

Crise européenne, enlisement des réformes onusiennes, difficultés à mettre en place le protocole de Kyoto ou la Cour pénale internationale, tensions entre droits de l'homme et droit du commerce: le paysage juridique de ce début du XXI^e siècle est dominé par l'imprécis, l'incertain, l'instable. Nous sommes à l'ère du grand désordre: celui d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès par une mondialisation anarchique et trop vite unifié par une intégration hégémonique, dans le silence du marché et le fracas des armes. Comment y construire un ordre sans l'imposer, comment, par-delà le relatif et l'universel, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit partagé?

Ni fusion utopique ni autonomie illusoire, le « pluralisme ordonné », véritable révolution épistémologique, est l'art de dessiner un espace juridique commun, par un équilibre progressif qui préserve la diversité du monde et en accompagne le mouvement. Car les forces imaginantes du droit doivent pouvoir, à défaut d'instaurer un ordre immuable, inventer une harmonisation souple, propre à laisser espérer la refondation de valeurs communes.

Mireille Delmas-Marty est titulaire de la chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit » au Collège de France. Elle est notamment l'auteur de *Le Flou du droit* (PUF, 1986, rééd. 2004), *Pour un droit commun* (Seuil, 1994), *Vers un droit commun de l'humanité* (Textuel, 1996, rééd. 2004), *Trois Défis pour un droit mondial* (Seuil, 1998) et de *Les forces imaginantes du droit (I). Le Relatif et l'Universel* (Seuil, 2004).



www.seuil.com

Couverture: Vieira da Silva, *La Voie de la sagesse* (en page 1: fragment), Collections du Minam (diffusion RMN) © Adagp

DELMPLUR
120406 08
(157.43FF)
24.00EUR
9782020839327

9 782020 839327

ISBN 2.02.083932.6/Imprimé en France 02.06

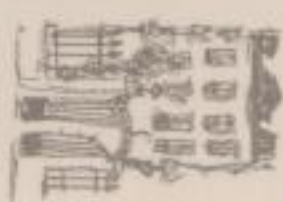
24 €

Mireille Delmas-Marty
LE PLURALISME ORDONNÉ

Mireille
Delmas-Marty
Les forces imaginantes du droit (II)
LE PLURALISME
ORDONNÉ



SEUIL



Algemein
150 h
2004-37

SEUIL

Du même auteur

Les forces imaginantes du droit (I)
Le Relatif et l'Universel
Seuil, 2004

Les Grands Systèmes de politique criminelle
PUF, « Thémis », 1992 ; version chinoise, Éd. juridiques
de Chine, 2000 ; version en persan, 2002 ; version brésilienne,
Manole, 2004

Pour un droit commun
Seuil, 1994 ; version anglaise, Cambridge, Cambridge University
Press, 2^e éd. 2005 ; version brésilienne,
Martins Fontes, 2004

Trois Défis pour un droit mondial
Seuil, 1998 ; version chinoise, Éd. juridiques de Chine, 2000 ;
version brésilienne, Lumen Juris, 2002 ; version anglaise,
Transnational Publishers, 2003

Leçon inaugurale au Collège de France (20 mars 2003)
Fayard, 2003 ; version italienne, Giapichelli, 2004 ; version
espagnole, *Revista penal La Ley*, 2005 ;
version chinoise, *Faxuejia*, 2005

Le Flou du droit
Du code pénal aux droits de l'homme
2^e éd., PUF, « Quadrige », 2004 ; version brésilienne,
Manole, 2005

Vers un droit commun de l'humanité
(entretien avec Philippe Petit)
Textuel, 2^e éd. 2005

MIREILLE DELMAS-MARTY

Les forces imaginantes du droit (II)

LE PLURALISME ORDONNÉ

ÉDITIONS DU SEUIL
27, rue Jacob, Paris VI^e

JNr. 224735



CET OUVRAGE EST PUBLIÉ DANS LA COLLECTION
« LA COULEUR DES IDÉES »

INTRODUCTION

L'un et le multiple : les divers pluralismes

Nous voici à pied d'œuvre. « Par-delà le relatif et l'universel », la conclusion du précédent ouvrage était suspension, mais aussi invitation à poursuivre le voyage, non pour une description toujours recommencée des paysages traversés, mais pour une mise en ordre. Ayant contemplé les faiblesses de l'universalisme juridique et les limites d'un relativisme qui se heurte à la globalisation, quels sont les voies et moyens qui permettraient de ne pas renoncer à la quête d'un ordre, sans pour autant en fixer, ou figer, le devenir ?

Ce qui domine le paysage juridique, en ce début du XXI^e siècle, c'est l'imprécis, l'incertain, l'instable, ou encore, en termes plus provocateurs, le flou, le doux et le mou, dont nous avons précédemment observé les principales manifestations. Et l'année 2005, marquée par la crise européenne et par l'enlisement des réformes onusiennes, n'incite guère à l'optimisme, mais condamne à la modestie. Ce qui domine le paysage, loin de l'ordre juridique au sens traditionnel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par l'intégration hégémonique qui se réalise simultanément

ISBN 2-02-083932-6

© Éditions du Seuil, février 2006

www.seuil.com

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

dans le silence du marché et le fracas des armes. Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible, un exercice peut-être divertissant pour l'esprit mais pratiquement vain.

Prendre le pari contraire, c'est tenter ce que le poète Édouard Glissant nomme « la pensée du tremblement » : « Cette énorme insurrection de l'imaginaire qui porterait enfin les humanités à se vouloir et à se créer (en dehors de toute injonction morale) ce qu'elles sont en réalité : un changement qui ne finit pas, dans une pérennité qui ne se fige pas¹. » Pour y parvenir, il faut sans doute distinguer les divers pluralismes qui sous-tendent le discours sur le droit, en se souvenant que l'énigme de « l'un et [du] multiple » a hanté l'histoire des sociétés humaines. Les Anciens s'étonnaient déjà de ce qu'Empédocle d'Agri-gente (à l'époque de la grande Grèce) nommait « le double aspect des choses : car tantôt l'un a grandi seul du multiple et tantôt au contraire le multiple est né de l'un² ».

On peut y entendre comme un écho du célèbre passage de Laozi, cité de siècle en siècle par les penseurs chinois, qui associe lui aussi deux opérations. D'abord une division : « Le Dao engendre l'Un, l'Un engendre Deux, Deux engendre Trois, Trois les dix mille êtres. » Puis une fusion : « Les dix mille êtres portent le Yin sur le dos et le Yang dans les bras, Mêlant leurs souffles ils réalisent l'harmonie. »

1. É. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, p. 24-25.

2. Empédocle d'Agri-gente, in Y. Battisti, *Trois Présocratiques*, Gallimard, « Idées », 1968, p. 57. En version bilingue : J. Bollack, *Empédocle II. Les origines*, Gallimard, « Tel », 1992, p. 18-19.

Transposées dans le champ juridique, les deux opérations semblent pourtant conduire à une double impasse, car la fusion (les dix mille êtres « mêlant leurs souffles ») annonce une unité juridique qui semble utopique, voire inquiétante ; tandis que la séparation (« l'un a grandi seul du multiple ») suppose une autonomie parfaite qui n'existe plus. De l'une à l'autre, les pratiques oscillent en réalité entre un désordre de plus en plus anarchique et une hégémonie de moins en moins masquée. Pour sortir de l'impasse, il faut abandonner tout à la fois l'utopie de l'unité et l'illusion de l'autonomie, afin d'explorer l'hypothèse d'un processus d'engendrement réciproque entre l'un et le multiple que l'on pourrait nommer, pour marquer le mouvement, « pluralisme ordonné »¹.

Le pluralisme de fusion et l'utopie de la Grande Unité juridique du monde

Un rapide voyage dans l'espace et dans le temps permet d'illustrer la notion de fusion dans toute son ambiguïté.

L'ambiguïté de la fusion

En 1910, un an avant la disparition d'un Empire qui avait duré près de deux mille ans, des juristes chinois font une dernière tentative pour convaincre l'Empereur de

1. Comp. N. Bobbio, « Pluralismo », in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (dir.), *Dizionario di politica*, Utet, 2^e éd. 1983.

la nécessité d'une réforme. Le comité supervisant l'établissement d'un gouvernement constitutionnel¹ propose alors une « fusion » entre droit chinois et droit occidental, invoquant la « Grande Unité juridique du monde ». Mais il s'agit d'une fusion sans réciprocité, donc fort peu pluraliste, et d'une unité de façade.

L'objectif est en réalité d'occidentaliser le droit chinois dans quelques domaines, notamment le droit de la famille, particulièrement inégalitaire. Quant à la Grande Unité juridique, elle s'inscrit dans une conception évolutive de l'humanité qui annoncerait, après une époque de « Décadence et Chaos », la venue de la Paix ascendante puis l'Âge de la Grande Paix. Empruntée à Confucius (qui vécut, comme Empédocle et Laozi, cinq siècles avant notre ère), reprise et enrichie par d'autres classiques chinois, la formule est alors relancée par des réformateurs, comme Kang Youwei (le *Livre de la Grande Unité*²), qui tentent d'orienter la vision culturaliste classique vers un idéal universaliste.

Dans une perspective plus politique, son principal disciple, Liang Qichao, exilé comme lui au Japon en 1898, après l'échec du mouvement des Cent-Jours qui avait tenté d'instaurer une monarchie constitutionnelle sur le modèle du Japon de l'ère Meiji, propose de substituer au « citoyen du ciel » le « citoyen du monde ». Son essai, intitulé *De la communauté*³, a une résonance étrangement actuelle : « Il y a les citoyens d'une nation et les citoyens du monde. Les

1. Voir J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », thèse, EHESS, 1994, p. 767 sq.

2. K. Youwei, *Datong Shu* (*Livre de la Grande Unité*), publié intégralement seulement en 1935, huit ans après sa mort ; voir A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, 1997, p. 626.

3. L. Qichao, Préface au *Shuogun* (*De la communauté*), Yimbinshi Wenji

pays occidentaux sont sous le régime du gouvernement par la nation, mais ils ne sont pas encore parvenus au gouvernement par les citoyens du monde [...]. À l'Âge de la Grande Paix, toutes les parties du monde, les plus lointaines comme les plus proches, les plus grandes comme les plus petites, ne feront plus qu'un. » Ce juriste est un érudit, qui se réfère aux mêmes sources classiques que Kang Youwei, mais il n'est pas dupe. Dans la position distante et critique où il se trouve à partir de son exil au Japon, Liang Qichao est aussi un réaliste. Il « finit par se rendre à l'évidence que la Chine ne pourra survivre qu'au prix d'une rupture définitive avec la tradition¹ ».

D'autres juristes, comme Shen Jiaben², qui proposera à l'Empereur la fusion du droit chinois avec le droit occidental, partagent ce réalisme. L'occidentalisation est le moyen à la fois de convaincre l'Empereur de moderniser les institutions politiques et juridiques et de démontrer aux puissances occidentales que la Chine semi-colonisée est prête à retrouver sa souveraineté. En effet, les traités commerciaux imposés par l'Occident promettaient la suppression des juridictions consulaires et la reconnaissance du principe de territorialité quand la Chine aurait modernisé son droit.

Ce mélange – un idéalisme universaliste mis au service d'un pragmatisme nationaliste – rappelle « l'universalisme nationaliste » de l'École historique allemande du XIX^e siècle, qui défendait le retour au droit commun romano-germanique

(*Écrits de Liang Qichao*), Zhonghua Shuju, 1926, cité par A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, op. cit., p. 627.

1. A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, op. cit., p. 628.

2. J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », op. cit.

contre l'impérialisme du code civil français¹. Cette proximité n'est d'ailleurs pas étonnante, si l'on se souvient que Liang Qichao connaissait l'École allemande et s'en était inspiré pour ses propres travaux sur l'histoire du droit chinois².

Car ce détour apparent par la Chine ne doit pas nous éloigner de notre objet. Le rêve d'unité juridique a parcouru les siècles et traversé les cultures³. Il est très présent aussi en Occident : de la *Civitas maxima* de Vitoria, au XVI^e siècle⁴, à la « Grande cité des nations » de Giambattista Vico et au cosmopolitisme d'Emmanuel Kant au XVIII^e siècle⁵. Eux non plus ne sont pas dupes. Vico souligne que, si les nations semblent suivre un même cours, « isomorphisme n'est pas synonyme de synchronie : à un moment donné de l'histoire universelle, coexistent des

1. Voir M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (I). Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p. 33 sq. ; J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999 ; O. Jouanjan, *L'Esprit de l'École historique du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, « Annales de la faculté de droit de Strasbourg », 7, 2004.

2. Voir J. Bourgon, « La coutume et la norme en Chine et au Japon », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, Presses de l'université de Vincennes, 23, 2001 ; L. Qichao, *La Conception du droit et les théories des légistes à la veille des Qing*, trad. Escarra, Pékin, 1926.

3. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 26 sq.

4. F. Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique*, trad. M. Barbier, Vrin, 1980 ; sur le « stoïcisme cosmopolite » de Vitoria, voir M. Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, texte établi, révisé et présenté par S. Rials, PUF, 2003, p. 340 sq.

5. E. Kant, *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, *Œuvres philosophiques*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », vol. II, p. 185 sq. ; *À la paix perpétuelle*, vol. III, p. 333 sq. ; « Le droit cosmopolitique », *Doctrine du droit*, 2^e partie, « Le droit public », vol. III, p. 625 sq. Sur la traduction de Kant par Liang Qichao, voir J. Thoraval, « Sur l'appropriation du concept de "liberté" à la fin des Qing. En partant de l'interprétation de Kant par Liang Qichao », in M. Delmas-Marty, P.-E. Will (dir.), *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, Fayard, 2006, à paraître.

nations qui ne se trouvent pas au même stade d'évolution¹ ». Et Kant prend soin d'écarter l'hypothèse d'une république universelle qui pourrait devenir selon lui la plus effroyable tyrannie. Il préfère des nations indépendantes et réserve son cosmopolitisme à la société civile.

La pensée de Kant n'en est pas moins invoquée parfois, en opposition à Grotius, père du droit *international*, à l'appui d'une unité juridique, de type *supranational*, qui se fonderait sur un pluralisme de fusion. Façon de légitimer les formes juridiques à vocation universelle qui émergent peu à peu au-dessus du droit national : de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), en 1948, au statut de la Cour pénale internationale (CPI), en 1998.

Pourtant, en étudiant les faiblesses de cet universalisme qui devient juridique par fragments², nous avons vu qu'il ne suffisait pas d'additionner des concepts venus de traditions différentes pour construire l'unité juridique du monde. Le pluralisme fusionnel ne se décrète pas et l'unité imposée traduit plus souvent une domination hégémonique qu'un véritable pluralisme, qu'il s'agisse des droits de l'homme ou du crime contre l'humanité.

Une unité utopique

Même limité à une déclaration comme la DUDH, sans effet directement contraignant, le « dialogue des cultures » n'est pas chose facile³. Lorsqu'en 1948 le diplomate

1. G. Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations* [*Principi di scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*, 1744], trad. A. Pons, Fayard, 2001.

2. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 49 sq.

3. Voir P.-E. Will, « La contribution de la Chine à la DUDH », in

chinois Chang Pengchun eut réussi à convaincre ses collègues du Comité de rédaction de compléter l'article 1^{er} de la DUDH (« tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ; ils sont doués de raison ») en ajoutant à la « raison », à forte connotation occidentale, une notion plus proche de la conception confucéenne, il se heurta à l'obstacle linguistique. Le mot « conscience » utilisé dans les versions anglaise et française traduit mal le terme chinois (*liangxin*), qui implique davantage le respect dû à l'autre que la conscience individuelle. Il est d'ailleurs significatif que la version chinoise emploie deux termes différents (*liangxin* à l'article 1^{er} et *yishi*, suggérant plutôt l'intentionnalité et le discernement, à l'article 18), alors que les versions française et anglaise utilisent le même mot pour désigner les êtres humains « doués de raison et conscience » et la liberté « de conscience ».

Dans un tout autre domaine, l'analyse du statut de la CPI, par référence aux langues officielles et aux deux langues de travail (l'anglais et le français), révèle de nombreuses variantes, résultant tantôt de différences linguistiques, tantôt de conceptions juridiques divergentes d'un système à l'autre, malgré un énoncé linguistique apparemment identique¹.

Mais l'obstacle n'est pas seulement linguistique. À mesure que les droits de l'homme deviennent principes de droit, on découvre l'impossibilité de leur reconnaître par tout un contenu identique. De façon particulièrement nette,

M. Delmas-Marty, P.-É. Will (dir.), *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, op. cit.

1. E. Fronza, E. Malarino, C. Sois, « Principe de précision et justice pénale internationale », in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, SLC, 2005, p. 157-210.

la distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels a été consacrée, au détriment du principe d'indivisibilité, par l'adoption de deux conventions distinctes que les États pourront à leur guise ratifier ensemble ou séparément (les deux pactes ONU de 1966). Et, même dans une région assez homogène comme l'Europe, l'invention de la marge nationale d'appréciation montre bien que la fusion qui garantirait une parfaite unité juridique n'est possible qu'en de rares domaines¹. La notion est d'ailleurs invoquée par les juges nationaux, comme le montre la décision rendue par le Conseil constitutionnel français² à propos du « Traité établissant une constitution pour l'Europe ». Soulignant que les principes posés par la Charte des droits et libertés, en particulier en ce qui concerne « la liberté de manifester individuellement ou collectivement ses opinions religieuses, en privé et en public » (art. 11, Charte UE), n'imposent pas l'uniformité des pratiques nationales, le Conseil rappelle que des restrictions peuvent être apportées par les États pour des raisons tenant notamment « à la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui ». Et les commentateurs en déduisent que « la législation française sur les signes religieux à l'école est constitutionnellement validée et [quel], de ce point de vue, le Traité ne change rien³ ». Même en Europe, nous sommes donc loin de la fusion et de l'ordre unifié et le Traité constitutionnel

1. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 64 sq.

2. CC, 19 nov. 2004, décision 2004-505 DC.

3. B. Mathieu, « La "Constitution" européenne ne menace pas la République », *D.*, 2004, p. 3075.

ressemble autant, sinon davantage, à un traité qu'à une constitution.

La question de la fusion est pourtant déjà posée aussi à l'échelle planétaire, en ce qui concerne le crime contre l'humanité et la justice pénale internationale. En effet, le statut de la CPI impose aux juges internationaux des directives d'interprétation. Ils doivent se référer, « à défaut des principes et règles du droit international », autrement dit en cas de lacune ou d'imprécision, aux « principes généraux du droit dégagés des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde » (art. 21 § 1, c). On peut y voir une incitation, sous réserve du respect des principes internationaux, à la fusion des conceptions pénales nationales. Il reste à savoir avec quels moyens et selon quelles méthodes réaliser un tel objectif, qui supposerait, pour être véritablement pluraliste, un accès à toutes les sources juridiques nationales¹. Encore faudrait-il réaliser ce que le juge Cassese avait décrit, dans une opinion dissidente, comme la « composition-fusion » entre différents systèmes², c'est-à-dire une véritable œuvre d'hybridation juridique qui suppose un travail plus approfondi qu'une simple accumulation de données et n'est sans doute pas possible en toute matière. Une étude des sources non écrites du droit international pénal – principes généraux et coutume – démontre déjà, à propos des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (TPIY et TPIR), qu'il y a encore du chemin à parcourir : loin de représenter « les différents systèmes juridiques du monde »,

1. L'institut Max-Planck de Freiburg im Breisgau a lancé en 2005 le projet d'une base mondiale de données pénales, première ébauche d'un tel instrument, mais la question des méthodes est encore en discussion.

2. A. Cassese, opinion dissidente, affaire *Erdemovic*, TPIY, appel, 7 oct. 1997.

les cinq pays de loin les plus cités (États-Unis, Allemagne, Royaume-Uni, France et Italie) marquent une forte hégémonie occidentale¹.

Si la fusion porte en elle un risque de réduire l'utopie de la Grande Unité à une hégémonie de fait, on peut se demander, à l'inverse, si le pluralisme de séparation, qui suppose des États parfaitement autonomes, n'est pas une illusion à l'heure de la globalisation : « aussi puissant soit-il, aucun État n'est invulnérable face aux menaces actuelles », affirme le rapport sur la sécurité dans le monde remis le 8 décembre 2004 au Secrétaire général des Nations unies² ; « aucun État ne peut faire véritablement cavalier seul », reprend en écho le document soumis à l'Assemblée générale en septembre 2005³.

Le pluralisme de séparation et l'illusion de l'autonomie parfaite

La séparation renvoie pourtant à l'inévitable et nécessaire division des sociétés humaines : « Eh bien oui, les hommes ne peuvent s'unir que dans la division ! Ils ne maintiennent leur union que dans une division incessante ! Il en est ainsi.

1. Voir L. Gradoni, « Nullum crimen sine consuetudine », in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op. cit., p. 25-74.

2. High Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World, our Shared Responsibility*, ONU, 2 déc. 2004 : « No state, no matter how powerful, can by its own efforts alone make itself invulnerable to today's threats. »

3. Assemblée générale ONU, 59^e session, doc. préparatoire A/59/HLP/CRP. I/Rev. 2.

Il ne peut en être autrement¹. » Écrit par Lessing à l'époque des Lumières, le dialogue entre Ernst et Folk n'a rien perdu de son actualité. Il est même devenu un véritable « art de la séparation », pour reprendre l'expression du philosophe italien Salvatore Veca, qui le présente comme élément fondamental du pluralisme politique : fondamental, dit-il, dans la façon aussi bien de décrire le fait du pluralisme que de le prescrire comme valeur².

L'art de la séparation

Pour transposer cette formule dans le champ juridique, il suffit de rappeler comment une partie de la doctrine juridique contemporaine, passant en effet d'une description de la pluralité comme simple fait à la prescription du pluralisme comme valeur³, fonde sur le principe de séparation un droit strictement *international*, qui se limite à répartir les compétences entre des systèmes égaux et autonomes.

Mais pluralité et pluralisme ne doivent pas être confondus. La séparation permet la pluralité, mais elle ne garantit pas le pluralisme, car elle ne relie pas les systèmes entre eux ; elle juxtapose des ordres juridiques différents mais ne construit pas un ordre commun. Ainsi, quand le philosophe américain du pluralisme Michael Walzer décrit les multiples « sphères de justice », il pose un principe d'« égalité complexe », qu'il rattache à la justice distributive⁴, mais il ne dit ni comment le

garantir, ni comment cette juxtaposition de sphères autonomes peut aboutir à une normativité commune (morale ou juridique) autre que minimale¹.

Comme l'écrit Emmanuel Levinas, la pluralité, qu'il nomme « numérique » pour la distinguer du pluralisme, « reste sans défense contre la totalisation² ». Pour que la pluralité résiste à la totalité objective, et devienne pluralisme, il faut selon lui la subjectivité – le visage de l'autre – comme existant radicalement différent, témoignant de ce qu'il nomme un « exister multiple ». Mais « de qui est ce visage ? » rétorque Paul Ricœur³, qui y voit le visage d'un « maître de justice » dont seule l'injonction rompt l'échange parfaitement symétrique et réciproque.

Un tel maître n'existe que si le droit devient *supranational*. Car le droit *international*, qu'il reconnaisse la pluralité comme fait ou prescrive le pluralisme comme valeur, postule la reconnaissance de l'autre (autre État ou autre système de droit), mais ne donne pas les moyens d'en garantir l'effectivité. Autrement dit, il reste sans réponse face à la totalisation, qu'elle relève des phénomènes liés à la globalisation ou de l'expansion hégémonique d'un système.

En analysant les limites du relativisme juridique confronté à la globalisation (des crimes, des flux et des risques), nous avons rencontré bien des exemples de cet échec du pluralisme de séparation, que confirme, à travers l'analyse des six grandes menaces qui pèsent sur la sécurité

1. G.E. Lessing, « Dialogue entre Ernst et Folk », *Nathan le sage* [1779], Flammarion, 1997, Préface, p. 37.

2. S. Veca, *Éthique et Politique* [Etica e Politica], PUF, 1999, p. 99.

3. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 222 sq.

4. M. Walzer, *Sphères de justice*, trad. P. Engel, Seuil, 1997, p. 23 sq.

1. M. Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, University of Notre Dame Press, 1994.

2. E. Levinas, *Totalité et Infini*, Martinus Nijhoff, 1961, rééd. Le Livre de poche, « Biblio essais », n° 4120, p. 242-250.

3. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, p. 221.

du monde (pauvreté, conflits interétatiques et internes, prolifération d'armes de destruction massive, terrorisme et criminalité organisée), le rapport ONU précité. Car les libertés de circulation (des personnes, marchandises, services et capitaux), auxquelles les progrès technologiques ont ajouté celle des informations, ont rendu illusoire l'autonomie juridique de chaque État dans la protection de son territoire et de sa population.

Une autonomie illusoire

Face aux stratégies globales des acteurs privés les plus puissants, qu'il s'agisse des entreprises ou des organisations criminelles, les systèmes de droit nationaux nous ont paru en pratique singulièrement démunis et de plus en plus dépendants les uns des autres. Ce n'est pas un hasard si la coopération dite *interétatique* se transforme sous nos yeux en harmonisation des procédures et des règles de fond, comme on le voit, par exemple, avec la décision-cadre de juillet 2002 sur le mandat d'arrêt européen : partis de la volonté de faciliter les procédures d'extradition en simplifiant les conditions et en supprimant la phase diplomatique, les États européens en sont venus à poser des définitions communes pour les 32 infractions de la liste et à définir des règles minimales de procédure communes.

Ce n'est pas un hasard non plus si, dans la lutte contre la corruption, puis contre le blanchiment, la protection des intérêts publics nationaux passe désormais au second plan, l'objectif premier étant la protection des intérêts transnationaux du commerce (libre concurrence sur le marché

mondial), exprimant ainsi un autre type d'interdépendance, entre intérêts publics et privés¹.

Les stratégies des acteurs privés sont d'ailleurs facilitées, comme nous l'avons également vu, par les nouvelles technologies de l'information. Par ses propriétés d'ubiquité et d'immédiateté, l'Internet neutralise la notion de territoire national et fragilise les systèmes de droit de chaque État en multipliant les conflits potentiels de juridictions². À moins que le droit du commerce ne vienne plus directement neutraliser la norme interne, au nom de la liberté des services, comme en témoigne une décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC sur le commerce électronique³.

La perte d'autonomie ne tient pas seulement aux stratégies voulues comme telles par les acteurs de la globalisation. Les progrès technologiques entraînent (ou rendent plus visibles) la globalisation des effets résultant de risques, biotechnologiques, écologiques ou sanitaires, d'emblée planétaires. Ici encore, l'autonomie des systèmes nationaux semble affaiblie. En principe, chaque État choisit le degré de protection qu'il entend garantir, mais il est clair que, par exemple, la question des changements climatiques dus aux activités humaines ne peut être résolue au seul niveau national, ni même régional⁴. Même si des contraintes

1. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 257 sq., 277 sq.; voir également Nadja Capus, « Le droit pénal et la souveraineté partagée », RSC, 2005, p. 251.

2. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 337 sq.

3. C. Manara, « Commerce électronique : première décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », D., 2004, p. 3122. Non encore définitive, cette décision, fondée sur l'accord général sur le commerce des services, écarte des lois américaines relatives à la fourniture de services de jeux et paris opposées à Antigua.

4. B. Collomb, G. Dollé, « Kyoto ? Oui ! La directive européenne ?

identiques ne peuvent pas être imposées d'emblée à tous les pays du monde, il reste à trouver un équilibre raisonnable. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) admet que les risques, écologiques, sanitaires ou phytosanitaires, soient invoqués par un État pour légitimer des mesures de restriction à l'importation prises au nom des intérêts publics nationaux, mais à condition que ces mesures ne soient pas « manifestement disproportionnées »¹. En principe, l'OMC n'évalue pas l'ampleur du risque, seulement la proportionnalité des mesures au risque invoqué; mais, en pratique, la différence est si ténue que l'on a pu se demander s'il ne serait pas plus clair d'affirmer que les États n'ont plus qu'une « marge nationale d'appréciation, qui n'est pas indéfinie et peut varier selon les intérêts en cause »².

Il faut encore tenir compte des pratiques d'expansion hégémonique de certains systèmes, comme le droit américain, dont le précédent volume a pu montrer l'omniprésence dans tous les domaines étudiés. Nous avons évoqué la loi *Sarbanes Oxley*, qui applique les règles américaines, civiles et pénales, de gestion à toute entreprise soumise au contrôle de la SEC³. Plus récemment, la stratégie du groupe pétrolier russe Ioukos, consistant à faire juger la faillite de l'entreprise selon le droit américain⁴, témoigne à la fois des stratégies globales des entreprises et de l'hégémonie du

Non ! », *Le Monde*, 11 déc. 2004 (réponse : Y. Jadot, Ph. Quirion, « Kyoto ? Oui ! Le leadership européen ? Maintenant ! », *Le Monde*, 21 déc. 2004).

1. Pour un exemple de mesure « manifestement disproportionnée », OMC, organe d'appel, 26 nov. 2003, *Mesures concernant l'importation de pommes (États-Unis c. Japon)*.

2. Chr. H. Ruiz Fabri et P. Monnier, *JDI*, 3, 2004 (p. 1022 sq.), p. 1025.

3. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 321-323.

4. N. Nougayrède, « Ioukos tente de se placer sous protection juridique américaine », *Le Monde*, 17 déc. 2004.

droit américain sur ce qui devient ainsi ouvertement un « marché des droits ». Si la tentative semble avoir finalement échoué, ce n'est pas pour les seules raisons juridiques : ce n'est ni le droit international, manifestement dépassé, ni l'autonomie du droit national, même si l'argument a évidemment été invoqué, qui ont été déterminants dans l'issue du conflit, mais le poids économique et politique de la Russie¹. Un pays plus faible et plus démocratique aurait sans doute été désarmé.

Enfin, le pluralisme de séparation, s'il donne peu de moyens pour lutter contre le risque d'expansion hégémonique du droit national, est également démuné face au risque de désordre juridique quand un État puissant refuse la norme internationale en considérant qu'elle s'oppose à ses intérêts. Le désordre tient alors à l'apparition de zones de résistance, voire de « trous noirs juridiques », expression employée à propos du *Patriot Act* américain, mais transposable ailleurs. Même en Europe, les restrictions aux droits de l'homme, et de la femme, fondées sur la morale et la religion échappent largement au contrôle des juges européens – *a fortiori* à l'échelle mondiale.

Il est vrai que les juges exercent un certain contrôle, aux États-Unis² comme en Europe. Le vide juridique apparemment créé par la loi britannique de novembre 2001,

1. *Le Monde*, 18 et 23 déc. 2004 : le Fonds russe des biens d'État conteste la décision d'un tribunal américain et le président Poutine approuve la vente controversée de la filiale de Ioukos.

2. Sur les décisions de la Cour suprême des États-Unis, voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 208 et 236; G. Fletcher, « Citoyenneté et dignité de la personne dans la jurisprudence du droit de la guerre : Hamdi, Padilla et les détenus de Guantanamo Bay », *RTDH*, 2005, p. 841; D. Amann, « Abu Ghraib », *University of Pennsylvania Review*, 2005, p. 2085-2141.

permettant au ministère de l'Intérieur, sans contrôle judiciaire, d'ordonner l'internement administratif de longue durée des étrangers soupçonnés de terrorisme, a été comblé, et la loi censurée par deux décisions de la Chambre des lords¹, fondées sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). Si l'on se souvient que cette convention est devenue directement applicable au Royaume-Uni en vertu d'une loi (*Human Rights Act*, 1998) qui avait été présentée par le gouvernement britannique comme le moyen d'éviter la condamnation par la Cour européenne et de ramener ainsi les droits de l'homme « à la maison » (le projet était intitulé *Rights Brought Home*), la situation peut sembler paradoxale : à la maison aussi, les juges peuvent condamner certains choix du gouvernement. Mais le gouvernement n'a pas renoncé pour autant à mener sa politique à sa guise et une nouvelle loi du 11 mars 2005 (*The Prevention Security Act*) vient l'autoriser à imposer diverses mesures de contrôle à toute personne soupçonnée « d'être impliquée dans une action liée au terrorisme » (art. 1 (1), a). La loi prévoit bien le contrôle d'un juge, mais elle permet des mesures extra-judiciaires d'urgence et elle étend le régime d'exception et de suspension des droits de la défense à tous les citoyens². Conscient du risque d'incompatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme, le gouvernement britannique serait allé jusqu'à remettre en cause son adhésion à un texte désormais, selon lui,

1. House of Lords, session 2004-2005, UKHL, 56, 16 déc. 2004, *D.*, 2005, p. 1055, note Martin.

2. J.-C. Paye, « *The Prevention Security Act* britannique du 11 mars 2005 », *RTDH*, 2005, p. 635-647.

inadapté aux nouvelles conditions de la lutte contre le terrorisme¹.

Il reste cependant, quand la norme internationale est rejetée dans son principe, que la circulation des idées, voire les échanges croisés d'une cour à l'autre, instaurent un « dialogue des juges », qui exprime une certaine perméabilité d'un système à l'autre : le Chili n'a pas ratifié le statut de Rome créant la Cour pénale internationale, ni créé un tribunal mixte pour juger le général Pinochet, néanmoins l'immunité a été levée et un juge d'instruction a pu lancer un mandat d'arrêt, confirmé par la Cour suprême².

Mieux encore, les États-Unis, qui se sont opposés au statut de la CPL, sans envisager un instant la création d'un tribunal *ad hoc* pour juger les attentats du 11 septembre, ont vu leur Cour suprême censurer le dispositif excluant tout recours des prisonniers considérés comme « combattants ennemis » (n'ayant selon le droit américain ni les droits des combattants ni ceux des délinquants) : qu'ils soient citoyens américains ou étrangers, la Cour leur reconnaît le droit de saisir les tribunaux américains et de contester leur détention³. Il arrive que certains juges de la Cour suprême crient le pacte ONU sur les droits civils et politiques⁴, alors que le droit américain ne reconnaît pas son applicabilité directe. Ils citent parfois aussi la jurisprudence de tribunaux

1. Voir les réactions indignées du président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Le Monde*, 15 sept. 2005.

2. « La Cour suprême du Chili donne son feu vert au jugement de Pinochet », *Le Monde*, 5 janv. 2005.

3. Arrêts du 28 juin 2004, voir *Le Relatif et l'Universel*, *op. cit.*, p. 236 et note 57.

4. L. Condorelli, P. de Sena, « The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political Rights to US Courts Dealing with Guantanamo Detainees », *JICJ*, 2 (2004), p. 107-120.

étrangers, nationaux ou internationaux (CEDH ou CIDH) et vont jusqu'à invoquer, comme on le verra à propos de la peine de mort, l'opinion publique mondiale. À tel point que la Chambre des représentants s'en est émue et a proposé un dispositif (résolution du Subcommittee on the Judiciary) tendant à interdire aux juges américains de déterminer leurs interprétations sur la base de jugements ou lois émanant d'institutions étrangères, non incorporées au droit des États-Unis ou n'aidant pas à mieux comprendre la signification originale des lois des États-Unis¹.

Ces interactions multiformes démontrent la transformation d'un monde qui, de compliqué (multiple et hétérogène), est devenu complexe (interactif et instable)². Elles incitent à poser l'hypothèse du « pluralisme ordonné » : « pluralisme » car des différences sont admises, « ordonné » si le droit mondial réussissait ainsi à dépasser la contradiction entre l'un et le multiple.

L'hypothèse du « pluralisme ordonné »

Maintenir une séparation, sans imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde.

1. Résolution (108th Congress, H. RES. 568), 17 mars 2005, approuvée le 13 mai 2004 par le Subcommittee : voir « Danger from Foreign Legal Precedent », *The Washington Times*, 25 mars 2004 (www.washingtontimes.com).

2. C. Godin, « Les voies de la mondialisation », *La Totalité réalisée*, Champ Vallon, vol. 6, 2003, p. 455.

Le défi de « la Grande Complexité juridique du monde », en écho à l'utopie de « la Grande Unité », tient d'abord aux capacités de résistance des sociétés humaines. Comme on le voit, même en Europe, les systèmes nationaux résistent en effet à une intégration au sein d'un ordre juridique international qui imposerait l'uniformité. Et pourtant, ils ont perdu une grande partie de leur autonomie et les principaux choix sont faits à l'échelle internationale¹, par les représentants des États certes, mais aussi par des acteurs privés, notamment les entreprises multinationales, ou plutôt transnationales, car leurs stratégies traversent ouvertement les frontières, le transnational devenant « le masque tombé du multinational² ». Les acteurs économiques privés concurrencent désormais les États en élaborant leurs propres normes, par autorégulation. Si l'État demeure sujet « fondamental » du droit international et principal producteur de normes, il n'est plus le seul acteur et son territoire n'est plus le seul espace normatif.

De ces tensions entre le public et le privé ou encore le local, le national et le global, surgissent des fragments d'un droit commun qui brouillent le schéma qui opposait universalisme et relativisme. Comme nous l'avons vu précédemment, le relativisme, lié au pluralisme de séparation, suppose une autonomie de chaque système, qui se trouve réduite du fait des interdépendances croissantes ; quant à l'universalisme, plutôt associé au pluralisme de fusion, il appellerait une primauté de la norme internationale sur la

1. P.-M. Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de l'Académie de droit international public* [2000], Martinus Nijhoff, 2003 ; M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, op. cit.

2. C. Godin, « Les voies de la mondialisation », op. cit., p. 435.

norme interne, primauté qui est parfois affirmée par les textes mais rarement effective.

C'est ainsi que les pauvres mots du langage juridique ordinaire – des mots pourtant si commodes, comme « ordre » ou « système », « hiérarchie » ou « autonomie » – peinent à traduire les phénomènes d'indétermination, d'incohérence et d'instabilité qui accompagnent l'internationalisation du droit : indétermination, car les processus d'intégration, en devenant interactifs, se diversifient et se libèrent du principe de hiérarchie ; incohérence quand les niveaux d'organisation se fragmentent, avec la multiplication d'organisations internationales de plus en plus sectorielles (droits de l'homme, du commerce, de l'environnement) ; enfin instabilité, dès lors que les écarts entre les vitesses d'intégration produisent des dysfonctionnements, d'un ensemble à l'autre ou, dans le même ensemble, d'un acteur à l'autre (on se souvient du débat à propos de la directive européenne anticipant la mise en œuvre du protocole de Kyoto sur les gaz à effet de serre [GES]).

Pour tenter d'échapper à la fois au désordre du monde (séparation radicale et relativisme absolu) et à l'ordre qui serait imposé par le plus fort au nom d'un universalisme de surplomb (fusion totale de type hégémonique), il faut donc chercher une issue par-delà relatif et universel. Autrement dit, explorer les voies et moyens d'un droit qui réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un « pluralisme ordonné ».

Les voies et moyens du pluralisme ordonné

À première vue, la réponse au défi de la Grande Complexité juridique du monde semble tenir à une sorte de

bricolage visant à relier, par de multiples interactions, judiciaires et normatives, spontanées et imposées, directes et indirectes, des ensembles juridiques (nationaux et internationaux) que l'histoire avait séparés et qui rejettent une fusion qui serait synonyme d'hégémonie.

Dans ce jeu des interactions, la séparation n'exclut pas totalement l'intégration. Au contraire, comme on le voit pour les organes vivants, séparation et intégration des tâches sont coordonnées¹. Mais l'intégration des tâches appelle à passer l'obstacle politique et juridique de la souveraineté nationale, qui n'est infranchissable que si elle est conçue de façon absolue. Plutôt que vers un monde « sans souveraineté² », nous semblons aller vers une « dilution de la souveraineté³ » qui resterait à transformer en une souveraineté partagée : le partage est au cœur du Traité constitutionnel européen et transparaît aussi dans le titre du rapport sur l'insécurité remis au Secrétaire général de l'ONU : « une responsabilité [donc une souveraineté] partagée ». Qu'il s'agisse de responsabilité ou de souveraineté, le partage incite à imaginer des techniques juridiques nouvelles pour assouplir la rigidité des normes et permettre l'évolution des pratiques.

Toute la difficulté est là, car les interactions déjà observables entre systèmes de droit, multiples et hétérogènes,

1. Voir H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, Seuil, 1989 ; J.-C. Ameisen, *La Sculpture du vivant*, Seuil, 2003.

2. B. Badie, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, 1999.

3. H. Ruiz Fabri, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les Droits individuels et le Juge en Europe. Mélanges Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 371 sq.

n'offrent pas même cette apparence de sécurité juridique qui était attachée, dans notre représentation des systèmes de droit, au principe de hiérarchie des normes. Pourtant, il s'agit d'interactions juridiques, donc normatives, en ce sens qu'elles définissent un « devoir-être » (normativité) et pas seulement un « étant » (normalité), même si l'un influence évidemment l'autre. C'est pourquoi la volonté humaine, les croyances, voire les idéologies, perturbent le jeu et limitent l'analogie, éclairante mais jamais déterminante, avec les organismes biologiques ou les machines. Malgré certaines ressemblances, l'analogie a ses limites et les interactions juridiques ne garantissent ni la continuité organique des processus biologiques d'autorégulation ni la prévisibilité mécanique (sauf accident ou panne) des phénomènes physiques. Elles s'ordonnent sans majesté, par ajustements successifs, toujours partiels, toujours imparfaits, et les métaphores rendent bien mal compte de ces processus toujours recommencés qui n'évoquent ni la domination de la pyramide, ni la continuité des réseaux, ni l'automatisme des machines.

Pour transformer ce bricolage en ordre juridique, il faudrait avoir « l'assurance qu'il est possible d'approcher ces chaos, de durer et de grandir dans cet imprévisible, d'aller contre ces certitudes encimentées dans leurs intolérances¹ ». Mais ces certitudes font partie de la culture juridique et il est bien difficile de considérer les transformations des diverses composantes du droit dans leur ambivalence, à la fois négative et positive. Difficile d'admettre que l'indétermination des processus d'intégration, qui

1. É. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, op. cit., p. 25-26.

risque d'affaiblir l'ordre juridique en réduisant la prévisibilité et en favorisant l'arbitraire, peut aussi contribuer à préserver la diversité. Difficile encore de reconnaître que la fragmentation de l'espace normatif, qui a pour effet de dissocier l'espace juridique du territoire étatique, permet sans doute aussi de contourner les obstacles (comme on l'a vu, par exemple, pour la corruption, en passant de l'ONU à l'OCDE, puis aux conventions interaméricaine et européenne, puis encore à l'Union européenne). Difficile enfin de considérer que la variabilité des vitesses d'évolution, qui déstabilise le temps normatif et conduit à des effets pervers lorsque les écarts sont trop forts (par exemple entre le droit mondial du commerce et celui des droits de l'homme), peut aussi jouer le rôle de correcteur d'erreurs.

Au stade où nous en sommes – au tout début de cette mutation épistémologique, véritable révolution culturelle qui affecte les notions mêmes d'ordre juridique et de systèmes de droit –, l'hypothèse du pluralisme ordonné ouvre pourtant la voie, sinon d'un futur ordre mondial, du moins d'une harmonie, ou plutôt d'une harmonisation, au sens large du terme. Cette hypothèse privilégie les mouvements, les processus en cours, plutôt que les modèles qui en résultent. Car l'harmonisation ne se confond ni avec l'unité, ni avec la pluralité : elle est engendrement, mouvement de l'une à l'autre. On en revient à Empédocle : « Jamais le changement ne cesse son perpétuel devenir, soit que l'Amour amène tout à l'unité, soit que la Haine disloque et dissocie ce que l'Amour a réuni. Ainsi dans la mesure où l'un est toujours né du multiple et où, de l'unité disloquée, le multiple toujours s'est constitué [...] jamais le changement n'arrête son perpétuel devenir. »

Pour illustrer ce mouvement perpétuel de l'un et du

multiple, nous commencerons par les *processus d'interaction*, normative et juridictionnelle, car ils commandent une mise en ordre qui ne sera pluraliste qu'à la condition de réussir à conjuguer différences et cohérence. Une deuxième partie, abordant plus directement l'espace normatif, sera consacrée aux *niveaux d'organisation*, pour marquer le passage du niveau national au niveau régional et, simultanément, au niveau mondial. Enfin, l'étude du temps normatif, consacrée aux *vitesse de transformation*, permettra non seulement d'imaginer une meilleure synchronisation, par exemple entre droit du commerce et droit des droits de l'homme, mais aussi de concevoir, dans un espace unique comme l'espace européen ou l'espace Kyoto, des vitesses d'intégration différentes, en quelque sorte d'inventer un art de la polychronie.

Pour des juristes dont l'art est de qualifier les faits, c'est-à-dire de les faire entrer dans des dénominations préétablies, et non d'adapter les dénominations à des réalités mouvantes, un tel changement de méthode est considérable, mais il me semble inéluctable.

PREMIÈRE PARTIE

Les processus d'interaction

Le pluralisme, par sa seule extension à un système à l'égard d'un autre, implique une reconnaissance de la pluralité des normes. Par sa simplicité même, un tel processus pourrait d'ailleurs sembler l'hypothèse la plus favorable à la poursuite de l'unité du droit. Mais, si l'on considère la complexité du droit actuel, on se rend compte que les seuls candidats à l'hégémonie sont les systèmes existants, et non pas les systèmes nouveaux. C'est pourquoi, pour éviter le danger d'une simple extension du droit, il faut se méfier de l'hypothèse d'un seul système, mais les systèmes existants, en tant qu'ils sont des systèmes, ont des limites, et ces limites sont des limites de fait, et non pas des limites de droit. C'est pourquoi, pour éviter le danger d'une simple extension du droit, il faut se méfier de l'hypothèse d'un seul système, mais les systèmes existants, en tant qu'ils sont des systèmes, ont des limites, et ces limites sont des limites de fait, et non pas des limites de droit.

Cette hypothèse du pluralisme ordonné invite à renoncer à l'hypothèse d'un seul système, mais les systèmes existants, en tant qu'ils sont des systèmes, ont des limites, et ces limites sont des limites de fait, et non pas des limites de droit. C'est pourquoi, pour éviter le danger d'une simple extension du droit, il faut se méfier de l'hypothèse d'un seul système, mais les systèmes existants, en tant qu'ils sont des systèmes, ont des limites, et ces limites sont des limites de fait, et non pas des limites de droit.

L'internationalisation du droit peut se développer sans aucun pluralisme, par simple extension d'un système à vocation hégémonique. Par sa simplicité même, un tel processus pourrait d'ailleurs sembler l'hypothèse la plus probable, quand on observe l'omniprésence du droit américain. Mais les États-Unis, malgré leur statut actuel de « superpuissance », ne sont pas les seuls candidats à l'hégémonie et les concurrents sont suffisamment nombreux pour que l'on puisse prendre le pari qu'ils se neutraliseront mutuellement et oser une autre hypothèse — c'est l'objet même du livre —, celle d'une internationalisation pluraliste privilégiant non pas l'extension d'un seul système, mais les interactions entre différents systèmes, ou ensembles, juridiques (terme plus neutre permettant de prendre en compte des ensembles en formation, trop évolutifs et instables pour constituer de véritables systèmes de droit).

Cette hypothèse du pluralisme ordonné invite à renoncer à l'opposition binaire entre relation hiérarchique (par subordination d'un ordre à l'autre) et relation non hiérarchique (par coordination) pour considérer les processus d'interaction de façon plus nuancée, un peu comme le reflet des divers pluralismes.

Le pluralisme de séparation, bâti sur l'autonomie de chaque ensemble, limite les interactions à des processus horizontaux, par le jeu d'influences croisées, par entrecroisements, pourrait-on dire pour marquer la réciprocité d'un ensemble à l'autre, d'une institution à l'autre, voire d'une cour suprême à l'autre. Mais la réciprocité, qui conditionne littéralement la co-ordination, suffit rarement à la mise « en ordre », laquelle supposerait une cohérence d'ensemble.

Pour mieux garantir la cohérence, les interactions doivent se verticaliser, le néologisme impliquant le retour vers une hiérarchie, assouplie cependant par la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation. En permettant un rapprochement des systèmes autour de principes supérieurs communs, suffisamment flous pour préserver des marges nationales, ce deuxième type d'interaction, par harmonisation, est par définition pluraliste dès lors qu'une marge nationale est admise, évitant de supprimer toutes les différences. C'est ce qui la distingue du troisième processus, celui d'unification.

Car l'unification, qui n'admet aucune marge, suppose la fusion des systèmes, ou plus modestement des concepts juridiques, au profit d'une norme unique qui pourra être imposée au nom d'une stricte hiérarchie des normes. Mais elle ne gardera une trace de pluralisme que si elle résulte non pas de l'extension hégémonique d'un système unique, mais d'une élaboration interactive, conçue par hybridation en combinant les divers ensembles. Comme nous aurons l'occasion de le voir, ce n'est pas la même chose, par exemple, d'unifier la procédure pénale sur un modèle unique (inquisitoire ou accusatoire) ou de l'unifier en inventant, par hybridation, une procédure mixte, comme celle qui se met en place auprès des juridictions pénales internationales.

