout en admettant « qu'il est important pour la survie de beaucoup de foyers que les enfants travaillent en ne les exposant pas à des risques plus graves », la société a élaboré des critères, qui rappellent étrangement le travail du juriste chargé de mettre en œuvre un principe général du droit, pour préciser la notion afin d'engager ses partenaires fournisseurs à respecter la règle du jeu. Six critères ont ainsi été choisis comme caractérisant le travail forcé : l'impossibilité pour les travailleurs de quitter leur travail ou d'en changer ; l'impossibilité de sortir de l'entreprise de jour comme de nuit ; le recours à un système punitif dégradant tel que l'administration de châtiments corporels : l'absence de rémunération ou la rémunération inférieure aux normes acceptables ; le travail imposé pour dettes ; l'impossibilité pour les enfants d'acquérir une éducation de base. Cela posé, la démarche, dite de *monitoring*, est expliquée aux fournisseurs et mise en œuvre dans un esprit de

partenariat. Des experts indépendants, appartenant à une ONG compétente dans le domaine du travail des enfants et tenus à une stricte confidentialité, sont chargés de visiter, sans aucune restriction, les lieux de travail et de dialoguer avec les responsables, étant précisé qu'ils peuvent parler librement aux personnes de leur choix et demander toute information utile. Aucune sanction n'est prévue, sinon l'interruption des relations avec les fournisseurs récalcitrants. Des exemples comparables semblent avoir été tentés, à une tout autre échelle, à propos de la production de chaussures de sport en Thaïlande et de vêtements au Honduras⁷⁰. Au-delà de l'effet immédiat de moralisation quand le code éthique est respecté, les partisans font valoir la fonction d'intégration par l'acceptation volontaire de l'engagement prévu par le code et l'effet de dépassement, d'anticipation du droit en vigueur. Concilier l'éthique et la finance devient même possible si les épargneurs s'orientent vers les investisseurs « socialement responsables », c'est-à-dire ni spéculatifs ni socialement destructeurs : « Au moment où le marché éthique émerge, ce qui pouvait paraître utopique devient possible⁷¹. » A condition qu'il s'agisse bien de préparer la voie pour un renforcement de la norme juridique, et non pas d'y faire obstacle en prétendant que le problème est résolu.

La question vaut d'être soulevée en raison de l'ampleur du mouvement actuel en faveur d'une « éthique des affaires », pour reprendre le titre d'une revue créée en 1995. Ce mouvement est marqué par l'adoption d'ensembles (désignés sous des noms variés, tels que codes, principes directeurs ou guides), contenant des règles qualifiées de règles d'éthique, de conduite, ou de déontologie, ou encore simplement d'usages, tantôt limitées à une entreprise, tantôt étendues à l'échelle nationale, ou même internationale, comme le code de conduite de la Chambre de commerce internationale.

La terminologie crée déjà l'ambiguïté. Sans aller jusqu'à dire que plus une entreprise parle d'éthique, moins elle en fait, le risque est bien réel de glisser insensiblement d'une éthique supplétive aux lacunes du droit à une éthique alternative. L'objectif inavoué de faire obstacle à une intervention du législateur devenue prétendument inutile aboutit en réalité à privatiser la règle de droit et à transformer le chef d'entreprise, directement concerné comme justiciable

potentiel, en législateur, policier et juge, au mépris de la plus élémentaire séparation des pouvoirs. La seule façon d'éviter ce risque, et d'utiliser l'éthique sans en faire un substitut, est sans doute dans la reconnaissance de la portée juridique de ces codes de conduite. Reconnaissance au plan « microjuridique », c'est-à-dire en intégrant les règles éthiques à l'interprétation de catégories juridiques traditionnelles, allant du droit du travail (si la violation du code est considérée comme cause de résiliation immédiate du contrat de travail pour « justes motifs ») au droit de la concurrence (la législation sur la concurrence déloyale pouvant s'appliquer aux entreprises qui font faussement croire au respect du code), en passant par la notion d'erreur sur les motifs qui, dans certains pays⁷², peut justifier la nullité du contrat et fonder l'octroi de dommages-intérêts. Mais, selon Philippe Kahn⁷³, l'approche la plus intéressante serait l'approche « macrojuridique », l'éthique étant alors intégrée comme composante de l'ordre public transnational. Le problème étant, dans un cas comme dans l'autre, d'admettre l'élaboration des normes par les opérateurs eux-mêmes.

On a proposé d'appliquer l'image évangélique du veilleur au « manager » qui aura su introduire « le sens de la durée » ou « la préoccupation d'un développement durable » au cœur même de l'entreprise⁷⁴. Encore faut-il que l'image du veilleur ne se confonde pas avec celle de Dieu le père...

En définitive, les deux mondes de l'économie et des droits de l'homme se découvrent mutuellement et commencent à communiquer entre eux. Les tensions n'ont pas disparu pour autant ; on peut même les croire plus fortes que jamais, à mesure que se creuse l'écart de la pauvreté et que se répand l'inquiétude de la précarité. Ce n'est pas le moment de renoncer, car les moyens pour transformer les tensions en synergie sont déjà accessibles, à condition de savoir les repérer et d'apprendre à s'en servir.

Mais l'usage est malaisé et tout paraît opposer la souplesse d'un droit économique à base de négociation, de déréglementation et de dérégulation, où la normalité se coule dans la référence aux usages et aux normes en vigueur, à la

rigidité des droits de l'homme, qui placent leurs ambitions bien au-dessus de la normale observable et renvoient à un devoir-être idéal, imposé à coup de sanctions.

A y regarder de plus près, les deux logiques s'enchevêtrent pourtant, du flou des droits de l'homme⁷⁵ à la flexibilité de l'économie, la mondialisation a ceci de commun qu'elle impose une transformation des modes d'argumentation logique.

A l'échelle planétaire, l'unification n'étant ni souhaitable ni (espérons-le) possible, il faut bien apprendre à ruser avec la raison pour réussir à acclimater le pluralisme aux couleurs du droit. Pour être moins visible, ce défi lancé à la raison n'est pas moins redoutable que celui de la faisabilité.

-
1. Voir Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Ed. du Seuil, 1994.
 2. Les textes internationaux ajoutent les droits culturels, mais on peut dire provisoirement que « chaque droit de l'homme est un droit culturel, en ce qu'il s'inscrit non dans une nature pure et inaccessible de l'homme, mais dans une nature transformée par une culture » (Patrice Meyer-Bisch, *Le Corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, Ed. universitaires, 1992, p. 223).
 3. Zaki Laïdi, *Malaise dans la mondialisation*, entretien avec Philippe Petit, Paris, Textuel, 1997, p. 28-29.
 4. Brigitte Stern, « Vers la mondialisation juridique ? » *Revue générale de droit international public [RGDIP]*, 1996, p. 4. Voir également « Les USA et le droit impérialiste », *Le Monde*, 12 septembre 1996.
 5. Action commune 96/668/PESC : *JOCE*, n° L309, 29 novembre 1996, p. 7 ; voir Brigitte Stern, « De simples commentaires à une "action commune" : la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité », *Europe*, février 1997, p. 9.
 6. *Le Monde*, 3 juin 1998.
 7. Voir Philippe Hugon, « Le commerce international illicite au cœur des conflits entre les lois, les normes et les pratiques », in *L'Illicite dans le commerce international*, sous la dir. de Philippe Kahn et Catherine Kessedjian, Paris, Litec, 1996, p. 40 et 41.
 8. Voir Susan Silbey, « Let Them Eat Cake : Globalization, Post-Modern Colonialism, and the Possibilities of Justice », *Law and Society Review*, 1997, p. 207 et s.
 9. Yves Dezalay, *Marchands de droit*, Paris, Fayard, 1992 ; voir aussi Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 210 et s., « Les supermarchés du droit ».
 10. Alain Couret, « La dimension internationale de la production du droit : l'exemple du droit financier », in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation : premier bilan*, sous la dir. de Gilles Martin, à paraître (Paris, LGDJ, 1998).
 11. Jean-Arnaud Mazères, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in *Marché-nation, regards croisés*, sous la dir. de Brigitte Stern, Paris, Montchrestien, 1995, p. 146.
 12. Bertrand Lemmenicier, « L'économie et la justice : du monopole de l'Etat à la concurrence », *Justices*, n° 1, 1995, « Justice et économie », p. 135 et s.
 13. Voir Bruno Oppetit, « Modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *ibid.*, p. 53 et s.
 14. Donald J. Johnston, « L'AMI est capital », *Le Monde*, 14 février 1998.

15. Lori M. Wallach, « Le nouveau manifeste du capitalisme mondial », *Le Monde diplomatique*, février 1998, p. 22.
16. B. Stern, « AMI et NTM, les mauvais chemins de la mondialisation », *Le Monde*, 27 mars 1998.
17. Voir Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 4^e éd., 1993.
18. Pierre-Henri Imbert, « L'apparente simplicité des droits de l'homme, réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme [RUDH]*, 1989, p. 7 et s.
19. Alain Le Guyader, « Ethique et droits de l'homme », in *Revue institutionnelle des hautes études francophones*, n^o 1, 1995, « Etat de droit et droits fondamentaux dans la francophonie », p. 74 et s. Voir aussi Eric Pateyron, *La Contribution française à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1998.
20. Pierre-Henri Imbert, « L'apparente simplicité des droits de l'homme », *loc. cit.*
21. Voir Michael Walzer, *Thick and Thin, Moral Argument at Home and Abroad*, Londres, University of Notre Dame Press, 1994.
22. Voir notamment Ch. Amega King, « La protection des droits de l'homme et de la démocratie est-elle étrangère à la tradition africaine ? », *Bulletin IDEF*, 1997, p. 48 et s. ; « Li Xiaoping, l'esprit du droit chinois, perspectives comparatives », *Revue internationale de droit comparé [RIDC]*, 1997, p. 7 et s. ; « Les droits de l'homme en Chine », *Droit et cultures*, n^o 35, 1998-1, p. 107 et s.
23. Voir Marc Bossuyt, « Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme, 1993-1997 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme [RTDH]*, 1998, p. 507 et s.
24. *Ibid.*
25. Voir Philippe Texier, « Obstacles et défis au développement de l'économie des droits de l'homme aux Nations unies », in *Ethique économique et droits de l'homme*, sous la dir. de Marco Borghi et Patrice Meyer-Bisch, Fribourg, Ed. universitaires, 1998, p. 63 et s.
26. Voir Paul Tavernier, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 379 et s.
27. Voir Christophe Pettiti, « La Charte sociale européenne révisée », *RTDH*, 1997, p. 3 et s.
28. Voir le numéro spécial de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, notamment François Rigaux, « Mission impossible : la définition de la minorité », p. 155 et s. ; Heinrich Klebes, « La convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la

protection des minorités nationales », p. 205 et s. ; également l'avis du Conseil d'Etat français du 6 juillet 1995, constatant l'incompatibilité de la convention-cadre avec la Constitution française, cité par Heinrich Klebes, p. 219 et s.

29. Voir *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty, Paris, PUF, 1989.
30. Voir *Libertés et droits fondamentaux*, introduction, textes et commentaires, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac, Paris, Ed. du Seuil, coll. « Points », 1996.
31. On envisagera plus loin les possibilités d'améliorer le contrôle européen en matière de droits économiques, sociaux et culturels.
32. Voir Jean-François Flauss, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, p. 435 et s.
33. Voir par exemple, pour la Colombie, la loi du 5 juillet 1996, prévoyant l'indemnisation des victimes de violations des droits de l'homme constatées par les organes internationaux de protection, in Comisión colombiana de juristas, *Colombia, derechos y derecho humanitario : 1996* ; Bogota, 1997, p. 82 et s. Voir aussi Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Bogota, Temis, 1993.
34. Gérard Cohen-Jonathan, « Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme », *RGDIP*, 1996, p. 916.
35. *Ibid.*
36. Voir William A. Shabas, « Les réserves des Etats-Unis d'Amérique au Pacte international sur les droits civils et politiques en ce qui a trait à la peine de mort », *RUDH*, 1994, p. 137 et s.
37. Arrêt *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988.
38. Gérard Cohen-Jonathan, « Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme », *loc. cit.*, commentant l'observation générale n° 24 du Comité, « sur les questions touchant les réserves [...] ou en rapport avec des déclarations ».
39. Patrice Meyer-Bisch, *Le Corps des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 129.
40. *Ibid.*, p. 168.
41. Voir Assemblée générale (section des finances) n° 357466, in *Rapport public du Conseil d'État 1995*, Paris, La Documentation française, p. 397.
42. Arrêt *Airey c. Irlande du nord*, 9 octobre 1979.
43. Voir arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *D.* 1998. 438, note Jean-Pierre Marguenaud et Jean Moulz ; également, arrêt *Paskhalidis c. Grèce*, 19 mars 1997. Comparer avec la décision de rejet de la Commission des droits de l'homme dans

l'affaire *Van Volsem*, 9 mai 1990, *RUDH*, 1990, note Frédéric Sudre.

44. Voir Christophe Pettiti, « La Charte sociale européenne révisée », *loc. cit.*, p. 3.
45. Voir l'avant-projet de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Manifeste sur l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme*, sous la dir. de Mario Bettati et Emmanuel Decaux ; également le XI^e colloque interdisciplinaire de l'université de Fribourg, « Société civile et autorités publiques face à l'indivisibilité des droits de l'homme », novembre 1998.
46. Rapport Questiaux, 27 juillet 1982 ; voir également rapport Despouy, 17 juin 1985 et 6 décembre 1988.
47. Voir *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, introduction, p. 16 et s.
48. Voir Philippe Texier, « Obstacles et défis au développement de l'économie des droits de l'homme aux Nations unies », in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.* ; Dominique Peccoud, « Obstacles et défis au développement de l'économie des droits de l'homme dans les mécanismes de l'OIT », in *ibid.*, p. 71 et s.
49. Voir Claude Katz, « Pour la proclamation par la communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 540 et s.
50. Alain Wolfelsperger, « Rationalité économique et éthique », in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 139 et s.
51. *Ibid.*
52. François Ost, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 267.
53. Titre de l'article publié par Quentin Wodon, in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 197 et s.
54. Patrick Boulte, « L'agent économique et la diversité des rationalités », in *ibid.*, p. 179 et s.
55. Voir René Lenoir, *Les Exclus*, Paris, Ed. du Seuil, 1974, nouvelle éd., 1989.
56. Jacques Donzelot et Joël Roman, « Le déplacement de la question sociale », in *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Esprit, 1991, p. 9.
57. *Les Pauvres et le Droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997, p. 124-125.
58. *La Misère du monde*, sous la dir. de Pierre Bourdieu, Paris, Ed. du Seuil, 1993.
59. Patrick Boulte, « L'agent économique et la diversité des rationalités », *loc. cit.*
60. Quentin Wodon, *loc. cit.*
61. Dominique Peccoud, « Obstacles et défis au développement de l'économie des droits de l'homme dans les mécanismes de l'OIT », *loc. cit.*, p. 71 et s. Voir également Jean-Claude Javillier, « Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité »,

Revue internationale du travail, 1994, p. 533 et s.

62. Dominique Peccoud, « Obstacles et défis au développement de l'économie des droits de l'homme dans les mécanismes de l'OIT », *loc. cit.*
63. Lucie Lamarche, « Les droits économiques et sociaux de la personne sous le contrôle de la société civile : de la substitution des modes de mise en œuvre à leur complémentarité », in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 320.
64. *Ibid.*
65. Brian Bercusson, in *Le Travail en perspectives*, sous la dir. d'Alain Supiot, Paris, LGDJ, 1998, p. 603 et s.
66. Assises de l'immigration, Mireille Delmas-Marty, « Chances et risques d'une politique européenne », in *Migrations et société*, vol. 9, 1997, p. 51 et s. ; Jacqueline Costa-Lascoux, « Une nouvelle Europe des migrations internationales », *ibid.*, p. 59 et s.
67. In *Migrations et société*, *ibid.*, p. 117.
68. Voir Monique Chemillier-Gendreau, *L'Injustifiable*, Paris, Bayard, 1998, p. 174-175.
69. Titre de l'article de Jacques Zwahlen, in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 93 et s.
70. Voir Gérard Verna et Jacques Bertrand, « Ethique de la production en sous-traitance : le cas de l'industrie du vêtement », in *ibid.*, p. 99 et s.
71. Alain Lebaube, « Concilier l'éthique et la finance », *Le Monde*, 2 septembre 1998, p. 14.
72. Voir Marco Borghi, « Conclusion générale », in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 401 et s.
73. Philippe Kahn, « Les réactions des milieux économiques », in *L'Illicite dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 477 et s. ; également Gérard Farjat, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, sous la dir. de Gilles Martin, à paraître (Paris, LGDJ, 1998).
74. Voir Maxime Morand, « Ethique du management : un devoir de veille », in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 343 et s.
75. Voir Mireille Delmas-Marty, *Le Flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986.

Est-ce raisonnable ?

Cessons d'opposer les droits de l'homme à l'économie, et d'y voir deux modèles d'ordre irréductibles l'un à l'autre. Sous prétexte que leurs finalités seraient différentes – l'un lutte contre les disparités et contre la précarité, alors que l'autre exploite les différences et impose la flexibilité –, ils engendreraient deux modèles antinomiques opposant la raison juridique, qui privilégie la réglementation (interdire et sanctionner) selon un principe linéaire de hiérarchie des normes, et la raison économique, qui organise la régulation (inciter et négocier) selon un principe circulaire d'efficacité.

En réalité, les deux modèles s'enchevêtrent et le *désordre* vient des deux côtés à la fois, qu'il s'agisse de la production des normes ou de la façon dont elles s'ordonnent dans l'espace et dans le temps.

La seule réponse, me semble-t-il, serait de concevoir un droit mondial « raisonnable », mais dans un double sens qui éviterait l'antinomie que Max Weber disait « inévitable » entre le formalisme abstrait de la logique juridique et les « considérations de justice éthique, politique ou sociale¹ ». Qui saurait du même coup réconcilier la rigueur de la démonstration et la force persuasive de l'argumentation, souvent opposées depuis Chaïm Perelman². Autrement dit, cette réponse serait de se fonder précisément sur ce désordre apparent qui favorise la diversité, donc le pluralisme, et de travailler à *ordonner le multiple*, mais sans le réduire à la simple unification, qui recréerait aussitôt les tensions entre l'économie et les droits de l'homme.

Le désordre normatif

L'impression de désordre tient d'abord à une production normative placée sous le signe d'une prolifération que l'on dirait volontiers anarchique, mais dont les formes restent différentes d'un domaine à l'autre : on se gardera de confondre le droit « mou » (*soft law*), propre à l'économie, et le droit « flou » (*fuzzy law*), qui semble caractériser le droit des droits de l'homme.

En revanche, économie et droits de l'homme concourent tous deux au brouillage des repères traditionnels qui aidaient à comprendre la cohérence d'ensemble des systèmes de droit. La référence à un Etat, seul titulaire du pouvoir normatif et garant de la stabilité, permettait en effet de localiser les normes dans l'espace et de les inscrire dans le temps. Désétatisation de l'espace normatif et déstabilisation du temps ne sont pas le propre de l'économie, mais bien celui de la mondialisation, et les droits de l'homme y contribuent à leur manière.

LA PROLIFÉRATION ANARCHIQUE DES NORMES :

LE MOU ET LE FLOU

Prolifération pour traduire l'impression quantitative, l'effet de masse, le sentiment d'être pris sous une avalanche de normes sans précédent dans l'histoire. Et anarchie parce qu'on a du mal à s'y retrouver, tant chaque système

semble engendrer d'incertitude, quitte à frôler le paradoxe en produisant tout à la fois un phénomène et son contraire.

N'y a-t-il pas en effet quelque paradoxe à afficher la déréglementation comme indispensable à l'équilibre et au progrès économique, alors que les pratiques, loin d'exprimer la disparition des normes, laissent apparaître et proliférer de nouvelles formes de régulation, suffisamment nombreuses et disparates pour rendre déjà nécessaire un premier bilan³ ? Malgré l'illusion sémantique, la déréglementation n'est pas l'inverse de la réglementation, mais un redéploiement des normes selon d'autres dispositifs, plus opaques et plus complexes. Tel est le paradoxe de la fameuse flexibilité, dont l'objectif affiché est la disparition des bornes, mais qui engendre un droit « mou », dont la flexibilité même facilite le risque de prolifération.

Paradoxe aussi de ce droit des droits de l'homme destiné, à l'inverse, à poser des bornes que l'on voudrait infranchissables pour protéger l'« irréductible humain », alors que l'inévitable imprécision de ces droits « flous », c'est-à-dire sinon totalement indéterminés, du moins faiblement déterminés, conduit à reconnaître diverses marges qui sont autant de pouvoirs disséminés, ou plutôt transférés de celui qui pose la norme (l'émetteur) à celui qui la reçoit pour l'appliquer (le récepteur) ; donc, autant de risques de relativiser un système de protection pourtant conçu comme universel, et par là même de l'affaiblir.

Certes, ni le flou ni le mou ne sont propres à la mondialisation, mais elle les rend plus visibles, et j'ajouterai qu'elle les rend sans doute nécessaires. Alors que le droit national, identifié à l'Etat, s'accommode sans difficulté d'une stabilité et d'une précision qu'il recherche comme garanties de la sécurité juridique, l'élaboration d'un droit commun, à l'échelle d'une région comme l'Europe, ou *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.

Le paradoxe du mou : la déréglementation économique et les nouvelles régulations

Le « et » marque à la fois le paradoxe et la façon de le dépasser. Il suffit d'admettre que la déréglementation ne signifie pas « moins de droit », mais le passage à un autre type de droit nommé « régulation ». Mais, précisément, toute la difficulté est là, comme le souligne Antoine Jeammaud lorsqu'il dénombre, dans un même colloque, pas moins de six ou sept acceptions différentes du mot, le plus souvent implicites⁴.

Pourtant, le phénomène n'est pas propre à la mondialisation et atteint, dans de nombreux pays, les modes de production tout à la fois des normes de fond et de procédure. En témoigne, par exemple, la véritable explosion, depuis une vingtaine d'années, des codes de conduite en France⁵. S'inscrivant dans la perspective d'un ordre « autoréférentiel », ou « auto-organisé », qui se produit lui-même, sans intervention externe, ces codes présentent tous les avantages de souplesse et d'adaptabilité, mais aussi tous les risques d'autolégitimation que cela suppose⁶, comme on l'a vu plus haut. De même avec cette autre forme de privatisation qu'est l'élaboration de normes techniques, telles que les normes de sécurité relatives aux produits de consommation (les jouets, par exemple), par des organismes professionnels, comme en France l'AFNOR. Toutefois, l'homologation des normes rend celles-ci obligatoires dans les marchés publics et, même facultatives, ces normes sont souvent appliquées en pratique dans les contrats privés ou considérées par les tribunaux comme la traduction concrète du principe général de responsabilité civile et, plus généralement, comme règle de l'art, dont la violation entraîne la responsabilité du professionnel⁷. Ce qui aboutit à donner force de loi à une norme d'origine privée, étant cependant observé qu'à la différence des codes de conduite les normes sont élaborées par l'ensemble des parties intéressées. Ainsi, l'AFNOR est une association de droit privé, reconnue d'utilité publique, composée pour un tiers de professionnels, mais pour un autre tiers de représentants de l'Etat, le tiers restant se répartissant entre collectivités locales, laboratoires d'essai et organisations syndicales de salariés et de consommateurs. Cette sous-représentation des consommateurs marque les limites de la légitimité du système. En même temps, celui-ci paraît pourtant mieux adapté que le droit traditionnel aux évolutions techniques et économiques.

Cette souplesse permet d'ailleurs d'étendre le droit dans des domaines qui lui échappaient largement auparavant.

La même remarque pourrait aussi s'appliquer aux nouvelles procédures de traitement des conflits, qu'il s'agisse du rôle croissant des autorités administratives indépendantes (AAI) ou des diverses procédures d'évitement du juge, notamment par la médiation. Conçues à l'origine comme un désengagement de l'Etat au profit de modes d'intervention plus souples, et par là même mieux adaptés aux contraintes économiques, les AAI, précisément parce qu'elles sont plus souples, ont entraîné une extension de l'encadrement juridique, allant de la répression (par le jeu de sanctions administratives) à la prévention (par diverses formes de surveillance et de contrôle), et faisant ainsi entrer les normes juridiques dans des replis qui leur avaient échappé jusque-là. D'autant que ces sanctions nouvelles n'ont pas toujours supprimé les sanctions traditionnelles, pénales ou civiles, préexistantes, abandonnant à l'autorité administrative le choix entre l'une et l'autre voie, sans indiquer de critère et, le plus souvent, sans exclure la possibilité d'un cumul des deux voies, avec les risques de contradiction que cela implique.

Risques que l'on retrouve aussi avec les procédures d'évitement du juge, en droit civil comme en droit pénal⁸. Ainsi, la loi du 4 janvier 1993 a institué une médiation pénale confiée au procureur et à ses substituts, qui peuvent, au lieu de poursuivre les délinquants devant les tribunaux, ordonner une médiation, qu'ils exercent eux-mêmes (médiation retenue) ou délèguent à un tiers, souvent par le biais d'associations (médiation déléguée). Si la médiation aboutit à un accord avec la victime, le procès pénal est en principe évité, mais le procureur reste maître de sa décision qui, en l'état actuel du droit, n'est susceptible d'aucun recours. La seule limite a été marquée après coup par une décision du Conseil constitutionnel censurant, le 2 février 1995, la procédure d'injonction qui aurait permis au procureur d'assortir sa décision de classement de mesures proches de véritables sanctions pénales : de telles mesures, « de nature à porter atteinte à la liberté individuelle », relèvent nécessairement d'un juge. Il reste que la médiation pénale est d'autant plus largement admise qu'elle a été conçue non seulement pour favoriser l'indemnisation des victimes et le reclassement du

délinquant, mais aussi, et avant tout, pour alléger la tâche des tribunaux correctionnels et éviter le classement d'affaires pour cause d'encombrement de ces tribunaux. L'analyse peut d'ailleurs être transposée à d'autres domaines, notamment en droit civil où l'évitement du juge est parfois imposé par la loi, dans le but de le soulager d'un contentieux de masse, comme avec la loi Badinter du 5 juillet 1985 sur la réparation des accidents de la circulation, qui impose un système de transaction avec l'assureur ; tandis que d'autres textes, notamment la loi du 8 février 1995, développent encore les possibilités d'évitement en ajoutant à la mission générale de conciliation déjà reconnue au juge la faculté de désigner un tiers pour procéder aux tentatives de conciliation, ou plus directement à une médiation.

Si le phénomène s'étend ainsi en droit interne, c'est pourtant la mondialisation qui lui a donné toute sa signification. La normalisation s'est étendue à l'Europe à partir des années quatre-vingt, d'abord pour renforcer la protection des consommateurs, puis celle de l'environnement à partir des années quatre-vingt-dix, avec la création d'un « éco-label communautaire ». Conçu comme un outil de gestion de l'environnement, celui-ci relève sans doute davantage de la raison économique (rester concurrentiel) que de la raison écologique (protéger l'environnement) ; du moins permet-il peut-être d'enrichir la raison économique, tout en offrant à la raison juridique un nouvel exemple de choix « postmoderne », associant partenaires privés et publics dans une « récursivité du droit communautaire quasiment illimitée⁹ ». Mais les exemples les plus connus restent sans doute, pour la production des normes, le droit financier et, pour les formes de régulation des conflits, l'arbitrage international.

Il y a longtemps que le droit financier prend ses sources en droit international : les premières conventions qui ont abouti à la « loi uniforme sur la lettre de change », transposée ensuite dans la législation interne des pays signataires, remontent à 1930 et les « règles et usages uniformes relatifs au crédit documentaire » ont été élaborés dès 1933 sous l'égide de la Chambre de commerce internationale. Toutefois, cette première vague est encore marquée par la volonté des Etats qui choisissent librement d'unifier un certain nombre de règles, sans être contraints à le faire. Avec la montée en puissance des marchés

financiers, les pratiques elles-mêmes vont imposer la mondialisation, du seul fait que les marchés communiquent entre eux si intensément qu'ils forment déjà un véritable marché mondial. Conséquence du libéralisme, mais aussi du développement des techniques de communication qui permettent d'accroître encore la rapidité des échanges, par simple transfert informatique, de ces objets sans consistance et d'une mobilité totale que sont, par exemple, les valeurs mobilières. Le résultat est que, sous réserve de quelques « poches de résistance ¹⁰ », notamment destinées à protéger l'épargne publique, on observe une tendance à la production de normes internationales, tantôt par concertation des Etats, tantôt par mimétisme, le plus souvent par une sorte d'abandon de souveraineté. Toute la question étant de savoir si l'élaboration de la norme internationale sera abandonnée aux financiers et aux professionnels concernés, comme les Etats eux-mêmes semblent s'y résigner quand ils adaptent spontanément leur droit à la demande, espérant attirer ainsi les investisseurs, ainsi que je l'ai souligné dans le chapitre précédent. Mais la réponse reste évolutive. En témoigne la lecture du *Wall Street Journal* affichant, à la une de son édition européenne des 4-5 septembre 1998, sous le titre « A Challenge to Orthodoxy » (« Un défi à l'orthodoxie »), une analyse des avantages d'un certain contrôle éthique des changes : « *international financial crisis makes currency controls seem desirable after all* » (« la crise financière internationale fait apparaître les contrôles des changes comme désirables après tout »).

C'est le problème de la place de l'Etat dans le processus de régulation qui se trouve ainsi posé, comme il se trouve posé par le développement de l'arbitrage qui se substitue le plus souvent aux procédures judiciaires quand il s'agit d'un litige concernant le commerce international. Conçu comme une alternative par rapport à une justice étatique dont on craint la lourdeur et la rigidité, l'arbitrage lui-même n'échappe pas au paradoxe d'une institutionnalisation croissante, conséquence du succès de l'institution, qui tend parfois à un véritable « acharnement procédural ». On n'est pas loin du retour à la réglementation, le phénomène engendrant à son tour l'apparition de formes nouvelles d'arbitrage dit « accéléré » ¹¹.

