

Études juridiques comparatives et internationalisation du droit^(*)

par
MIREILLE DELMAS-MARTY
Professeur au Collège de France
Membre du Conseil de direction de la SIDS

En ce jour où le droit semble céder le pas à la force, présenter une chaire d'études juridiques peut apparaître quelque peu inactuel. Raison de plus pour s'affirmer, à l'exemple de Nietzsche, résolument intempestif et méditer ce qu'il écrivait en 1873, après le succès militaire de l'Allemagne: "une grande victoire est un grand danger", car l'illusion de croire à la victoire d'une forme de civilisation pourrait mener, disait-il, à la défaite de l'esprit au profit de l'Empire. Défaite de l'esprit ou défaite du droit, il faut, pour tenter d'y voir clair, prendre quelque distance avec une actualité trop brûlante.

Monsieur l'Administrateur, mes chers collègues, en accueillant de nouveau une telle chaire, vous exprimez à la fois une fidélité et une volonté prospective.

Une fidélité à celui qui, avant d'être l'initiateur du Collège royal, avait été l'un des pères de l'humanisme juridique. C'est en effet en 1508 – au début de ce XVI^e siècle à la fois si fécond et si troublé – que Guillaume Budé fit imprimer ses "Annotations sur les vingt-quatre premiers livres des Pandectes" qui devaient préparer la voie d'un renouvellement des études de droit.

Budé n'est pas tendre avec les professeurs de droit: "une manie funeste les pousse à écrire: dès que quelqu'un d'entre eux est parvenu à se faire nommer professeur de droit, il est autorisé par la connivence du public à donner de nouveaux commentaires; mais au lieu de se borner à interpréter

^(*) *Leçon inaugurale faite le jeudi 20 mars 2003 au Collège de France.
Publié par Librairie Arthème Fayard 2003, Paris.*

les dispositions réelles des lois anciennes, il en imagine de fausses”. Il aurait fallu selon lui proscrire tous ces commentaires et n’admettre qu’un petit nombre d’auteurs dont les qualités de forme s’allieraient à la “sévère et profonde science du droit”. Du moins ses conseils seront-ils entendus par Cujas pour le droit romain, et en droit français par Dumoulin, ancien élève du Collège royal, qui cherchera à ramener l’ensemble des coutumes à quelques principes communs, osant le projet, utopique à l’époque, d’un seul code pour toute la France. Budé quant à lui, avant tout philologue, s’applique à lutter contre un “hideux jargon que les premiers maîtres de la science ne comprendraient pas s’ils revenaient au monde”. Je n’ose imaginer ce qu’il penserait, s’il revenait à son tour parmi nous, de “l’internationalisation du droit” qui se développe désormais bien au-delà du *jus commune* et oblige à employer de hideux néologismes, faute de mots pour en désigner les formes inédites.

Car c’est de prospective qu’il s’agit. En associant une méthode – les études comparatives – à un processus en cours – l’internationalisation du droit, c’est-à-dire son extension hors des frontières nationales –, cette chaire s’inscrit ainsi dans l’avenir, si incertain soit-il. Certes les événements présents soulignent tragiquement l’absence d’un véritable ordre juridique mondial: le système de sécurité collective de la Charte des Nations Unies a montré sa fragilité et le droit n’a pas su désarmer la force. Mais à l’inverse la force ne peut empêcher cette extension du droit, sans précédent dans l’histoire, au point qu’aucun État, fût-il le plus puissant, ne saurait durablement s’en affranchir. En dépit des apparences, il n’est plus possible aujourd’hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d’institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d’une défaite du droit, c’est peut-être d’une mutation qu’il s’agit, une mutation de la conception même de l’ordre juridique.

C’est pourquoi nous avons sans doute besoin de ce que Bachelard appelait les “forces imaginantes de l’esprit”, qu’il plaçait selon deux axes: “les unes, écrivait-il, s’amuse du pittoresque, de la variété, de l’événement inattendu”; quant aux autres, elles “creusent le fond de l’être; elles veulent trouver dans l’être à la fois le primitif et l’éternel”. N’est-ce pas décrire le travail du comparatiste: curieux de découvrir l’extrême variété des systèmes de droit, il creuse aussi parfois, cherchant par-delà la diversité quelque chose sinon d’éternel, du moins d’universel ou d’universalisable. Ce quelque chose que Raymond Saleilles désignait, lors du Congrès de Paris en août 1900, comme “l’unité foncière de la vie juridique universelle”, et qu’à la même époque Shen Jiaben présentait, dans

un mémoire à l'empereur de Chine, comme la "grande unité juridique du monde", appelant à rien moins qu'à la fusion entre droit chinois et droit occidental.

Mais le rêve des comparatistes se heurte alors (déjà!) à la violence des guerres et c'est au droit international, dans ses formes les plus innovantes qui n'identifient plus le droit aux seuls États, qu'il revient depuis un demi-siècle de donner existence juridique à l'universel. Au-delà même de la Déclaration "universelle" des droits de l'homme, l'humanité est reconnue, à partir du procès de Nuremberg, victime de crimes que l'on nommera précisément crimes "contre l'humanité". Elle devient ensuite titulaire d'un "patrimoine commun", qui l'engage vis-à-vis des générations futures. La formule vise le patrimoine mondial, culturel et naturel, annexe la Lune et autres corps célestes et va jusqu'à inclure, "dans un sens symbolique", le génome humain (Déclaration de l'Unesco).