Coordination par entrecroisements, puis harmonisation par rapprochement, enfin unification par hybridation : la classification en trois catégories, seulement indicative, n'exclut évidemment pas les glissements d'un processus à l'autre, facilités par l'instabilité des pratiques. Entre interactions purement horizontales et purement verticales s'intercalent en effet d'innombrables formes intermédiaires, à tel point que l'harmonisation pourrait devenir le processus prédominant et en quelque sorte l'emblème du pluralisme ordonné. Toutefois, la classification garde l'intérêt d'illustrer la diversité des processus d'interaction et, par là même, de souligner l'hétérogénéité qui reste inséparable du pluralisme, fût-il ordonné.

Coordination par entrecroisements

La séparation n'impose pas l'isolement. Emmanuel Levinas distingue précisément le pluralisme de la pluralité numérique en ce que le premier « ne fige pas dans l'isolement les termes qui constituent la pluralité : tout en les maintenant contre une totalité qui les absorberait, il les laisse en commerce ou en guerre¹ ». Ce n'est sans doute pas un hasard si le commerce et la guerre ont été les deux premières formes de l'internationalisation du droit. Mais le choix restait ouvert et la mise en relation se limitait à la vie juridique internationale.

La nouveauté est que les situations d'interdépendance se multiplient. Malgré les discontinuités qui tiennent à l'autonomie des divers ensembles juridiques, ces interdépendances rendent l'isolement impossible et favorisent de multiples échanges. Quel que soit le domaine considéré, ni les gouvernements d'États « indépendants », ni les législateurs de parlements « souverains », ni les juges appartenant à des cours « suprêmes » ne peuvent totalement ignorer l'existence des autres ensembles juridiques, nationaux, régionaux et internationaux : le droit national se trouve en

1. E. Levinas, *Totalité et Infini*, op. cit.

quelque sorte cerné de toutes parts. Et les ensembles internationaux, régionaux (CEDH, CIDH) ou mondiaux (OMC, ONU, OMS, CPI, etc.), n'échappent pas non plus à ce phénomène de perméabilité ou de porosité du droit.

Encore faut-il savoir comment, en l'absence de toute hiérarchie, de simples échanges horizontaux peuvent conduire à une coordination. Car le dialogue, dont l'initiative revient incontestablement aux juges¹, ne garantit pas à lui seul la cohérence qui sous-tend la notion d'ordre, et la voie reste à baliser, du dialogue à la cohérence, par la recherche des conditions qui pourraient faire de ces entrecroisements une véritable mise en ordre.

L'impossible isolement

La conception « moderne », celle qui identifie le droit à l'État, prédispose plutôt à l'isolement, comme en témoigne d'ailleurs la place encore bien modeste des études comparatives dans les programmes universitaires. Et les premiers juristes qui s'intéressèrent aux phénomènes d'internormativité, comme le doyen Jean Carbonnier, y voient des phénomènes davantage sociologiques que juridiques : « Entre le droit et les autres systèmes normatifs, des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent ; ce sont là des phénomènes autonomes [...] les phénomènes d'internormativité². » La

1. Voir J. Allard, A. Garapon, *Les Juges dans la mondialisation*, Seuil/La République des idées, 2005.

2. J. Carbonnier, *Sociologie du droit*, PUF, 1978, « Quadriga », 1994, p. 317.

formule pourrait aussi parfaitement décrire les rapports, mouvements, conjonctions et conflits entre les divers ensembles juridiques. Mais l'auteur était méfiant à l'égard du droit comparé qu'il soupçonnait, non sans quelque raison, d'un panjuridisme dévastateur : « Plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit [...] est envrante, tel le métier de changeur qui s'épanouit dans la multiplication des monnaies¹. »

Quels que soient les risques inflationnistes du métier de changeur juridique, l'échange est inévitable car l'isolement est devenu impossible. Si cette impossibilité n'est pas apparue d'emblée, c'est que le raisonnement juridique ne lui donne pas de place officielle. L'échange se situe dans les interstices, favorisant une internormativité de fait que la doctrine commence à repérer au sein de l'Union européenne², en la distinguant de l'internationalité, qui suppose encore l'État³ ; mais il est surtout révélé par les jeux d'interprétation croisée des divers organes, judiciaires, juridiques ou quasi juridiques, qui sont chargés d'appliquer les normes à des cas concrets.

L'internormativité « de fait »

Elle suppose des relations entre des ensembles normatifs non hiérarchisés entre eux, à quelque niveau qu'ils se

1. *Id.*, *Droit et Passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 45.

2. L. Idot, S. Poillot-Peruzetto (dir.), « Internormativité et réseaux d'autorité. L'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation », *LPA*, oct. 2004, n° 199-200.

3. H. Gaudemet-Tallon, « L'internationalité, bilan et perspectives », *Rev. dr. aff.*, fév. 2002, p. 73 sq.

trouvent dans l'espace normatif. De telles relations peuvent s'établir d'un niveau à l'autre, comme une façon de pallier les discontinuités dans la chaîne hiérarchique¹, mais le phénomène s'observe surtout entre ensembles de même niveau (national, régional ou mondial), par imitation d'abord, mais aussi par renvoi, plus ou moins explicite selon les cas.

La notion d'imitation, ou d'emprunt d'un ensemble à l'autre, bien connue des comparatistes, a été notamment éclairée par Rodolfo Sacco, qui en nuance les effets en montrant que le droit commun produit par imitation est loin d'être unifié, car l'imitation ne modifie pas les moules conceptuels forgés par l'histoire et n'atteint que les strates les plus superficielles des systèmes de droit². Mais le constat doit sans doute être à son tour nuancé en droit international, où le poids de l'histoire est moins contraignant, les experts chargés de rédiger les textes, comme les juges internationaux qui seront parfois chargés de les appliquer, appartenant eux-mêmes à des cultures juridiques différentes. Plus l'évolution est rapide, moins la mémoire historique peut jouer son rôle modérateur (on le voit notamment avec les tribunaux pénaux internationaux).

S'agissant de relations entre ensembles internationaux (ou supranationaux), les emprunts pourraient donc être facilités – et leurs effets renforcés – par la nouveauté même de la construction juridique. Ils sont néanmoins

1. Par exemple entre les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et le droit interne, dans les pays qui n'acceptent pas l'applicabilité directe, ou encore entre les TPI et les instruments régionaux de protection des droits de l'homme, voir ci-dessous.

2. R. Sacco, « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, SLC, 2002, p. 195 sq.

difficiles à repérer, sauf dans le cas de ces emprunts flagrants dont nous avons rencontré plusieurs exemples, notamment entre les dispositifs du Conseil de l'Europe et ceux de l'Union européenne. Qu'il s'agisse de la lutte contre la corruption ou de la protection de l'environnement, il suffit pour s'en convaincre de comparer les textes, souvent recopiés l'un sur l'autre avec de faibles variantes. Ainsi, la convention UE de 1997 contre la corruption annonce les conventions du Conseil de l'Europe signées en 1999¹. De façon plus nette encore, la décision-cadre UE de 2003 sur la protection pénale de l'environnement reproduit pour l'essentiel le dispositif de la convention du Conseil de l'Europe signée en 1998². S'il subsiste des différences sur certains points, comme la responsabilité des personnes morales, les sanctions ou le rôle des associations de défense de l'environnement, la convergence semble presque parfaite sur la définition des incriminations : même intitulé, axé sur la protection par le droit pénal, même conception globale de

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 252. Notons que la décision de la CJCE du 13 septembre 2005, en admettant la compétence pénale de la Communauté, pourrait inciter la Commission à développer un droit pénal communautaire directement imposé aux États ; voir S. Manacorda, « *Judicial activism* dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », RSC, 2005, 4, à paraître.

2. Voir G. Giudicelli-Delage, « Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne », RSC, 2005, p. 767-775. On notera que, en raison d'un conflit de compétence entre le Conseil de l'Union européenne et les institutions communautaires (Commission et Parlement), la décision-cadre a été annulée par la CJCE (décision du 13 septembre 2005). Saisie par le Commission CE et le Parlement européen d'un recours contre le Conseil, la Cour déclare la décision-cadre annulée pour avoir « empiété sur les compétences de la Commission » en imposant une harmonisation pénale ayant pour objet principal la protection de l'environnement, placée sous compétence communautaire. Le contenu devrait à terme être repris sous forme de directive (cf. la proposition de directive du 15 mars 2001).

l'environnement, même répartition entre incriminations autonomes (un délit général de pollution « dans l'atmosphère, le sol ou les eaux ») et accessoires (violation de dispositifs spécifiques).

Mais l'imitation s'observe aussi au niveau mondial : ainsi les règles de procédure inscrites dans le statut du TPIY sont-elles très directement inspirées de l'article 14 du pacte ONU sur le procès équitable. Et les modèles circulent librement d'un niveau à l'autre. Ainsi, le groupe d'experts chargé de préparer le projet dit *Corpus juris*, prévoyant notamment la création d'un parquet européen qui dirigerait l'enquête sous le contrôle d'un juge national, avait proposé, pour contrôler la phase d'enquête et décider le renvoi en jugement, de créer une « chambre préliminaire européenne ». Il est clair que cette formule alternative, ajoutée à la phase finale des travaux (en 1999), était directement inspirée du statut de la CPI qui venait d'être adopté à Rome (1998).

Si de tels emprunts ne laissent pas toujours de trace repérable, les renvois sont plus visibles, car de plus en plus explicites d'une Europe à l'autre. Certes, la construction européenne avait été lancée en séparant le droit du marché du droit des droits de l'homme, mais au fil du temps les traités de l'UE ont fini par intégrer ces derniers. Dans une première étape, le traité se contente de citer la CESDH, au même titre que les traditions constitutionnelles nationales communes, comme source d'inspiration et d'orientation (art. 6, traité UE, 1997). À l'étape suivante, la Charte des droits et libertés de l'UE consacre des définitions spécifiques (traité de Nice, 2000). Puis le Traité constitutionnel (signé en 2004 mais non encore ratifié, comme gelé par l'échec du référendum en France et aux

Pays-Bas) lui donnerait force juridique (art. I-9 § 1). Façon de « communautariser » les droits de l'homme en attendant, dans une dernière étape annoncée par le même Traité constitutionnel (art. I-9 § 2), que la ratification de la CESDH par l'UE vienne finalement subordonner un ensemble à l'autre.

À l'échelle mondiale, des renvois apparaissent également à mesure que les instruments internationaux se multiplient sous l'influence des droits de l'homme et surtout de la globalisation économique. Nous avons rencontré des exemples de cette technique du renvoi qui, en l'absence de principe hiérarchique, a du moins le mérite d'éviter l'isolement de l'OMC. Ainsi, le préambule des accords de l'OMC, en posant « l'objectif de développement durable en vue de protéger et préserver l'environnement », admet (comme l'article XX des accords du GATT) une exception au nom de l'environnement¹. Mais il s'agit d'un texte à portée générale, qui ne précise pas l'articulation formelle entre les normes commerciales et les quelque deux cents accords multilatéraux sur l'environnement (AME) à vocation mondiale, la compétence de l'ORD restant limitée aux seuls accords commerciaux. S'il prend en compte les AME, à titre occasionnel, cet organe le fait seulement pour éclairer le débat sur le commerce et non dans le souci de protéger l'environnement². La règle demeure le libre-échange et les préoccupations d'environnement, comme celles de santé,

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 392.

2. M.-P. Lanfranchi, « L'OMC et la protection de l'environnement », in S. Maljean-Dubois (dir.), *L'Outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La Documentation française, 2002, p. 127.

sont considérées comme des exceptions d'origine externe, des « externalités », donc appréciées de façon restrictive.

En somme, l'internormativité crée une dialectique, mais elle ne donne pas la solution en cas de conflit et chaque juge tranche au coup par coup. D'où l'importance de l'interprétation.

Les jeux d'interprétation croisée

Encore faut-il qu'il y ait des interprètes, c'est-à-dire qu'à chaque ensemble normatif corresponde un organe judiciaire. Or ce n'est que très rarement le cas. Rappelons que, malgré la judiciarisation progressive du Comité des droits de l'homme de l'ONU (qualifié par les tribunaux pénaux internationaux d'« instance judiciaire internationale »), il n'y a pas de véritable cour mondiale pour les droits de l'homme ; quant au droit de l'environnement, il ne comporte ni organisation mondiale ni organe juridictionnel. Aussi faut-il inclure tous les juges, y compris les juges nationaux, même si la notion d'interprétation n'a pas la même signification pour eux que pour des juges internationaux, directement tenus par la convention de Vienne sur l'interprétation des traités.

Il est vrai que leurs fonctions se rapprochent : d'une part, les juges nationaux s'internationalisent, en raison tant de l'applicabilité directe du droit international que de l'extension de leur compétence nationale¹ ; d'autre part, les juges internationaux se banalisent, à mesure que leur compétence s'étend à des acteurs privés (victimes de violation des droits

1. Voir A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et Crimes internationaux*, PUF, 2002.

de l'homme ou auteurs de crimes internationaux) et ils s'autonomisent, à mesure que les méthodes d'interprétation s'affranchissent des méthodes du droit international général. Les uns et les autres commencent à développer des échanges, à tel point que, si la réception réciproque des jurisprudences ne repose sur aucun principe juridique, « elle est cependant une pratique courante¹ ».

Dans la compétition qui s'instaure entre les jurisprudences nationales et internationales (entre elles ou de façon transversale²) intervient non seulement le facteur d'appartenance à la même tradition (qui joue surtout dans l'espace de *common law*), mais encore la qualité de la motivation : « Sont évidemment avantagés ceux qui produisent des décisions convaincantes, précisément motivées, se référant à des critères d'ordre social, économique, culturel ou éthique dépassant le pur raisonnement juridique et mobilisant des valeurs de portée universelle³. » La notion de « bénévolence » mise en lumière par le premier président de la Cour de cassation française, Guy Canivet, permettrait de concilier compétition et coordination, précisant ainsi la conception de l'autorité des décisions que le juriste italien Massimo Vogliotti avait développée en distinguant la *potestas* – autorité extrinsèque tenant au statut du juge – et l'*autorevolezza*,

1. G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », conférence, séminaire Collège de France, mai 2005, RSC 2005, 4, à paraître.

2. Voir M. Kamto, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La Juridictionnalisation du droit international*, colloque de la Société française pour le droit international, Pedone, 2003 ; J.-F. Flauss, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contexte européen des droits de l'homme », RTDH, 2005, 62, p. 313-331.

3. G. Canivet, « Les influences croisées... », *op. cit.*

autorité intrinsèque tenant plutôt au prestige du juge, à sa stature et à la qualité de sa décision¹. Or la stature du juge, sinon son statut, peut se trouver valorisée par les processus horizontaux de coordination, et la qualité donc l'autorité de la décision renforcée par le jeu des références croisées d'une juridiction à l'autre.

Encore faut-il qu'un tel entrecroisement, par « intégration réciproque », pour reprendre l'expression d'Alessandro Bernardi², soit possible. Pour les juridictions nationales, il n'existe pas d'obstacle de principe, à tel point que se forment désormais des réseaux plus ou moins formels entre cours suprêmes, selon des structures régionales ou linguistiques, ou encore selon des spécialisations comme le droit de la concurrence ou celui de l'environnement³. En revanche, les échanges sont plus délicats entre juridictions internationales, spécialisées dans des champs différents. À cet égard, l'Europe, par sa structure juridique bipolaire, offre une illustration exemplaire. C'est seulement à partir du moment où les États membres de l'UE eurent tous ratifié la CESDH (le dernier, à l'époque des neuf, étant la France, en 1974) qu'il devint possible, pour les juges de la CJCE, de prendre en compte la CEDH, et réciproquement. Au-delà de rencontres et d'échanges informels entre juges pour rapprocher les points de vue et éviter les conflits de jurisprudence par

une information réciproque, le jeu des références croisées d'une jurisprudence à l'autre pouvait ainsi commencer à se développer¹; même s'il existe, comme pour les juges nationaux, une tendance à sélectionner les références en fonction de préférences subjectives², la méthode peut néanmoins favoriser une certaine fertilisation réciproque.

Mais l'Europe fait figure d'exception, comparée à d'autres régions, ou *a fortiori* à la situation mondiale. Une très faible part des membres de l'OMC ont adhéré aux deux pactes de l'ONU sur les droits de l'homme et accepté le recours individuel devant le comité de l'ONU en cas de violation. De plus, l'absence persistante de cour mondiale des droits de l'homme (malgré la proposition d'un Conseil des droits de l'homme un peu plus indépendant que l'actuelle Commission³), confrontée à la montée en puissance de l'Organe de règlement des différends à l'OMC, contribue encore à creuser l'écart.

En revanche, la création des tribunaux pénaux internationaux, puis de la Cour pénale internationale, favorise des entrecroisements plus complexes⁴: non seulement avec le Comité des droits de l'homme de l'ONU et la CIJ, mais entre les juridictions pénales à vocation mondiale et les cours régionales des droits de l'homme. Les niveaux ne coïncident

1. M. Vogliotti, « La "thapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal », *RIEJ*, 2001, p. 141-188.

2. A. Bernardi, « L'européanisation de la science pénale », *APC*, 2004, p. 5-36.

3. G. Canivet, « Protection de l'environnement par le droit pénal: l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *D.*, 2004, p. 2728.

1. Voir G. Cohen-Jonathan, « La CESDH et la Communauté européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, 1979, t. 1, p. 157 sq.; M. Delmas-Marty, « Clés pour une harmonisation européenne », *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 240 sq.

2. Voir D. Spielmann, « Un autre regard: la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1447 sq.

3. Assemblée générale ONU, 59^e session, sept. 2005.

4. Voir S. Zappalà, *Human Rights and International Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2003.

pas (régional/mondial), les domaines sont différents (droits de l'homme/droit pénal) et pourtant les juges engagent un dialogue. La CEDH commence à citer la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux¹; inversement, ces derniers font référence aux instruments de protection des droits de l'homme et à la jurisprudence des cours régionales, le plus souvent en procédure, mais parfois aussi pour éclairer l'interprétation de questions de fond². Comme cette définition du crime d'incitation à commettre un génocide, qui fut élargie dans l'affaire dite des médias au Rwanda, par référence à la jurisprudence sur la liberté d'expression³.

C'est bien d'entrecroisement qu'il s'agit, car les juges des tribunaux pénaux internationaux se considèrent comme autonomes. Ils refusent toute hiérarchie, qu'il s'agisse des cours régionales des droits de l'homme ou du Comité des droits de l'homme. Et ils opposent le même refus à la CIJ: bien que celle-ci « constitue "l'organe juridictionnel principal" du système des Nations unies, [...] il n'existe aucun lien hiérarchique entre les deux juridictions⁴ ». La conséquence est exprimée en termes alambiqués: d'une part, la Chambre d'appel « tiendra nécessairement compte des décisions rendues par d'autres juridictions internationales »,

1. Affaire *M.C. c. Bulgarie*, 4 déc. 2003, se référant à la définition pénale du viol.

2. TPIY, affaire *Kunarac*, incluant, à l'inverse, la jurisprudence de la CEDH dans la définition pénale du viol, TPIY, 22 fév. 2001, CA, 12 juin 2002.

3. Affaire du procès des médias, TPIR, 2 déc. 2003, *RGDIP*, 2004, chr. Ph. Weckel et A. Balguy-Gallois, p. 507 sq.; D. Boyle, « Droits de l'homme et crimes internationaux. Les enjeux du procès des médias devant le TPIR », *Mélanges Cohen-Jonathan*, op. cit., p. 303 sq.

4. Affaire *Mucic et consorts* (« *Camp de Celebici* »), TPIY, CA, 20 fév. 2001, § 24.

mais, d'autre part, « elle peut, après mûre réflexion, parvenir à une conclusion différente »¹.

Le risque est de provoquer les critiques de tous côtés. Du côté des droits de l'homme, on s'inquiète d'une autonomie qui favoriserait ce que Françoise Tulkens avait appelé une utilisation des droits de l'homme « à la carte² », au point de soupçonner les juges d'avoir « instrumentalisé le droit international des droits de l'homme comme outil d'interprétation des règles statutaires et réglementaires, spécialement en ce qui concerne les garanties procédurales³ ». Mais les juges soulignent la spécificité de la justice pénale internationale et notent que, si l'État est garant de la protection des droits de l'homme, son rôle est marginal en droit pénal international⁴. Du côté du droit international général, on plaide pour une « banalité des sources » qui devrait limiter l'interprétation par référence au seul droit international « puisque ces tribunaux sont internationaux »⁵. Mais ce sont aussi des tribunaux

1. *Ibid.*

2. Voir A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et Juridictions internationales*, PUF, 2002, p. 144-188; M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., p. 245-265.

3. E. Lambert-Abdelgawad, « Les TPIY et TPIR et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op. cit., p. 135-155.

4. A. Cassese, « L'influence de la CESDH sur l'activité des TPI », in A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et Juridictions internationales*, op. cit., p. 143 sq. Affaire (*Foca*) *Kunarac*, TPIY, 22 fév. 2001, § 470 et 478.

5. H. Ascencio, « La banalité des sources par rapport aux sources du droit international général », in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op. cit., p. 403-409.

« pénaux » et la difficulté est précisément de concilier les deux caractères. Car les sujets de la justice pénale ne sont pas des États, mais des individus, auteurs et victimes. À moins d'assimiler les individus aux États et les notions de punition et d'enfermement à des sanctions économiques, il semble impossible de renoncer, par référence au seul droit international général, aux critères d'indépendance et d'impartialité ainsi qu'aux principes du procès équitable, d'autant que le statut de la CPI impose désormais une interprétation « compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus » (art. 21 § 3).

Reste la question plus délicate qui oppose les pénalistes, défenseurs de la légalité des délits et des peines ainsi que de l'interprétation restrictive¹, aux partisans d'une interprétation large des incriminations, au nom de la lutte contre l'impunité et en raison de la spécificité d'une justice internationale pénale encore en formation, dans un contexte incertain et fragile où n'existent ni police mondiale ni législateur indépendant des États. Si les juges internationaux semblent partagés entre le « réalisme » du droit international général et le « militantisme » des droits de l'homme², il faut donc encore ajouter une troisième variante : le légalisme du droit pénal.

On voit que les jeux d'interprétation croisée ont le mérite d'éclairer le débat sous ses diverses facettes, idéologiques

1. E. Fronza, E. Malarino, C. Sotis, « Principe de précision et justice pénale internationale », *ibid.*

2. Ph. Weckel, « Les confins du droit européen des droits de l'homme et les progrès du droit », in *Mélanges Cohen-Jonathan, op. cit.*, p. 1729 *sq.* ; voir aussi G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, « La CEDH et le droit international général », *Annuaire français de droit international*, CNRS, 2003, p. 661-683.

(option réaliste ou militante) et juridiques (option légaliste), mais ils ne donnent pas les moyens de le trancher. Cette justice sans hiérarchie qui se cherche à tâtons, par une sorte de porosité entre les divers ensembles, une compénétration par capillarité, ne peut être qu'une phase transitoire dans la construction d'un véritable ordre juridique mondial. Une phase où l'internormativité et l'interprétation croisée permettraient la formation, sinon d'une communauté de valeurs, du moins d'une communauté de juges. On l'observera de plus près à travers les évolutions de jurisprudence relatives à la peine de mort.

Le dialogue des juges sur la peine de mort

L'exemple est significatif, car le droit pénal est traditionnellement considéré comme le domaine par excellence de la souveraineté nationale, et le droit de vie et de mort comme l'emblème du souverain.

C'est d'ailleurs pourquoi la question de la peine de mort – et de son abolition – relève d'abord de chaque législateur national. Pendant longtemps, les juges se sont contentés d'appliquer la loi et le dialogue s'est limité à quelques auteurs très isolés, comme Cesare Beccaria, qui propose l'abolition de la peine de mort dès 1764¹. Il sera suivi, pour quelques années seulement, en Toscane (où le code pénal de Léopold II abolit la peine de mort en 1786)².

1. C. Beccaria, « De la question de la peine de mort », *Des délits et des peines*, XVI, Éd. d'aujourd'hui, 1980.

2. S. Manacorda, « Restraints on Death Penalty in Europe », *JICJ*, 1 (2003), p. 263-283.

Mais, partout ailleurs, le jeune marquis italien (il avait 25 ans en 1764) passe pour un provocateur un peu fou. Emmanuel Kant, favorable à la peine de mort, ridiculise à travers lui « la sensiblerie sympathisante d'une humanité affectée ». Il critique ce penchant à la *compassibilitas* et dénonce une thèse qui fonde « l'illégitimité de la peine de mort sur le fait qu'elle ne peut être contenue dans le contrat social », concluant, sans s'y attarder, « tout cela n'est que sophisme et chicane »¹. Au XIX^e siècle, Victor Hugo reste encore très isolé et le XX^e siècle n'amorcera le mouvement abolitionniste qu'après la Seconde Guerre mondiale, avec prudence : le tournant est pris en 1945 par les constitutions italiennes et allemandes, mais ni la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), ni la Convention européenne des droits de l'homme (1950), ni le pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques (1966), ni la Convention américaine des droits de l'homme (1969), ni la Charte africaine (1981) n'interdisent la peine de mort, admise comme légitime exception au droit à la vie.

C'est pourtant à partir des droits de l'homme que les juges internationaux vont engager un dialogue sur la peine de mort avec d'autres juridictions internationales, comme avec des cours suprêmes nationales. À partir du coup d'envoi, donné par une interprétation audacieuse de la CEDH (*Soering c. RU*)², il y a bien en effet d'étonnants entrecroisements. Amorcé en Europe, mais à propos de l'extradition d'un condamné à mort vers les États-Unis, le dialogue est d'emblée élargi aux pays tiers. Il sera réactivé à

partir d'Amérique, lorsque la question des droits procéduraux des condamnés à mort étrangers sera portée devant la Cour internationale de justice et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, avant de revenir en Europe.

Le dialogue sur l'extradition est en quelque sorte inhérent à cette institution par laquelle l'État compétent pour juger une affaire, ou exécuter une condamnation, demande à un autre État la remise du suspect ou du condamné. Il revient donc aux juges de l'État requis de l'autoriser, en application des traités d'extradition. Mais l'arrêt *Soering* va plus loin, car il impose au juge pénal de l'État européen requis de vérifier aussi la compatibilité du droit pénal de l'État requérant avec la CESDH.

En 1989, les juges de Strasbourg ont dû faire preuve d'une certaine audace lorsqu'ils ont condamné le Royaume-Uni pour avoir autorisé (mais pas encore réalisé) l'extradition d'un condamné à mort vers les États-Unis. En effet, le Royaume-Uni, tout en ayant aboli la peine de mort, n'avait pas encore adhéré au protocole additionnel d'abolition (protocole n° 6), de telle sorte qu'il pouvait invoquer l'article 2 de la CESDH, qui admet très explicitement l'exception de la peine de mort. Aussi les juges fondent-ils leur argumentation non pas sur l'article 2, qui protège le droit à la vie, mais sur l'article 3, qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. L'arrêt considère que les conditions dans lesquels l'État américain concerné (la Virginie) organise l'exécution, après une longue attente, de plusieurs années parfois, dans le couloir de la mort, constitue un tel traitement. C'est pourquoi une extradition accordée sans garantie pour exclure la peine de mort constitue une violation de la CESDH.

1. E. Kant, « Doctrine du droit », VI, 335, *Métaphysique des mœurs*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », vol. 3, p. 605.

2. Affaire *Soering c. RU*, CEDH, 7 juill. 1989.

Par ses applications potentielles à divers pays tiers¹, la jurisprudence *Soering* devait avoir une influence considérable, non seulement en Europe², mais dans le monde entier. Ainsi semble-t-elle avoir favorisé de façon déterminante un revirement de la Cour suprême du Canada. Cette Cour avait admis en 1991 (par 5 voix contre 4) l'extradition d'un condamné à mort vers les États-Unis. Malgré la Charte canadienne des droits et libertés, dont la section 7 limite la peine de mort aux « cas exceptionnels », les juges avaient alors été sensibles à la crainte de voir le Canada envahi par une foule de fugitifs américains. Dix ans plus tard, l'arrêt *Burns* abandonne cette doctrine « poussièreuse³ » et exclut l'extradition dans des circonstances analogues, en se fondant très largement sur la décision de la CEDH, qui n'a juridiquement aucune autorité, directe ou indirecte, au Canada. Pas plus qu'elle n'a d'autorité en Afrique du Sud, où elle sera néanmoins invoquée à l'appui de l'arrêt par lequel la Cour suprême jugera en 1995 la peine de mort contraire à l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴.

Et le dialogue se poursuit avec le Judicial Committee of the Privy Council, juridiction *sui generis* qui permet aux *law lords* de juger de recours formés contre des décisions de

1. Pour des exemples, concernant l'Iran ou la Chine, voir *Aspichi Dehwari c. Pays-Bas*, CEDH, 22 juin 1999 et *Yang Chun Jin c. Hongrie*, CEDH, 8 mars 2001, l'un et l'autre rayés du rôle après refus d'extrader.

2. C. Constit. Italie, 26 juin 1996, Cassazione penale 1996, p. 3258, nota Dionatellevi.

3. W. Schabas, « From *Kindler to Burns*: International Law is Nourishing the Constitutional Living Tree », in G. Cohen-Jonathan, W. Schabas (dir.), *La Peine capitale et le Droit international des droits de l'homme*, Panthéon-Assas, 2003, p. 143 sq.

4. Arrêt *State c. Makwanyane*, 1995 (3), South Africa, 391.

peine de mort prises dans certains États du Commonwealth (notamment au Belize ou dans les Caraïbes, en attendant la création d'une cour suprême autonome). Dans une décision concernant la peine de mort prononcée par la cour d'appel du Belize (État devenu indépendant en 1981), le Privy Council évoque notamment l'arrêt de la Cour suprême d'Afrique du Sud et cite longuement l'arrêt *Soering*, pour conclure que l'affaire devra être rejugée¹.

Mais les entrecroisements sont sans fin, car le revirement de la Cour du Canada entraîne à son tour une évolution de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU, saisi sur la base du pacte international sur les droits civils et politiques. Le Comité, qui avait admis la première décision d'extradition portée devant lui en 1991 (*Kindler*), constatera une violation en 2003, dans une autre affaire d'extradition du Canada vers les États-Unis (*Judge*). Il ne remet pas directement en cause l'affirmation antérieure que l'extradition n'est pas en elle-même contraire à l'article 6 du pacte sur le droit à la vie (§ 10.2), mais il relève, outre le revirement de la Cour suprême du Canada, des changements notables, en fait et en droit, dans l'opinion internationale et l'élargissement du consensus favorable à l'abolition (§ 10.3). Finalement, il fonde la violation plus précisément sur la question des recours, marquant ainsi l'importance d'un autre dialogue, qui aborde la question de la peine de mort à travers la procédure.

1. Affaire *P. Reyes c. the Queen*, Privy Council, 11 mars 2002 (Belize); voir également affaire *Roodal et Khan*, Privy Council, 21 nov. 2003 (Tobago et Trinidad), et affaire *Charles Matthews*, Privy Council, 7 juill. 2004 (Tobago et Trinidad). Voir aussi S. Lehrfreund, « International Legal Trends and the Death Penalty in the Commonwealth Caribbean », in G. Cohen-Jonathan, W. Schabas (dir.), *La Peine capitale...*, op. cit., p. 213 sq.

Le dialogue sur la procédure part cette fois du continent américain, et passe par la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la CIJ avant de revenir en Europe. De nombreuses condamnations à mort prononcées aux États-Unis concernent des étrangers, auxquels le protocole additionnel à la convention de Vienne sur les relations consulaires accorde des garanties, à commencer par le droit d'être informé de l'assistance que peut lui apporter le consul de son pays. Or un important contentieux s'est développé à la suite d'affaires dans lesquels des étrangers, condamnés à mort aux États-Unis, n'avaient pas été informés de leurs droits. Après un premier cas dans lequel le Paraguay avait saisi la CIJ, qui ordonna en vain la suspension de l'exécution¹, l'Allemagne intervient à son tour, dans des conditions analogues, en faveur de condamnés, mineurs à l'époque des faits². Entre les deux affaires, le Mexique avait pris une initiative différente en demandant à la Cour interaméricaine des droits de l'homme un avis consultatif; puis il saisit à son tour la CIJ dans une affaire concernant cinquante ressortissants mexicains relevant de dix États différents³. Le dialogue fut donc engagé entre les juges à tous les niveaux à la fois : national, régional et mondial.

Dialogue de sourds, apparemment, car les deux ordonnances de la CIJ, malgré la procédure d'urgence utilisée dans l'affaire *Lagrand*, ne convaincront pas la Cour

1. Affaire *Bread, Paraguay c. États-Unis*, Ord., 9 avr. 1998.

2. Affaire *Lagrand, Allemagne c. États-Unis*, Ord., 3 mars 1999, arrêt, 27 juin 2001; voir Ph. Weckel, « L'affaire Lagrand et la condamnation à mort des ressortissants étrangers aux États-Unis », in G. Cohen-Jonathan-W. Schabas, *La Peine capitale...*, op. cit., p. 103 sq.

3. Affaire *Avena, Mexique c. États-Unis*, Ord., 5 fév. 2003, arrêt, 31 mars 2004.

suprême des États-Unis de modifier sa jurisprudence, ni les autorités de l'Arizona de suspendre l'exécution, qui eut lieu le lendemain du jour où l'ordonnance avait été prise. Dans son arrêt du 27 juin 2001, la Cour constate le non-respect des mesures conservatoires, dont elle affirme ainsi le caractère obligatoire. Elle condamne les États-Unis, mais n'évoque pas directement la question de la peine de mort, qu'elle se contente de qualifier de « peine sévère », sans entrer dans le débat sur le caractère inhumain et dégradant, ni sur les garanties. En revanche, la CIDH, nettement plus explicite, considère dans son avis¹ qu'en la matière le droit d'un détenu à être informé de l'assistance consulaire est un élément de la garantie d'un procès équitable. Rendu alors que la procédure de l'affaire *Lagrand* se déroulait devant la CIJ, cet avis semble bien avoir été implicitement pris en compte et avoir pesé sur la décision de la Cour.

Il aura pesé aussi, semble-t-il, bien que la Cour ne s'y réfère pas directement, sur la condamnation des États-Unis prononcée par la CIJ en mars 2004, à la suite de la nouvelle demande, déposée par le Mexique cette fois, dans l'affaire *Avena*.

Entre-temps, la question du procès équitable est revenue en boucle sur le continent européen avec l'affaire *Öcalan c. Turquie*². À la suite de son transfert en Turquie et de sa condamnation à la peine de mort, prononcée en 1999 avant d'être commuée en 2002 en réclusion à vie, l'opposant kurde alléguait diverses violations de la CESDH. La Cour analyse longuement l'évolution des droits européens et souligne que,

1. Avis CIDH, OC n° 16/99, 1^{er} oct. 1999, *RGDIP*, 2000, 3, p. 788-796.

2. Affaire *Öcalan c. Turquie*, CEDH, 12 mars 2003, 12 mai 2005 (Grande Chambre); A. Clapham, « Symbiosis in International Human Rights Law: the Öcalan Case », *JICJ*, 1 (2003), p. 475-489.

sur quarante-quatre États membres, quarante-trois, dont la Turquie depuis 2002, ont en fait aboli la peine de mort. Elle constate donc que « l'exception prévue à l'article 2 § 1 a été substantiellement modifiée » et en déduit « que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, voire inhumaine, qui n'est plus autorisée par l'article 3 » (§ 196). Mais elle ajoute cette formule obscure : « ... on ne saurait exclure que les États sont convenus, par leur pratique, d'amender la deuxième phrase de l'article 2, dans la mesure où cette disposition autorise la peine de mort en cas de paix » (§ 198).

La Grande Chambre ne reprend pas cette formule, mais elle reste prudente et juge à son tour « inutile de parvenir à une conclusion définitive sur ce point » (§ 165), préférant placer la solution de l'affaire sur le terrain de la procédure. Souscrivant au raisonnement de la Cour qui invoque le Comité des droits de l'homme de l'ONU ainsi que l'avis de la Cour interaméricaine et un arrêt qui a suivi¹, elle reprend l'affirmation selon laquelle « l'exécution d'un condamné à mort qui n'a pas bénéficié d'un procès équitable n'est pas autorisée » (§ 166).

Il reste à espérer que la ronde continue. Depuis le revirement de la Cour suprême des États-Unis en 1976², les États-Unis font partie, avec la Chine, l'Arabie Saoudite et l'Iran, des États responsables de plus de 80 % des exécutions mondiales³. Mais les juges américains n'ont pas renoncé à tout dialogue international. Le juge Breyer,

1. *Hilaire c. Trinidad et Tobago*, CIDH, 21 juin 2002.

2. *Affaires Furman c. Géorgie*, 408 US 238, 92 S.Ct. 2726 (1972) et *Gregg c. Géorgie*, 428 US 153, 96 S.Ct. 2909 (1976).

3. G. Cohen-Jonathan, « Avant-propos », in G. Cohen-Jonathan, W. Schabas (dir.), *La Peine capitale...*, op. cit., p. 13.

dans une opinion dissidente, évoque longuement le nombre croissant des cours, y compris la CEDH, qui ont jugé la peine de mort inhumaine ou dégradante¹. Parfois présenté comme l'un des principaux partisans de l'ouverture (the « *Court's leading advocate of the idea that the Supreme Court needs to take greater notice of the legal opinions abroad* »²), il fera partie des juges, majoritaires cette fois, qui qualifient de châtiment « excessif » l'exécution des malades mentaux (en 2002), en évoquant en ce sens l'opinion de la communauté mondiale³, puis reprennent le raisonnement à propos des mineurs (en 2005)⁴.

Pourtant, le dialogue ainsi amorcé reste soumis au bon vouloir des juges. La Cour suprême choisit les critères qui fondent les références au droit comparé, comme la nature comparable des questions posées ou leur caractère transnational, et ne reconnaît, en toute hypothèse, aux « normes étrangères » qu'un caractère facultatif (*non-binding rules*)⁵. De plus les juges de renvoi gardent un pouvoir d'appréciation. À la suite de l'arrêt *Avena*, la cour pénale d'appel de l'État d'Oklahoma a suspendu l'exécution et le gouverneur a accordé une commutation de peine en réclusion à vie ; mais, dans le cas analogue de *Medellin*, une cour d'appel fédérale a

1. *Affaire Knight c. Floride*, 528 US 990, 120 S.Ct. 459 (1999).

2. Voir C. Lane, « Thinking outside the US », *The Washington Post*, August 4 (2003).

3. *Affaire Atkins c. Virginie*, 536 US 304, 122 S.Ct. 2242 (2002) ; voir N. Norberg, « La Cour suprême des États-Unis et la peine de mort », *RSC*, 2002, p. 917.

4. *Affaire Roper c. Simmons*, 543 US, 125 S.Ct. 11 83 (2005).

5. S. Breyer, « La place des normes étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », Collège de France, 14 juin 2005, inédit ; voir les critiques de D. Amann, « Raise the Flag and Let it Talk : on the Use of External Norms in Constitutional Decision-Making », *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press, oct. 2004.

refusé de prendre en compte la décision de la CIJ, malgré diverses interventions, latino-américaines et européennes, en *amicus curiae*¹. Il est vrai que la prudence des juges peut s'expliquer par la conception américaine de l'État de droit, selon laquelle le pouvoir judiciaire reste strictement limité dans l'interprétation des normes internationales par les pouvoirs politiques (législatif et exécutif). À la suite de l'affaire *Medellin*, la Cour suprême ayant accepté d'entendre l'affaire, le gouvernement américain s'est retiré (par lettre du 7 mars 2005) du protocole additionnel à la convention de Vienne. En interrompant brutalement le jeu des interprétations croisées entre les juges, la décision américaine incite à rechercher les conditions qui pourraient faire de ces « entrecroisements » une véritable « mise en ordre ».

Conditions de la mise en ordre

L'apport essentiel des processus d'entrecroisements, normatifs et judiciaires, est de créer une dynamique qui permet, à certaines conditions, d'intégrer et de concilier les multiples contraintes d'ensembles, nationaux et internationaux, conçus au départ sur des modèles différents. C'est une phase nécessaire pour une mise en ordre pluraliste, mais elle n'est pas suffisante. Dépasser les contradictions

1. Affaire *Torres c. Oklahoma*, No. PCD-04-442 (Cl. Crim. Ap. Oklahoma), 13 mai 2004; voir *Am. Journ. Internat. Law*, vol. 98, 3 (2004), p. 581-584; comp. *Medellin c. Dreike*, 371 F. 3d 270, 5th Cir. (Tex.), 20 mai 2004 (cert. granted *Medellin c. Dreike*, 125 S.Ct. 686, 73 *USLW* 3347, 73 *USLW* 3350 (US Dec. 10, 2004) (No. 04-5928); voir Tony Mauro, « High Court on Collision Course with Int'l Law », *Legal Times*, 22 nov. 2004.

en définissant une cohérence d'ensemble appellerait une seconde phase, de stabilisation.

Une phase dynamique

Pour qu'une dynamique soit créée par interaction entre des ensembles juridiques différents, si hétérogènes soient-ils, il faut sans doute plusieurs conditions.

La première condition est la réciprocité, qui suppose une symétrie, à la fois institutionnelle et juridictionnelle. Nous avons pu l'observer entre les deux principaux ensembles juridiques européens (UE et CESDH), mais, en revanche, nous avons constaté la dissymétrie entre l'ORD et le Comité DHNU. Et, même quand la symétrie existe entre les instruments juridiques, se pose le problème des ratifications. La réciprocité, qui commande l'interaction d'un ensemble à l'autre, suppose que les mêmes États aient ratifié les différents instruments concernés. Si cette coïncidence, au moins partielle, des ratifications se retrouve entre l'UE et la CESDH, ou entre le Mercosur et la CADH, elle n'apparaît ni en Amérique du Nord (les États-Unis et le Canada, membres avec le Mexique de l'ALENA, n'ayant pas ratifié la Convention américaine), ni en Afrique – OHADA (Organisation pour l'harmonisation africaine du droit des affaires) et Charte africaine –, ni à l'échelle mondiale (pactes ONU et accords OMC).

La seconde condition, qui concerne plus directement le dialogue des juges, renvoie à leur statut, car seul un statut d'indépendance et d'immuabilité donne aux juges toute liberté d'entrer dans la ronde. L'adoption, aux États-Unis, de la résolution précitée, qui propose d'interdire aux juges de la Cour suprême de fonder leur argumentation sur des

dispositifs juridiques étrangers, en est le contre-exemple, démontrant simultanément la force novatrice, voire subversive, des interprétations croisées et la résistance conservatrice, voire régressive, d'une nation quand elle se referme sur elle-même.

À cet égard, la résistance chinoise est également un contre-exemple, malgré l'inscription du principe de l'État de droit dans la Constitution, dès lors que la nomination et la carrière des juges relèvent encore du Parti communiste chinois. Pourtant, on commence à observer une ouverture au droit international : le principe d'« internationalisation » est désormais inscrit dans le code pénal ; la question de la ratification du statut de la CPI est ouvertement débattue, et la naissance sinon d'un courant abolitionniste, du moins d'un débat sur la peine de mort, marqué par des propositions de loi pour renforcer les droits de la défense et limiter la liste des crimes capitaux, s'inspire en partie du droit comparé et international. Enfin, sans qu'on puisse parler d'un dialogue des juges, on observe une meilleure connaissance des jurisprudences étrangères par les juges chinois, notamment à la Cour suprême. C'est ainsi qu'un arrêt très commenté du 2 août 2002, admettant l'applicabilité directe de la Constitution dans un contentieux privé, prend en compte un précédent constitutionnel américain¹.

Il est vrai que les jeux d'interprétation croisée semblent caractérisés par le souci qui anime les juges de ne pas

1. Voir S. Balme, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », in M. Delmas-Marty, P.-E. Will (dir.), *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, op. cit.

se sentir trop liés par tel espace plutôt que tel autre. D'où les références multiples, désordonnées, sélectionnées sans rigueur et parfois sans objectivité. Autrement dit, la dynamique ainsi créée favorise l'information réciproque et permet une certaine prise en compte des différences, mais elle ne résout pas d'éventuels conflits. D'autant qu'elle ne garantit même pas le respect des normes obligatoires. Bien que certains juges de la Cour suprême des États-Unis citent la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU (voire celle de la Cour européenne¹), la Cour suprême ne reconnaît pas l'applicabilité directe du pacte international sur les droits civils et politiques, pourtant ratifié en 1992. Et l'on a vu des juges américains peu disposés à appliquer les mesures, juridiquement obligatoires, ordonnées par la CIJ².

Certes, la question est en grande partie politique, mais elle relève aussi d'une amélioration de méthodes juridiques qui ne permettront une véritable mise en ordre qu'à la condition d'offrir les moyens d'une stabilisation.

Une phase de stabilisation

Entre droits de l'homme et droit pénal, comme entre droits de l'homme et droit du commerce ou entre droit du commerce et droit social, ou encore de l'environnement ou

1. Outre les exemples cités à propos de la peine de mort, voir, à propos de l'homosexualité entre adultes, US Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 26 juin 2003, 539 US 123 (2003).

2. Pour une comparaison entre les jurisprudences américaine et britannique, voir C. Booth, M. du Plessis, « Home alone ? — The US Supreme Court and International and Transnational Judicial Learning », *EHRLR*, 2 (2005), p. 127-147.

de la santé, le risque du dialogue et de l'internormativité est d'entretenir une dialectique sans fin, une dialectique sans synthèse, livrée aux incertitudes d'une compétition toujours recommencée. Une telle dialectique stimule l'imagination des juges, mais peut favoriser une sorte de *forum shopping*¹. Seule la synthèse permet la stabilisation qui conditionne une véritable mise en ordre. Pour y parvenir, une fois le dialogue établi, il existe plusieurs techniques d'interprétation. D'une part, diverses juridictions et autorités du droit international reconnaissent déjà, de façon plus ou moins explicite, le caractère impératif de certaines normes, notamment en matière de droits de l'homme, à travers la qualification de *jus cogens*². Mais la CIJ évite prudemment le terme, préférant celui, plus vague, d'obligations coutumières, puis d'obligations *erga omnes*³. D'autre part, la notion de coutume permet aussi de réintroduire, en évitant de le dire trop ouvertement, une certaine hiérarchie. Elle sous-tend d'ailleurs implicitement de nombreux arrêts de la CEDH. Ainsi, la formulation obscure de l'arrêt *Öcalan* sur le droit à la vie préparerait la voie d'une abrogation coutumière de l'article 2 de la Convention en ce qu'il permet l'exception de la peine de mort.

Au-delà de ces techniques d'interprétation, se posera sans doute l'inévitable question de la hiérarchie entre les ensembles internationaux reliés entre eux seulement

1. G. Guillaume, « Advantages and Risks of Proliferation : a Blueprint for Action », *JICJ*, 2 (2004), p. 300-303.

2. Voir P.-M. Dupuy, « Le *jus cogens*, une révolution ? », *L'Unité de l'ordre juridique international*, *op. cit.*, p. 269 *sq.*

3. G. Cohen-Jonathan, « Rapport introductif », in G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss (dir.), *Droit international, Droits de l'homme et Juridictions internationales*, Bruylant, 2004.

indirectement, à travers le droit national. Elle surgit déjà en Europe, où la stabilisation s'opère en plusieurs temps : d'abord indirectement, quand la Cour de Strasbourg contrôle les violations de la CESDH par incorporation au droit national de la norme communautaire¹ ou d'autres normes internationales². Mais, pour établir un contrôle direct, il faut une hiérarchie. C'est ainsi que, dans un second temps, le Traité constitutionnel, en autorisant l'Union européenne à ratifier la CESDH, conduirait à une intégration verticale.

À l'échelle mondiale, la stabilisation est moins avancée, mais la doctrine envisage la possibilité d'instituer une demande préventive d'avis à la CIJ, sur le modèle des cours régionales (notamment sous la forme des questions préjudicielles posées à la CJCE)³. À terme, la question des contradictions entre différents ensembles normatifs, donc celle de la hiérarchie, ne pourra pas être plus longtemps évitée.

En somme, les entrecroisements apparaissent nécessaires mais insuffisants. Ils sont nécessaires pour favoriser l'évitement des conflits, aider à réduire certaines contradictions et permettre ainsi une coordination spontanée, mais ils ne

1. Arrêts *Cantoni c. France*, CEDH 15 nov. 1996 (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-V), et *Mathews c. RU*, CEDH 18 fév. 1999 (*Recueil* 1999-I) ; *Bosphorus Hava Yolları Turizm c. Irlande*, CEDH, Grande Chambre, 30 juin 2005 (où le règlement communautaire en cause autorisait une saisie de biens en application d'une résolution du conseil de sécurité de l'ONU).