En somme, loin de réduire la part du droit, la déréglementation marque seulement l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du principe hiérarchique. C'est cet affaiblissement qui entraîne le recul de l'Etat au profit d'un marché sans frontières, dont il semble que le véritable pilier soit le contrat, au risque de devenir « celui d'un totalitarisme du marché¹² ».

Indépendamment des choix politiques sous-jacents, on pourrait y voir, par rapport au modèle mécanique fondé sur le principe de hiérarchie, un processus organique, en ce sens que la norme n'a plus la rigidité de la réglementation traditionnelle déterminant un espace juridique clos, homogène et hiérarchisé (homogène parce que hiérarchisé). Différente, la régulation se développe dans un nouvel espace, « non euclidien », conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes, pour reprendre l'expression de Gilles Deleuze et Félix Guattari¹³. A vrai dire, l'espace rhizomatique de la régulation et l'espace pyramidal de la réglementation ne s'opposent pas comme deux modèles antagoniques, car il n'y a aucune symétrie entre eux. Ici apparaît un second paradoxe. En effet, il n'y a pas toujours substitution, parfois seulement ajout : « L'un agit comme modèle, l'autre agit comme processus immanent qui renverse le modèle. » Ainsi en est-il parfois de la déréglementation économique : pour reprendre la métaphore de Deleuze et Guattari, elle conduit à un processus de régulation qui « ne cesse pas de s'allonger, de se rompre et de se reprendre », mais ne supprime pas pour autant toutes les formes traditionnelles de la réglementation, modèle qui « ne cesse pas de s'ériger et de s'enfoncer ». Rien d'étonnant si l'on constate le même phénomène, simplement inversé, en matière de droits de l'homme.

Le paradoxe du flou : l'universalisme des droits de l'homme et le jeu des marges

A chacun son univers, disais-je plus haut. L'imprécision même de la plupart de ces droits, encore évolutifs, que sont les droits de l'homme facilite cette tendance naturelle, des juges comme des Etats, à déterminer le sens en fonction

de leur propre système de valeurs. Marge judiciaire d'interprétation d'un côté, marge nationale d'appréciation de l'autre, sont autant de techniques juridiques par lesquelles l'indispensable flou des droits de l'homme pourrait paradoxalement avoir pour effet de réduire l'universalisme qu'il tente de sauvegarder par une définition commune, fût-elle de compromis.

A vrai dire, la notion de marge judiciaire d'interprétation est déjà connue en droit interne, en particulier dans les domaines où le droit écrit est peu développé, comme en droit administratif ou en droit constitutionnel, notamment lorsqu'il s'agit d'incorporer les droits de l'homme au raisonnement juridique. Allant jusqu'à parler de « coup d'Etat de droit¹⁴ » pour décrire le travail par lequel le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel contribuent à déterminer le sens précis de notions aussi générales que, par exemple, la dignité de la personne (qui fut récemment opposée par le Conseil d'Etat aux pratiques dites de « lancer de nains », jugées, malgré le consentement des intéressés, contraires à la dignité), certains commentateurs s'interrogent sur la légitimité de ce « gouvernement des juges ».

Avec la mondialisation, la critique se renforce de toute la méfiance instinctive que l'on éprouve à l'égard d'un juge « international », c'est-à-dire, par définition même, venu d'ailleurs. La crainte de ces marges d'interprétation reconnues au juge est d'autant plus forte que le droit international des droits de l'homme, même à une échelle régionale comme l'Europe (Convention européenne des droits de l'homme ou CESDH), est ressenti comme une atteinte à la souveraineté des Etats. Pourtant, des précautions ont été prises. Si l'on prend l'exemple de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme, dite Cour de Strasbourg, n'a pas directement le pouvoir d'interpréter les droits nationaux. Pourtant, pour veiller à l'application de la convention, comme elle est tenue de le faire (art. 45, CESDH), la Cour doit examiner la « recevabilité », puis le « bien-fondé » de la requête. Autant d'occasions de mettre indirectement en cause le droit interne, au point qu'il y a même des cas où la seule existence d'une loi, ou d'une lacune de la loi, entraîne violation de la convention. Rappelons au passage que la France a dû légiférer sur les écoutes téléphoniques après avoir été condamnée à Strasbourg par deux arrêts du même jour (arrêts *Huvig* et *Kruslin*,

24 avril 1990), qui déduisaient la violation du droit au respect de la vie privée de l'insuffisance du droit en vigueur¹⁵.

C'est dire l'ampleur de l'influence potentielle de la Cour européenne quant aux normes nationales. Comme l'affirme avec force l'arrêt *Loizidou c. Turquie*, du 23 mars 1995, la convention est devenue « instrument constitutionnel de l'ordre européen », ce qui donne à la Cour un statut comparable à celui d'une cour constitutionnelle internationale. Mais, à la différence du juge national, le juge européen des droits de l'homme cumule en réalité trois pouvoirs dans la détermination du sens des normes relatives aux droits de l'homme : comme interprète de la norme européenne, il « codétermine » le sens de celle-ci chaque fois qu'il explicite, souvent par la définition de critères multiples, tel ou tel principe un peu vague. Et là, son rôle ressemble à celui du juge national quand il interprète le droit interne. Mais, comme juge supranational, le juge européen n'est plus seulement interprète de la Convention européenne ; il la confronte, à l'occasion de son application, à la norme interne. Cela lui donne un certain pouvoir d'influencer, de « prédéterminer » le droit interne, en posant des bornes que le législateur national devra respecter. S'ajoute enfin un pouvoir, propre au juge chargé d'interpréter et d'appliquer une convention relative aux droits de l'homme. En effet, même intégrés au champ juridique, les droits de l'homme ont gardé toute la force symbolique de leur origine « métajuridique », ce qui les place au premier rang d'un processus de « surdétermination », par lequel se manifeste « un véritable code culturel qui s'impose à tous, à l'interprète comme à l'exécutant du droit, au lecteur comme au rédacteur de la norme, et leur dicte les solutions à adopter¹⁶ ».

Grâce à cet ensemble de pouvoirs, le juge international des droits de l'homme contribue à garantir par son interprétation la vocation internationale des droits de l'homme, universelle ou régionale selon qu'il s'agit d'un organe de l'ONU ou, comme dans l'exemple retenu ici, d'une cour régionale. A condition qu'il accomplisse son travail d'interprétation, c'est-à-dire de détermination du sens, de façon suffisamment rigoureuse et objective. Toute la difficulté est là. On peut tenter de la mesurer par référence aux trois figures du juge que distingue Gérard Timsit¹⁷ : d'abord la simple « transcription » du droit écrit, quand il

applique la loi sans en modifier le sens, puis la « transdiction » qui implique « la détermination objective d'une référence objective », enfin la « transgression », qui marque le point de rupture, lorsque le juge renonce à tout critère objectif pour décider seul du sens, selon sa propre subjectivité. C'est là que commence le gouvernement des juges. Or, en matière de droits de l'homme, le gouvernement des juges, précisément par la subjectivité, donc la part non universelle, ou non universalisable, qu'il réintroduit, affaiblit inévitablement le système, non seulement par le risque d'arbitraire qu'il introduit, mais encore par la négation qu'il implique de l'idée même d'universel. Tel est le premier paradoxe du flou, confronté à l'universalisme des droits de l'homme.

Mais il est un second paradoxe, plus difficile encore à surmonter, qui tient à la notion, à première vue incompatible par définition même avec l'universalisme, de marge « nationale » d'appréciation. Pourtant, cette formule n'est pas apparue par hasard. Nécessaire pour sauvegarder l'édifice européen des droits de l'homme, elle serait *a fortiori* indispensable à l'échelle planétaire si le caractère juridictionnel du contrôle était, comme il faut l'espérer, renforcé. Elle concerne en effet la délicate interprétation des limitations aux droits de l'homme, quand celles-ci ne sont pas définies avec précision dans le texte international lui-même, mais admises à titre temporaire en cas de circonstances exceptionnelles ou à titre permanent, par référence aux « restrictions nécessaires dans une société démocratique ». Dans un cas, la limitation est fondée sur la nécessité de sauvegarder « la vie de la nation » (clause de dérogation temporaire), dans l'autre il s'agit de la protection soit encore de l'ordre (prévention des infractions, ou protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique), soit de la santé et de la morale publiques, soit de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, soit du bien-être économique du pays, soit des droits et libertés d'autrui. Si l'on met à part le dernier cas de figure, qui permet de restreindre certains droits pour en protéger d'autres (comme par exemple de restreindre la liberté d'expression de la presse pour protéger la vie privée), le point commun des différents objectifs énumérés par la Convention européenne, comme par la plupart des autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, est de fonder sur l'ordre public, au sens le plus large du terme, la

légitimité des restrictions dont il faut rappeler qu'elles ne seront admises que prévues par une loi et jugées « nécessaires », c'est-à-dire proportionnées à l'objectif et appliquées dans un « esprit démocratique ».

Mais c'est précisément dans cette appréciation que la Cour de Strasbourg considère qu'elle n'a pas à « se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective institué par la Convention¹⁸ ». C'est d'ailleurs sur les dispositions mêmes de la convention (art. 26, qui pose le principe dit de double compétence, à la fois du juge interne et du juge international) que repose la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation. Reconnaissance de simple bon sens, dirait-on : dès lors que le juge national est compétent, sous réserve du statut de la convention en droit interne, pour appliquer celle-ci, et dès lors qu'il intervient nécessairement avant le juge européen, il paraît raisonnable de tenir compte de son appréciation, du moins lorsqu'il s'agit de ces questions d'ordre public qui supposent une connaissance concrète de la situation. Cela dit, il ne s'agit que d'une « marge » d'appréciation, et non d'une appréciation souveraine des Etats, qui aboutirait à nier le principe même du contrôle supranational. Selon la formule consacrée par la Cour de Strasbourg, « la marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen ». Les critiques sont d'ailleurs venues moins à propos de la marge elle-même que de l'élasticité avec laquelle la Cour s'en sert pour ménager les susceptibilités nationales dans les domaines sensibles, comme ceux qui touchent à la morale et à la religion, où il est difficile de dégager un véritable consensus, même à l'échelle d'une région déjà culturellement intégrée comme l'Europe. Il est vrai que, dans ces domaines, la comparaison entre les arrêts dans lesquels la Cour paraît freiner l'intégration par un contrôle trop restreint, synonyme d'une marge nationale d'appréciation importante, et ceux par lesquels la Cour privilégie un contrôle strict, reposant sur une marge nationale étroite, laisse un peu perplexe.

Comme exemple des premiers, on peut citer l'arrêt rendu dans une affaire autrichienne (*Otto Preminger Institute*), du 20 septembre 1994, où la Cour avait écarté toute violation de la liberté d'expression, malgré l'application du délit de

blasphème à la diffusion d'un film tournant en dérision la religion catholique. Invoquant l'impossibilité de « discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la religion dans la société » pour justifier la reconnaissance d'une importante marge nationale d'appréciation, l'arrêt a été critiqué pour avoir conduit à « sacrifier l'unité de la notion de société démocratique et, partant, la construction d'un ordre européen des libertés »¹⁹.

A l'inverse, le contrôle strict correspond généralement à des domaines plus homogènes et moins controversés, qu'il s'agisse par exemple du droit de la presse, des droits des détenus en prison ou des droits des étrangers. Toutefois, certaines décisions imposent aussi un contrôle strict dans des domaines extrêmement débattus comme la discrimination raciale. Ainsi la Cour a-t-elle considéré comme une violation de la liberté d'expression la condamnation d'un journaliste de télévision à une amende pour complicité dans la diffusion de propos racistes, estimant, malgré le faible montant de l'amende, que « les moyens employés étaient disproportionnés au but visé, la protection de la réputation et des droits d'autrui²⁰ ». D'où la condamnation du Danemark, alors même que la Cour dit se rendre « pleinement compte qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations ». Sachant que le niveau d'intolérance est généralement plus élevé dans les pays d'immigration (comme le Danemark) que dans les pays d'émigration, la Cour aurait pu admettre, comme les opinions dissidentes de quelques juges l'ont suggéré, que les autorités danoises n'avaient « pas dépassé la marge d'appréciation qui doit être laissée aux Etats contractants dans ce domaine délicat ». De même lui est-il reproché de forcer l'intégration européenne par un contrôle trop strict qui sacrifie les conceptions traditionnelles de la famille à une vision trop libérale et individualiste de la vie privée, par exemple en matière de transsexualisme, où la France a été condamnée pour sa position jugée trop rigide, au point de porter atteinte à la vie privée des transsexuels en leur refusant le changement d'état civil qu'ils demandaient²¹.

D'où la question qui sous-tend toutes ces oscillations de la marge nationale d'appréciation : faut-il, au nom de la sécurité juridique, et pour sauvegarder l'idée d'universalité qui est au cœur des droits de l'homme, abandonner la marge

et revenir au choix binaire entre l'intégration européenne là où elle est possible et la souveraineté nationale ailleurs²² ? Transposée à l'échelle planétaire, la question se simplifie, tant il est clair que supprimer l'idée de marge nationale d'appréciation, le jour où le contrôle sera suffisamment juridictionnel pour que la question soit posée, aboutirait en fait à renoncer à la mondialisation des droits de l'homme dans les domaines où il seraient précisément les plus utiles parce que l'affrontement est le plus fort. Qu'il suffise, par exemple d'évoquer la conception de la morale et de la religion en pays d'islam. Mieux vaut sans doute un contrôle, si restreint soit-il, que l'absence de tout contrôle. Mais alors, comment continuer à parler d'universalisme si la marge nationale est telle que chaque système de droit réussit à maintenir sa spécificité ?

C'est sans doute qu'il faut renoncer à une pensée binaire qui, d'un extrême à l'autre, refuse d'admettre les solutions intermédiaires et provisoires, de considérer l'espace pluriel comme une donnée à respecter et d'accepter une évolution des pratiques dans la durée. C'est ici que le brouillage des repères, dans l'espace comme dans le temps, doit être pris en compte, non seulement pour mesurer le désordre apparent introduit par la mondialisation du droit, mais encore pour y puiser les éléments qui permettraient la nécessaire recomposition d'un ordre acceptable.

LE BROUILLAGE DES REPÈRES : L'ESPACE/TEMPS

Notre paysage était paisible, sous le signe rassurant de l'unité et de la stabilité : l'espace normatif s'identifiait à l'Etat, le temps s'inscrivait dans la durée. En imposant un espace « désétatisé » et un temps déstabilisé, la mondialisation aura brouillé tous nos repères. Brouillé et embrouillé les fils, car les slogans économiques, délocalisation et flexibilité, ne sont pas ceux des droits de l'homme. Ils ne s'opposent pas non plus, ils sont simplement différents. La délocalisation ne s'oppose pas à la supranationalité, mais elle implique d'autres repères ; la flexibilité pourrait ressembler au temps évolutif des droits de l'homme, si ce n'est que l'évolution de ces droits n'a de sens que si elle est

irréversible. C'est de la capacité des deux couples à vivre ensemble que dépendra notre aptitude à relever le défi de la rationalité.

Délocalisation et espace supranational

Par délocalisation, comme le dit André-Jean Arnaud²³, on vise à la fois le meilleur et le pire. Le meilleur, pour lui, ce serait « la restitution, par un Etat-nation centralisé, d'un certain nombre de pouvoirs de décision à des circonscriptions infra-étatiques, comme sont, selon les dénominations léguées par les diverses traditions politiques, les régions, les provinces, les communautés autonomes, etc. ». Autrement dit, le meilleur, ce serait la remise en cause du monopole de l'Etat dans sa figure d'Etat-centre, perçu comme une forme d'organisation politique que l'on oppose alors à la décentralisation, voire à la déconcentration. Valable en effet si l'Etat consent au transfert des ressources financières appropriées, la décentralisation devient un piège lorsqu'elle se limite à sous-traiter des activités prises en charge au plan local et « gérées », avec la recherche de profit et l'objectif de compétitivité que cela implique. Sans oublier ses conséquences en termes d'assouplissement, c'est-à-dire d'affaiblissement, des garanties sociales, qu'il s'agisse, par exemple, des conditions de travail ou de santé. Il est vrai que la décentralisation s'accompagne alors d'une privatisation, totale ou partielle, qui atteint une autre figure de l'Etat, compris comme sphère publique résultant d'un processus de différenciation, à la fois symbolique et organique, entre l'Etat et la société civile. Une privatisation déjà rencontrée à diverses reprises et dont l'étrange propriété est d'échapper à toute localisation, infra- ou supranationale, délocalisation donc, au sens plein du terme.

C'est dans ce marché sans lieu que peut arriver le pire. Sur un marché « globalisé », c'est-à-dire très précisément étendu à l'échelle du globe, pour avoir été délocalisé, se produit ce que Patrice Meyer-Bisch appelle « le leurre du réductionnisme²⁴ ». Considérant que la rationalité du marché ne peut être comprise que par référence à un nécessaire « bassin social », c'est-à-dire un réseau de relations, et non un espace simplement vide ou neutre, il en tire cette

conséquence que « si des échanges se font d'un marché à l'autre, par exemple en utilisant des ressources humaines dans un bassin social peu coûteux, pour produire des biens qui seront distribués dans un autre bassin, sans rapport avec le premier du point de vue social, il n'y a pas économie de marché ». En effet, souligne-t-il avec insistance, c'est alors « une relation marchande sauvage qui prélève une rente sur un marché au détriment des acteurs sociaux d'un autre ».

On en vient à l'idée, qui commence à être prise au sérieux, après avoir suscité quelques haussements d'épaules, d'une taxe mondiale sur les transactions internationales de devises, proposée par Jacques Tobin et reprise aujourd'hui de divers côtés²⁵, la question restant de savoir comment organiser la gestion paritaire qui paraît indispensable pour éliminer les effets pervers. Plus largement, l'idée progresse aussi que le prélèvement de ressources humaines dans un « bassin » devrait se traduire non seulement par des salaires, mais encore par une formation, en partenariat avec les acteurs locaux, et que le transfert de biens devrait avoir un coût en termes de protection de l'environnement. Inversement, pour les pays consommateurs, la distribution de biens et de services produits à moindre coût ailleurs peut avoir des conséquences sur le taux de chômage qui devraient à leur tour être intégrées au coût réel des produits : « L'acteur qui passe d'un marché à l'autre doit payer les coûts réels de ce passage au prix le plus juste possible [...] l'acteur qui passe d'un marché à l'autre se met dans la situation de celui qui cherche un paradis fiscal. L'argent non payé à la société est volé à autrui²⁶. » La réponse protectionniste ne résout rien car elle ne peut abolir les interdépendances. La seule réponse pertinente serait de prendre en compte l'ensemble des facteurs. En somme, une délocalisation bien comprise, c'est-à-dire une mondialisation bien comprise, suppose une prise en compte, et sans doute un renforcement, des interactions globales, c'est-à-dire de toutes les relations qui s'organisent dans l'espace « désétatisé » : relations privées, mais aussi publiques ; relations infra-, mais aussi supranationales.

Ces interactions se retrouvent toutes dans le champ des droits de l'homme, mais les proportions ne sont pas les mêmes. Le rôle du secteur privé, la société civile relayée par le tissu associatif, est considérable, et j'aurai l'occasion d'y revenir à propos du troisième défi ; mais l'effectivité des droits, comme on l'a

vu, tient d'abord au contrôle, et la notion de contrôle suppose l'intervention d'organes à caractère public. De même en ce qui concerne les relations de type infra- ou supranational : elles sont les unes et les autres indispensables pour assurer le respect des droits de l'homme, mais l'universalisme conduit évidemment à privilégier les secondes.

L'espace supranational s'impose donc, sans s'opposer pour autant à la délocalisation, comme en témoigne, au plan régional, l'importance prise par la Communauté et l'Union européennes, ou par le Mercosur (marché commun déjà évoqué pour la zone sud de l'Amérique latine) ou, plus récemment, l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) ; et même, au plan mondial, l'apparition d'un Organe de règlement des différends (ORD), au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

On se limitera à l'Europe, choisie, sinon comme exemple à suivre (ses faiblesses sont trop visibles et trop connues pour que l'on y insiste), du moins comme « laboratoire », d'observation et d'essai²⁷. En effet, la coexistence d'une Europe du marché et d'une Europe des droits de l'homme, l'une et l'autre organisées juridiquement, donne une première idée des difficultés pour conjuguer, au sein d'un espace supranational, marché unique et droits de l'homme.

La coexistence était facilitée au départ par un certain cloisonnement des compétences respectives, circonscrites à un domaine que l'on pouvait croire limité : dans le domaine économique, la compétence du droit communautaire, imposé sous le contrôle de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), siégeant à Luxembourg ; dans celui des droits de l'homme, la Convention européenne déjà évoquée, placée sous l'autorité de la Cour de Strasbourg. Cette existence des deux cours, exprimant l'autonomie de chaque ensemble, garantissait une coexistence pacifique ; d'autant plus pacifique que la Cour des droits de l'homme statue le plus souvent sur la requête de simples particuliers, victimes d'une violation de leurs droits, alors que la Cour de Luxembourg ne peut être saisie que sur question « préjudicielle », posée par une juridiction nationale, ou sur recours exercé par un Etat membre, ou par la Commission européenne elle-même. La coexistence restait pacifique aussi dans

la mesure où la répartition, en limitant les compétences de chaque instance, semblait moins menaçante pour la souveraineté nationale que la mise en place d'un ordre supranational unique tout-puissant. Si l'on s'en tient à la terminologie juridique en vigueur, seul le droit communautaire constituerait d'ailleurs un véritable ordre juridique ; pourtant, rappelons-le, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à évoquer la convention comme « instrument constitutionnel de l'ordre européen ». Comme une partie des dispositions issues des traités, de Rome (1957) et, plus récemment, de Maastricht (1992) puis d'Amsterdam (1997), définissent aussi une sorte de constitution commune, le résultat est que l'Europe aurait potentiellement deux constitutions, applicables sur un territoire partiellement commun (les quinze Etats membres de la Communauté ayant tous ratifié la Convention européenne des droits de l'homme).

A terme, la confrontation des deux ensembles est devenue inévitable : par exemple, le statut des étrangers ou des travailleurs relève simultanément du principe de libre circulation à l'intérieur de la Communauté et du respect de l'ensemble des droits garantis par la Convention des droits de l'homme ; ou celui des marchandises et des services, régi non seulement par le principe communautaire de la libre circulation, mais encore par les droits fondamentaux consacrés par la convention (droit de propriété, mais aussi droit à un procès équitable, au respect de la vie privée, de la liberté d'expression, etc.), en particulier dans certains secteurs, comme les biotechnologies ou les médias, plus particulièrement exposés à cette double lecture.

Encore faut-il distinguer selon que les normes applicables – par hypothèse différentes – apparaissent compatibles ou incompatibles entre elles. Dans bien des cas, la compatibilité tient à la complémentarité, c'est-à-dire au fait que chaque ensemble complète l'autre en comblant ses lacunes. Ainsi, le droit communautaire impose la libre circulation des biens et la Convention des droits de l'homme protège le droit de propriété ; de même, en droit des personnes, la convention garantit un ensemble de droits civils et politiques, le droit communautaire insistant quant à lui plus particulièrement sur la libre circulation des personnes.

Mais, précisément, en droit des personnes, la compatibilité résulte parfois aussi de la proximité des règles applicables. Ainsi le principe de non-discrimination à raison du sexe est-il garanti par le droit communautaire, et de surcroît déduit, plus largement, d'un droit général à la non-discrimination (quel que soit le fondement invoqué, sexe, race, couleur, langue, religion, opinions politiques ou autres, origine nationale ou sociale, appartenance à une minorité nationale, fortune, naissance, ou toute autre situation), posé par l'article 14 de la convention. De même, le droit des étrangers au regroupement familial est-il consacré par plusieurs règlements communautaires, pour les étrangers ressortissants de la Communauté, tandis que la Convention européenne des droits de l'homme garantit à tous le droit au respect de la vie familiale (art. 8), qui peut être invoqué notamment à l'encontre d'une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

En revanche, pour les étrangers non communautaires, seule la Convention des droits de l'homme peut s'appliquer à l'encontre des mesures d'éloignement. Pourtant, celles-ci tendent, on l'a vu, à se développer à mesure que l'Europe des Quinze se constitue en une forteresse qui se ferme au dehors comme pour compenser l'ouverture des frontières intérieures.

Le conflit entre l'Europe du marché et celle des droits de l'homme pourrait un jour surgir à leur propos. Comme il a surgi déjà, dans un tout autre domaine, à propos des procédures du droit communautaire qui ne respectent pas toujours les règles du procès équitable, telles que les définissent la Convention européenne et la Cour des droits de l'homme ; ou encore au sujet de certaines définitions de médicaments, intégrées au droit national des Etats membres, mais contestées au regard des exigences de « qualité de la loi », imposées par la Cour de Strasbourg²⁸.

Plus les risques de conflit deviennent visibles, plus la recherche d'un principe d'harmonie devient nécessaire. La solution la plus simple serait à première vue de réintroduire, au plan supranational, le principe de hiérarchie qui structure le droit interne, donc de soumettre le droit du marché aux droits de l'homme. Juridiquement, c'est facile à réaliser : il suffirait que la Communauté européenne des Quinze ratifie la Convention européenne des droits de l'homme

(déjà ratifiée, rappelons-le, par les quelque quarante Etats membres du Conseil de l'Europe, parmi lesquels figurent les Quinze). La conséquence serait la possibilité d'invoquer devant la Cour de Strasbourg une éventuelle violation de la Convention des droits de l'homme commise par les institutions de la Communauté européenne, sans avoir à attendre que cette violation soit reprise à son compte par un Etat.

Simple en apparence, la formule a cependant été écartée par la Cour de Luxembourg en mars 1996, au motif qu'il s'agirait là d'un véritable changement constitutionnel et que les traités devraient être modifiés pour autoriser la Commission à conclure un tel acte. Mais les derniers traités se gardent bien de modifier quoi que ce soit sur ce point. Ils se contentent de faire référence à la convention comme source d'inspiration du droit communautaire, sans pour autant introduire de véritable hiérarchie entre les deux ensembles. Bien au contraire, le traité d'Amsterdam semble renforcer l'autonomie de la Communauté en matière de droits de l'homme par toute une série de dispositions spécifiques, y compris un contrôle politique, consacrant pour certains « sans équivoque la volonté de l'Union européenne de construire son propre système de protection des droits de l'homme, largement bâti sur une absorption de la Convention²⁹ ». Absorption qui sauvegarde l'autonomie et évite la subordination d'un ensemble à l'autre, et d'une cour à l'autre.

Ce détour par l'Europe permet de prendre la mesure des difficultés qui nous attendent à l'échelle d'autres régions ou de la planète. Mais il ne révèle pas d'impossibilité majeure, ni d'incompatibilité insurmontable entre marché unique et droits de l'homme. Aussi l'harmonie, dans un tel espace déjà partiellement désétatisé, reste pensable. Reste à savoir si elle l'est aussi en un temps désormais instable.

Flexibilité et temps évolutif

A première vue, les deux termes marquent une commune rupture avec le temps immobile du droit traditionnel, celui que symbolisaient les codes, conçus comme des monuments que l'on aurait voulu éternels.

D'un côté la flexibilité, au même titre que la compétitivité, est l'une des qualités majeures de l'entreprise qui doit tout à la fois prendre des risques et les limiter en s'adaptant en permanence au résultat. Conçu comme un droit avant tout pragmatique, le droit économique se caractérise par sa souplesse et son adaptabilité. Il devient un instrument de pilotage, marqué par le recul des instruments de contrainte au profit de techniques juridiques non autoritaires posant de simples orientations, à base d'objectifs à atteindre, de directives à suivre, ou de recommandations purement incitatives, la norme juridique se modifiant à tout moment en fonction des équilibres économiques et sociaux.

De l'autre, le propre des systèmes de protection des droits de l'homme est leur caractère ouvertement évolutif, non seulement marqué par l'adoption de nombreux protocoles « additionnels », mais encore affirmé par les préambules qui se réfèrent, dans le prolongement de celui de la Déclaration universelle, à des droits conçus comme un idéal commun « à atteindre », donc à des droits qu'il s'agit de « développer » et de rendre effectifs par des mesures « progressives ». La Cour européenne des droits de l'homme en a d'ailleurs tiré des conséquences remarquables, refusant, par exemple, de définir un terme comme celui d'« aliéné », parce qu'il « ne se prête pas à une définition définitive ». En effet, sa définition « ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients »³⁰. De même, s'agissant de l'homosexualité ou du transsexualisme, la Cour affirme la nécessité d'un réexamen constant des solutions juridiques, « eu égard notamment à l'évolution de la science et de la société »³¹.

D'où la tentation de réunir flexibilité et temps évolutif dans le même paradigme d'un temps « virtuel » qui caractériserait, selon François Ost³², après le passage de la coutume orale à l'écriture, celui tout récent de l'écriture au traitement de texte. Bien des caractères de ce temps virtuel, qu'il oppose au temps « historique » lié à l'écriture, s'appliquent en effet aux deux domaines : notamment la réécriture permanente et l'aisance à intégrer, ou recycler, tout ou partie des dispositions antérieures (selon une technique qui s'apparente au

« couper/coller » de l'écriture informatique), avec l'effet d'entassement ou d'empilage que cela entraîne ; ou encore l'absence d'auteur véritable, dès lors que les rôles de l'émetteur et du récepteur finissent par s'échanger dans l'interactivité du réseau de production des normes : par exemple, quand le juge européen des droits de l'homme, comme on l'a vu, codétermine, prédétermine et tout à la fois surdétermine le sens de la norme, à l'image d'un juge qui serait aussi législateur et juge constitutionnel.