Ce droit qui d'*inter*étatique devient ainsi *supra*étatique, mais seulement par fragments, aura-t-il jamais vocation de langage commun, de commune sagesse? On ne peut le promettre, mais on doit plus que jamais l'espérer, à condition de ne pas diviser les forces imaginantes du droit. C'est ensemble, dans cette "dialectique alerte" chère à Bachelard, qu'elles peuvent nourrir l'imaginaire en travaillant sur la diversité des formes apparentes, tout en descendant "dans le germe de l'être" pour trouver "la solide constance et la belle monotonie", qu'il attribuait à la matière. Autrement dit c'est seulement si le droit international se nourrit de l'histoire et du droit comparé, et si la méthode comparative intègre les avancées du droit international, que les mouvements en cours pourront s'inscrire, au-delà des bouleversements présents, dans un nouvel humanisme.

Devant l'ampleur de la tâche que vous m'avez confiée, je me trouve maintenant bien hardie. Mais cette audace m'est venue de vous, mes chers collègues, et plus particulièrement de Pierre-Étienne Will et Anne Fagot-Largeault qui ont soutenu ce projet et vous ont convaincus de sa pertinence. Il me faudra, au cours des années à venir, m'attacher, sinon à le réaliser dans sa totalité, du moins à le mettre en route.

Il est vrai que je ne suis pas seule à prendre cette route. Il est rassurant de pouvoir s'inspirer de grands maîtres et je n'oublie pas que le droit comparé est né au Collège de France avec la chaire d'"histoire générale et philosophique des législations comparées" confiée en 1831 à Eugène Lerminier. Il n'avait pas craint d'exprimer, dès 1832, une conviction universaliste: "Nous pouvons dire qu'il y aura un état du monde où le genre humain dira "moi" et le dira, non pas simplement comme une chimère ou une utopie, mais comme un fait puissant et réel." C'était aller un peu vite en besogne, d'autant qu'il sera vivement contesté, quelques années plus

tard, pour son ralliement au régime de Juillet, au point d'être contraint de renoncer à sa leçon de rentrée le 26 novembre 1838. Le malheureux Lerminier, qui finira par démissionner en janvier 1849, s'était en outre aventuré à critiquer Balzac, au point d'être considéré par Madame Hanska comme "l'ennemi personnel" du grand homme. Fort réjouie par l'épisode de cette leçon où il aurait été, selon elle, "lapidé de pommes cuites", elle se dit "seulement fâchée qu'ils n'y eussent pas ajouté quelques pommes crues qu'il méritait bien".

L'exemple n'est donc rassurant qu'à moitié, tant il est révélateur des violences auxquelles peut conduire la proximité entre études juridiques et engagements politiques quand l'idéologie s'en mêle. Une chaire d'"histoire des législations comparées" sera néanmoins confiée en 1849 à Édouard Laboulaye. Il choisit de commencer son cours par l'étude de la constitution américaine et fonde en 1869 la Société de législation comparée qui reste l'un des hauts lieux des rencontres vouées à cette discipline.

À son tour, le droit international, dans le prolongement des anciennes chaires de droit de la nature et des gens, fera son entrée au Collège de France, en 1980. Dès sa leçon inaugurale, René-Jean Dupuy, refusant le postulat de progrès linéaire, décrit avec lucidité les tensions entre pouvoir et droit selon deux modèles qui n'ont cessé de s'affronter depuis lors: le modèle relationnel (*interétatique*) qui juxtapose des pouvoirs souverains, au risque de les "dresser contre l'emprise de l'institution"; et le modèle institutionnel (*supraétatique*), qui a inspiré la création de la Cour pénale internationale, mais n'affirmera son ambition universaliste qu'en reconnaissant les diversités nationales.

Désormais, c'est l'ensemble du droit qui se trouve en première ligne et si les études juridiques figurent de nouveau au programme, je sais bien, au fond de moi, que cet honneur n'est pas dû à mes seuls mérites ni à mes seuls travaux. J'ai eu la chance d'être entourée de collègues qui m'ont instruite dans leurs domaines respectifs, en même temps que je connaissais le bonheur d'être accompagnée par d'autres plus jeunes, comme une immense famille dont la présence aux quatre coins du monde me donne confiance, car ils sauront continuer à faire la trace et inventer la suite du chemin.

Mais y a-t-il, Mesdames et Messieurs, mes chers amis, y a-t-il seulement un chemin? Et comment cerner l'objet de cette chaire, alors qu'on ne voit à l'œil nu qu'une accumulation de fragments, balises innombrables, dispersées comme au hasard en des lieux divers et indiquant des sens différents et parfois contradictoires?

D'abord *le nombre*, car c'est une illusion de croire que la "déréglementation", qui accompagne l'internationalisation en matière

économique, serait le contraire de la réglementation. En réalité c'est un redéploiement, par une multiplicité d'acteurs, publics et privés, selon des dispositifs d'incitation, de négociation, de flexibilité qui appellent des normes temporaires, évolutives, réversibles. On pourrait y reconnaître la vision pluraliste de Santi Romano, renonçant déjà en 1918 à identifier le droit à l'État. Encore qu'il ne s'agisse pas toujours de véritables ordres institués comme tels: j'y verrais plutôt une pluralité d'espaces normatifs, y compris au sein d'un droit international lui-même éclaté. De la pluralité à la prolifération, il y a de quoi inquiéter les États.

Une étude sur "La norme internationale en droit français", demandée au Conseil d'État par le Premier ministre et publiée en 2000, constate que "les évolutions du cadre constitutionnel ... ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires, dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe". Les chiffres cités laissent pantois: pour le seul droit communautaire, plus de 68.000 textes ont été produits depuis l'origine, sans compter les nouveaux instruments comme les actions communes ou les décisions-cadre. S'il est vrai qu'il s'agit en partie de textes modificatifs ou éphémères, il reste que le nombre de normes juridiques ne cesse d'augmenter et que le droit international est invoqué de plus en plus souvent devant les juridictions nationales.