2. Décision *Banković c. Belgique et autres*, CEDH, 12 déc. 2001 (*Recueil* 2001-XII) ; *adde* affaire en cours à propos des troupes françaises en Kosovo, *Behrami c. France*, décision de recevabilité, 16 sept. 2003 ; chr. G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, « La CEDH et le droit international général », *op. cit.*

3. G. Guillaume, « Advantages and Risks of Proliferation », *op. cit.*

suffisent pas à garantir la cohérence d'ensemble en cas de conflit. On pourrait dire que la coordination prépare la transition en acclimatant les différents ensembles juridiques à l'internormativité, mais elle ne pourra devenir une véritable mise « en ordre » que si l'horizontalité des processus d'entrecroisement, pondérée par les normes impératives du *jus cogens* ou de la coutume, se trouve peu à peu « verticalisée ».

De la co-ordination à la sub-ordination, la différence ne signifie pas obligatoirement le passage à une stricte hiérarchie, dont la rigidité même risquerait d'entraîner le rejet au nom des spécificités nationales. C'est dire l'importance du processus d'harmonisation, simple rapprochement des différents systèmes qui, sans prétendre à l'uniformité, se caractérise précisément par une hiérarchie assouplie grâce à la reconnaissance de marges nationales d'appréciation.

CHAPITRE II

Harmonisation par rapprochement

Le mot « harmonisation » éveille des résonances musicales qui viennent heureusement rappeler les temps anciens où la loi était associée au chant et à la poésie : « Les premières lois furent des poèmes qui, avant l'invention de l'écriture, se fixaient plus facilement dans la mémoire parce qu'elles étaient des formules chantées¹. » Rappelons que le terme grec *nomos* (« norme ») se traduit en latin par *lex* et par *cantus* (« la loi » et « le chant »). La polysémie se retrouve d'ailleurs en Chine, où le même caractère, *li*, désigne la « mesure des mesures »², la norme qui règle toutes les constances, dans le domaine des lois comme dans celui des sons. Les premiers traités de droit chinois avaient même pour objectif de concilier science juridique, musique et poésie : « harmoniser les sons pour composer un texte, ordonner les termes en catégories pour les placer en

1. Cicéron, *De legibus*, II, 23, 59, cité par G. Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, op. cit., livre II, § 469.

2. P.-É. Will, « La réglementation administrative et le code pénal mis en tableaux », *Études chinoises*, vol. XXII (2003), p. 93-157 ; J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », op. cit., p. 523.

parallèle, faire des comptines où la mesure désignait à la fois la musique et la loi¹ ».

S'il est à craindre que les législateurs actuels aient quelque peu perdu le sens poétique et musical, la musique n'en aide pas moins à comprendre comment la diversité, loin de s'opposer à l'harmonie, peut y contribuer. Dans *Le Banquet*, Platon attribue l'explication au médecin Éryximaque : « À partir d'éléments d'abord contraires, comme le grave et l'aigu, l'art de la musique, en les faisant s'accorder ensemble, produit l'harmonie. Car bien sûr, si le grave et l'aigu maintenaient jusqu'à la fin leur différend, il n'y aurait pas d'harmonie du tout. » D'où cette définition : « L'harmonie est un "résonner ensemble" et le "résonner ensemble" est un "dire ensemble"². » On serait tenté de jouer sur la consonance pour passer du « résonner ensemble », qui évoque le son, au « raisonner ensemble » fondé sur la raison. Pour harmoniser des ensembles juridiques, il faut en effet, au-delà du simple dialogue, fonder sur la raison quelque chose en commun, une commune mesure.

Mais le domaine juridique n'est pas le domaine musical et le législateur réussit rarement à faire s'accorder ensemble des traditions juridiques nationales perçues comme contraires. La violence des oppositions suscitées en France par le projet de code civil européen, chargé de tous les vices³, comparée à la splendeur des célébra-

1. J. Bourgon, « Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing », *op. cit.*, p. 290 et les exemples cités, p. 300 *sq.*

2. Platon, *Le Banquet*, trad. P. Boulang, avec 39 dessins de Vieira da Silva, Hermann, 1972, p. 46.

3. Voir notamment G. Cornu, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », in B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (dir.), *Pensée*

tions du bicentenaire du code civil français (1804-2004), symbole de toutes les vertus¹, semble montrer l'impossibilité d'une codification supranationale, même limitée à l'Europe.

D'où l'idée de concevoir l'harmonisation comme une alternative à la codification, un processus nouveau et original qui inclut l'objectif d'intégration (normative et/ou judiciaire) mais se contente d'une intégration imparfaite sans imposer l'unification.

Pour pénétrer ainsi au cœur du pluralisme ordonné et saisir plus concrètement comment la préservation de marges nationales permet l'application de principes directeurs communs sans pour autant conduire à l'uniformité, nous prendrons l'exemple de la diversité morale et religieuse. Même limité à l'Europe, et *a fortiori* quand on voudrait l'étendre à l'échelle planétaire, cet exemple, en montrant les difficultés pratiques de mise en œuvre, incite à définir, des codes aux principes directeurs, les conditions spécifiques d'une mise en ordre pluraliste.

Une intégration imparfaite : l'impossible codification

C'est sans doute dans l'entre-deux, entre l'impossible isolement et l'impossible codification, qu'il faut situer le mouvement d'harmonisation. À la différence des entre-

juridique française et Harmonisation européenne du droit, SLC, 2003, p. 57 *sq.*; Y. Lequette, « À propos du projet de code civil européen », *ibid.*, p. 69 *sq.*

1. Voir *Le Bicentenaire du code civil*, D., numéro spécial, 8 avr. 2004.

croisements qui se limitent à des coordinations horizontales entre différents ensembles juridiques, l'harmonisation instaure une relation de type vertical, impliquant une hiérarchie entre le haut (le niveau international, régional ou mondial) et le bas (le niveau national). Mais cette hiérarchie n'est pas univoque, et la primauté du droit international peut s'inverser au profit du droit interne : c'est la raison d'être de principes comme la subsidiarité en droit communautaire, ou la complémentarité dans le statut instituant la Cour pénale internationale, qui incitent à chercher d'abord la solution en droit interne. L'expression de « hiérarchies enchevêtrées¹ », qui traduit cette inversion, aide à comprendre que le mouvement d'harmonisation soit tantôt ascendant – du droit interne vers un droit commun supranational –, tantôt descendant, par retour au droit interne.

En somme, tout se passe comme si l'articulation de l'un et du multiple ne pouvait se faire une fois pour toutes, de haut en bas ou de bas en haut, mais seulement par ajustements et réajustements successifs, de haut en bas *et* de bas en haut.

Articulés sur le couple antagonique « confiance/méfiance », ces ajustements, au sens propre d'un mouvement vers le juste, peuvent aussi être imaginés, si l'on se représente le droit *inter* ou *supranational* comme un centre rayonnant en direction des États, selon une dynamique tantôt centripète (primauté du droit supranational), tantôt centrifuge (subsidiarité du droit supranational). C'est dire

la complexité des interactions qui commandent le processus d'harmonisation et l'importance du concept de « marge nationale » qui traduit simultanément le refus de l'unification et la volonté de se donner une mesure commune, un droit commun.

Des dynamiques complexes

Par ses ajustements et réajustements successifs, l'harmonisation évoque l'image du joueur de billard « au geste apparemment hésitant et pourtant typiquement adroit¹ ». Maladresse apparente et adresse par oscillation, par « énergie vibratoire », disait Roland Barthes, sont particulièrement visibles dans le Traité constitutionnel européen. Dans le prolongement du droit existant, le Traité institue en effet une oscillation entre les deux dynamiques. Il affiche d'abord – comme pour rassurer les États, sous le titre « Principes fondamentaux » (art. I-9) – une dynamique centrifuge, exprimée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité, explicitée par un protocole additionnel et renforcée par un autre protocole qui ouvre un recours aux parlements nationaux.

Plus discrète à première lecture, la dynamique centripète n'en est pas moins présente, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice européenne, par la primauté du droit de l'Union (art. I-10). Sans être qualifiée de « principe fondamental », cette primauté détermine une

1. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, op. cit., p. 101 sq.; A. Bernardi, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'europanisation du droit sur le système pénal », *RIEJ*, 2004, p. 1-48.

1. R. Barthes, *Le Neutre. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Seuil, 2002, p. 174.

dynamique considérablement stimulée par la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » fondé sur la confiance mutuelle (art. I-42, inspiré de la formule lancée en 1999 au sommet de Tampere)¹.

Certes, le pluralisme semble réaffirmé dans un premier temps par la formule indiquant que cet espace sera constitué « en tenant compte des différentes traditions et systèmes juridiques des États membres » (art. III-158) et par les sections qui suivent, prudemment intitulées « coopération judiciaire » – en matière civile, puis pénale. Pourtant – et même si le terme de « coopération » semble privilégier une interaction de type horizontal –, les pratiques démontrent l'inévitable glissement vers une harmonisation au nom du principe de la « reconnaissance mutuelle » (art. III-170 en matière civile et art. III-171 pour la coopération pénale). Le glissement est d'ailleurs prévu par les textes : la reconnaissance mutuelle « inclut le rapprochement », c'est-à-dire l'harmonisation, « lorsqu'il s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation » (art. III-171 § 1 et III-172 § 2). La notion de « règles minimales », qui apparaît à plusieurs reprises (art. III-171 et 172) en est une illustration et l'exemple évoqué plus haut du mandat d'arrêt européen (décision-cadre, DC 2002) peut aider à comprendre le passage, parfois qualifié de « passage en force² », de la

1. Voir A.-M. Leroyer, E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004.

2. G. Giudicelli-Delage, « Remarques conclusives », RSC, 2005, *L'intégration pénale indirecte*, p. 15-20 ; voir également S. Manacorda, G. Giudicelli-Delage (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, SLC, 2005, p. 375-383 ; A. Bernardi, « Stratégies pour une harmonisation

coopération inter-étatique à l'harmonisation supra-étatique. L'objectif est d'améliorer la coopération en facilitant l'extradition entre États de l'Union européenne. Pour y parvenir, il faut simplifier la procédure (disparition de la phase diplomatique) et les conditions de fond (en supprimant la double incrimination et en autorisant l'extradition des nationaux). Mais la confiance n'est pas suffisante pour que les États admettent ces simplifications en toute matière. Il a donc fallu au préalable établir une liste d'infractions, dont l'existence même suppose des définitions identiques et un minimum de garanties communes.

On observe ainsi un effet d'engrenage, chaque dispositif en appelant inévitablement un autre. Au départ, la coopération semble privilégier la procédure, mais elle incite en pratique au rapprochement des définitions de fond (éléments constitutifs de l'infraction, conditions de responsabilité, sanctions), au risque de privilégier, au nom de l'efficacité, les choix les plus répressifs. Qu'il s'agisse de décisions-cadre (comme celles de 2002 sur le terrorisme ou sur la traite des êtres humains, ou encore celles de 2003 sur la protection pénale de l'environnement ou sur l'exploitation sexuelle des enfants) ou de conventions (comme la convention sur la protection des intérêts financiers de 1995 et ses protocoles additionnels), voire de directives (comme la directive du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes), le processus d'interaction devient ainsi une véritable harmonisation.

Et le phénomène n'est pas propre au droit pénal. On a montré, à propos du droit des contrats¹, comment

des systèmes pénaux européens », APC, 2002, p. 195-233 ; « L'européanisation du droit pénal », APC, 2004, p. 5-36.

1. L. Fin-Langer, « L'intégration du droit du contrat en Europe », in

l'harmonisation résulte de plusieurs mouvements : une *régionalisation*, dès lors que le droit européen des contrats prend le relais du droit mondial ; mais aussi une *généralisation* allant de dispositifs européens très spécifiques et ponctuels (par exemple sur les clauses abusives, ou sur la commercialisation des véhicules automobiles) vers une réflexion plus large, proposée par la Commission dans ses communications sur le droit européen des contrats (13 juillet 2001, puis 12 février 2003) ; et, simultanément, une *privatisation*, le terme marquant ici une sorte de résurgence d'un droit savant, comme le fut le *jus commune* du Moyen Âge aux temps modernes. L'initiative revient en effet à la doctrine, regroupée au sein d'organismes privés comme Unitrino, la commission Lando ou le « groupe d'études sur un code civil européen » créé par le juriste allemand Christian von Bar¹.

Sans qu'il soit nécessaire de passer en revue tous les domaines concernés par la construction européenne², il faut souligner que la complexité des dynamiques qui accompagnent le processus d'harmonisation soulève une question de cohérence : entre les sources communautaires et le droit

M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 37-111.

1. Voir C. von Bar, « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDC*, 2001, p. 127 ; « Vers un code civil européen », *Les Annonces de la Seine*, 3 juin 2002, n° 33, critique Y. Lequette, « À propos du projet de code civil européen », *op. cit.*

2. J.-S. Bergé, « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Le Droit international privé : esprit et méthode. Mélanges Paul Lagarde*, numéro spécial de la *RCDIP*, Dalloz, 2004, p. 113-136 ; S. Poillot-Penuzetto, « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », in *Internormativités et Réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations*, LPA, 5 oct. 2004, p. 17-31.

interne, mais aussi, plus largement (comme le souligne l'ouvrage *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*), avec les autres sources de l'harmonisation – sources régionales, comme la CESDH, ou mondiales, comme, en droit des contrats, la convention de Vienne sur la vente internationale ou, en matière pénale, les multiples conventions à vocation plus large (ONU, OCDE)¹.

Car le processus d'harmonisation se développe aussi à l'échelle mondiale. Même quand il n'est pas explicitement prévu, il faut d'ailleurs tenir compte de l'« effet harmonisateur » qui peut résulter de certains dispositifs internationaux comme la convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale². En incitant les États qui veulent revendiquer leur compétence à adopter des normes suffisamment proches du standard international pour être jugés capables de traiter eux-mêmes l'affaire (art. 17 § 1, a), la convention peut être considérée comme un instrument d'harmonisation indirecte, dont la mise en œuvre dépendra des critères qui seront utilisés par la Cour pour apprécier si le droit national est compatible avec les exigences internationales.

Mais la compatibilité n'est pas une stricte conformité de la règle nationale avec le standard international. Pour que l'harmonisation soit admise dans des pays de tradition juridique différente, il faut sans doute éviter d'imposer un modèle d'ordre trop directement inspiré par l'ordre étatique, donc admettre, de façon explicite ou implicite, une « marge

1. J. Normand, « Conclusion », in A.-M. Leroyer, E. Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, *op. cit.*, p. 167 sq.

2. E. Fronza, E. Malarino, « L'effet harmonisateur du statut de la Cour pénale internationale », in M. Delmas-Marty, S. Manacorda, M. Pieth, U. Sieber, L. Arroyo Zapatero (dir.), *Les Chemins de l'harmonisation pénale*, 2006, à paraître.

nationale d'appréciation», autrement dit une certaine souplesse qui facilite les ajustements et réajustements caractérisant le processus d'harmonisation.

Des marges à ampleur variable

Cette notion de marge nationale est la principale clef du pluralisme ordonné. D'une part, elle exprime la dynamique centrifuge, la résistance nationale à l'intégration ; mais, d'autre part, la marge n'étant pas illimitée mais bornée par des principes communs, elle impose une limite, un seuil de compatibilité qui ramène au centre (dynamique centripète). Les oscillations, qui traduisent tantôt les résistances des droits internes tantôt les avancées du processus d'harmonisation, permettent, en ajustant l'ampleur de la marge acceptable, de déterminer un seuil de compatibilité¹.

Or le phénomène n'est pas circonscrit à l'Europe, et l'on observe une référence croissante de la doctrine à la notion de marge dans des contextes très divers : soit pour évoquer, en droit international pénal, une application parfois « inversée » par rapport au droit européen (lorsque la marge nationale est invoquée non pour justifier des limitations des droits fondamentaux internationaux au nom de l'ordre public national, mais pour restreindre la répression imposée

1. Voir notamment H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, 1996 ; P. Mahoney, « Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism », *HRLJ*, p. 1-5, Engel, 1998 ; J. Sweeney, « Margins of Appreciation : Cultural Relativity and the ECHR », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 459-474 ; pour des réflexions plus générales sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste, M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753 sq.

par la protection de l'ordre mondial au nom des droits fondamentaux garantis par les États)¹ ; soit pour regretter un usage insuffisant dans le traité régional de l'OHADA² ; soit pour dénoncer un usage implicite dans le droit de l'OMC et demander « s'il ne serait pas plus clair d'affirmer que les États ont, en la matière [celle des risques sanitaires et phytosanitaires] une "marge nationale d'appréciation" qui n'est pas indéfinie et qui peut varier selon les intérêts en cause³ ».

Car sa variabilité fait de la notion de marge nationale un instrument privilégié qui constitue en quelque sorte le pendant juridique du principe politique de la subsidiarité et permet de concevoir l'harmonisation comme la résultante d'un ensemble de dynamiques, centrifuges et centripètes, mais aussi ascendantes et descendantes.

L'harmonisation ascendante, qui caractérise l'intégration normative au sein de l'UE, renvoie d'ailleurs explicitement au principe de subsidiarité. Dans sa communication concernant le droit européen des contrats, la Commission européenne rappelle que « le principe de subsidiarité sert de repère pour définir comment les pouvoirs de la Communauté doivent être exercés au niveau communautaire ». Ajoutant que « la subsidiarité est un concept dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs définis dans le Traité », elle souligne avec pertinence que ce

1. E. Fronza, E. Malarno, « L'effet harmonisateur... », *op. cit.*

2. P. Dima Ehongo, « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale ou mondiale », in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative*, *op. cit.*, p. 194 sq.

3. Chr. H. Ruiz Fabri et P. Monnier, à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires, organe d'appel OMC, 26 nov. 2003 (*États-Unis c. Japon*), *JDI*, 3, 2004, p. 1025.

concept « permet d'étendre l'action de la Communauté dans les limites de ses pouvoirs lorsque les circonstances l'exigent, et inversement de la restreindre ou de l'interrompre lorsqu'elle ne se justifie plus »¹. La dualité propre à une dynamique à la fois centripète (« étendre l'action de la Communauté ») et centrifuge (« la restreindre ou l'interrompre lorsqu'elle ne se justifie plus ») est ainsi clairement explicitée et mise en application, sous le contrôle de la CJCE, par le protocole sur les principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Mais la subsidiarité introduit cette même dualité à propos du processus d'harmonisation descendante de la CESDH, à travers la notion de marge nationale d'appréciation. Comme nous avons eu l'occasion de le voir précédemment, cette notion n'est pas inscrite dans la CESDH, mais les juges européens (CDH puis CEDH) l'ont reconnue très tôt, dans les affaires où des mesures restrictives, voire déroatoires, sont admises par la Convention au nom de l'ordre public. Considérant que « le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention² » résulte notamment du principe de double compétence juridique subordonnant la recevabilité du recours à « l'épuisement des voies de recours internes », la CEDH estime que les États sont en principe mieux placés que le juge international pour déterminer le sens des limitations fondées sur des motifs d'ordre public. Elle ne renonce pas pour autant à tout contrôle, mais le limite en fonction du seuil de compatibilité évoqué ci-dessus.

1. Voir *Pensée juridique française et Harmonisation européenne du droit*, op. cit., annexe 1, point 43, p. 265 sq.

2. *Affaire Linguistique belge, CEDH c. Belgique*, 23 juill. 1968.

Ainsi s'intercale, entre les deux termes de l'alternative classique (obligation de conformité/appréciation souveraine des États), une obligation allégée, dite de « compatibilité » : alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité (c'est-à-dire de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (des pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles avec elle). Qu'il s'agisse de restreindre le contrôle (primauté européenne relative) ou de l'étendre (souveraineté nationale contrôlée), la marge nationale montre qu'il est possible de concevoir l'harmonisation comme un processus qui « ordonnerait, les uns par rapport aux autres, des ordres juridiques partiellement distincts¹ ». Il reste à observer plus concrètement les difficultés de sa mise en œuvre à travers l'exemple de la diversité morale et religieuse.

Diversité morale et religieuse : principes internationaux et marge nationale

S'il est un domaine qui semble devoir résister à toute tentative unificatrice, même en Europe et *a fortiori* à l'échelle planétaire, c'est bien celui de la morale et de la religion. Est-ce à dire qu'à défaut d'unification le processus d'harmonisation serait déjà engagé, indirectement et de façon descendante sous l'influence des instruments de protection des droits de l'homme, ou directement et de

1. *Pour un droit commun*, op. cit., p. 113. Adde, sur la notion voisine d'équivalence fonctionnelle, *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 253, 257, 412.

façon ascendante à partir de la construction de l'UE (Charte des droits et libertés, puis Traité constitutionnel) ?

La réponse est sans doute plus nuancée. Sans construire « un véritable droit européen des religions¹ », du moins l'Europe a-t-elle le mérite d'offrir un premier laboratoire d'observation, d'analyse et même d'essais pour ordonner le pluralisme et pour saisir tout à la fois pourquoi la diversité morale et religieuse nécessite une marge nationale et comment l'harmonisation se heurte aux difficultés pratiques de sa mise en œuvre.

Nécessité d'une marge nationale

Au cours des cinquante années qui séparent la CESDH (1950) de la Charte UE (2000) et du Traité constitutionnel (2004), la question s'est plutôt obscurcie. La Convention se borne à poser les principes de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9) et de la liberté d'expression (art. 10), complétés par la non-discrimination (art. 14, visant notamment la discrimination religieuse) et le droit pour les parents d'assurer l'éducation de leurs enfants « conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques » (art. 2, protocole additionnel n° 1).

Tous ces principes ont été repris par la Charte UE (art. 10, 11 et 14) et complétés, à la demande du Parlement européen, par un article 21 affirmant que l'Union « respecte la diversité culturelle et religieuse ». Quant au préambule, ayant opposé les partisans de la laïcité à ceux qui

souhaitaient inscrire « l'héritage religieux » dans le patrimoine de l'Union, il se limite à une référence très générale des peuples d'Europe à des valeurs communes et à leur « patrimoine spirituel et moral ». En revanche, le préambule constitutionnel revient, après de houleux débats, à l'idée que l'Union s'inspire des « héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe ».

Le blocage de la procédure de ratification du Traité empêche de vérifier, au vu de son application, s'il s'agit d'une simple possibilité de s'inspirer des héritages du passé ou si la formule signifie « que les normes religieuses ne sont pas tout à fait dissociées des normes civiles », comme le suggère Jean Baubérot, par référence au dispositif de l'article I-52 selon lequel l'Union « respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient en vertu du droit national » les Églises et les organisations non confessionnelles, qui seraient ainsi placées « en surplomb par rapport à la société civile »¹.

Le plus difficile sera de combiner les principes communs avec cette diversité, non seulement constatée, mais prescrite au nom du pluralisme par l'article 21. Or le dispositif d'interprétation et d'application de la Charte est fort peu explicite. Il rappelle la subsidiarité, admet des limitations sur le modèle de la CESDH et conclut à la nécessité d'interpréter les droits « en harmonie » avec les traditions nationales (art. II-112 § 4), mais il ne dit pas comment harmoniser ces traditions entre elles et ne fait aucune référence à la marge nationale.

Le renvoi à la CESDH (art. II-112 § 3) permettrait sans

1. Voir cependant J.-F. Flauss, *AJDI*, 2000, p. 1014. Mais l'auteur est plus réservé en 2004, voir « Les signes religieux », in T. Massis, C. Petit (dir.), *La Liberté religieuse et la CESDH*, Bruylant, 2004, p. 99 sq.

1. J. Baubérot, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Seuil, 2004, p. 183.

doute de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais elle est en ces matières foisonnante et parfois incohérente, qu'il s'agisse de la morale (opposée à la liberté d'expression ou à la vie privée) ou de la liberté religieuse (limitée au nom de l'ordre ou des droits d'autrui).

C'est dans une affaire opposant la protection de la morale à la liberté d'expression (interdiction d'un « petit livre rouge » d'éducation sexuelle à l'intention des écoles¹) que la difficulté fut pour la première fois perçue. La Cour constate que les droits internes n'ont pas une conception uniforme de la morale, puis elle passe de la description à la prescription en déclarant que, sans pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture, « il n'est pas de société démocratique ». Elle va jusqu'à affirmer que la liberté d'expression doit s'appliquer, y compris pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ». Pourtant, elle conclut que l'interdiction du livre n'est pas une violation de la liberté d'expression, car la diversité même des droits nationaux l'incite à reconnaître aux États une marge nationale d'appréciation.

Une vingtaine d'années plus tard, le pluralisme, « chèrement conquis au cours des siècles », sera invoqué à l'appui de la liberté religieuse. Cette fois, la Cour considère comme une violation de la Convention la condamnation d'un témoin de Jéhovah pour des pratiques de prosélytisme. La liberté de pensée, de conscience et de religion est alors présentée comme « l'une des assises de la société démocratique »,

1. Affaire *Handyside c. RU*, 7 déc. 1973, § 49.

essentielle à l'identité des croyants mais aussi « bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents »¹. Et la liberté de religion sera par la suite envisagée sous divers aspects (éducation des enfants, objection de conscience des militaires, statut fiscal) liés à la liberté d'avoir des convictions et de les manifester².

L'analyse devient plus délicate quand la liberté d'expression s'affronte à la liberté religieuse, d'abord en matière de blasphème. Au nom de la marge nationale, à nouveau fondée sur la diversité européenne, la Cour devait admettre les poursuites et la condamnation pour blasphème de l'institut Otto-Preminger, à la demande du diocèse d'Innsbruck, pour la diffusion du film de Werner Schroeter *Das Libeskonzil*³. Selon la Cour, « le respect des sentiments religieux des croyants avait été violé par des représentations provocatrices », et cela suffisait, compte tenu de la marge nationale d'appréciation, à légitimer la restriction ainsi portée à la liberté d'expression.

Critiqué comme « un encouragement déplorable au fanatisme religieux⁴ », l'arrêt pouvait sembler isolé. Dans une affaire analogue, la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait d'ailleurs à l'inverse considéré l'interdiction au Chili du film *La Dernière Tentation du Christ* comme une violation de la liberté d'expression⁵. Toutefois, l'arrêt

1. Affaire *Kokkikanis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31.

2. *La Liberté religieuse et la CESDH*, *op. cit.*

3. Affaire *Otto-Preminger c. Autriche*, CEDH, 20 sept. 1994 ; P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression, sur un arrêt regrettable de la CEDH, *Otto Preminger Institute c. Autriche* », *RUDH*, 1994, p. 441 ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, 1995, p. 417 sq.

4. P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression... », *op. cit.*

5. Affaire *Olmedo Bustos c. Chili*, CIDH, 5 fév. 2001.

Otto-Preminger aura implicitement amorcé un débat, qui sera relancé de façon plus radicale par l'entrée en scène du fameux « foulard islamique », dont l'interdiction n'a jusqu'à présent jamais été censurée à Strasbourg¹.

Il est vrai que la question se pose d'abord en droit interne. La loi française du 15 mars 2004, comme les travaux qui l'ont précédée², montre que les tensions internes sont fortes entre liberté d'expression et liberté de pensée, de conscience ou de religion ; ou entre liberté de manifester sa religion ou sa conviction et principe d'égalité ou de non-discrimination entre hommes et femmes. Mais le droit national ne peut ignorer les principes internationaux et le vice-président de la CEDH fut d'ailleurs entendu (dans tous les sens du terme, car il était clairement favorable au vote d'une loi) par la commission Stasi de réflexion sur l'application du principe de laïcité.

Encore aurait-il fallu éviter de « réduire la réalité à l'actualité et au vécu médiatisé ». Jean Baubérot, qui fut membre de la commission Stasi, dont le rapport devait largement inspirer la loi, s'en inquiète : « l'islam est un miroir grossissant et non un élément déterminant des problèmes rencontrés aujourd'hui par la laïcité » et pourtant,

1. Affaires *Karaduman c. Turquie*, CDH, 3 nov. 1993 ; *Dahlab c. Suisse*, CEDH, 15 fév. 2001 ; *Leyla Sahin c. Turquie*, CEDH, 29 juin 2004.

2. « Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics » ; Ph. Malaure, « Laïcité, voile islamique et réforme législative », *JCP*, 2004, I, 124 ; V. Fabre-Albert, « La loi française du 15 mars 2004 », *RTDH*, 2004, p. 575 sq. Sur les trois commissions qui se sont prononcées en France en décembre 2003 (commission Stasi, mission Debré) puis février 2004 (CNCDH), voir Ph. Malaure, « Laïcité, voile islamique et réforme législative », *op. cit.*, V. Fabre-Albert, « La loi française du 15 mars 2004 », *op. cit.*

ajoute-t-il, « l'islam est au cœur de l'actualité laïque de façon presque obsédante »¹. François Ost va encore plus loin quand il réécrit l'*Antigone* de Sophocle dans une version où Aïcha, pour venger la mort de son frère, affronte son directeur en se présentant voilée à l'entrée de l'école².

Car le véritable débat est plus profond que la seule question du port de signes religieux, et il ne se limite pas à l'islam : l'arrêt *Otto-Preminger* aurait déjà pu l'amorcer et ses commentateurs l'avaient perçu. C'est plus tard, à propos d'une affaire sur le foulard islamique, que le gouvernement turc, confronté à une étudiante qui revendiquait sa liberté de porter le foulard à l'université³, le posera en ces termes : « Le devoir religieux et la liberté sont difficilement conciliables : la première notion appelle, de par sa nature, une soumission de la personne à des règles divines et immuables, alors que la liberté présuppose qu'un maximum de facultés et de choix soient laissés aux individus. »

Ce débat entre vérité révélée et vérité argumentée, j'en ai personnellement éprouvé toute la difficulté en Iran lors d'une conférence où je présentais la CESDH et l'harmonisation résultant de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Transposant mon propos à l'échelle mondiale, un religieux iranien m'avait interpellé sur les présupposés métaphysiques, préalables selon lui à toute harmonisation. Il savait la voie sans issue tant le postulat d'une vérité révélée qui commande la vie sociale et politique semble incompatible avec une approche laïque et argumentée des droits de l'homme. Du moins mon interlocuteur avait-il le

1. J. Baubérot, *Laïcité 1905-2005*, *op. cit.*, p. 268.

2. F. Ost, *Antigone voilée*, Larcier, 2004.

3. Affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, CEDH, 29 juin 2004, § 92.

mérite d'ouvrir un dialogue. De même, le Traité constitutionnel européen incite l'Union à reconnaître l'identité et la contribution spécifique des Églises et organisations non confessionnelles et à maintenir avec elles « un dialogue ouvert, transparent et régulier » (art. I-52 § 3).

Le problème est que le dialogue ne suffit pas. Il peut préparer le rapprochement, mais il ne le construit pas, et il laisse sans réponse la question des limites au pluralisme. Dans l'affaire turque, la requérante avait d'ailleurs très astucieusement plaqué que les tensions sont les conséquences inévitables du pluralisme et que « le rôle des autorités ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (§ 88).

Toutefois, la Cour n'a voulu répondre sur ce point ni au gouvernement turc ni à la requérante, se limitant à examiner la réglementation du port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement, au risque en effet de « réduire la réalité à l'actualité » (sous réserve de la décision de la Grande Chambre). Pour conclure à la non-violation de la CESDH, elle invoque une fois de plus, au nom de la diversité européenne, la marge nationale, appelant l'attention sur les difficultés de mise en œuvre.

Difficultés de mise en œuvre

Bien comprise, la notion de marge nationale est sans doute le meilleur moyen d'éviter la simple juxtaposition des différences et de permettre, par ajustements et réajustements, un rapprochement des pratiques, leur « mise en compatibilité » progressive. Citant le préambule de la CESDH (qui donne pour objectif au Conseil de l'Europe la sauvegarde « et le

développement » des droits de l'homme), la Cour européenne des droits de l'homme admet en effet le caractère évolutif de ces droits et se réserve d'élever progressivement le seuil de compatibilité (donc de diminuer la marge au fil du temps). Mais cette variabilité suscite la crainte que la subjectivité du juge¹ ne l'emporte sur l'objectivité affichée, remettant en cause la prévisibilité de la décision, donc la validité formelle du système.

Aussi faut-il préciser le mode d'emploi. On sait que l'ampleur de la marge peut évoluer, pour reprendre les termes mêmes de la Cour, selon trois séries de critères dont la combinaison semble aléatoire tant ils diffèrent : d'une part, « les circonstances, les demandes et le contexte » ; d'autre part, le but légitime invoqué par l'État en faveur d'une limitation des droits (protection de l'ordre, de la morale ou des droits d'autrui) ; enfin, un critère de droit comparé (convergence ou divergence des droits nationaux).

Appliquée à la diversité morale et religieuse, la méthode ne permet donc pas de percevoir clairement ce qui détermine l'ampleur de la marge. Tantôt la Cour, privilégiant le premier critère, affirme la nécessité d'un réexamen périodique des pratiques nationales « eu égard notamment à l'évolution de la science et de la société » (affaire concernant l'homosexualité)² ; tantôt elle juge que les buts

1. O. de Schutter, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, un essai de démolition », *Revue de droit international des sciences diplomatiques et politiques*, Genève, 1992, p. 83 ; comp. W.J. Ganshof van der Meersch, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la CESDH », in *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 201 sq.

2. Arrêt *Dudgeon c. RU*, 22 oct. 1981. Voir M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, p. 491 sq.

légitimes invoqués par les États à l'appui des mesures restrictives (sécurité nationale, protection de la justice, santé, morale, religion, bien-être économique, etc.) sont eux-mêmes déterminants : « Le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 § 2¹. » Ainsi, la marge serait plus étroite quand il s'agit de protéger l'autorité du pouvoir judiciaire (condamnation du Royaume-Uni pour *contempt of court*) et plus large quand d'autres buts sont invoqués, comme la protection de la morale ou de la religion (voir l'ampleur de la marge dans les affaires précitées concernant le blasphème et le port du voile).

Enfin, dans l'affaire *Leyla Sahin*, le critère décisif semble avoir été celui de la diversité des pratiques nationales : affirmant que « les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui et à l'ordre public » (§ 102), la Cour en déduit qu'une marge d'appréciation doit être reconnue aux États. Même si l'étude comparative se limite à un rapide survol (§ 53-57), qui peut sembler insuffisant face à la réalité des pratiques², la Cour s'en contente pour placer le débat dans le contexte de la Turquie, c'est-à-dire dans un pays « où existent des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société tout entière leurs symboles religieux et leurs conceptions de la société » (§ 109).

1. Arrêt *Sunday Times c. RU*, 26 avr. 1979.

2. Pour une analyse comparée beaucoup plus précise et argumentée, voir E. Bribosia, I. Rottive, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *RTDH*, 2004, p. 951 sq.

Dans ce contexte d'affrontements politiques et religieux, la Cour avait précédemment jugé que l'interdiction du parti musulman *Refah Partisi* ne violait pas le droit à la liberté d'association¹. Dans l'affaire du foulard, elle rappelle les efforts des autorités compétentes pour enseigner et appliquer les valeurs de pluralisme et de respect des droits d'autrui, en particulier d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, et conclut : « On peut comprendre que les autorités compétentes considèrent comme contraire à ces valeurs d'accepter le port d'insignes religieux, y compris que les étudiantes se voilent la tête d'un foulard islamique dans les locaux universitaires. »

On peut comprendre aussi les juges européens sur la question de fond. Mais ce qui affaiblit leur démonstration, c'est la méthode, car la Cour passe d'un critère à l'autre sans expliquer pourquoi, comme s'il s'agissait de légitimer *a posteriori* sa décision. Ainsi, dans le cas des poursuites pénales pour délit d'homosexualité entre adultes², bien qu'il s'agisse de morale, et malgré les divergences juridiques d'un pays à l'autre, la Cour a fini par reconnaître que l'évolution sociale devait conduire à la dépénalisation, la marge nationale étant alors tellement restreinte qu'elle fut qualifiée de « marge nationale éteinte³ ». De même lorsque la Cour condamna le Royaume-Uni au nom du droit au respect de la vie privée et du droit à la dignité pour n'avoir pas autorisé le

1. Affaire *Refah Partisi c. Turquie*, CEDH, Grande Chambre, 13 fév. 2003.

2. Arrêt *Dudgeon c. RU*, 22 oct. 1981. Voir aussi les arrêts *Norris c. Irlande*, 26 oct. 1988, et *Modinos c. Malte*, 22 avr. 1993.

3. C. Picheral, A.-D. Olinga, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la CEDH », *RTDH*, 1995, p. 567 sq.

mariage d'un transsexuel¹. Ce revirement², malgré les incertitudes scientifiques et l'absence de consensus européen, aboutit à renoncer aux critères précédemment énoncés et à supprimer la marge au nom d'une situation de détresse que les juges estiment insupportable (« qui ne peut plus durer »). En revanche, les trois arrêts sur le foulard islamique reconnaissent une marge très large qui leur permet de conclure à la non-violation³. De tels rapprochements révèlent des disparités inexplicables, et inexplicables, le pluralisme juridique dépendant alors d'un pluralisme social, affirmé plus que démontré, dont les variations sont bien difficiles à prévoir.

Il ne s'ensuit pas qu'il faille disqualifier la marge nationale, mais plutôt en rationaliser l'usage en précisant les conditions qui permettront, grâce à elle, une mise en ordre du pluralisme autour de principes directeurs communs.

Conditions de mise en ordre : des codes aux principes directeurs

Il reste à comprendre comment le flou des principes directeurs, opposé à la précision des codes, peut accompagner une mise en ordre du pluralisme. C'est-à-dire permettre

1. Affaires *I. et Goodwin c. RU*, 11 juillet 2002. Comp. *Jersild c. Danemark*, 23 sept. 1994.

2. L. Burgogue-Larsen, « De l'art de changer de cap », *Mélanges Cohen-Jonathan*, *op. cit.*, p. 335 sq.

3. Voir aussi, dans un tout autre domaine, celui de l'accouchement sous X (admis au nom de la marge nationale), *Odièvre c. France*, CEDH, 13 février 2003, *JCP*, 2003, II, 10 049, note critique A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre; comp. Ph. Malaurie approuvant la décision comme « apaisante », *JCP*, 2003, I, 120.

de dépasser la contradiction qui semble inhérente aux deux expressions : le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, alors que l'idée de mise en ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Si l'on prend à la lettre le mot « ordre » (en latin, *ordo* signifie la ligne, le rang), il s'agirait de « faire rentrer le pluralisme dans le rang, d'aligner les éléments qui le composent ». Or l'objectif d'une harmonisation pluraliste serait, tout au contraire, de le respecter tout en en permettant l'expression harmonieuse : « Il s'agit de composer une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible¹. »

En d'autres termes, l'*harmonisation* (le processus) ne pourra garantir l'*harmonie* des formes juridiques qui prennent naissance en elle (le résultat) qu'à travers une mise en ordre, institutionnelle mais aussi formelle.

Mise en ordre institutionnelle

L'application de principes directeurs flous, plus encore que celle de règles précises à vocation unificatrice, suppose l'institution d'un cadre explicite et de contrôles indépendants.

Que les principes directeurs prennent leur source dans une directive, un règlement, une décision-cadre, une loi modèle, une convention internationale ou un ensemble *sui generis*, la marge nationale gagnerait à être explicitée. Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, François Tulkens a en effet montré comment, pendant la période la

1. M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *op. cit.*, p. 83.

plus récente, le recours à la marge nationale avait été « en expansion constante¹ » dans la jurisprudence de la Cour, bien au-delà de ses « terrains d'action naturels » que sont les articles 8 à 11 et l'article 1 du protocole n° 1. Une telle expansion remet en cause le fondement, lié à la notion d'ordre public, qui sous-tend la limitation de la marge aux seules mesures restrictives et dérogatoires et tend vers un système « atomique » ou solaire² qui combinerait plusieurs degrés de protection³, au risque de transformer la notion de marge, d'abord comprise comme un instrument juridique destiné à préserver la diversité nationale, en un instrument politique exprimant le pouvoir respectif des États face aux juges européens.

Mais il ne suffira pas d'explicitier le cadre juridique. Encore faut-il assurer un contrôle indépendant et impartial de l'ampleur de cette marge, dont on a vu qu'elle dépend simultanément de plusieurs acteurs : d'abord du premier « émetteur » de la norme, législateur au sens large, ensuite des « récepteurs » chargés de transposer le droit international en droit interne. Il s'agit soit du législateur national, à la fois récepteur de la norme internationale et émetteur de la norme interne ; soit du juge national, qui devient, en cas d'applicabilité directe, le récepteur de la norme internationale³ ; soit de l'un puis de l'autre, le législateur intégrant le

1. F. Tulkens, « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », séminaire Collège de France, 13 juin 2005, *RSC*, 2006, 1, à paraître.

2. H.C. Yourow, « Findings and Conclusions », *The Margin of Appreciation Doctrine*, op. cit., p. 185 sq. (et « "atomic" or "solar" system », schéma, p. 190) ; voir également *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 126 sq.

3. Pour deux exemples d'applicabilité directe de la CESDH : en France, la décision précitée du Conseil constitutionnel à propos du traité

principe en droit interne et le juge national l'appliquant et devenant ainsi le second récepteur.

À chaque étape, et dans chaque cas de figure, il peut y avoir dénaturation du processus d'harmonisation, et finalement désordre juridique, car une marge excessive aboutit à la fragmentation du droit international, tandis qu'une marge trop étroite peut entraîner la déstabilisation de l'ordre juridique interne.

Chaque étape appellerait donc un différent type de contrôle : afin d'éviter que le premier émetteur n'abuse de son rôle pour imposer, au lieu d'un principe directeur, une règle trop précise qui exclut toute marge et transforme l'harmonisation en unification forcée¹, un recours devrait être ouvert aux États, comme le prévoit le Traité constitutionnel (recours des parlements nationaux sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité). Mais, afin d'éviter que les récepteurs successifs ne procèdent à la renationalisation du principe international, un autre contrôle devrait être exercé par un juge international (CEDH, CJCE, ORD) ou à défaut par un groupe de suivi (Comité ou Conseil des droits de l'homme ONU, groupe de suivi OCDE).

Et, même quand il est institué, le contrôle ne suffit pas. L'exemple de la diversité morale et religieuse a permis de mesurer la complexité de l'armature logique, et notamment du mode de combinaison des divers critères qui commandent la décision.

constitutionnel européen (CC, 19 nov. 2004), et, au Royaume-Uni, la décision de la Chambre des lords sur la loi antiterrorisme de 2001 (HL, 2 déc. 2004).

1. Voir les exemples cités in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative*, op. cit.

Mise en ordre logique

Évitons de confondre logique et rigidité, ou encore cohérence et cohésion. Marie-Laure Mathieu-Izorche¹ a démontré que la cohérence était nécessaire mais pas suffisante : « La cohérence du système complexe représenté par la jurisprudence européenne ne servirait à rien si elle n'était pas étayée par la cohésion de ses destinataires, les États ; or, pour reprendre la métaphore de la maison, il est clair que même si l'édifice a été construit de manière cohérente, il risque de voler en éclats au premier mouvement de terrain si on n'a pas prévu un peu de jeu, de souplesse. » D'où ce constat essentiel : « Il faut de la *logique* pour la cohérence, mais du *flou* pour la cohésion, la souplesse, le respect de la diversité². »

Si la marge nationale d'appréciation est ainsi conçue comme une marge de manœuvre plutôt que comme une marge d'erreur, elle n'en est pas moins aussi une marge d'incertitude qui implique un certain transfert de pouvoir à l'organe de contrôle. La décision du juge, même si elle s'exprime alors non pas en termes de conformité/non-conformité, mais en termes de compatibilité/incompatibilité, sera nécessairement binaire. En revanche, le raisonnement pour y parvenir relève d'une logique non binaire, logique de gradation ou logique floue (*fuzzy logic*), qui suppose la proximité, et non l'identité, des pratiques nationales par rapport au principe de référence. Comme

nous l'avons souligné à plusieurs reprises, la notion de marge n'est nullement inconciliable avec l'exigence logique, mais elle exclut la disjonction (vrai/faux ou légal/illégal) propre au raisonnement binaire : en logique floue, la vérité d'une proposition est susceptible de degrés entre zéro et un.

Le juge joue ainsi en quelque sorte le rôle d'un rhéostat qui fait varier l'intensité normative en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables. La Cour européenne des droits de l'homme, pour reprendre l'exemple le plus explicite, fonctionne alors comme un variateur, ou un ajusteur, qui contribue à la stabilité de la structure en dépôt, ou peut-être en raison, de sa complexité. Mais, pour que la complexité contribue à cette stabilité propre au processus d'harmonisation, par ajustements et réajustements, il faut que les juges internationaux respectent deux conditions de méthode : la transparence, qui exige d'eux l'élaboration de critères qui serviront de filtres, et la rigueur, qui suppose que les juges s'astreignent, par une sorte d'autolimitation, au respect de ces filtres.

L'élaboration des critères n'est pas donnée d'avance, car l'harmonisation ne peut venir d'en haut. Elle se trouve nécessairement à l'intersection de « deux plans de friction » : entre les États et entre les autorités étatiques et le juge européen. Il faut donc « prendre conscience de cette chance que représente la marge et la saisir ; il faut comprendre que ce qui est prétendument marginal est en réalité transversal ; tous les acteurs bénéficient de cette marge de liberté que confère l'incertitude : les États bien sûr, qui y trouvent de quoi exercer leur pouvoir, le juge aussi qui se

1. M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », séminaire Collège de France, 13 juin 2005, *RSC*, 2006, 1, à paraître.

2. *Ibid.*

trouve en position de faire évoluer la règle du monde, tout en laissant les joueurs contribuer à sa perfection »¹.

Il n'est donc pas étonnant, dans cette vision du droit qui n'est ni marginale ni pyramidale, mais transversale, que la question des critères qui commandent la variabilité de la marge nationale, donc la décision finale, soient aussi difficiles à établir. Un système ouvert, construit en interaction avec son environnement, peut être plus durable qu'un système fermé, mais il demande davantage d'énergie pour se maintenir. Les trois critères invoqués par la Cour et rappelés ci-dessus sont donc éclairés par de nombreux « facteurs pertinents ». La juge Tulkens en a identifié huit, qui permettent notamment de préciser le critère très vague des circonstances et du contexte en introduisant la « gravité de la limitation querrellée », le « degré de complexité de la question posée à la Cour » ou encore, de plus en plus souvent invoquée à mesure que le Conseil de l'Europe s'ouvre à l'Est, l'éventuelle « situation de crise existant dans l'État défendeur ». L'hétérogénéité d'une telle liste et la complexité d'une telle méthode pouvant – soulignait-elle – rendre l'usage de la marge « opaque, arbitraire et imprévisible »².

Le problème est qu'il ne suffit pas d'établir une liste de critères : encore faut-il, une fois qu'ils ont été établis, les respecter. Lorsque les juges renoncent à appliquer la combinaison minutieuse des critères qu'ils ont eux-mêmes élaborés, comme on l'a vu, par exemple, à propos des

variations de la marge nationale en matière de diversité morale et religieuse, ils dévalorisent le système extrêmement fin qu'ils avaient défini, au risque de réduire la prévisibilité de leur jurisprudence, donc d'affaiblir la validité formelle de l'ensemble.

Transparence et rigueur, motivation et autolimitation, telles seraient les consignes à donner aux juges pour appliquer pleinement la formule « Unis dans la diversité », reprise *in fine* dans le Traité constitutionnel comme la devise de l'Union (art. I-8). Et la formule ne devrait pas se limiter à l'Europe. La méthode est fort exigeante, mais il n'y en a pas d'autre, pour préserver un pluralisme ordonné, que ce jeu subtil de principes directeurs, communs mais appliqués de façon différenciée. S'engager avec détermination, mais aussi avec rigueur, dans cette voie serait une façon de démontrer que l'union des peuples, y compris dans d'autres régions et à d'autres échelles, n'est pas nécessairement synonyme d'uniformité et que l'universalisme des valeurs peut s'adapter aux courbures de l'espace et du temps.

Mais il reste quelque chose d'inachevé dans cette harmonisation conçue comme un processus de rapprochement de systèmes juridiques qui restent différents. À relire le préambule du Traité constitutionnel, qui appelle des peuples « unis d'une manière de plus en plus étroite » à « forger leur destin commun », on peut y voir la suggestion en arrière-plan, sans le dire ouvertement, du processus plus ambitieux de l'unification.

1. *Ibid.*

2. F. Tulkens, « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *op. cit.*

CHAPITRE III

Unification par hybridation

L'unification serait-elle la voie royale de l'internationalisation du droit ? Alors que les entrecroisements normatifs et judiciaires ne sont qu'une entrée en matière, une mise en relation sans intégration, et alors que l'harmonisation a révélé la complexité et les imperfections d'une mise en compatibilité parfois synonyme d'arbitraire, l'unification serait le seul processus d'intégration parfaite.