Et pourtant, il est clair que le temps de l'économie n'est pas celui des droits de l'homme. Car il est une caractéristique du temps virtuel qui paraît absolument incompatible avec les droits de l'homme, c'est le caractère réversible de la norme. C'est elle qui fait la précarité de l'employé face à la flexibilité de l'entreprise, au risque d'enfermer les dirigeants dans un choix impossible entre la précarité qui tue la confiance et l'absence de risque qui l'étouffe. Mais cette réversibilité est la négation même de l'idée de développement continu des droits de l'homme qui fonde leur caractère évolutif. Car ce terme ne renvoie pas à n'importe quelle évolution, mais à une évolution dont la direction est fixée d'avance, et une fois pour toutes, dans le sens d'une extension progressive de ces droits. C'est la différence avec le temps virtuel qui implique la réversibilité parce qu'il suppose une rétroaction en fonction des réactions produites. Le temps des droits de l'homme est irréversible quelles que soient les réactions produites, au point d'imposer le principe de l'imprescriptibilité aux crimes contre l'humanité, précisément parce qu'ils mettent en cause les droits essentiels qui touchent à la dignité au sens le plus fort du terme. Droits indérogeables et crimes imprescriptibles, ce n'est sans doute pas par hasard si l'irréductible humain, soumis à rude épreuve pendant la Seconde Guerre mondiale, a pris la forme de ce double interdit au lendemain de cette guerre. C'était une façon de poser des bornes que l'on voudrait infranchissables à ce qu'il est convenu d'appeler la barbarie, c'est-à-dire le caractère encore inachevé du processus d'hominisation. Du point de vue biologique, le processus semble bien irréversible, sous réserve de quelques croisements étranges que pourrait imaginer un savant fou. On ne saurait moins faire que d'affirmer aussi le caractère irréversible du droit des

droits de l'homme, même s'il soulève un nouveau problème de compatibilité avec l'économie.

Désordre, ou déjà recomposition d'un ordre différent ? Telle est évidemment la question. Comme je l'écrivais en 1994 : « Rien n'est encore joué, et le moment paraît favorable pour y réfléchir. Car l'ordre et la logique ne se réduisent plus à l'ordre euclidien ni à la logique aristotélicienne. La géométrie a découvert l'ordre "fractal" et se donne pour objet l'étude de formes aussi peu ordonnées que la côte de Bretagne ou un ciel nuageux. Le philosophe Karl Popper classe les phénomènes physiques par rapport aux deux paradigmes extrêmes de l'horloge, pour les objets précis, et des nuages, pour les objets vagues et mouvants. Et les logiques "non standard" enseignent comment le raisonnement peut s'affranchir des principes aristotéliens d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu, sans perdre sa rationalité³³. » Il resterait à savoir comment ordonner les nuages pour éviter à la fois la réversibilité incessante du ciel et la rigidité, comme on peut la voir à Pékin, sur les dalles de pierre de la Cité interdite, où les nuages symbolisent l'obéissance à l'ordre immuable voulu par l'empereur, fils du Ciel.

Ordonner le multiple

Le droit a horreur du multiple. Sa vocation, c'est l'ordre unifié et hiérarchisé, unifié parce que hiérarchisé. Et l'image qui vient à l'esprit des juristes, c'est la pyramide des normes, construite pour l'éternité, plutôt que celle des nuages, fussent-ils ordonnés. Pourtant, la résistance, dont témoigne la coexistence, tenace on l'a vu, des deux conceptions de l'Europe, est telle qu'il faudra bien apprendre à ordonner le multiple. D'autant que l'idée, par exemple, d'un code civil européen unifié est ressentie comme une agression, un impérialisme du droit napoléonien, inacceptable pour beaucoup de juristes. C'est une fausse bonne idée, comme un bain froid, ajoute Pierre Legrand³⁴ : « il faut s'y plonger rapidement et en ressortir tout aussi vite ». Caractérisé par son insolence, sa grandiloquence, son obsolescence... et son innocence, le projet est totalement rejeté : « la résistance est impérative ».

Pourtant, la complexité même des clivages, non seulement juridiques, mais aussi économiques, politiques, culturels et religieux, est si forte, même à l'échelle d'une région comme l'Europe, qu'elle pourrait être en elle-même une garantie : « quand les appartenances sont multipliées, les passions sont divisées », écrit Michael Walzer³⁵. Mais le risque est alors l'éclatement et la complexité, car l'internationalisation des pratiques est telle qu'il faut régler des conflits de compétences de plus en plus nombreux et de plus en plus difficiles tant l'enchevêtrement des normes, nationales et internationales, s'accroît, à mesure que la prolifération normative se développe. Les cabinets d'avocats

peuvent y découvrir un surcroît d'activité, mais il n'est pas certain que la qualité du droit s'en trouve améliorée.

Par rapport à ce double risque, d'éclatement d'un côté, d'impérialisme ou d'hégémonie de l'autre, les conceptions juridiques traditionnelles ne donnent pas de solution toute faite ; il n'y a pas de modèle préexistant. Comme à l'époque où il fallut unifier des coutumes très éclatées, mais à une tout autre échelle, voici les juristes contraints à inventer du neuf.

Quand la raison est dans l'impasse, l'art, par ses fulgurances, apporte, sinon des solutions toutes faites, car l'analogie serait dangereuse, du moins une inspiration, une impulsion. Emouvoir, c'est littéralement mettre en mouvement, et la fonction première de l'art est de mettre l'esprit en mouvement, même celui des juristes. Pour comprendre comment sortir de l'impasse, en apprenant à ordonner le multiple, les leçons de l'art renvoient à l'image du peintre ou du musicien, qui créent à partir de composantes différentes, en évitant tout à la fois l'absorption de l'une par l'autre et la simple juxtaposition. Pierre Boulez cite, transposée à la musique, la leçon de Paul Klee au Bauhaus en 1922. Enseignant à ses élèves comment utiliser ensemble un cercle et une ligne droite, Klee décrit trois modes d'assemblage : par opposition, par juxtaposition ou par composition. L'opposition, c'est le combat. Soit la ligne droite utilise sa force de pénétration et se transforme en flèche : le cercle a le dessous ; en Europe, ce serait la victoire de la codification de type napoléonien sur la tradition plus fluide de la *common law* britannique. Soit le cercle l'emporte, victoire du fluide sur le solide, du droit britannique sur les droits continentaux. Pour préserver l'autonomie de chacun, un troisième dessein superpose droites et cercles. Pauvre résultat que je n'ose comparer à la situation européenne actuelle, tant il évoque de façon irrésistible des tringles posées sur des boîtes de conserve. Comme le dit Boulez, « quand une partition musicale est organisée très superficiellement, j'imagine volontiers qu'on a posé des tringles sur des boîtes de petits pois. Ce n'est pas de la composition, seulement de la juxtaposition ». La composition, c'est la figure miraculeuse, visage humain fait de lignes brisées et de cercles interrompus qui symbolise à mes yeux l'idéal d'un droit commun qui aurait échappé à tous les pièges.

Mais le miracle se produit rarement en peinture et en musique, plus rarement encore en droit. L'image d'un droit mondial qui aurait réussi la synthèse de toutes les familles juridiques est encore impensable aujourd'hui. Seuls quelques exemples permettent déjà de nourrir la réflexion quant à la méthode à suivre, ou plutôt quant *aux* méthodes, car l'unification non hégémonique, c'est-à-dire la véritable synthèse, est rarement possible. A défaut, c'est d'harmonisation qu'il s'agit, donc d'un rapprochement des systèmes qui ne supprime pas pour autant toutes les différences. Politiquement, l'harmonisation est d'ailleurs beaucoup plus facile à accepter que l'unification, derrière laquelle on redoute toujours le danger totalitaire, surtout à l'échelle planétaire où le fantôme d'une monarchie universelle éveillé par Kant continue de nous hanter. C'est juridiquement que l'harmonisation est difficile à réaliser, alors que l'unification est somme toute plus simple.

De l'une à l'autre, la mondialisation oscille, privilégiant tantôt l'une, tantôt l'autre, sans qu'il soit toujours possible de dire si le choix est voulu ou subi.

UNIFIER

Les comparatistes – comme on appelle ceux qui se consacrent à comparer les systèmes de droit entre eux – ont longtemps cru que l'unification viendrait par elle-même du droit comparé et se dégagerait sans effort de la comparaison des systèmes, pour autant qu'on se limite bien sûr aux seuls systèmes valables, ceux de « l'humanité civilisée », comme ils disaient alors. « Alors », c'est le début du siècle, lorsque l'on rêve encore d'un « droit commun de l'humanité civilisée » qui permettra de dégager, sous la diversité apparente des formes juridiques, « l'unité foncière de la vie juridique universelle »³⁶. Comme on l'a vu dans l'introduction de ce livre, c'est aussi au tout début du siècle que le grand juriste chinois Shen Jiaben préconise la « fusion » du droit chinois et des droits occidentaux. Le terme, qui est aussi fort en langue chinoise (*hui tong zhong xi*), sera repris alors par tout un courant soucieux de moderniser le droit, selon une démarche qui cherche à faire prévaloir la réalité et la raison (*Qing li*) sur le

dogmatisme des juristes conservateurs. Selon la théorie des Trois Ages et de la Grande Unité, la « grande unité juridique » entre pays d'Orient et d'Occident devait permettre au monde moderne de passer à l'âge de la Grande Paix³⁷.

Le réveil sera brutal. En fait d'humanité civilisée, le droit n'a pas su empêcher les ravages des guerres coloniales et de deux guerres mondiales. Après la Seconde Guerre mondiale, le droit comparé se trouve en crise, d'abord pour des raisons politiques qui tiennent à la constitution des blocs est et ouest et à la crainte de voir, sous couvert de droit comparé, instaurer un impérialisme de l'un ou de l'autre ; également pour des raisons théoriques. Rejetant toute « science du droit comparé » et écartant désormais l'idée d'un droit commun issu de la systématisation des systèmes, beaucoup de juristes privilégient l'étude des problèmes concrets, ceux du droit vivant, et adoptent une position plus positiviste et pragmatique³⁸. Si la mondialisation du droit progresse cependant, à partir des lendemains de la guerre, c'est par le droit international et sans les comparatistes. Notons toutefois qu'un visionnaire comme René Cassin, dont on connaît le rôle décisif dans la rédaction de la Déclaration universelle et de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a cessé d'insister sur l'utilité de la méthode comparative dans le domaine des droits de l'homme³⁹.

A 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. A condition de tenir compte des échecs et de renoncer à l'idée d'un droit commun qui se ferait d'en haut, à partir d'une position de surplomb, la comparaison est en effet indispensable pour guider tant l'émetteur de la norme que son récepteur, en particulier le juge européen.

Ce dernier évoque souvent la comparaison entre systèmes, mais avec une fâcheuse tendance à le faire d'une façon allusive, qui relève plus de l'incantation que d'une véritable étude, et pourrait même sembler contradictoire. En effet, quand la Cour européenne des droits de l'homme renvoie aux « normes communément acceptées par les Etats membres », elle s'y réfère en deux sens opposés : tantôt pour définir, à partir d'un droit commun de confluence, la règle applicable, tantôt pour éviter des pratiques qui, pour être largement répandues, n'en sont pas moins contestables à ses yeux. C'est sans doute l'idée d'un droit

commun correctif, parce qu'il viendrait corriger les insuffisances des Etats, qui semble justifier ce choix, inverse du précédent. Restent les divergences, qui appelleraient un droit commun de synthèse, pas toujours explicite dans le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme.

Derrière les contradictions apparentes, la systématisation de l'analyse comparée pourrait éclairer les choix par un usage différentiel des convergences (convergences positives ou insuffisances communes) et des divergences entre systèmes de droit. Les premières conduisent sans effort à l'unification du droit, alors que les divergences nécessitent la construction d'une synthèse plus difficile. Mais le choix lui-même est rarement spontané. Bien que les spécialistes de la matière imaginent encore volontiers un droit commun défini à partir du seul droit comparé, en pratique, c'est le plus souvent par des textes internationaux, convention ou traité, directive, règlement, ou sous l'influence de la jurisprudence internationale, qu'est imposé le corps de règles, uniques ou uniformes, qui réalisera, par une synthèse plus ou moins bien réussie, l'unification de tel ou tel secteur du droit. Si les spécialistes de droit international sont parfois tenus de procéder à des études de droit comparé pour dégager les règles pertinentes, notamment dans le cadre de l'arbitrage international⁴⁰, ils ne sont pas pour autant avertis de toutes les subtilités du droit comparé. D'où la nécessité d'un décloisonnement des catégories juridiques, trop souvent encore constituées en forteresses défendant jalousement leur territoire.

Comparer les différents systèmes

L'Europe offre un terrain d'observation privilégié car elle présente cette chance historique de réunir, depuis l'après-guerre, les conditions idéales pour une comparaison : aucun pays ne s'y trouve en position d'hégémonie, politique, culturelle ou économique ; en outre les divers systèmes de droit ont des racines communes, à la fois culturelles (la morale judéo-chrétienne et l'universalisme des Lumières) et juridiques (la tradition d'un *jus commune*, fait de droit romain, de droit canon et de la *lex mercatoria*, ou droit des marchands, qui s'appliqua, du Moyen Age aux Temps modernes, sur l'ensemble du Continent). Certes,

l'Angleterre resta réfractaire au *jus commune*, mais on y enseigna néanmoins le droit romain. Et tout un mouvement s'engage, depuis l'après-guerre, en faveur de la renaissance du *jus commune*⁴¹. En particulier, l'école allemande se donne pour objectif de rechercher, secteur par secteur, « les structures communes à l'Europe considérée comme un tout, en indiquant les règles généralement acceptées, et celles qui divergent⁴² ».

Après avoir été le laboratoire du nationalisme juridique, au XIX^e siècle, avec le mouvement de codification, elle pourrait, comme on l'a suggéré plus haut, devenir observatoire de la mondialisation. A condition, il faut le redire, de ne pas y voir un modèle à suivre, mais un lieu où observer, sur le terrain, les diverses perturbations qui l'accompagnent. Observatoire, mais aussi laboratoire d'étude et d'analyse, comme en témoigne le nombre de travaux universitaires et de comités d'experts consacrés au sujet ; et même laboratoire d'essai, si l'on songe au travail de pionnier, avec toutes les maladresses et les échecs que cela comporte, des juges des deux cours européennes.

Toutefois, l'analyse comparée ne saurait bien évidemment se limiter aux seuls systèmes occidentaux ; il est indispensable de la faire aussi porter sur des familles juridiques plus éloignées comme le droit chinois ou les droits, eux-mêmes très diversifiés, des pays d'islam⁴³. A ces différentes échelles, les premiers travaux dessinent déjà un paysage contrasté.

Les convergences positives sont rares. Nous en avons observé quelques-unes dans la recherche comparée *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* citée ci-dessus, principalement dans le domaine du droit économique, par exemple à propos de la corruption ou de la contrefaçon. Encore faut-il remarquer que les convergences se limitent à la définition du cadre juridique de l'infraction, c'est-à-dire à la description des comportements qualifiés de corruption ou de contrefaçon et, pour partie, à l'attribution de la responsabilité au sein de l'entreprise (notion de « responsabilité pénale du chef d'entreprise » ou « du décideur ») ; en revanche, les sanctions sont très différentes, nettement plus lourdes en Chine, par exemple, où la peine de mort continue à s'appliquer, malgré les critiques de beaucoup d'universitaires, à

certaines délits économiques, notamment à la corruption. De même en ce qui concerne les règles de procédure, trop profondément enracinées dans les traditions nationales pour ne pas diverger fortement d'un pays à l'autre.

En se limitant à l'Europe, les convergences positives sont un peu plus nombreuses. Il n'est évidemment pas question d'en faire ici l'inventaire tant les secteurs concernés sont variés : du droit de la famille au droit administratif, en passant par le droit des contrats, le droit de la consommation ou encore le droit social, des ouvrages entiers leur sont consacrés⁴⁴. Je me limiterai à quelques exemples tirés de ma propre recherche « Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal ». Certes, les définitions du droit pénal économique, particulièrement en matière de corruption ou de contrefaçon, pour reprendre les mêmes exemples, sont proches, non seulement quant aux comportements qualifiés d'infractions, mais aussi quant aux sanctions. Il n'en reste pas moins des différences remarquables, notamment entre les pays, comme l'Angleterre ou la France, qui appliquent des sanctions pénales aux « personnes morales », c'est-à-dire aux entreprises constituées en sociétés, et ceux qui refusent farouchement une telle conception, réservant le procès pénal aux seuls individus, comme c'est le cas en Allemagne ou en Italie. A cet égard, d'ailleurs, le nouveau Code pénal chinois, entré en vigueur en 1998, rejoint le droit français, par une formule très proche de celle de notre Code de 1994.

En matière de droits de l'homme, les convergences les plus remarquables, indépendamment de celles qui ont été imposées par la Convention européenne des droits de l'homme, concernent l'abolition de la peine de mort. Même quand elle est maintenue dans les textes, la peine de mort n'est plus appliquée dans aucun pays de l'Union européenne (Europe des Quinze). A l'échelle du Conseil de l'Europe, la peine de mort subsiste encore dans une minorité des quelque quarante Etats membres, et la Convention européenne l'admet d'ailleurs à titre d'exception au droit à la vie, mais le protocole additionnel n° 6, ratifié par de nombreux Etats, l'interdit désormais et la tendance est de l'abolir, à l'Est comme à l'Ouest.

A vrai dire, les convergences négatives, insuffisances ou lacunes communes, sont de loin plus nombreuses. Elles sont souvent liées à l'internationalisation des

pratiques qui prend les Etats de court, par exemple avec le développement des délits liés au blanchiment de l'argent d'origine frauduleuse, ou avec l'accroissement des cas de corruption de fonctionnaires étrangers qui échappent traditionnellement aux définitions du droit national. L'unification du droit pourra alors être réalisée, comme on le verra, par une combinaison du droit international et du droit interne, sans difficulté juridique particulière (les difficultés politiques n'étant pas résolues pour autant), du fait de l'absence de définitions nationales préexistantes.

En matière de droits de l'homme, l'Europe offre aussi l'exemple remarquable d'une lacune, commune à tous les systèmes de procédure, quant à la durée « raisonnable » du procès. Condamnés les uns après les autres pour des durées manifestement déraisonnables, la plupart des pays européens ont dû inscrire ce tout nouveau principe dans leur code. C'est ainsi qu'en France, une loi du 30 décembre 1996 modifie le Code de procédure pénale pour préciser que la détention provisoire ne peut excéder « une durée raisonnable », véritable révolution sémantique dans un pays où l'on avait toujours regardé avec distance, pour ne pas dire mépris, de telles expressions, peu conformes, disait-on, à notre goût cartésien pour la précision et la rigueur.

Il reste l'analyse des divergences qui seule permet de mesurer l'ampleur des difficultés, d'autant qu'il faut s'attacher à les repérer au-delà de notions d'apparence consensuelle qui paraissent susciter spontanément un accord de principe. L'exemple le plus étonnant est celui de « l'égalité de dignité » qui fonde l'ensemble des droits de l'homme. En réalité, c'est sans doute là que les divergences seront les plus longues à surmonter, comme nous l'avons vérifié au fil de notre recherche. Nos partenaires chinois ont souligné à son propos l'existence de « différences quant aux notions utilisées⁴⁵ ». Ils rappellent que l'étude européenne proposait de distinguer la dignité de la vie et celle de la liberté, précisant que les atteintes à la vie ne constituaient pas forcément des atteintes à la dignité de la personne et insistant sur le caractère absolu de la protection de cette dernière. En revanche en droit chinois, la notion de dignité est « incluse » dans celle de droits de la personne, eux-mêmes « mis en parallèle avec d'autres droits comme les droits politiques, le droit de propriété ou le droit

au mariage » ; aussi l'étude chinoise est-elle consacrée aux « infractions portant atteinte aux droits des personnes ». En raison de notre accord préalable sur le contenu de la recherche, les exemples choisis se rejoignent néanmoins, notamment à travers l'analyse des infractions de torture, pour lesquelles la comparaison « montre un haut degré de proximité quant à la définition des infractions, sous l'influence notamment du droit conventionnel international » ; les principales divergences tiennent cependant aux mécanismes mis en place pour prévenir ou sanctionner ces actes. L'acceptation par les Etats européens de l'intervention de mécanismes de contrôle, juridictionnel (Cour européenne des droits de l'homme) ou non juridictionnel (Comité de prévention de la torture), n'ayant en effet pas d'équivalent à l'échelle asiatique⁴⁶.

Mais c'est surtout en pays d'islam que les conceptions divergent à tel point qu'il ne saurait être question d'unification et que l'harmonisation elle-même paraît problématique⁴⁷. La différence est exposée par Serigne Madior Cissé⁴⁸, dans le chapitre intitulé « L'égalité ». Insistant sur le fait que la conception islamiste « ne peut être comprise au moyen d'une approche positiviste », l'auteur rappelle que, dans le système islamiste, « la dignité et les droits sont l'expression de la volonté du Créateur de l'univers et de tout ce que cet univers renferme comme créatures ». Il en résulte que l'égalité englobe aussi des devoirs et que, « si la dignité est reconnue à l'espèce humaine, les droits et devoirs varient en fonction de la personnalité, de la place qu'occupe et du rôle que joue chacune des deux composantes de l'espèce humaine : l'homme et la femme ». Néanmoins, ils sont « placés, chacun en ce qui le concerne, sur un pied d'égalité face au Seigneur ; la discrimination qui relève de la volonté divine n'est pas attentatoire à l'égalité ». Vérité révélée contre vérité argumentée, le débat est l'un des plus difficiles qui soient, précisément parce que la révélation exclut en principe l'idée même de débat. On y reviendra tout à la fin, à propos de la notion même d'humanité.

Par comparaison, les autres divergences, sur lesquelles s'affrontent à l'infini les juristes européens, pourraient sembler dérisoires. Elles ont au moins cette utilité de montrer que des rapprochements sont possibles, et parfois même l'unification, si fortes les divisions soient-elles apparues au départ.

Ces divisions sont nombreuses et variées et leur carte géographique présente des regroupements parfois inattendus, comme sur la question de la responsabilité pénale des sociétés, où la France se trouve, on l'a vu plus haut, dans le même camp que l'Angleterre, alors que l'Allemagne et l'Italie forment pour la circonstance un front commun. La plus connue est pourtant la division bipartite, celle qui oppose les droits continentaux, la famille « romano-germanique », comme on dit, aux systèmes de *common law* applicables, pour ce qui est de l'Europe, dans les îles britanniques. On y trouve par exemple l'opposition entre un droit traditionnellement plus légaliste sur le Continent et plus jurisprudentiel en pays de *common law* ; de même l'opposition entre une procédure « inquisitoire », à caractère étatique et autoritaire, dont le symbole est resté le juge d'instruction français, mais dont l'acteur essentiel est sans doute le procureur, de ce côté de la Manche, et une procédure « accusatoire », c'est-à-dire laissée davantage aux mains des parties et de leurs avocats, de l'autre côté. A vrai dire, l'opposition s'est considérablement affaiblie, à tel point qu'il a été possible de proposer un modèle unifié, actuellement en débat devant le Parlement européen et certains parlements nationaux, intitulé, comme un clin d'œil à l'histoire et à ce *jus commune* qui unit autrefois une partie de l'Europe, *Corpus juris*. C'est dire que, même en présence de divergences, l'unification est juridiquement possible, sans risque d'hégémonie, grâce à la synthèse que l'analyse comparative permet de réaliser.

Construire la synthèse

L'unification étant rarement spontanée, c'est par le droit international qu'elle se réalise le plus souvent. Elle repose alors sur des conventions internationales qui substituent à des règles nationales différentes un ensemble unique de règles désormais communes. L'objectif est de traiter de façon identique des opérations elles-mêmes internationales : soit à l'échelle mondiale, comme par exemple avec la vente internationale de marchandises, régie par la convention de Vienne de 1980 (préparée par le comité des Nations unies pour le droit du commerce international, le CNUDCI), soit à l'échelle européenne, comme en droit de la

concurrence où s'appliquent les règles uniques du droit communautaire à l'intérieur des quinze Etats membres de la Communauté.

En revanche, l'uniformisation est un processus différent qui consiste à intégrer dans les droits nationaux des règles identiques, préalablement définies par des conventions internationales : « *règles identiques* et non uniques puisqu'elles sont *incorporées* à chacun de ces droits, ces dispositions sont uniformes comme le sont les soldats portant le même "uniforme", mais dont chacun conserve une identité⁴⁹ ». Les techniques sont variées. Elles vont de conventions portant « loi uniforme », ou établissant un « corps minimum de règles communes », telle la convention sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (signée à Rome en 1995), à des ensembles de principes sans valeur contraignante, comme les « Principes relatifs aux contrats du commerce international », diffusés par UNIDROIT (Rome, 1994) 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 uniforme, soit encore à être utilisés comme modèle par les législateurs, nationaux et internationaux, à titre évidemment facultatif⁵⁰. Ce procédé se rapproche d'ailleurs des lois types utilisées aussi par le comité des Nations unies (CNUDCI) pour mettre à la disposition de législateurs potentiels des dispositions communes, comme la récente « loi type sur l'insolvabilité internationale⁵¹ ».

Dans un cas comme dans l'autre (unification ou uniformisation), les règles communes ont d'autant plus de chances d'être adoptées (par la ratification des conventions ou l'utilisation des textes facultatifs) qu'elles reposent sur une synthèse des diverses traditions juridiques. La condition est évidemment plus facile à remplir quand il s'agit du commerce international, déjà fortement « internationalisé » à travers le concept réactualisé de la *lex mercatoria*, que lorsqu'il s'agit des droits de l'homme.

A mi-chemin des deux, parce qu'il concerne à la fois l'économie et le droit à un procès équitable, le projet de *Corpus juris* « portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne » montre comment, même dans le domaine du droit pénal, traditionnellement réservé au monopole des Etats, l'unification est possible, ou en tout cas pensable, puisqu'elle a été

officiellement proposée conjointement par la Commission et le Parlement européen en 1997⁵².

En créant un marché unique, puis, selon les termes mêmes du traité d'Amsterdam, un « espace sans frontières intérieures », la Communauté européenne a inévitablement créé de nouvelles occasions de fraudes et trafics en tout genre, le paradoxe étant que la liberté de circulation, qui s'applique largement aux marchandises et aux services comme aux capitaux, et bien sûr aux personnes, est sans effet sur les autorités répressives (policiers, procureurs et juges), dont la compétence reste limitée à l'intérieur des frontières nationales, qui réapparaissent pour la circonstance. Pour en sortir, au sens plein du terme, il faudrait renoncer à l'idée que le droit pénal, parce qu'il se fonde sur la protection de l'ordre public national, est inséparable de la souveraineté nationale et reconnaître la nécessité de protéger un ordre public devenu européen. Le seul domaine dans lequel cette analyse peut être acceptée sans être ressentie comme un abandon de souveraineté est celui des fraudes qui affectent le budget européen, car il ne s'agit plus alors d'intérêts nationaux, mais d'intérêts supranationaux. D'où la proposition de créer un espace judiciaire européen unique pour la répression de ces fraudes. Espace « judiciaire » et non policier : le choix du Parlement européen et de la Commission marque la volonté de respecter le principe, garanti par tous les instruments relatifs aux droits de l'homme, de garantie judiciaire. Pour concrétiser l'idée, le *Corpus juris* propose de créer un « ministère public européen », c'est-à-dire des procureurs européens qui exerceraient leurs fonctions sur tout le territoire de la Communauté.

Si la proposition a quelque chance d'aboutir, c'est précisément parce qu'elle réalise une synthèse entre les diverses traditions. Le ministère public est à l'origine ignoré en Angleterre ; il est né sur le Continent, dans le prolongement d'une procédure où l'Etat est doublement représenté, par un juge d'instruction qui mène l'enquête et par un procureur qui décide de poursuivre ou classer, qui soutient l'accusation à l'audience et ordonne l'exécution de la peine. En Angleterre, le procès pénal reste affaire privée où un simple citoyen peut mener l'enquête et conduire l'accusation (accusation privée, dit-on). Pourtant, la police s'est progressivement imposée comme véritable accusateur et, pour contrôler

celle-ci, un service de poursuites a été créé en 1985. Parallèlement, dans beaucoup de pays du Continent (à l'exception, il est vrai, de la France), le juge a perdu ses pouvoirs d'enquête (il n'est plus juge « d'instruction » au sens strict), mais il contrôle une enquête menée par la police sous la direction du procureur. Et les procureurs ont obtenu une indépendance accrue à l'égard du pouvoir politique. Le modèle proposé pour l'Europe est donc une synthèse des deux traditions. A la tradition continentale, il emprunte l'idée que l'enquête et l'accusation doivent être le fait d'autorités publiques. D'où la création de ces procureurs européens. Mais c'est de la tradition britannique que vient la reconnaissance des droits de la défense, placés sous le contrôle d'un « juge des libertés », arbitre neutre qui doit garantir un véritable procès contradictoire. S'ajoute, venue notamment d'Italie et du Portugal, l'affirmation de l'indépendance absolue des procureurs à l'égard du pouvoir politique (des Etats ou de la Communauté).

En revanche, le *Corpus juris* ne crée pas de juridiction européenne, renvoyant le procès devant les juges nationaux, chargés d'appliquer tout un ensemble de règles identiques définies par le *Corpus* selon une procédure partiellement unifiée. Pour ce qu'il paraissait difficile d'unifier, comme, par exemple, les règles sur l'appel contre un jugement ou celles qui déterminent la composition des tribunaux (juges professionnels ou simples jurés, comme en Angleterre), le *Corpus* se contente de poser un principe plus général, destiné à rapprocher les pratiques sans pour autant les rendre identiques, en imposant, par exemple, que les procès soient toujours jugés par des juges professionnels, mais sans imposer leur nombre ou leur mode de formation. Dès lors, ce n'est plus d'unification mais d'harmonisation qu'il s'agit. Façon de montrer à quel point, dans la pratique, il est impossible d'ordonner le multiple sans combiner les deux voies.