Certes, le droit communautaire se limitait au départ à des questions techniques, mais il influence aujourd'hui des pans entiers du droit. Et la future constitution européenne ne devrait pas ralentir le processus. Bien au contraire, il est demandé aux rédacteurs de veiller "à ce que la dynamique européenne ne s'affaiblisse pas".

Cette dynamique est d'ailleurs renforcée par l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme qui oblige les États à légiférer en des domaines, comme les écoutes téléphoniques, où nul n'osait s'aventurer; ou à modifier de très anciens et subtils équilibres concernant, par exemple, le rôle des commissaires du gouvernement au Conseil d'État ou celui des avocats généraux auprès de la Cour de cassation. Aucun secteur du droit n'est à l'abri. Comme le dit plaisamment le doyen Carbonnier: "La Cour de Strasbourg est sortie de son lit; l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer."

D'autant que le droit mondial prolifère lui aussi. Si les nombreuses conventions adoptées par l'Organisation des Nations Unies (ONU) en matière de droits de l'homme sont plus impressionnantes en nombre qu'en effets visibles, la globalisation économique, activée par la fin de la guerre froide, a donné un nouveau dynamisme au commerce mondial. Ainsi

l'entrée de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le 11 décembre 2001, a-t-elle déclenché, après les vagues de 1978 et de 1992, une troisième onde de réformes, transformant le droit chinois des affaires en un vaste chantier. Le Protocole d'accèsion de la Chine à l'OMC impose même des principes généraux qui pourraient entraîner des mutations plus larges, comme la disparition, au moins pour partie, des mesures discrétionnaires ou la mise en place d'un contrôle de l'excès de pouvoir.

Gardons-nous toutefois d'un optimisme excessif, car le développement économique n'implique pas de passage automatique à l'État de droit. À moins d'intégrer simultanément les droits civils et politiques, par la ratification du Pacte élaboré par l'ONU, mais celle-ci a peu de moyens pour y inciter.

C'est que, d'une organisation à l'autre, *les lieux* de l'internationalisation du droit restent dispersés, au propre et au figuré.

Visant les droits européens, Jean Carbonnier les nomme "droits de nulle part", ajoutant, ironique, "de nulle part, cela pourrait se dire en grec *utopie*; mais les utopies sont poétiques, aériennes, tandis qu'autour des droits européens 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 babyloves juridiques".

Pourtant le modèle doit être attractif, car d'autres régions commencent à mettre en place des dispositifs à portée juridique. Certes, le potentiel d'intégration varie entre un simple cadre de consultation mutuelle en Asie (Asean), ou de coopération économique pour la zone Asie/Pacifique (Apec); une zone de libre-échange en Amérique du Nord (Alena), ou d'union douanière en Amérique du Sud (Mercosur), ou encore une organisation d'harmonisation du droit des affaires entre pays africains de la zone franc (Ohada). Du moins ces dispositifs pourraient-ils dans l'avenir influencer les droits nationaux, d'autant que s'ajoutent divers instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Mais cet avenir semble encore lointain car, à quelques exceptions près, l'efficacité est quasi inexistante, faute de ratification ou de contrôle.

À l'échelle mondiale, il faut en outre tenir compte de la privatisation des normes: l'arbitrage en droit du commerce international est largement régi par des sources privées et l'autorégulation se développe sous forme de codes de conduite, éthique d'entreprise, ou plus récemment d'écolabel et de label social, supposés renforcer le respect des règles écologiques et sociales en responsabilisant les consommateurs. Pour utile qu'elle puisse être, l'autorégulation ne saurait toutefois se substituer à la régulation par des organisations interétatiques, seules en charge des intérêts communs. Mais la dispersion est telle, entre l'ONU et les organisations spécialisées (pour le

travail, la santé, la propriété intellectuelle ou le commerce), que l'efficacité semble inversement proportionnelle au nombre, du moins en l'absence de véritable contrôle juridictionnel. On sait en effet que la Cour internationale de justice instituée par la Charte des Nations Unies n'est qu'une cour d'arbitrage, soumise au bon vouloir des États, et qu'il n'existe pas de véritable cour pour juger les violations des droits de l'homme à l'échelle mondiale. Du moins l'Organe de règlement des différends créé à l'OMC commence-t-il à se judiciariser, tandis que les juridictions pénales internationales ébauchent, malgré les résistances, une justice mondiale.

Mais à mesure que la justice se mondialise, elle se trouve confrontée à des contradictions pour déterminer *le sens* de l'internationalisation du droit. Une contradiction apparaît en effet entre l'internationalisation éthique, qui suppose le soutien actif des États, et la globalisation économique, qui se traduit souvent par leur impuissance; également entre l'idée même d'universalisme, qui suppose solidarité, partage et lutte contre la pauvreté, et la société de marché, marquée à l'inverse par un accroissement de la compétition et des inégalités.

La conciliation aurait dû être facilitée par l'indivisibilité des droits fondamentaux, qui était inscrite dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais le principe s'est affaibli au cours du temps. En 1966, l'adoption de deux pactes distincts aboutit à séparer les droits civils et politiques des droits économiques, sociaux et culturels, laissés quasiment sans contrôle; puis la création de l'OMC en 1994 isole les droits économiques des droits sociaux.