« Parfaite » d'un point de vue formel, car, en ignorant la notion de marge nationale, et en excluant les différences, elle permettrait de se représenter l'ordre juridique, régional ou même mondial, sur le modèle hiérarchique et cohérent des ordres nationaux traditionnels. En revanche, cette perfection n'est pas garantie du point de vue empirique, car l'unification implique de telles difficultés de mise en œuvre qu'elle risque d'être largement ineffective ; et moins encore d'un point de vue axiologique, car sa légitimité, même à une échelle restreinte à l'Europe, est fortement contestée, l'unification apparaissant comme la négation de tout pluralisme. Il est vrai que le Traité constitutionnel européen les associe, mais sans dire comment « l'union toujours plus étroite » qu'il annonce se conjuguerait avec le respect de la diversité et du pluralisme qu'il est également supposé garantir. A

fortiori à l'échelle planétaire, où l'unification paraît rejetée de façon presque unanime. On ne la voit plus désormais comme une utopie lointaine et irréelle, mais comme un cauchemar dont on craint au contraire qu'il ne se réalise sur le modèle imaginé par Kant d'une tyrannie mondiale. La crainte est d'autant plus vive que les temps ont changé depuis l'époque des Lumières et que tout donne à penser qu'un droit unique serait déjà en marche, bien au-delà du cadre régional, dans des domaines aussi variés que la justice pénale internationale ou le droit des contrats internationaux.

Encore faut-il éviter de confondre l'unique et l'hégémonique. Car le processus est suffisamment engagé pour que l'on puisse commencer à distinguer, derrière la perfection formelle apparente de l'unification, plusieurs modes d'engendrement des normes dont la signification est nettement différente en termes de pluralisme. D'une part, on peut observer, tout particulièrement en droit des affaires mais aussi dans d'autres domaines, comme le domaine culturel, une unification par *transplantation* unilatérale d'un système à l'autre ; ce qui signifierait, si le phénomène devait se généraliser, non seulement un risque de domination hégémonique d'un système sur les autres, mais encore la perte de toute diversité, l'effacement de l'histoire, l'oubli de l'inventivité des peuples. En revanche, l'unification par *hybridation*, que tente actuellement, avec plus ou moins de bonheur, la justice européenne ou encore, à l'échelle mondiale, la justice pénale internationale, a pour caractéristique d'innover en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique du monde. Elle pourrait, en ce sens, être qualifiée de pluraliste.

Mais les transplants sont souvent rejetés et les hybrides parfois stériles, aussi les deux métaphores incitent-elles à la

prudence. Seul le processus d'hybridation serait conforme à l'hypothèse d'un pluralisme ordonné, mais il implique des conditions d'élaboration et de contrôle qui sont rarement réunies, comme l'ont prouvé, à propos du statut de la Cour pénale internationale, les difficultés à définir dans la convention de Rome une procédure pénale unifiée. Cet exemple d'unification par hybridation entre procédure accusatoire et inquisitoire permettra néanmoins de dégager les conditions dans lesquelles l'hybridation peut contribuer à ordonner le pluralisme.

Dualité des processus d'unification

La dualité n'est pas toujours visible, car le langage et les pratiques mêlent l'unification par transplantation unilatérale, qui relève le plus souvent d'une compétition pour dominer le marché des droits, et une véritable hybridation, qui supposerait une interaction suffisamment réciproque pour être pluraliste.

Transplantation

Le terme est familier aux comparatistes, qui ont depuis longtemps souligné les imperfections liées aux difficultés linguistiques et aux résistances sociales auxquelles se heurte toute tentative de transplantation¹. Mais il trouve

1. Le thème se retrouve, à une centaine d'années d'intervalle, du congrès de Paris sur *Les Méthodes du droit comparé*, SLIC, 1900, à celui de Bruxelles, M. van Hoecke (dir.), *Methodology and Epistemology of Comparative Law*, Hart, 2004.

une nouvelle actualité du fait de l'ouverture des frontières, liée à la fois à la libéralisation des échanges économiques, qui favorisent les stratégies transfrontières des acteurs économiques, et au développement des nouvelles technologies comme l'Internet, qui entraînent la disparition de toute frontière. Comme nous avons eu l'occasion de le constater précédemment, la globalisation contribue ainsi à la compétition entre systèmes juridiques. S'il est vrai que cette compétition peut conduire à une coordination spontanée, par échanges croisés, elle se traduit aussi le plus souvent par des transplantations, tantôt imposées par contrainte, tantôt acceptées, voire recherchées, au profit d'un système réputé plus prestigieux.

C'est d'abord la contrainte qui fonde les formes d'occidentalisation du droit qui ont marqué tout le ^{XX}^e siècle, soulignant le lien entre transplantation juridique et domination économique et/ou militaire. Les exemples ne manquent pas pour illustrer l'acculturation juridique liée, directement ou indirectement, à la colonisation¹. De façon plus ambiguë, on peut aussi évoquer la pression des puissances occidentales, et tout d'abord européennes, en faveur de l'occidentalisation du droit chinois au début du ^{XX}^e siècle. Processus plus ambigu, en effet, dès lors qu'il était à la fois imposé par ces puissances, comme condition de l'abandon du privilège de juridiction dans les concessions, et voulu par le courant réformateur chinois, comme facteur de la modernisation du droit².

1. N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, 1991 ; P. Dima Ehongo, « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale et mondiale », *op. cit.*, p. 185 sq. (les pièges d'un droit uniforme hégémonique dans le traité OHADA).

2. Voir *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, *op. cit.*

Mais la globalisation a désormais exacerbé les phénomènes de compétition juridique au sein même du monde occidental, opposant les modèles romano-germaniques aux modèles de *common law* et évoquant l'idée d'une compétition entre les deux principales zones d'influence, malgré l'hétérogénéité de chaque modèle. Limitée à cette opposition binaire, cette présentation qui semble considérer le reste du monde comme une *terra incognita*, est juridiquement et politiquement contestable. Si la carte en cinq couleurs réalisée par l'université d'Ottawa ajoute aux deux grandes familles occidentales les trois groupes des droits coutumiers, systèmes mixtes et droits musulmans¹, en revanche l'inventaire établi en 2000 par la CIA réduit la diversité du monde à une carte en trois couleurs où figurent les deux grandes familles occidentales (*common law* et famille romano-germanique), tous les autres systèmes (y compris la Chine, qui se trouve ainsi associée aux pays d'islam), étant représentés comme une zone blanche, qui semble regrouper les territoires à annexer par les marchands de droit, nourrissant la crainte d'une conquête de la *common law* ou même d'une « américanisation du droit² ». Plus récemment, le rapport de la Banque mondiale *Pratique des affaires (Doing Business)* – qui se consacre en 2004 à « comprendre la réglementation » et en 2005 à « éliminer les obstacles à la croissance » – semble favoriser la transplantation des systèmes de *common law*, au risque de confondre l'efficacité des relations économiques et leur

1. Voir Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001, p. 147.

2. Voir M. Guénaire, « La *common law* ou l'avenir d'une justice sans code », *Le Débat*, Gallimard, 2001, p. 51 ; *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, 34, Dalloz, 2001.

légitimité. Pour démontrer la supériorité des « bonnes lois », les auteurs du rapport privilégient les critères quantifiables et valorisent le droit positif formel au détriment de la réception sociale¹. En outre, les théories du choix rationnel qui inspirent le rapport reposent sur le postulat d'un législateur national autonome et maître du jeu, ignorant la complexité des interactions, normatives et juridictionnelles, qui résultent des lois extraterritoriales, des normes régionales ou encore des conflits potentiels entre normes à vocation mondiale (ONU, OMC, OIT²).

Il n'en reste pas moins un réel « prestige du modèle américain³ », que l'on peut sans doute attribuer à des facteurs multiples⁴, et fort hétérogènes, parmi lesquels se mêlent des phénomènes de domination, économique, militaire, mais également linguistique, et des pratiques d'ouverture au monde marquées par la disponibilité des experts, la politique d'encouragement aux échanges universitaires et l'omniprésence des avocats, acheteurs et marchands de droit⁵. S'ajoute peut-être une conception du droit mieux

1. Voir C. Jamin, « D'autres fondamentaux systémiques », in G. Canivet, M.-A. Frison Roche (dir.), *La Mesure de l'efficacité économique du droit*, LGDI, 2005.

2. Voir M.-A. Moreau, « L'internationalisation de l'emploi et le débat sur les délocalisations en France : perspectives juridiques », in P. Auer, G. Besse, D. Méda (dir.), *Délocalisations, Normes du travail et Politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, La Découverte, 2005, p. 207-235 ; voir également *Une mondialisation plus juste. Le rôle de l'OIT* (rapport du directeur général de l'OIT), OIT, 2004.

3. H. Muir Watt, « Propos liminaires sur le prestige du droit américain », in *L'Américanisation du droit*, op. cit., p. 29-36.

4. E. Allan Farnsworth, « L'américanisation du droit – mythes et réalités », identifie sept avantages au profit du droit américain, *ibid.*, p. 21-28.

5. Voir *L'influence internationale du droit français*, op. cit., p. 43-48 ; Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique*

adaptée, par sa souplesse évolutive, aux questions nouvelles : nous avons pu constater le rôle moteur du droit américain à propos de questions aussi variées que l'Internet ou les biotechnologies¹ – voire les changements climatiques, car, bien que les États-Unis n'aient pas ratifié le protocole de Kyoto, c'est le droit américain qui a inventé le système des permis pour les émissions de gaz à effet de serre². Enfin, la difficulté d'accès à un système juridique fédéral particulièrement complexe serait compensée par la pratique américaine des *restatements of the law*, véritables « ré-exposés », établis par l'American Law Institute, qui contribuent à la compréhension, voire à l'évolution, du droit américain.

Qu'il s'agisse de prestige ou de contrainte, ou, plus probablement, d'un mélange des deux, le principal défaut de la transplantation tient au caractère unilatéral d'un mode d'intégration juridique qui se limite à transporter un concept, une institution, voire un système « clef en main », d'un pays à l'autre, sans réciprocité, au nom d'une efficacité à courte vue qui n'intègre pas les droits fondamentaux définis par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Profondément marqué par une vision étatique, voire souverainiste, des systèmes de droit, un tel processus favorise une stratégie de marketing, dont la modernité apparente cache mal l'archaïsme sous-jacent, car ni le marketing ni la transplantation ne permettent de

international par les multinationales du droit, Fayard, 1992 ; Y. Dezalay, Bryant G. Garth, *La Mondialisation des guerres de palais*, Seuil, 2002.

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 333, 346.

2. *Ibid.*, p. 388, 404.

prendre en compte les processus d'intégration pluraliste qui se développent à l'échelle régionale ou mondiale¹.

Il est significatif que les deux cartes juridiques du monde, comme les rapports précités de la Banque mondiale, établis pourtant au début du XXI^e siècle, survalorisent la division occidentale (*common law*, famille romano-germanique), au point de considérer comme négligeable l'apparition d'ensembles régionaux développant, par fécondation croisée (*cross fertilization*), d'autres processus d'unification. Il est d'autant plus nécessaire de distinguer la transplantation unilatérale de l'hybridation, qui implique la réciprocité de l'échange.

Hybridation

La difficulté, qui explique sans doute en partie la confusion, est que toute norme négociée de façon multilatérale n'implique pas la réciprocité qui caractériserait l'hybridation. Autrement dit, la transplantation peut aussi prendre des formes indirectes et la domination se développer à travers le droit international, régional ou mondial, lorsque le système dominant réussit à influencer les négociations.

Comme on l'a souligné à plusieurs reprises déjà, la langue de travail joue nécessairement un rôle sinon déterminant, du moins important, car elle conditionne les concepts : traduire « État de droit » par *rule of law* implique un glissement vers un système moins formaliste et plus procédural, qui n'exclut d'ailleurs pas d'autres glissements, par exemple en droit chinois, où il existe deux façons de

transcrire le terme *fa zhi*, selon que l'accent est mis sur la fonction instrumentale du droit par rapport à l'État, ou sur l'idée d'un État soumis au droit¹.

Mais, par-delà les problèmes de traduction, le processus même d'élaboration de la norme internationale commande l'analyse en termes d'unification plus ou moins pluraliste. Une partie des critiques exprimées par des juristes français à propos de principes communs, européens ou mondiaux, semble refléter cette méfiance quant au caractère unilatéral du processus d'unification. Ainsi l'échec des « Principes européens du droit des trusts » (1999) a été attribué à la crainte persistante « d'un certain unilatéralisme dans des principes visant à une uniformisation de la notion de trust et qui ne sont peut-être pas assez adaptés aux problématiques "civilistes" »². De même est-il significatif que le débat de la doctrine française oppose à propos du droit européen des contrats deux visions totalement différentes : les partisans de l'intégration évoquent un processus conçu comme une hybridation ou un métissage juridique, « source d'enrichissement et non d'appauvrissement »³ ; alors que les adversaires reprochent aux auteurs de la proposition de sacrifier la diversité linguistique, de ne pas représenter les

1. *Id.*, « La construction d'un État de droit en Chine, avancées et résistances », *D.*, 2002, p. 2484 ; sur les problèmes de la pluralité des langues officielles, voir aussi E. Fronza, E. Malarino, C. Sotis, « Principe de précision et justice pénale internationale », *op. cit.*

2. D. Le Grand de Bellerocche, « L'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale », in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative*, *op. cit.*, p. 139-178.

3. J.-B. Racine, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification », *Rev. du droit de l'UE*, 2, 2003, p. 403.

1. M. Delmas-Marty, « Marketing juridique ou pluralisme ordonné », *Le Débat*, Gallimard, 2001, p. 57 sq.

différentes cultures de façon équitable et de ne pas respecter les contraintes socioculturelles propres à chaque État¹.

Il est vrai que la stratégie allemande, moins frileuse que la nôtre, consiste à intégrer la norme internationale en droit interne, ce qui permet ensuite de proposer le droit allemand comme modèle d'intégration. On peut citer en ce sens la réforme de 2001, qui incorpore au code civil allemand non seulement la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les principes Unidroit, mais encore les principes du droit européen des contrats²; ou encore l'adoption en 2002 d'un code étrangement nommé « code pénal international allemand », qui a été ouvertement conçu comme un modèle d'intégration du statut de la CPI³. Il est vrai que, si la méthode semble dans un premier temps favoriser l'hybridation, elle peut conduire à une certaine renationalisation. Ainsi, la transposition du statut de Rome se traduit par une forte intégration des conceptions dogmatiques allemandes, par exemple sur le principe de culpabilité ou celui de légalité, la diffusion du modèle d'intégration allemand pouvant indirectement contribuer à une certaine domination unilatérale.

Après tout, il n'est sans doute pas illégitime que les pays

1. Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du code civil européen », *D.*, 2002, p. 2202.

2. Cl. Witz, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.*, 2002, p. 3156 ; L. Vogel, « Recodification civile et renouvellement des sources internes », in 1804-2004. *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 165.

3. G. Werle, S. Manacorda, « L'adaptation des systèmes pénaux au statut de Rome : le paradigme du *Völkerstrafgesetzbuch* », *RSC*, 2004, p. 501 ; G. Werle, F. Jessberger, « International Criminal Justice Is Coming Home : the New German Code of Crimes against International Law », *Criminal Law Forum*, Kluwer, 2002, n° 13.

qui ont fait un premier effort pour intégrer la norme internationale, donc qui ont accepté une certaine réciprocité impliquant une modification du droit national, contribuent ensuite de façon active au processus d'hybridation¹. Dans une telle perspective, le rapport du Conseil d'État sur *L'Influence internationale du droit français* souligne d'ailleurs « l'insuffisante capacité d'exportation des solutions françaises », faisant valoir, par exemple, que, si la France avait adapté en temps utile le trust au système français, la fiduciairie aurait pu servir d'exemple à l'étranger². Dans le même esprit, lors des travaux de la Commission Justice pénale et droits de l'homme sur la réforme du code de procédure pénale français, nous avons considéré qu'il fallait anticiper sur l'europanisation de la procédure pénale et contribuer, par une réforme intégrant les avancées du droit européen, à esquisser les grandes lignes d'un futur modèle de procédure pénale commun³. À défaut d'avoir osé cette réforme, la France finira par adopter, sans l'avoir vraiment adapté, une sorte de « plaider-coupable » dont la Cour de cassation montre les effets pervers en droit français, limitant du même coup l'impact de la réforme⁴.

1. Un autre exemple est celui de la loi brésilienne relative à l'enfance (loi n° 8.069 du 13 juillet 1990), qui, inspirée des orientations internationales, est souvent utilisée comme exemple en Amérique latine lors des processus de réforme en la matière. Voir, à ce propos, K. Martin-Chenut, « Les politiques criminelles française et brésilienne applicables aux mineurs délinquants : l'interaction avec le droit international des droits de l'homme », thèse, université Paris I, déc. 2002.

2. Conseil d'État, *L'Influence internationale du droit français*, op. cit., p. 67.

3. *La Mise en état des affaires pénales*, La Documentation française, 1991 ; M. Delmas-Marty (dir.), *Procès pénal et Droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, PUF, 1992.

4. Voir, sur la loi du 9 mars 2005, *Crim.*, 18 avr. 2005, *D.*, 2005,

S'il est vrai que la voie reste étroite entre l'unification hégémonique (par transplantation) et l'unification pluraliste (par hybridation), il peut être utile de l'éclairer précisément par cet exemple de la procédure pénale, où le processus semble simultanément se développer à l'échelle régionale et à l'échelle mondiale.

Hybridation et procédure pénale

Pour illustrer le processus d'hybridation, je me suis longtemps inspirée des leçons de Paul Klee au Bauhaus dans les années 1930. Le peintre expliquait alors comment composer un dessin unique à partir d'un cercle et d'une droite. Illustrant d'abord de plusieurs croquis le risque de domination (la droite absorbant le cercle, ou le cercle dissolvant la droite) et celui de la superposition sans charme (une rangée de droites alternant avec une rangée de cercles), le peintre en venait ainsi à la composition-fusion, démontrée par le dessein d'un visage où se mêlent harmonieusement, comme par valorisation réciproque, les droites et les courbes.

Pour imaginative qu'elle soit, la métaphore me semble aujourd'hui trop statique. Ayant eu l'occasion de participer à l'élaboration de plusieurs hybrides de procédure pénale (la ligne droite pouvant très approximativement évoquer la

conception inquisitoire et le cercle la vision accusatoire), j'ai compris que le champ juridique ne relève pas d'un dessin – ni d'un dessein – définitivement conçu par un législateur artiste ou demiurge. Il s'agit, ici encore, d'ajustements et de réajustements, car l'élaboration de la norme hybride n'est pas immédiatement définitive. Même si la norme commune est au départ unifiée, son interprétation en droit international est évolutive et sa réception en droit interne peut ménager des marges nationales implicites (renationalisation) qui transforment le processus d'unification en harmonisation.

À deux reprises – en 1993 comme membre de la commission Truche chargée d'élaborer un projet de TPI pour le Conseil de sécurité des Nations unies, puis, entre 1996 et 1999, comme coordinatrice du projet dit *Corpus juris* pour la protection des intérêts financiers de l'UE, sur initiative de la Commission et du Parlement européens –, j'ai pu mesurer les limites d'une théorisation trop rigide. Ni le *Corpus juris*¹ ni le statut des TPI, puis de la CPI, n'ont vocation à se substituer au droit national ; ils sont destinés à entrer dans un jeu plus complexe d'interactions où l'harmonisation et les entrecroisements horizontaux ont aussi leur rôle, démontrant que l'hybridation est un processus non linéaire et que la figure qui en résulte (celle de l'hybride) n'est pas la figure parfaite dessinée par le peintre, mais une forme composite et instable.

p. 1200, note J. Pradel ; B. Pereira, *D.*, 2005, p. 2041 ; pour une critique de la loi, C. Saas, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827 *sq.* ; comp. M. Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations : the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Processes », *Harvard International Law Journal* 2004, 45, p. 1-64.

1. M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'UE*, Economica, 1997 ; M. Delmas-Marty, J. Vervaele (dir.), *La Mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres de l'UE*, Intersentia, vol. I-III, 2000, vol. IV, 2002.

Ajustements : un processus non linéaire

L'exemple européen du *Corpus juris* illustre la nécessité d'ajustements qui ne se limitent pas à un schéma linéaire conduisant de l'harmonisation à l'unification, mais se font comme par oscillation entre les deux processus. L'élaboration du projet a été précédée d'une recherche comparative¹, qui a permis d'établir une « grille de lecture », sorte de langage commun pour désigner les acteurs de la procédure de façon aussi neutre que possible : « partie poursuivante », « accusé » ou « juge ». De même pour les pouvoirs qui commandent la marche du procès, évoqués par des formules détachées du contexte national, comme « signalement », « investigation », « preuve », « accusation », « contradiction », « coercition », « disposition de la procédure », enfin « décision ».

À partir de cette grille, il était possible de dégager la grammaire proprement dite, c'est-à-dire la structure qui, dans chaque système, relie acteurs et pouvoirs : une grammaire *accusatoire* qui relie aux acteurs privés la plupart des pouvoirs, du signalement de l'infraction à la disposition de la procédure (*guilty plea* et *plea bargaining*), en passant par la recherche des preuves (au point d'exclure, sauf exception, la preuve par ouï-dire ou *hearsay*) ; et une grammaire *inquisitoire* qui favorise, de façon diamétralement opposée, les acteurs publics et en particulier l'emblématique juge d'instruction chargé de fonctions à la fois policières (investigations pour constituer à la phase préparatoire un dossier

1. Voir M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 60.

écrit transmis à la juridiction de jugement) et juridictionnelles (décidant notamment de la détention).

De telles divergences auraient exclu toute tentative d'hybridation si des ajustements n'avaient déjà conduit à une première harmonisation, tantôt imposée par la CEDH (dont les condamnations permettent au passage de vérifier que chaque modèle avait ses faiblesses), tantôt spontanée, au fil de réformes à répétition. Sur le continent, la plupart des pays ont renoncé au juge d'instruction et renforcé le rôle actif de la défense, au point d'instaurer en Italie ou au Portugal une procédure partiellement accusatoire et, même en France, un juge des libertés (loi du 15 juin 2000) et un plaider-coupable (loi précitée du 9 mars 2004) ; tandis que le Royaume-Uni a introduit des organes de poursuite publique et considérablement réduit la possibilité d'exclure la preuve indirecte (*Criminal Justice Act*, 2003, *Prevention Security Act*, 2005), comme la Cour suprême des États-Unis l'a également limitée, mais selon des modalités différentes¹.

Cette harmonisation progressive, mise en lumière par l'étude comparative, permettrait d'engager la phase d'hybridation proprement dite autour de règles unifiées concernant principalement la conduite des investigations, les droits des parties et les modalités de la preuve. Des règles tenant leur cohérence de trois principes directeurs, inspirés de la

1. *Crawford c. Washington*, 124 S.Ct 1354 (2004), *International Commentary on Evidence*, The Berkeley Electronic Press, <http://www.bepress.com/ice>. Voir aussi G. Giudicelli-Delage (dir.), H. Matsopoulou (coord.), *Les Transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*, SLC, 2005 (introduction et conclusion également publiées dans APC, 2005).

CESDH, qui caractérisent une nouvelle grammaire hybride, ni accusatoire ni inquisitoire, mais « contradictoire »¹ :

– la territorialité européenne, qui fonde la compétence attribuée sur tout le territoire européen à un procureur européen, organe de poursuite publique qui mène les investigations à charge et à décharge, emprunté au modèle inquisitoire ;

– la garantie judiciaire, confiée, lors de la phase préparatoire, non pas à un juge d'instruction, mais à un « juge des libertés » qui, n'exerçant aucun pouvoir d'investigation, joue en revanche un rôle d'arbitre entre l'accusation et la défense, notamment en ce qui concerne les mesures coercitives, dans l'esprit du modèle accusatoire ;

– enfin, précisément, le principe du débat « contradictoire », défini comme un hybride qui combine un dossier écrit évitant à la juridiction de jugement de mener toute l'enquête à l'audience (modèle inquisitoire) avec des règles excluant les preuves établies de façon unilatérale (modèle accusatoire).

Proposé dans un *Livre vert* de la Commission sur le procureur européen, et inscrit dans le Traité constitutionnel qui prévoit l'institution d'un parquet européen par un vote à l'unanimité (art. III-274 TC), le processus d'hybridation nécessiterait encore une loi européenne pour préciser les divers points abordés dans le *Corpus juris* (statut du parquet, règles de procédure, règles de preuve et voies de recours).

1. Noter aussi l'expression de « *participatory model* » proposée par J.D. Jackson, « The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment? », *The Modern Law Review*, 2005, 68 (5), p. 737-764.

Mais il est déjà clair que toute la procédure ne sera pas unifiée. La compétence du parquet européen, avant de s'étendre à la criminalité transnationale, serait d'abord limitée par le Traité à la PIF (la Protection des intérêts financiers de l'UE, qui sont supranationaux par nature). Et l'unification concernerait seulement la phase préparatoire du procès, le parquet européen exerçant ensuite ses fonctions auprès des juridictions de jugement nationales. L'articulation entre institutions nationales et européennes est d'ailleurs renvoyée à la future loi européenne, qui devra sans doute envisager aussi une harmonisation minimale des règles nationales. Enfin, le processus ne devrait pas s'arrêter au stade législatif, appelant sans doute des réajustements, comme on peut le voir avec l'autre exemple de procédure hybride, celui de la justice pénale mondiale.

Réajustements : une figure instable

La justice pénale internationale a une bonne longueur d'avance sur la justice pénale européenne. Les tribunaux *ad hoc* (TPIY et TPIR) ont été institués il y a plus de dix ans¹ et ont adopté de multiples modifications du règlement de procédure et de preuve (plus d'une vingtaine). Critiquées au nom d'une stricte séparation des pouvoirs qui devrait interdire au juge de modifier les règles de procédure à mesure que les difficultés apparaissent, ces réformes ont pourtant largement contribué à la mise au point d'une figure hybride qui inspire en partie le statut de la CPI. Comme si

1. Symposium « The ICTY 10 Years on : The View from Inside », *JICJ*, 2 (2004), p. 353-599.

l'instabilité du premier dispositif avait permis les réajustements nécessaires au second.

Dès le début, la notion d'hybride fut invoquée, voire affichée par les juges des tribunaux pénaux internationaux : « La philosophie qui sous-tend la procédure pénale des TPI vise à maintenir une sorte d'équilibre entre procédure accusatoire des systèmes de *common law* et procédure inquisitoire de la tradition civiliste, tout en veillant à ce que justice soit faite¹. » Mais le risque de domination n'était pas exclu pour autant. Tirant argument de l'existence de règles, comme le plaider-coupable, directement inspirées de la *common law*, la majorité des juges avait tendance à fonder l'interprétation sur les principes de *common law* et le président Cassese² dut rappeler, mais dans une opinion dissidente restée minoritaire, que la procédure pénale internationale, produit de « la décantation progressive des règles et concepts pénaux internes dans le réceptacle international », résultait non pas d'un *corpus* de droit uniforme, mais de « la combinaison et la fusion » entre deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la *common law* et celui des pays de droit romain. Il souligna en vain qu'une « importation mécanique » de notions tirées d'un seul système de droit risquait « d'altérer ou de fausser la spécificité », tenant au contexte interétatique et à l'absence de moyens autonomes de coercition.

Au cours du temps, on observe cependant une stabilisation progressive. Ainsi diverses réformes ont-elles renforcé tout à la fois l'égalité des armes (modèle accusatoire) et le

1. Arrêt *Delalic*, TPIY, 4 févr. 1998, § 20.

2. Voir l'opinion dissidente du président Cassese dans l'affaire *Erdevovic*, TPIY, appél, 7 oct. 1997, § 3 et 4.

rôle actif du juge (modèle inquisitoire). Exemple typique de la nécessité de réajustements successifs, un juge de la mise en état fut d'abord instauré par la pratique, puis consacré par un amendement au règlement adopté en juillet 1998 (art. 65 *ter* règlement TPIY), veillant au respect des règles de recevabilité et jouant en quelque sorte « le rôle de grand jury ou *committing magistrate* en *common law*, ou de juge d'instruction dans certains systèmes juridiques civilistes¹ ». Enfin, le statut de la CPI prolonge et renforce l'institution par les TPI d'un juge de la mise en état en créant une chambre préliminaire (art. 15, 56, 57, 58).

De même, sera progressivement résolu le délicat problème du dossier, les réformes successives ayant peu à peu introduit, parmi les règles générales de preuve, la possibilité pour les juges de recevoir la déposition d'un témoin orallement ou par écrit « si l'intérêt de la justice le commande » (art. 89f) et ayant supprimé l'interdiction initiale de la preuve indirecte. Dans le même esprit, le statut de la CPI (art. 64) réaffirme que la direction du procès appartient aux juges et non aux parties (notamment, à propos des témoins, art. 64 § 6b).

Sur d'autres points, comme la participation des victimes (art. 68 § 3), le statut de la CPI va encore plus loin, admettant leur représentation par un avocat, ce qui les rapproche des « parties civiles » des systèmes romano-germaniques, même s'il ne s'agit que d'une partie jointe dont l'intervention n'impose pas l'ouverture du procès.

En revanche, la stabilisation reste inachevée en d'autres domaines, comme la négociation entre l'accusation et la

1. Arrêt *Brdanin*, 5 oct. 1999, § 13.

défense. À première vue exclue en raison de la gravité des crimes internationaux, la négociation risque de devenir nécessaire pour des raisons pratiques, mais son régime juridique reste à définir. Si le statut admet la possibilité de plaider coupable (art. 64 § 2), il la définit davantage (art. 65) selon le modèle continental de l'«aveu de culpabilité» (*confession*) que par référence au véritable modèle anglo-américain du plaider-coupable (*guilty plea*) et ne donne aucune indication sur une éventuelle négociation entre l'accusation et la défense. Constatant la confusion et la complexité (*confusing complexity*) du paysage juridique actuel et présentant les pauvres pénalistes comme des marins errant au hasard sur l'océan, sans compas, ni étoile, ni autre repère pour les guider, le comparatiste américain Mirjan Damaska¹ rappelle que, d'un modèle à l'autre, la négociation obéit à des règles différentes et apparemment inconciliables, notamment quant au rôle du juge et quant à la publicité donnée à la négociation². Il conclut à la nécessité d'innover, en raison tant du caractère hybride du statut que de la fonction pédagogique propre à la justice pénale internationale, et suggère des règles spécifiques pour éviter toute suspicion en donnant une certaine transparence à la négociation. Mais il laisse ouverte la question du rôle du juge, proposant soit une audition publique du principal témoin sur le modèle anglo-américain, soit un interrogatoire de l'accusé par le juge sur le modèle continental.

En outre, on serait tenté d'ajouter que la négociation,

1. Mirjan Damaska, «Negotiated Justice in International Courts», *JICJ*, 2 (2004), p. 1018-1039.

2. M. Langer, «From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure», *op. cit.*

seule forme d'évitement ou de simplification du procès admise en Occident, devra sans doute être élargie aux diverses formes de médiation et de réconciliation qui existent dans les autres traditions juridiques et culturelles.

Mais on découvre ainsi que l'instabilité n'est pas seulement technique. Elle affecte les bases mêmes d'une hybridation qui se limite pour l'essentiel aux droits occidentaux, au risque de réduire les autres traditions à une acculturation progressive, alors même que la CPI est désormais saisie d'affaires situées principalement en Afrique. Le procureur, qui a annoncé en juin 2004 l'ouverture d'une première enquête au Congo, tente d'ailleurs d'y remédier en posant explicitement la question de la prise en compte du relativisme culturel et des formes alternatives de justice dans la décision d'engager des poursuites¹. La question doit en effet être posée, car le concept même d'hybridation ne peut se limiter, à l'échelle mondiale, aux seuls modèles occidentaux. La notion d'intérêts de la justice, qui conditionne la décision de classement («parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice», art. 53, statut CPI), devra notamment tenir compte des diverses formes de justice alternative (négociation, médiation, réconciliation).

Enfin l'hybridation ne se réduit pas à l'élaboration des normes, elle renouvelle aussi la question de leur interprétation en cas d'imprécision ou de lacunes du droit écrit. Certes, le statut de la Cour pénale internationale prévoit, comme on l'a déjà rappelé, l'application des principes et

1. Bureau du procureur CPI, «Interpretation and Scope of "Interests of Justice" in art. 53 of the Rome Statute», Memorandum CPI, 7 mai 2004; M. Delmas-Marty, «La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal», *RSC*, 2005, p. 473-481.

règles du droit international, puis des principes généraux de droit dégagés par la Cour à partir des « différents systèmes juridiques du monde » (art. 21), mais il ne dit ni comment trancher les divergences entre les traditions nationales ni comment adapter ces principes à la nature hybride des règles. D'où la nécessité de préciser les conditions de mise en ordre que supposerait le processus d'unification pour être cohérent et rester pluraliste.

Conditions de mise en ordre

Si la « bénévolence » chère au président Canivet apparaît comme la clef d'une coordination spontanée, et la marge nationale d'appréciation celle du processus d'harmonisation, car elle permet à la fois d'admettre des différences et de limiter les écarts excessifs, la notion de grammaire commune est sans doute la clef d'une mise en ordre à la fois unifiée et pluraliste, car elle permet de définir une cohérence d'ensemble et de distinguer ainsi la transplantation de l'hybridation. Mais cette notion de grammaire est aussi révélatrice du caractère supranational des ensembles juridiques unifiés, donc des limites du processus d'unification, parce qu'elle modifie profondément le caractère des relations entre États et suscite de fortes résistances.

Une grammaire commune

Comme on a pu le vérifier avec l'exemple de la justice pénale internationale, l'une des caractéristiques d'une forme conçue par hybridation est qu'elle va se distinguer

des formes nationales en devenant progressivement autonome, et ce constat – que l'hybridation va de pair avec l'autonomisation¹ – semble se vérifier dans divers domaines, comme la procédure – pénale mais aussi civile² –, le droit des contrats ou celui des trusts³. La conséquence de cette autonomisation est que la cohérence n'est pas donnée d'avance et ne peut être simplement empruntée à un système préexistant, mais doit être construite, au-delà des règles techniques, à partir de principes directeurs, ou métaprincipes, qui, précisément, définissent une grammaire commune. Comme on l'a rappelé ci-dessus, l'élaboration du *Corpus juris* se fondait sur l'idée que, pour être viable, l'hybridation proposée devait tenir sa cohérence de principes, inspirés tant de la CESDH que du droit comparé, qui puissent guider l'interprétation à mesure que se posent des questions inévitablement nouvelles.

À l'échelle mondiale, on pourrait considérer comme tels les principes posés par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, mais on a vu plus haut (chapitre 1, « Coordination par entrecroisements ») que les juges pénaux ne se considéraient pas comme liés par ces instruments, en raison, justement, de la spécificité de la

1. J. de Hempinne, « Hybridité et autonomie du règlement de procédure et de preuve du TPIY », in M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op. cit., p. 135-156.

2. Sur la procédure civile, voir Ph. Fouchard, « Une procédure civile transnationale : quelles fins et quels moyens ? », *Rev. dr. unif.*, Unidroit, Kluwer, 2001, n° 4, p. 779-788 ; id. (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, LGDJ, 2001.

3. L. Fin-Langer, « L'introduction du droit du contrat en Europe », D. Le Grand de Bellecroche, « L'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale », in *Critique de l'intégration normative*, op. cit.

justice pénale internationale. D'ailleurs, ces principes ne sont pas assez précis pour résoudre les divergences entre les modèles traditionnels, notamment celle entre modèle accusatoire et inquisitoire. D'où la nécessité d'une grammaire autonome qui fait encore défaut, comme le montre la question, apparemment technique, de la négociation entre l'accusation et la défense. Pour y répondre, il faut remonter à la conception même de cette justice pénale hybride afin de rechercher les principes qui doivent encadrer la solution. Les principes traditionnels, nationaux et internationaux, de protection des droits de la défense (présomption d'innocence ou droit à un débat contradictoire) ne suffisant pas, c'est par référence aux spécificités de la justice pénale internationale que l'on en vient à poser un principe implicite de transparence qui commande les modalités pratiques.

Au lieu de définir ainsi au coup par coup, à mesure que les questions se posent, les éléments d'une cohérence d'ensemble, l'élaboration d'une grammaire adaptée au processus d'hybridation supposerait un travail plus systématique, au croisement des principes de droit international général, adaptés à la nature interétatique des principes de protection des droits de l'homme, en raison de la relation particulièrement conflictuelle entre la justice pénale et les droits de l'homme (qu'elle protège et qu'elle menace tout à la fois), et des principaux modèles de justice pénale nationale (puisque'il s'agit en définitive de punir des individus jugés coupables).

Dans le domaine voisin de la procédure civile, on retrouve la même nécessité : le projet d'une procédure civile transnationale, qui avait d'abord été lancé, par Unidroit et l'American Law Association, comme un ensemble de

règles fort techniques, a par la suite évolué vers un projet en deux parties comprenant à la fois des « principes » et des « règles ». Sans employer le terme de grammaire à propos des principes, les commentateurs montrent assez clairement que tel est leur rôle. Les règles avaient été rédigées sur le seul modèle américain, alors que les principes, « plus familiers des juristes de *civil law*¹ », sont formulés de façon plus générale, plus abstraite et plus brève, ce qui leur permettait « d'être acceptables, dans leur méthode et dans leur contenu, par les différents pays² ».

Ainsi comprend-on le lien entre la notion de grammaire commune et celle de pluralisme. Afin d'éviter que l'unification ne se traduise par la seule transplantation d'un modèle dominant, un effort de conceptualisation pour définir des principes communs, acceptables à l'intérieur de chaque système entrant dans la composition de la nouvelle forme juridique, est sans doute indispensable.

On peut le vérifier quand on compare la procédure hybride établie pour les TPI et la CPI ou encore, avec plus ou moins de bonheur, pour les tribunaux mixtes (Kosovo, Sierra Leone, Cambodge) avec celle qui fut imposée pour le Tribunal spécial pour l'Irak³. Institué non par un acte juridique de droit international mais par une décision du gouverneur, ce tribunal applique une procédure combinant le droit américain à la procédure pénale irakienne, les règles

1. Ph. Fouchard (dir.), *Vers un procès civil universel ?*, op. cit. Voir aussi « Le procès équitable », in M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, op. cit.

2. G. Mecarelli, « Les principes fondamentaux de procédure civile transnationale et les "nouvelles" règles transnationales », in Ph. Fouchard (dir.), *Vers un procès civil universel ?*, op. cit., p. 159.

3. Voir *Le Relatif et l'Universel*, p. 231, 240, 398.

étant définies par transplantation, c'est-à-dire comme une greffe plutôt que comme une véritable hybridation.

Le problème est que la réception risque de provoquer le rejet de la greffe, voire la paralysie de tout un système. En transplantant des règles américaines, conçues à partir d'une grammaire accusatoire (qui implique de mener l'enquête à l'audience, sous la forme d'un débat contradictoire devant un juge neutre), sur un système de type inquisitoire (où l'instruction reste menée, dans une phase préparatoire, par un juge d'instruction qui établit un dossier), on risque d'aboutir en effet à une impasse juridique et pratique : le résultat est non seulement d'imposer aux juges et aux procureurs des conseillers étrangers, totalement ignorants de la procédure inquisitoire, et d'obliger les avocats à la pratique du contre-interrogatoire, fort éloignée de leur culture juridique, mais aussi d'alourdir considérablement la procédure, notamment en ce qui concerne les investigations, qui seront menées successivement par le juge d'instruction dans la phase préparatoire, puis par les parties, notamment sous la forme d'un contre-interrogatoire des témoins, à l'audience de jugement¹.

S'il est clair que l'administration américaine voulait ainsi éviter de légitimer le modèle de la Cour pénale internationale², cette façon d'exprimer son refus de toute justice supranationale risque de servir de contre-exemple et, très indirectement, de favoriser à terme ce modèle. Toutefois,

1. S. Zappalà, « The Iraqi Special Tribunal's Draft Rules of Procedure and Evidence: Neither Fish nor Fowl », *JICJ*, 2 (2004), p. 855-864.

2. J. Alvarez, « Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony », *JICJ*, 2 (2004), p. 319-329.

cette résistance des États-Unis a le mérite de mettre en lumière les limites du processus d'unification.

Les limites de l'unification

L'idée même de grammaire commune, qui conditionne la cohérence d'une unification pluraliste, suppose en réalité un changement considérable des relations entre États, car elle implique le passage de relations inter-étatiques à des relations supra-étatiques.

Au-delà des résistances politiques, le débat a été entouvert à propos de la justice pénale selon plusieurs axes, un axe plus politique opposant souverainistes et universalistes et un axe plus technique opposant internationalistes, pénalistes et spécialistes des droits de l'homme autour de différentes conceptions de l'internationalisation du droit.

Si l'on considère que le droit international reste un droit inter-étatique, la recherche d'une grammaire commune ne s'impose pas. Il suffit de définir des règles techniques pour lutter contre l'impunité et soumettre « les agents principaux d'un État, ceux qui sont à l'origine d'une politique perçue comme gravement criminelle, [...] à une forme de responsabilité internationale¹ ». En revanche, dans une perspective supra-étatique, la légitimité d'une justice qui, pour n'être pas nationale, n'en reste pas moins pénale, c'est-à-dire assortie de lourdes sanctions incluant des privations de liberté à vie, appelle une grammaire commune qui définirait

1. Voir R. Maison, « Le droit international, les droits de l'homme et les juridictions internationales pénales », in G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss (dir.), *Droit international, Droits de l'homme et Juridictions internationales*, op. cit., p. 121-139.

une cohérence suffisante pour protéger à la fois les victimes et les accusés contre les risques d'arbitraire. Selon que l'accent est mis sur une responsabilité internationale impliquant en arrière-plan les États, ou sur une forme supranationale de droit pénal, l'hybridation sera donc jugée inutile ou nécessaire : inutile tant qu'on reste dans le domaine inter-étatique classique, nécessaire s'il s'agit de protéger des intérêts qui ne sont ni nationaux, ni internationaux, mais transnationaux ou supranationaux.

Car le débat porte aussi sur les intérêts protégés. En droit pénal, l'analyse de la nature des crimes poursuivis montre qu'il s'agit de protéger des intérêts supranationaux (atteintes aux intérêts financiers de l'UE du côté du *Corpus juris*, crime « contre l'humanité » et autres atteintes aux valeurs considérées comme universelles du côté des TPI et de la CPD). De même, le droit des contrats semble limiter l'unification mondiale aux contrats à caractère transnational (principes d'Unidroit ou convention ONU sur la vente internationale de marchandises), alors que les principes européens de la commission Lando ou du groupe von Bar s'étendent à l'ensemble des contrats¹.

En définitive, selon qu'il s'agit de juger des intérêts considérés comme nationaux, *internationaux*, *transnationaux* ou *supranationaux*, il serait apparemment logique de

1. On retrouve d'ailleurs en droit privé un autre débat savant, qui oppose les spécialistes de droit international privé à ceux du droit communautaire (UE). Refusant de choisir entre un droit communautaire partiellement unifié et un droit international privé, gardien de la vision historique qui a construit les droits nationaux en les séparant, certains juristes, comme Jean-Sylvestre Bergé, tentent de plaider, à l'échelle européenne (mais la formule est transposable à l'échelle mondiale), pour une « internationalité à géométrie variable » : « Le droit d'une communauté de droit : le front européen ? », in *Mélanges Paul Lagarde*, *op. cit.*

privilégier l'harmonisation pour les deux premiers, l'unification pour les autres. Mais la formule doit être nuancée en raison de la quasi-absence de juridiction supranationale garantissant l'application. En pratique, il est donc nécessaire que le droit national intègre la protection d'intérêts transnationaux et supranationaux et, inversement, que le droit supranational préserve la compétence nationale. D'où l'importance des principes de subsidiarité ou de complémentarité.

Il faut donc admettre la combinaison, pour un même type d'intérêts, des différents processus. Même stabilisée au cours du temps, l'hybridation ne conduit pas à une unité conçue sur le modèle national d'un ordre indépendant parfaitement autonome. Elle ne peut être isolée ni de la coordination ni de l'harmonisation, qui restent l'une et l'autre nécessaires lorsque l'affaire est jugée par une juridiction nationale.

Il aurait été tentant de reconnaître dans ce pluralisme de fusion la réalisation des promesses messianiques des grands classiques chinois et occidentaux annonçant les noces de l'Un et du Multiple. Mais la fusion reste une utopie qu'il serait sans doute imprudent de vouloir précipiter. Bien avant que « les dix mille êtres mêlent leurs souffles pour réaliser l'harmonie et l'avènement de la Grande Paix », un travail plus modeste reste nécessaire pour ordonner les systèmes de droit en combinant les divers processus d'interaction selon les niveaux d'organisation, régional ou mondial.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

DEUXIÈME PARTIE

Les niveaux d'organisation

La formule est transposée aux entreprises et aux institutions. Mais, dans ce cas, la formule ne peut pas être appliquée telle quelle, car elle ne tient pas compte de la complexité des organisations modernes.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

Les études de la Commission d'Études ont pour objet de fournir aux pouvoirs publics des données précises sur l'état de la situation économique et sociale du pays, et de leur proposer des mesures d'ordre public pour améliorer la situation.

« Des ensembles d'événements, même s'ils sont interconnectés, ne passent pas aisément de l'amas à l'organisation¹. » La formule est transposable aux ensembles d'événements juridiques. Même reliés entre eux par les processus d'interaction précédemment étudiés, les amas, normatifs et judiciaires, ne se transforment pas aisément en organisations suffisamment autonomes et stables pour constituer un ordre juridique. L'ordre reste identifié à l'État, et l'organisation juridique se situe pour l'essentiel au niveau national.

Pourtant, dès le début du XX^e siècle, la doctrine souligne le rôle de certaines organisations infranationales ou transnationales (professionnelles, religieuses, voire criminelles). Le juriste italien Santi Romano² a attaché son nom à cette forme de pluralisme juridique qui ne limite plus le droit au seul droit étatique et prend en compte d'autres types d'organisation institutionnelle que l'État. Publiant son ouvrage en

1. D. Andler, A. Fagot-Largeault, B. Saint-Sernin, « La causalité », *Philosophie des sciences*, vol. 2, Gallimard, 2002, p. 920.

2. L'Ordre juridique [L'ordinamento giuridico, Pise, 1918, 2^e éd. 1945], Dalloz, 2^e éd. 2002.

1918, il ne pouvait soupçonner alors que cette fragmentation, qu'il observait à ce niveau infra ou transnational, se développerait aussi dans la sphère internationale. Il se contenta de supposer l'unité de l'ordre international, jugeant inutile de s'attarder à la démontrer.

En revanche, à partir de l'après-guerre (1945), et surtout depuis la fin de la guerre froide et le début de l'actuelle mondialisation (1989), on voit se multiplier des processus d'internationalisation qui engendrent une dynamique, un mouvement de « mise en ordre », mais le mouvement reste inachevé et n'aboutit que rarement à créer un véritable « ordre juridique », c'est-à-dire un dispositif suffisamment autonome et stable pour être qualifié tel. Pierre-Marie Dupuy, dans son plaidoyer à l'Académie de La Haye pour l'« unité de l'ordre international »¹, souligne lui-même la difficulté quand il évoque, à partir d'exemples régionaux (droit communautaire) et mondiaux (droit du commerce mondial), ce qu'il nomme « le mythe des régimes auto-suffisants », le terme vague de « régime » marquant, me semble-t-il, une gêne à employer des mots plus précis comme « système » ou « ordre ».

Avant d'aboutir à un ordre, les processus d'interaction précédemment étudiés dessinent en effet, par ajustements et réajustements, des figures inédites qui font craquer les habits anciens et appellent à tailler des habits neufs. Ce n'est sans doute pas un hasard si l'usage se multiplie du terme « espace » pris dans un sens non seulement géographique, mais aussi fonctionnel, voire structurel. Dans la construction historique de Fernand Braudel, l'espace était

1. P.-M. Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international*, op. cit.

devenu une « clef de lecture du temps des civilisations », mais cette vision « ne suffit plus à rendre compte conjointement de l'étagement des espaces et de l'ordonnement des temporalités, science des périodes et science des lieux doivent être réajustées comme l'ensemble des sciences sociales »¹.

La remarque vaut aussi pour le champ juridique. Gérard Timsit est le premier à avoir distingué « l'On » et « l'En », termes par lesquels il désigne respectivement l'Ordre et l'Espace normatifs², précisant que « cette dualité d'approche ne signifie pas la dualité des systèmes normatifs, mais la dualité du système normatif considéré dans ses deux éléments constitutifs : un ordre normatif à proprement parler (*On*), système hiérarchisé d'engendrement des normes fondé sur l'existence d'une relation hiérarchique ou relation d'ordre entre normes, et un espace normatif (*En*), système d'appartenance ou d'inclusion des normes dans un ensemble non hiérarchisé³ ».

S'il est vrai qu'en mathématiques la relation d'appartenance est considérée comme une relation d'ordre, on peut néanmoins les séparer en considérant que l'une renvoie au principe de hiérarchie et l'autre à un principe non hiérarchique qu'il nomme inclusion. La difficulté est que, dans les pratiques internationales, ces deux principes n'existent guère à l'état pur ou parfait. Ce que l'on observe, en effet,

1. D. Roche, « L'espace et les historiens : pratiques et réflexions », in A. Berthoz, R. Recht (dir.), *Les Espaces de l'homme*, Odile Jacob, 2005, p. 309-318.