HARMONISER

En distinguant deux mots (unification et harmonisation) souvent confondus dans le langage courant, j'entends marquer l'existence de deux processus bien différents et la nécessité de les combiner, déjà à l'échelle d'une région comme l'Europe, et *a fortiori* à l'échelle mondiale.

L'unification, comme l'uniformisation, repose sur un principe d'identité (les pratiques nationales doivent être identiques à la règle commune) et conduit à une décision, soit de conformité, si l'identité est respectée, soit de non-conformité, si les pratiques sont différentes, aussi faibles que soient ces différences. Gage de sécurité juridique, l'unification est cependant difficile à accepter dans les domaines où les divergences sont trop fortes pour qu'une synthèse soit possible. L'adoption d'une règle unique risque alors d'être une façon déguisée d'imposer l'hégémonie d'un système. Dans ce cas, en effet, l'unification ressemble à un bain froid dont il vaut mieux ressortir au plus vite.

En revanche, l'harmonisation est politiquement plus acceptable quand les divergences sont fortes car elle se contente d'un « rapprochement » des systèmes entre eux sans pour autant supprimer toutes les différences. En ce sens, elle favorise une conception tolérante et pluraliste du droit⁵³, mais ce pluralisme est « ordonné » par l'exigence, à défaut d'une impossible identité, d'une certaine proximité d'un système à l'autre, excluant les différences trop fortes jugées « incompatibles ».

Cette proximité ne peut être appréciée par rapport à des règles, trop rigides, qui sont remplacées par des principes directeurs plus imprécis indiquant une direction générale à suivre sans entrer dans les détails de mise en œuvre. Par rapport à ces principes, on exige une proximité suffisante pour conduire à une décision de compatibilité. On retrouve ici l'idée exprimée par la notion de « marge nationale d'appréciation » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : marge étroite quand on exige un haut degré de proximité ; marge large quand on se contente d'une proximité plus faible ; marge variable si l'on admet le caractère évolutif de l'ensemble.

On passe ainsi de la logique aristotélicienne classique, de type binaire, à une logique de gradation qui évoque la théorie connue sous le nom de *fuzzy sets*, expression traduite avec une certaine maladresse, source de malentendus quand

on applique ces notions au droit, par « ensembles flous⁵⁴ », le flou perdant alors son sens habituel de conception vague, donc illogique, pour prendre le sens de méthode graduée de raisonnement logique. La difficulté, dans le domaine juridique, c'est qu'il faut bien revenir finalement à une décision de type binaire (compatible ou incompatible), ce qui implique un seuil de compatibilité, fixe ou variable, sans lequel le flou est littéralement indécidable.

C'est dire la complexité du processus d'harmonisation. D'autant qu'il ne suffit pas de rendre les différences compatibles, encore faut-il aussi réussir à rendre les variations prévisibles. Moyen d'ordonner le multiple à la fois dans l'espace et dans le temps, cette complexité même peut devenir source d'arbitraire si les garde-fous nécessaires ne sont pas mis en place.

Rendre les différences compatibles

Le droit ne rendra pas toutes les différences compatibles. Il n'en a pas à lui seul le pouvoir, tant que les esprits ne sont pas prêts à admettre le « partage de sens », c'est-à-dire l'échange entre cultures évoqué tout au début de ce livre. L'affrontement des diverses conceptions de la dignité en est l'un des exemples les plus difficiles à résoudre, surtout quand il s'agit d'en tirer des conséquences concrètes, comme de définir les droits des femmes en pays d'islam. Peut-être faudrait-il se résigner à ces « désaccords raisonnables » auxquels appelle John Rawls⁵⁵, désignant ainsi les désaccords entre personnes qui ont développé, même selon des voies différentes, un sens de la justice et une conception du bien. Paul Ricœur y voit le moyen d'encadrer la vertu de prudence, surtout, dit-il, quand les choses deviennent graves et que s'affrontent non plus seulement des normes entre elles, mais la norme opposée à « la sollicitude en charge de la misère humaine ». La sagesse consiste alors à « élaborer des compromis fragiles où il s'agit moins de trancher entre le bien et le mal, entre le blanc et le noir, qu'entre le gris et le gris ou, cas hautement tragique, entre le mal et le pire »⁵⁶. Face à ce tragique de l'action, la conscience n'est pas pour autant réduite à l'arbitraire, mais incitée à chercher le « meilleur apparent », issu d'un jeu croisé, qui se pratique à plusieurs, entre argumentation et interprétation. A condition de

ne pas perdre de vue que, pour le juriste, le « meilleur apparent » ne peut se concevoir sans le respect des droits indérogeables de la personne humaine. Et que le désaccord sur ces droits ne saurait être qualifié de raisonnable.

Sous cette réserve, il s'agit donc de rendre les différences compatibles, mais par rapport à quoi ? Si par hypothèse les systèmes nationaux sont différents, et si la synthèse qui permettrait de définir un droit unique ou uniforme est exclue, pour des raisons politiques ou juridiques, le rapprochement ne peut se concevoir que par rapport à une référence commune. Il s'agit parfois de « règles communes minimales » qui, précisément parce qu'elles sont « minimales », ne vont pas jusqu'à promouvoir un droit unique qui se heurterait à de trop fortes résistances : on en trouve des exemples dans les directives européennes d'harmonisation du droit des sociétés⁵⁷, ou encore dans celles qui préconisent, à propos de la clause sociale évoquée plus haut, une harmonisation minimale du droit social.

Mais le plus souvent on évitera, disais-je, la rigidité excessive des règles en ayant recours à des principes directeurs. L'objectif de tels principes, comme il est clairement indiqué, par exemple, dans la convention de l'OCDE sur la « lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » (adoptée à Paris le 21 novembre 1997), est d'assurer une « équivalence fonctionnelle » entre les mesures prises dans les divers pays, « sans exiger l'uniformité ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une partie ». Tel est aussi l'objectif de la recherche engagée avec des juristes venus de Chine et de divers pays d'islam : élaborer des principes directeurs communs, propres à assurer une équivalence fonctionnelle dans les deux domaines de la criminalité économique et des atteintes à la dignité. Facilitée par l'existence des divers instruments juridiques, notamment ceux de protection des droits de l'homme, la démarche n'est cependant qu'une première étape de l'harmonisation. Une fois les principes posés, il reste à déterminer les critères qui commandent en pratique l'équivalence fonctionnelle, c'est-à-dire qui permettent d'apprécier la proximité des systèmes et de situer le seuil de compatibilité.

Dans le domaine du commerce international, ce sont généralement les parties, puis les arbitres, qui déterminent les critères d'interprétation à partir des

principes généraux (issus eux-mêmes en partie du droit comparé), la méthode étant néanmoins critiquée en raison de l'imprécision de ces principes et de leur caractère fragmentaire et inorganisé⁵⁸. En matière de droits de l'homme, déterminer les critères est une opération encore plus délicate car elle relève directement du juge, chargé d'appliquer les principes préalablement définis par l'instrument international de référence. Il ne s'agit pas d'inventer des critères, laissés à la fantaisie de chaque juge, au risque d'instaurer un gouvernement des juges, synonyme d'arbitraire. C'est dire que les critères seront « dégagés », plutôt que définis par les juges, et dégagés à partir des données existantes.

Quand on se situe dans un système de droit national et qu'il s'agit simplement de dire comment le juge doit interpréter des notions imprécises, par exemple tel ou tel principe auquel le juge constitutionnel devra donner sens, la démarche est déjà balisée. Ronald Dworkin l'explique quand il répond à la question : « Les affaires délicates sont-elles vraiment indécidables⁵⁹ ? » La solution doit être recherchée en fonction d'un critère de « convenance », qui conduit à choisir la solution la plus performante, et d'un critère de « morale politique », qui conduit à prendre en compte les droits des citoyens. Il en conclut que, dans un système juridique complexe et complet comme le système américain ou le système britannique, il est improbable que l'on ne puisse ainsi arriver à une décision valable en ce qu'elle s'inscrit dans « la meilleure justification possible par rapport à l'ensemble des lois tenues pour acquises⁶⁰ ».

Mais quand il s'agit d'harmoniser des systèmes différents, sans que l'on puisse se référer à un ensemble cohérent qui constituerait un « système », de droit européen ou mondial, la recherche d'objectivité est à la fois plus nécessaire (car la peur du gouvernement des juges est plus forte, comme je l'ai déjà souligné, à l'égard du juge international qu'à l'égard du juge national) et plus difficile. C'est toute l'utilité des instruments de protection des droits de l'homme d'indiquer, par-delà les principes souvent vagues qu'ils posent, une cohérence d'ensemble qui peut indiquer la direction à suivre.

Prenons l'exemple de la notion de « matière pénale », en cours d'harmonisation en Europe. Cette notion est extrêmement vague car elle englobe toutes sortes de punitions, prononcées par le juge pénal, mais aussi par l'autorité

disciplinaire en prison ou à l'armée, ou encore par l'autorité administrative. D'un pays à l'autre, les définitions, rarement explicites, sont différentes et les garanties varient. Dans le souci d'assurer en toute hypothèse le respect du « droit à un procès équitable », au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg a défini trois critères qui lui permettent de caractériser dans quel cas une sanction relève de la matière pénale, imposant alors les garanties du procès équitable. Ces critères, elle ne les a pas inventés de toutes pièces, mais dégagés de la comparaison des différents systèmes et de la philosophie qui les sous-tend : qualification juridique interne, mais aussi nature du comportement réprimé et, finalement, sévérité de la sanction. Combinant alors les trois critères, elle décide si une sanction est suffisamment proche de la catégorie pénale pour être appelée « matière pénale », même si le pays concerné la considère comme une sanction administrative ou disciplinaire. Il s'agit bien d'harmonisation, car on appliquera alors partout les règles du procès équitable, et non d'unification, car le régime juridique de chaque sanction restera différent d'un pays à l'autre. Et cette harmonisation est acceptée dans la mesure où elle aboutit à corriger des lacunes communes à bien des systèmes européens quant aux garanties de procédure en matière administrative ou disciplinaire (on connaît les abus pratiqués trop souvent, sous prétexte de discipline, en prison ou à l'armée).

Encore faut-il que l'application des critères reste objective. A cet égard, on commence à entendre des critiques quant à la façon dont la Cour européenne combine les critères entre eux, en privilégiant tantôt le critère de la gravité de la sanction, et notamment le fait qu'il s'agit d'une privation de liberté, tantôt celui du comportement puni, et le fait qu'il ne s'agisse pas d'un comportement propre à un groupe restreint, mais qui peut être commis par quiconque. Elle en arrive ainsi à qualifier de pénales des sanctions pécuniaires d'un faible montant, prononcées par l'autorité administrative pour infraction au Code de la route, puis à refuser de considérer comme telles des amendes, d'un montant relativement élevé, assorties de peines subsidiaires d'emprisonnement, prononcées par un juge au titre de la police de l'audience. On en vient à douter de l'objectivité de la

Cour qui donne le sentiment tantôt d'étendre la matière pénale de façon excessive, tantôt de la restreindre pour protéger « l'honneur des juges⁶¹ ».

L'objectivité implique en effet que les critères soient non seulement choisis mais encore appliqués en fonction de la cohérence d'ensemble du système. A cet égard, il est incontestable que la convention attache une importance extrême à la liberté d'aller et venir, aussi est-il objectivement justifié que le critère de la gravité de la sanction soit prépondérant, notamment quand il s'agit de sanctions pouvant aboutir à une privation de liberté. En revanche, le déplacement de l'équilibre vers le critère du comportement visé ne repose sur aucune justification objective, à moins d'y voir seulement le désir d'étendre les garanties du procès équitable, selon le but défini par le préambule de « développement des droits de l'homme ». En toute hypothèse, aucun argument objectif ne paraît autoriser à écarter ces garanties, malgré la gravité de la sanction, quand la mesure est prise à l'audience pour punir l'insolence d'un justiciable.

Les critiques tiennent aussi à la décision proprement dite qui, de façon implicite, situe un seuil de compatibilité en déterminant l'ampleur de la marge nationale d'appréciation. Comme on l'a vu plus haut, cette marge a été reconnue notamment à propos des restrictions à certains droits, admises lorsqu'elles sont « nécessaires dans une société démocratique », cette notion renvoyant aux nécessités de l'ordre public interne qui seront d'abord appréciées par les autorités nationales, sans exclure pour autant un contrôle européen.

Ici encore, l'harmonisation ne sera acceptée que si le niveau du seuil, c'est-à-dire l'ampleur de la marge, est déterminé de façon transparente et objective, ce qui n'est pas toujours le cas. Une certaine transparence apparaît dans les arrêts où la Cour indique, par exemple, que « le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés dans la Convention », précisant, pour les affaires concernant la morale, que « les autorités de l'Etat sont en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences⁶² ». En ce cas, le seuil de compatibilité est situé assez bas et la marge est forte. En revanche, la Cour précise qu'il n'en va pas de même lorsque les restrictions sont destinées à protéger l'impartialité de la justice et, partant, son autorité : « En la matière, une plus grande concordance de vues

ressort du droit interne et de la pratique des Etats contractants⁶³. » Elle ajoute que cette concordance de vues se reflète d'ailleurs dans une série de clauses de la convention, « dont l'article 6, qui n'a pas d'équivalent pour la morale ». Toutefois, dans les affaires où la marge paraît implicitement très faible, comme dans l'affaire *Jersild* citée plus haut, où le Danemark fut condamné au motif d'atteinte à la liberté d'expression pour avoir sanctionné d'une légère amende un journaliste déclaré complice de propos racistes, la marge n'est pas même mentionnée.

Si l'exigence de transparence est aussi importante à propos de la marge nationale d'appréciation, c'est qu'elle conditionne le contrôle de l'objectivité, d'autant plus nécessaire que cette marge varie à la fois selon les circonstances de chaque affaire et selon le moment où l'affaire est jugée. Comme on l'a vu plus haut, le seuil peut varier dans le temps pour un même type d'affaires, témoignant par là du caractère évolutif des droits de l'homme, expressément affirmé par la Cour. Ces variations sont nécessaires pour sauvegarder un certain pluralisme et permettre dans les domaines les plus controversés, comme l'est par exemple, encore aujourd'hui en Europe, celui de l'avortement, de réserver l'avenir en maintenant l'idée d'un droit commun, même si le seuil est si bas que le contrôle se limite aux cas extrêmes. Enfin, ces variations sont aussi le moyen de faciliter une évolution du droit sans modification des textes, simplement en élevant le seuil. Encore faut-il que les raisons qui les sous-tendent soient suffisamment explicites et objectives pour garantir la prévisibilité du système, donc la sécurité juridique.

Rendre les variations prévisibles

L'exemple des restrictions à la liberté d'expression est particulièrement éclairant. D'autant que ces restrictions prennent souvent la forme d'infractions pénales, allant des délits de pornographie ou de blasphème à la diffamation, ou encore à la notion, tantôt pénale et tantôt civile, de *contempt of court*, littéralement « mépris de la cour », propre au droit britannique, qui permet de poursuivre des journalistes ayant publié des informations sur des affaires en

cours, au risque de chercher à influencer la décision et d'affaiblir l'impartialité du juge. Dans ce type d'affaires, la Convention des droits de l'homme est invoquée comme argument pour harmoniser un mouvement de dépénalisation, alors que la marge nationale d'appréciation permet de limiter l'harmonisation en justifiant dans certains pays la pertinence d'une poursuite ou d'une condamnation pénale, considérée alors comme « restriction nécessaire ».

En pratique, l'harmonisation est plutôt faible dans les affaires qui touchent à la morale ou à la religion, et plutôt forte quand il s'agit de protéger l'autorité et l'impartialité de la justice. Ces variations peuvent s'expliquer par la persistance de forts particularismes dans les domaines de la morale et de la religion et, à l'inverse, par des conceptions plus proches en ce qui concerne la justice. Toutefois, des incohérences apparaissent. Ainsi, l'imprécision des critères de variation n'a pas empêché de condamner le Royaume-Uni, puis l'Irlande et Malte, pour l'incrimination pénale de l'homosexualité entre adultes consentants, jugée contraire au principe de respect de la vie privée. Dans ces affaires, la Cour justifie sa décision par une évolution de la marge d'appréciation en raison d'une évolution de l'opinion publique. A propos de l'homosexualité, après que des recours eurent été rejetés pendant des années, la Cour n'hésita pas à dire en 1981 que les mœurs avaient évolué : « On comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de ces lois [celles qui incriminaient pénalement l'homosexualité], et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui. » S'ajoute l'argument de droit comparé : « Dans la grande majorité des Etats membres, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale. » Et, finalement, cette étonnante appréciation de la morale nationale par le juge européen : « Rien ne prouve que cela ait porté atteinte aux valeurs morales en Irlande du Nord, ni que l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi »⁶⁴.

En revanche, dans le domaine, il est vrai non pénal, du transsexualisme, la Cour est restée prudente dans certaines décisions⁶⁵, tout en réaffirmant le caractère nécessairement évolutif de ces solutions, déjà provisoirement admises en 1986 : « Il faut pour le moment, disait-elle, laisser à l'Etat défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux exigences des

transsexuels⁶⁶. » Ajoutant qu'elle n'en était pas moins consciente de « la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers comme du désarroi qui est le leur ». En 1997, elle maintient des solutions que certains jugent dépassées, au point que l'argument de défaut de convergence des pratiques européennes en matière de transsexualité ne serait plus pertinent⁶⁷, la plupart des Etats admettant aujourd'hui, le cas échéant après intervention médicale, de considérer la personne concernée comme « appartenant au sexe dont elle présente désormais les signes morphologiques ». On peut observer que les formules employées : « la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles », ou encore : le choix des mesures juridiques appropriées « doit donner lieu à un examen constant, eu égard notamment, à l'évolution de la science et au progrès de la société », rappellent le caractère évolutif de la notion d'aliéné mentionné plus haut. Sans mettre en cause le bien-fondé de telles formules, la rigueur juridique invite à se demander pourquoi la même formule aboutit à modifier les solutions dans le cas des aliénés ou des homosexuels et à les maintenir dans celui des transsexuels ; ou encore pourquoi, dans un domaine tout aussi évolutif qui concerne la liberté d'expression dans les films cinématographiques, la Cour a admis, au nom de la marge nationale d'appréciation, une condamnation pénale pour blasphème (dans l'affaire autrichienne citée plus haut). D'autant que c'est ici l'occasion de rappeler que le préambule indique le sens de l'évolution comme étant celui d'un développement constant des droits de l'homme. Irréversibilité du temps qui s'oppose à la réversibilité observable en économie et n'abandonne pas les variations à la seule sensibilité des juges.

S'agissant des variations du seuil de compatibilité, donc de la marge nationale d'appréciation, l'harmonisation demanderait davantage de transparence et d'objectivité dans la détermination des critères qui commandent ces variations. Elle impliquerait aussi plus de rigueur car la Cour devrait s'astreindre à appliquer systématiquement les mêmes critères d'une affaire à l'autre pour éviter de donner l'impression que les critères d'appréciation changent selon les juges qui composent la formation de jugement.

Transparence, objectivité et rigueur, telles sont les conditions de l'harmonisation sans lesquelles la mondialisation, dans tous les cas où l'unification est impossible, se trouverait sans réponse face au désordre normatif croissant.

Même quand ces conditions sont respectées, reste l'indécidable, le postulat sur lequel fonder la règle unificatrice ou le principe harmonisateur. On aurait bien besoin ici de se référer à la « conception commune » que le préambule de la Déclaration universelle de 1948 annonce, mais qui reste encore difficile à découvrir, à défaut d'espace public pour en débattre.

La recherche de cette « conception commune » renvoie sans doute à ce « jeu croisé », évoqué plus haut, entre l'argumentation et l'interprétation. C'est ainsi qu'elle méritera le nom de « conviction », qui ne reçoit l'adhésion de chacun qu'après avoir « traversé, dit Paul Ricoeur, la rigueur, l'intransigeance et l'impartialité de la morale abstraite et avoir affronté le tragique de l'action⁶⁸ ».

Mais ce jeu croisé peut-il vraiment se pratiquer à l'échelle mondiale, au cœur de ces multiples foyers d'où s'élèvent règles d'unification et principes d'harmonisation ?

Ce serait pourtant la condition d'une mondialisation à la fois raisonnable et souhaitable. La seule qui permettrait de « nous réveiller hors du monde de Max Weber », ce monde obscur où rationalité rime avec désenchanté⁶⁹.

-
1. Pierre Bouretz, *Les Promesses du monde. Philosophie de Max Weber*, Paris, Gallimard, 1996, p. 313 et s., « Raisons du droit et formes de l'Etat ».
 2. Voir Chaïm Perelman, notamment *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 1988 ; également « Le raisonnement juridique, une logique de l'argumentation », in *Ethique et droit*, Bruxelles, Ed. de l'université de Bruxelles, 1990.
 3. Voir *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation : premier bilan*, sous la dir. de Gilles Martin, à paraître (Paris, LGDJ, 1998).
 4. Voir Antoine Jeammaud, « Des concepts en jeu », in *ibid.*
 5. Voir Gérard Farjat, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *ibid.*

6. Voir notamment Gunther Teubner, *Le Droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993.
7. Voir Laurence Boy, « La valeur juridique de la normalisation », in *Après la déréglementation*, *op. cit.*
8. Voir in *Après la déréglementation*, *op. cit.* : Nicole Decoopman, « A propos des AAI et de la déréglementation » ; Serge Guinchard, « L'évitement du juge civil » ; Mireille Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits ».
9. Laurence Boy, « L'éco-label communautaire, un exemple de droit postmoderne », in *Revue internationale de droit économique*, 1997, p. 69 et s.
10. Voir Alain Couret, « La dimension internationale de la production du droit : l'exemple du droit financier », in *Après la déréglementation*, *op. cit.* ; également Marie-Anne Frison-Roche, « Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers », *Banque et droit*, 1995, p. 46 et s.
11. Voir Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, Litec, 1996.
12. Laurence Boy, « Les "utilités" du contrat », in *Les Petites Affiches*, n° 109, 10 septembre 1997, p. 3 et s. Comparer avec Marie-Anne Frison Roche, « La redécouverte des piliers du droit : le contrat et la responsabilité », in *Après la déréglementation*, *op. cit.*
13. Voir Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Mille plateaux*, Paris, Ed. de Minuit, 1980, notamment p. 31.
14. Olivier Cayla, « Le coup d'Etat de droit », *Débat*, 1998, p. 108 et s.
15. La France a d'ailleurs été à nouveau condamnée, le 24 août 1998, cette fois pour une interprétation jugée trop restrictive de la loi adoptée en 1991.
16. Gérard Timsit, *Les Noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 166. Voir aussi Mireille Delmas-Marty, « Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*, signification et limites », à paraître in *Mélanges Ryssdal* (Cologne, Carl Heymanns, 1998).
17. Gérard Timsit, *Les Figures du jugement*, Paris, PUF, 1993 ; également *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995.
18. *Affaire linguistique belge*, CEDH, 23 juillet 1968.
19. Voir Patrick 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.
20. Arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994.

21. Arrêt *B c. France*, 25 mars 1992 ; voir les critiques de Marie-Thérèse Meulders-Stein, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe continentale », *Droit et société*, 1993, p. 163 et s. ; également « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 767.
22. Voir Mireille Delmas-Marty, « Pluralisme et traditions nationales », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, sous la dir. de Paul Tavernier, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 81 et s.
23. André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998, p. 36.
24. Patrice Meyer-Bisch, in *Ethique économique et droits de l'homme*, sous la dir. de Marco Borghi et Patrice Meyer-Bisch, Fribourg, Ed. universitaires, 1998, p. 36.
25. Voir Armand Grolier, « Le retour de la taxe Tobin », *Economie et humanisme*, n° 345, juillet 1998, p. 88 et s.
26. Patrice Meyer-Bisch, in *Ethique économique et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 37.
27. Voir Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Ed. du Seuil, 1994, en particulier p. 223 et s., « Le laboratoire européen ».
28. Voir arrêt *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, *RTDH*, 1997, p. 685, observation Larralde.
29. Frédéric Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam », *Semaine juridique [JCP]*, I, 1998, p. 100. ; également, Patrick Wachsmann, « Les droits de l'homme dans le traité d'Amsterdam », *Revue trimestrielle de droit européen [RTDeur.]*, 1997, p. 883.
30. Voir arrêt *Winterwerp c. Pays Bas*, 24 octobre 1979.
31. Voir, par exemple, l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981.
32. François Ost, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », à paraître in *Après la déréglementation*, *op. cit.*
33. Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 283 (« Au pays des nuages ordonnés »).
34. Pierre Legrand, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC*, 1996, p. 779 et s.
35. Michael Walzer, *Thick and Thin, Moral Argument at Home and Abroad*, Londres, University of Notre Dame Press, 1994, p. 82 : « when identities are multiplied, passions are divided ».
36. Raymond Saleilles, *Congrès international de droit comparé*, Paris, LGDJ, 1900, p. 13 ; également *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXIX, 1900, p. 397.
37. Voir Jérôme Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », thèse

EHESS, 1994.

38. Voir Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971.
39. Voir René Cassin, « Droits de l'homme et méthode comparative », *RIDC*, 1968, p. 449 et s.
40. Sur le rôle du droit comparé dans l'élaboration de la *lex mercatoria*, voir Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *Journal de droit international*, 1995, p. 5 et s.
41. Voir, notamment, *Le Droit commun de l'Europe et l'Avenir de l'enseignement juridique*, sous la dir. de Bruno de Witte et Caroline Forder, Deventer, Kluwer, 1992. Voir également les critiques de Bruno Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 71 et s.
42. Hein Kötz et Axel Flessner, *European Contract Law*, trad. anglaise T. Weir, Oxford, Clarendon Press, 1997, Préface, p. ix : « structures common to Europe as a whole, indicating what rules are generally accepted and whether they are converging or diverging ». Egalement, pour le droit pénal, Karl Tiedemann, « Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionen Recht », *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, De Gruyter, 1998, p. 497 et s.
43. Voir *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty, Paris, Maison des sciences de l'homme, série « Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal » : 1995, vol. 1, « Europe » ; 1995, vol. 2, « Chine » ; 1996, vol. 3, « Asie » ; 1996, vol. 4, « Institutions internationales » ; 1997, vol. 5, « Bilan comparatif et propositions » ; à paraître (1998), vol. 6, « Pays d'islam ». Une version chinoise a été simultanément publiée à Pékin et une traduction en arabe est envisagée, ainsi qu'en persan.
44. Notamment Gérard et Antoine Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, 1993 (3^e éd.) ; *Les Mutations du droit administratif en Europe*, sous la dir. de Gérard Marcou, Paris, L'Harmattan, 1995 ; *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; Hein Kötz et Axel Flessner, *European Contract Law*, *op. cit.*, 1997 ; Claude Martin, « Comparer les questions familiales en Europe », in *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, sous la dir. d'Irène Théry, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 304 et s.
45. *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, *op. cit.*, vol. 5, p. 140.
46. *Ibid.*, p. 66.
47. Voir Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, dans « Les mouvements islamistes, la loi islamique et les droits de l'homme » (*RTDH*, 1998, p. 251 et s.), qui conclut à une incompatibilité radicale.

48. Voir *Musulmans, pouvoirs et société, d'après les dits et écrits de S. E. Serigne Madior Cissé*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 273.
49. Antoine Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35 et s.
50. Voir Andrea Giardina, « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *Journal de droit international*, 1995, p. 547 et s.
51. Voir Jean-Luc Vallens, « La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », *Recueil Dalloz 1998*, chr. 157.
52. Le texte, traduit dans les onze langues de la Communauté, a été publié dans une première version bilingue en 1997 (Paris, Economica, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty).
53. Sur le pluralisme, très présent dans les travaux d'anthropologie juridique, voir les exemples cités par Norbert Rouland, in *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991 ; *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, notamment p. 31, « L'archipel planétaire ».
54. Voir Mireille Delmas-Marty et Jean-François Coste, « Les droits de l'homme : logiques non standard », *Le Genre humain*, 33, Paris, Ed. du Seuil, 1998, « Interdisciplinarités », p. 135 et s.
55. John Rawls, *Justice et démocratie*, Paris, Ed. du Seuil, 1993, p. 327. On peut rappeler aussi l'idée chère à Pic de la Mirandole, dans sa tentative de synthèse du savoir universel de l'époque, de « concorde discordante » (*Heptaplus*, 1489).
56. Paul Ricœur, *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 220.
57. Sur les limites de l'harmonisation européenne du droit des sociétés et l'enlèvement de la 5^e directive, concernant la structure des sociétés anonymes et l'organisation de leurs organes, voir *La Modernisation du droit des sociétés*, rapport Marini au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1996. Egalement Bruno Oppetit, « Retour à un droit commun européen », *loc. cit.*
58. Voir Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria* », *loc. cit.*
59. Ronald Dworkin, *Une question de principe* (trad. de *A Matter of Principle*), Paris, PUF, 1996, p. 151 et s.
60. *Ibid.*, p. 181.
61. Florence Massias, note sous l'arrêt *Putz c. Autriche*, CEDH, 22 février 1996, *RTDH*, 1997, p. 492 et s.
62. Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976.
63. Arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979.

64. Arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981.
65. Arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, observations François Rigaux, *RTDH*, 1998, p. 116 et s.
66. Arrêt *Rees c. France*, 17 octobre 1986.
67. Observations François Rigaux, citées, *RTDH*, 1998, p. 116 et s.
68. Paul Ricœur, *Le Juste*, *op. cit.*, p. 221.
69. Pierre Bouretz, *Les Promesses du monde. Philosophie de Max Weber*, *op. cit.*, p. 544 (« La paix du monde et le réveil hors du 20^e siècle »).