À cet égard l'expérience européenne peut sembler novatrice. Malgré l'existence de deux cours, qui symbolisent la séparation du marché et des droits de l'homme, les juges s'efforcent, par un jeu de références croisées, de résoudre les principales contradictions, mais ils ne peuvent le faire que de façon ponctuelle, au cas par cas. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, franchit une étape en renonçant à la division bipartite pour une présentation en six chapitres: la dignité, puis les principales libertés, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice. Une fois inscrite dans la constitution, la Charte devrait prendre force juridique et s'appliquer non seulement aux États, mais aussi aux acteurs économiques. À terme, elle permettrait peut-être de combiner les mécanismes de régulation propres au marché (ouverture des marchés et libre concurrence) avec le respect des droits fondamentaux. Déjà les justiciables commencent à l'invoquer et les juges à s'y référer comme source d'inspiration; cette façon d'anticiper sur la décision politique marquant une fois de plus la force du droit et le pouvoir des juges, voués à résoudre des contradictions qui ne sont pourtant que le reflet

d'hésitations politiques. Une fois de plus, mais en des termes renouvelés, peut-être, par une internationalisation qui, en affaiblissant les États, se traduit par une poussée de cette "force de la forme" que Pierre Bourdieu décrivait comme "la force du droit".

Au moment où je présente une chaire consacrée aux études juridiques, comment ne pas évoquer avec émotion celui qui fut l'une des grandes figures de la pensée contemporaine? Bourdieu n'était pas dupe du formalisme juridique. Il considérait que ceux qui opposent un droit rationnel au droit magique, comme le fit Max Weber, oublient que "le droit le plus rigoureusement rationalisé n'est jamais qu'un acte de magie sociale qui réussit". Magie et recherche font rarement bon ménage et quand la magie opère, toute tentative de travail scientifique semble vouée à l'échec. Dans sa logique implacable, une telle sociologie du champ judiciaire aboutirait à l'impossibilité du droit, ou plutôt d'une science du droit. Nous en avons parfois parlé et il en convenait, me réconfortant néanmoins quant à la légitimité de ma recherche, car nous savons, disait-il, que vous savez. Comme m'ont réconfortée aussi, mes chers collègues, les conversations savantes que j'ai eu le bonheur d'échanger avec vous lors des visites qui précèdent une élection dans cette institution. Votre bienveillante attention m'incite à une sorte de sagesse pratique qui n'annonce pas l'abolition du droit – ce ne serait assurément ni le temps ni le lieu –, mais s'efforce de trouver des méthodes pour éviter la sacralisation des textes et les certitudes péremptoires des clercs.

Ces méthodes, j'en vois deux, comme deux préceptes pour accompagner le cheminement de ces années de cours dans lesquelles je m'engage aujourd'hui.

La première, inscrite dans l'intitulé même de la chaire, consistera à examiner *les interactions* entre droit international et droits nationaux. Les études comparatives n'auront donc pas vocation seulement cognitive mais résolument critique. Fondé sur la diversité des systèmes, le droit comparé met en question un processus d'internationalisation trop sûr de lui: tantôt bureaucratique, s'attachant à l'unification dans les plus grands détails quand elle est facile et y renonçant quand elle serait utile, et tantôt hégémonique, imposant sans ménagement la loi du plus fort.

Il est vrai que la place du droit comparé est variable. Il intervient peu dans la conception traditionnelle d'une internationalisation *interétatique*. S'il est fait alors référence aux droits nationaux, c'est pour dégager, selon la formule un peu hautaine inscrite dans le statut de la Cour internationale de justice, des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Plus ouvert, le statut de la Cour pénale vise, mais à titre subsidiaire, les "principes généraux du droit dégagés par la cour à partir des

lois nationales représentant les divers systèmes juridiques du monde”. Mais il faudrait des moyens considérables pour connaître tous les systèmes juridiques et vérifier leur compatibilité avec le droit international. À défaut, la référence au droit comparé sert davantage à légitimer *in fine* la décision des juges qu’à guider l’interprétation dès le départ, comme on le voit parfois déjà avec les tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda. Au mieux, les juges se bornent à confronter systèmes de *common law* et romano-germaniques, comme une survivance du concept de “nations civilisées” qui réduirait les autres à une acculturation progressive. Quant à l’incorporation des pratiques nationales à la coutume internationale, elle aboutit, par un étrange effet en boucle, à faire des juges nationaux à la fois des émetteurs et des récepteurs de la norme internationale.

Et pourtant le droit comparé devient nécessaire dès lors que se développe un droit *supra*étatique que l’on souhaiterait défini autrement que par extension du système de l’État le plus puissant. De ce point de vue, l’intitulé de cette chaire n’est pas neutre. Mentionner les études comparatives, c’est exprimer une préférence pour une internationalisation pluraliste qui ne renonce pas à la diversité des systèmes. Mais elle impliquerait, pour être réussie, autre chose que leur juxtaposition. Il faut repérer les différences et trouver une grammaire commune qui permette soit une mise en compatibilité (harmonisation), soit une véritable fusion (hybridation). Même à l’échelle européenne, la difficulté apparaît à mesure que les essais se multiplient, du droit des contrats au droit pénal, en passant par le droit des sociétés ou celui des procédures.

À l’échelle mondiale, on peut tout au plus tenter d’évaluer les différences qui conditionnent les chances d’une internationalisation pluraliste. C’est dans une telle perspective que j’ai engagé depuis une dizaine d’années une recherche portant sur des traditions aussi anciennes et essentielles que les traditions islamiques et chinoises, au risque de m’égarer par méconnaissance de la langue et de l’histoire.

En ce qui concerne la tradition chinoise, je suis particulièrement reconnaissante à Pierre-Étienne Will de m’avoir associée à son séminaire sur les problèmes de la démocratie et du droit en Chine. C’est l’occasion de mieux connaître les spécificités du droit chinois, dans ses avancées et ses résistances. J’y découvre, par exemple, comment, avec le censure, s’ébaucha sous la dynastie *Ming* une sorte de contrôle de l’excès de pouvoir, affaibli sous les *Qing*, puis réactivé dans le projet de constitution de 1936 (adopté en 1947) qui s’inspirait d’une théorie des cinq pouvoirs, conçue par Sun Yat Sen comme une synthèse entre la pensée de Montesquieu et la tradition impériale. Tardivement mise en œuvre à

Taiwan, mais sans impact en Chine continentale, une telle théorie évite au moins de croire que l'Occident a tout inventé.