2. G. Timsit, *Thèmes et Systèmes de droit*, PUF, « Les voies du droit », 1986.

3. *Id.*, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 33, oct. 2001, p. 8.

est une sorte d'entrecroisement sans fin, et apparemment sans ordre, de relations entre institutions (interinstitutionnelles), normes (internormatives) ou juridictions (interjuridictionnelles), de moins en moins autonomes dans ce monde où l'indépendance cède le pas à l'interdépendance. Il s'agit moins d'un empilement de normes et d'institutions qui se superposeraient à la manière de couches sédimentaires que d'un enchevêtrement¹, marqué par les jeux d'interaction évoqués ci-dessus. D'où l'utilité de considérer le concept d'espace comme figure distincte de l'ordre et du système de droit.

Ici encore, la transposition de l'histoire au droit semble pertinente : « L'espace n'a plus pour fonction de mettre en valeur le poids de l'immobilité et l'écume des conjonctures mais de permettre une interrogation dynamique sur ce qui rend possible le changement des sociétés et ce qui peut le freiner². »

Cette « interrogation dynamique » est d'autant plus actuelle que les « espaces normatifs », négociés entre des États généralement peu soucieux d'abandonner leur souveraineté, n'impliquent pas, ou impliquent de façon très incomplète, la création d'institutions, exécutives, législatives et juridictionnelles, qui stabiliseraient l'ensemble. D'où l'expression de « géométrie variable » (voire de « géographie variable » selon les adhésions de tel ou tel État), qui traduit moins une analogie mathématique que la complexité

du phénomène, et surtout la perplexité des observateurs devant la variabilité, donc l'instabilité, qui l'accompagne. C'est dire l'importance des « niveaux » d'organisation, car ils commandent une stabilisation progressive, normative et institutionnelle, et favorisent, comme on le voit en Europe avec l'organisation communautaire, l'éventuelle transformation d'un espace en un ordre juridique. Mais leur construction ne se fait pas de façon linéaire, du niveau national au niveau international régional, puis mondial. Elle sépare les droits de l'homme du marché et oppose plusieurs modèles d'intégration économique ; enfin, la chronologie varie : tantôt l'organisation régionale anticipe sur la mondialisation, comme « laboratoire d'essai » ; tantôt elle se constitue en réaction, pour tenter de changer de direction ou seulement de vitesse (par un effet d'accélérateur ou, à l'inverse, de frein).

Pour les besoins d'une présentation qui reste linéaire dans sa forme, nous commencerons par le niveau régional, à la fois plus familier si l'on se limite à la construction européenne et plus diversifié si l'on évoque les autres organisations régionales.

1. C. Girard, « Procès équilibrable et enchevêtrement des espaces normatifs (réflexions sur la problématique générale) », in H. Ruiz Fabri (dir.), *Procès équilibrable et Enchevêtrement des espaces normatifs*, SLC, 2003, p. 22-23.

2. D. Roche, leçon inaugurale au Collège de France, 1999.

CHAPITRE I

Organisations régionales

La régionalisation ne peut être abordée ici de façon exhaustive ; du moins faut-il être conscient de l'ampleur et de l'extrême diversité des formes prises par un phénomène amorcé dès le XIX^e siècle, annoncé par la Charte de l'ONU (chap. VIII, « Accords régionaux ») et qui s'est considérablement développé depuis lors. Alors que les instruments visant à l'intégration régionale des droits de l'homme restent circonscrits à trois conventions (CESDH 1950, CADH 1969, CADHP 1981) et quelques instruments déclaratifs, sans mécanisme de contrôle, comme la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en islam (1990) ou la Charte arabe des droits de l'homme (1994), les espaces d'intégration économique se sont multipliés depuis une quinzaine d'années au point de couvrir désormais une grande partie de la planète¹.

C'est par une méthode largement empirique que

1. J. J. Dutheil de la Rochère, « Mondialisation et régionalisation », in É. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 435-453 ; J. Ténier, *Intégrations régionales et Mondialisation. Complémentarité ou contradiction*, La Documentation française, 2003 ; L. Burgegne-Larsen, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in *La Juridictionnalisation du droit international*, op. cit.

s'organisent ces espaces régionaux, non pas à partir d'un grand projet fondateur, mais, plus concrètement, autour d'objets circonscrits qui se transformeront parfois au fil du temps en un véritable projet. De l'objet au projet, il reste donc à rechercher les conditions de stabilisation avant d'illustrer d'un exemple la manière dont se stabilise peu à peu, entre les pôles du marché et des droits de l'homme, un espace pénal européen bipolaire.

De l'objet au projet

Tout à l'opposé d'une globalisation qui tendrait à revêtir le monde juridique d'un même uni-forme, une forme quasi unique modelée par les exigences du commerce mondial, la régionalisation semble rester plus près de la terre et de ses habitants. Dessinées par les continents, ses formes sont redessinées par le cours des grands fleuves (Rhin, Danube, Niger, Sénégal, Mékong) ou le pourtour des mers (Méditerranée, mer des Caraïbes, mer de Chine, mer Noire, mer Caspienne, voire golfe arabo-persique ou océan Pacifique ou Indien). Mais elles obéissent aussi aux hasards de l'histoire, qui fait alterner guerre et réconciliation, conquête et décolonisation. Même si les rêves des grands visionnaires, comme Victor Hugo pour l'Union européenne ou Simon Bolivar pour la Communauté sud-américaine¹, sont

1. Rafael Bielsa, ministre argentin des Affaires étrangères, aurait fait allusion à l'« idéal bolivarien » de la Communauté sud-américaine des nations : <http://www.liberacion.press.se/anteliores/041217/notas/turco.htm>. De même, le secrétaire général de la CAN, Allan Wagner Tizon (communiqué de presse de la Communauté andine des nations, 14 nov. 2005 : <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np14-11-05.htm>).

parfois invoqués comme mythes fondateurs, ils ne ressemblent guère aux réalisations, toutes couturées par les accidents de la géographie et de l'histoire.

Pour évoquer dans leurs grandes lignes les quelques organisations régionales d'intégration économique, dont la coïncidence n'est que très partielle avec les rares organisations régionales de protection des droits de l'homme, une typologie ne suffit pas, car le phénomène est avant tout mouvement. Mieux vaut peut-être tenter d'observer ce mouvement, c'est-à-dire d'observer comment se crée, à partir des stratégies des États fondateurs, une dynamique propre qui leur échappe à mesure que les institutions s'autonomisent en développant leurs propres stratégies.

Stratégies des États fondateurs

À la différence des fédérations d'États, ce qui caractérise au départ ces espaces régionaux en formation, c'est un objet plus circonscrit qu'un véritable projet politique ; un objet le plus souvent économique (zone de libre-échange, union douanière, marché commun, union monétaire), plus rarement éthique (protection des droits de l'homme, ou des droits de l'homme et des peuples), parfois sécuritaire (lutte contre le terrorisme ou la criminalité transnationale), sanitaire (marché des médicaments, actions de prévention du sida) ou écologique (protection de la diversité biologique ou lutte contre les changements climatiques) : en tout cas, ces « partenariats thématiques »¹ sont davantage liés aux

1. Sur les « partenariats thématiques », voir J. Ténier, « Universalisme et régionalisme : les chemins du partenariat », *Questions internationales*, 11, L'ONU à l'épreuve, La Documentation française, janvier 2005, p. 72.

interdépendances créées par la globalisation qu'à l'indépendance qui reste associée aux États. Quelques exemples suffisent pour se convaincre de leur diversité.

Pour l'Amérique du Nord, l'ALENA (États-Unis, Canada et Mexique) crée une zone de libre-échange des marchandises et des capitaux dont les seules politiques communes, relevant de deux accords complémentaires sur l'environnement et le travail, ne couvrent ni la solidarité (pas de fonds structurels) ni l'immigration (pas de libre circulation des personnes). En revanche, au Sud, plusieurs organisations ont un objectif plus politique, comme la Communauté andine (Pérou, Équateur, Colombie, Venezuela, Bolivie), le Caricom ou Marché commun des Caraïbes, et surtout le Mercosur ou Marché commun du sud (Argentine, Brésil, Uruguay, Paraguay et prochainement Venezuela, avec statut d'associés pour le Chili et la Bolivie, puis le Pérou, la Colombie et l'Équateur).

Il a fallu attendre 1998 pour voir apparaître la dimension sociale du Mercosur, puis 2002 pour que la rupture de la parité entre le peso argentin et le dollar américain ouvre la perspective de politiques macroéconomiques coordonnées. Enfin, l'association au Mercosur, en décembre 2004, des pays de la Communauté andine pourrait annoncer, au-delà de l'union douanière, une forme d'intégration plus solide, potentiellement renforcée par l'appartenance des mêmes États à la CADH. D'où la création d'une Communauté sud-américaine des nations, lancée symboliquement au Pérou, dans l'ancienne capitale inca de Cuzco, en décembre 2004, qui pourrait jouer le rôle rassembleur de l'UE en Europe. À moins que le projet concurrent, défendu par les États-Unis, d'une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA ou ALCA en espagnol) ne réussisse à imposer

sur tout le continent américain le modèle du libre-échange, qui sous-tend déjà l'ALENA...

Quant au continent africain, il hérite de la colonisation une extrême fragmentation (sept États avaient en 2000 moins d'un million d'habitants et trente-six moins de dix millions). L'unité a été affichée par l'Organisation de l'unité africaine, et marquée par l'adoption de la CADHP, mais l'Organisation est restée pour l'essentiel une enceinte diplomatique. D'où son remplacement en 2001 par l'Union africaine, dont l'objectif est de créer une communauté économique africaine unifiée à l'échéance 2025¹. La lenteur de ce processus, en six étapes, résulte de la situation actuelle, caractérisée d'abord par la multiplicité institutionnelle (deux organisations à l'ouest, une au centre, une au sud, une pour l'Afrique orientale et australe, une autre au nord pour le Maghreb arabe), auxquelles s'ajoute l'Organisation pour l'harmonisation africaine du droit des affaires précédemment évoquée (OHADA), comprenant seize États de l'Afrique noire francophone (y compris le Cameroun). Mais la situation africaine est marquée aussi par la modestie de ses objectifs, axés sur la liberté du commerce et la sécurité juridique des investissements, car tout projet de solidarité se heurte soit à l'absence de ressources (Afrique occidentale et centrale), soit à la dissymétrie au profit d'un État dominant (comme le Nigeria ou l'Afrique du Sud).

Ces difficultés se retrouvent en Asie, notamment en ce qui concerne l'Association pour la coopération régionale en Asie du Sud (SAARC selon le sigle anglais), également

1. Voir les projets du président de l'Union africaine : A.O. Konaré, « L'Afrique est de retour ! », in M. Aubry (dir.), *Agir pour le Sud maintenant*, Éd. de l'Aube, « Proposer », 2005, p. 22-35.

marquée par la dissymétrie qui caractérise le sous-continent indien. Pourtant, l'Association tente de combiner le double objectif du commerce et de la solidarité, à travers la lutte contre la pauvreté et la promotion d'actions en faveur de la santé et de l'éducation (la décennie 2001-2010 devant être consacrée aux droits des enfants).

De même, l'ASEAN regroupe pour l'Asie du Sud-Est des membres aussi différents du point de vue économique, politique et démographique que Singapour et l'Indonésie, le Viêtnam, le Cambodge, le Laos ou la Thaïlande. L'Association mentionne, dans sa *Vision 2020*, le renforcement de l'intégration économique, mais elle marque aussi son intérêt pour la lutte contre la criminalité transnationale par la création d'un centre aux Philippines et annonce un objectif de réduction de la pauvreté et des disparités¹. Mais la concurrence est difficile à soutenir avec le Forum de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), véritable mastodonte qui regroupe, à l'initiative de l'Australie et des États-Unis, 21 pays dont le Canada, la Chine, le Japon et la Russie, et qui a pour seul objet la libéralisation des échanges et des investissements.

Quant aux organisations d'Asie centrale, d'Asie Mineure ou d'Eurasie, comme l'Organisation de coopération économique ou ECO, autour de l'Iran et de la Turquie, l'Organisation de coopération économique de la mer Noire (BSCE) sur initiative turque, l'Organisation de Shanghai entre la Chine, la Russie et plusieurs républiques d'Asie centrale ou

1. Voir S. Boisseau du Rocher, « L'ASEAN entre crise de la souveraineté nationale et crise de la mondialisation », in *Souveraineté nationale et Mondialisation*, Séminaire francophone d'Asie du Sud-Est, Singapour, 2001, p. 59 sq.

la Coopération entre les États arabes du Golfe, elles évoquent encore un autre modèle, visant autant la sécurité que l'intégration. Enfin, il faut mettre à part l'Organisation des pays producteurs de pétrole (OPEP), axée principalement, indépendamment de tout critère géographique, sur l'harmonisation des politiques pétrolières et souligner l'originalité de la Ligue des États arabes, constituée par référence à la Nation arabe, ou de l'Organisation de la conférence islamique, à base confessionnelle, qui favorisent au départ la coopération mais ont adopté les textes précités sur les droits de l'homme et proposé en 1997, sur initiative de l'Iran, la création d'un marché commun islamique¹.

L'hétérogénéité est telle qu'il est bien difficile de prévoir si certaines de ces organisations régionales réussiront à adopter un véritable projet intégré, incluant une solidarité entre États, donc à terme une fiscalité commune et une citoyenneté commune, ou seront paralysées par la concurrence des puissants modèles de libre-échange. Une telle hétérogénéité et une telle instabilité confirment l'impossibilité d'une véritable typologie, d'autant que, à mesure que les structures institutionnelles se mettent en place, elles développent une dynamique propre, leur « autonomisation » transformant parfois l'objet en projet.

Autonomisation des institutions régionales

La régionalisation commence par des rencontres privilégiant le pouvoir exécutif et les premières institutions mises en place s'analysent comme une sorte de forum

1. Voir E. Beigzadeh, A. Nadjafi, « Les problèmes de régionalisation à géographie variable (le cas de l'Iran) », *APC*, 2001, p. 141.

diplomatique renforcé. Avec la reconnaissance de la personnalité juridique aux institutions régionales, et parfois l'apparition d'organes judiciaires, ou quasi judiciaires, à caractère permanent et disposant d'un pouvoir de sanction, une dynamique propre peut se mettre en place, favorisée par la reconnaissance d'un pouvoir législatif, voire la création d'un espace public de délibération avec un parlement régional.

En matière de droits de l'homme, la grande innovation, presque une révolution, tient à la création de tribunaux pouvant être saisis par toute victime d'une violation. Il y a incontestablement sinon un abandon, du moins un encadrement de la souveraineté nationale¹, dès lors que les États peuvent ainsi être à tour de rôle condamnés par une cour régionale des droits de l'homme. Mais l'expérience est limitée, car deux cours seulement (européenne et interaméricaine) ont prouvé leur efficacité; quant à la troisième, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, elle vient seulement d'être créée et il serait prématuré de prétendre en apprécier déjà l'impact sur l'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Son autonomisation suppose que les juges sortent de leur réserve à l'égard du pouvoir politique et que soit levée « la chape de plomb politique qui pèse généralement sur la magistrature africaine² ».

Il a d'ailleurs fallu des années à la CEDH et à la CIDH pour affirmer leur autonomie. Les sociologues eux-mêmes, peu complaisants à l'égard des droits de l'homme, qu'ils

décrivent comme la vitrine des nations dites civilisées, s'étonnent de la place prise par la Cour européenne des droits de l'homme. Les États, comme pris à leur propre piège, sont désormais condamnés par cette « instance civilisatrice » qu'ils avaient voulu mettre en place sans trop y croire, mais sans trop s'en méfier¹. De même, à quelques années de distance, l'impact de la CIDH semble dépasser la volonté des États, comme le montre l'exemple évoqué précédemment de la neutralisation des lois d'auto-amnistie d'anciens dirigeants politiques, au nom du droit des victimes à un recours et à un procès équitable, et de son impact sur les juridictions nationales (affaire Pinochet au Chili et réouverture de procès en Argentine)². L'obstacle à l'objectif d'une harmonisation étendue à tout le continent américain reste cependant la non-ratification par le Canada et les États-Unis.

Quand il s'agit des organisations d'intégration économique, la judiciarisation est moins révolutionnaire, mais elle reste pourtant lente et de signification ambiguë. Ainsi, l'ALENA est la seule organisation à donner aux entreprises le droit de poursuivre les États en matière d'investissements³, au risque de mettre en cause leur politique sociale

1. M.R. Madsen, « Make Law not War », in *Sociologie de la mondialisation*, Actes de la recherche en sciences sociales, 151-152, 2004, p. 97 sq.

2. Voir, à ce sujet, les résultats de la recherche sur « Les institutions de clémence en Europe (amnistie, grâce, prescription) », 2006, à paraître (H. Ruiz Fabri, G. della Morte, E. Lambert-Abdelgawad [dir.]), notamment le rapport de G. della Morte sur l'amnistie en droit international et celui de E. Lambert-Abdelgawad et K. Martin-Chenut sur la prescription en droit international.

3. Voir V. Loungnarath, « Les articulations juridiques de l'Accord de libre-échange nord-américain », in M.-F. Labouz (dir.), *Intégrations et Identités nord-américaines vues de Montréal*, Bruylant, 2001, p. 311 sq.; J. Ténier, « Universalisme et régionalisme », op. cit., p. 40. Sur le droit

1. Voir M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonnement la raison d'État*, op. cit.

2. Voir J.-F. Flauss, « Propos conclusifs », in J.-F. Flauss, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *L'Application nationale de la CADHP*, Bruylant, 2004.

ou environnementale, la même clause figurant d'ailleurs dans le projet de Zone de libre-échange des Amériques. Dans les autres domaines, un groupe spécial d'arbitrage peut être mis en place pour régler les différends, mais les États-Unis préfèrent généralement, en cas de décision défavorable, revenir à des négociations bilatérales, « faisant fi des règles commerciales établies en vertu de l'ALENA¹ ».

L'exemple du Mercosur témoigne en revanche d'un autre type de judiciarisation, au profit non pas d'intérêts privés mais d'intérêts supranationaux qui se communautarisent. Alors que le traité d'origine se contentait d'un arbitrage des litiges par un tribunal *ad hoc*, les États membres viennent de créer un tribunal arbitral permanent (protocole de Olivos, 3 déc. 2003) qui siège à Asunción (Paraguay) et a tenu sa première session en septembre 2004. C'est la suite logique de l'apparition de sanctions administratives punitives, mises en œuvre par les institutions supranationales sur un modèle proche du modèle européen (protocole de Fortaleza en 1996). Cette judiciarisation accompagne un renforcement de la coopération civile et pénale, par divers instruments d'harmonisation : plans d'action (plan 1999 dans les domaines du trafic de stupéfiants, du crime organisé ou des crimes contre l'environnement, plan 2001 contre les délits liés au commerce international), conventions (conv. 2000 sur le blanchiment), voire codes unifiés

mondial des investissements, voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 201-202.

1. G. Gagné, « L'ALENA et le différend canado-américain sur le bois d'œuvre : le règne de la loi du plus fort », in *Intégrations et Identités nord-américaines*, op. cit., p. 340 ; K. Milanova, « Systèmes d'information sur les traités d'intégration économique : l'exemple de l'ALENA », thèse, université de Montpellier, 1999.

(projet de code douanier lancé par le protocole d'Ouro Preto en 1994)¹.

Enfin, la judiciarisation s'accompagne parfois de la création d'institutions régionales à caractère législatif : par exemple, en Afrique, un parlement a été mis en place pour la communauté est-africaine et un autre annoncé par le traité OHADA² ; en Amérique latine, le projet d'un « parlement du Mercosur », préparé par une « commission parlementaire conjointe » formée par des parlementaires des quatre États signataires, a été présenté aux chefs d'État des pays fondateurs en juillet 2004.

S'il est vrai que l'autonomisation commande la possibilité d'une stabilisation, il reste à savoir à quelles conditions l'organisation régionale pourra être qualifiée de pluraliste, autrement dit réussir à neutraliser les rapports de force.

Conditions de stabilisation

Ce voyage éclair autour de notre planète montre l'ambivalence d'intégrations régionales qui sont à la fois « instrument du libéralisme par la déconstruction de réglementations nationales et moyen de son organisation à une échelle supérieure, pour peu qu'existe une volonté politique³ ». Déconstruction et reconstruction sont d'abord la résultante, nécessairement instable, des facteurs de cohésion face aux rapports de force. C'est pourquoi une véritable

1. Voir A. Alvarez, *Justicia penal y espacio regional en tiempos de reformas e internacionalización*, Ad Hoc, 2004.

2. Ph. Fouchard (dir.), *L'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000.

3. J. Ténier, « Universalisme et régionalisme », op. cit., p. 221.

stabilisation suppose en effet une volonté politique qui, par-delà les intersections géographiques de fait, peut seule définir les convergences qui seraient indispensables.

Rapports de force et facteurs de cohésion ne sont pas toujours antinomiques car l'existence d'un ennemi commun au-dehors a toujours été un puissant facteur de cohésion, comme le montrent les exemples des anciennes colonies, en Amérique comme en Afrique.

Pourtant, à l'intérieur de chaque région, la neutralisation du rapport de force semble nécessaire. On le constate en Europe, où le principe de l'égalité entre pays membres, aménagé par le calcul des majorités qualifiées, a pu être maintenu, malgré de nombreuses disparités, parce qu'après des siècles de guerres aucun des « grands » pays n'a imposé son hégémonie aux autres. La tentation a peut-être existé, mais toute tentative semble écartée, à la fois par la neutralisation réciproque des grands pays et par un dispositif qui établit des garde-fous. Le projet européen s'est d'ailleurs explicitement construit sur la volonté de « dépasser les anciennes divisions » et de « forger un destin commun » (préambule du Traité constitutionnel) et la crise actuelle semble remettre en cause non pas cette volonté mais la vitesse de sa réalisation et le rythme des élargissements (voir ci-dessous, troisième partie, « Les vitesses de transformation »).

Le dépassement est encore plus difficile en cas d'inégalités, géographiques et/ou démographiques, au profit d'un seul pays, comme le Brésil en Amérique latine, l'Inde en Asie du Sud et la Chine en Extrême-Orient, ou la Russie en Eurasie, ainsi qu'en cas de disparités économiques (l'Afrique du Sud et le Nigeria en Afrique, le Japon en Asie), *a fortiori* quand les disparités sont à la fois

économiques et militaires (États-Unis). Le déséquilibre interne ne peut alors être surmonté que si les facteurs de cohésion sont suffisants.

Certes, la cohésion tient d'abord aux données culturelles, linguistiques et parfois religieuses de chaque région, mais elle n'est pas enfermée dans l'histoire. Et le processus de stabilisation relève aussi de projets politiques plus volontaristes, exprimant, pour citer à nouveau le Traité constitutionnel européen, la volonté « de forger un destin commun ». Pour réaliser de tels projets, les instruments de la cohésion sont différents selon qu'il s'agit du dehors ou du dedans.

Au-dehors, c'est la personnalité juridique qui permet à l'organisation régionale de préparer les négociations avec les organisations mondiales, notamment l'OMC, et de peser sur les décisions. Elle facilite également les relations horizontales interrégionales (par exemple Mercosur/CAN, UE/Mercosur ou UE/Maghreb) et rend possibles certaines coordinations entre une organisation régionale et un pays (ASEAN/Chine, OHADA/France).

Au-dedans, les outils de l'intégration économique et politique sont à la fois la solidarité et la citoyenneté. Mais l'intégration juridique est plus complexe, car le risque est de déconstruire un système national édifié sur des valeurs éthiques au profit d'un espace économique de libre-échange et de libre circulation. D'où l'importance des intersections d'un ensemble à l'autre et, de façon plus volontariste, des « itinéraires de convergence ».

Intersections et itinéraires de convergence

L'inventaire des divers ensembles régionaux révèle un certain nombre de lieux d'intersection. Ainsi, le Mexique, qui est membre de l'ALENA au nord du continent américain, est également candidat à la future Communauté sud-américaine des nations, et d'ailleurs adhérent, comme les États d'Amérique latine, mais à la différence du Canada et des États-Unis, à la Convention américaine des droits de l'homme.

Pour revenir à notre continent, l'exemple de la Turquie, au carrefour de l'Europe et de l'Asie, est particulièrement significatif. La Turquie fut à l'initiative de l'Organisation de coopération économique de la mer Noire (BSCÉ), transformée par la charte de Yalta (1998) en une véritable organisation d'intégration, notamment dans le domaine pénal (lutte contre la criminalité organisée, le trafic de drogue, d'armes et de matières radioactives, le terrorisme et l'immigration illégale); elle est également membre de l'ECO, dont le siège est à Téhéran; ce qui n'exclut pas son appartenance au Conseil de l'Europe, et son adhésion à la CESDH et au mécanisme du recours individuel devant la CEDH; enfin, la Turquie est, comme on le sait, candidate à l'Union européenne, avec laquelle elle forme depuis 1996 une Union douanière. L'ampleur du débat suscité par cette candidature et l'importance donnée par certains aux facteurs historiques et géographiques témoignent sans doute d'abord d'une difficulté politique à penser le futur sans l'enfermer dans le passé; mais il reflète aussi une difficulté juridique à résoudre les problèmes nés des phénomènes de multi-appartenance.

mesure que chaque organisation adopte ses propres normes juridiques, et parfois ses propres juridictions, les risques de conflits se multiplient et appellent, par-delà les situations de fait, une démarche plus volontariste pour tracer des « itinéraires de convergence ».

L'expression est empruntée à Jacques Ténier, qui vise par là les projets de convergence progressive des économies (par exemple le programme de convergence établi pour l'Europe par le traité de Maastricht, ou le projet de Communauté économique africaine prévoyant les six étapes qui permettraient de passer de la fragmentation actuelle des sous-régions à une régionalisation à l'échelle du continent). Il y voit la possibilité d'une meilleure articulation entre le niveau régional et mondial : « La "région" peut y gagner une autonomie que le Fonds monétaire international dénie aux États à travers les plans d'ajustement structurel¹. » À l'inverse, la région peut se faire le relais des engagements pris au niveau mondial, comme on l'a vu avec la ratification par la Commission européenne du protocole de Kyoto sur le changement climatique ou avec les études réalisées pour l'Union des États du Maghreb dans le cadre de la convention des Nations unies sur la désertification.

Mais, pour résoudre les conflits nés, en cas de multi-appartenance, de l'application simultanée d'ensembles normatifs différents, la convergence devra sans doute être comprise aussi dans un sens juridique. Car les tensions se développent à mesure que l'intégration se renforce autour des deux pôles de l'intégration économique et de

1. *Ibid.*, p. 214.

l'intégration éthique, par référence aux droits de l'homme. En Europe, la coïncidence géographique partielle entre le Conseil de l'Europe et l'UE (tous les pays membres de l'UE faisant partie du Conseil de l'Europe et ayant ratifié la CESDH) rend ces tensions plus visibles, notamment en matière pénale, mais elle favorise aussi une mise en compatibilité progressive par les entrecroisements de jurisprudences évoqués plus haut. En revanche, dans les autres régions, l'absence de coïncidence géographique conduit à des problèmes juridiquement insolubles, qui ramènent aux rapports de force quand un pays se trouve pris entre des engagements internationaux contradictoires. Ainsi, le Mexique, engagé simultanément au sein de l'ALENA et de la CADH, ne peut invoquer le risque de violation des droits de l'homme pour refuser l'application d'une mesure imposée au nom du libre-échange. Et je me souviens de l'éclat de rire amer de mes interlocuteurs mexicains lorsque j'ai naïvement suggéré, lors d'un colloque en septembre 2004 sur l'intégration pénale en Amérique latine, qu'ils pourraient refuser, dans les traités bilatéraux de coopération pénale avec les États-Unis, les clauses contraires à la CADH. En tout cas, j'ai mieux compris ce jour-là l'importance de la candidature du Mexique à la future Communauté sud-américaine des nations, où il rejoindrait les autres signataires de la CADH.

Qu'il s'agisse de résoudre des tensions ou de combler les lacunes observables quand on compare la carte des instruments régionaux de protection des droits de l'homme à celle des organisations d'intégration économique, les itinéraires de convergence ne prendront leur pleine signification de choix « politique », c'est-à-dire de choix de valeurs, que s'ils réussissent à préparer à la fois la mise en compatibilité

des divers instruments d'internationalisation du droit et leur synchronisation.

Nous reviendrons plus loin sur la question de la synchronisation, mais, dès à présent, l'expérience européenne de la construction d'un espace pénal bipolaire, entre le pôle de l'intégration économique et celui des droits de l'homme, éclaire (y compris par ses échecs, ses faiblesses et ses lenteurs) l'idée de mise en compatibilité.

Construction d'un espace pénal européen bipolaire

La construction pénale européenne n'est pas achevée et l'emploi du singulier – « un » espace pénal européen – doit être interprété comme annonçant non pas la disparition des systèmes pénaux nationaux, mais plutôt leur possible insertion dans un espace qui nous est dépeint depuis le sommet de Tampere (1999) sous les couleurs radieuses d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » (art. I-42 et III-257 TC).

En réalité, quand on la situe dans le champ pénal, cette belle harmonie se cherche encore à travers des itinéraires plus lents et tortueux qu'on ne pourrait le croire à la seule lecture du Traité. Et la situation actuelle se caractérise d'abord par les tensions entre les deux principales organisations européennes.

Tensions entre Europe des droits de l'homme et Europe sécuritaire

Loin de s'apaiser, les querelles du vieux couple « sécurité/liberté » sont à nouveau d'actualité, comme attisées

par l'effet 11 septembre, mais elles remontent plus haut, marquées par la dichotomie entre deux espaces normatifs différents, contrôlés par les deux cours de Strasbourg et de Luxembourg.

L'Europe fait en effet partie des quelques rares régions qui ont simultanément adopté un dispositif d'intégration économique, à partir des trois traités fondateurs des Communautés européennes (CECA puis CEE et Euratom, 1950-1957), et d'un dispositif d'intégration éthique, à partir du Conseil de l'Europe et de la CESDH (1950). Au départ, l'intégration pénale n'était directement visée ni par l'un ni par l'autre, mais apparaissait de façon ponctuelle, d'un côté comme de l'autre, au fil de la jurisprudence des deux cours européennes, la dualité des dispositifs d'intégration entraînant la dualité de la construction pénale européenne.

Il y a une quinzaine d'années, on pouvait croire que le principal moteur de l'harmonisation pénale serait la CESDH. Certes, l'influence de la Convention est seulement indirecte, et l'effet d'intégration pénale n'apparaît pas d'emblée car la Convention contient peu de références au droit pénal (peine de mort et légitime défense à l'article 2 et au protocole n° 6, procédure pénale aux articles 5 et 6, non-rétroactivité du droit pénal à l'article 7, règle *non bis in idem* au protocole n° 4). Mais on découvrirait au fil de la jurisprudence l'ampleur des « contraintes structurelles » qui viennent parfois unifier (abrogation de la peine de mort), et le plus souvent harmoniser, les politiques pénales européennes¹.

Toutefois, une autre influence était déjà perceptible, à la

1. M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'État*, op. cit. ; *ibid.*, « Contraintes du droit européen des droits de l'homme », *Les Grands*

même époque, du côté de la Communauté, puis de l'Union européenne : bien que ni le traité de Rome (1957) ni le traité de Maastricht (1992) ne confèrent aux autorités communautaires de compétence pénale directe, les implications du droit communautaire sur la politique criminelle devenaient de plus en plus visibles. On pouvait notamment observer un effet de neutralisation de la norme pénale interne, qui peut être jugée incompatible avec les traités pour ses effets équivalant à une restriction au commerce intracommunautaire. Directement prise en compte par les tribunaux, sans nécessiter l'intervention du législateur, la dépénalisation d'une partie du droit pénal des affaires fut ainsi admise en divers domaines (refus de vente, pratiques de prix illicites, démarchage, publicité interdite, droit fiscal ou douanier...). En revanche, l'incitation à criminaliser les comportements menaçant des intérêts communautaires (comme les fraudes sur l'origine ou la qualité des produits, ou les fraudes au budget) restait sans effet tant que le législateur national ne se décidait pas à intervenir.

La situation a complètement changé depuis le traité d'Amsterdam (1997), avec les « actions communes », et surtout depuis le traité de Nice (2000), avec les « décisions-cadre », qui supposent une transposition en droit interne mais s'imposent sans ratification préalable, au risque de favoriser un surinvestissement pénal. Qu'il s'agisse de la lutte contre le terrorisme, de l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie ou de la criminalité organisée, ou encore en procédure du mandat d'arrêt européen, pour nous limiter aux quelques exemples évoqués

Systèmes de politique criminelle, PUF, 1992, p. 373 sq. ; « Contraintes du droit communautaire », *ibid.*, p. 357 sq.

précédemment¹, apparaît la crainte que l'Europe ne favorise une « sur-idéologisation sécuritaire »². Et la Cour de justice a franchi une étape nouvelle le 13 septembre 2005 en reconnaissant que si, « en principe, la législation pénale, tout comme les règles de la procédure pénale, ne relève pas de la compétence de la Communauté », cette constatation ne saurait « empêcher le législateur communautaire », « lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement », « de prendre les mesures en relation avec le droit pénal des États membres » et qu'il « estime nécessaires pour garantir la pleine efficacité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »³. Autrement dit, dans les domaines déjà communautarisés, comme la protection de l'environnement, la Communauté pourrait désormais imposer aux États des sanctions pénales par voie de directive.

La crainte d'un « surinvestissement pénal » est encore renforcée par la montée en puissance d'une Europe des polices : une police transfrontière, depuis les accords de Schengen et l'adoption du « système d'information

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 281-307 ; sur les propositions de nouvelles DC (confiscation, mandat européen d'obtention de preuves, lutte contre le trafic de drogue), voir S. Manacorda, chr. « Droit de la Communauté et de l'UE », RSC, 2004, p. 969-977.

2. Voir W. Capeller, « Criminalité du risque et harmonisation pénale », in M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *L'Harmonisation des sanctions pénales*, SLC, 2003, p. 492 ; *addé* les débats dans la doctrine italienne (A. Bernardi, « L'europanisation de la science pénale », APC, 2004, p. 5-36) et allemande (E. Malarino, « La discussion sur le droit pénal européen dans la doctrine allemande », RSC, 2006, à paraître).

3. CJCE, 13 sept. 2005, affaire C-176/03, § 47 et 48.

Schengen », annonçant déjà le casier judiciaire européen que la Commission propose d'instituer, et surtout depuis la création d'Europol (conv. 1995)¹ ; une police financière également, avec l'Office européen de lutte antifraude (OLAF, règlement 1999) ; enfin une police assurée par des forces militaires dans le cadre des opérations de gestion civile et militaire des crises².

En revanche, du côté judiciaire, le fragile dispositif d'Eurojust, qui regroupe des magistrats des divers États membres dont le statut et les pouvoirs restent très différents d'un pays à l'autre, se contente de faciliter la coopération judiciaire interétatique, qui relevait déjà du Réseau judiciaire européen, auquel il se superpose, mais il peine à réaliser une véritable coordination des enquêtes nationales³. Malgré la symétrie trompeuse des dénominations (Europol/Eurojust) et malgré des traditions nationales plaçant en faveur du contrôle des autorités de police par des autorités judiciaires, il n'a pas été possible de faire admettre dans les pratiques, et moins encore d'inscrire dans les principes, le contrôle d'Europol par Eurojust, ou celui de l'OLAF par un parquet européen (pourtant proposé dès 1997 par le projet du *Corpus juris* précédemment évoqué). Comme présidente du comité de surveillance de l'OLAF, je me souviens avoir abordé à plusieurs reprises la question du contrôle des polices avec le commissaire Vittorino, chargé de la justice

1. C. Chevallier-Govers, « De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne », thèse, université Paris II, 1998 ; *id.*, « De la nécessité de créer une police européenne intégrée », RSC, 1999, p. 77.

2. Voir « Polices d'Europe, politique étrangère et sécurité commune », RSC, 2004, p. 549-631.

3. A. Weyembergh, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », APC, 2004, p. 61.

et des affaires intérieures. Aussi conscient que notre comité de l'importance du problème, il avait cependant dû céder face à la résistance des États et à l'inertie des institutions déjà en place, qui ne souhaitent évidemment pas renoncer à leur autonomie. En prévoyant la possibilité de créer un parquet européen, le Traité constitutionnel aurait pu régler la question du contrôle des activités d'enquête de l'OLAF, mais, en limitant sa compétence, sauf volonté contraire des États, au seul domaine de la PIF (art. III-274 TC), il restreint le contrôle des activités d'Europol à un contrôle politique, exercé par le Parlement européen et, le cas échéant, par les parlements nationaux (art. III-276).

Ces tensions non résolues favorisent les résistances des États, qui se sont récemment manifestées à propos du mandat européen. Si l'Italie est le seul pays à ne pas avoir encore introduit la décision-cadre en droit interne, en revanche, un peu partout, les juges nationaux utilisent les possibilités de refus admises par le texte. Ainsi, en France, la Cour de cassation a approuvé le refus d'exécuter le mandat lancé par un juge espagnol dans une affaire liée au terrorisme basque, dès lors que les faits avaient été commis en partie sur le territoire national¹. De façon plus radicale, le Tribunal constitutionnel allemand, ayant suspendu, le 24 novembre 2004, l'application de la loi du 21 juillet 2004 portant adaptation de la décision-cadre afin d'en examiner la conformité au droit allemand, a déclaré la loi contestée inconstitutionnelle (par décision du 18 juillet 2005) parce qu'elle intervient de manière disproportionnée dans le droit des ressortissants allemands à ne pas être

1. Crim., 8 juill. 2004, *JCP*, 2004, p. 395.

extradés (art. 16, al. 2 de la Loi fondamentale) et viole le principe du droit au recours (art. 19, al. 4 de la Loi fondamentale)¹. Enfin, on peut aussi imaginer à terme que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen fasse l'objet d'un recours auprès de la CEDH².

D'où la nécessité de trouver les lignes de convergence susceptibles de transformer une dualité qui parfois oppose les dispositifs d'intégration pénale en une bipolarité qui les structurerait.

Itinéraires de convergence vers un espace pénal bipolaire

Un espace pénal bipolaire est un espace qui n'a pas supprimé les tensions, sans doute nécessaires, entre sécurité et respect des droits de l'homme, mais qui fonde sur la bipolarité une dynamique qui lui permet de tracer un itinéraire de convergence et de se structurer ainsi par équilibre réciproque.

En Europe, les premiers itinéraires ne disent pas leur nom. Longs et sinueux, ils cherchent une convergence au coup par coup : soit par l'intermédiaire des cours constitutionnelles nationales³, chemin notamment illustré par l'exemple précité du tribunal allemand, mais dont l'effet de convergence, limité au pays considéré, ne contribue que

1. 2 BvR 2236/04. Voir S. Manacorda, chr. « Droit de la Communauté et de l'UE », *RSC*, 2005, 4, à paraître.

2. Sur la saisine de la CEDH à propos des « positions communes sur le terrorisme », voir G. Cohen-Jonathan, « L'adhésion de l'UE à la CESDH », in *Quelle justice pour l'Europe ?*, Bruylant, 2004, p. 59-76, p. 68.

3. F. Garçon, « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *RSC*, 2004, p. 793-802.

très indirectement à l'intégration européenne; soit par la voie d'une requête auprès de la CEDH. Mais la requête ne peut être dirigée contre la Communauté européenne, qui n'est pas partie à la CESDH, seulement contre l'État qui aura accordé l'*exequatur* de la décision¹ ou transposé la norme en droit interne²; ou alors contre tous les États membres de l'UE³.

Jusqu'à présent, les censures ont été rares en raison de la prudence des deux cours et de leurs stratégies d'évitement⁴, mais, dorénavant, le développement d'un droit communautaire répressif, favorisé par l'apparition des décisions-cadre – et dans le cas où le Traité constitutionnel serait ratifié par la disparition des piliers et les nouvelles dispositions sur l'harmonisation pénale –, pourrait devenir une source de conflits accrus. Pour tenter d'y parer, la Commission semble d'ailleurs infléchir sa politique du tout-répressif au profit de la fonction « bouclier », notamment par la proposition d'une nouvelle décision-cadre relative aux droits procéduraux dans les procédures pénales⁵.

1. Affaire *Meelchers et Co. c. RFA*, CDH, 9 fév. 1990.

2. Affaire *Cantoni c. France*, CEDH, 15 nov. 1996, Rec., 1996, V; affaire *Bosphorus Hava... c. Irlande*, 30 juin 2005.

3. Voir requête *Société Senator Lines c. les quinze États membres de l'UE*, RUDH, 2000, p. 119 sq., fondée sur la sanction prononcée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI); puis l'annulation de la sanction par le TPI, G. Cohen-Jonathan, « L'adhésion de l'UE à la CESDH », *op. cit.*, p. 68; enfin la décision d'irrecevabilité de la CEDH, 22 juin 2004, RUDH, 2004, p. 109 sq.

4. Voir ci-dessus; voir également A. Bernardi, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'europanisation sur le système pénal », *RIEL*, 52, 2004, p. 1-48.

5. A. Weyembergh, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 45; S. Manacorda, *chr.* « Droit de la Communauté et de l'UE », *op. cit.* (RSC, 2004), p. 976.

Des itinéraires plus directs seraient d'ailleurs ouverts par le Traité constitutionnel (art. I-9 TC), qui prévoit d'une part la reconnaissance des droits, libertés et principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II du Traité, d'autre part l'adhésion de l'Union, désormais dotée de la personnalité morale, à la CESDH¹. La seconde disposition, même si elle ne « modifie pas les compétences de l'Union », raccourcirait l'itinéraire actuel, en permettant le recours direct à Strasbourg contre une application du droit communautaire considérée comme contraire à la CESDH. Elle pourrait ainsi contribuer à transformer la dualité en bipolarité. Mais c'est sans doute l'entrée en vigueur de la Charte qui permettrait de tracer l'itinéraire le plus court, si elle devait rendre possible une sorte de contrôle de la constitutionnalité des lois européennes. Ainsi toute loi européenne, ou loi-cadre, notamment pénale, pourrait se trouver confrontée à la Charte. Si l'exercice avait été fait à propos de la décision-cadre sur le terrorisme, les définitions vagues de certaines des infractions visées auraient pu être contestées par référence au principe de légalité (art. II-109 TC) et sans doute précisées.

Il est inutile d'aller plus loin dans cet exercice d'anticipation, prématuré tant que le Traité constitutionnel n'est pas ratifié. Mais on peut retenir de l'exemple européen que la régionalisation n'est en elle-même ni un bien ni un mal, car tout dépend de la façon dont se structure l'espace régional. Du moins l'existence d'une dualité entre économie et droits de l'homme ouvre-t-elle la possibilité d'un équilibre progressif si elle se transforme en bipolarité. De même

1. G. Cohen-Jonathan, « L'adhésion de l'UE à la CESDH », *op. cit.*

dans les autres régions qui, à partir d'une structure analogue, commencent à promouvoir, au sein d'institutions communes, une certaine intégration pénale (l'Amérique du Sud et, à terme, l'Afrique).

En revanche, un tel équilibre semble difficilement transposable au niveau mondial, où les formes d'internationalisation restent beaucoup plus éclatées. Même si l'intégration apparaît plus avancée en droit pénal, avec la création des tribunaux pénaux internationaux, l'absence de cour mondiale des droits de l'homme risque de ralentir considérablement la stabilisation de l'organisation mondiale.



CHAPITRE II

Organisation mondiale

Nous vivons encore sous l'emprise du projet d'ordre mondial dessiné par la Charte de San Francisco créant l'Organisation des Nations unies en juin 1945 et par la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée à Paris en décembre 1948. Un projet fait de principes apparemment clairs (la paix par la sécurité collective, les droits fondamentaux universels parce qu'indivisibles), selon une architecture apparemment simple (Assemblée générale, Conseil de sécurité, Conseil économique et social, Conseil de tutelle, Secrétariat général et Cour internationale de justice)¹.

S'il s'est enrichi avec l'adoption d'instruments ayant valeur juridique dans des domaines aussi divers que les droits de l'homme, le droit du commerce, de la santé, de l'environnement, etc., ce beau projet semble s'être perdu au cours des grands chambardements politiques qui ont suivi : décolonisation, guerre froide, effondrement de l'Empire

1. Voir notamment J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, Economica, 3^e éd. 2005 ; Ph. Moreau-Desfarges, « L'ONU à soixante ans », in T. de Montbrial, Ph. Moreau-Desfarges (dir.), *Ramsès 2006*, Dunod, 2005, p. 31-46 ; *Questions internationales*, 11, *L'ONU à l'épreuve*, La Documentation française, janv. 2005.

soviétique, globalisation, développement du terrorisme international. Passée de cinquante et un États à cent quatre-vingt-onze, l'Organisation s'est scindée idéologiquement à partir de la guerre froide : de la DUDH aux deux Pactes de 1966, le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux n'a pas résisté. Et la globalisation qui a suivi a fait éclater les facteurs de l'internationalisation¹, jusqu'à opposer la *mondialisation du droit*, qui rapproche les ordres juridiques internes autour des droits de l'homme et tente de « civiliser » la globalisation, au *droit de la mondialisation*, qui produit des règles spécifiques liées au marché et symboliserait le retour à l'état de nature². Nous découvrons ainsi que la souveraineté nationale est davantage menacée par la globalisation que par l'universalisme.

Le constat n'est pas seulement économique : l'apparition d'un terrorisme global (attentats du 11 septembre), puis la riposte en forme de « guerre contre le terrorisme », au sens plein et non métaphorique, ont contribué à l'effacement des frontières entre le crime et la guerre, le dedans et le dehors, l'action unilatérale et multilatérale. Et les attentats de Londres ont mis en lumière, le 7 juillet 2005, cette

1. M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996, 2^e éd. 2005, *Trois Défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998 ; « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.*, 1999, p. 43 ; A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 1999, 2^e éd. 2004 ; B. Auby, *La Globalisation, le Droit et l'État*, Montchrestien, 2003 ; M.M. Salah, *Les Contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002 ; E. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, *op. cit.* ; C.-A. Morand (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001.

2. J. Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. Morand (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, *op. cit.*, p. 36 sq. ; F. Ost, « Mondialisation, globalisation, universalisation, s'arrêter encore et toujours à l'état de nature », *ibid.*, p. 5 sq.

spécificité du terrorisme global qui tend à faire de la planète un espace commun sans que l'on puisse localiser l'ennemi au-dehors (comme en cas de guerre étrangère) ni l'identifier au-dedans (comme en cas de guerre civile). Façon de poser le redoutable problème d'un ennemi invisible, disséminé partout sans pouvoir être situé quelque part. Plus largement encore, la globalisation invite à concevoir un espace commun sans extérieur. Ce n'est sans doute pas un hasard si le document final du sommet mondial de 2005¹ place la question du terrorisme et de la criminalité internationale dans le chapitre III sur la paix et la sécurité collective, après le désarmement et la non-prolifération (§ 65-72 et 93-96). Qu'il s'agisse de crimes, de risques ou de flux économiques et financiers, voire de flux d'information sur Internet, les interdépendances, en multipliant les accords intergouvernementaux, tendent à affaiblir l'autonomie des États-nations au profit d'un modèle plus autoritaire que démocratique. Une telle situation appellerait cette « politique intérieure mondiale » dont Jürgen Habermas a démontré la nécessité et l'urgence², mais qui reste en pratique à inventer.

Le terme de *mondialisation* ne désigne donc pas un droit mondial déjà établi, dont on pourrait décrire les composantes, mais un mouvement qui peut nous conduire aussi bien à l'uniformité aliénante qu'à la *mondialité*, cet « inextricable du monde » que le poète Édouard Glissant distingue précisément de la mondialisation pour y voir « cette aventure sans précédent qu'il nous est donné de vivre dans un monde qui, pour la première fois et si réellement et de

1. Assemblée générale des Nations unies, 15 sept. 2005.

2. J. Habermas, *Une époque de transitions. Écrits politiques 1998-2003*, Fayard, 2005, p. 124 et 163.

manière tant immédiate, foudroyante, se conçoit à la fois multiple et un, et inextricable¹. L'aventure est sans précédent, en effet, y compris dans le champ juridique où le droit s'organise de façon parfois plurielle mais rarement pluraliste.

Tout se passe comme si, à l'inverse du mouvement décrit au niveau régional, le projet mondial imaginé dans l'immédiat après-guerre s'était volatilisé en objets juridiques éparés qui se mondialisent au hasard de stratégies dispersées entre les stratégies nationales des États ou celles, transnationales, des entreprises. L'espace pénal mondial en formation, placé au confluent de l'universalisme et de la globalisation, pourrait constituer l'un des moyens de les rassembler; mais l'exemple pénal est aussi un contre-exemple, car il montre les risques juridiques et les limites politiques d'une mondialisation dont le pluralisme n'est pas garanti. Pour rebâtir un véritable projet, il restera à définir les conditions d'une stabilisation pluraliste.

Du projet mondial aux objets mondialisés

Le point commun des événements si divers qui ont marqué les dernières décennies est d'avoir favorisé tout à la fois une fragmentation, qui disperse les instruments juridiques mondiaux autour d'objets éparés, et une privatisation, qui brouille, au profit d'intérêts privés, le projet commun.