Est-ce souhaitable ?

Est-il vraiment souhaitable d'en arriver là et de promouvoir une mondialisation du droit qui risque d'être plus dangereuse que bénéfique ? C'est la question que l'on ne manque pas de se poser, comme s'il était vain de chercher une légitimité à un phénomène par hypothèse illégitime car il met en cause le fragile édifice de la souveraineté populaire qui fonde la non moins fragile démocratie.

La réponse est d'autant moins aisée que l'on serait bien embarrassé d'avoir à définir la démocratie, surtout à l'échelle planétaire, sachant que des 185 Etats membres de l'ONU, moins de la moitié jouissent d'élections libres et respectent un minimum de droits civiques. Sachant aussi que même les Etats considérés comme démocratiques se comportent souvent, au plan mondial, de façon peu conforme à cet idéal.

D'ailleurs, sait-on au juste ce que c'est que la démocratie ? Certes, des ouvrages entiers se sont attachés à en définir les contours et en préciser les règles. Mais leur nombre en lui-même est déjà suspect, comme s'il fallait toujours récrire sur un objet insaisissable, dont l'essentiel ne cesse de s'échapper. A force d'invoquer la démocratie à toute occasion, le mot ne voudrait plus rien dire : « *for democracy appears to mean everything, and therefore nothing¹* ».

Pourtant, il est impossible de s'en passer. Tous les développements qui précèdent montrent que, malgré la fin de l'histoire annoncée autour de

l'Américain Fukuyama par le courant libéral (*Liberal Millenarianism*), l'histoire continuera. Elle continuera « sans doute moins comme une lutte entre les idéologies, mais comme le processus douloureux par lequel la démocratie tente de se manifester dans le contexte d'une vraie place de marché globale² ». Place de marché sans doute aussi au sens de l'agora de la cité grecque, qui symbolise le gouvernement du peuple par lui-même. Mais, de la cité à la planète, la différence est telle que de simples ajustements risquent de se révéler très insuffisants. Avouant ne pas croire beaucoup aux définitions, Robert Darnton et Olivier Duhamel³ citent seulement deux éléments, en effet essentiels, pour qualifier un système de démocratique : « la libre sélection des gouvernants par le peuple, et le respect des droits de l'homme par les gouvernants ».

Nous voici revenus à la case départ : le marché et les droits de l'homme. Sachant que seule leur interdépendance réussira à réduire les tensions, il reste à savoir comment la mettre en œuvre à l'échelle mondiale. A une telle échelle, « la libre sélection des gouvernants par le peuple » est encore à organiser. Presque tout reste à faire. La sélection des gouvernants renvoie à l'exigence d'institutions démocratiques, quasiment absentes à l'échelle mondiale, et le respect des droits de l'homme par les gouvernants implique une « société démocratique », ajoutant à la démocratie représentative la nécessité d'une démocratie partagée ou citoyenne, qui ne se limite plus au bulletin de vote déposé dans l'urne de façon intermittente, mais implique une participation active et permanente. Le paradoxe, à l'échelle mondiale, étant que la faiblesse des institutions laisse une place à la société civile, dont témoigne d'ailleurs le nombre croissant d'organisations non gouvernementales (ONG) actives au plan mondial.

Le constat actuel n'en est pas moins préoccupant, car les ONG sont elles-mêmes de peu de poids, comparées aux réseaux d'intérêts privés qui se mettent en place dans les vastes zones laissées libres par la vacance des institutions. Même à l'échelle d'une région déjà organisée, comme l'Europe, l'internationalisation du marché semble aller beaucoup plus vite que celle de la démocratie. Comme le droit mondial, ce droit européen qui se fait par fragments, tantôt unifiés et tantôt harmonisés, semble caractérisé par un tel *déséquilibre des pouvoirs* que la démocratie reste un horizon lointain *encore à conquérir*.

Le déséquilibre des pouvoirs

Le déséquilibre existe déjà au plan national, mais il est considérablement renforcé au plan international, régional ou mondial. D'abord pour des causes que l'on pourrait appeler externes, car elles tiennent à la faiblesse des institutions face aux « nouveaux pouvoirs » qui dominent le monde. Organisés en réseaux au service d'intérêts d'abord privés (économiques, scientifiques ou médiatiques), leur mondialisation est de nature à porter atteinte à la primauté de l'intérêt général.

Surgit alors le second déséquilibre, qui sert d'ailleurs souvent d'argument, ou de prétexte, pour continuer à développer ces réseaux en marge de tout contrôle, c'est le déséquilibre interne, celui qui tient à l'inadéquation des institutions internationales. Observable même à l'échelle européenne, il prend des proportions désastreuses à l'échelle mondiale.

LES « NOUVEAUX POUVOIRS » QUI DOMINENT LE MONDE

Si les réseaux économiques sont à placer au premier rang, avec leurs principaux acteurs, les entreprises multinationales, ils ne sont pas les seuls à régner sur le monde. C'est en amont du processus de fabrication des produits qu'il faut parfois se placer⁴, par exemple dans le domaine de l'industrie pharmaceutique, où il est devenu nécessaire, pour amortir des coûts de plus en

plus lourds, de renforcer l'articulation avec les réseaux de recherche biologique et chimique fondamentale, eux-mêmes mondialisés. En fait, c'est tout le domaine de la médecine et de la santé qui devient dépendant des réseaux de recherche que l'on nomme désormais « biomédicaux », marquant l'avènement de cette nouvelle forme de pouvoir que Michel Foucault avait dénommée le « biopouvoir ». Enfin, les années quatre-vingt marquent la mondialisation progressive des réseaux médiatiques, qu'il s'agisse de la presse écrite, des programmes de télévision, des banques de données ou de l'amorce d'un réseau mondial entre micro-ordinateurs connectés sur Internet.

Le règne des multinationales

Le phénomène bien connu de la libéralisation du commerce international par l'ouverture des échanges extérieurs à partir des années soixante s'est encore amplifié ces dernières années, en dépit de quelques variations conjoncturelles (notamment au début des années quatre-vingt) : la croissance du commerce mondial aura été, dans la période 1990-1995, en moyenne quatre fois supérieure à celle de la production⁵. Parallèlement, les grandes entreprises n'ont pas seulement accru leurs exportations, elles ont aussi développé leurs établissements à l'étranger : les flux d'investissements directs, qui étaient passés d'environ 40 milliards de dollars au début des années quatre-vingt à 290 milliards en 1995, ont connu une croissance presque continue⁶. Mais c'est sans doute la globalisation financière qui est devenue l'aspect essentiel de la globalisation économique. Résultante d'un triple mouvement, de déréglementation (notamment par le démantèlement des dispositifs de contrôle des changes), de décloisonnement, par l'abolition des frontières, entre marchés nationaux et entre produits financiers, et enfin de « désintermédiation », dans la mesure où les opérateurs internationaux peuvent recourir directement aux marchés financiers, sans passer par les intermédiaires financiers et bancaires traditionnels, cette globalisation se traduit par la libre circulation des flux financiers d'un bout à l'autre du globe. Ceux-ci sont cinquante fois plus

importants en valeur que les transactions de biens et de services et les flux privés dépassent les réserves de change des banques centrales⁷.

Or les principaux acteurs sont les entreprises multinationales, qui constituent aujourd'hui le maillon central de l'interdépendance économique mondiale, en assurant, selon une étude des Nations unies pour 1995, un tiers de la production mondiale et en réalisant un chiffre d'affaires de l'ordre de 5 200 milliards de dollars, supérieur au commerce des biens et services. Encore faut-il observer la concentration de l'activité entre les mains de quelques-unes d'entre elles : sur les 37 000 multinationales recensées, les 100 premières réalisent à elles seules les trois quarts du chiffre d'affaires global. Les plus dynamiques d'entre elles n'hésitent d'ailleurs pas à recourir à une stratégie complexe, qualifiée par le patron de Sony, M. Morita, de « glocalisation », en ce qu'elle combine globalisation, c'est-à-dire intégration croissante, et localisation, c'est-à-dire adaptation à l'extrême diversité des demandes.

Certains effets bénéfiques sont indiscutables : productivité et efficacité créatrices de millions d'emplois, investissements au niveau international pour la construction de routes, d'aéroports et d'usines dans les pays pauvres : « Durant les seules années quatre-vingt-dix, les investisseurs étrangers ont déversé 1 000 milliards de dollars dans les pays en voie de développement ; ce commerce et ces investissements élèvent le niveau de vie de certaines nations plus vite que beaucoup ne le croyaient possible⁸. » Encore faut-il tenir compte des effets négatifs, non moins étonnants, qui vont de l'effet de déstabilisation qui facilite la propagation des crises, comme on l'a vu avec la crise asiatique, à l'accroissement des inégalités, au plan national comme au plan international : aux Etats-Unis, par exemple, l'inégalité entre les salaires des 10 % les mieux payés de la population et des 10 % les moins payés a augmenté de 80 % entre 1970 et 1990 ; au plan international, les écarts s'accroissent dramatiquement entre zones participant au mouvement de mondialisation et zones exclues, oubliées : en 1980, les 102 pays les plus pauvres réalisaient 8 % des exportations et 9 % des importations mondiales ; en 1990, ces taux étaient tombés à 1,4 % et 5 % : « Le monde d'aujourd'hui, plus maillé, plus interdépendant que le monde d'hier, est aussi un monde plus divisé, plus déchiré qu'autrefois. [...] Et les

espoirs de rattrapage s'éloignent à mesure que se renforce le jeu autocumulatif des externalités du développement technique⁹. »

Et c'est précisément là le point inacceptable et la limite de cette « idéologie du monde » que serait devenue l'économie de marché érigée en modèle universel : le fonctionnement, même optimal, d'une économie de marché, fût-elle la plus riche, ne garantit pas la survie de l'ensemble de la population ; et « cette déficience structurelle de l'économie de marché est le point d'entrée du modèle social, des considérations collectives et de la solidarité. Marché et "socialisme" ont ainsi partie liée puisque le premier est vide de sens sans le second¹⁰ ». En somme, la régression de la démocratie n'est pas inscrite dans le triomphe de l'économie de marché, précisément parce que ce n'est pas « le marché », conçu comme une entité désincarnée, qui a triomphé, mais le petit groupe de ceux qui sont en position de le dominer ; ce triomphe risquant d'entraîner de tels dysfonctionnements qu'ils pourraient aboutir à l'effondrement et de la démocratie et du marché. D'où la nécessité, l'urgence, de réintroduire des règles du jeu qui ne soient pas posées par les acteurs eux-mêmes, mais de l'extérieur et dans l'intérêt général, donc par les institutions publiques, qu'elles soient régionales ou mondiales, qui commencent à se mettre en place. D'autant que l'urgence n'est pas moindre face à l'extension des réseaux scientifiques qui laisse craindre l'avènement d'un biopouvoir.

L'avènement d'un biopouvoir

Les scientifiques le disent eux-mêmes : « En science, la première moitié du siècle qui s'achève a été dominée par la physique ; la seconde moitié par la biologie qui s'est complètement transformée pendant cette période¹¹. » Et cette rapidité des avancées scientifiques ne laisse guère de temps pour élaborer les réponses juridiques qui seraient nécessaires au plan mondial, régional ou national. Qu'il le veuille ou non, le droit, « saisi par la biologie¹² », est contraint de suivre le rythme des innovations et devient lui-même un objet expérimental, comme on le voit avec les lois françaises sur la bioéthique, votées en 1994 à la condition d'être réexaminées par le Parlement cinq ans plus tard. Mais ce droit

national à l'essai ne suffira pas. Le développement des réseaux de recherche biomédicale est l'exemple même d'une mutation qui, par sa rapidité et son ampleur, exigerait une réponse juridique mondiale, le risque étant alors, tant les enjeux financiers sont lourds, de laisser les arguments économiques et commerciaux prendre le dessus sur le respect des droits de l'homme, et d'abord des malades.

Les malades furent pendant longtemps traités comme les pauvres, dans les mêmes « hôtels-Dieu ». D'où la notion d'« assistance publique », complétée, dès le XIX^e siècle, par l'idée de prévention sanitaire, qui conduira à celle de police sanitaire et de santé publique, avec le risque de déviations que cela comporte. Claire Ambroselli¹³ montre ainsi comment, à partir des pratiques de sélection raciale mises en place en Allemagne dès avant la Seconde Guerre mondiale, la pensée médicale s'est transformée en une « pensée biologique », l'une et l'autre se retournant contre elles-mêmes, au point d'en arriver à ce scandale des médecins nazis qui tuent des pensionnaires d'asile avec l'autorisation administrative et politique de l'Etat. La « science raciale » est alors devenue arme politique pour décider quel groupe humain doit être exclu du monde.

Si le nazisme a été, selon Michel Foucault, la combinaison la plus naïve et la plus rusée de cette « mise en ordre eugénique », le pouvoir s'attache en réalité à tout le discours scientifique. Pour reprendre sa formule¹⁴, le biopouvoir « investit la vie de part en part ». L'idée sous-jacente est que « le fait de vivre n'est plus ce soubassement inaccessible qui n'émerge que de temps en temps, dans le hasard de la mort et de la fatalité ; il passe pour une part dans le champ de contrôle du savoir et d'intervention du pouvoir ». Le langage évolue aussi : la vie humaine, de la naissance à la mort, devient un processus, l'individu se ramène à l'espèce et la société se nomme « population », la médecine elle-même se transformant en technique d'intervention. Par leurs exclusions, leur langage, et plus largement par l'« effet de vérité » qu'elles produisent, les sciences du vivant seraient au premier rang des formes de pouvoir de notre époque.

Et ces formes de pouvoir se sont étendues bien au-delà de la puissance humaine de destruction. Étendues jusqu'au pouvoir suprême, celui de créer la

vie. Hannah Arendt¹⁵ l'avait déjà pressenti : « le nouveau pouvoir créateur n'est pas moins redoutable, il n'est pas moins difficile de s'en arranger », ajoutant cette remarque prémonitoire : « nous espérons pouvoir dans un avenir assez peu éloigné créer ou recréer le miracle de la vie ». C'est chose faite. Il aura fallu à peine quelques décennies pour arriver à la banalisation des techniques de procréation artificielle et au questionnement sur le clonage reproductif humain, avec les effets économiques et juridiques, mais aussi les interrogations éthiques que cette évolution entraîne.

Sur le plan économique, la politique de santé devient de plus en plus coûteuse, au point qu'il a fallu en France modifier la Constitution (par la loi constitutionnelle du 22 février 1996) pour charger le Parlement, et non plus seulement le gouvernement, de fixer les objectifs de dépenses de la Sécurité sociale, et notamment ceux de l'assurance maladie. L'insuffisance des moyens est d'autant plus grave que la grande pauvreté, le chômage et l'instabilité familiale sont aujourd'hui des facteurs importants de dégradation de l'état de santé et qu'il devient essentiel d'imposer le respect du principe d'égalité d'accès aux soins.

Il reste à craindre que la politique de santé ne soit dominée par les contraintes économiques. On l'observe au plan européen avec le débat sur la protection juridique des inventions biotechnologiques, marqué par la difficulté à maintenir la compétitivité de l'Union européenne sans sacrifier la légitimité des choix éthiques. Mais c'est en France que l'on a découvert ce risque, révélé de façon éclatante par l'affaire dite du sang contaminé¹⁶. Déjà en 1992, la condamnation pénale des responsables du Centre national de la transfusion sanguine avait été prononcée sur la base d'un délit propre au droit économique (la tromperie sur la qualité des produits). Plus récemment, l'arrêt du 20 juillet 1998, par lequel la commission d'instruction renvoie les trois ministres impliqués dans l'affaire devant la Cour de justice de la République (pour homicides involontaires et atteintes involontaires à l'intégrité physique des personnes), insiste sur « les retards fautifs découlant du primat de l'économie sur le sanitaire » et sur le « blocage, pendant plusieurs mois, du dépistage

« systématique, par des considérations commerciales ». C'est dire le lien de plus en plus étroit entre considérations économiques et juridiques.

Sur le plan juridique, il devient clair que plus la science progresse, moins ses échecs sont admis. Conscient des relations de plus en plus étroites que le droit entretient avec la santé, le Conseil d'Etat a consacré en 1998 son rapport annuel à des « réflexions sur le droit de la santé ». C'est l'occasion de souligner que l'espoir, sans doute chimérique, que tout devienne techniquement possible aurait pour corollaire juridique l'extension quasi illimitée de la responsabilité des professionnels de santé¹⁷. Depuis l'arrêt *Bianchi* de 1993, une responsabilité sans faute du service public hospitalier, fondée ouvertement sur le risque, est admise sous certaines conditions, il est vrai nombreuses et restrictives. Cet arrêt, rendu deux mois après que les pouvoirs publics eurent renoncé à présenter au Parlement un projet de loi visant à l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, est sans doute marqué par la volonté de renforcer l'indemnisation des victimes. Mais, selon le Conseil d'Etat lui-même, « le ressort profond de la jurisprudence *Bianchi*, c'est le sentiment de solidarité à l'égard de victimes d'un destin particulièrement tragique », même s'il ne peut manquer de relever, sur le strict plan des principes, « la difficulté consistant à traiter une question de *solidarité* par les voies de la *responsabilité* »¹⁸.

La solidarité ne s'arrête évidemment pas aux frontières nationales. Certes, l'analyse juridique pourrait donner l'illusion que chaque Etat reste maître de sa politique de recherche en matière biomédicale. Cependant, dès que l'on aborde les enjeux éthiques, il est clair qu'ils se posent désormais à l'échelle planétaire. En consacrant ses journées nationales de 1997 à la recherche des conditions d'un accord sur une éthique commune à l'espèce humaine, le Comité national d'éthique ouvre la voie à une telle réflexion¹⁹. De son côté, le Conseil d'Etat, lorsqu'il compare dans son rapport²⁰ le clonage humain reproductif à l'esclavage, marque aussi le lien avec les droits de l'homme dans leur dimension universelle : « La production en laboratoire d'êtres humains répondant à des caractéristiques physiques, voire mentales, définies sur commande constituerait une atteinte à la dignité plus radicale encore que ne le fut l'esclavage ; en effet, ce n'est pas seulement l'agir de l'homme qui serait irrémédiablement brisé, mais

aussi son être. » Si la Convention européenne du 4 avril 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine ne traite pas la question, le protocole additionnel, signé à Paris le 12 janvier 1998, pose un principe d'interdiction, d'efficacité, il est vrai, limitée, à défaut de contrôle juridictionnel. Face à la mondialisation des réseaux de recherche, les pouvoirs des institutions internationales restent encore dérisoires. Car c'est aussi à l'échelle mondiale que devrait s'appliquer le principe de précaution dont on découvre qu'il a « pour conséquence évidente, et peut-être pour fonction essentielle, de séparer l'univers scientifique, où la preuve s'acquiert lentement [...], de l'univers politique », où l'urgence impose de prendre une décision sur de simples présomptions²¹. Comme il faudra sans doute que des institutions internationales s'attachent à séparer l'univers médiatique de l'univers politique.

La mondialisation médiatique

C'est en 1832 que Charles Louis Havas crée son « bureau d'information », bientôt rebaptisé « agence Havas ». D'emblée sont posés les deux principes de la mondialisation médiatique : une couverture planétaire de l'information et une capacité à transporter celle-ci toujours plus vite (du pigeon voyageur au satellite, en passant par le télégraphe, la télécopie, etc.). Pourtant, les médias resteront exclusivement nationaux jusqu'aux années soixante à soixante-dix. C'est sans doute le développement technique qui déclenche, à partir des années quatre-vingt, une formidable progression de la mondialisation, qui atteint non seulement le secteur de l'information, mais encore l'organisation même des groupes de presse, de télévision ou d'informatique en véritables groupes de communication à vocation mondiale. Alimentés par des agences d'information internationales, et soutenus financièrement par des agences de publicité, prêtes à préférer les médias à dimension internationale, les groupes de presse, qui privilégient la mondialisation des magazines (certains étant même conçus comme tels dès l'origine), pratiquent différentes stratégies²² : soit le recours à des filiales locales, soit l'acquisition d'une maison d'édition et de titres sur place, soit la

création d'une société commune avec un éditeur local, soit la concession d'un titre en licence auprès d'un groupe local.

Dans le domaine audiovisuel, il faut distinguer les programmes de radio, peu mondialisés, sauf en ce qui concerne la musique (où l'on connaît le poids de la production anglo-saxonne), des programmes de télévision, dont la mondialisation s'est tout de suite affirmée, avec l'importance donnée aux séries et aux films américains. Mais le statut public des télévisions généralistes avait freiné le mouvement. En revanche, la privatisation des télévisions européennes dans les années quatre-vingt a amplifié le phénomène, malgré la directive européenne « Télévision sans frontières » entrée en vigueur en 1991 et fixant l'obligation de diffuser des œuvres européennes à 60 %. Quant à l'information proprement dite, les chaînes publiques ont depuis longtemps créé leur banque d'échanges, puis la chaîne d'information Euronews. De leur côté, les chaînes privées, rémunérées par abonnement, ont eu d'emblée besoin de travailler sur des marchés internationaux, pour des raisons de rentabilité. Le câble et le satellite donneront naissance aux « bouquets de programme » qui conduisent à de nombreux projets de regroupement ; l'exemple le plus connu est celui de CNN, chaîne conçue dès l'origine comme chaîne d'information à l'échelle planétaire, et organisée comme telle, regroupant 2 000 journalistes et techniciens autour d'une équipe de 14 *assignment editors*, spécialisés chacun dans une partie du monde ou un domaine particulier ; ce qui n'exclut pas un partenariat avec les télévisions nationales de nombreux pays, permettant ainsi à CNN d'être en mesure de proposer des images, même quand ses propres journalistes n'ont pu se déplacer.

Parallèlement, les premières banques de données informatisées apparaissent au début des années soixante-dix, mais elles se développeront surtout à partir des années quatre-vingt, avec l'apparition d'une multitude de réseaux et services, souvent à l'initiative des télécommunications, le plus célèbre et le plus populaire étant le réseau Minitel en France. Toutefois, leur internationalisation reste faible. Le paysage sera complètement bouleversé avec l'interconnexion des réseaux locaux, de centres de recherche, d'universités, et la construction d'Internet. D'origine complètement privée, sans aucune intervention d'une autorité

publique, Internet fut d'emblée conçu à l'échelle planétaire, comme un réseau de services interactif qui ne se limite pas à des activités médiatiques, mais inclut courrier électronique, transfert de fichiers, forum de réflexions thématiques, images, vidéo-conférences, etc. Si la plupart des grands médias ne peuvent courir le risque de rester en dehors, il est encore difficile de prédire l'ampleur que prendront les pratiques liées à Internet dans les prochaines années.

Tout au plus peut-on tenter de mesurer les enjeux liés à cette mondialisation sans précédent des réseaux médiatiques, au sens le plus large du terme. Devant l'ampleur des moyens mis ainsi à la disposition du secteur privé, la crainte d'un assujettissement aux impératifs économiques de rentabilité est évidemment très présente, avec le risque d'une culture uniformisée, homogénéisée, qui pourrait exprimer l'hégémonie du modèle économiquement le plus fort. A cela, des réponses tentent d'être données, par la diversification et la promotion de productions culturelles locales, tandis que certains rêvent d'une bibliothèque planétaire, librement et gratuitement accessible sur Internet²³, ou d'une université pour le cybermonde, rendue possible par la révolution des NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication)²⁴.

Mais les enjeux ne sont pas seulement économiques et culturels, ils sont aussi d'ordre politique. S'il est vrai que la liberté de l'information est l'une des conditions essentielles de la démocratie, on constate aujourd'hui que « l'évolution des médias change les règles du jeu démocratique²⁵ », et cela par un certain nombre d'effets pervers, qui vont de la personnalisation du pouvoir à la modification du discours politique et traduisent un véritable transfert de pouvoir aux médias. Mais ces effets sont encore accrus par la mondialisation, qui finit par déstabiliser la démocratie en supprimant la fonction d'intégration nationale de la presse traditionnelle. A cet égard, le manque de connexion entre les nouveaux médias, notamment Internet, et les communautés politiques nationales sonnerait le glas de l'Etat-nation : « Comme la presse écrite décapita la monarchie, la radio châtra le Parlement et la télévision évinça les partis politiques, les nouveaux médias peuvent démanteler l'Etat-nation²⁶. » A moins d'élargir au contraire la démocratie en donnant un rôle nouveau au « citoyen

internaute », pour reprendre l'expression du Conseil d'Etat dans son dernier rapport²⁷.

D'autant que la privatisation de l'information pose aussi des problèmes de sécurité²⁸. L'information, y compris quand elle porte sur des renseignements d'origine spatiale, est devenue une marchandise comme une autre, qui lance de redoutables défis aux Etats supposés garantir la sécurité nationale. Le débat s'est engagé à l'échelle mondiale à travers les possibilités offertes par les techniques de cryptologie qui permettent, par le chiffrement des données, d'assurer la confidentialité d'une information ou, à l'inverse, de vérifier l'identité de l'émetteur ou l'intégrité du message. Instrument rendant possibles à la fois la répression des délits qui peuvent se commettre sur le réseau Internet et la protection de la confidentialité des messages (à des fins privées, protection de la correspondance électronique, ou publiques, protection des informations intéressant la sécurité nationale), la cryptologie est devenue un enjeu de pouvoir à l'échelle mondiale. Dotée d'une législation protectrice (lois du 29 décembre 1980 et du 26 juillet 1996, auxquelles s'ajoutent les deux décrets du 24 février 1998), la France met en place un système de déclaration et d'autorisation préalables : les clés secrètes du décryptage sont désormais détenues par des « tiers de confiance » agréés par le Premier ministre. Sachant que la Commission européenne veut libéraliser plus largement l'usage de la cryptologie et que les Etats-Unis sont divisés entre la position libérale de la Cour suprême²⁹, les projets de réglementation du gouvernement fédéral et la pression des entreprises en faveur d'une libéralisation totale, l'adoption d'une réglementation purement nationale risque d'avoir des effets limités : « Dans un contexte de guerre et de renseignement industriel tous azimuts, on voit mal comment des interlocuteurs étrangers accepteront de confier leurs clés secrètes à un tiers de confiance français [...] le système du tiers de confiance risque en définitive, s'il parvient à se mettre en place, de demeurer strictement franco-français³⁰. » Pourtant, on voit mal également comment un pays pourrait renoncer à toute législation dans un domaine aussi sensible pour les intérêts nationaux.

Finalement, l'inventaire de ces réseaux qui se sont développés en marge des Etats laisse un peu perplexe : plus que jamais nécessaire, le droit national, et

même régional comme le droit européen, devient à l'évidence insuffisant³¹. En somme, ce sont ces nouveaux pouvoirs qui, par leur existence même, imposent la réponse à la question liminaire : est-il souhaitable de promouvoir un droit mondial ? La réponse est qu'on n'a pas vraiment le choix. Si le droit interne est insuffisant, il ne semble pas non plus que le droit international traditionnel, limité aux relations entre Etats, apporte des réponses satisfaisantes. En conclusion de récentes journées d'études sur l'enseignement du droit international, Jean Combacau³² propose « un déplacement de la définition du droit international », de telle sorte que son champ puisse inclure « actuellement ou virtuellement », précise-t-il, comme pour marquer l'évolution encore inachevée, « l'ensemble des relations juridiques internationales, privées comme publiques, quelques parties qu'elles mettent en présence : Etats, bien sûr, mais aussi Etats et particuliers et particuliers entre eux ». Au-delà des questions de délimitation de territoire entre « internistes », comme on désigne les spécialistes du droit interne, et « internationalistes », spécialisés en droit international, c'est en réalité d'un décroisement des disciplines juridiques que l'on aurait besoin ici encore, s'ajoutant à la nécessité, évoquée plus haut, d'un décroisement entre spécialistes de droit comparé et spécialistes de droit international.

Au fond, une véritable rupture épistémologique serait nécessaire pour aborder ce droit qui n'est plus seulement étatique, ni interétatique, mais devient supra-étatique ; une rupture pour renouer les fils qui ont été distendus, tout à la fois par une mondialisation galopante et par une spécialisation toujours croissante et sans doute excessive. Il ne s'agit évidemment pas de supprimer toute spécialisation et de transformer tout juriste en « généraliste », supposé tout connaître, et ne sachant finalement rien. En revanche, il est parfaitement concevable de revenir à une formation plus diversifiée et d'éviter l'enfermement dans une discipline unique : il suffirait de développer les échanges entre spécialités différentes et de vivre cette interdisciplinarité non comme une concurrence, mais simplement comme un travail en équipe.

C'est dans cet esprit interdisciplinaire que je voudrais décrire l'inadéquation des institutions internationales, déjà observable à l'échelle d'une région comme l'Europe, et *a fortiori* à l'échelle mondiale.

L'INADÉQUATION DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Devenu supra-étatique, le droit n'en est pas pour autant devenu démocratique. « Supra-étatique », dans la mesure où il ne se limite plus aux relations entre Etats et peut être opposé *par* un individu, notamment par le jeu des requêtes individuelles instituées en matière de droits de l'homme, ou à un individu, par exemple au cas de crime contre l'humanité, ce droit en cours de mondialisation évoque aussi la définition du droit « cosmopolitique » proposée par Jürgen Habermas : « La clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuels, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux³³. »

Mais tout le problème est là : pour que ces sujets cosmopolites, nouveaux citoyens du monde, soient effectivement libres et égaux, il faudrait que leurs droits soient garantis par des institutions démocratiques. Comment imaginer un seul instant un droit mondial démocratique ? Les réseaux médiatiques décrits plus haut nous tiennent suffisamment informés de la situation sur la planète pour que nous mesurions l'écart entre une telle utopie et la réalité quotidienne.