À terme, la méthode comparative a pour double fonction de contribuer à l'intégration qui est au cœur de l'internationalisation du droit et de lui résister. Contribuer à l'intégration dans la mesure où le droit comparé est nécessaire pour dépasser les divergences par un travail de synthèse permettant, dans certains cas et à certaines conditions, cette hybridation juridique dont l'Europe constitue une sorte de laboratoire, d'analyse et parfois d'essais. Ainsi le projet d'un procureur européen a-t-il été conçu en combinant des éléments pris, les uns à la tradition inquisitoire, les autres à la tradition accusatoire. Mais l'hybridation n'est pas possible en tous domaines et le même projet a renoncé à imposer des juges professionnels, au vu de l'attachement du droit anglais au jury comme symbole de la démocratie.

Car les études comparatives conduisent aussi à résister, soit de façon radicale par le rejet de toute intégration, soit de façon plus nuancée, excluant l'unification selon des règles uniformes mais ouvrant la voie d'une harmonisation autour de principes communs, appliqués avec une marge nationale d'appréciation. Celle-ci, sorte de droit à la différence pour les États, permettrait, en conciliant les contraintes d'un droit commun et les exigences de la diversité, de conjuguer l'un et le multiple. J'emploie le conditionnel car cette marge, imprécise et évolutive, risque de favoriser davantage l'arbitraire du juge que l'émergence d'un droit commun accepté comme tel.

Ce risque m'amène au second précepte, à la fois une posture et une méthode: faire de *l'indétermination* une composante du raisonnement juridique, c'est-à-dire admettre que le chemin n'est pas tracé d'avance et que l'internationalisation annonce peut-être une recombinaison pour laquelle une certaine part d'indétermination, dans l'espace et dans le temps, serait au stade actuel nécessaire.

Qu'on m'entende bien! Dire que l'indétermination est nécessaire n'implique de ma part ni son éloge inconditionnel ni un plaidoyer pour un droit sans rigueur. Bien au contraire, pour avoir quelque peu travaillé sur la logique de gradation dite logique floue, je soutiens que l'indétermination est un appel à plus de transparence dans la motivation et à plus de rigueur dans la méthode. Car il ne faut pas confondre indétermination et arbitraire.

L'indétermination vient d'abord du recours à la notion de marge nationale. Inventée par le juge européen pour tenir compte des diversités, notamment culturelles et religieuses, qui existent même dans une région pourtant assez homogène, cette notion est à plus forte raison nécessaire dans un espace mondial qui cumule toutes les disparités, à tel point que l'on

peut se demander comment appliquer sans imposture le principe d'égalité entre États. Encore faut-il que la méthode soit ouvertement admise comme telle: par définition une "marge" introduit en effet une indétermination, mais elle préserve la possibilité d'une mesure commune des écarts, donc celle d'une norme commune.

L'exemple du clonage humain peut aider à en comprendre l'utilité. Il serait à la fois possible et souhaitable de poser une règle mondiale d'interdiction du clonage reproductif; mais la proposition franco-allemande a échoué à l'ONU en raison de son silence sur le clonage dit thérapeutique, de fortes divergences rendant l'unification juridique à première vue impossible. Pour éviter l'échec, la proposition aurait sans doute pu inclure une norme commune interdisant par exemple, au nom du principe de dignité humaine, d'implanter *in vivo* les cellules clonées, tout en reconnaissant une marge à chaque État pour définir les pratiques admises.

Mais l'efficacité d'une telle proposition supposerait à la fois la mise en place d'un contrôle juridictionnel et l'aménagement des méthodes.

Pour éviter un usage arbitraire de la marge nationale et réduire l'indétermination, le juge devra construire un raisonnement, donc y mettre un peu de raison, en spécifiant et pondérant les critères au vu des intérêts en jeu. La même condition s'applique d'ailleurs aux marges intrinsèques, dues à l'imprécision de certaines notions ou de certains qualificatifs, du type "raisonnable" ou "acceptable". Venus de la *common law*, ces adjectifs postulent une confiance en la sagesse des juges et leur auto-discipline. Mais cette confiance, on l'accorde plus volontiers aux juges nationaux qu'à des juges internationaux, perçus comme des étrangers. Pour convaincre de leur légitimité, ils auront besoin d'un surcroît de rigueur. S'agissant de définir une marge, il est nécessaire d'établir une échelle de gradation, mais ce n'est pas suffisant car mesurer l'écart à la norme ne dit pas à partir de quel point le délai devient déraisonnable, le risque inacceptable, ou la marge nationale excessive. Encore faut-il fixer un seuil qui commande l'ampleur de la marge admise, mais crée par ses variations un nouveau risque d'arbitraire, dans le temps cette fois.

En effet l'indétermination dans le temps qui, bien comprise, conditionne l'usage du principe de précaution accompagne aussi une internationalisation dont le caractère "évolutif" est parfois ouvertement revendiqué. La rigueur impose alors d'indiquer les critères qui commandent les variations du seuil de décision: critères de droit international, comme la légitimité du but invoqué ou la nature du principe concerné, et critères comparatifs, tels l'existence ou l'absence d'un "dénominateur commun" entre les systèmes nationaux. Les juges s'y efforcent, mais ils ont peu de moyens pour mener une véritable comparaison et ils se réservent d'ailleurs

de passer outre, au cas où apparaissent des “conditions nouvelles”, selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme.