Fragmentation

L'état des lieux n'est pas à refaire ici¹. On se souvient des clivages observés, tant du côté des concepts à vocation universelle (droits de l'homme, humanité perçue à travers le crime contre l'humanité et le patrimoine commun de l'humanité, marché) que du côté des réponses à la globalisation, qu'il s'agisse du droit applicable aux crimes globalisés, aux flux immatériels ou aux risques globaux. Je me limiterai à y puiser quelques illustrations de la dispersion des objets qui commande la sinuosité des trajets entre les divers niveaux d'organisation.

Emblématiques de l'universalisme juridique, les droits de l'homme illustrent les propriétés, à la fois positives et négatives, de la fragmentation. Car leur répartition verticale, entre les divers espaces – national, régional, mondial –, qui avait été imaginée par les rédacteurs de la DUDH, aurait dû faciliter, dans leur esprit, une intégration pluraliste et évolutive². Mais la non-ratification d'une partie des instruments régionaux (Amérique du Nord), la lenteur du processus (Afrique), l'absence persistante de contrôle juridictionnel (Déclaration islamique et Charte arabe), enfin, plus radicale encore, l'absence d'instrument régional de protection des droits de l'homme dans toute une partie du monde (Asie, Moyen Orient, Asie-Pacifique) ont considérablement affaibli le projet d'origine.

S'ajoutent les effets paralysants de la séparation qui suit,

1. M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, op. cit.
2. Voir R.J. Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, 1986; J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights, Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 20.

1. É. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, op. cit., p. 15.

avec les deux pactes ONU de 1966, entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. En permettant des ratifications sélectives (les États-Unis ont ratifié seulement l'un des pactes, la Chine l'autre), cette séparation a ruiné le principe de l'indivisibilité, alors que le caractère universel, ou universalisable, des droits de l'homme n'est acceptable par chacun que si chacun admet l'égale importance de tous les droits fondamentaux.

Du même coup, c'est tout l'ensemble qui se trouve menacé : la Déclaration universelle ne pouvant jouer son rôle de boussole, l'espace juridique mondial s'ouvre à une fragmentation généralisée. Autrement dit, le droit va se mondialiser autour des objets qu'il plaît aux plus puissants, les États mais aussi les acteurs économiques, d'identifier et de construire juridiquement. C'est ainsi que le droit des échanges commerciaux bénéficiera avec l'ORD d'une rapide juridictionnalisation, tandis que l'on préfère ordonner la concurrence par le jeu d'une application extraterritoriale, toujours plus extensive, du droit des États-Unis, voire de l'Union européenne, plutôt que d'adopter une *lex economica* opposable à tous¹.

Certes, la fragmentation n'empêche pas que le rapprochement juridique, autour de chaque objet, puisse avoir des effets positifs. Ainsi, la mondialisation du commerce, amorcée par les accords du GATT mais véritablement lancée par la création de l'OMC en 1994², a sans doute contribué à ébaucher la construction d'un État de droit en Chine³,

1. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 106 sq.

2. H. Ruiz Fabri, « La contribution de l'OMC à la gestion d'un espace public mondial », in E. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, op. cit., p. 347 sq.

3. L. Choukroune, « L'accession de la République populaire de Chine à

comme à favoriser l'adoption de positions communes au sein de la Communauté européenne, dont on sait qu'elle négocie directement avec l'Organisation, à la place des États.

En pratique, cependant, le degré d'organisation et la capacité d'intégration de chaque fragment dépendent des moyens juridiques que les États acceptent de créer et des partages de souveraineté auxquels ils sont prêts à consentir. En matière de risques globaux (écologiques, biotechnologiques, sanitaires ou sociaux), leur frilosité explique la fragilité des espaces juridiques à vocation pourtant mondiale. Le droit de l'environnement reste sans organisation mondiale¹, tandis que le droit de la santé, qui relève de l'OMS, comme le droit du travail de l'OIT, sont dépourvus de contrôle juridictionnel supranational. Combinée à l'isolement de chacun, cette fragilité crée une dissymétrie au profit des espaces les mieux organisés, comme le droit du commerce, au risque d'instaurer une hiérarchie de fait en sa faveur, ou de laisser les contradictions sans réponse.

En effet, la fragmentation horizontale est source de contradictions, comme on a pu l'observer entre le dispositif de Kyoto et celui de l'OMC (voir ci-dessus, première partie, « Les processus d'interaction »). La principale contradiction tient au refus des États-Unis d'adhérer au dispositif de Kyoto, alors qu'ils sont très présents à l'OMC ; mais le

¹ l'OMC, instrument de la construction d'un État de droit par l'internationalisation », thèse, université Paris I, 15 déc. 2004.

1. Sur la proposition de compléter « les îlots manquants de l'archipel international » par la création d'une organisation mondiale de l'environnement, voir Conseil économique et social, P. Jacquet, J. Pisani-Ferry, L. Tubiana (dir.), *Gouvernance mondiale*, La Documentation française, 2002, p. 95 sq.

principe de différenciation entre les États, indispensable pour tenir compte des diversités nationales, a créé une distorsion interne, soulevant plus largement la question de « la compatibilité d'une approche mercantile de l'atmosphère avec le régime juridique du climat [...] notion d'intérêt commun¹ ».

La question est transposable à d'autres domaines, comme celui de la recherche médicale, notamment en ce qui concerne les vaccins et médicaments. On constate en ce domaine les effets pervers d'une mondialisation qui impose les standards occidentaux (normes Iso, International Standard Organization) au nom d'un universalisme qui refuse de tenir compte des spécificités nationales². Quant au projet de Déclaration relative à des normes universelles en matière de bioéthique, adopté en 2005 par le Comité international de bioéthique de l'Unesco, il a le mérite de poser les principes de solidarité et de responsabilité à l'égard de la biosphère (art. 6 et 7), ainsi que celui du « partage des bienfaits de la recherche scientifique et de ses applications » (art. 13), et d'évoquer le rôle des pratiques transnationales (art. 22). En revanche, la déclaration ne dit ni comment concilier l'universalisme des droits proclamés avec le principe de diversité culturelle et de pluralisme (art. 5)³, ni

1. L. Boisson de Chazournes, « Le droit international au chevet de la lutte contre le réchauffement planétaire : éléments d'un régime », in *L'évolution du droit international. Mélanges Hubert Thierry*, Pedone, 1998, p. 54.

2. « La mondialisation des normes et standards, conséquences pour les soins aux malades » (association MURS France, colloque au Collège de France, 7 févr. 2005), in J.-P. Alix, L. Degos, D. Jolly (dir.), *Normalisation, Mondialisation, Harmonisation. Trois objectifs en contradiction pour soigner les malades*, Flammarion, 2005.

3. Comp. *Inégalités dans les accès aux soins et dans la participation à*

comment coordonner entre eux les différents espaces (Unesco, OMC, OMS, OMPD), ni encore comment déterminer les responsabilités des opérateurs économiques privés en cas de violation de ces principes.

Car la fragmentation n'est pas le seul problème. Avec la globalisation des flux financiers et des flux d'information, le principal enjeu est devenu la privatisation, sans projet commun.

Privatisation

Le terme de « privatisation » renvoie d'abord à une première distinction entre les sujets de droit public (les États, leurs représentants et les collectivités territoriales, qui sont chargés de défendre et promouvoir les intérêts publics communs) et les sujets de droit privé (qui défendent leurs intérêts propres). Or les nouvelles formes d'internationalisation font progressivement entrer les sujets privés sur une scène internationale qui ne se limite plus aux relations inter-étatiques. Mais cette entrée en scène n'a pas la même signification pour tous.

Les membres de la société civile deviennent acteurs au nom de l'universalisme : d'une part, comme victimes de violations des droits de l'homme, ils peuvent agir contre un État, à titre individuel ou collectif, quand le recours est admis, devant les cours régionales ou devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU ; d'autre part comme auteurs de crimes internationaux, notamment les crimes contre l'humanité, ils peuvent être poursuivis devant les tribunaux

^{la recherche à l'échelle mondiale, problèmes éthiques, avis du CCNE, n° 78, 18 sept. 2003.}

pénaux internationaux. Même si l'on observe un rôle croissant des organisations non gouvernementales (ONG) en droit international des droits de l'homme¹, le pouvoir « législatif » de la société civile se limite à la participation indirecte des ONG, tant à l'élaboration des normes mondiales qu'à la mise en place des structures judiciaires ou juridictionnelles.

En revanche la globalisation transforme les « pouvoirs privés économiques »², notamment les entreprises transnationales, qui deviennent directement productrices de normes, comme on l'a vu avec le développement de la *lex mercatoria*³, en même temps qu'elles deviennent partenaires, à égalité avec les États, par le jeu d'accords internationaux, dans le domaine des investissements⁴.

Charles Leben a rappelé, lors du séminaire du Collège de France « Discontinuités et interactions »⁵, les deux étapes du processus : après un essai manqué, entre 1970 et 1985, pour réglementer les entreprises transnationales (offensive du nouvel ordre économique mondial et tentative de rédaction d'un code international de conduite pour les transferts de technologie), une seconde phase, qui débute à la fin des

1. *Les Organisations non gouvernementales et le Droit international des droits de l'homme*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Bruylant, 2005.

2. Voir G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Souveraineté étatique et Marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2001, p. 613-661 ; *id.*, *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

3. *Le Relatif et l'Universel*, p. 100 sq.

4. C. Leben, « Les opérateurs des affaires internationales », *Le Droit international des affaires*, PUF, 6^e éd. 2003, p. 54 sq.

5. *Id.*, « Entreprises multinationales et droit international économique », in *Les Figures de l'internationalisation pénale en droit des affaires*, RSC, 2005, 4, à paraître, p. 777-787.

années 1980, est marquée par le développement du droit des investissements, et l'accession des entreprises, le plus souvent transnationales, au droit international public. Ce phénomène est favorisé par l'apparition des « contrats d'État », nommé un État et un investisseur privé¹, et surtout par la création du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), en application de la convention de Washington, conclue en 1965 sous l'égide de la Banque mondiale. En 2002, cette convention avait été ratifiée par cent trente-quatre États, dont la Chine, longtemps hostile à ce type d'arbitrage. Le succès est attesté par le nombre de traités de protection des investissements qui renvoient au CIRDI. Passés de quelques centaines par an en 1990 à plus de deux mille en 2002, ces traités sont le plus souvent bilatéraux mais, comme on l'a vu précédemment, le traité multilatéral ALENA a également introduit le mécanisme pour l'Amérique du Nord et le projet de Zone de libre-échange des Amériques envisagerait son extension à tout le continent.

S'il est vrai que cette accession à la sphère du droit international public des personnes privées/investisseurs « est d'une importance comparable à l'accession des personnes privées au droit international des droits de l'homme² », elle est encore plus significative si l'on considère que cet accès des entreprises à la justice couvre l'ensemble du droit des investissements. Au terme d'une

1. P. Weil, *Écrits de droit international*, PUF, 2000, p. 303 sq. ; C. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », in *L'Évolution du droit international. Mélanges Hubert Thierry*, *op. cit.*, p. 247-280.

2. C. Leben, « Entreprises multinationales et droit international économique », *op. cit.*

interprétation extensive acceptée par les arbitres, n'importe quel investisseur, du moment qu'il relève d'un État ayant conclu un traité avec l'État d'accueil, peut attirer cet État devant un tribunal arbitral international, indépendamment de l'existence d'un contrat. Par contraste, on peut s'étonner du fait que la victime d'une violation des droits de l'homme ne puisse agir en justice que dans les régions où existe une cour des droits de l'homme, dans la seule hypothèse où l'État concerné a accepté la clause du recours individuel, et sans pouvoir mettre en cause les responsables privés.

La dissymétrie est d'autant plus grave que les violations des droits de l'homme ne sont pas seulement commises par des États, mais, de plus en plus souvent, par des entreprises transnationales, auxquelles le mécanisme du recours individuel est inapplicable. Pour tenter de remédier à cette lacune, un projet encore modeste, car dépourvu de contrôle juridictionnel, avait été élaboré par la Sous-Commission des droits de l'homme à la session d'août 2003 sous le nom de « Principes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises ». Accueilli avec méfiance par la Commission des droits de l'homme au printemps 2004, et considéré comme simple « avant-projet » sans valeur juridique¹, le texte avait été renvoyé au Haut Commissariat aux droits de l'homme, dont le soutien a permis de relancer le processus².

Il reste qu'au stade actuel cette double évolution, par fragmentation et privatisation de l'espace juridique, loin de

garantir un quelconque rééquilibrage, semble annoncer, à l'horizon de la mondialisation, un désordre croissant.

À moins que le droit pénal, placé au confluent des valeurs marchandes et non marchandes et théoriquement opposable à tous, y compris aux responsables politiques et économiques les plus puissants, ne réussisse à éviter à la fois la segmentation et la privatisation.

Un espace pénal mondial en formation

Nous avons relevé précédemment le paradoxe du droit pénal, qui se trouve désormais en première ligne de la mondialisation alors que le droit de punir est traditionnellement conçu, depuis l'époque moderne, comme l'emblème de la souveraineté des États et limité pour l'essentiel par le principe de territorialité. Il est vrai que l'obstacle de la souveraineté n'est pas totalement levé et explique sans doute pourquoi, malgré un mouvement de criminalisation sans précédent, l'espace pénal mondial reste un espace en formation.

La criminalisation semble imposée par l'universalisme des valeurs, qui conduit à sanctionner les crimes internationaux « les plus graves ». Même si le fondement reste vague et la notion imprécise, elle est explicitée par la liste limitative des crimes qui relèvent d'une justice pénale supranationale, consacrée par la création de la Cour pénale internationale (CPI), première véritable juridiction mondiale permanente. En revanche, la globalisation fut d'abord associée à la déréglementation et aux mécanismes d'auto-régulation (« *soft law* », codes de conduite). Et pourtant, elle se traduit désormais aussi par un mouvement de

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 187.

2. Report of the UN High Commissioner on Human Rights, E/CN.4/2005/91, 15 fév. 2005 ; E. Decaux, « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », in *Les Figures de l'internationalisation pénale en droit des affaires*, op. cit., p. 789-798.

criminalisation : pour que le jeu se joue à armes égales, il faut aplanir le terrain (« *level the playing field* »)¹ et les sanctions pénales sont à cet égard plus efficaces que les sanctions administratives ou civiles. Rien d'étonnant, dès lors, si le libéralisme implique un retour vers le droit pénal, comme si la globalisation devait se conjuguer avec l'universalisme pour favoriser la mondialisation pénale, au risque de conduire à un « surinvestissement pénal »², qui, notamment en matière de terrorisme, se traduirait par l'affaiblissement des principes fondamentaux sans garantir une vision pluraliste.

Le risque est d'autant plus préoccupant que les garde-fous européens ne sont pas directement transposables. Comme on l'a vu précédemment, la stabilisation est facilitée en Europe par la construction bipolaire et par l'équilibrage réalisé par les deux cours européennes, et le pluralisme y est inscrit dans le processus même d'une construction qui exclut toute tentative hégémonique unilatérale. En revanche, les tentatives existent à l'échelle mondiale, où l'absence de cour des droits de l'homme favorise des stratégies pas toujours cohérentes, entre un unilatéralisme conquérant, conduisant à l'extension, efficace mais peu légitime, du droit pénal national, et un multilatéralisme ambitieux, qui fonde sa légitimité sur le droit international mais peine à affirmer son efficacité face au souverainisme ombrageux des plus puissants États.

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 253 sq.

2. Y. Cartuyvels, « Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question », in M. Henzelin, R. Roth (dir.), *Le Droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ/Bruylant, 2003, p. 3 sq.

Les stratégies unilatérales sont d'autant plus difficiles à saisir qu'elles ne sont pas toujours coordonnées entre elles. Alors qu'en France ou en Italie « globalisation » semble d'abord rimer avec « dépenalisation », le Congrès américain d'abord rimer avec « dépenalisation », le Congrès américain a adopté, en 2002, avec la loi Sarbanes-Oxley (SOX), une stratégie inverse, de surpénalisation ou surcriminalisation. Nous avons évoqué cette loi qui tente de restaurer la confiance des investisseurs après la débâcle d'Enron, en doublant les peines déjà prévues pour la présentation de comptes frauduleux à la Securities and Exchange Commission (jusqu'à vingt ans d'emprisonnement dans certains cas, et/ou un million de dollars d'amende), en créant de nouvelles infractions comptables et en étendant la responsabilité pénale à toutes les personnes impliquées dans la déclaration de comptes frauduleux. L'effet de criminalisation est observable dans le monde entier dès lors que toutes les sociétés étrangères cotées aux États-Unis sont tenues de se conformer aux nouveaux standards américains. On sait que la société pétrolière Royal Dutch Shell avait failli servir de cobaye en la matière à la suite de sa surévaluation, en connaissance de cause, des réserves d'hydrocarbures¹.

Mais la stratégie d'extension unilatérale peut également se fonder sur la protection de valeurs universelles. Une filiale de Royal Dutch, la Royal Dutch Petroleum, est poursuivie aux États-Unis dans une autre affaire, fondée sur diverses violations des droits de l'homme lors d'opérations au Nigeria².

1. N. Norberg, « Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international », in *Les Figures de l'internationalisation pénale en droit des affaires*, op. cit., p. 739-746.

2. Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Company, and Shell Transport and

Le raisonnement juridique se fonde sur une seule et petite phrase, qui se trouve dans l'acte de 1789 établissant les cours fédérales des États-Unis, l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), et selon laquelle les tribunaux fédéraux de première instance sont compétents pour statuer sur toute action civile intentée par un étranger en raison d'un délit commis en violation du droit des gens ou d'un traité auquel les États-Unis sont partie. Elle permet ainsi aux cours fédérales de connaître de litiges entre étrangers pour des actes commis à l'étranger. Même s'il s'agit d'une compétence civile, et non pénale, sa mise en œuvre peut aboutir à de lourdes sanctions punitives. Dans les années 1970, l'ATCA avait servi à poursuivre les responsables politiques de graves violations des droits de l'homme commises à l'étranger¹ (comme l'apartheid en Afrique du Sud ou les exactions commises par des régimes autoritaires en Amérique latine). Il fut redécouvert dans le milieu des années 1990, en relation avec la globalisation économique. Une seconde série de poursuites devait alors débiter à l'encontre de sociétés multinationales : outre l'exemple de Royal Dutch Petroleum, il faut citer Unocal², la sœur américaine de Total-Fina-Elf, accusée d'avoir bénéficié du travail forcé des villageois lors de la construction d'un gazoduc en Birmanie : Unocal, poursuivi aux États-Unis sur le fondement de

Trading Company, PLC, 2000 US Ap. Lexis 23274 (2nd Cir. 2000) (cit. après, *Wiwa c. Royal Dutch*).

1. Voir « Implementing International Human Rights through the Domestic Legal Process », papers presented at the John Bassett Moore Society of International Law Conference, 6 déc. 1975 (ci-après, « Implementing International Human Rights »).

2. *Doe I c. Unocal Corp.*, 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997) (« *Doe I* »); *Doe c. Unocal Corp.*, 395 F. 3d 978 (9th Cir., 2003) (*vacating prior opinion and ordering rehearing en banc*).

l'ATCA pour complicité de travail forcé, meurtre et viol, a accepté un règlement amiable, la société Total-Fina-Elf étant pour sa part poursuivie devant la justice pénale française.

Car cette stratégie unilatérale n'est pas réservée au seul droit américain. L'avocat français William Bourdon a démontré les possibilités et les limites offertes par le droit français, analysant l'information ouverte par le parquet de Nanterre en novembre 2002, sur plainte pour séquestration d'anciens travailleurs forcés birmanes à l'encontre des dirigeants de Total¹.

Il est vrai que les stratégies unilatérales n'excluent pas tout pluralisme. C'est la différence entre les deux lois américaines (SOX et ATCA) : l'une prévoit la transplantation du droit américain à la plupart des sociétés ; l'autre, l'extension du droit international et son application par le juge américain. Mais la formule est extrêmement large et serait difficilement acceptable en droit pénal.

Dans une perspective plus précise, et plus conforme au principe de la légalité pénale, l'adoption des « Principes sur la responsabilité des entreprises transnationales » pourrait inciter les juges à intégrer systématiquement ces principes comme source pour interpréter les qualifications pénales nationales dans un contexte transnational, qu'il s'agisse du droit du travail, de l'environnement ou des sociétés. Dès à présent, dans l'affaire Total, la partie civile propose de définir la séquestration, au sens du code pénal français, en

1. W. Bourdon, « Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international des droits de l'homme », in *Les Figures de l'internationalisation pénale en droit des affaires*, op. cit., p. 747-751. Il est à signaler qu'un règlement amiable est intervenu entre l'entreprise et les plaignants. Voir *Le Monde*, 30 nov. 2005.

intégrant la définition internationale du travail forcé, qui résulte notamment des travaux de l'OIT. Cette internationalisation du droit interne serait une façon d'introduire un peu de pluralisme dans les stratégies unilatérales, donc de renforcer leur légitimité.

À l'inverse, les stratégies multilatérales ne garantissent pas automatiquement le pluralisme. On se souvient que c'est sur initiative américaine, et le plus souvent par transplantation du modèle américain, que de nombreuses conventions internationales ont prévu le rapprochement des systèmes de droit pénal dans divers domaines liés à la globalisation – corruption, blanchiment, criminalité organisée, terrorisme international¹. Il est d'ailleurs significatif que le groupe de travail chargé à l'OCDE de la mise en œuvre de la convention de 1997 sur la lutte contre la corruption de fonctionnaires étrangers dans les transactions commerciales internationales utilise le concept un peu étrange d'unilatéralisme collectif (*collective unilateralism*) pour décrire un dispositif qui, à partir de l'engagement unilatéral de chaque État, fait l'objet d'une évaluation collective par les pairs – la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation (principe d'équivalence fonctionnelle) produisant finalement un effet collectif d'harmonisation, y compris dans les États non parties à la convention². Quant à la criminalisation liée à la répression des crimes internationaux « les plus graves », à commencer par le crime

« contre l'humanité », elle fonde sa légitimité sur l'universalisme des valeurs sous-jacentes, mais ni l'effectivité ni l'efficacité ne sont garanties sans un support national. C'est pourquoi le principe de complémentarité (art. 1 et 17 statut CPI) affirme en réalité la subsidiarité de la compétence internationale (CPI) par rapport à la compétence des juridictions nationales et c'est pourquoi l'obligation d'enquêter et de poursuivre (légalité des poursuites) est assouplie par la clause qui reconnaît au procureur le pouvoir de renoncer aux poursuites en fonction des « intérêts de la justice » (art. 53 statut CPI).

Cette formule, qui renvoie à « toutes les circonstances », semble viser non seulement la gravité des crimes, le comportement des suspects et les intérêts des victimes, qui commandent la légitimité des poursuites, mais aussi des questions pratiques, comme la faisabilité de l'enquête et la possibilité d'obtenir une arrestation, ou encore l'impact sur la situation locale, qui commandent l'efficacité. Et dans l'application de ces critères, le bureau du procureur reconnaît la nécessité de concilier universalisme et pluralisme en admettant de tenir compte du contexte national, et, le cas échéant, de procédures alternatives de réconciliation.

On voit que l'opposition entre stratégies unilatérales et multilatérales pourrait être dépassée en combinant légitimité et efficacité : les stratégies unilatérales, plutôt liées à la globalisation, ne peuvent se limiter au seul critère de leur validité instrumentale et devront intégrer des normes internationales pour fonder leur légitimité ; à l'inverse, les stratégies multilatérales, plutôt fondées sur l'universalisme, ne peuvent s'affirmer sur le seul critère de leur légitimité (validité symbolique et axiologique) et leur effectivité devra être renforcée, tant par la coopération que par le

1. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit.

2. M. Pieth, « Introduction », in *OCDE Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions, International Commentary*, 2005, à paraître.

renforcement de la justice nationale. À terme, les deux stratégies pourraient se rejoindre au profit d'une complémentarité pluraliste qui engloberait l'ensemble de l'espace pénal mondial.

Pour parvenir à ce rééquilibrage qui permettrait de conjuguer universalisme et globalisation, il faut sans doute concevoir le droit pénal mondial non comme un « système » autonome et fermé, mais comme un « espace » qui, à la différence de l'espace bipolaire qui se dessine en Europe, se construit de façon « multipolaire », ouvert à tout un ensemble d'interactions verticales (entre droit international pénal et droit pénal national), mais aussi horizontales (entre droit international pénal, droit humanitaire, droit international des droits de l'homme et droit international général).

Il est à noter que le procureur de la CPI, dans le mémorandum précité sur la notion d'« intérêts de la justice », semble se situer d'emblée, pour interpréter le statut, dans un tel espace multipolaire : il reconnaît une autonomie au droit international pénal, par référence aux travaux préparatoires du statut et à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux sur la notion de gravité ; mais il exprime aussi une ouverture aux systèmes nationaux, par son souci de respecter la diversité juridique dans l'appréciation des intérêts des victimes et de la pertinence des procédures alternatives ; enfin, il fait référence au droit international des droits de l'homme (citant l'article 23 § 3 du statut CPI et la jurisprudence CIDH sur l'impunité et le droit des victimes à un procès équitable). Il reste que seule la Cour pourra prendre position sur l'éventuelle suprématie du droit des droits de l'homme sur le droit répressif, fût-il mondial, étant rappelé que les tribunaux pénaux internationaux avaient d'emblée admis les interactions,

mais refusé toute hiérarchie au profit des droits de l'homme¹.

Il reste aussi que ce droit à vocation universelle suscite de fortes oppositions politiques qui limitent le jeu des interactions juridiques, comme le montrent les hésitations du Conseil de sécurité au vu du rapport de la commission Cassese chargée d'enquêter sur le Darfour², qui devait finalement conduire le Conseil de sécurité, comme le recommandait le rapport, à déférer les crimes au procureur en application du chapitre VII de la Charte ONU (en vue du rétablissement de la paix).

S'il contribue ainsi à la solution des crises³, cet espace pénal en formation ne stabilisera donc pas à lui seul l'espace juridique mondial. Du moins pourrait-il fonder, par référence aux valeurs qui le sous-tendent, une éthique de la mondialisation⁴ et montrer comment articuler les interactions aux différents niveaux d'organisation au service d'une stabilisation pluraliste.

1. Voir A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit., p. 144-188 ; M. Delmas-Marty, H. Muir Watt, H. Ruiz Fabri, (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, op. cit., p. 245-265 ; M. Delmas-Marty, E. Fronza, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les Sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op. cit.

2. A. Cassese et al., *Report on the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations*, Secretary General, 25 janv. 2005 ; Symposia « The Commission of Inquiry on Darfur and its Follow-Up : a Critical View », *JICJ*, 3, 2005, p. 539-607.

3. Ph. Alston, « The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations », *ibid.*, p. 600-607.

4. M. Delmas-Marty, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *RSC*, 2004, p. 1 sq.

Conditions d'une stabilisation pluraliste

Il s'agit non pas de revenir au projet initial, mais d'intégrer la complexité des données actuelles pour refonder un projet suffisamment pluraliste et évolutif pour être acceptable par tous. La stabilisation des processus d'internationalisation du droit à l'échelle mondiale ne sera pluraliste que si elle réussit à la fois à articuler verticalement le niveau régional et le niveau mondial et à dépasser au plan horizontal la fragmentation et la privatisation, de façon à réconcilier universalisme et globalisation.

Stabilisation verticale

On sait que l'ordre apparemment logique (du niveau national au niveau régional, puis mondial) n'est pas toujours respecté : outre les relations interrégionales, qui peuvent modifier le cours de l'intégration, il faut savoir que, selon les domaines concernés, l'impulsion est tantôt nationale, tantôt mondiale et tantôt régionale. Rappelons, par exemple, que le protocole de Kyoto, bloqué au niveau mondial, a pu être relancé au niveau régional avec la ratification de la Communauté européenne. L'application imposée par anticipation aux États européens par voie de directive a peut-être à son tour contribué à la ratification par la Russie, qui a permis l'entrée en vigueur du dispositif à l'échelle mondiale.

Quelles que soient ces discontinuités, on peut cependant soutenir l'hypothèse d'une stabilisation progressive, selon le modèle idéal que décrit notamment Pascal Lamy dans son essai sur *La Démocratie-monde*. Tout en faisant

observer que le régionalisme n'a rien de naturel et que « la géographie ne fait pas l'histoire », l'ancien commissaire européen du commerce, négociateur pour la Communauté européenne dans plusieurs cycles à l'OMC, considère que les constructions régionales pourraient constituer une première approche de ce qu'il appelle une démocratie *alternative*. Il note en effet que les constructions régionales « constituent autant de matériaux réutilisables sur la scène mondiale ; les convergences qu'elles réalisent entre leurs membres dégagent des positions communes ; ces ensembles régionaux sont un premier lieu de synthèse où se fait l'apprentissage d'une première confrontation des préférences collectives, d'une mise à l'épreuve des choix communs, d'une pratique de compromis, d'une réduction de la méfiance¹ ». La position serait ainsi clarifiée et consolidée au moment de prendre part à la discussion, à l'échelle mondiale, des questions globales.

Encore faut-il que des convergences existent, que des positions communes puissent s'exprimer d'une seule voix et que des préférences collectives reflètent des choix communs : autrement dit, la stabilisation supposerait que les ensembles régionaux jouent le rôle de « laboratoire de la mondialisation² » qui fut parfois attribué à la construction européenne. Mais celle-ci n'a évidemment aucun monopole ; tout au plus son ancienneté permet-elle d'explicitier

1. P. Lamy, *La Démocratie-monde. Pour une autre gouvernance globale*, Seuil/La République des idées, 2004, p. 69-70.

2. M. Delmas-Marty, « L'espace judiciaire européen : laboratoire de la mondialisation », *D.*, 2000, p. 421 ; P. Lamy, « Le laboratoire européen », *La Démocratie-monde*, *op. cit.*, p. 35 *sq.* ; J. Dutheil de la Rochère, « Mondialisation et régionalisation », in É. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, *op. cit.*, p. 435-453.

les conditions, de forme et de fond, ainsi que les modalités pratiques, qui permettraient, bien au-delà de l'Europe, une telle stabilisation.

Une première condition tient au statut de l'organisation régionale au niveau mondial, c'est-à-dire à la part de souveraineté que les États membres lui délèguent dans les négociations mondiales. Pour jouer le rôle décrit ci-dessus, l'organisation régionale doit être représentée, comme l'est la Communauté européenne, à l'OMC, par le commissaire chargé du commerce. Mais on se souvient que d'autres représentations sont plus problématiques (dans le débat sur les OGM, on avait assisté à la lutte entre responsables de la santé, de l'environnement et du commerce). Et, surtout, il faut tenir compte de situations très différentes d'une région à l'autre, car les réticences sont encore fortes avant de consentir une telle délégation.

Encore faut-il aussi, pour que les convergences existent, que la construction repose sur une solidarité, qui n'est pas admise dans toutes les figures recensées ci-dessus (en particulier dans les espaces de libre-échange comme l'ALENA ou l'APEC) et peut à l'inverse apparaître en dehors des réseaux officiels (diaspora chinoise en Asie du Sud-Est). Il semble que, malgré les difficultés pratiques, des positions communes soient progressivement adoptées à l'OMC¹, au nom d'organisations régionales autres que l'UE, comme le Mercosur, l'ASEAN, le Caricom, le groupe ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique), et parfois au nom d'organisations *ad hoc* comme, en matière de produits

1. Site web de l'OMC (http://www.wto.org/french/thewto_t/whatis/tif_f/org3_f.htm).

agricoles, le Cairns, qui regroupe divers États menacés par les subventions.

Cette notion de position commune renvoie au travail préparatoire que chaque organisation régionale est supposée effectuer, et effective, semble-t-il, dans un certain nombre de cas¹. Il est sans doute nécessaire que, pour être pleinement efficace, ce travail préparatoire soit à la fois politique, pour rapprocher les choix de valeurs à partir de préférences collectives exprimées et hiérarchisées, et juridique, par l'harmonisation et parfois l'hybridation des normes communes.

À supposer de telles conditions réunies, le projet d'ensemble n'est pas reconstitué pour autant. Bien au contraire, apparaît alors le risque de divergence entre un niveau régional partiellement intégré et ordonné et un niveau mondial, décrit comme « plutôt chaotique, décentralisé et en grande partie peu transparent² ». Autrement dit, il reste à dépasser la fragmentation et la privatisation par une stabilisation horizontale.

Stabilisation horizontale

L'intégration mondiale restera en effet chaotique tant que la globalisation se traduira par l'adoption de normes et d'institutions sans relation avec l'universalisme des valeurs.

Nous n'aborderons pas ici ce que Lamy nomme les « failles de la gouvernance inter-nationale », qu'il estime

1. J. Ténier, *Intégrations régionales et Mondialisation*, op. cit., p. 200.
2. A. Lepiney, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in C.-A. Morand (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 161.

trop souvent abandonnée aux « gesticulations d'une gouvernance déclamatoire »¹, ni les réformes institutionnelles qui seraient nécessaires, qu'il s'agisse du Conseil de sécurité de l'ONU², de l'OMC, de l'OIT ou des institutions financières³, qui seront traitées, en même temps que la montée en puissance des juges, nationaux et internationaux, dans un prochain ouvrage sur la « refondation des pouvoirs ».

En revanche, dans la perspective plus strictement normative du « pluralisme ordonné », nous aurions besoin, précisément pour ordonner le multiple, de retrouver une boussole qui indique la direction à suivre pour refonder un projet commun, autre que le choix hégémonique du pays le plus puissant.

Si la boussole de la DUDH a été cassée par la séparation en deux catégories de droits, il faudrait pouvoir la réparer en réunifiant l'ensemble et en développer l'usage par la judiciarisation des mécanismes de recours, et le futur « Conseil des droits de l'homme », dont la création a été proposée au sommet de 2005, pourra y contribuer. Mais le Conseil semble encore loin d'une future cour mondiale, d'autant que le soin d'organiser les négociations et de définir « le mandat, les modalités d'organisation, les fonctions, la taille, la composition et les méthodes de travail » a été renvoyé à l'Assemblée générale, qui devra tenir compte de la résistance politique de nombreux pays, des États-Unis à la Chine, en passant par la Russie, les pays d'islam ou encore Israël. Sans modifier les textes, les juges peuvent cependant déjà reconnaître à certains droits fondamentaux le caractère

de *jus cogens*, c'est-à-dire de règle impérative du droit international général applicable à tous les États indépendamment de leur appartenance ou non à un traité déterminé. Face à la prudence de la CIJ, ce sont les cours régionales des droits de l'homme qui font ici figure de pionniers, par une sorte de combinaison des deux types de stabilisation, une sorte de combinaison des deux types de stabilisation, horizontale et verticale.

Nous avons observé ces entrecroisements dans les évolutions de la jurisprudence sur la peine de mort (« Le dialogue des juges sur la peine de mort »). Avant d'être relayé par la CIJ et certaines cours constitutionnelles, le mouvement avait été déclenché en 1989 par la CEDH, puis relancé par l'avis de la CIDH en 1999.

À nouveau, celle-ci s'est placée en première ligne, par son avis de 2003 *Condition juridique et droits des travailleurs migrants*¹. Selon la formule imagée du juge mexicain Sergio García Ramírez, qui la préside désormais, la Cour, forte du soutien des États d'Amérique latine, veut « aider à déplacer les montagnes ». L'avis (adopté à l'unanimité) a en effet l'audace de poser les bases d'un statut universel des travailleurs migrants irréguliers (débat entre le Mexique et les États-Unis). Il se fonde sur le pacte ONU sur les droits civils et politiques (art. 26) pour reconnaître valeur de *jus cogens* au principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination. Façon de substituer, par intégration d'un texte à vocation mondiale, le niveau régional au niveau mondial manquant. Mais il s'agit d'un simple avis et la « montagne » qui oppose aux travailleurs migrants l'argument juridique de l'irrégularité de leur situation et l'argument économique

1. P. Lamy, *La Démocratie-monde*, op. cit., p. 22 sq.

2. Voir le rapport du groupe à haut niveau, déc. 2004.

3. P. Lamy, *La Démocratie-monde*, op. cit., p. 28 sq.

du conflit d'intérêts (que nous connaissons aussi en Europe) entre pays d'émigration et pays d'immigration s'en trouve dans l'immédiat à peine ébranlée.

Une autre brèche pourrait s'entrouvrir autour des préférences collectives qui permettent d'identifier des « biens collectifs mondiaux » ou des « biens publics mondiaux ». Apparu après le rejet du concept universaliste de « patrimoine commun de l'humanité »¹, celui de « biens publics mondiaux » fut lancé par la Banque mondiale à propos du financement des « *global public goods and services* »². C'est pourquoi les critères qui le définissent sont d'abord économiques : la non-rivalité dans sa consommation et la non-exclusion des consommateurs potentiels. Ces critères expliquent l'hétérogénéité d'un concept qui protégerait des biens aussi divers que la santé, l'eau potable, la couche d'ozone ou l'accès à l'information par Internet, mais ils ne s'appliquent pas dans tous les domaines conflictuels, à commencer par celui de l'emploi.

Pour réconcilier universalisme et globalisation, en marquant à la fois la complexité du monde actuel, déjà globalisé, et l'attachement au projet universaliste de la DUDH, il faut sans doute un nouvel instrument, comme la « Déclaration universelle d'interdépendance »³ qui a été proposée en 2005 par le Collegium international à l'occasion du soixantième anniversaire de la Charte de l'ONU.

L'idée de départ est que l'interdépendance est devenue

un fait impliquant à la fois des chances – car elle témoigne, par l'intensité des échanges, d'une communauté de vie à l'échelle de la planète – et des risques – car la globalisation des diverses menaces, naturelles et artificielles, transforme l'humanité, selon la formule de Jürgen Habermas¹, en une « communauté involontaire de risques ». Il resterait, par une prise de conscience volontaire de cette communauté de destin, à faire de l'interdépendance un véritable projet construit sur un principe d'inter-solidarité. Un tel principe aurait pour effet juridique d'engager tout à la fois les États et les organisations internationales, mais aussi les acteurs privés, individus et organisations détentrices de pouvoirs globaux (économiques, scientifiques, médiatiques, religieux ou culturels...). La mise en œuvre de ce principe suppose :

– « de réaffirmer l'ensemble des droits fondamentaux des individus présents, de les étendre aux générations futures et d'en renforcer l'application dans les limites nécessaires, dans une société démocratique mondiale, au respect de l'ordre public national et supranational » ;

– « de reconnaître que la détention d'un pouvoir d'échelle globale, qu'il soit économique, scientifique, médiatique, religieux ou culturel, implique le corollaire d'une responsabilité globale, c'est-à-dire étendue à tous les effets de ce pouvoir » ;

– « d'inciter les États souverains à reconnaître la nécessité d'intégrer l'ordre public supranational à la défense des valeurs et intérêts communs dont ils sont l'indispensable support » ;

1. J. Habermas, *Le Bicentenaire d'une idée kantienne*, Cerf, 1996.

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 92 sq., 123, 149, 203, 385, 400-401.

2. B. Campbell, « Le bien commun comme réponse à la pauvreté », in O. Delas, C. Deblock (dir.), *Le Bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruylant, 2003.

3. Voir *Libération*, 24 oct. 2005, p. 36.

— « de favoriser le développement des institutions représentatives des communautés internationales régionales, en même temps que de renforcer la Communauté mondiale et l'émergence d'une citoyenneté globale afin d'élaborer une politique commune pour la régulation des flux ainsi que la prévention des risques et la répression des crimes ».

Un tel dispositif, qui implique l'apparition d'une responsabilité globale, supposerait à la fois une définition plus précise de l'intérêt commun qui, par référence aux droits de l'homme et aux biens collectifs mondiaux, pourrait fonder le concept de crime international, et une application pluraliste, adaptée aux conditions pratiques propres à chaque niveau normatif, national ou régional, et privilégiant les processus d'entrecroisement et d'harmonisation. On retrouve ici la notion de « marge d'appréciation » qui préserve le pluralisme sans renoncer à l'ordonner.

Mais il ne suffit pas de ménager des différences dans un espace spécifique supposé statique. Encore faut-il tenir compte de la variabilité dans le temps, donc des rythmes de chaque État, ou de chaque région, et plus largement des vitesses de transformation qui varient aussi d'un espace à l'autre. La mise en ordre appelle aussi une synchronisation dans le temps.

TROISIÈME PARTIE

Les vitesses de transformation

Des espaces normatifs aux temps normatifs, le passage des niveaux d'organisation aux vitesses de transformation semble inéluctable, dès lors que l'un des traits principaux des processus d'internationalisation du droit tient à leur caractère évolutif. En préparant les formes à venir, tout processus évolutif est bien le prélude à la *transformation*.

Cette étude du pluralisme ordonné tend ainsi à privilégier une sorte de cinétique juridique, combinant énergie, produite par les divers processus de mise en ordre et leurs variations selon les niveaux d'organisation, et mouvements, caractérisés par les directions et les vitesses.

Si tout mouvement marque une permanence, il s'observe pourtant d'abord à travers les changements de direction. Bergson avait déjà noté les différences entre des variations insensibles et de brusques changements de direction, distinguant parmi ceux-ci les changements *solidaires*, liés par leur origine commune, et les changements *complémentaires*, qui sont d'origine différente mais « coordonnés les uns aux autres de manière à maintenir et même à perfectionner le fonctionnement d'un organe dans des

conditions plus compliquées¹ ». Pour éviter la seule métaphore organique, j'avais tenté d'emprunter à René Thom et à sa genèse des formes, qu'il pensait commune aux sciences physiques, biologiques, sociales et humaines, une représentation des mouvements de politique criminelle (pénalisation/dépénalisation, étatisation/privatisation, etc.²). La transposition inciterait aujourd'hui à repérer les bifurcations, ou, pour reprendre sa terminologie, les catastrophes de bifurcation, dont les attentats du 11 septembre sont un remarquable exemple.

Continus ou discontinus, les changements de direction sont en tout cas associés à la succession – concordance ou discordance des temps – entre passé, présent et avenir. François Ost y a consacré un ouvrage, *Le Temps du droit*, où il fait alterner la mémoire et le pardon au passé, la promesse et la remise en question du côté de l'avenir³. Et Zaki Laïdi montre comment la mondialisation substitue au temps historique un temps mondial, présent éternel qui conduirait selon lui au « sacre du présent »⁴.

Mais, au-delà de la chronologie et des changements de direction déjà observés tout au long du précédent volume⁵, il nous faut introduire la question, apparemment insolite, des vitesses. « La vitesse est le pouvoir même », écrit

1. H. Bergson, *L'Évolution créatrice*, Œuvres, PUF, 2^e éd. 1963, p. 551.
2. R. Thom, *Stabilité structurelle et Morphogénèse*, Interéditions, 1977 ; M. Delmas-Marty, *Modèles et Mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p. 153 ; id., *Les Grands Systèmes de politique criminelle*, op. cit.
3. F. Ost, *Le Temps du droit*, Odile Jacob, 1999.
4. Z. Laïdi, *Le Sacre du présent*, Flammarion, 2000.
5. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit.

Paul Virilio¹. Il ajoute cette formule : « Qui dit pouvoir dit, avant tout, pouvoir dromocratique – *dromos* vient du grec et veut dire course – et toute société est une société de course. » C'est bien en effet à des courses de vitesse que nous assistons, entre les ensembles normatifs nationaux et internationaux, voire entre tel ou tel secteur du droit régional ou mondial. Et ce sont les écarts qui nous intéressent, par un retour inattendu à la philosophie d'un Giambattista Vico² qui, décrivant au XVIII^e siècle la « nature commune des nations », souligne, comme on l'a vu, les différences dans les rythmes : l'isomorphisme n'est pas la synchronie. Car les rythmes participent aux ajustements et réajustements de ce bricolage juridique qui se met en place. L'ajustement, vers plus de justice et plus de justesse, est alors recherche non pas du temps perdu, mais du temps opportun, *kairos*, en grec, au sens littéral de « mélange ». Le pluralisme ordonné, c'est aussi l'art de mélanger les rythmes et de combiner au plus juste – ici encore d'ajuster – les vitesses aux énergies, et aux inerties, propres à chaque société. De même que l'espace normatif mondial n'a pas supprimé l'espace national, ni empêché l'apparition d'ensembles régionaux, le temps mondial n'a pas supprimé le temps historique, ni celui des États ni celui des régions.

Trop lente, l'évolution s'enlise et, en perdant la course, l'ensemble concerné perd son autonomie normative : c'est ainsi qu'un enlisement du projet européen risque d'aboutir à transférer une partie des choix à l'échelle mondiale. Mais,

1. P. Virilio, *Cybermonde, la politique du pire*. Entretien avec Philippe Petit, Textuel, 1996.
2. G. Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, op. cit.

trop rapide, l'évolution crée des distorsions, non seulement en termes de concurrence sur un même marché, mais, plus gravement, en termes de scission entre les divers secteurs de l'activité humaine et sociale. Le droit du commerce ne saurait durablement distancer le droit de l'environnement, du travail ou de la santé, ou plus largement le droit des droits de l'homme, sans détruire l'équilibre d'ensemble. La sagesse se dit aussi « tempérance », et c'est cet art de combiner des rythmes différents en une harmonie commune que je voudrais développer ici en repérant les principaux instruments juridiques qui permettent de freiner ou d'accélérer les évolutions et les transformations. Virilio ne craint pas de susciter l'indignation des égyptologues en réinterprétant très librement la figure du pharaon Toutankhamon. Il lui attribue dans une main le fouet (et non le chasse-mouches) pour accélérer le char de combat, dans l'autre le crochet pour le freiner¹. Trouver les freins et accélérateurs les mieux adaptés aux chars de nos sociétés serait en tout cas la sagesse du bon gouvernement et ce n'est pas un hasard si la Tempérance se trouve assise à côté de la Justice dans l'allégorie du Palazzo Pubblico de Sienne.

Car la période contemporaine n'est pas seulement caractérisée par une « accélération du temps juridique » dans chaque espace normatif², ni par le couple étrange associant espace virtuel et parcours en temps réel³. Le phénomène

1. P. Virilio, *Cybermonde, la politique du pire*, op. cit., p. 16.

2. Voir cependant, pour une étude plus fine, Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *L'Accélération du temps juridique*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, et notamment M. Vogliotti, « Faut-il récupérer *aidos* pour délier Sisyphe ? À propos du temps clos et instable de la justice pénale italienne », *ibid.*, p. 661-710.

3. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit.

majeur tient peut-être aux écarts de vitesse d'un espace à l'autre. Tant que le droit résiste à l'internationalisation, ces écarts font partie de la diversité même des peuples et de leurs systèmes de droit, mais à mesure que les interdépendances de fait imposent des interactions, normatives et juridictionnelles, de plus en plus nombreuses (voir ci-dessus), ces écarts entraînent des effets pervers, dont la prise en compte devrait conditionner toute mise en ordre. Une première hypothèse est que, en réponse à cette « asynchronie » d'un espace à l'autre, le pluralisme ordonné appellerait un art, sinon de la concordance des temps juridiques (car l'uniformisation serait une fois de plus réductrice du pluralisme), du moins de la nécessaire « synchronisation », au sens de mise en compatibilité, ou de mise en harmonie, de rythmes qui resteraient sans doute, au moins partiellement, différents.

Mais, si l'on admet ainsi que la synchronisation, comme l'harmonisation, ne doit pas être confondue avec l'uniformisation, il reste à explorer les possibilités offertes par la notion de « polychronie », c'est-à-dire par l'usage, mais dans un même espace juridique, de vitesses variables selon les États. D'où la seconde hypothèse, posant la polychronie comme l'un des moyens de faciliter la synchronisation : de même que le pluralisme ordonné se fonde largement sur la notion de marge nationale d'appréciation, qui introduit des variations dans l'espace, de même il appelle aussi des variations dans les rythmes de transformation, car il serait absurde, et contre-productif, d'imposer à tous les États le même rythme, le même *tempo*.

De l'asynchronie (différents espaces, différentes vitesses) à la polychronie (un espace, plusieurs vitesses), il s'agira chaque fois de rechercher les conditions d'une synchronisation pluraliste.

CHAPITRE I

Asynchrone

La question des vitesses, et des écarts de vitesse d'un espace à l'autre, est d'autant plus difficile à saisir que les échelles de temps varient d'abord selon les niveaux d'organisation. Récemment encore, lors de l'entrée en vigueur du protocole de Kyoto sur les changements climatiques, un commentateur relevait que les grandes entreprises américaines, soumises à la fois au droit américain et au droit mondial, seraient favorables à la ratification du protocole international, car leur champ d'intervention n'est pas limité aux États-Unis, mais étendu à l'ensemble du monde. Autrement dit, l'interdépendance est déjà si forte que les écarts entre normes nationales et internationales créent pour les entreprises des distorsions financièrement inacceptables : « Elles ne peuvent pas gérer un système à deux vitesses, se comporter d'une façon aux États-Unis, et d'une autre ailleurs¹. » D'autant que les vitesses varient aussi d'un secteur à l'autre du droit. Si l'on poursuit le raisonnement, le problème est que le rythme des transformations n'est pas

1. P. Radanne, « Les pays finiront par plier à un gouvernement mondial du climat », *Le Monde*, 16 fév. 2005.

non plus synchronisé entre le droit de l'environnement et le droit du commerce.