Kant avait d'ailleurs déjà écarté l'idée d'une république universelle, craignant qu'elle ne conduise au despotisme, même s'il en a parfois exprimé une certaine nostalgie³⁴. A deux siècles de distance, la forme républicaine et, plus largement, la forme démocratique se sont progressivement développées, mais la crainte n'a pas disparu d'un despotisme, que l'on appellerait plutôt impérialisme, et la nostalgie est restée ce qu'elle était. L'élaboration et l'application d'un droit commun à vocation mondiale échappent encore aujourd'hui à une démocratisation qui est restée, pour l'essentiel, limitée au droit interne. Comme une étude récente l'a montré, « un certain nombre de brèches fondamentales se sont ouvertes entre les politiques démocratiques et le monde du xx^e siècle finissant, des brèches dans les relations entre les citoyens, les Etats et le système économique, au niveau régional et mondial³⁵ ». D'un point de vue juridique, il s'agit plus précisément de combler des brèches dans les relations entre un

pouvoir exécutif prédominant, un pouvoir judiciaire encore incertain et un pouvoir législatif extrêmement faible, du moins au sens démocratique du terme.

Prédominance de l'exécutif

L'exécutif, au plan mondial, renvoie le plus souvent aux gouvernements des Etats ; parfois aussi, notamment à l'échelle d'une région comme l'Europe, à des institutions supranationales, telles que la Commission européenne de Bruxelles, qui semblent partager le pouvoir exécutif avec les Etats.

Commençons par l'Europe, sans oublier qu'elle comprend deux principaux ensembles, l'Europe des droits de l'homme et l'Europe du marché. La première, construite à partir du Conseil de l'Europe, est nettement moins intégrée, en ce sens que seuls les Etats détiennent le pouvoir normatif, par le jeu de conventions qu'ils négocient entre eux (comme, par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme). Certes le secrétariat général du Conseil de l'Europe dispose de certains pouvoirs d'orientation, mais il n'existe pas de gouvernement européen commun aux quelque quarante Etats membres du Conseil de l'Europe.

En revanche, dans l'Europe du marché, les institutions de la Communauté et de l'Union européennes sont fondées sur une répartition beaucoup plus complexe entre les compétences exclusives, des Etats ou de la Communauté, et les compétences mixtes, partagées entre la Communauté et les Etats. A cet égard, le fameux « principe de subsidiarité » introduit par le traité de Maastricht n'a pas toute la portée qu'on lui a parfois prêtée, car il ne peut être invoqué que dans les zones de compétences partagées : c'est dire que sa fonction « est plus politique que juridique », dès lors qu'il n'a « aucune incidence sur les compétences exclusives de la Communauté »³⁶.

Au plan juridique, les compétences de la Communauté sont caractérisées par la coexistence du Conseil et de la Commission. Le Conseil de l'Union européenne (à ne pas confondre avec le Conseil européen des chefs d'Etat, dont le rôle, définitivement consacré par le traité de Maastricht, se borne à donner les impulsions nécessaires et à définir les orientations politiques générales sans pouvoir normatif direct) est formé par un représentant de chaque Etat membre,

habilité à engager cet Etat. Il est placé sous une présidence tournante, confiée pour six mois à chaque Etat, et exerce une fonction à la fois législative, par les actes qu'il établit, et gouvernementale, par les mesures d'exécution qu'il prend ou délègue à la Commission. Pourtant, il est encore loin d'apparaître comme le véritable gouvernement d'un ensemble intégré qui s'appellerait l'Europe et se présente plutôt comme « un lieu de rencontre et de confrontation des intérêts étatiques ». En pratique, ses travaux « se caractérisent beaucoup plus par la recherche de compromis entre intérêts nationaux que par une volonté de dégager les moyens nécessaires à la réalisation des actions indispensables à l'intérêt commun »³⁷. Il n'en exerce pas moins un pouvoir normatif important, par le jeu de multiples actes établis par lui et qui s'imposent ensuite dans les Etats membres.

Quant à la Commission européenne, composée de membres indépendants par rapport aux Etats, la délimitation de son rôle est un thème de controverses sans fin : simple organe technique chargé de préparer des propositions et d'exécuter les décisions du Conseil, ou véritable organe politique, amorce d'un gouvernement européen supranational ? Les pratiques oscillent d'une conception à l'autre. Mais cette répartition des compétences est encore compliquée, depuis le traité de Maastricht, par l'invention des « piliers », dont le principe a été conservé, sous des modalités un peu différentes, par le traité d'Amsterdam. Mis à part quelques « dispositions communes », l'essentiel du droit applicable au sein de l'Union européenne est réparti en trois piliers. Le premier pilier, dit communautaire, contient les dispositions des trois traités fondateurs : le traité CECA sur le charbon et l'acier, celui de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE, devenue simplement Communauté, CE, depuis Maastricht), enfin le traité EURATOM, sur l'énergie atomique, auxquels s'ajoute tout le droit dit « dérivé », c'est-à-dire issu des traités, notamment par le jeu d'innombrables règlements et directives adoptés par le Conseil ou par la Commission, qui ont l'un et l'autre un pouvoir normatif. Dans ce domaine, en effet, la Commission a non seulement le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour l'application des traités, mais encore celui d'élaborer la plupart des actes communautaires, qui ne peuvent être adoptés que sur sa proposition.

En outre, elle dispose de pouvoirs de décision propres (y compris le pouvoir de sanctionner) dans certains domaines comme la mise en œuvre des règles de concurrence, et de pouvoirs d'exécution délégués par le Conseil ; enfin, la Commission a des fonctions internationales de représentation de la Communauté et de négociation des traités pour le compte de celle-ci.

Mais toute la subtilité du traité de Maastricht a été de créer deux autres piliers, sur la politique étrangère et de sécurité commune (deuxième pilier) et sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale (troisième pilier), ces politiques étant définies l'une et l'autre par tout un jeu « d'actions en commun », qui relèvent de procédures intergouvernementales. En d'autres termes, l'essentiel des pouvoirs est alors exercé par le Conseil, et la Commission se voit seulement reconnaître un droit d'initiative, légèrement étendu il est vrai par le traité d'Amsterdam. Pour ajouter encore à la complexité de l'ensemble, certaines questions peuvent relever simultanément de plusieurs piliers, ou passer d'un pilier à l'autre, comme la politique d'immigration, que le traité d'Amsterdam a fait passer du troisième au premier pilier, ce qui aura pour résultat (quand le traité entrera en vigueur) de donner en cette matière davantage de pouvoirs à la Commission, donc à l'exécutif européen.

Cette complexité montre à quel point les Etats résistent à tout transfert de pouvoir à un niveau supra-étatique. Cette résistance des Etats conduit les diverses institutions favorables à l'intégration européenne à des stratégies d'alliance, intéressantes à observer. J'ai été frappée à plusieurs reprises, ayant l'occasion de travailler avec des membres de la Commission, ainsi que des juges ou des parlementaires européens, par cette véritable culture européenne que certains d'entre eux ont peu à peu acquise en commun et qui transcende nettement leur nationalité d'origine, les incitant parfois même à une créativité qui tranche avec l'habituelle image un peu grise des « technocrates de Bruxelles ». C'est là sans doute l'indicateur d'une mutation plus profonde que ne le laisse penser la vision que l'on a de l'Europe à la lecture d'une presse peu incitée à en débattre, sans doute parce que l'accès à l'information est difficile, mais aussi en raison d'une certaine indifférence du public. On peut l'observer, par exemple, à propos de la véritable révolution que représenterait la création de

procureurs européens : lancée en 1997, la proposition a été peu discutée en France, alors que la moindre modification du statut ou des pouvoirs des juges d'instruction ou des procureurs suscite d'interminables commentaires. Ce manque d'information est d'autant plus regrettable qu'il ne facilite pas l'accès à ces institutions nouvelles et encore bien mal connues. La description qui précède aura donné quelque idée du degré de complexité et d'opacité atteint. Quelles qu'en soient les causes, le résultat n'est guère compatible avec la transparence nécessaire à un contrôle démocratique.

Au plan planétaire, la situation est un peu plus simple, mais elle n'est pas plus transparente pour autant. Qu'il s'agisse de l'ONU, de l'OMC, ou de toute autre organisation à vocation mondiale, les normes internationales sont adoptées après négociation entre les représentants des Etats. Toutefois, l'ONU n'est pas seulement, comme toute organisation internationale, « une association d'Etats », elle constitue aussi un système propre qui possède, selon la formule de la Cour de justice de La Haye, « une personnalité juridique objective » et pas seulement une personnalité reconnue par les Etats membres ; par conséquent, elle peut être considérée comme incarnant la « communauté internationale », d'autant que sa représentativité n'a cessé de progresser : alors que les Etats fondateurs étaient au nombre de 50, les Nations unies comptent aujourd'hui 185 Etats membres.

En revanche, le système devra sans doute être profondément réformé pour s'adapter aux exigences démocratiques. Pendant longtemps, en effet, les Nations unies ont été marginalisées, réduites à une « fonction de discussion et de représentation plutôt qu'à la gestion effective de questions stratégiques ou socio-économiques³⁸ ». Certaines critiques, encore plus sévères, paraissent laisser peu d'espoir : « Ces Nations unies, endettées, discréditées, gonflées de bureaucratie, sont-elles encore utiles³⁹ ? » Pourtant, aucune organisation politique vraiment concurrente n'est apparue dans l'intervalle, et aucun substitut au système actuel ne paraît pratiquement imaginable. D'autres observateurs sont d'ailleurs plus nuancés, considérant que l'Assemblée générale, composée de tous les Etats membres, « marque une certaine “démocratisation du système”, où tous les Etats ont la même voix », même si le système se traduit aussi par « le poids du nombre, avec comme contrepartie une lourdeur certaine de fonctionnement »⁴⁰.

Pour avoir une idée de la structure d'ensemble, il faut tenir compte des divers organes qui la composent : il s'agit pour l'essentiel des organes interétatiques (l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité et le Conseil économique et social, ECOSOC, dont le rôle est important aussi, comme on l'a vu, dans le domaine des droits de l'homme) ; s'ajoutent cependant quelques organes dits « intégrés » (le secrétaire général d'abord, également les juges, dont il sera question plus loin, ainsi que les fonctionnaires du secrétariat général et les « experts indépendants » de certains organes subsidiaires, créés notamment dans le secteur des droits de l'homme). Ce sont ces organes intégrés qui pourraient sans doute constituer l'ébauche d'un pouvoir exécutif mondial indépendant des Etats et d'une nouvelle culture universaliste, dans le prolongement des remarques qui précèdent sur la Commission de Bruxelles.

Il est vrai que les pouvoirs normatifs sont beaucoup plus limités qu'à l'échelle européenne : il s'agit seulement de développer le droit interne de l'Organisation ou d'encourager la codification du droit international et l'adoption par les Etats de conventions placées « sous les auspices des Nations unies », ou d'élaborer un simple droit « programmatoire », à base d'orientations générales et de principes non contraignants.

Cependant, même des pouvoirs normatifs aussi limités sont exercés, pour l'essentiel, par les organes interétatiques et, plus particulièrement, par le Conseil de sécurité. Il se voit en effet reconnaître par la charte « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » et accorder des pouvoirs spécifiques pour lui permettre d'accomplir ces devoirs (art. 24 et s.). De surcroît, « les Etats conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité » (art. 25). C'est en particulier sur la base de ces textes que le Conseil de sécurité franchit une étape « nouvelle et inédite⁴¹ » par les deux résolutions du 25 mai 1993 et du 8 novembre 1994 qui instituent un tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et posent un certain nombre de règles communes, de procédure et de fond, qui seront évoquées à propos du pouvoir judiciaire et analysées avec le crime contre l'humanité.

Or le Conseil de sécurité, qui comptait 11 sièges dans la première version de la charte, lorsque l'Organisation était composée de 50 Etats, reste formé de 15 membres, sur un ensemble de 185 Etats : d'une part les 5 « membres permanents », nommément désignés par la charte (art. 23) et inchangés depuis l'origine (la Chine – depuis 1971 la Chine communiste –, la France, l'URSS – remplacée depuis 1991 par la Russie –, le Royaume-Uni et les Etats-Unis), qui disposent d'un droit de veto (art. 27) ; d'autre part 10 membres « non permanents », élus tous les ans par moitié pour un mandat de deux ans par l'Assemblée générale. La conséquence étant que chaque année cinq Etats nouveaux prennent leurs fonctions au sein du Conseil de sécurité. Qu'il s'agisse de la composition de celui-ci ou de son fonctionnement (et notamment du droit de veto), des revendications de plus en plus pressantes ont été exprimées et un groupe de travail a été chargé d'étudier la question « de la représentation équitable et de l'augmentation de membres du Conseil de sécurité », ainsi que « les autres matières liées au Conseil de sécurité ».

Quant à l'ECOSOC, composé de 54 membres élus pour trois ans par l'Assemblée générale, il exerce plutôt un rôle de tutelle, dans le domaine économique et en matière de droits de l'homme. Si sa composition n'est pas contestée, certains suggèrent une restructuration dans le domaine économique, autour d'une sorte de « conseil de sécurité économique », d'une vingtaine de membres, qui coordonnerait l'ensemble des activités de l'ONU dans ce secteur avec celles des autres organisations mondiales comme l'OMC ou la Banque mondiale.

En somme, cette mondialisation des institutions, faite au coup par coup, à partir d'ajustements successifs liés aux opportunités du moment, n'est pas très éloignée de la conception « constructiviste » préconisée par John Rawls⁴². Dans le meilleur des cas, sa légitimité reposera sur la « raison pratique », dont les principes, adaptés aux différents objets à mesure qu'ils se présentent, « sont toujours acceptés, à l'issue d'une réflexion appropriée, par les agents raisonnables auxquels les principes de justice s'appliquent ». Mais Rawls lui-même reconnaît qu'une telle doctrine « semble manquer désespérément de rigueur ». La question est en tout cas posée de savoir si ce constructivisme

permettra aussi le nécessaire rééquilibrage des autres pouvoirs, à commencer par le pouvoir judiciaire, encore très incertain, par rapport à un exécutif omniprésent.

Incertitudes du judiciaire

Incertitudes, en effet, tant la situation reste mouvante. Qu'il suffise de rappeler que le projet de convention pour l'établissement d'une cour pénale internationale vient seulement d'être adopté à Rome, le 17 juillet 1998, à l'issue de la conférence diplomatique des Nations unies (par un vote de 120 voix pour, 21 contre et 7 abstentions). Déjà signé le lendemain par vingt-six Etats, le projet restera ouvert à la signature jusqu'au 31 décembre 2000. Quant à l'Europe, c'est en novembre 1998 que la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme (créée par le protocole additionnel n° 11 qui renforce le statut des juges, désormais affectés à temps complet à la Cour) entrera en fonction à Strasbourg.

Dans les deux cas, tant à l'ONU qu'au sein du Conseil de l'Europe, il s'agit d'étapes majeures dans le processus de judiciarisation, mais il faudra attendre quelques années pour en mesurer l'exacte portée.

Ce que l'on mesure déjà, au plan européen, c'est le rôle du juge européen dans la renaissance de ce droit commun qui, pour rappeler le *jus commune* de jadis, n'en est pas moins fort différent, ne serait-ce que par sa haute technicité⁴³ dont quelques aspects ont été évoqués plus haut. Encore faut-il distinguer les deux principales constructions européennes, précisément symbolisées par la coexistence des deux cours dont il a été question plus haut : celle de Strasbourg pour la Convention des droits de l'homme et celle de Luxembourg pour la Communauté et l'Union européennes.

Du côté de l'Union européenne, la judiciarisation a été acceptée d'emblée, dès le traité de Rome (1957), et dotée de moyens importants, en personnel et en argent, encore accrus par la création, en 1988, d'un tribunal de première instance qui décharge la Cour d'une partie du contentieux. Il est vrai que les Etats étaient d'autant plus favorables à cette judiciarisation qu'elle paraissait à la fois indispensable à l'intégration économique et limitée à ce domaine. Si les Etats trouvent parfois la jurisprudence de la Cour un peu envahissante, allant jusqu'à

neutraliser des pans entiers du droit pénal économique interne, il n'est pas question d'en remettre en cause le principe, tout au plus d'en limiter l'extension au troisième pilier (celui de la coopération pénale, policière et judiciaire). Mais, sur ce point, les dispositions restrictives du traité de Maastricht ont finalement été modifiées, dans un sens plus extensif, par le traité d'Amsterdam. Reste le débat, évoqué plus haut, entre une Europe des polices qui commence déjà à se mettre en place, notamment à partir d'EUROPOL, et une garantie judiciaire européenne qui devrait être renforcée par la création d'un corps de procureurs européens, proposée par le *Corpus juris*, mais qui pourrait se heurter à une certaine résistance des Etats.

Du côté du Conseil de l'Europe, le processus a été plus lent et les résistances plus fortes. D'emblée, la Convention européenne pose des principes beaucoup plus inquiétants pour les Etats, dans la mesure où ils peuvent s'appliquer dans tous les domaines du droit, y compris les domaines les plus sensibles, traditionnellement laissés aux aléas de la raison d'Etat, selon la célèbre formule, au demeurant peu rassurante, « la démocratie s'arrête où la raison d'Etat commence ». Dès lors que le droit des droits de l'homme qui se met en place à partir de la convention a d'emblée vocation à « raisonner la raison d'Etat⁴⁴ », le contrôle par une cour indépendante n'a pas vraiment suscité l'enthousiasme. Le principe était cependant inscrit dès 1950 dans le texte même de la Convention des droits de l'homme, mais sous une forme très complexe, comprenant un système de filtre par une commission des droits de l'homme et l'aménagement d'une double voie, judiciaire devant la Cour ou politique devant le Comité des ministres. Complexité en réalité destinée à éviter que la Cour soit trop souvent saisie. D'où le statut des juges, affectés à temps partiel, peu aidés et mal rémunérés, surtout par comparaison avec leurs collègues de Luxembourg. Certes, on conçoit que les Etats se soient montrés peu empressés à financer un organe ayant pour fonction de prononcer des condamnations contre eux dans le domaine particulièrement infamant de la violation des droits de l'homme.

Rien d'étonnant dès lors à ce que la Cour, qui siège depuis le 21 janvier 1959, soit restée en demi-sommeil au début de ses activités, mais le rythme s'est progressivement accéléré, jusqu'à atteindre un chiffre de près d'une centaine

d'arrêts par an, témoignage d'un succès qui, sans l'octroi de moyens supplémentaires, pouvait néanmoins conduire à l'enlisement des affaires, jugées dans des délais de plus en plus longs. Constat pour le moins paradoxal au moment où les Etats sont condamnés pour non-respect du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. C'est ainsi qu'une réforme, devenue indispensable, fut réalisée par le protocole n° 11 (signé en 1996). Quelles que soient les maladresses de ce texte dans les détails d'organisation interne, il présente l'immense avantage de consacrer la judiciarisation des droits de l'homme en supprimant le filtre de la Commission et la voie du règlement politique de l'affaire par le Comité des ministres : désormais, toutes les requêtes seront examinées et jugées par la Cour. Du même coup, il devient nécessaire de transformer le statut des juges en imposant leur détachement à temps complet et en leur affectant des référendaires, chargés, comme à Luxembourg, d'aider à la préparation des dossiers.

A défaut d'un bilan évidemment impossible à l'heure où la réforme se met seulement en place, on retiendra de l'exemple européen une leçon de patience et de modestie. N'oublions pas que René Cassin, l'un des principaux rédacteurs de la Convention européenne, a dû attendre vingt-quatre ans pour voir son propre pays la ratifier (en 1974), et qu'il est mort sans avoir connu la ratification du texte permettant de saisir la Cour par requête individuelle (sept ans plus tard, en 1981, à l'initiative du nouveau ministre de la Justice, Robert Badinter).

Modestie et patience sont en effet bien nécessaires quant on aborde la question de la judiciarisation à l'échelle planétaire. Le juriste autrichien Hans Kelsen est mort bien avant Cassin, sans avoir eu même l'espoir de voir créée la juridiction internationale qu'il appelait de ses vœux dès 1944 : « Jusqu'à ce qu'il soit possible de retirer aux Etats intéressés les prérogatives concernant la résolution des conflits juridiques et de les transférer de façon permanente et universelle à une autorité impartiale, toutes les autres étapes sur le chemin de la paix dans le monde seront exclues⁴⁵. »

Certes, la Cour internationale de justice de La Haye, composée de quinze juges indépendants, a vu son rôle consacré par la charte des Nations unies (art. 92), comme « organe judiciaire principal des Nations unies », mais cela

n'engage pas pour autant les Etats à accepter les mécanismes d'une justice internationale qui reste soumise à leur bon vouloir. Simple cour d'arbitrage, qui se contente de donner un avis quand on le lui demande, la CIJ « est loin de jouer le rôle central qui lui avait été dévolu⁴⁶ ». Elle n'a rendu depuis sa création qu'une trentaine d'arrêts et une vingtaine d'avis consultatifs, mais on constate surtout que « les litiges les plus importants lui échappent », son rôle se cantonnant aux affaires de moyenne gravité, et que ses décisions ne sont pas toujours respectées.

D'où l'utilité d'organes plus spécifiques, comme le Comité des droits de l'homme, mais on a vu qu'il restait sans véritable pouvoir juridictionnel, ou, plus récemment, les tribunaux créés pour la répression des crimes contre l'humanité, mais ils sont restés, dans un premier temps, des tribunaux *ad hoc*, c'est-à-dire à compétence limitée dans l'espace (l'ex-Yougoslavie d'un côté, le Rwanda de l'autre) et dans le temps (la durée nécessaire au rétablissement de la paix). Le pas décisif est intervenu avec le projet de convention adopté à Rome en 1998, créant enfin une juridiction permanente, la Cour pénale internationale. La grande nouveauté est d'abord politique car la compétence de la Cour, comme celle des tribunaux *ad hoc*, est imposée par la communauté internationale et il ne s'agit plus d'un simple arbitrage ; mais la nouveauté est aussi juridique car ces juridictions appliquent des règles de procédure et de fond communes à tous les Etats, ce qui constitue une première mondiale. Rappelons qu'au tribunal pénal de La Haye siègent des juges des cinq continents, représentant toutes les traditions juridiques (occidentale, africaine, asiatique et islamique). *A fortiori* en sera-t-il ainsi de la future Cour permanente. Il est vrai que la difficulté principale fut de contourner la position des opposants, notamment des Etats-Unis, concernant l'avis préalable du Conseil de sécurité et la délicate question des crimes de guerre. Les quinze pays européens, au départ divisés, ont fini par proposer ensemble un compromis qui a réussi à rallier de nombreux pays : le procureur pourra ouvrir une enquête de sa propre initiative, sur la base des informations dont il dispose, sur des crimes relevant de la compétence de la Cour (génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes d'agression), étant précisé que la juridiction de celle-ci ne pourra s'exercer que si la convention a été

ratifiée, soit par l'Etat dans lequel le crime a été commis, soit par l'Etat dont le criminel a la nationalité. Cependant, une commission composée de juges de différentes nationalités sélectionnés par les Etats membres devra décider auparavant s'il y a une base suffisante pour poursuivre. En outre, la Cour ne pourra pas mener une enquête ou ouvrir un procès dans les onze mois qui suivront une résolution en ce sens adoptée par le Conseil de sécurité. Enfin, pour les crimes de guerre, la clause dite *opting out* donnera la possibilité aux pays signataires de se soustraire pendant sept ans à la juridiction de la Cour pour ce type de crimes.

Ce compromis quelque peu laborieux aura permis l'adoption du texte, mais il limite la vocation universelle de la Cour. Il est clair que, dans un premier temps, une partie des criminels pourront échapper aux poursuites. Cependant, le texte se veut évolutif. Il entrera en vigueur après que le soixantième Etat aura déposé sa ratification (sans doute d'ici à deux ou trois ans), et la clause relative aux crimes de guerre deviendra caduque au bout de sept ans. Il reste à espérer que l'autorité de la Cour saura s'affirmer suffisamment pour obtenir une levée des autres restrictions.

Le caractère évolutif affecte aussi le domaine économique où la création en 1995 de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'est accompagnée de l'apparition d'un Organe de règlement des différends (ORD) qui marque un accroissement important de la place du droit par rapport au système antérieur. Mis en place par un « mémorandum d'accord » annexé à la charte de l'OMC, le mécanisme est monté en puissance assez vite (en deux ans, quatre-vingts plaintes ont été portées à la connaissance de l'Organisation). La procédure est progressive et la place du droit semble s'accroître au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la perspective d'un accord amiable, le point culminant étant l'étape de l'appel où seuls des arguments juridiques seront pris en compte : « c'est la traduction du fait que moins la contrainte est acceptée, plus elle doit être fondée⁴⁷ ». Certes, le mémorandum semble exclure tout rôle créatif de l'ORD, qui doit seulement clarifier les dispositions « existantes », sans augmenter ni diminuer les droits et obligations des parties. Dès à présent, les premiers commentateurs entrevoyent cependant qu'une dynamique propre pourrait se

manifester, d'autant qu'il existe un certain nombre de questions laissées sans solution et « qui contraindront l'ORD à un rôle normatif⁴⁸ ». De l'interprétation à la création de normes, on sait que les glissements sont fréquents. Particulièrement lorsque la norme a été définie au cours de procédures qui s'apparentent plus à une négociation entre partenaires qu'au travail législatif d'un parlement. C'est sans doute là le point le plus faible du processus de mondialisation du droit.

Faiblesses du législatif

Il est clair que la démocratie ne se réduit pas au pouvoir exécutif, même contrôlé par un juge. Tant que les citoyens ne participeront pas au processus d'élaboration des normes, la mondialisation ne pourra aboutir à la « démocratie cosmopolite », pour reprendre le terme parfois employé en anglais pour désigner « un modèle d'organisation dans lequel les citoyens, où qu'ils se trouvent dans le monde, ont une voix, un accès et une représentation dans les affaires internationales, de façon parallèle et indépendante par rapport à leurs propres gouvernements⁴⁹ ». Ce modèle ne doit pas être renvoyé à un futur lointain, sous prétexte d'attendre que tous les pays aient atteint un certain seuil de démocratie, car l'existence de nombreuses normes à vocation mondiale, ou du moins régionale, pose dès à présent une question de légitimité démocratique. D'autant que vouloir imposer la norme dite de *democratic governance*, comme le préconise le courant libéral, risque d'être synonyme d'un « néo-impérialisme », si le débat n'est pas plus largement ouvert au plan mondial⁵⁰.

A l'échelle européenne, le débat est déjà bien engagé, mais le « déficit démocratique » est fréquemment reproché à la construction européenne, en raison de l'absence de véritable pouvoir législatif indépendant de l'exécutif. Certes, le procès est un peu « biaisé », tant il est vrai que la démocratie ne s'incarne plus seulement dans les pouvoirs des parlements, dont on constate le déclin un peu partout : elle « est identifiée aujourd'hui, au moins autant, voire davantage, à la limitation du pouvoir qu'au choix des représentants du peuple⁵¹ ». Mais le choix de ces représentants reste essentiel. De ce point de vue,

l'élection des parlementaires européens au suffrage universel depuis 1979 est un progrès pour la Communauté européenne. Progrès étonnant même, par rapport à l'« Assemblée commune », aux pouvoirs extrêmement réduits, créée par les traités fondateurs. Cette Assemblée décida, en 1962, de s'autodésigner comme « Parlement européen » et l'appellation finit par être officialisée par l'Acte unique européen en 1986 et reprise dans les traités postérieurs. Forte de ce premier succès, l'Assemblée devait ensuite obtenir un pouvoir de codécision en matière budgétaire et de participation au processus législatif dans quelques domaines, comme l'environnement ou les transports. Mais le véritable pouvoir de créer des normes, notamment pénales, lui échappe encore, comme il échappe aux autres institutions européennes, tant il est vrai que le droit pénal est resté le symbole de la souveraineté nationale.

Il est vrai que l'histoire n'est pas finie. Comme les parlements de l'Ancien Régime avaient appris à le faire, par le vote du budget, puis le contrôle progressif de son utilisation, le Parlement européen semble engagé sur la voie législative. C'est peut-être là le véritable enjeu du *Corpus juris*, ensemble de règles unifiant, comme on l'a vu, de larges secteurs du droit pénal économique des Etats. Par-delà l'objectif immédiat de la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, c'est le pouvoir de légiférer qui serait en cause. Certes, le débat a été lancé à la fois par le Parlement et la Commission, mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit de punir, donc de restreindre les libertés individuelles, et qu'un tel pouvoir ne saurait dès lors être abandonné à l'exécutif, qu'il soit européen ou national. C'est une occasion pour le Parlement européen de s'affirmer comme législateur nécessaire.

Mais l'exemple de l'Union européenne (les Quinze) reste isolé. Même à l'échelle des quarante Etats du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire, élue par les parlements nationaux, n'a qu'un rôle mineur. Elle peut contribuer à la formation d'une opinion publique européenne, et constituer ainsi une sorte d'espace public européen (dans le sens où Habermas parle d'espace public, comme lieu de rencontre et de débats), mais il ne s'agit nullement pour elle d'exercer un pouvoir législatif, au sens démocratique du terme.

Quant à l'idée d'une assemblée parlementaire mondiale où les citoyens du monde seraient démocratiquement représentés et se verraient reconnaître le pouvoir de légiférer à l'échelle planétaire, elle est encore utopique en cette fin du xx^e siècle. Utopique et peut-être fausse, car l'utopie ne se transformera en réalité qu'en innovant. Certains processus, comme on vient de le voir, peuvent sans doute s'inspirer de l'histoire, mais d'autres stratégies apparaissent, comme ces forces d'intégration qui font alliance entre elles face à la résistance des Etats : en Europe, le Parlement, la Commission et les cours ; mais aussi peut-être, à l'ONU, le secrétariat général, les experts indépendants et les organes de contrôle plus ou moins juridictionnels. C'est qu'à l'échelle planétaire on ne dispose d'aucun modèle préexistant. Conquérir la démocratie, c'est d'abord la réinventer.