Si les études comparatives peuvent ainsi contribuer à l'effort de rigueur, rien ne permet d'affirmer qu'elles feront totalement disparaître le flou et l'incertitude. Incorporer l'indétermination au raisonnement juridique n'est pas la supprimer, mais plus modestement tenter de limiter la part d'imprévisibilité – faudrait-il dire de hasard? – dans les processus d'internationalisation du droit.

Je n'ose aborder ici ce thème du hasard. Jacques Monod écrivait qu'il renvoie à des situations très différentes, allant de l'incertitude “opérationnelle” du coup de dés à l'incertitude “essentielle” qui tient à l'intersection de chaînes causales indépendantes, voire à l'absence de toute détermination causale: “ni ontologique ni oraculaire, le hasard reste un désespoir de cause” résumera Henri Atlan.

Qu'elle soit opérationnelle ou essentielle, relative ou absolue, l'incertitude conduit, comme y invitait Michel Foucault dans sa leçon inaugurale, à “remettre en question notre volonté de vérité”. Il faut, disait-il, “restituer au discours son caractère d'événement”, y compris dans ses discontinuités, et “accepter d'introduire l'aléa comme catégorie dans la production des événements”.

Je voudrais maintenant, pour en venir, après l'objet et la méthode, à mes hypothèses de travail, repérer quelques-unes des discontinuités du discours juridique. Non pour conjurer les hasards de leur apparition, mais du moins, le droit étant un discours prescriptif, pour chercher les bifurcations qui permettraient d'ouvrir un passage. J'en aperçois déjà trois.

Commençons par la moins apparente, peut-être, pour les non-juristes, mais la plus perturbatrice pour l'ordre juridique, *la discontinuité des normes*. Les marges nationales, le principe de subsidiarité, inscrit dans les traités européens (et renforcé dans le projet de constitution par un contrôle des parlements nationaux), ou encore le principe de complémentarité placé en tête du statut de la Cour pénale internationale ont pour conséquence commune d'interrompre la chaîne verticale du droit national au droit international. Mais l'interruption horizontale est plus radicale encore entre les ensembles internationaux de même niveau que l'on avait cru autonomes parce que spécialisés en des domaines différents, par exemple le droit du marché et celui des droits de l'homme. La difficulté est que si cette discontinuité exclut une subordination étroite entre différents ensembles normatifs, elle ne signifie pas pour autant leur autonomie absolue.

La bifurcation serait donc épistémologique car de tels phénomènes sont difficiles, voire impossibles à comprendre selon la conception traditionnelle d'un ordre juridique strictement déterminé par le principe de hiérarchie qui

fonde l'unité du système et lui donne la forme d'une pyramide où la norme inférieure est subordonnée à la norme supérieure et ainsi de suite jusqu'au sommet. Dans les rapports entre droit interne et droit international, cette représentation n'admet que deux possibilités: le monisme, qui suppose un ordre juridique global auquel tous les autres seraient subordonnés, ou le dualisme, si les ordres juridiques nationaux restent conçus comme des ensembles séparés et indépendants. Si le premier demeure utopique, à l'inverse le dualisme, qui implique une séparation radicale entre droit national et international, ne permet pas d'intégrer au raisonnement juridique tous les phénomènes qui accompagnent l'internationalisation du droit.

C'est qu'il n'y a pas seulement changement d'échelle, par extension du territoire national à la planète et par dilatation du temps historique aux générations futures: les interactions et les indéterminations qui caractérisent ce droit mondial en gestation annoncent peut-être l'émergence d'un nouveau modèle.

Dans leur ouvrage *De la pyramide aux réseaux?*, François Ost et Michel van de Kerchove ont développé l'hypothèse d'une oscillation entre "l'universalité potentielle des réseaux et l'ancrage bien localisé des pyramides", assumant délibérément le risque d'une dialectique sans synthèse. Ce risque existe en effet car une telle dialectique n'exclut ni le chaos déjà annoncé ni l'autorégulation par le seul marché qui peut conduire, comme le rappelait souvent Geneviève de Gaulle, présidente d'ATD Quart-Monde, au totalitarisme de l'argent.

Pour échapper à ces désordres, nous aurions besoin, me semble-t-il, d'une théorie à la fois dialectique et de synthèse, dont l'objectif serait, à partir de la pluralité des systèmes, de construire un "pluralisme ordonné". On peut le tenter en combinant, du binaire au flou, les différentes logiques qui commandent les processus déjà évoqués, comme autant de figures normatives possibles. L'hybridation, qui implique la fusion des droits nationaux en une norme unifiée, applicable selon une stricte hiérarchie, ne disqualifie pas la logique binaire traditionnelle, mais elle reste une voie exceptionnelle car elle suppose un législateur ayant le pouvoir de définir une règle précise et un juge compétent pour l'appliquer. L'harmonisation, qui se limite à poser des principes communs pour rendre compatibles les différences nationales, permet d'assouplir la hiérarchie par le jeu des marges nationales, mais elle confie au juge, récepteur de la norme, une part de sa détermination, exigeant de lui l'apprentissage de nouvelles logiques, à base de gradation et de seuils. Enfin la corégulation, qui tend à éviter les contradictions les plus flagrantes, exclut toute hiérarchie, chaque juge devenant tour à tour émetteur et récepteur selon un jeu informel

d'informations et de références croisées, mais elle appellerait transparence et réciprocité.

De l'informel au formalisme juridique, il ne s'agit pas de supprimer les tensions mais d'ordonner entre elles ces différentes figures en une synthèse évolutive et dynamique, dynamisée précisément par ces tensions. Pour y parvenir, il est essentiel de repérer les conditions propres à chaque figure, en tenant compte de la répartition des rôles entre législateur et juge, car elle commande l'organisation des pouvoirs.