Une fois repéré ce phénomène de la pluralité des échelles de temps, il sera donc nécessaire de l'illustrer de l'exemple qui sous-tend les développements des années précédentes¹, en comparant la vitesse d'évolution des instruments de protection des droits de l'homme avec celle qui commande le droit du commerce, cet exemple permettant enfin d'esquisser les conditions d'une synchronisation pluraliste.

La pluralité des échelles de temps

Commençons par les échelles qui mesurent les écarts entre les niveaux d'organisation des espaces normatifs², les écarts entre le *tempo* national, régional ou mondial.

Échelles de temps et niveaux d'organisation

Dans *Le Gai Savoir*, Nietzsche relève que le *tempo* a « autant d'importance dans les forces de développement des peuples qu'en musique³ », ajoutant que l'humanité a tout à la fois besoin du *tempo* lent, cette « imitation de la tortue que l'on reconnaît pour la norme », et du *tempo* rapide,

celui de la gaieté qu'il attribue aux esprits impatientes, artistes, poètes et déserteurs – mais il met en garde : son interruption est « le pire danger » si l'exception devient alors la règle. Car la règle doit rester la lenteur et ce qu'il nomme la *bêtise vertueuse* : « On a besoin de ceux qui battent imperturbablement la mesure de l'esprit *lent* pour que les croyants de la grande croyance générale demeurent ensemble et continuent à danser leur danse¹. »

Il n'est pas sûr que la danse puisse continuer longtemps, car il n'est pas sûr que la règle reste la lenteur. Comme Nietzsche l'avait déjà pressenti il y a plus d'un siècle, « l'image des choses se déplace et se modifie, et ce peut-être plus, et plus vite, à partir de maintenant que jamais auparavant² ». Dans le champ juridique, le constat s'est à la fois confirmé et complexifié, car tout se passe comme si, d'un niveau à l'autre, on se repassait la balle pour tenter de surmonter les blocages.

Ainsi l'internationalisation du droit de la corruption³, c'est-à-dire l'extension de la règle pénale interne aux faits commis à l'étranger, part-elle du niveau national : le mouvement avait été amorcé en réponse au scandale de l'affaire *Locked* par la loi américaine de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act*). Mais il aura fallu plus de trente ans pour que soit adopté un dispositif mondial. En effet, cette loi n'avait au départ aucune chance d'entraîner de façon spontanée l'adoption de dispositifs analogues dans chaque système national. Pour éviter les effets négatifs pour les entreprises américaines, il aurait fallu que l'extension soit

1. Voir *Le Relatif et l'Universel* et les nombreux exemples précités.

2. Voir G. Soulier, *L'Europe. Histoire, Civilisation, Institutions*, Armand Colin, 1994, distinguant, en écho à la grammaire des civilisations, de Fernand Braudel, le « temps fondateur » et le « temps de l'organisation ».

3. F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, trad. P. Wolting, GF-Flammarion, 2^e éd. 2000, p. 69.

non droit U de te qui dent mer con enfi plu

La

Éc
d'« P^m 1^c q

imposée au niveau mondial. D'où la pression des États Unis sur l'ONU en faveur d'une convention mondiale : la corruption de fonctionnaires étrangers (projet conv. 1979). Bloqué par les inerties conjointes des pays développés et des pays en développement, le mouvement devint, quinze ans plus tard, relancé à l'OCDE (niveau mondial), toujours sur initiative américaine (recommandation adoptée en 1994). L'effet de la recommandation se reflète alors stimulé au niveau régional, d'abord interaméricain (conv. 1994), puis européen (conv. UE 1997, conv. Conseil de l'Europe 1999) et plus tardivement africain (conv. 2003), et l'internationalisation sera finalement imposée au niveau quasi mondial par l'instrument contraignant de la convention OCDE de 1997. Alors, seulement, l'extension se traduit au niveau mondial, indirectement par la convention contre la criminalité organisée (Palerme 2000), enfin plus directement, par la convention contre la corruption (Mérída, 2003).

On voit que les dynamiques (nationales, régionales, quasi-mondiales et mondiales) ont fonctionné ici de façon complémentaire, au sens indiqué par Bergson, c'est-à-dire de façon coordonnée, « de manière à maintenir et même à perfectionner le fonctionnement [d'un organe] dans des conditions plus compliquées ».

Mais d'autres exemples montrent que les conditions, en effet de plus en plus compliquées, entraînent des phénomènes de neutralisation, voire de blocage, d'un niveau à l'autre : on connaît le refus des États-Unis de ratifier la convention de Rome sur la CPI, et leurs pratiques bilatérales de sanctions pour dissuader d'autres États ; de même, leur refus de ratifier le protocole de Kyoto sur le changement climatique. En ce cas, le relais pourrait être régional,

at comme le suggère le rôle d'anticipation joué par l'UE, ou le rôle d'accompagnement joué par l'ALENA ; mais il arrive aussi qu'à l'inverse le niveau mondial anticipe sur le niveau régional : la création d'un procureur européen, rejetée par le Traité de Nice (2000), a été finalement retenue par le Traité constitutionnel (2004), mais limitée par l'exigence d'un vote à l'unanimité, alors qu'il existe déjà un procureur mondial auprès de la CPI.

Le terrorisme offre encore d'autres illustrations de ces mouvements chaotiques du droit. Malgré le projet élaboré par la SDN en 1937, l'internationalisation de la lutte contre le terrorisme se heurtera pendant longtemps au relativisme national d'un concept qui gardait une parenté avec les atteintes à la sûreté de l'État. À l'échelle mondiale, c'est lentement, et pour des formes spécifiques de terrorisme, que l'entraide avait progressé, l'impossibilité de s'entendre sur une définition générale commune ayant exclu la compétence de la CPI. Même à l'échelle européenne, les conventions pour faciliter l'extradition des terroristes réservaient, malgré la dépolitisation opérée en 1977, la clause dite « française » permettant le refus en cas de demande à caractère politique. Il faut attendre le choc créé par les attentats du 11 septembre 2001, et les résolutions de l'ONU de septembre et octobre, pour que l'adoption des décisions-cadre de 2002, sur le terrorisme d'une part et sur le mandat d'arrêt d'autre part, annonce une « européanisation » de la répression du terrorisme¹. Devenant complémentaires entre eux, les multiples dispositifs, nationaux et internationaux, régionaux et mondiaux, semblent converger

1. Sur ces différents épisodes, voir « Terrorisme sans frontières », *Le Relais et l'Universel*, op. cit., p. 285-307.

pour accélérer le mouvement et annoncer l'adoption d'une définition mondiale¹.

Plusieurs épisodes récents montrent cependant qu'au *tempo* rapide adopté depuis le 11 septembre contre un terrorisme considéré comme global s'oppose le *tempo* lent des principes relatifs aux droits de l'homme, comme si certains secteurs résistaient plus que d'autres aux phénomènes d'accélération du temps.

Échelles de temps et secteurs de régulation

Y aurait-il un *tempo* de l'universalisme et un *tempo* de la globalisation ?

Bien que favorisé par les grands moments de crise (Seconde Guerre mondiale, conflit en ex-Yugoslavie et au Rwanda), l'universalisme juridique progresse cependant fort lentement, et de façon discontinue, car il semble à tout moment freiné, voire bloqué, par les souverainetés nationales, alors que la globalisation économique est en pleine accélération. Facilitée par les nouvelles technologies et les flux immatériels qui abolissent les frontières, elle réussit à progresser depuis la fin de la guerre froide sans heurter de front les souverainetés nationales ni provoquer la résistance des États. Bien au contraire, on observe leur empressement à adopter le système juridique le plus attractif sur le « marché des droits » et à conclure

des accords bi et multilatéraux sur les investissements (voir ci-dessus, p. 175 sq.).

Pourtant, en pratique, l'opposition du *tempo* lent de l'universalisme au *tempo* rapide de la globalisation doit être nuancée, car les secteurs juridiques ne se laissent pas enfermer dans l'une ou l'autre catégorie. Faut-il rattacher le terrorisme international au crime contre l'humanité ou le considérer comme un crime globalisé ? De même, on peut hésiter en droit de l'environnement : « S'il existait un hit-parade des traités multilatéraux, il fait peu de doute que le protocole de Kyoto qui est entré en vigueur le 16 février 2005 serait en tête de liste¹. » Et il est vrai que, entre la signature (1997) et l'entrée en vigueur (2005), la « diplomatie climatique a progressé à une vitesse surprenante », mais il serait excessif de considérer ce succès comme le triomphe de l'universalisme juridique, marquant la reconnaissance de l'environnement comme « bien commun de l'humanité ». En réalité, cette « surprenante » célérité tient avant tout aux interdépendances créées par la globalisation des risques. Nous voici revenus au point de départ du précédent volume : l'incomplétude des idées relayée par la force des choses.

Pour tenter d'avancer, il est sans doute nécessaire d'aborder la question en termes plus concrets, en observant le fonctionnement des différentes échelles de temps dans l'une des courses de vitesse les plus significatives : entre le droit des droits de l'homme et le droit du commerce.

1. Rapport Kofi Annan, Secrétaire général ONU, « Dans une liberté plus grande, vers le développement, la sécurité et les droits de l'homme pour tous », *Le Monde*, 22 mars 2005 ; voir également le document final du sommet des Nations unies, sept. 2005.

1. H. Kempf, « Kyoto, an I », *Le Monde*, 16 fév. 2005.

Course de vitesse : droit des droits de l'homme/droit du commerce

Dans l'immédiat après-guerre, les deux processus d'internationalisation se mettent en route quasi simultanément : la libéralisation des échanges est affirmée par les accords du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) en 1947 et la protection des droits de l'homme par la DUDH en 1948. Mais le démarrage est lent, d'un côté comme de l'autre. Alors que les piliers financier (BIRD) et monétaire (FMI)¹ sont mis en place, on renonce à créer l'Organisation internationale du commerce prévue par la charte de La Havane, jamais entrée en vigueur, et le pilier du commerce mondial s'élèvera peu à peu à partir des accords provisoires du GATT. Quant aux droits de l'homme, la « Déclaration » est sans effet contraignant et les droits fondamentaux, dont l'universalisme supposait l'indivisibilité, seront affaiblis par leur division en deux instruments juridiques différents (pactes ONU 1966) et par l'absence de véritable mécanisme juridictionnel de contrôle. L'évolution qui suit sera nettement différente au niveau mondial et au niveau européen.

Au niveau mondial, l'asynchronie devient préoccupante, à mesure que l'écart se creuse entre la persistante lenteur du droit des droits de l'homme et une nette accélération du droit du commerce à partir de la fin de la guerre froide et

1. Voir G. Burdeau, « Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial » in E. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, op. cit., p. 262-275.

surtout à partir de la création de l'OMC et de l'ORD en 1994.

En matière de droits de l'homme, la lenteur n'est pas le vide juridique, et plusieurs procédures de vérification des violations, générales et thématiques, fonctionnent auprès de la Commission des droits de l'homme ou même du Comité des droits de l'homme pour les pays qui ont accepté sa compétence (une centaine d'États)¹. Toutefois, malgré les efforts du Comité pour judiciairiser ses procédures et indiquer aux États les mesures à prendre, l'absence de sanctions fragilise un contrôle qu'on ne peut qualifier de contrôle « juridictionnel ». Cette fragilité n'est compensée ni par la création d'un Haut Commissariat aux droits de l'homme (1993), ni par la jurisprudence « contradictoire et décevante » d'une CIJ qui réagit trop souvent à contre-temps, « alternant des prudenances sans doute excessives dans des cas concrets et des coups d'épée dans l'eau, d'autant plus spectaculaires qu'ils restent sans suite² ». Même l'annonce évoquée ci-dessus de la transformation de la Commission des droits de l'homme en un Conseil plus indépendant³, à une date encore incertaine, aura en toute hypothèse peu de chance, faute de véritable contrôle juridictionnel, de parvenir à accélérer un processus qui reste figé, comme gelé par la résistance des États.

En revanche, à partir de la création de l'OMC par les accords de Marrakech, l'espace juridique commercial mondial apparaît à la fois en pleine expansion et en pleine

1. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 198 sq.

2. E. Decaux, « La CIJ et les droits de l'homme », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, 2004, p. 921-966.

3. Sommet ONU, sept. 2005.

accélération. Expansion, car l'OMC ne cesse d'attirer de nouveaux adhérents (entrée de la Chine en 2001, candidature actuelle de la Russie), tandis que l'accélération, qui semble avoir pris de court les premiers commentateurs, semble tenir à la création d'un organe permanent d'appel, quasi juridictionnel. Entré en fonction dès 1995, cet organe traite dès les cinq premières années près d'une trentaine d'affaires, dans les domaines les plus divers. Dans son premier rapport annuel (WT/AB/1), résumant son activité pour 2003, l'organe présente en annexe un tableau chronologique depuis l'origine : près de soixante rapports en huit ans, soit une « considérable jurisprudence dans laquelle il est désormais possible de dégager des tendances et lignes de force ¹ ». Analysant ce succès à la fois comme « naissance d'une juridiction » et « consolidation d'un droit », Hélène Ruiz Fabri l'avait attribué à deux causes que le rapport confirme : « L'une réside dans ce que le déroulement de la procédure est enfermé dans des délais strictement définis (indépendamment de la question de savoir s'ils sont trop longs ou trop courts) ; l'autre tient à ce que la procédure est actionnée unilatéralement et ne peut être bloquée ². »

Autrement dit, la vitesse tient à la fois à la mise en place d'accélérateurs (les délais) et à la suppression du frein. Certes, les États ont la possibilité de recourir à des mesures

1. H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « OMC, Chronique du règlement des différends 2003 », *JDI*, 3, 2004, p. 998.

2. H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends auprès de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et Marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, op. cit., p. 303-334 ; « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Revue française d'arbitrage*, 2003, 3, p. 881-947 ; voir aussi V. Tomkiewicz, « L'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce », thèse, université Paris I, 2004.

de rétorsion, selon le principe d'une justice privée classique, mais les rétorsions, comme les compensations, sont provisoires et combinées avec un mécanisme de surveillance multilatérale qui impose un principe d'équivalence (entre le préjudice subi et la rétorsion admise) et limite ainsi les risques de surévaluation, donc de blocage, par les États les plus puissants ¹.

Si les États ont accepté ce changement de vitesse, du GATT à l'OMC, c'est sans doute pour des raisons à la fois économiques, politiques et juridiques que la fin de la guerre froide avaient en quelque sorte libérées.

Du point de vue économique, la stabilisation du système international du commerce permettrait aux États une gestion plus efficace en baissant les « coûts de transaction » et en facilitant les stratégies de réciprocité qui amélioreraient le traitement des problèmes nouveaux ². Politiquement, le processus à base de négociations à l'occasion des cycles du commerce (*trade rounds*) garde une nature partiellement diplomatique qui aboutit à des réseaux d'accords, par addition et superposition d'instruments distincts mais solidaires (technique du millefeuille) ³. En outre, le dispositif n'oppose pas les États aux acteurs économiques privés, dont les intérêts sont le plus souvent convergents, à tel point que

1. Par exemple, dans l'affaire des bananes, le niveau envisagé par les États-Unis fut ramené de 520 millions de dollars à 191,4 millions, ou, dans l'affaire de la viande aux hormones, le niveau envisagé par le Canada de 75 à 11,3 millions de dollars canadiens.

2. C.-A. Michalet, « Les métamorphoses de la mondialisation : une approche économique », in É. Loquin, C. Kessedjian (dir.), *La Mondialisation du droit*, op. cit., p. 11-42.

3. P. Eisenmann, « Le système normatif de l'OMC », in Société française pour le droit international, *La Réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, p. 53-73, spécialement p. 60.

l'État apparaît parfois comme leur porte-parole¹. Il en résulte qu'un tel dispositif est mieux toléré que celui des droits de l'homme, qui oppose frontalement les victimes aux États, au nom de principes supérieurs à vocation universelle, posés comme en surplomb. Comparant juridiquement les deux processus, Thomas Cottier souligne que « *the one is top down, the other is mainly bottom up*² » et en déduit la création de deux cultures juridiques différentes, considérant que la culture des droits de l'homme exclurait le processus de régulation progressive et la méthode inductive, qui ont assuré une part du succès en droit du commerce. Ainsi comprendrait-on que l'écart se creuse avec l'espace des droits de l'homme.

Et pourtant, le phénomène ne semble pas inéluctable. Si l'on observe simultanément ce qui se passe au niveau régional, en particulier au niveau européen, la course semble se jouer autrement et les courbes de vitesse sont comme inversées.

Au niveau européen, l'écart entre commerce et droits de l'homme est très net dans l'immédiat après-guerre. L'échec de la construction politique tentée dans le cadre du Conseil de l'Europe (statut de Londres, 1949) conduira, dans les années 1950, à la Communauté CECA puis à la CEE et à l'Euratom. Il s'agit, comme plus tard à l'OMC, d'un double processus, d'expansion et d'accélération, combinant l'expansion géographique avec la fameuse méthode « des petits

pas », c'est-à-dire d'une accélération par le jeu d'engrenages successifs conduisant jusqu'au Traité constitutionnel signé à Rome, en décembre 2004, par les vingt-cinq États membres. Sans anticiper sur l'avenir de ce Traité, obscurci par le refus de la France et des Pays-Bas, il reste que, pendant un demi-siècle, la construction des Communautés européennes a constitué « une rupture par rapport aux expériences précédentes¹ ». Une rupture en ce double sens qu'à la priorité du politique s'était substituée la priorité de l'économique, tandis qu'à l'approche globale et instantanée avait été préférée une approche sectorielle et progressive. En même temps était mis en place un formidable instrument juridique, de stabilisation dans l'espace mais aussi d'accélération dans le temps, avec la création d'organes judiciaires de contrôle, la CJCE puis le Tribunal de première instance. Secondés par les juges nationaux, en raison de l'applicabilité directe du droit communautaire et grâce à la technique de la question préjudicielle, les juges européens ont contribué, par l'émergence de principes comme la primauté du droit communautaire ou la non-discrimination entre États membres, à accélérer le passage d'une coopération horizontale (entrecroisements) à une intégration verticale (harmonisation, unification).

En revanche, du côté du Conseil de l'Europe, le projet politique s'enlise. Certes, la CESDH, adoptée dès 1950, prévoit d'emblée un mécanisme de recours juridictionnel (CDH et CEDH); mais la « Belle au bois dormant », pour reprendre l'expression de Lord Lester of Hern Hill², tarde à s'éveiller. Le premier signataire (dès 1951) sera le

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 323.

2. T. Cottier, « Trade and Human Rights : a Relationship to Discover », *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 111-132 (spécialement p. 119).

1. D. Simon, *Le Système juridique communautaire*, PUF, 1997, p. 18.
2. Lord Lester of Hern Hill, « La tradition de *common law* », in

Royaume-Uni, mais il faut attendre le *Human Right Act* de 1998 (entré en vigueur en octobre 2000) pour que les juges anglais puissent appliquer directement la Convention. Quant à la France, elle attend près de 25 ans (1974) pour ratifier un texte à l'élaboration duquel elle avait pourtant activement participé, et il faudra encore un septennat, et un changement de majorité, pour qu'en 1981 nous acceptions le recours individuel qui permettra aux victimes de porter leur affaire devant la CDH, puis directement devant la Cour (à partir de l'entrée en vigueur du protocole n° 11, en 1998).

Au départ, ce dispositif de contrôle des droits de l'homme présente de nombreux handicaps : les uns de nature politique, comme la non-ratification, ou matérielle, comme l'insuffisance des moyens donnés aux juges et à la Cour ; les autres de nature juridique. Encore aujourd'hui, le premier président de la Cour de cassation française, Guy Canivet, compare à l'esprit de coopération créé à Luxembourg par le recours préjudiciel le « climat de méfiance, ou même d'opposition » à l'encontre du dispositif de Strasbourg, perçu par le juge national comme un désaveu, une atteinte à son autorité, étant observé que le constat d'une violation de la Convention est fréquemment ressenti comme une sanction¹.

Et pourtant, la CDH et la CEDH, par un mélange « d'audace et de retenue »², ont peu à peu réussi à surmonter une grande partie de ces handicaps et l'espace juridique des

droits de l'homme, qui garde son avance géographique (au départ, quinze États membres contre les six des premières Communautés européennes, aujourd'hui quarante-six comparés aux vingt-cinq de l'UE), va réussir à rattraper le dispositif du marché. La Cour a rendu son premier arrêt en 1960. Entre 1960 et la réforme de 1998 (38 ans), on compte 837 arrêts ; alors qu'en deux ans, de 1998 à la célébration du cinquantième de la Convention en 2000, la nouvelle Cour avait déjà rendu presque autant d'arrêts que pendant la période précédente (691). Et l'accélération se poursuit de telle sorte qu'en 2001 la CEDH avait prononcé 888 arrêts (contre environ 240 pour la CJCE)¹. À tel point que le président y voit « un chiffre préoccupant et même franchement excessif² », plaidant en faveur d'une réforme procédurale (qui entrera en vigueur avec le protocole n° 14).

Du point de vue des vitesses de transformation, on peut se demander comment expliquer une telle différence entre le niveau mondial et le niveau régional. La clef réside sans doute, ici encore, dans la mise en place d'un dispositif de contrôle juridictionnel. Or ce dispositif faillit ne jamais voir le jour. Lorsque Pierre-Henri Teitgen présente à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le projet de convention, adopté en commission avec seulement une voix de majorité, de vives réserves sont exprimées, non seulement par les Anglais, mais encore par le Français Robert Schuman, qui jugeait inutile de soulever la question des droits de l'homme alors que les Nations unies s'en occupaient déjà. Rayé de

C. Teigen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la CESDH*, Bruylant, 2002, p. 39.

1. G. Canivet, « Rapport », in *La Réforme de la CESDH*, Bruylant, 2003, p. 71-75.

2. J.-P. Costa, « Propos introductif », in C. Teigen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la CESDH*, op. cit., p. 168.

1. L. Wildhaber, « Un avenir constitutionnel pour la CEDH ? », *RUDH*, 2002, vol. 14, 1-4.

2. *Id.*, « Table ronde », in C. Teigen-Colly (dir.), *Cinquantième anniversaire de la CESDH*, op. cit., p. 317.

l'ordre du jour par le comité des ministres, le projet sera *in extremis* réintroduit et finalement adopté à une large majorité (64 voix contre 1 et 21 abstentions)¹.

Leçon de modestie qui oblige à reconnaître la part du hasard dans les transformations de nos sociétés : une bifurcation aussi importante que le recours individuel qui permet à un individu de faire condamner un État pour violation des droits de l'homme n'aura finalement tenu qu'à la présence et à l'obstination d'une poignée de personnes qui devaient passer pour de doux rêveurs. Une fois la direction prise, l'accélération sera lente, comme on l'a vu, mais continue, favorisée par une articulation souple entre le politique et le juridique.

Politiquement, la « force attractive » du dispositif européen de protection des droits de l'homme² est renforcée à partir de 1974, date à laquelle la ratification par la France fait coïncider partiellement l'Europe du marché et celle des droits de l'homme. Les 15 membres de la CEE ayant désormais tous adhéré au dispositif de la CESDH, les deux dispositifs vont pouvoir être couplés : l'entrée dans la Communauté, qu'il s'agisse, d'abord, de la Grèce, de l'Espagne ou du Portugal, puis des pays du centre et de l'Est, sera conditionnée par l'adhésion à la CESDH, y compris l'acceptation du recours individuel devant la Commission puis la Cour. C'est ainsi que le « club des démocraties » se transforme en une « école des démocraties »³ qui contribue au mouvement.

1. Voir E. du Réau, « La genèse de la CESDH », C. Russo, « Le rôle de Pierre-Henri Teitgen », *ibid.*, p. 48 sq. et 59 sq.

2. C. Teitgen-Colly, « Le rayonnement de la CESDH », *ibid.*, p. 71.

3. *Ibid.*, p. 74.

Mais l'accélération tient aussi à des raisons juridiques, car, à mesure que se développe la jurisprudence, le mode de raisonnement se transforme : décrit ci-dessus comme déductif, par opposition à la méthode inductive qui faciliterait la montée en puissance du droit du commerce, le raisonnement de la CEDH s'est transformé pour s'adapter à la diversité des pratiques nationales, notamment par l'invention de la notion de « marge nationale d'appréciation ». Combinant souplesse et créativité dans l'interprétation, la Cour fait apparaître des catégories nouvelles et autonomes, comme celle de « matière pénale », qui élargit la notion de droit pénal à un ensemble de sanctions à caractère punitif, selon des critères élaborés par les juges. Si l'autonomisation va de pair avec l'accélération, elle permet à l'espace européen des droits de l'homme de rejoindre l'espace du commerce, voire d'en guider l'orientation, comme en témoignent la référence à la CESDH dans les traités européens de Maastricht et d'Amsterdam, puis l'adoption à Nice de la Charte des droits fondamentaux, largement inspirée de la CESDH, enfin la référence, dans le Traité constitutionnel, à l'adhésion de l'UE à la CESDH. À tel point que le Conseil de l'Europe commencerait à craindre de « perdre sa spécificité » au profit de l'UE en matière de droits de l'homme¹. C'est qu'il ne s'agit plus seulement de « rattrapage » pour gagner la course, mais d'une véritable synchronisation. Il faut maintenant tenter d'en définir les conditions, qui en permettraient la transposition à l'échelle mondiale.

1. *Le Monde*, 3 mars 2005.

Les conditions d'une synchronisation

Malgré les limites de la métaphore organique, l'exemple examiné ci-dessus suggère la notion d'articulation comme condition de la synchronisation. En laissant « du jeu » dans la mise en œuvre de l'intégration normative, de bonnes articulations faciliteraient la synchronisation (les changements de vitesse), alors que de mauvaises articulations bloqueraient tout mouvement. Mais de quel type d'articulation s'agit-il ?

Une articulation des pouvoirs, d'abord, entre le politique, le juridique et l'économique. La comparaison qui précède montre qu'en Europe c'est une articulation assez souple entre les pouvoirs politiques, juridiques et économiques qui a permis d'éviter, jusqu'à présent, le blocage. Sans faire de pari sur l'avenir, et même si l'avenir des droits de l'homme au sein de l'Union européenne demeure incertain tant que la valeur juridique de la Charte n'est pas pleinement reconnue, il reste l'effet de synchronisation tenant à une construction juridique bipolaire rendue possible par les choix politiques et économiques qui font partiellement coïncider les espaces normatifs, tous les membres de l'Union ayant adhéré à la Convention européenne des droits de l'homme.

À première vue, l'expérience semble démontrer qu'une telle articulation ne peut pas fonctionner à l'échelle mondiale, car la coïncidence des espaces normatifs (espace du marché, espace des droits de l'homme), qui a facilité l'intégration juridique européenne, semble totalement exclue. Il suffit pour s'en convaincre de comparer

l'empressement des États à adhérer à l'OMC aux réticences à l'encontre des pactes de l'ONU et autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, y compris la convention portant statut de la CPI.

Il est vrai qu'une coopération insuffisante avec le TPIY avait jusqu'en octobre 2005 entraîné le report des négociations d'adhésion de la Croatie à l'UE¹. Mais l'obstacle est en voie d'être levé et, en toute hypothèse, il ne faut pas confondre les tribunaux *ad hoc*, dont la compétence est spécifique et limitée, avec la CPI, cour permanente à vocation universelle. Or, précisément, le contexte politique actuel exclut de coupler la ratification de la convention de Rome (CPI) avec les conditions d'une candidature à l'OMC. Bien au contraire, des freins au développement de la justice pénale internationale ont été mis en place par les États-Unis, en application de la loi américaine de protection (*The American Service Members' Protection Act*) sous la forme d'accords bilatéraux assortis de sanctions².

Et pourtant, les développements à propos du Soudan ont montré comment l'entrée en scène d'arguments juridiques peut éviter un blocage complet du dispositif. Abordant pour la première fois la question de l'opportunité, pour le Conseil de sécurité des Nations unies, de saisir le procureur de la CPI, la commission chargée d'enquêter sur le Darfour démontre en effet dans son rapport³ que les conditions juridiques d'une saisine de la CPI sont réunies. Quant à la nature des crimes, même si la commission ne conclut pas au

1. T. Ferenczi, « La fuite d'un chef de guerre entrave l'adhésion de la Croatie à l'UE », *Le Monde*, 16 mars 2005.

2. Voir *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 197-198.

3. A. Cassese et al., *Report on the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations*, op. cit.

génocide, elle constate que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dont la gravité n'est pas moindre (§ 642), semblent avoir été commis à une large échelle (des milliers de meurtres, de viols, de destructions de villages et de maisons et près de deux millions de personnes déplacées), précisant que les crimes seraient imputables tant aux représentants du gouvernement qu'aux rebelles. Quant à la complémentarité, le rapport constate que le Soudan n'a pas la volonté, et se trouve dans l'incapacité, de mener à bien l'enquête et les poursuites (§ 568).

Pour recommander au Conseil de sécurité de saisir la CPI, seule voie possible dès lors que le Soudan, qui n'a pas ratifié la Convention, n'est pas lui-même demandeur, la commission Cassese (suivie par le Haut Commissaire aux droits de l'homme) avait donc avancé plus précisément une série d'arguments juridiques (§ 572) : les crimes menacent à l'évidence la paix et la sécurité ; l'enquête et les poursuites sont quasiment impossibles sur place, contre des personnes en position d'autorité et contrôlant l'appareil d'État, alors que l'autorité de la CPI pourrait convaincre dirigeants et chefs rebelles de se soumettre aux investigations et, le cas échéant, aux poursuites pénales ; par sa composition internationale et par ses règles de procédure et de preuve, la CPI est seule à pouvoir garantir un procès équitable, tout en pouvant intervenir immédiatement et sans surcoût à la charge de la communauté internationale. Il est à noter que les dernières raisons semblent exclure la création d'un tribunal *ad hoc* (mise en place lente et coût élevé).

En décidant finalement, le 31 mars 2005, après deux mois d'âpres discussions, de saisir la CPI, le Conseil de sécurité a montré qu'une évolution était possible : votée par

11 voix pour et 4 abstentions (Algérie, Brésil, Chine et États-Unis), la résolution 1593 consacre la légitimité de la Cour¹. Alors que la situation semblait politiquement bloquée par l'hostilité déclarée des États-Unis et la position réservée de la Chine, le poids des arguments juridiques semble avoir joué un rôle déterminant, d'autant que les États-Unis eux-mêmes avaient, par la voix de leur président, qualifié les faits de « génocide ».

Ne concluons pas pour autant au triomphe du droit. D'une part, la résolution comporte une clause d'exemption, juridiquement contestable, au profit des ressortissants d'États participant à des opérations au Soudan, afin de couvrir tout à la fois les soldats et les dirigeants éventuellement responsables de crimes internationaux². D'autre part, même si le procureur dispose désormais du rapport et de la liste de suspects établis par la Commission et transmis par l'ONU, il n'a aucun moyen de contrainte directe, d'autant que les autorités soudanaises, pour refuser de coopérer, tentent de démontrer, en dépit du rapport Cassese, leur volonté et leur capacité à juger eux-mêmes les faits.

Si le droit pénal international peut ainsi contribuer à la synchronisation en introduisant un peu de « jeu » dans l'articulation du politique et du juridique, il s'agit d'une contribution très modeste, dont l'effet reste limité par les résistances opposées par les pays les plus puissants. En

1. C. Tréan, « L'ONU saisit la CPI des crimes commis au Darfour », *Le Monde*, 2 avril 2005 ; Symposia « The Commission of Inquiry on Darfur and its Follow-Up : a Critical View », *op. cit.*

2. L. Condorelli, A. Ciampi, « Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC », *JCJ*, 3 (2005), p. 590-599, spécialement « Immunity from ICC Jurisdiction for Nationals of Non-Party States », p. 594-597.

revanche, ces résistances sont affaiblies si l'on tient compte plus largement de l'articulation entre économique et juridique.

Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer l'accession de la Chine à l'OMC, le 11 décembre 2001. Il faut y revenir, car cette adhésion a déclenché une vague de réformes qui ne se limitent pas aux divers domaines du droit des affaires (droit des sociétés, droit des contrats, propriété intellectuelle, assurances, concurrence, commerce extérieur...) mais se situent aussi dans la perspective des principes à portée générale imposés par le protocole d'accession, comme la transparence, l'application uniforme des lois ou le contrôle effectif des actes administratifs¹. L'entrée à l'OMC pourrait ainsi contribuer à la construction d'un État de droit et, en ce sens, participer à une synchronisation indirecte entre droit du commerce et droits de l'homme.

Cet effet indirect est évidemment renforcé si l'intégration normative s'accompagne, en Chine et ailleurs, d'un « réveil » des juges nationaux, qui apprennent à utiliser les nouveaux instruments de la sphère internationale, même quand ils ne sont pas contraignants (*soft law*). Nous avons vu plus haut comment les « Principes de responsabilité des entreprises transnationales en matière de droits de

1. M. Delmas-Marty, « La construction d'un État de droit en Chine, avancées et résistances », *op. cit.* ; « La construction d'un État de droit dans le contexte de la mondialisation », in M. Delmas-Marty, P.-É. Will (dir.), *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, *op. cit.* ; L. Choukroune, « L'accession de la République populaire de Chine à l'Organisation mondiale du commerce, instrument de la construction d'un État de droit par l'internationalisation », *op. cit.* ; voir également *id.*, « L'accession de la Chine à l'OMC et la réforme légale : vers un État de droit par l'internationalisation sans démocratie ? », in M. Delmas-Marty, P.-É. Will (dir.), *La Chine et la Démocratie. Tradition, droit, institutions*, *op. cit.*

l'homme»¹ pourraient être invoqués, à défaut de juge supranational, devant le juge national, intégrant la norme internationale à l'interprétation du droit interne.

Du même coup apparaît l'importance d'un autre type d'articulation, entre les différents niveaux d'organisation normative.

L'articulation entre niveaux

Nous avons rencontré plusieurs illustrations d'une situation qui paraissait bloquée au niveau mondial et dont la dynamique fut relancée au niveau national, régional, voire inter-régional.

Ainsi, en matière de corruption, comme de changement climatique, l'articulation entre l'organisation régionale – et parfois infranationale (malgré le refus des États-Unis, plusieurs des États fédérés ont introduit des limitations des émissions de gaz à effet de serre) – a contribué, en évitant le blocage, à une synchronisation indirecte au plan mondial.

En outre, les processus d'intégration normative décrits plus haut, par entrecroisements de normes et dialogue des juges, en créant une sorte de perméabilité entre les différents espaces normatifs, devraient permettre à terme une synchronisation plus directe, accompagnant l'autonomisation des organes de contrôle, nationaux et internationaux. Il suffirait pour y parvenir que les juges apprennent à intégrer plus systématiquement au raisonnement juridique des

1. *Le Relatif et l'Universel*, *op. cit.*, p. 157 et 250 ; E. Decaux, « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 789-796.

espaces normatifs différents, donc à pratiquer l'internormativité (entre les accords du commerce et les dispositifs de l'OIT, du droit de l'environnement, voire du droit des droits de l'homme).

Mais la tentation pourrait être alors de prétendre imposer le même rythme à tous les États. D'où l'hypothèse, qui reste à vérifier, que, pour rester pluraliste, toute synchronisation devra préserver un *tempo* national, c'est-à-dire une marge nationale dans le temps et pas seulement dans l'espace. Autrement dit, l'hypothèse selon laquelle la synchronisation pourrait conduire à accepter une certaine polychronie.

CHAPITRE II

Polychronie

Inhabituel dans le champ juridique, ce terme de « polychronie » traduit l'idée d'une différenciation dans le temps qui consiste à admettre que les dispositifs juridiques puissent se transformer à des vitesses différentes dans un même espace. Distincte de l'asynchronie (des vitesses différentes dans des espaces différents), la polychronie, parfois évoquée à travers l'expression d'une Europe « à plusieurs vitesses », devrait permettre la relance du processus d'intégration en évitant, selon la formule imagée du chancelier Kohl, que « le wagon le plus lent dicte sa vitesse à l'ensemble du convoi¹ » ; peut-être même en évitant le blocage complet du convoi, si la formule permettait à un groupe de wagons de repartir après un arrêt, comme celui que pourrait marquer l'échec de la ratification du Traité constitutionnel dans certains pays.

Mais l'actualité européenne ne doit pas occulter l'existence de phénomènes analogues à l'échelle mondiale, l'objectif étant, à l'inverse, en quelque sorte, de tenir compte de

1. Cité par P. Lamy, « L'Europe à quelques-uns ? Les coopérations renforcées », in Mouvement européen, *La Lettre des Européens*, hors série, 2, nov. 1996, p. 131.

l'hétérogénéité des situations nationales pour ne pas imposer à un État un rythme qu'il ne pourra pas suivre. Tel est, par exemple, le fondement du principe de la « responsabilité commune mais différenciée » inscrit à l'article 3 de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et mis en œuvre par le protocole de Kyoto, qui répartit les États en plusieurs catégories selon leur niveau de développement.

En somme, la différenciation des engagements dans le temps serait une façon de concilier dans le champ juridique l'expansion (un espace normatif qui s'élargit), et l'intégration (un ordre normatif qui s'approfondit).

Mais la corrélation ainsi présentée est sans doute trop simple pour rendre compte de la diversité de dispositifs qui ne séparent pas toujours clairement la différenciation du temps normatif d'autres formes de différenciation. Il y a quelques années, une table ronde avait été organisée à l'Institut universitaire européen de Florence dans la perspective du traité d'Amsterdam, qui allait pour la première fois consacrer, sous le nom de « coopérations renforcées », une différenciation dans le temps. Le point de départ était un document de travail classant les différentes méthodes de différenciation, autour de trois catégories : *multi-speed* (« à plusieurs vitesses »), *variable geometry* (« à géométrie variable ») et *pick and choose* (« à la carte »)¹. Soulignant la nécessité de ne pas les confondre comme on a tendance à le faire dans le langage courant, ce document préparé par

1. C.-D. Ehlermann, « Increased Differentiation or Stronger Uniformity », *EUJ* [Institut universitaire européen], *Working Paper*, 95/21 : « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *Rev. Marché unique*, 3/1997, p. 53 sq.

Claus-Dieter Ehlermann établissait entre les trois catégories une gradation, selon qu'il s'agissait de privilégier une conception principalement nationale ou d'accompagner un processus d'intégration pouvant aller de l'inter-national au supra-national. La méthode « à la carte » est la plus faiblement intégrée, puisqu'elle permet à chaque État de choisir de façon discrétionnaire les mesures qui lui conviennent et de rester ainsi dans une relation intergouvernementale, internationale au sens traditionnel du terme (méthode dite Thatcher) ; celle de la « géométrie variable » (intégration horizontale ou verticale) se situe dans une perspective plus ouverte qui, selon l'intensité d'intégration du dispositif peut favoriser le passage de la sphère inter-nationale à la sphère supra-nationale (méthode dite Delors) ; enfin, la méthode « à plusieurs vitesses » semble plus contraignante si les règles à intégrer sont fixées d'avance au plan supranational, seuls les rythmes (vitesses d'intégration) pouvant varier (méthode dite Willy Brandt, reprise ensuite par Joschka Fischer).

Dans la pratique, ces catégories sont souvent mêlées. Ainsi, en Europe, les différenciations qui sont apparues avec les accords de Schengen combinent en réalité géométrie variable et vitesses différentes. Elles seront ensuite consacrées par les traités d'Amsterdam et de Nice, puis par le TC, sous le nom de « coopération renforcée », au singulier (traité d'Amsterdam), puis au pluriel (traité de Nice et TC), comme si le législateur européen hésitait lui-même entre les diverses conceptions possibles.

En revanche, à l'échelle mondiale, le dispositif créé par la convention-cadre sur les changements climatiques et le protocole de Kyoto pose d'avance les règles sur les gaz à effet de serre et détermine en partie les vitesses d'intégration pour chaque catégorie d'État.

Avant d'essayer de systématiser les conditions dans lesquelles la polychronie pourrait être l'un des instruments de l'ordre juridique, il convient donc de commencer par ces deux exemples – et non par un exemple unique –, pour mieux saisir la diversité des pratiques.

L'exemple européen des « coopérations renforcées »

L'Europe s'est d'abord faite « à petits pas », comme disait Jean Monnet, mais d'un même pas. Dans une Europe aux ambitions limitées à l'intégration économique, les six pays fondateurs avançaient au même rythme.

La rupture de rythme sera provoquée, semble-t-il, par le double phénomène d'élargissement dans l'espace (à neuf en 1973, puis dix en 1981, douze en 1987, quinze en 1995, vingt-cinq en 2004) et d'approfondissement des politiques communes.

C'est en 1969, après deux usages du veto par la France (en 1963 et 1967), que la démission du général de Gaulle laisse le champ libre au nouveau président Georges Pompidou pour accepter l'entrée du Royaume-Uni. À mesure que l'Europe s'élargit encore, à la plupart des pays scandinaves, puis à d'anciens pays communistes du centre et de l'Est, dont les objectifs, principalement axés sur la construction d'un grand marché, sont différents de ceux des pays fondateurs et les sensibilités plus proches des États-Unis, l'hétérogénéité s'accroît, entraînant inévitablement soit un blocage, soit la nécessité d'une différenciation, notamment dans le temps.

Pour concilier l'élargissement et l'approfondissement des

politiques communes, les premières réalisations correspondant à cette Europe à plusieurs vitesses vont apparaître en ordre dispersé, à l'intérieur mais aussi à l'extérieur du cadre communautaire, avant d'être consacrées, et encadrées, par les traités eux-mêmes.

Les premières réalisations

Elles remontent aux accords de Schengen (1985-1990). Bien qu'ils se situent en dehors des traités, ces accords ne « constituent pas une entreprise concurrente de l'UE, mais un "laboratoire" de ses travaux : seuls, en effet, les États membres de l'UE peuvent devenir partie à la convention¹ ». Dès 1985, cinq États concluent à Schengen un accord visant à supprimer progressivement le contrôle aux frontières. Complété par la convention d'application de 1990, qu'il faut situer dans le prolongement de l'Acte unique en 1986 et de la chute du mur de Berlin en 1989, ce dispositif Schengen comprend des mécanismes visant à renforcer l'intégration en matière de sécurité et ouvre aux autres États la possibilité de rejoindre le groupe. L'objectif est en effet de compenser l'abolition du contrôle des personnes aux frontières intérieures par un dispositif juridique commun qui comporte notamment la création d'un système d'information Schengen (SIS) et l'adoption de mesures qui, sous le nom de « coopération » judiciaire et policière, impliquent une certaine intégration, par exemple en étendant la règle *non bis in idem* aux poursuites ou

¹ J. Pradel, G. Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2^e éd. 2002, n° 23, p. 47.

condamnations exercées ou prononcées dans un autre État du groupe¹.

Par rapport aux autres États membres, ceux qui sont restés en dehors des accords de Schengen, l'objectif est bien d'accélérer le processus d'intégration, mais il ne se limite pas à la question des vitesses, car le dispositif introduit aussi une sorte de géométrie variable. À partir d'un accord conclu par cinq États (en 1985), la convention d'application sera signée par huit États (en 1990), puis mise en œuvre à dix (à partir d'octobre 1997), et progressivement élargie à treize, à l'exclusion du Royaume-Uni et de l'Irlande (2001). Étant observé que le degré d'intégration, par exemple en ce qui concerne les équipes conjointes menant des opérations de police transfrontalières, peut varier selon les pays à l'intérieur même du groupe Schengen : ainsi la France refuse, à la différence de l'Allemagne, de reconnaître un droit d'interpellation aux agents étrangers².

Par la suite, l'accélération deviendra anticipation : d'une part, « l'acquis de Schengen » est intégré à l'UE à partir du traité d'Amsterdam, puis imposé aux États candidats et annexé par un protocole au TC (voir l'article 2 sur l'adhésion des nouveaux membres de l'UE). D'autre part, une partie du dispositif a vocation à s'étendre à tous les États

membres : ainsi la règle *non bis in idem* avait-elle été reprise dans une proposition de décision-cadre¹.

On peut donc considérer que le premier groupe d'États a fonctionné comme un groupe d'avant-garde, mais sans la signification permanente donnée à ces expressions par des responsables politiques comme le ministre allemand des Affaires étrangères² ou le président français³. Dans le prolongement du rapport *Karl Lamers/Wolfgang Schauble* de 1994, Fischer avait en effet souligné clairement que la seule manière de concilier élargissement et approfondissement (*enlargement and deepening*) était d'admettre des différenciations ; mais il sépare en deux étapes distinctes les « coopérations renforcées » de la création d'un groupe d'avant-garde, ou « centre de gravité ». La première étape est décrite comme une extension des « coopérations renforcées » à des domaines comme la protection de l'environnement, la lutte contre le crime, les politiques d'immigration et d'asile ou la politique de sécurité extérieure. Puis c'est dans une seconde étape qu'est envisagée la création d'un « centre de gravité », ou groupe de quelques États se constituant en « avant-garde permanente » par la conclusion d'un nouveau traité, ouvert aux candidats qui voudraient les rejoindre et noyau d'une future fédération, prévue en une

1. Voir les arrêts *Gözütok et Miraglia*, CJCE, 11 févr. 2003 (aff. jointes C-187/01 et C-385/01) et 10 mars 2005 (aff. C-469/03), commentaire S. Manacorda, « *Judicial activism* dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », *op. cit.*

2. Sur ce droit d'interpellation, avis du Conseil d'État, 25 nov. 2004, *Rapport public* 2005, Études et documents du Conseil d'État, 56, La Documentation française, 2005, p. 173.

1. Sur l'avis du Conseil d'État, 29 avril 2004, qui admet la proposition mais souligne son caractère incomplet en cas de litispendance, voir *Rapport public* 2005, *op. cit.*, p. 168. Sur le non-aboutissement de la proposition, pour des raisons inconnues, voir S. Manacorda, « *Judicial activism* dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », *op. cit.*

2. Discours du ministre allemand Joschka Fischer devant l'université Humboldt, à Berlin, le 12 mai 2000.

3. Discours du président Jacques Chirac au Bundestag, 27 juin 2000, *Le Monde*, 28 juin 2000.

troisième étape. Le problème est que le ministre allemand brouille son message en plaçant sur le même plan, comme exemple de coopérations renforcées, les accords de Schengen et le modèle de l'Union économique et monétaire (UEM).

Or le second modèle ne correspond pas au même groupe d'États et n'a pas la même signification, dès lors que c'est par auto-exclusion que certains États renoncent à faire partie de l'Union économique et monétaire organisée par le traité de Maastricht (1992), comme ils renoncèrent plus tard à entrer dans l'espace euro. À la différence du dispositif Schengen, qui s'analyse comme une dynamique à vocation transitoire pour accélérer l'intégration et exercer une force d'attraction sur les autres, invités à rejoindre le groupe (*opting in*), les clauses d'auto-exemption ou d'auto-exclusion (*opting out*) évoquent plutôt une dynamique inverse, à vocation dérogatoire, destinée à freiner l'intégration.

Les ambiguïtés, voire les contradictions (*opting in* et *opting out*), des premières réalisations de cette Europe à plusieurs vitesses auraient dû inciter le législateur à clarifier la notion de « coopération renforcée » lorsqu'il prend l'initiative de les consacrer. La réalité est plus décevante, car la formule est consacrée, mais l'ambiguïté subsiste.

La consécration

En même temps qu'il intègre le dispositif de Schengen à l'acquis communautaire, le traité d'Amsterdam consacre la notion de coopération renforcée. Il s'agissait de contourner un éventuel veto britannique en permettant aux pays qui veulent « aller plus loin ou plus vite », selon la formule de

Jacques Chirac, d'établir entre eux un mécanisme de coopération renforcée dans le cadre même de l'Union.

Apparu comme une grande nouveauté, et parfois présenté comme une révolution par rapport à la vision qui privilégiait l'unité communautaire, ce mécanisme fut néanmoins encadré de façon restrictive sous l'influence d'États comme le Royaume-Uni, qui, bien qu'ils fussent à l'origine de la demande de flexibilité, craignaient l'effet d'attraction, donc d'accélération du processus d'intégration. D'où les conditions limitatives, comme celle de la « masse critique » (au moins la moitié des États) ou du « dernier ressort » (il faut démontrer l'impossibilité de faire aboutir la décision par l'ensemble des États membres), ou encore l'exclusion du deuxième pilier, celui de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). En outre, le traité reconnaît à tout État qui s'est tenu volontairement à l'écart un droit de veto à tout le moins suspensif.