Conquérir la démocratie

« Conquérir », est-ce bien le mot pour décrire une démarche, plus modeste que flamboyante, où la justice, sans majuscule sinon sans majesté, se cherche au plus juste, par ajustements successifs ?

Il faut revenir à l'étymologie : la démocratie ne s'*acquiert* pas, elle ne s'*achète* pas, mais elle se *conquiert*, en effet, en ce sens qu'elle se cherche (*quaerere*) et ne s'obtient qu'après avoir été cherchée.

La formule de Malraux : « la culture ne s'hérite pas, elle se conquiert », vaut pour la démocratie plus encore : elle ne s'hérite pas, surtout à l'échelle mondiale, mais doit s'obtenir par l'effort, plus militante que militaire. Et quel effort il faudra à des générations de militants de la démocratie pour conjurer tous les démons du monde ! Démons politiques qui encouragent l'intolérance des nationalismes et des tribalismes en tout genre ; et démons économiques, à mesure que l'extension sans limite d'un marché mondialisé vient creuser l'écart entre les pauvres et les riches, les inclus et les exclus.

Pour conjurer l'intolérance et l'injustice, le droit n'est pas un sorcier tout-puissant, mais il n'est pas impuissant pour autant, à condition de ne pas se tromper d'objectif. L'objectif d'un droit mondial n'est certainement pas la disparition des Etats et du droit national. Les institutions étatiques restent indispensables pour contenir l'extension des réseaux d'intérêts privés et organiser les droits individuels et collectifs, comme le démontre la tragédie des peuples sans Etat pour les représenter. C'est pourquoi l'objectif ne peut pas être

conçu, en l'état actuel du monde, sur un modèle fédéral, ni même confédéral. Je rejoindrais volontiers sur ce point l'analyse de Daniele Archibugi⁵² et ce modèle de *cosmopolitan democracy* qu'il propose pour éviter de tomber de Charybde (un Léviathan planétaire) en Scylla (une masse d'Etats totalement indépendants et autonomes). Mais je voudrais préciser l'idée d'un tel modèle selon deux axes où l'on retrouvera le thème du pluralisme ordonné. D'un côté, l'axe du pluralisme, qui invite à imaginer au plan mondial des structures (à la fois pour les institutions publiques et pour la société civile) qui sachent utiliser des notions politiques, comme la subsidiarité, ou juridiques, comme la marge nationale d'appréciation, pour conjuguer démocratie et pluralisme. Mais le risque revient alors, évoqué à plusieurs reprises, de juxtaposition, de dispersion ou même d'éclatement, autrement dit, le risque de retomber en Scylla.

D'où la nécessité d'un second axe, pour ordonner non seulement la multitude des normes en combinant, comme on l'a proposé plus haut, unification et harmonisation, mais aussi le pluralisme des Etats et de la société démocratique. Ordonner le pluralisme en déterminant les limites, les bornes qui doivent rester infranchissables, parce que les franchir reviendrait à détruire l'idée même d'humanité. Ces bornes, que certains recherchent comme le « contenu ultime du droit naturel⁵³ », sont déjà esquissées par les droits indérogeables, mais, plus directement encore, par la notion de crime « contre l'humanité », ou de patrimoine commun « de l'humanité ». C'est en intégrant cette catégorie juridique nouvelle de « l'humanité », afin de conjuguer non seulement démocratie et pluralisme, mais aussi démocratie et humanité, que l'on pourra tenter de conquérir la démocratie.

DÉMOCRATIE ET PLURALISME

L'organisation à l'échelle mondiale d'institutions publiques, à la fois démocratiques et pluralistes, est le premier objectif, mais ce n'est pas le seul. Lorsqu'il étudie les questions du droit et de la démocratie, Habermas insiste tout particulièrement sur « le rôle de la société civile et de l'espace public

politique⁵⁴ ». Si l'espace « public » politique inclut l'ensemble, y compris la société dite « civile », il reste que les institutions publiques, qu'elles soient inter- ou supra-étatiques, s'en distinguent, notamment du point de vue des concepts juridiques. L'idée d'institutions publiques mondiales s'expose à heurter de front le concept de souveraineté, alors que celle de société civile mondiale conduit à l'introuvable citoyenneté du monde.

Institutions publiques mondiales et souveraineté

Au plan mondial, la prééminence des institutions tenant lieu de pouvoir exécutif, face aux incertitudes d'un pouvoir judiciaire qui se cherche encore et aux faiblesses d'un pouvoir législatif quasi absent, paraît inciter d'emblée à un rééquilibrage aussi facile à concevoir – comme un encadrement accru de l'exécutif par les deux autres pouvoirs – que difficile à réaliser, précisément parce que l'on se heurte alors à la souveraineté des Etats et, à travers elle, à celle du peuple.

D'où la nécessité de ne pas imaginer le rééquilibrage à partir du seul modèle des structures étatiques, mais en tenant compte de ces stratégies d'alliance repérées au sein de l'Union européenne, et sans doute transposables *a fortiori* à l'échelle mondiale, qui laissent entrevoir une autre division des pouvoirs⁵⁵. Une division entre deux types d'institutions : les institutions interétatiques, qu'on pourrait nommer centrifuges parce qu'elles expriment la souveraineté nationale des Etats membres (Conseil des communautés européennes et Conseil européen, ou, à l'ONU, Conseil de sécurité et Assemblée générale), et les institutions d'intégration, à vocation centripète (Commission, Parlement européen et Cour de justice des communautés, ou secrétariat général de l'ONU, commissions et comités d'experts indépendants, et juridictions).

Laisser ces deux forces s'affronter directement aboutit le plus souvent à paralyser le système. S'il est vrai que la mondialisation conduit vers une réduction progressive de la compétence exclusive des Etats au profit de compétences partagées⁵⁶, le rôle du droit serait de poser des principes d'organisation plus souples pour organiser le partage des compétences de façon

compatible avec la souveraineté. D'où l'intérêt de systématiser en les retravaillant des notions comme la subsidiarité ou la marge nationale d'appréciation. Leur mérite est d'avoir été créées par les pratiques, mais l'inconvénient, lié à leur origine plus politique que juridique, est qu'elles n'ont pas été définies avec suffisamment de rigueur.

La rigueur est d'autant plus nécessaire que les institutions interétatiques sont, comme on l'a vu, les plus nombreuses et les plus puissantes et continuent à tenir le rôle essentiel dans la société internationale⁵⁷, même si certains, comme le juriste iranien Hedayatollah Falsafi⁵⁸, considèrent que les relations interindividuelles seraient plus efficaces. La difficulté est de savoir s'il est possible de les organiser de façon plus démocratique, c'est-à-dire plus égalitaire, en connaissant cependant l'extrême hétérogénéité que cache la notion d'Etat souverain, qu'il s'agisse de différences quantitatives (en termes de population ou de puissance économique) ou qualitatives (en termes de respect de l'idéal démocratique). Diverses propositions de réforme des institutions de l'ONU ont été lancées ces dernières années⁵⁹, notamment par la *Campaign for a More Democratic United Nations* (CAMDUM). Je n'y reviendrai pas en détail, sinon pour indiquer qu'elles concernent pour l'essentiel la composition du Conseil de sécurité et le fonctionnement du veto.

La question du veto est sans doute la plus difficile car il paraît directement contraire au principe de l'« égalité souveraine » entre Etats (art. 2 de la charte de l'ONU) de reconnaître un tel pouvoir aux cinq membres permanents du Conseil de sécurité, comme le faisait observer Kelsen dès 1946⁶⁰. La réponse étant qu'il s'agissait, après la Seconde Guerre mondiale, d'organiser un équilibre politique pour garantir la paix, plutôt que strictement juridique afin d'assurer l'égalité. Depuis le milieu des années quatre-vingt, les procédures de prise de décision ont évolué, contribuant sans doute à accroître le « pouvoir de marchandage de ces Etats », mais aussi à « faire disparaître la pratique du veto, puisque toute réticence d'un membre permanent est prise en compte par ses pairs à un stade antérieur du processus »⁶¹. Parfois, la réticence d'un membre permanent se traduit par une abstention, mais celle-ci n'empêche pas l'adoption de la décision.

Au-delà de cette évolution, purement coutumière, il a été proposé, soit de supprimer le veto, soit d'exiger deux votes négatifs des membres permanents pour constituer un veto, soit de prévoir des conditions de neutralisation du droit de veto, par exemple en cas d'unanimité de tous les autres membres, ou d'intervention de l'Assemblée. Enfin il est suggéré de ne pas accorder de veto aux nouveaux membres permanents qu'il est envisagé d'ajouter.

La composition pourrait en effet être modifiée, par une augmentation du nombre des quinze membres actuels du Conseil de sécurité pour le porter aux environs de vingt ou vingt-cinq, en évitant d'aller au-delà, afin de lui garder les dimensions d'un véritable pouvoir exécutif. La discussion porte sur la consécration de l'Allemagne et du Japon comme nouveaux membres de droit, ainsi que sur l'élargissement en faveur d'Etats du tiers-monde, comme l'Inde, le Brésil ou l'Afrique du Sud. Au-delà, certains préconisent son éventuelle ouverture à des organisations régionales, comme l'Organisation des Etats américains, ou africains, ou encore la Communauté européenne ou la Ligue arabe, ce qui pourrait avoir en même temps pour conséquence de modifier l'équilibre entre institutions interétatiques et institutions intégrées.

Les institutions intégrées comprennent d'abord le secrétaire général, nommé par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité et conçu par la charte comme « le plus haut fonctionnaire de l'Organisation » (art. 97), ce qui paraît impliquer un statut qui reste subordonné par rapport aux Etats. Toutefois, l'existence d'un corps de fonctionnaires soumis à l'autorité hiérarchique du secrétaire général, et surtout l'appel croissant à des experts indépendants, comme le sont les membres de la Commission du droit international ou de la sous-commission des droits de l'homme et, plus récemment, les membres des juridictions pénales internationales, annoncent peut-être un certain dépassement de la logique interétatique : certes, les Etats gardent le dernier mot, mais un début d'autonomie n'en existe pas moins⁶². Et de nombreux observateurs notent le rôle de plus en plus actif du secrétaire général de l'ONU, comme en témoigne par exemple l'Agenda pour la démocratisation, composé de trois rapports de Boutros Boutros Ghali⁶³. C'est

précisément cette autonomie qu'il conviendrait de renforcer, en s'inspirant peut-être des pratiques observables dans le « laboratoire européen ».

Qu'il s'agisse de la marge nationale d'appréciation, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ou de la notion, au départ il est vrai plus politique que juridique, de subsidiarité, conçue aussi pour préserver la souveraineté nationale, mais en se fondant sur l'idée inverse que la solution doit être d'abord recherchée au plan national et que seule l'inefficacité du droit national autorise, à titre subsidiaire, l'intervention supra-étatique, il existe des moyens d'organiser de façon plus rigoureuse l'articulation entre institutions interétatiques et institutions intégrées, sans laisser forces centrifuges et centripètes se paralyser mutuellement. Définir notamment les critères qui déterminent les variations de ces marges, selon le secteur concerné et selon le moment, serait sans doute une façon d'ordonner le pluralisme.

Au-delà encore, il a été proposé de renforcer les institutions intégrées par la création d'une sorte de parlement mondial (*World Parliament*), pour lequel diverses modalités sont envisagées, allant d'une modification des règles de désignation des membres de l'Assemblée générale jusqu'à l'idée d'instituer une seconde assemblée des peuples, conçue comme un organe consultatif de la première, et composée, un peu à l'image du Parlement européen, de façon proportionnelle à la population (de 31 sièges pour la Chine à 1 siège pour les plus petits pays). Le projet INFUSA (*International Network for a UN Second Assembly*), lancé en 1982, est soutenu par un réseau d'une centaine d'organisations non gouvernementales, mais d'autres schémas constituent des transitions possibles, par exemple en réservant, au sein de l'Assemblée générale existante, un siège sur cinq à un membre directement élu ou nommé par l'opposition ; ou encore en créant une assemblée consultative constituée par les ONG reconnues par les Nations unies. Façon aussi de reconnaître qu'une société civile et peut-être une nouvelle citoyenneté sont en train de se constituer à l'échelle du monde.

Société civile mondiale et citoyenneté

Réduire la démocratie aux seules institutions publiques relèverait d'une attitude paresseuse, au demeurant peu réaliste car c'est bien la société civile qui met en mouvement les institutions, qui les anime, au sens propre du terme. On l'observe souvent au plan national : qu'il s'agisse du débat sur l'immigration ou sur l'exclusion, le rôle des associations et, plus largement, des citoyens aura été déterminant dans l'évolution des pratiques et des lois. Or il en est de même au plan mondial. Ainsi, par exemple, les conventions de Genève de 1949, qui réaffirment et développent le droit international applicable dans les conflits armés, les seules à avoir été ratifiées par tous les Etats, ont été adoptées à l'initiative de la Croix-Rouge internationale. Très proche aussi fut la démarche du Comité suisse contre la torture, devenu Association de prévention de la torture, dont l'action aboutit à l'adoption à l'unanimité, en 1984, d'une convention internationale contre la torture, puis, en 1987, d'une convention européenne, dont l'originalité est d'organiser un système de visite de tous les lieux de détention par un comité composé d'experts indépendants⁶⁴. C'est aussi sous l'influence des ONG que la notion de « droit d'ingérence » (humanitaire) est apparue dans la sémantique politique internationale. Consacrée progressivement, à partir de 1988, par plusieurs résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU⁶⁵, elle suscite de nouvelles interprétations du droit international qui « ouvrent des corridors au travers de la forteresse des souverainetés nationales⁶⁶ ». Plus récemment encore, le projet de cour pénale internationale pour juger les crimes contre l'humanité, y compris quand ils sont commis par les responsables politiques au plus haut niveau, n'aurait jamais été adopté sans la pression des ONG (comme l'Association internationale de droit pénal) auprès des Etats et des organes de l'ONU, pression sans relâche depuis des années.

Encore faut-il comprendre à quelles conditions la société civile peut véritablement participer à la mise en place d'un système démocratique à l'échelle mondiale. Son existence même suppose celle d'une sphère privée distincte des Etats, distincte aussi de l'économie : « A la différence de ce qui se passait encore chez Marx et dans le marxisme, ce qu'on appelle aujourd'hui société civile n'inclut plus, en effet, l'économie régulée par les marchés du

travail, les marchés des capitaux et des biens et constituée par le droit privé. » Dès lors, ajoute Habermas, « le cœur de la société civile est donc constitué par un tissu associatif qui institutionnalise dans le cadre d'espaces publics organisés les discussions qui se proposent de résoudre les problèmes surgis concernant les sujets d'intérêt général »⁶⁷.

Tout le problème est là, car à l'échelle mondiale le tissu social est plus distendu, au risque d'entraîner l'intervention d'une multitude d'acteurs sans tiers arbitre et sans projet politique véritable ; le déclin de l'Etat s'analysant alors aussi comme déclin du politique⁶⁸. Ce risque est d'autant plus difficile à réduire que l'espace public, celui où le citoyen pourrait à la fois s'exprimer et intervenir, est encore inorganisé. Même à l'échelle européenne : « il n'y a pas d'espace public européen », affirme, de façon volontairement provocatrice, Dominique Wolton⁶⁹, ajoutant que la langue de bois européenne, elle, existe et consiste à répéter : « la richesse de l'Europe réside dans sa diversité et dans le dialogue de ses identités ». Il y a, poursuit-il, un espace économique et, progressivement, un espace juridique et politique, mais l'espace public n'existe pas, au sens d'espace où « s'échangent les discours, pour la plupart contradictoires, des différents acteurs sociaux, religieux, culturels et politiques composant une société ». Certaines institutions, comme la création d'un droit de pétition auprès du Parlement européen ou celle d'un médiateur européen, tentent de donner un contenu à l'idée nouvelle de citoyenneté européenne inscrite dans le traité de Maastricht. Mais il est encore trop tôt pour savoir si la monnaie unique donnera naissance, comme le suggère Jean Daniel, à un « patriotisme européen⁷⁰ ». En définitive, il ne revient sans doute ni aux responsables politiques ni aux juristes de créer un véritable espace public et le volontarisme trouve ici ses limites. C'est seulement autour d'un sentiment de commune appartenance, d'une volonté de vivre ensemble, que la société civile deviendra société démocratique européenne, quand il y aura rencontre entre les frontières historiques et les frontières géographiques.

Et le citoyen européen dont l'article 17 (ex-art. 8 du traité instituant la Communauté européenne) postule l'existence, précisant que la citoyenneté européenne « complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas », est un

animal étrange. Un hérisson, mais qui serait appelé à se transformer en renard, si l'on transpose ici la métaphore d'Isaiah Berlin, dans son essai sur *Guerre et paix* de Tolstoï, où il montre que les hérissons s'engagent selon une vision centrale et un principe organisateur unique, alors que les renards poursuivent plusieurs fins, sur plusieurs niveaux, sans chercher à les intégrer ni à les exclure. Né dans la cité grecque, d'un double mouvement d'unification et d'émancipation politique, le citoyen est d'abord hérisson, comme membre de sa communauté. De la cité à l'Etat, puis de l'Etat à la Communauté européenne, *a fortiori* quand il devient citoyen du monde, il faudra bien que le hérisson apprenne à ressembler au renard, c'est-à-dire qu'il apprenne lui aussi à conjuguer la démocratie et le pluralisme. Car la citoyenneté reste souvent conçue comme un engagement « total et exclusif » et le citoyen « comme un sujet qui n'est pas divisé et dont l'élan vers le général serait garanti par une culture homogène et une religion civile ». Pourtant, propose Walzer, « nous devrions plutôt envisager la citoyenneté comme un de nos engagements parmi d'autres, tout en lui attribuant un caractère crucial car elle nous sert de médiateur entre les autres engagements et nous permet d'agir de manière transversale » ⁷¹.

Dans cet apprentissage, les ONG jouent sans doute un rôle moteur et leur présence est d'ailleurs devenue la règle dans toutes les conférences internationales organisées sous l'égide des Nations unies. Elles constituent de véritables groupes de pression dont le but est de peser sur le comportement des acteurs des relations internationales : peser sur les Etats (on pense à l'action de la Fédération internationale des droits de l'homme ou d'Amnesty International, par exemple) ; peser aussi sur les entreprises (la lutte contre la corruption internationale doit beaucoup au dynamisme de Transparency International) ; enfin, peser sur les institutions internationales elles-mêmes (c'est ainsi que la Journée mondiale du refus de la misère est désormais organisée chaque année par les Nations unies à l'initiative du mouvement international ATD Quart-Monde).

Encore faut-il sans doute distinguer plusieurs générations d'ONG : une première génération, dont l'archétype pourrait être la Croix-Rouge internationale, s'était développée en dehors des Etats, mais en relation avec eux

et parfois avec le soutien direct des gouvernements nationaux ; puis une deuxième génération est née plus récemment, en grande partie en réaction contre ces relations qualifiées de serviles, réaction menée à base d'actions concrètes sur le terrain et de dénonciation du comportement ou du silence des Etats, l'appel à l'opinion publique faisant souvent partie de la stratégie ; enfin, au tournant des années quatre-vingt-dix, une troisième génération se situe sur le terrain, comme la seconde, mais s'appuie plus directement sur les structures politiques démocratiques locales (villes, communes, régions) et lance par exemple en Europe l'idée des « ambassades de la démocratie locale », pilotant des opérations de soutien à la population, dans des zones particulièrement démunies⁷².

En somme, l'idée qui commence à s'affirmer au plan international, dans le prolongement du droit interne⁷³, est celle d'interface entre institutions et société civile. On ne saurait faire l'inventaire de tous les lieux qui s'organisent en un tel interface, mais il faut rappeler qu'un effort important de clarification a été réalisé, dans le domaine des droits de l'homme, par les Principes de Paris (résolution de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, 1992) pour donner un statut commun aux commissions créées dans certains Etats pour la promotion et la protection des droits de l'homme. L'article 1^{er} affirme le principe d'une « représentation pluraliste des forces sociales [de la société civile] » et d'une coopération effective entre ONG compétentes, syndicats, organisations socioprofessionnelles (juristes, médecins, journalistes, etc.), auxquels se joignent, du côté de la société civile, les « courants de pensée philosophiques et religieux » ainsi que les universitaires et experts et, du côté des institutions publiques, les parlements et les administrations. La réalisation de cet objectif suppose des infrastructures adaptées et des crédits suffisants, ainsi que la stabilité du mandat des membres et des garanties de fonctionnement libre et indépendant. A ce titre, il était indispensable, pour garantir la double fonction de veilleur et d'éveilleur de ces commissions, que ces principes soient rappelés, en 1997, par le nouveau haut commissaire aux droits de l'homme de l'ONU, Mary Robinson, et inscrits comme priorité au programme de l'ONU pour la défense des droits de l'homme au cours des prochaines années⁷⁴.

Mais on ne peut débattre à l'infini. C'est la dérive qui guette tous les lieux de débat, particulièrement au plan international, quand le paraître tient lieu d'action. Il y a des moments où il faut dire non : « non, dit l'arbre, il dit non », dans le poème de Paul Valéry que Jean Carbonnier a choisi comme emblème de notre tradition protestataire commune. Dire non, lorsque, pour paraphraser un autre poète, c'est de l'humanité qu'il s'agit et de son renouement.

DÉMOCRATIE ET HUMANITÉ

L'humanité a pourtant mauvaise réputation. Les uns y voient le risque d'un totalitarisme qui asservit l'homme, au nom du progrès de l'humanité, tandis que pour d'autres, c'est une notion profondément subversive qui conduit tout droit à un fondamentalisme des droits de l'homme, peu compatible avec la souveraineté des Etats. Sans oublier le sentimentalisme un peu tapageur d'une génération humanitaire, dont la solidarité prendrait la forme d'un « immense maternage ⁷⁵ ».

Tous les « ismes » du monde, s'ils aident à repérer les pièges, ne doivent pas faire abandonner pour autant le projet de conjuguer démocratie et humanité car, au-delà du pluralisme et de la tolérance, il y a l'intolérable. Et la seule réponse à l'intolérable, c'est le refus, au nom précisément de l'humanité.

Il reste à savoir comment construire démocratiquement notre refus, l'organiser en capacité de résistance qui serait en somme l'aboutissement du lent processus d'hominisation qui commence à la préhistoire et reste sans doute inachevé : « l'homme n'est pas encore né », lance Maurice Zundel ⁷⁶, tandis qu'un spécialiste de paléo-anthropologie vient carrément affirmer que le fameux chaînon manquant entre l'homme et le singe n'existe pas : « tout simplement parce que nous ne descendons pas du singe, nous sommes des singes ⁷⁷ ». De façon moins provocatrice, le grand spécialiste de la préhistoire Henri de Lumley ⁷⁸ vient confirmer que le thème de la définition de l'homme apparaît multiple : si le « bipédisme », ou station debout, n'est certainement pas propre à l'homme, l'histoire pourrait débiter avec l'apparition de l'outil (2,5 millions d'années), ou de l'outil manufacturé, lequel implique la conception d'un modèle,

preuve de l'émergence d'une pensée conceptuelle (1,5 million d'années), à moins de s'en tenir à la maîtrise du feu, qui permet la convivialité du groupe (400 000 ans), ou à l'apparition des sépultures avec offrandes funéraires, qui témoignerait de la naissance d'une angoisse métaphysique de l'homme de Neandertal (100 000 ans), ou encore d'attendre l'apparition du sens de l'harmonie et de l'esthétique, avec l'homme de Cromagnon qui pratique l'art pariétal (30 000 ans).

Leçon d'humilité pour les juristes qui prétendraient aujourd'hui définir l'humanité. De l'approche scientifique, on retiendra qu'il faut sans doute procéder par faisceau d'indices à combiner entre eux – et peut-être appliquer la logique « floue », mais où placer le seuil ? Plutôt que de prétendre trouver *le* critère unique qui définirait l'humanité en marquant son entrée dans le champ juridique, acceptons l'idée que cette définition est elle-même un processus progressif, sans doute encore inachevé : esquissée par le concept de droits « de l'homme » (deux siècles), l'humanité se précise à travers l'interdit fondateur du crime « contre l'humanité » (un demi-siècle). Mais la répression du crime arrive par définition trop tard : le mal est déjà fait et l'humanité en est la victime, frappée au cœur. La force de réprobation et de dissuasion du crime doit se combiner avec une protection affirmée de façon positive, comme une promesse. C'est toute l'utilité de la notion de « patrimoine commun de l'humanité », expression lancée en 1967 en prévision d'une conférence internationale sur le droit de la mer, puis étendue à d'autres domaines du droit de l'environnement et, de façon plus discutable, au génome humain.

Humanité victime et crime contre l'humanité

Apparue dans le statut du tribunal de Nuremberg, la définition du crime contre l'humanité n'a en effet cessé d'évoluer, par une sorte d'interaction étonnante entre la règle de droit dans toute sa froideur et les événements dans toute leur horreur. A Nuremberg, les crimes contre l'humanité sont définis, après les crimes contre la paix et les crimes de guerre, comme : « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte

inhumain commis contre toute population civile, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » (art. 6, c du statut du tribunal, 1945). S'ajoute, dans les textes ultérieurs de l'ONU et du Conseil de l'Europe sur l'imprescriptibilité (conventions du 26 novembre 1968 et du 25 janvier 1948) la référence au génocide, tel que le définit la convention des Nations unies de 1948. S'ajoutera encore, dans la convention de l'ONU sur l'imprescriptibilité, la mention des actes inhumains résultant de la politique d'apartheid, le crime d'apartheid étant lui-même défini à son tour dans une convention du 3 novembre 1973.

L'étape suivante sera la création des cours pénales internationales : d'abord, les tribunaux dits *ad hoc*, ce terme déjà mentionné marquant les limites, dans l'espace (ex-Yougoslavie et Rwanda) et dans le temps (la durée du conflit armé), de la compétence de ces juridictions. Préparé par divers comités d'experts nationaux, en particulier le comité français présidé par Pierre Truche, puis, sur une première résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, par un substantiel rapport du secrétaire général de l'ONU, le tribunal pénal de La Haye sera finalement mis en place par la célèbre résolution 827 (du 25 mai 1993). Puis celui d'Arusha est créé par la résolution du 8 novembre 1994 pour le Rwanda, et vient de prononcer, le 3 septembre 1998, une première condamnation pour génocide contre l'ancien Premier ministre responsable de l'extermination d'environ 800 000 Tutsis entre avril et juillet 1994.

Les deux résolutions visent expressément le génocide et les infractions graves aux conventions de Genève, ainsi que les crimes de guerre, puis les crimes contre l'humanité, dont il est précisé dans le rapport du secrétaire général de l'ONU que, « dans le conflit qui a éclaté sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, de tels actes inhumains ont pris la forme de la pratique dite du "nettoyage ethnique", de viols généralisés et systématiques et d'autres formes de violence sexuelle, y compris la prostitution forcée ». Enfin, le projet de cour pénale internationale adopté à Rome le 17 juillet 1998 retient quatre crimes : le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression, précisant que le crime contre l'humanité, qui implique « une attaque aux larges dimensions ou systématique, dirigée, en connaissance de cause,

contre une population civile », peut comprendre l'esclavage, la torture, le viol, la grossesse et la stérilisation forcées (lorsqu'ils sont commis dans les circonstances indiquées ci-dessus). Le texte précise en outre qu'il y a génocide « lorsqu'il y a intention d'éliminer, en totalité ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux ».

C'est dire la complexité du crime contre l'humanité, qui comprendrait donc « des crimes spécifiquement nommés, comme le génocide ou l'apartheid, et d'autres qui ne le sont pas autrement que par cette expression générique⁷⁹ ». J'ajouterai que l'expression générique elle-même englobe des crimes « ordinaires », si l'on ose appliquer cet adjectif à l'assassinat ou au viol, pour prendre seulement deux exemples, lorsqu'ils ont un caractère « systématique » ou « de larges dimensions », pour reprendre la formulation du projet de convention de 1998.

On entrevoit ainsi ce qui distinguerait les crimes contre l'humanité des autres crimes, si abominables soient-ils : c'est leur fondement collectif, d'ailleurs souligné dans les premières décisions du tribunal pénal de La Haye, « c'est l'identité de la victime, l'humanité, qui fait le crime contre l'humanité⁸⁰ ». Il reste que cette méthode, par énumération toujours recommencée, est peu satisfaisante, car elle risque d'affaiblir la notion, tout à la fois par dilution, en y faisant progressivement entrer toutes les peurs du moment, et par oubli, en négligeant d'inclure des situations encore inédites, que l'évolution des biotechnologies laisse cependant entrevoir comme possibles. En France, où le nouveau Code pénal, voté en 1992 et entré en vigueur en mars 1994, comporte désormais un titre « crimes contre l'humanité », symboliquement placé en tête des infractions contre les personnes, on arrive même à cette absurdité qu'à l'autre bout du Code (dans le livre V consacré aux « autres crimes et délits ») figure une section intitulée « Protection de l'espèce humaine », composée d'un seul crime, le crime d'eugénisme. L'humanité au début du Code, l'espèce humaine à la fin, cela fait un peu désordre, à moins que le législateur n'ait voulu marquer ainsi une différence entre l'espèce biologique et l'humanité symbolique, ce qui serait une formidable avancée du biopouvoir, à travers la « biologisation » du droit.