Or une deuxième discontinuité affecte précisément *l'organisation des pouvoirs*. Même en Europe, l'équilibre classique entre les trois pouvoirs ne semble pas directement transposable: face à un parlement européen faible et à un exécutif divisé entre la Commission et les États, le pouvoir judiciaire des deux cours européennes s'affirme dans une dynamique où le droit finirait par se dresser contre la démocratie. Ce risque de déséquilibre s'étend à l'échelle mondiale, à mesure que s'élaborent des normes de type *transnational*, conçues et appliquées par les acteurs eux-mêmes, ou encore *supranational*, définies par les États mais progressivement contrôlées par des organes juridictionnels, ou quasi juridictionnels. Ainsi l'organe de l'OMC peut-il imposer aux États des injonctions sous astreinte et les juridictions pénales internationales condamner des dignitaires de haut rang, voire un chef d'État en exercice.

Mais l'innovation majeure, dont René Cassin fut l'un des inventeurs et Robert Badinter le réalisateur en France, est encore limitée aux Cours régionales, notamment européenne, des droits de l'homme: c'est le mécanisme du recours individuel, exercé par des personnes privées qui deviennent sujets actifs de droit international et peuvent faire condamner un État. C'est ainsi que la France fut condamnée pour la première fois par la Cour européenne des droits de l'homme en 1986, sur la requête d'un étranger, jugé pour meurtre dans son pays, qui avait été victime d'une détention irrégulière. Régional, un tel recours peut néanmoins avoir déjà des conséquences mondiales: à plusieurs reprises, dans des affaires pénales où une extradition était requise pour un crime capital, la Cour de Strasbourg, jugeant la peine de mort contraire au dispositif européen de protection des droits de l'homme, a conduit les États requis à opposer un refus à des demandes venues notamment des États-Unis, ou plus récemment de Chine.

C'est donc tout l'équilibre des pouvoirs qui se trouve remis en cause. Pour construire un nouvel équilibre, le modèle fédéral, ou confédéral, semble difficilement transposable entre des États fortement structurés. On le voit même en Europe où tous partagent pourtant le même idéal démocratique; *a fortiori* dans le contexte mondial d'États très diversement

avancés dans cette voie. Quant au modèle impérial, il suppose toujours une subordination entre un centre dominant et une périphérie dominée et ne garantit pas contre “l’effroyable despotisme” redouté par Kant, qui considérait la pluralité des États-nations comme l’horizon indépassable du cosmopolitisme.

Dès lors que ni le droit international, ni le droit constitutionnel comparé, ni l’histoire ne fournissent de précédent, c’est bien d’une nouvelle bifurcation, politique cette fois, qu’il s’agit. Et l’exemple de la construction européenne devrait déjà permettre d’ouvrir quelques pistes, ou d’abandonner quelques voies sans issue. La réforme des institutions oblige en effet à inventer un nouveau type d’articulation entre niveau national et supranational, tant dans l’exercice du pouvoir exécutif que législatif. Et la Convention pour l’avenir de l’Europe propose des règles pour mieux délimiter les compétences, exclusives ou partagées.

Mais la démocratie ne se limite pas aux institutions, et les membres de la Convention ont eu raison d’engager un dialogue avec les représentants de la société civile. Ils devraient peut-être relire la leçon de Lucien Febvre “Brûler ou manquer l’étape” qui rappelle l’échec des institutions démocratiques “flambant neuves” de l’Europe des années vingt: “des chefs d’œuvre de juristes, des triomphes de professeurs de droit constitutionnel, ce qui se faisait de mieux dans le genre”; mais des chefs-d’œuvre aussitôt “cassés par les grosses mains” à qui ils avaient été confiés.

Bâtir de nouvelles institutions n’a de sens que si le sentiment d’appartenance à une même communauté se développe simultanément. À cet égard, les liens culturels, scientifiques et économiques importent sans doute autant, sinon plus, que les liens juridiques. Être intempestif c’est aussi se souvenir que dans une Europe qui avait été déchirée par les guerres de Religion, la pensée humaniste, dans les années qui suivirent la création du Collège royal, fit revivre l’idéal d’une société apaisée. Marc Fumaroli a su rappeler comment, dans toute l’Europe, le mythe antique d’Astrée va alors symboliser l’espoir du retour à la justice et à la paix; comme “pour mieux signifier son congé à la guerre”.

Du citoyen européen au citoyen du monde, les mouvements de la société civile, de plus en plus présents sur la scène internationale, marquent peut-être un autre moment de l’humanisme. Les références à la mythologie ont disparu et le rêve du retour à la nature a pris d’autres formes, mais la volonté reste aussi forte de conjurer “l’esprit de colère, de discorde et de sang”. Malgré leurs maladrotes et leurs excès, ces mouvements ont évolué. Nommés d’abord *anti*, puis *alter* mondialisation, ils ont pris ces derniers temps la forme de manifestations pour la paix, marquant sur

l'ensemble des continents la prise de conscience d'une communauté de destin.

On peut y voir l'espoir naissant d'une évolution vers une démocratie mondiale qui reste à inventer et relierait l'ensemble des acteurs, publics, sociaux et économiques, en un nouveau "triangle civique". Mais elle ne dispensera pas d'avancées démocratiques nécessaires aussi au plan national.

C'est donc dans une triple perspective, nationale, européenne et mondiale, que je tenterai d'aborder dans ce cours l'hypothèse d'une "refondation des pouvoirs", à défaut de laquelle l'internationalisation du droit deviendrait synonyme d'impuissance, menaçant l'équilibre politique et renforçant la "déception démocratique" évoquée par Pierre Rosanvallon ici même.