Et voici que l'on s'interroge maintenant sur la question de savoir si le clonage humain reproductif est compris dans la définition de l'eugénisme, ce qui semble être la position du Comité national d'éthique, ou devrait être, au même titre que l'esclavage, incriminé comme crime contre l'humanité, en tant qu'il implique une instrumentalisation de l'être humain. C'est dire que la question du clonage est un révélateur des conceptions qui sous-tendent la notion juridique toute nouvelle d'humanité. Un révélateur particulièrement puissant, car il oblige à reconsidérer l'ensemble des textes existants, y compris les lois bioéthiques de 1994. A condition de ne pas refaire l'erreur d'isoler le clonage, comme on a isolé les nouvelles technologies biomédicales, le débat sur le clonage pourrait contribuer au processus continu, mais peut-être réversible, de l'hominisation. C'est dans ce sens que Roger-Pol Droit a lancé sur ce thème une réflexion interdisciplinaire (à la fois biologique, anthropologique, philosophique, historique et juridique)⁸¹.

Cette interdisciplinarité est nécessaire car l'humanité a pris une signification éthique et juridique qui marque une distance par rapport aux données biologiques connues. Quelles que soient les hypothèses, religieuses, philosophiques ou scientifiques imaginées pour expliquer l'articulation entre l'universel et l'historique⁸², c'est un fait que l'humanité qui sous-tend le crime contre l'humanité comporte autre chose que ce que l'on connaît de l'espèce biologique. Et le moment serait peut-être venu de « durcir en mots » l'essence vivante de la personne. Tâche impossible, disait Hannah Arendt, mais elle a donné la clé en insistant sur la nécessité d'une conception plurielle de l'humanité : ce n'est pas *l'homme* qui habite la Terre, ce sont *les hommes*.

C'est en effet une conception plurielle qui traverse la liste toujours recommencée des crimes contre l'humanité. S'il y a toujours, comme on l'a vu, un fondement collectif à ces interdits, l'humanité qui sous-tend ces crimes n'est pas une humanité totalitaire. Ce que signifie l'interdit, c'est que l'être humain, même inscrit profondément dans sa communauté, familiale, culturelle ou religieuse, ne devrait jamais perdre son individualité et se trouver réduit à n'être qu'un élément interchangeable de celle-ci et rejeté comme tel (tuer quelqu'un non pour ce qu'il a fait, mais parce qu'il est né, disait André Frossard, c'est cela

le crime contre l'humanité). Si l'être humain a besoin d'appartenir à un groupe, il ne peut être enfermé, enchaîné à son origine, sans perdre son statut au sein de l'humanité. En somme, ce qui est ainsi affirmé, c'est à la fois la singularité de chaque être et son égale appartenance à la communauté humaine⁸³. Cela revient à dire que le crime contre l'humanité ne se limite pas à la destruction d'êtres humains, il peut englober des pratiques délibérées politiques, juridiques, médicales ou scientifiques qui respectent apparemment la vie, mais qui mettent en cause l'humanité ainsi comprise. Au-delà de la survie de l'espèce, c'est la conception de la dignité humaine qui est ici en jeu et la définition du crime devrait inclure tout à la fois la violation du principe de singularité (exclusion pouvant aller jusqu'à l'extermination de groupes humains réduits à une catégorie raciale, ethnique ou génétique ou, à l'inverse, fabrication d'êtres prétendus identiques, notamment par clonage) et celle du principe d'égale appartenance à la communauté humaine (pratiques discriminatoires telles que l'apartheid, ou création de « surhommes » par sélection génétique ou de « sous-hommes » par croisement d'espèces, l'eugénisme devenant une simple variante).

Ainsi, le crime contre l'humanité serait bien la borne commune à toutes les cultures, celle qui marque, malgré le pluralisme et la tolérance, mais aussi en leur nom, le point à ne pas franchir. Sa définition échappe aux incertitudes des connaissances biologiques. Qu'elles passent ou non par la destruction physique d'êtres humains, les pratiques ainsi définies comme crime contre l'humanité portent en commun ce que l'on appellera, faute de mieux, une destruction métaphysique, c'est-à-dire la négation de l'effort par lequel l'homme construit sa propre humanité. Autrement dit, le crime contre l'humanité est intolérable parce qu'il contredit l'effort d'hominisation qui serait le véritable « patrimoine commun de l'humanité », au sens symbolique du terme, parce que c'est un effort transtemporel que nous héritons du passé, qui transite par le présent et inscrit l'homme dans une « humanité promesse », pour reprendre la formule de René-Jean Dupuy⁸⁴.

Humanité promesse et patrimoine commun

Si le droit de propriété fait partie des droits de l'homme, le « patrimoine » de l'individu exprime bien autre chose : à la fois contenant et contenu, il marque l'indivisibilité entre le sujet et l'ensemble de ses biens, actuels et virtuels. Dans un sens plus large, le patrimoine de l'humanité a ce caractère transtemporel qui vient d'être évoqué : il ne nous appartient pas en propre mais il exprime une solidarité mondiale, non seulement dans l'espace, mais aussi entre les générations qui se succèdent dans le temps. L'humanité promise, c'est la promesse de protéger aussi les générations futures.

C'est en 1945 que les « générations futures » font une entrée discrète dans le champ juridique, en tête du préambule de la charte des Nations unies, dont l'objectif est de les protéger du « fléau de la guerre ». Il s'agit aussi de préserver pour elles le patrimoine culturel, archéologique et artistique, placé sous la protection internationale de l'UNESCO par la convention du 4 novembre 1946 qui créa l'organisation, chargée de veiller à « la conservation et protection du patrimoine universel de livres, d'œuvres d'art et d'autres monuments d'intérêt historique ou scientifique, et en recommandant aux peuples intéressés des conventions internationales à cet effet » (art. 1^{er}, par. 2, c).

Mais, pour les générations futures, c'est l'environnement qui se trouve aujourd'hui en première ligne, comme le souligne la Déclaration adoptée au sommet de Rio en 1992. Lancée en 1967, lors de la conférence sur le droit de la mer, la formule de « patrimoine commun de l'humanité » a été consacrée par divers textes tels que, par exemple, la Déclaration de 1970 sur le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, et surtout la convention de 1982 sur le droit de la mer (entrée en vigueur en 1994), qui, au-delà de l'attribution des ressources, prévoit une série d'obligations à la charge des Etats⁸⁵. Et comme l'humanité ne doute de rien dans sa conquête de l'espace, la Lune et ses ressources naturelles ont été classées à leur tour patrimoine commun de l'humanité par un accord international de 1979⁸⁶. Dans cette lente prise de conscience, la société civile, à travers les associations de défense de l'environnement, a joué un rôle d'aiguillon, qui serait encore renforcé si l'on venait à créer l'Observatoire mondial proposé par la Commission mondiale indépendante sur les océans et présenté par son président, Mario Soares, comme

« une sorte d'Amnesty international de la mer », chargé de « créer un courant d'opinion » et de « faire pression sur les dirigeants »⁸⁷.

Progressivement s'affirme ainsi au sein des Nations unies, à partir de la conférence de Stockholm de 1972, l'idée d'un « développement durable », c'est-à-dire d'un développement qui tient compte des limites écologiques de la planète. Ce sera la ligne de force de la Déclaration de Rio, marquant du même coup la nécessité d'intégrer l'environnement dans les règles du commerce international pour éviter les distorsions dues à l'éco-dumping. A cet égard, l'accord additionnel à l'Accord de libre-échange nord-américain (Aléna), entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, illustre le fait que, désormais, le caractère international de l'environnement tient non seulement aux données physiques, mais encore à des facteurs économiques⁸⁸.

On peut d'ailleurs se demander si la notion de développement durable ne devrait pas être transposée à la vie sous toutes ses formes, y compris humaines. Telle pourrait être la justification de la Déclaration « universelle » de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme adoptée le 3 décembre 1997. Toutefois, ce texte, rédigé dans une forme solennelle qui laisserait penser à une nouvelle déclaration des droits de l'homme pour l'humanité, laisse un peu perplexe, tant il paraît mêler considérations sociales et biologiques, notamment à l'article 1^{er} où il est d'emblée affirmé, comme une évidence, que « le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine » et que, « dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité ». La conséquence est de donner ainsi un fondement non seulement biologique, mais encore limité au seul génome, à un texte destiné « à promouvoir et développer la réflexion éthique ». La seconde partie de la phrase ajoute encore à la confusion en rattachant au génome la reconnaissance de la dignité et de la diversité des êtres humains, au risque d'exclure *a contrario* la dignité d'êtres nés après des manipulations génétiques. Et c'est parce qu'il serait contraire à la dignité ainsi définie que le clonage reproductif humain est cité comme exemple de pratiques qui « ne doivent pas être permises » (art. 11). Certes, l'article 2 corrige un peu cette dominante génétique en affirmant que « chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits quelles que

soient ses caractéristiques génétiques » et que « cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ». Mais il s'agit là d'une simple reprise de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, avec cette différence essentielle que cette dernière ne se donne pas un fondement biologique : à l'évidence, tous les hommes ne naissent pas libres et égaux dans la nature, mais ils sont « reconnus tels », quant à leur dignité et quant à leurs droits. Au fond, c'est ce mélange d'arguments biologiques, symboliques et philosophiques qui paraît inacceptable, plus encore que le recours à la notion de patrimoine commun de l'humanité, qui pourrait se lire comme une protection si le texte n'entretenait pas de prudentes ambiguïtés pour ménager « le libre exercice des activités de recherche ».

A condition d'éviter ce type d'amalgame, il reste que la notion de patrimoine commun de l'humanité peut participer à ce droit mondial qui se cherche, par-delà l'extrême diversité des cultures. Certes, le terme de patrimoine est parfois critiqué, mais pour des raisons opposées. Certains auteurs, comme Bernard Edelman, y voient le triomphe de la raison économique universelle : « A la limite, cette humanité vise à être le sujet universel d'une planification économique mondiale dont la nature serait, en fin de compte, l'unique objet. [...] L'homme, dépouillé de sa valeur humaine, se prépare à devenir un objet de valeur⁸⁹. » A l'inverse, d'autres s'inquiètent de voir annoncer une communautarisation qui conduira tout droit à la ruine de ce patrimoine, par épuisement des ressources que chacun tentera de s'approprier « en termes de maximisation immédiate de son utilité⁹⁰ ». Retenons plutôt les possibilités offertes par cette notion de patrimoine commun de l'humanité, apparue « comme un sursaut néguentropique, un formidable effort de rationalité d'une humanité qui n'entend pas être privée de son avenir⁹¹ ». Et apprenons à l'utiliser comme telle.

Il reste tout un travail de construction juridique qui suppose notamment la recherche des modalités de représentation de l'humanité comme sujet de droits et une réflexion, à peine esquissée, mais rendue nécessaire par le débat sur le génome, sur les critères, sans doute multiples, de la définition.

Car la démocratie, à l'échelle d'un droit mondial, se conquiert en effet tant par la méthode pluraliste et constructiviste que par un volontarisme politique du « non » que les juristes devront aider à mettre en musique. Elle se nourrit de tolérance, mais aussi de résistance à l'intolérable. Et l'idée même d'humanité comprend ces deux dimensions indissociables.

-
1. Susan Marks, « The End of History ? Reflections on Some International Legal Theses », *European Journal of International Law*, 1997, p. 449 et s.
 2. Eric Wanner, « Au-dessus et au-dessous de l'Etat », in *Démocratie*, sous la dir. de Robert Darnton et Olivier Duhamel, Paris, Ed. du Rocher, 1998, p. 201.
 3. *Ibid.*, p. 9.
 4. Voir Marie-Angèle Hermitte, « L'illicite dans le commerce international de marchandises », in *L'Illicite dans le commerce international*, sous la dir. de Philippe Kahn et Catherine Kessedjian, Paris, Litec, 1996, p. 109 et s.
 5. Voir Jacques Chevallier, « L'Etat-nation face à la mondialisation », in *Etats, entreprises, territoires et médias à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, La Documentation française, coll. « Regards sur l'actualité », n° 234 (numéro spécial), 1997, p. 7 et s.
 6. Voir Françoise Milewski, « Mondialisation et contrainte extérieure : quelles marges de manœuvre pour les politiques économiques ? », in *ibid.*, p. 19 et s.
 7. *Ibid.*, p. 28.
 8. Peter D. Sutherland et John W. Sewell, « Pour un sommet de la mondialisation », *Le Monde*, 7 août 1998, p. 10.
 9. Voir « Firmes et territoires à l'heure de la mondialisation : l'économie d'archipel selon Pierre Veltz », in *Etats, entreprises, territoires et médias à l'épreuve de la mondialisation, op. cit.*, p. 46-47.
 10. Jean-Paul Fitoussi, « L'idéologie du monde », *Le Monde*, 8 juillet 1998, p. 1 et 12. Egalement, « Marché et démocratie », in *Vers une éthique du futur*, Rencontres de Rio, 1997 (UNESCO, à paraître).
 11. François Jacob, « Discours de réception à l'Académie française », *Le Monde*, 21 novembre 1997.
 12. Voir *Le Droit saisi par la biologie*, sous la dir. de Catherine Labrusse-Riou, Paris, LGDJ, 1996.
 13. Claire Ambroselli, « Cendres mêlées, questions posées par l'histoire des crimes contre l'humanité et la mémoire des morts (1943-1993) », in *Revue d'histoire de la Shoah*, 151, 1994, « Le monde juif » ; voir également, *L'Éthique médicale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1988, et *Le Comité d'éthique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990.
 14. Michel Foucault, *La Volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 ; voir également Christiane Sinding, *Le Clinicien et le Chercheur, des grandes maladies de carence à la médecine moléculaire*, Paris, PUF, 1991.

15. Hannah Arendt, *La Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1982.
16. Voir Marie-Angèle Hermitte, *Le Sang et le Droit, essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Ed. du Seuil, 1996.
17. Conseil d'Etat, *Réflexions sur le droit de la santé*, rapport public 1998, Paris, La Documentation française, 1998, p. 235 et s.
18. *Ibid.*, p. 254.
19. Comité national consultatif d'éthique, *Une même éthique pour tous ?*, sous la dir. de Jean-Pierre Changeux, Paris, Odile Jacob, 1997. Voir également les travaux des comités européens (Groupe des conseillers pour l'éthique de la biotechnologie de l'Union européenne, et Comité directeur pour la bioéthique du Conseil de l'Europe) et du Comité international de bioéthique de l'UNESCO.
20. Conseil d'Etat, *Réflexions sur le droit de la santé*, *op. cit.*, p. 282 et s.
21. Marie-Angèle Hermitte, *Le Sang et le Droit*, *op. cit.*, p. 18.
22. Voir Jean-Marie Charon, « Les médias à l'heure de la mondialisation », in *Etats, entreprises, territoires et médias à l'épreuve de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 59 et s.
23. Voir le projet de Michael Hart exposé par Yves Eudes, *Le Monde*, 13 août 1998, p. 9.
24. Voir Nathalie Mlekuz, présentant les ateliers et conférences organisés à la Cité des Sciences jusqu'en juin 1999, sous le titre « Une université pour le cybermonde », *Le Monde*, 14 janvier 1998, p. x.
25. Roland Cayrol, in *Démocratie*, *op. cit.*, p. 247.
26. Elihu Katz, in *ibid.*, p. 245.
27. *Internet et les réseaux numériques*, rapport du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 1998.
28. Voir « Privatisation du renseignement spatial », in *Le Monde du renseignement*, 8 janvier 1998.
29. L'arrêt *Reno c. ACLU*, du 26 juillet 1997, déclare inconstitutionnelle la loi fédérale *Communications Decency Act*, visant à limiter la diffusion de textes et d'images « indécentes » sur Internet : cette interdiction est jugée trop restrictive pour la liberté d'expression car elle atteindrait tous les utilisateurs du réseau mondial, freinant ainsi la « libre circulation des idées ».
30. Hervé Morin, « La France définit sa réglementation en matière de cryptologie », *Le Monde*, 28 avril 1998, p. 18. Voir aussi Bertrand Warusfel, « Les conditions juridiques de la sécurité sur l'Internet et le régime de la cryptologie en France », in *Internet saisi par le droit*, sous la dir. de Xavier Linant de Bellefonds, Paris, Ed. des Parques, 1997, p. 199 et s.

31. Guy Braibant le constate aussi dans son rapport au Premier ministre, *Données personnelles et société de l'information*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 139-140.
32. Voir *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, Paris, Pedone, 1997, p. 262 et s.
33. Jürgen Habermas, *La Paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Ed. du Cerf, 1996, p. 57.
34. Voir Alain Renaut, *Kant aujourd'hui*, Paris, Aubier, 1997, notamment chap. IX, p. 433 et s. : « Penser le droit. Républicanisme et cosmopolitisme ».
35. *Cosmopolitan Democracy*, sous la dir. de Daniele Archibugi et David Held, Cambridge, Policy Press, 1995, p. 5. En anglais : « [...] a number of fundamental gaps have opened up between democratic politics and the late twentieth-century world, gaps in the relations among citizens, individual states and the economic system at the regional and global level. »
36. Denys Simon, *Le Système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 90-91.
37. Joël Rideau, *Droit des institutions de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1996, p. 267 et s.
38. Daniele Archibugi et David Held, in *Cosmopolitan Democracy, op. cit.*, p. 7 : « more of discussion and representation than of effective management of pressing strategic or socio-economic questions ».
39. Monique Chemiller-Gendreau, *Humanité et souveraineté*, Paris, La Découverte, 1995, p. 18.
40. Emmanuel Decaux, *Droit international public*, Paris, Dalloz 1997, p. 106.
41. Gérard Cohen-Jonathan, « Le Conseil de sécurité et les droits de l'homme », in *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 19 et s.
42. Voir John Rawls, *Le Droit des gens*, Paris, Esprit, 1996, p. 43 et s.
43. Voir Mireille Delmas-Marty, « Le rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune*, signification et limites », à paraître in *Mélanges Ryssdal* (Cologne, Carl Heymanns, 1998).
44. Voir *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty, Paris, PUF, 1989.
45. Hans Kelsen, *Peace through Law*, Cheyol Hill, University of Carolina Press, 1944: « Until it is possible to remove from the interested states the prerogatives of resolving questions of law and transfer this permanently and universally to an impartial authority, all further steps along the road to world peace are to be excluded. »

46. Emmanuel Decaux, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 168.
47. Hélène Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal de droit international*, 1997, p. 709 et s.
48. *Ibid.*, p. 724.
49. Daniele Archibugi et David Held, in *Cosmopolitan Democracy*, *op. cit.*, p. 13 : « *the term cosmopolitan is used to indicate a model of organization in which citizens, whenever they are located in the world, have a voice, input and political representation in international affairs, in parallel with and independantly of their own governments* ».
50. Voir Susan Marks, « The Emerging Norm : Conceptualizing “Democratic Governance” », in ASIL, *The American Society of International Law, Proceedings of the 91st Annual Meeting, 9-12 April 1997*, Washington DC, p. 372 et s.
51. Yves Mény, « Démocratie locale et démocratie européenne », in *Démocratie*, *op. cit.*, p. 207.
52. Daniele Archibugi, in *Cosmopolitan Democracy*, *op. cit.*, p. 133-134.
53. Xavier Dijon, *Droit naturel*, Paris, PUF, 1998, t. 1, « Les questions du droit », p. 519 et s., l'auteur recherchant l'identité du droit, au-delà du thème du « droit naturel à contenu variable » lancé par Rudolf Stammler au début du siècle.
54. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1992, chap. vii, p. 355 et s. Egalement Gérard Soulier, *L'Europe. Histoire, civilisation, institutions*, Paris, Armand Colin, 1994.
55. Voir notamment David Edward, « The Community's Constitution – Rigid or Flexible ? The Contemporary Relevance of the Constitutional Thinking of James Bryce », in *Institutional Dynamics of European Integration : Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Curtin et Heukels, 1994, vol. II, p. 57-78.
56. Voir M. Salah Mohamed Mahmoud, « Mondialisation et souveraineté », *Journal de droit international*, 1996, p. 611 et s.
57. Voir Hélène Ruiz Fabri, « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine », *Actes français de droit international*, 1992, p. 153 et s.
58. Intervention lors de la table ronde sur la recherche d'un droit commun de l'humanité, université de Téhéran, octobre 1997.
59. Voir Daniele Archibugi, in *Cosmopolitan Democracy*, *op. cit.*, p. 136 et s. ; également Jean Krasno, « Changing the UN to Meet the Human Security Challenges of the Next Century », in *Vers une éthique du futur*, Rencontres de Rio, 1997, *op. cit.*
60. Voir Hans Kelsen, « Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations », *Harvard Law Review*, 1946, p. 1087 et s.

61. Emmanuel Decaux, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 111.
62. *Ibid.*, p. 114. Egalement Gérard Cohen-Jonathan, « Le Conseil de sécurité et les droits de l'homme », *loc. cit.*, p. 58 et s.
63. Rapports A/50/332, 7 août 1995 ; A/51/512, 18 octobre 1996 ; et A2/51/761, 17 janvier 1997.
64. Voir *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, sous la dir. de Mireille Delmas-Marty, Paris, MSH, 1996, vol. 4, « Institutions internationales », p. 240 et s. et, sur le rôle de la société civile, p. 254 et s.
65. Voir Mario Bettati, *Le Droit d'ingérence*, Paris, Odile Jacob, 1996.
66. Eric Goemaere et François Ost, « L'action humanitaire, questions et enjeux », in *Humanité humanitaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1998.
67. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 394.
68. Voir Eric Goemaere et François Ost, « L'action humanitaire, questions et enjeux », *loc. cit.* Egalement Rony Brauman, qui voit dans l'humanitaire le moyen de redécouvrir le politique par d'autres voies (*Humanitaire. Le dilemme*, entretien avec Philippe Petit, Paris, Textuel, 1996, p. 91).
69. Dominique Wolton, « La nation : Il n'y a pas d'espace public européen », in *L'Esprit de l'Europe*, sous la dir. d'Antoine Compagnon et de Jacques Seebacher, Paris, Flammarion, 1993, vol. 2, « Mots et choses », p. 125 et s.
70. Jean Daniel, « Quelle culture pour l'Europe ? », *Le Monde*, 30-31 août 1998, p. 1 et 12.
71. Michael Walzer, *Pluralisme et démocratie*, Paris, Esprit, 1997, p. 217.
72. Voir Nicole Levrat, « Un mécanisme pour répondre à la complexité nouvelle des relations internationales ? », in *Ce que nous apprenons de la guerre – De la démocratie*, Bruxelles, janvier 1997, p. 45 et s. ; également in *Revue nouvelle*, n° 2, Bruxelles, 1997.
73. Voir « Les lieux d'échange (Etat/société civile) », in Mireille Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 235 et s.
74. Voir Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Rapport 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 402 et s.
75. Alain Finkielkraut, *L'Humanité perdue*, Paris, Ed. du Seuil, 1996, p. 131.
76. Maurice Zundel, *Un autre regard sur l'homme. Paroles choisies par Paul Debains*, Paris, Fayard, 1996, p. 171.
77. Pascal Picq, « Les origines de l'homme », *Journal du dimanche*, avril 1998.

78. Henri de Lumley, « Préhistoire et hominisation », in *Journées thématiques. Relier les connaissances*, sous la dir. d'Edgar Morin, à paraître (ministère de l'Education nationale, avril 1998).
79. Michel Massé, in *Actes*, numéro spécial sur droit et humanité, septembre 1973. Egalement Pierre Truche, « Le crime contre l'humanité », *Droits*, 1993, p. 19 et s. ; René-Jean Dupuy, *L'Humanité dans l'imaginaire des nations*, Paris, Julliard, 1991, notamment p. 195 et s., « L'humanité victime ».
80. Arrêt *Erdemovic*, 29 novembre 1996, *Les Petites Affiches*, n° 26, 1997, p. 6 et s.
81. Voir *Réflexions sur le clonage humain*, sous la dir. de Roger-Pol Droit, à paraître (Paris, Ed. du Seuil, 1999), notamment Mireille Delmas-Marty, « Faut-il interdire le clonage humain ? ».
82. Voir *La Nature et la Règle, dialogue entre Jean-Pierre Changeux et Paul Ricœur*, Paris, Odile Jacob, 1998.
83. Voir Mireille Delmas-Marty, « L'humanité saisie par le droit », in *Humanité humanitaire*, *op. cit.*, p. 27 et s.
84. René-Jean Dupuy, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris-Bruxelles, Economica-Bruylant, 1985, p. 197 et s.
85. Voir Martine Rémond-Gouilloud, « Le patrimoine commun », in *Du choix de détruire. Essai sur le choix de l'environnement*, Paris, PUF, 1989, p. 149 et s.
86. Voir Alexandre C. Kiss, *La Notion de patrimoine commun de l'humanité*, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours, t. 175, 1982.
87. Mario Soares, propos recueillis par Pierre Le Hir, *Le Monde*, 2 septembre 1998, p. 19.
88. Voir Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1996, p. 39 et s.
89. Bernard Edelman, *L'Homme, la Nature et le Droit*, Paris, Christian Bourgois éditeur, 1988, p. 140-141.
90. G. Hardin, cité par François Ost, in *La Nature hors la loi*, Paris, La Découverte, 1995, p. 330.
91. François Ost, *ibid.*, p. 337.

L'espérance d'un monde habitable

Qu'on ne vienne pas me dire qu'en l'état actuel du monde tout cela n'est qu'utopie. Mesurons plutôt le chemin parcouru. Dans cette lente montée vers la conscience qu'on appelle l'hominisation, le temps se compte d'abord en millénaires, voire en millions d'années. Et le droit n'est somme toute qu'une idée neuve. Moins de quarante siècles nous séparent du code d'Hammourabi, deux siècles à peine des Déclarations américaine et française des droits de l'homme et cinquante ans seulement de la Déclaration universelle.

Work in progress : ainsi se dénomme notre histoire. Il faut y consentir. Admettre aussi que le progrès n'est ni continu ni irréversible. Démasquer l'illusion et pressentir les désastres à venir, tel est notre héritage :

Des yeux purs dans les bois

*Cherchent en pleurant la tête habitable*¹.

Et voici qu'une fois de plus, mais à une échelle jamais atteinte, résistance rime avec espérance. Car refuser l'illusion mondialiste n'est pas se résigner au désordre du monde. Tout au contraire, il s'agit de résister aussi au scepticisme. *E pur si muove* ! Et pourtant le monde bouge ! Il bouge à travers les tâtonnements, les hésitations et les erreurs. En dépit des Cassandre de tout bord,

l'Europe, d'où étaient parties pendant la première moitié de ce siècle les fureurs de deux guerres mondiales, donne aujourd'hui l'image plus apaisée – malgré la Bosnie et le Kosovo – d'une lente marche vers la création d'un droit commun. Des représentants des ennemis dits héréditaires siègent désormais côte à côte dans deux assemblées parlementaires, celle du Conseil de l'Europe et celle de l'Union européenne. Des juges relevant de traditions juridiques longtemps opposées – *common law* et système romano-germanique – délibèrent ensemble et ont condamné tour à tour tous les Etats, y compris ceux dont ils sont originaires. Des gouvernements se réclamant d'idéologies parfois jugées irréductibles sont parvenus, à travers les crises successives, à élaborer des politiques communes, non seulement sur le plan économique (de la Communauté du charbon et de l'acier de 1951 à la monnaie unique prévue pour 1999, en passant par l'accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht en 1992, finalement signé par le Royaume-Uni et consolidé par le traité d'Amsterdam), mais également sur celui des droits de l'homme (de la Convention européenne de 1950 à la Charte sociale révisée de 1996). Aujourd'hui, il existe un droit commun européen, si insuffisant soit-il, et des juridictions pour en contrôler l'application effective. On commence même à entrevoir la silhouette du citoyen européen, inscrite dans le traité de Maastricht.

Cet exemple n'est certes pas transposable en tous points à l'échelle mondiale. Mais il n'en reste pas moins que l'expérience du « laboratoire européen » apporte un démenti au pessimisme systématique et peut fournir d'utiles repères pour l'édification progressive d'un droit mondial.

Au demeurant, sur ce plan-là aussi, si lentes soient les évolutions, et si décevants les échecs à répétition, de premiers résultats apparaissent qui ne doivent pas être négligés tant la tâche pouvait sembler prométhéenne. De la Déclaration universelle signée en 1948 aux deux Pactes de 1966, qui engagent juridiquement les Etats signataires, toujours plus nombreux, l'avancée du droit mondial s'est poursuivie. Elle s'est poursuivie notamment sous la pression des associations, qui font elles aussi leurs premiers pas dans l'apprentissage de la mondialisation, annonçant peut-être l'apparition des futurs citoyens du monde.

C'est ainsi que, si difficile qu'elle puisse paraître, la réforme de l'ONU, tant de fois promise, a franchi les premières étapes. Et enfin, au-delà des tribunaux *ad hoc* qui en étaient la préfiguration, l'accord obtenu pour la création d'une cour pénale internationale, malgré tous les pronostics d'échec et nonobstant la persistante opposition de l'Etat le plus puissant, va permettre, pour la première fois dans l'histoire, de faire siéger dans une juridiction permanente des juges venus des cinq continents qui appliqueront ensemble des principes universellement définis.

Résister au scepticisme, c'est rassembler de tels fragments encore épars pour relever les trois défis, mais sans les dissocier. Que l'une des réponses vienne à manquer, et l'ensemble ne sera plus ni possible, ni raisonnable, ni souhaitable.

Relever les trois défis à la fois, c'est la condition, je crois, pour ouvrir la voie d'un droit commun de l'humanité qui puisse, en conjurant les périls, préserver l'espérance d'un monde habitable.

-
1. René Char, « Bel édifice et les pressentiments », in *Le Marteau sans maître*, publié en 1934, au moment où, selon les paroles mêmes du poète, derrière la façade trompeuse du bel édifice « l'allégorie de l'horreur commençait à se concrétiser » (Paris, Gallimard, coll. « Bibl. de la Pléiade », 1983, p. 11).