Les interdépendances de fait qui caractérisent la globalisation actuelle appellent à renforcer la lisibilité des méthodes dites de "gouvernance" en réactivant le concept de communauté. Ni le romantisme de la communauté de droit qui avait inspiré l'école historique allemande au XIX^e siècle ni le mythe de la "communauté internationale", dont René-Jean Dupuy a montré qu'il était le plus souvent capté au profit de groupes d'États, mais une "communauté d'États", faite de souverainetés et de responsabilités partagées, articulant les pouvoirs entre les divers niveaux de représentation, garantissant la qualité de ses juges et intégrant les formes nouvelles de participation des citoyens.

Mais une telle communauté ne peut exister que si la reconnaissance de valeurs communes contribue à déterminer (surdéterminer) le sens des normes applicables. Autrement dit, elle postule un universalisme des valeurs que le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour.

J'en viens à la troisième discontinuité, *celle des valeurs*. À vrai dire, il y a fort longtemps que le relativisme est inscrit au cœur des systèmes de droit, puis consacré par le principe d'égale souveraineté des États, et que l'universalisme abstrait de la raison fonde un droit naturel, puis un droit des gens, dans leurs diverses acceptions de la philosophie grecque aux Lumières. Entre relativisme normatif et universalisme philosophique, on se satisfaisait d'une discontinuité qui préservait l'autonomie juridique et la souveraineté politique.

Aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, la Charte de l'ONU pose cependant des règles à vocation universelle pour tenter de canaliser le recours à la force. Mais, comme l'a montré Antonio Cassese, dans le prolongement du programme de l'Unesco, ces règles se limitent pour l'essentiel (avec un succès variable) à la "paix négative", l'absence de guerre. N'ayant pour objet ni de réduire les déséquilibres économiques et

financiers ni d'apaiser les conflits ethniques et religieux, la Charte ne donne pas à l'ONU les moyens de bâtir la "paix positive". Or cette séparation devient intenable, moins pour des raisons idéologiques que par la force des choses. À mesure que se mondialisent les échanges, économiques, financiers, culturels ou scientifiques, les crimes se mondialisent aussi, du terrorisme à la corruption ou aux grands trafics; de même que les risques, écologiques mais aussi biotechnologiques. Il devient évident que les réponses ne peuvent plus se limiter au seul droit national.

Autrement dit nous savons, à présent que nous risquons de la perdre, que la paix ne se divise pas: positive ou négative, elle devrait relever d'une communauté d'États. L'interdépendance est devenue une réalité et appelle un projet commun.

Loin de disqualifier l'ONU, la crise actuelle pourrait à terme lui donner pour ambition de bâtir cet ordre international qu'en son article 28 la Déclaration universelle reconnaît à toute personne comme un droit fondamental. Dans l'immédiat, le risque est cependant d'exacerber la tentation hégémonique du pays le plus puissant et les réactions nationalistes des autres.

Le plus probable est donc de voir se renforcer une discontinuité à fronts renversés déjà observable: à mesure que l'universalisme devient normatif, on voit en effet se développer un nouveau relativisme, abstrait et théorique, qui oppose à l'internationalisation du droit des arguments quasi théologiques.

C'est ce renversement que je voudrais étudier dès cette année en confrontant d'une part les limites du relativisme, face à la globalisation des flux, des risques et des crimes, et d'autre part les faiblesses de l'universalisme qui sous-tend notamment la notion de droits "de l'homme" ou de crime "contre l'humanité".

Il y a deux ans, lors de la conférence de clôture de la chaire Blaise Pascal sur la justice pénale internationale, Anne Fagot-Largeault avait accepté d'éclairer notre travail de juristes en posant la question "Sur quoi fonder un universalisme juridique?" Elle avait annoncé d'emblée que chercher à prendre dans chaque morale, ou dans chaque système de droit, ce qu'il a de bon, lui paraissait "épouvantable", une véritable "hérésie philosophique", dont elle nous démontra les incohérences. J'ose espérer qu'elle aura pardonné l'hérésie d'un syncrétisme dont elle admit malgré tout qu'on pouvait le tenter en commençant précisément par le droit pénal car "on identifie plus nettement, fit-elle observer, ce qui choque la conscience morale que ce qui lui plaît". Il est vrai que j'avais un allié dans la place car Jean-Pierre Changeux avait alors évoqué un universalisme éthique conçu comme "un pas de plus vers l'expression d'une *humanitas*

propre à l'*homo sapiens*, que pouvaient masquer les différences de conventions, sociales, nationales ou religieuses". Ajoutant que l'existence d'une variabilité liée au pluralisme culturel pourrait "contribuer en quelque sorte au générateur de diversité qui servira à imaginer la norme acceptable".

C'est encore à un effort d'imagination que nous incite cette dernière bifurcation, philosophique cette fois, dont l'ambition peut sembler excessive, mais que justifie l'enjeu. Car à défaut d'accord sur une "symbolique commune" permettant de fonder, sinon un système de valeurs unique, du moins quelques interdits communs juridiquement protégés, à défaut d'un tel accord, la suite est inéluctable: après le désordre et l'impuissance, c'est la guerre.

En ces temps de discorde, l'appel aux forces imaginantes du droit est sans doute plus que jamais nécessaire et je me répète l'injonction de Bachelard: "trouver dans l'être à la fois le primitif et l'éternel". Y répondre demanderait un travail non seulement juridique mais, au croisement des processus d'hominisation et d'humanisation, un travail interdisciplinaire auquel les conversations avec vous, mes chers collègues, m'ont fait rêver. J'aimerais y revenir, si le temps m'en est donné, au cours de ces quelques années d'un enseignement que je voudrais placer d'emblée, en ce nouvel âge de fer, sous le signe du retour d'Astrée.