Encore fallait-il assurer le respect de l'acquis communautaire. Les rédacteurs n'ayant pas réussi à établir une liste, positive ou négative, des questions qui pourraient faire l'objet de coopérations renforcées, ils ont dû prévoir un cadre très strict (voir les dix commandements de l'article 43 et les textes propres à chaque pilier – art. 11 TCE, art. 40 TUE) afin d'exiger, par exemple, que l'acte issu de la coopération renforcée n'affecte pas les politiques, actions et programmes de la Commission, ne constitue pas une entrave aux échanges entre les États membres ou ne provoque pas une distorsion de concurrence entre eux.

Revu en 2000, dans la perspective de l'élargissement, le mécanisme d'Amsterdam (qui était resté sans application) sera facilité par le traité de Nice qui supprime la possibilité d'un veto, fixe la masse critique à huit États, quel que soit le

nombre total des États membres, et assouplit certaines des conditions matérielles ; de plus, il étend l'usage des coopérations renforcées à la PESC, à l'exclusion de la défense et des activités militaires.

En revanche, le traité de Nice maintient l'exigence du « dernier ressort » et, surtout, il exclut l'effet d'anticipation en précisant que les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre d'une coopération renforcée ne font pas partie de l'acquis de l'Union, ce qui signifie qu'à la différence du dispositif Schengen ils ne s'imposent pas aux pays candidats.

Il n'est pas sûr que, aussi mollement encadrée, mais fermement limitée quant à son impact sur l'avenir de l'UE, la notion de coopération renforcée exerce vraiment une force d'attraction pour faire progresser l'UE¹. On comprendrait ainsi pourquoi, malgré l'entrée en vigueur du traité de Nice, qui rend « juridiquement plus facile de lancer des coopérations renforcées dans le cadre institutionnel du traité qu'en dehors² », les responsables politiques, notamment français et allemands, veulent se réserver d'autres possibilités pour aller de l'avant, y compris par des initiatives prises en dehors du cadre institutionnel de l'UE, qu'elles soient dénommées « avant-garde » ou « groupe pionnier », voire « centre de gravité ».

De ce point de vue, le Traité constitutionnel (TC), qui maintient les coopérations renforcées, ne lève pas l'ambi-

1. J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 4^e éd. 2002, p. 98 ; D. Vernet, « Conséquences d'un non français », *Le Monde*, 10-11 avr. 2005.

2. P. Ponzano, « Après l'échec du sommet de Bruxelles : Constitution européenne ou coopérations renforcées », *Revue du droit de l'UE*, 3, 2003, p. 552.

guité : conçues comme un mécanisme « ni chair ni poisson¹ », elles risquent de perdre leur fonction d'anticipation par une avant-garde pour devenir simple substitut d'un vote à la majorité qualifiée et permettre de contourner l'obstacle du vote à l'unanimité. D'autant que l'article I-44-4 refuse explicitement, comme le traité de Nice, de considérer les actes adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée comme un acquis devant être accepté par les candidats à l'adhésion à l'Union.

Au fond, si l'on examine l'ensemble du TC, on peut se demander si les mécanismes de différenciation de type « accélérateur d'intégration », à vocation anticipatrice et transitoire, ne sont pas encore affaiblis au profit des mécanismes de type « frein à l'intégration », à vocation dérogatoire et permanente. On voit en effet apparaître des « freins d'urgence » (*emergency brakes*), qui permettent aux États membres de suspendre une procédure législative qui serait contraire à la proportionnalité ou à la subsidiarité (voir le protocole sur l'application de ces principes, facilitant la procédure quand il s'agit de l'espace de liberté, de sécurité et de justice). Ajoutés au refus d'inscrire les coopérations renforcées dans l'acquis de l'Union, ces dispositifs auraient dû rassurer ceux qui craignaient la prétendue rigidité d'un texte « inscrit dans le marbre ». En tout cas, ces dispositifs reposent la question de savoir si l'objectif est vraiment d'accélérer l'intégration ou seulement de freiner une désintégration déjà programmée par le traité de Nice². Si l'on

1. H. Bribosia, « Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice », *Revue du droit de l'UE*, 1, 2001, p. 111-171.

2. F. de la Serre, « Les coopérations renforcées, quel avenir ? Élargissement et différenciation : de la coopération renforcée à l'avant-garde », in Ph. Tronquoy (dir.), *L'Europe en perspective*, La Documentation française,

revient à la terminologie évoquée plus haut, la différenciation dans le temps se rapprocherait ainsi davantage en Europe d'une formule « à la carte » que d'une véritable polychronie.

Une telle conception contraste avec le mécanisme des « responsabilités différenciées » retenu, au niveau mondial, pour les changements climatiques.

L'exemple mondial des « responsabilités différenciées »

À l'échelle mondiale, l'élargissement, lié à la décolonisation puis à l'écatement de l'URSS, est un fait qui précède l'intégration normative. Transposer la formule selon laquelle l'expansion de l'espace normatif (élargissement) et l'intégration de l'ordre (approfondissement) appellent une différenciation du temps (polychronie) reviendrait à préconiser une large utilisation des ensembles à plusieurs vitesses. Or c'est avec une extrême prudence que l'idée commence à percer, et seulement dans certains secteurs du droit international. Sans doute parce que la crainte d'une désintégration d'un ordre mondial à peine ébauché l'emporte encore sur toute autre considération.

Le concept de « développement » (droit du développement et droit au développement) aurait pourtant pu conduire sur la voie d'une intégration normative à plusieurs vitesses. Mais le problème ne s'est pas posé en termes purement

juridiques. Dans les années 1960-1980, moment où le droit international du développement s'affirme comme tel, les questions qui prédominent sont les tensions politiques et les déséquilibres économiques, que le droit ne peut évidemment pas résoudre à lui seul. D'autant que l'idée d'un « double standard », ou « d'un droit international à deux vitesses », en contradiction avec le principe d'égalité souveraine, était alors rejetée par tous, y compris par les États les plus démunis.

C'est dans le domaine apparemment plus neutre du droit de l'environnement que l'on voit apparaître l'idée d'un ensemble normatif à plusieurs vitesses. D'abord exprimée par des concepts comme « investisseurs pionniers », à propos de la gestion du fond des mers, l'idée sera reprise dans la déclaration du sommet de la Terre à Rio (1992), puis par la convention-cadre et le protocole de Kyoto sur les changements climatiques, sous le nom de « responsabilités communes mais différenciées ». On sait que les politiques climatiques posent des difficultés redoutables non seulement aux scientifiques, mais aussi aux économistes, en raison du triptyque « irréversibilité, temps long et incertitude extrême¹ ». On ne reviendra pas ici sur le couple irréversibilité/incertitude, qui constitue le fondement du principe de précaution, conçu comme principe d'anticipation², mais sur la réponse au temps long donnée par le nouveau dispositif juridique mis en place par la convention-cadre (1992) et le protocole de Kyoto (adopté en 1997,

298, 2000 ; G. Soulier, « Quand disparaît la Communauté, reste le droit communautaire », in *Les Dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthron*, Pedone, 2004, p. 513 sq.

1. R. Guesnerie, « L'évaluation économique des politiques climatiques », in É. Bard (dir.), *L'Homme face au climat* (colloque au Collège de France, oct. 2004), Odile Jacob, à paraître.

2. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 368-374.

entré en vigueur le 15 février 2005). Ce dispositif combine en effet une intégration normative différenciée dans l'espace (géométrie variable) et échelonnée dans le temps (à plusieurs vitesses).

Pour donner un contenu commun au concept de « développement durable », il fallait tenir compte des disparités et des responsabilités passées des pays les plus développés, sans pour autant renoncer à garantir le bien-être des générations futures ni renoncer à protéger l'écosystème (défini par l'article 2 de la convention-cadre sur la diversité biologique).

Sans revenir à la présentation juridique détaillée¹, il s'agit de repérer les principales composantes d'un régime juridique à plusieurs vitesses qui, à la différence du système européen des coopérations renforcées, repose sur un échéancier prédéterminé et des mécanismes d'accélération pouvant contribuer à préparer l'après-Kyoto.

Le dispositif Kyoto : un échéancier prédéterminé

Le préambule de la convention-cadre rappelle que « la majeure partie des gaz à effet de serre émis dans le monde par le passé et à l'heure actuelle ont leur origine dans les pays développés, que les émissions par habitant dans les pays en développement sont encore faibles et que la part des émissions totales imputables aux pays en développement ira en augmentant pour leur permettre de satisfaire leurs besoins sociaux et leurs besoins en développement ».

1. *Ibid.*, p. 374-394.

Mais ce rappel ne doit pas enfermer l'analyse dans une opposition binaire entre pays développés et en développement. Paradoxalement, l'accord de 1992 a peut-être été facilité par l'extrême diversité des intérêts nationaux. On sait que « les États se partagèrent en plusieurs groupes qui, fait intéressant, ne recoupaient pas la division traditionnelle Nord/Sud, mais illustraient, si besoin en était, la place des intérêts particuliers et sectoriels »¹. C'est ainsi que la plupart des pays de l'OCDE étaient favorables à la limitation des émissions de GES, à laquelle, cependant, les États-Unis refusaient d'être assujettis. Si les pays producteurs de pétrole partageaient ces réserves, c'était évidemment pour d'autres raisons, de même que les pays en développement, qui ne voulaient pas renoncer à utiliser certaines sources d'énergie. Toutefois, les pays insulaires et les pays à côtes basses, craignant l'impact d'une éventuelle montée des océans, souhaitaient faire reconnaître leurs intérêts particuliers. De même, pour des raisons variées, les pays ayant des zones sujettes à la sécheresse et la désertification, ou des zones de forte pollution urbaine, ou encore les pays à écosystèmes fragiles, notamment dans les zones montagneuses. La liste de l'article 8 (a) à (i) de la Convention donne une idée de cette diversité des intérêts nationaux, évitant l'affrontement binaire qui conduit souvent à l'impasse politique, donc à l'échec des solutions juridiques.

En tout cas, cette diversité fonde l'originalité d'un dispositif qui, empruntant à la déclaration de Rio le principe de « responsabilités communes mais différenciées » (art. 4

1. L. Boisson de Chazournes, « Le droit international au chevet de la lutte contre le réchauffement planétaire : éléments d'un régime », *op. cit.*, p. 45.

convention-cadre), combine en effet un objectif commun avec des pratiques différenciées dans l'espace et dans le temps et esquisse un premier échéancier à l'article 4. Ce texte intitulé « Engagements » prévoit des engagements généraux, applicables à tous (comme la publication d'inventaires, l'encouragement des recherches et la diffusion des technologies) ; mais il ajoute, pour les pays développés et les pays en transition parties à la convention, une obligation spécifique de ramener leurs émissions au niveau de 1990 (art. 4 § 2).

Pour ces pays, présentés comme « une avant-garde de la lutte contre les changements climatiques », l'échéancier sera encore précisé par le protocole de Kyoto : les quantités d'émission autorisées sont définies, pour la période 2008-2012, selon des quotas fixés à chacun par référence à ses émissions en 1990 (moins de 5 % par rapport au niveau de 1990, art. 3 § 1)¹. En revanche les pays en transition se voient reconnaître « une certaine latitude » dans la limitation de leurs émissions, notamment en ce qui concerne le niveau historique qui sera choisi comme référence et peut être fixé à une année autre que 1990 (convention, combinée avec l'article 3 § 5, protocole de Kyoto).

Au-delà de l'échéancier de Kyoto, la principale garantie d'un « après-Kyoto » tient sans doute à des mécanismes que l'on peut analyser comme des accélérateurs.

1. L'objectif de réduction envisagé par les ministres de l'Environnement de l'UE pour 2020 serait encore plus ambitieux : de 15 à 30 % (*Libération*, 12-13 mars 2005).

L'après-Kyoto : des mécanismes accélérateurs

La ratification par la Russie, intervenue le 18 novembre 2004, allait permettre l'entrée en vigueur du dispositif le 16 février 2005. Et pourtant, la conférence sur le climat tenue à Buenos Aires en décembre 2004 a montré combien la renégociation de l'échéancier, au-delà de la période 2008-2012, serait difficile : les pays en développement n'ont pas accepté l'ouverture de négociations en vue de nouveaux engagements après 2012, et les États-Unis ont appuyé leur position.

Face aux nécessités pressantes mises en évidence par les experts, différents mécanismes pourront cependant, sans attendre 2012, faciliter la mise en œuvre du dispositif de Kyoto et même favoriser une certaine accélération.

Il s'agit d'abord des mécanismes de marché définis par le protocole : non seulement « l'échange de permis d'émission¹ », qui est à la base même du dispositif et autorise un pays ayant atteint son objectif à vendre son surplus de « droits à polluer » à un autre qui ne l'aurait pas atteint ; mais aussi l'« application conjointe », selon lequel un pays peut obtenir des crédits d'émission de GES au titre d'un investissement physique, comme la modernisation d'une usine, réalisé dans un autre pays de la même catégorie, auquel il permet ainsi de réduire les émissions de GES

1. Voir M. Delmas-Marty, « Aspects juridiques », in É. Bard (dir.), *L'Homme face au climat*, op. cit. ; sur l'ordonnance du 15 avril 2004 portant création en France d'un système d'échange de quotas d'émission, B. Le Bars, « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004 : réflexions sur l'adaptabilité du droit des biens », *JCP*, 2004, I, p. 148.

(accord France/Roumanie) ; ou encore le mécanisme de « développement propre », qui permet l'échange d'une aide technique contre un crédit d'émission, mais cette fois entre un pays industrialisé et un pays non industrialisé mais signataire du protocole (accord France/Argentine).

Il est à noter, en outre, que les mécanismes du marché ne fonctionnent pas seulement à l'intérieur du cadre juridique international, mais aussi à l'extérieur, y compris dans les pays qui n'ont pas ratifié le protocole de Kyoto, notamment aux États-Unis, où se mettent en place des bourses d'échange volontaires (comme le Chicago Climate Exchange)¹, relayées en outre par les engagements pris dans certains États fédérés : neuf gouverneurs d'États du Nord-Est se sont engagés à fixer en avril 2005 un objectif chiffré de réduction des émissions des centrales électriques situées sur leur territoire².

C'est dire que l'effet d'accélération peut être favorisé par la diversification des niveaux d'organisation (façon juridique d'articuler l'espace et le temps). L'accélération peut venir du niveau infra-national (États fédérés aux États-Unis) ou régional : l'accélération est indirecte lorsqu'une partie seulement des membres ont adhéré au dispositif de Kyoto (ce qui est le cas au sein de l'ALÉNA, cf. le Mexique et le Canada) ; ou directe si tous les membres ont adhéré et si l'organisation décide d'anticiper sur l'échéancier mondial (ce qui est le cas de l'UE).

1. *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 388.

2. C. Talbot, « Les firmes américaines sous contraintes », *Le Monde*, 7 déc. 2004 ; K. Benhold, « Global Heat on Bush Increases, Pact on Climate Change Draws Lobbying at Home and Abroad », *International Herald Tribune*, 28 janv. 2005 ; H. Kempf, « Sept États nord-américains décident de réduire les émissions de CO₂ », *Le Monde*, 23 déc. 2005.

Il est vrai que la vivacité du débat sur la directive européenne du 13 octobre 2003¹, qui anticipe en effet sur le protocole de Kyoto en instituant le système d'échange des quotas d'émission dès 2005, témoigne des difficultés à gagner un pari qui supposerait notamment que l'Europe réussisse à neutraliser les phénomènes de resquille, ou du « passager clandestin », qui menacent les conditions de la production de tout bien collectif : même si l'accord climatique bénéficie à tous les participants, il se peut que certains aient intérêt à s'en exonérer, conservant ainsi sans effort l'essentiel du bénéfice collectif². La réponse tient dans les procédures de contrôle et de sanction. À terme, elle tiendra aussi dans la capacité à inventer, avec les pays en développement, des solutions à la fois généreuses et efficaces (des accords « gagnant-gagnant ») pour concevoir l'après-Kyoto.

Encore faudra-t-il aussi réussir à différencier les vitesses d'intégration dans d'autres domaines que le droit de l'environnement, notamment en droit du commerce. La question a d'ailleurs été récemment abordée par l'organe d'appel de l'OMC, dans une perspective à la fois historique et prospective, à propos d'une affaire *Inde c. Communautés européennes* portant sur les « conditions d'octroi des préférences tarifaires aux pays en développement »³.

C'est une façon de poser, mais à l'échelle globale, la question, soulevée à plusieurs reprises à l'échelle euro-

1. B. Collomb, G. Dollé, « Kyoto ? Oui ! La directive européenne ? Non ! », op. cit. ; Y. Jadot, Ph. Quirion, « Kyoto ? Oui ! Le leadership européen ? Maintenant ! », op. cit.

2. R. Guesnerie, « L'évaluation économique des politiques climatiques », op. cit.

3. Organe d'appel, 7 avr. 2004, *Inde c. Communautés européennes*, JDI, 3, 2004, p. 1036, chr. Ruiz Fabri.

pénne, de la possibilité de construire un raisonnement « juridique » dans un tel contexte.

Polychronie et ordre juridique

À l'occasion d'un débat sur les coopérations renforcées, Pascal Lamy, alors commissaire européen, avait soulevé le problème de leur compatibilité avec la construction juridique. Craignant que trop de flexibilité n'aboutisse à renforcer le contrôle des juges sur la Commission, il s'était ouvertement demandé s'il ne convenait pas d'en limiter l'usage aux domaines non régis par le droit¹. Or ces domaines sont de plus en plus nombreux.

Près de dix ans plus tard, il est clair qu'une telle limitation est impossible, car la polychronie comme la géométrie variable sont désormais consacrées par les dispositifs juridiques. Loin d'être cantonnées à des cas isolés, les pratiques semblent étendre l'usage des dispositifs à plusieurs vitesses au-delà de la construction européenne et du droit des changements climatiques, appelant à esquisser un futur encadrement juridique.

Extension des pratiques à tous les niveaux d'organisation normative

Au niveau régional, la notion de « coopération renforcée » intéresse désormais d'autres organisations que l'UE, y compris une organisation comme l'ALENA, pourtant

1. P. Lamy, « L'Europe à quelques-uns ? Les coopérations renforcées », *op. cit.*, p. 119.

limitée à trois partenaires, dès lors que l'hétérogénéité des intérêts dans certains domaines appelle des différenciations dans le temps¹.

Au niveau mondial aussi, la différenciation dans le temps est appelée à se développer au-delà du droit de l'environnement et des « responsabilités communes mais différenciées » du protocole de Kyoto. Elle est apparue en droit du commerce avec la « clause d'habilitation », qui permet l'octroi de préférences tarifaires, donc un « traitement différencié », pour les pays en développement. À l'occasion de la décision de 2004², l'organe d'appel fait une présentation historique de cette clause, confirmant son statut particulier dans les accords du commerce.

Quand le GATT de 1947 est entré en vigueur, les parties contractantes ont déclaré que l'un de leurs objectifs était le « relèvement des niveaux de vie », mais que cet objectif devait être atteint, quel que soit le stade de développement économique, au moyen des engagements « universellement appliqués » contenus dans les dispositions du GATT. Toutefois, une décision de 1971 permet de déroger aux obligations de l'article premier du GATT de 1947 et autorise l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement pour une période de dix ans. En 1979, la « clause d'habilitation » va élargir l'autorisation accordée par la décision de 1971, afin d'englober des mesures préférentielles additionnelles, et faire de l'autorisation une caractéristique permanente du GATT.

1. É. Leser, « États-Unis, Mexique et Canada signent un accord de coopération renforcée », *Le Monde*, 25 mars 2005.

2. Organe d'appel, 7 avr. 2004, *Inde c. Communautés européennes*, *JDI*, 3, 2004, p. 1036, chr. Ruiz Fabri.

Enfin, en 1994, lors de la création de l'OMC, les États membres ont réaffirmé l'importance de la clause d'habilitation en l'incorporant dans le nouvel accord. La relation entre le commerce et le développement (en particulier grâce à la clause d'habilitation) est présentée comme un élément essentiel du programme de travail de l'OMC (d'ailleurs reconnu à la conférence ministérielle de Doha en 2001¹). Certes, il s'agit encore d'une exception, notamment du point de vue du droit de la preuve, mais les États membres sont « encouragés » à utiliser l'exception et à s'écarter de l'article premier en vue d'accorder un « traitement différencié et plus favorable » aux pays en développement. Du coup, l'organe d'appel s'efforce d'encadrer juridiquement l'usage de cette clause pour éviter les risques de dérive liés à la tentation de réserver les préférences à certains pays en développement en les refusant à d'autres et au retour indirect à des négociations bilatérales plus sensibles aux tendances hégémoniques. Dans l'affaire précitée, l'Inde contestait l'octroi par les Communautés européennes de préférences à d'autres pays en développement, et notamment au Pakistan.

Si la diversité (politique, culturelle et économique) observable entre les différentes parties du monde justifie sans doute l'extension, et la diversification, de ces pratiques à plusieurs vitesses que je propose de nommer « polychronie », elle nécessiterait, pour éviter les dérives, un nouveau type d'encadrement juridique.

1. Décision ministérielle du 14 nov. 2001, *Questions et Préoccupations liées à la mise en œuvre*, WT/MIN (01)/17, paragraphes 12.1 et 12.2.

Nécessité d'un encadrement juridique

L'idée de départ est que la polychronie favorise le pluralisme en évitant d'imposer à tous le même rythme. Mais l'observation des pratiques montre qu'elle peut aussi conduire au désordre et à l'arbitraire si la formule « à plusieurs vitesses » devient synonyme d'une conception « à la carte ». Pour éviter ces effets pervers, l'encadrement juridique devrait sans doute porter à la fois sur les conditions d'habilitation et sur les effets d'anticipation.

Après le traité d'Amsterdam, s'interrogeant sur les dynamiques mises en place et les risques créés par une flexibilité qui pourrait devenir synonyme de désintégration¹, la doctrine s'était efforcée de systématiser conditions et effets liés aux divers instruments juridiques du nouveau traité.

Dans un article publié en 2000, qui sera repris par de nombreux auteurs², Alexander Stubb propose de distinguer deux types de formules « à la carte » : d'une part les « clauses d'habilitation » (*enabling clauses*), qui définissent des conditions préalables sans préciser les effets (dispositions sur les coopérations renforcées), d'autre part les « clauses prédéfinies » (*pre-defined flexibility*), qui déterminent les effets sans revenir sur les conditions (dispositions intégrant le dispositif de Schengen à l'acquis communautaire). Mais cette dualité est présentée comme une alternative.

1. H. Wallace, « Flexibility : a Tool of Integration or a Restraint for Disintegration ? », in K. Neunreither, A. Wiener (dir.), *European Integration after Amsterdam, Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford University Press, 2000, p. 175-191.

2. A. Stubb, « Negotiating Flexible Integration in the Amsterdam Treaty », *ibid.*, p. 153-174.

Il semble pourtant que, si l'objectif est d'ordonner le pluralisme, conditions et effets doivent non pas alterner, mais se combiner et se renforcer mutuellement. Autrement dit, pour contribuer à l'intégration (et éventuellement préparer un élargissement), l'encadrement juridique devrait comporter à la fois une définition des clauses d'habilitation, aussi objective que possible, et une prédétermination des effets.

Les clauses d'habilitation permettent en effet d'encadrer juridiquement, et pas seulement politiquement, les différences. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'anticipation (coopérations renforcées selon le TC européen) ou de dérogation (clauses *opting out* dans les traités européens, traitement différencié permettant des préférences tarifaires selon le droit de l'OMC). Toutefois, elles supposent, les unes et les autres, la définition de critères objectifs permettant de rationaliser l'usage simultané de différentes échelles de temps.

D'où les conditions minutieuses prévues par le TC, reprenant en partie les textes antérieurs, y compris cette double précision que les coopérations renforcées « visent à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration » et qu'elles sont ouvertes à tous les États membres (art. 43-1 § 2).

De même pour le droit du commerce mondial : dès 1979, la décision sur le traitement différencié précisait que la clause d'habilitation était conçue « pour faciliter et promouvoir le commerce des pays en développement et non pour élever des obstacles ou créer des difficultés indues au commerce ». En citant la formule en 2004, l'organe d'appel de l'OMC rappelle, comme on l'a vu, que les États

membres sont encouragés à s'écarter de l'article premier en vue d'accorder un « traitement différencié et plus favorable » aux pays en développement. Mais cet écart dans le temps n'est encouragé que dans la mesure où il est conforme à une série de prescriptions énoncées dans la clause d'habilitation selon des critères objectifs. En définitive, la décision de 2004 met en cause le régime européen concernant les drogues non parce qu'il différencie la situation de douze États en développement, établissant ainsi une discrimination entre pays en développement, mais parce qu'il n'énonce pas de « critères objectifs clairs » applicables à d'autres pays de la même catégorie touchés par le même phénomène et ne prévoit aucune procédure d'évaluation de l'efficacité d'un tel traitement préférentiel.

Au-delà des décisions d'espèce, les débats qui ont eu lieu à l'occasion du dixième anniversaire de l'OMC devraient permettre de systématiser la méthode. L'un des documents de travail présentés en mars 2005 conclut à la nécessité d'abandonner la formule du tout ou rien (*nothing is agreed until everything is agreed*)¹ et suggère plusieurs échelles de temps. L'une propre à certains domaines : « *In fact it would be logical for the new and complex subject areas at early stages of development (like investment or competition) to be negotiated under longer deadlines than a subject like industrial tariffs.* » L'autre propre à certains États, car la base multilatérale n'implique pas un consensus unanime : « *Plurilateral agreements for certain subjects would enable*

1. R. Howse, S. Esserman, « The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System and the Politics of Multilateralism, First Draft », colloque WTO at 10, *the Dispute Settlement System in Action*, Stresa, 11-13 mars 2005, working paper.

those countries seeking to engage in more ambitious liberalization to proceed and avoid a situation where a small group of countries hold all progress » (éviter le blocage par un petit groupe).

Critiquant la formule du ghetto, qui consiste à traiter les pays en développement comme un bloc libéré de certaines obligations, mais sans influence sur la définition des règles (« *as a bloc – excusing them from obligations but there by diminishing their legitimate claims to influence the rules* »), les auteurs proposent la formule des vitesses multiples (« *there is no need to have a single deadline for negotiating all issues; rather groups of issues could proceed together in different time tracks* »). Ils y voient le moyen de permettre aux pays en développement de participer au débat et de s'engager selon leurs moyens et leurs capacités, et non de les exclure sous prétexte de leur difficulté à s'intégrer à la même vitesse. La formule est acceptable s'il s'agit de préparer le passage d'une stratégie de dérogation à une stratégie d'anticipation qui pourrait s'accompagner d'une réflexion sur les effets, voire d'un échéancier.

Jusqu'à présent, la réflexion sur les effets a surtout été développée par les instruments juridiques sur les changements climatiques, dont les effets sont pré-déterminés, comme on l'a vu, par un échéancier qui devra être renégo-cié au cours du temps (échéance 2012-2020).

Une autre formule consiste à déterminer les effets *a posteriori* par une clause d'intégration explicite (le dispositif Schengen quand il fut intégré par le traité d'Amsterdam à l'acquis communautaire). En revanche, la clause de blocage posée par le TC (refusant de considérer les actes adoptés au titre de coopérations renforcées comme un acquis devant être accepté par les candidats à l'adhésion à l'Union, voir

ci-dessus) marque l'ambiguïté de cette technique juridique. Ne visant pas seulement à protéger les États qui ne peuvent pas encore s'intégrer (*unable*) ou ne veulent pas le faire (*unwilling*), la clause intéresse aussi ceux qui ne veulent pas d'intégration du tout et craignent la force attractive d'un processus qui se développerait sans eux. Le risque étant à terme de susciter des initiatives hors du Traité : désintégration de l'Union européenne et réintégration dans un autre ensemble, avec la lenteur et la complexité que cela suppose.

Pour nécessaire qu'il soit, le travail sur le temps normatif (à plusieurs vitesses) ne peut être isolé d'une réflexion sur l'ordre (à géométrie variable) et l'espace (à plusieurs niveaux). C'est sans doute la condition pour que la polychronie favorise une synchronisation pluraliste des divers ensembles normatifs.

En somme, même si les pratiques sont parfois mêlées, les mouvements sont restés dissociés entre les processus de mise en ordre, les niveaux d'organisation et les vitesses d'évolution. « Ordonner le pluralisme » consisterait donc à passer des dissociations aux éventuelles corrélations, donc à repérer les dispositifs juridiques qui pourraient assurer, en présence de mouvements chaotiques (intégration/désintégration, internationalisation/renationalisation, synchronisation/désynchronisation), un équilibre susceptible d'annoncer la transformation du concept même d'ordre juridique.

CONCLUSION

Un ordre en formation ?

En étudiant l'internationalisation du droit comme un mouvement, et en privilégiant les processus d'interaction, les niveaux d'organisation et les vitesses de transformation plutôt que les figures qui en résultent, nous avons pris le risque de mettre en question le concept même d'ordre juridique, voire de détruire l'intuition première qu'il existe un « ordre juridique » et que celui-ci résiste à l'internationalisation du droit et à sa mondialisation.

C'était une façon de suivre une fois de plus Bachelard. « Les intuitions sont très utiles : elles servent à être détruites¹. » Sans oublier que sa *Philosophie du non* ne procède pas d'une volonté de négation. « Elle ne nie pas n'importe quoi, n'importe quand, n'importe comment », mais consiste plutôt à inclure, ou à envelopper, ce qu'elle nie : « Ainsi la géométrie non euclidienne enveloppe la géométrie euclidienne, la mécanique non newtonienne enveloppe la mécanique newtonienne, la mécanique ondulatoire enveloppe la mécanique relativiste². »

À une échelle plus modeste, on peut penser que la vision

1. G. Bachelard, *La Philosophie du non*, PUF, 8^e éd. 1981, p. 139.

2. *Ibid.*, p. 137.

euclidienne (« moderne ») de l'ordre juridique identifié à l'État et représenté comme un système de normes et d'institutions à la fois hiérarchisé, territorialisé et synchronisé, est désormais enveloppée par une conception non euclidienne (dite « postmoderne »). Avec la prolifération, la diversification et la dispersion des sources¹, le monopole de l'État est en effet remis en cause à travers ses principales figures : l'État-centre est atteint par la décentralisation des sources, l'État-sphère publique par leur privatisation, enfin, et surtout, l'État-nation, exprimant la souveraineté d'une communauté faite d'intérêts imbriqués et d'aspirations identiques, est menacé par l'internationalisation du droit. Non seulement « l'État n'est plus le seul maître à bord² », mais l'on en vient à se demander s'il y a un maître à bord, et lequel.

On observe ainsi que les interactions provoquent des mouvements d'intégration, mais aussi de désintégration de l'ordre juridique ; tandis que les changements de niveau entre les divers espaces – national, régional et mondial – se traduisent par des mouvements d'expansion, mais aussi de repli ; enfin, les changements de vitesse peuvent faciliter une synchronisation progressive ou conduire à une désynchronisation des rythmes, comme on le voit, au niveau mondial, entre droit du commerce et droit des droits de l'homme.

1. M. Delmas-Marty, « Surgissement de sources », *Pour un droit commun*, op. cit., p. 53 sq. ; « Dispersion des sources », *Le Relatif et l'Universel*, op. cit. ; C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : cartographie des sources », in *Mélanges Jestaz*, Dalloz, 2006, à paraître.

2. J. Chevallier, *L'État postmoderne*, LGDJ, 2^e éd. 2004, p. 205 ; A.-J. Arnaud, « De la globalisation au postmodernisme en droit », *Entre modernité et mondialisation*, op. cit., p. 265-300.

Autrement dit chacun des trois axes (l'ordre, l'espace¹ et le temps normatif) caractérise un potentiel dynamique, une mise en mouvement, mais leur dissociation produit des mouvements apparemment contradictoires, non linéaires et désordonnés : tels des nuages au ciel, un jour de grand vent, les nouveaux ensembles juridiques semblent se défaire aussitôt formés, avant même que l'on ait réussi à en dessiner les contours.

Pour passer du désordre à un ordre, pour « ordonner les nuages », il faudrait des corrélations suffisamment fortes pour rendre les ensembles juridiques en formation un peu plus stables et un peu plus durables, les deux adjectifs n'exprimant pas nécessairement la même idée, car une stabilité excessive peut nuire à la « durabilité ». À côté des instruments traditionnels de stabilisation par la hiérarchie des normes et des institutions, nous avons rencontré plusieurs dispositifs qui contribuent moins à stabiliser qu'à équilibrer ces ensembles juridiques, et peut-être à les rendre ainsi plus durables.

Il reste à savoir à quoi ressemblera le « pays des nuages ordonnés ». L'omniprésence des pratiques hégémoniques, imposant des transplantations juridiques fort peu pluralistes, et la montée en puissance des pratiques dites ultra-libérales, par juxtaposition de systèmes autonomes supposés s'auto-réguler, ne semblent pas réussir à résoudre l'énigme de l'Un et du Multiple. Quant à la troisième hypothèse posée en introduction, celle d'un pluralisme ordonné, elle appellerait sans doute une transformation au sens littéral du terme, car il s'agit précisément de passer d'une forme simple à une

1. Sur la distinction entre l'ordre normatif et l'espace normatif, voir G. Timsit, *Les Noms de la loi*, PUF, 1986.

forme complexe, ou même « hypercomplexe », dans nos représentations de l'ordre juridique.

Mouvements désordonnés : tels des nuages...

La métaphore des nuages semble particulièrement adaptée à la construction européenne qui se forme et se déforme à tout moment : qui pourrait dessiner les contours du dispositif européen né de la superposition des traités des Communautés et de l'Union, revus et corrigés par le traité de Nice ? Chacun connaît tel ou tel fragment, selon son expérience personnelle et ses pôles d'intérêt, mais le dessin d'ensemble, pour ne pas parler du dessein, reste illisible et insaisissable. C'est pourquoi il était absurde de prétendre le Traité constitutionnel européen « gravé dans le marbre ». Même si ce Traité avait l'incontestable mérite d'unifier le cadre juridique, il ne supprimait, comme on l'a vu, ni la géométrie variable ni les vitesses multiples et affirmait, dès le préambule, la devise « Unis dans la diversité ». Tout à l'inverse, on pourrait reprocher aux rédacteurs d'avoir trop vite renoncé, au profit d'un discours un peu démagogique sur la simplification, à cette pédagogie de la complexité que l'on attendait d'eux. Si la complexité semble inhérente à toute tentative de conjuguer l'Un et le Multiple, le TC aurait dû donner de façon plus explicite les moyens d'ordonner ces ensembles instables, volatiles et en un mot nuageux.

Car, malgré ses dysfonctionnements, ou peut-être grâce à eux, l'Europe constitue un extraordinaire laboratoire de l'internationalisation du droit, illustrant parfois jusqu'à la caricature les désordres provoqués par les interactions dans

l'ordre juridique, les changements de niveau dans l'espace et de vitesse dans le temps.

Interactions : intégration/désintégration

Le mouvement d'intégration de normes venues du dehors commence par les interactions horizontales, les entrecroisements sans hiérarchie. Pour ancien qu'il soit, le phénomène est appelé à se développer, grâce aux nouvelles technologies qui facilitent l'accès aux données juridiques, et à se renouveler, en incorporant non seulement les droits étrangers mais aussi les ensembles internationaux. On pourrait considérer ces entrecroisements comme les fluctuations primordiales par lesquelles la matière juridique commence à s'étendre hors du champ national dans un espace mondial fait pour l'essentiel de trous noirs dont on ignore la composition et les propriétés en termes d'énergie ou d'inertie. S'il fallait écrire un petit traité de cosmogénèse juridique, c'est par eux qu'il faudrait commencer, car il est probable que ces entrecroisements contribuent à la transformation des amas de normes en espaces normatifs au sens structurel indiqué plus haut. La comparaison est cependant plus divertissante que pertinente, car, à défaut de remonter le temps vers un big-bang initial, l'étude se limite à observer les interactions horizontales actuelles et parfois leur verticalisation, de la co-ordination à la sub-ordination.

On se rappelle comment la coopération internationale entre États européens semble conduire inévitablement l'Union européenne, à travers des principes comme la reconnaissance mutuelle, à un rapprochement des droits nationaux autour de normes communes *supranationales* (voir la liste des infractions dans la décision-cadre sur le

mandat d'arrêt européen). Cette harmonisation, qui implique une première verticalisation des interactions, peut même aller jusqu'à l'unification par hybridation dans les domaines où aucune marge nationale n'est plus admise (comme dans une partie du projet dit *Corpus juris*).

Mais, à l'échelle mondiale, l'harmonisation et l'unification sont limitées, comme on a pu le voir, à quelques domaines comme la justice pénale internationale (et encore !). En revanche, d'autres interactions horizontales apparaissent également – et c'est peut-être leur terrain préféré – entre acteurs non étatiques, qu'il s'agisse d'acteurs privés, comme les entreprises transnationales, ou publics, comme les organisations ou les juges internationaux. C'est ainsi que des échanges de jurisprudence, régionaux (entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes), mais aussi inter-régionaux (entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine), ont été évoqués à plusieurs reprises. Même l'OMC n'est pas isolée et intègre, par exemple, certaines règles du droit de l'environnement¹. Les débats les plus récents sur la réforme de l'OMC donnent d'ailleurs à penser que la question de l'intégration des droits fondamentaux y sera plus ouvertement posée. Leur reconnaissance à titre de standards universels pourrait amener l'ORD à imposer aux États membres une clause sociale et une clause des droits de l'homme², incitant à

terme à imaginer des interactions entre OMC et Comité des droits de l'homme de l'ONU, ou OMC et OIT¹. Mais ces échanges resteraient horizontaux, car la verticalisation supposerait l'apparition d'une hiérarchie au profit de règles impératives (*jus cogens*) qui sont encore en débat ou de concepts, comme les biens communs de l'humanité, qui demeurent discutés.

Enfin, ce type d'interactions peut même se développer entre des niveaux normatifs différents. On a vu, à travers le « dialogue des juges sur la peine de mort », se multiplier, entre juridictions nationales (Cours suprêmes du Canada, de l'Afrique du Sud et des États-Unis), régionales (CEDH et CIDH) et mondiales (CIJ et Comité des pactes ONU), des échanges qui restent cependant « horizontaux », car ils n'impliquent pas de hiérarchie. Et nous avons observé un phénomène analogue à travers les références croisées entre cours nationales (la Chambre des lords, si souvent citée pour ses décisions novatrices sur l'immunité des responsables politiques dans l'affaire *Pinochet*²), cours régionales

Settlement System in Action, op. cit., 12 mars 2005. Comp. L. Choukroune, « L'accession de la République populaire de Chine à l'Organisation mondiale du commerce, instrument de la construction d'un État de droit par l'internationalisation », op. cit. et *id.*, « L'accession de la Chine à l'OMC et la réforme légale : vers un État de droit par l'internationalisation sans démocratie ? », op. cit.

1. *Une mondialisation plus juste. Le rôle de l'OIT*, op. cit.

2. Voir aussi, sur saisine de Rigoberta Menchu et autres plaignants pour des crimes commis au Guatemala, l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 26 septembre 2005 censurant la décision du Tribunal suprême qui avait limité l'application du principe de compétence universelle à l'existence de victimes espagnoles, *Le Monde*, 7 oct. 2005. Les juges se référent explicitement à plusieurs décisions, notamment allemande et belge, ainsi qu'à la CIJ.

des droits de l'homme, tribunaux pénaux internationaux et Cour internationale de justice (CIJ).

Mais ces entrecroisements restent soumis au bon vouloir des juges – la « bénévolence » évoquée plus haut par le président Canivet – et, en l'absence de hiérarchie, le mouvement reste inachevé. S'il est vrai qu'une verticalisation trop rapide et trop rigide risque de conduire au rejet, donc à la désintégration, les interactions horizontales ne suffisent pas à l'intégration normative. Au mieux, elles permettent par information réciproque une ouverture qui peut faciliter, sans le garantir, le passage d'un niveau à l'autre.

Changements de niveau : expansion/repli

La notion même d'internationalisation évoque très explicitement un changement du niveau national au niveau international, mais le mouvement n'est pas linéaire et se révèle aussi désordonné que celui d'intégration. Par une expansion prématurée, mal préparée ou mal maîtrisée, les organisations internationales peuvent en effet provoquer le mouvement inverse de repli, dont nous avons un avant-goût avec le débat sur l'Europe.

Si l'internationalisation suppose d'abord une autonomisation institutionnelle et normative par rapport aux États membres, elle appelle aussi, comme on l'a vu, une neutralisation des rapports de force et un renforcement des facteurs de cohésion, qui seuls rendent possibles de véritables itinéraires de convergence, dont le tracé doit être discuté en temps utile.

L'un des malentendus suscités par le Traité constitutionnel européen tient au fait que les principales bifurcations avaient été prises avant la consultation, notamment lors des

élargissements successifs. L'élargissement le plus massif remonte au traité de Nice, dont il ne faut pas oublier qu'il contribue, avec les traités antérieurs, à poser le cadre sinon « constitutionnel », du moins « institutionnel » de l'UE, presque aussi difficile à modifier qu'un traité constitutionnel. Même si l'on peut penser que sur certains points le TC améliorerait ce cadre, qu'il s'agisse de l'organisation des pouvoirs (première partie) ou de certaines des dispositions intégrant les traités antérieurs (troisième partie), la formule choisie par plusieurs pays, dont la France, d'une ratification soumise à un référendum, qui ne permet qu'une réponse binaire, était mal adaptée à la complexité des questions soulevées.

Pour éviter que le repli se traduise par une désintégration de l'espace européen, il faudra sans doute poser la question de l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le cadre juridique de l'Union européenne indépendamment du Traité constitutionnel, car il s'agit d'une question majeure qui, précisément parce que ces droits sont indivisibles, pourrait faire l'objet d'un accord ou d'un rejet en bloc. L'enjeu de la Charte est moins de définir le contenu de chacun de ces droits, dont la portée dépendra en partie de l'usage qui en sera fait, que de marquer au niveau régional les choix de valeurs qui conditionnent la construction d'un ordre juridique. Insérée dans un cadre juridique contraignant, la Charte dessinerait en effet, au lieu d'un simple « espace normatif » de libre-échange caractérisé par un marché sans frontière intérieure, un véritable « ordre juridique » entre les deux pôles du marché et des droits de l'homme (eux-mêmes réunifiés autour de six chapitres qui associent les droits économiques, sociaux et culturels aux droits civils et politiques). Cet ordre ne serait pas totalement

autonome – car il se surajouterait aux ordres juridiques nationaux qui ne sont pas destinés à disparaître –, mais il présenterait une cohérence interne du fait du jeu des préférences collectives exprimées par la Charte.

Jusqu'à présent, malgré l'expression d'« ordre communautaire », le droit des communautés et de l'UE n'a pas de cohérence propre, la fragmentation étant d'ailleurs soulagée par la répartition des matières selon les trois piliers créés par le traité de Maastricht. En revanche, avec ou sans Traité constitutionnel, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux consacrerait à l'intérieur de l'Union européenne la bipolarité de fait (marché/droits de l'homme) qui s'est développée, comme on l'a vu précédemment, par échanges croisés entre les deux cours de Strasbourg et de Luxembourg. Et le dispositif serait encore renforcé par l'adhésion de l'UE à la CESDH, qui était programmée par le Traité constitutionnel. En elle-même, cette consécration d'un ordre juridique bipolaire serait une première dans l'espace international.

Au niveau mondial, on en est encore loin, d'autant que le mouvement d'expansion implique un changement non seulement d'échelle, mais aussi de nature. Élargi à toute la planète, il conduit, comme on l'a vu plus haut, à une inclusion sans exclusion, une organisation normative sans ennemi extérieur, tout au moins sans ennemi humainement identifiable, sauf à nous considérer nous-même comme notre propre ennemi, ainsi que les catastrophes, naturelles ou non, que nous pouvons contribuer à déclencher.

Au-delà de la question ontologique, et du seul point de vue juridique, une telle expansion suppose une structure spécifique. Si la mondialisation ne peut se réduire à empirier des organisations nationales, régionales et mondiales,

indépendantes et concurrentes, c'est en raison des interdépendances de fait. Celles-ci nécessiteraient des emboîtements juridiques appelant à leur tour de nouveaux instruments de régulation, d'autant qu'il s'agit non seulement de combiner différents niveaux normatifs mais aussi de synchroniser différents rythmes, à mesure que les changements de vitesse créent encore d'autres désordres.

Changements de vitesse : synchronisation/désynchronisation

La « polychronie », c'est-à-dire la différenciation des vitesses dans un espace unique, comme l'espace Schengen, l'espace Kyoto ou l'espace OMC, peut apparaître comme un générateur de diversité garantissant à la fois pluralisme et ordonnancement. Encore faut-il réussir à encadrer sa mise en œuvre par des critères objectifs (clause d'habilitation) et à en déterminer les effets, soit par avance (échancier de Kyoto), soit de façon progressive, par effet d'engrenage (une sorte d'entraînement automatique imposant une progression constante), soit *a posteriori*, par effet de cliquet marquant l'idée d'irréversibilité (intégration du dispositif Schengen à l'acquis communautaire)¹.

À défaut d'encadrement juridique, l'espace à plusieurs vitesses, conçu comme une avant-garde que chacun peut rejoindre selon sa volonté et sa capacité (clause *opting in*), risque de devenir, comme on l'a vu, un espace à la carte, chacun pouvant à son gré s'exempter de certaines obligations (*opting out*). Au lieu d'anticiper sur le mouvement

1. D. Simon, « La dynamique de l'intégration économique », *Le Système juridique communautaire*, op. cit., n° 19.

d'intégration, la différenciation dans le temps favorise alors le mouvement inverse de freinage, voire de désintégration.

Le risque est accru, d'un ensemble à l'autre, par les phénomènes d'asynchronie, comme on l'a vu, par exemple, entre commerce et droits de l'homme. La comparaison entre l'équilibre progressif en Europe et l'écart croissant à l'échelle mondiale avait suggéré l'idée qu'une meilleure synchronisation appellerait de nouvelles articulations d'un niveau à l'autre, mais aussi entre les pouvoirs juridiques et les pouvoirs politiques et économiques. Or, afin d'être suffisamment souples pour être compatibles avec la souveraineté nationale, ces articulations supposent des dispositifs juridiques d'un type nouveau, permettant, par équilibre et rééquilibrage, d'ordonner en quelque sorte les nuages.

Dispositifs d'équilibre : ordonner les nuages

Comme le « bricolage » souvent évoqué ici, mais plus neutre, le terme « équilibre » évoque lui aussi les oscillations, que ce soit dans l'exercice du pouvoir exécutif (la gouvernance européenne ou mondiale), législatif (le flou) ou judiciaire (le mou et le doux). Par là même, il évoque le geste du joueur de billard décrit par Roland Barthes¹ et suggère une nouvelle conception des dispositifs juridiques.

Comme si, pour résister au grand désordre du monde sans se réfugier dans une uniformité faussement rassurante,

1. R. Barthes, *Le Neutre. Cours au Collège de France (1977-1978)*, op. cit., p. 174, voir ci-dessus p. 73 ; voir également *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 310.

il fallait encourager cette « insurrection de l'imaginaire » évoquée en introduction : « La pensée du tremblement [...] n'est ni crainte, ni faiblesse, elle n'est pas irrésolution (Agis dans ton Lieu, pense avec le Monde), mais l'assurance qu'il est possible d'approcher ces chaos, de durer et de grandir dans cet imprévisible, d'aller contre ces certitudes encimées dans leurs intolérances, de "palpiter du palpitemment même du monde" qui est à découvrir enfin¹. »

Dans le champ juridique aussi, nous aurions besoin de cette assurance pour approcher les chaos et répondre à l'imprévisible d'un droit qui s'internationalise selon des formes instables, à géométrie variable et à plusieurs vitesses. Et nous aurions besoin de la « pensée du tremblement » pour résister « aux raidissements des pensées de systèmes et aux emportements des systèmes de pensée² ». C'est pourquoi il est si important d'apprendre à se servir des instruments nouvellement apparus dans la sphère juridique : des *concepts régulateurs*, comme la subsidiarité ou la complémentarité, pour une intégration souple, par ajustements et réajustements entre les niveaux nationaux et internationaux ; mais aussi des *techniques de réglage*, comme la marge nationale et les indicateurs de variabilité, pour éviter qu'une souplesse excessive entraîne la désintégration au nom de la différenciation ; enfin, des *mécanismes d'évaluation et de contrôle* pour tenter de réduire les risques d'arbitraire.

1. É. Glissant, *La Cohée du Lamentin*, op. cit., p. 25.

2. *Ibid.*, p. 128, « Les exipit. 2. La pensée du tremblement ».

Les concepts régulateurs : ajustement et réajustement

Pour ajuster le niveau national au niveau régional ou mondial, le droit positif a dû inventer de nouveaux dispositifs pour laisser du jeu (« du mou », comme celui que l'on demande, sur une paroi de montagne, au premier de cordée) entre la norme supranationale et son intégration au niveau national. On sait que le principe hiérarchique de la primauté du droit international heurte de front la souveraineté nationale. Il n'avait d'ailleurs été inscrit dans le Traité constitutionnel que sous une forme discrète et sans être qualifié de principe : « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union prennent le droit de l'UE » (art. I-6), et une déclaration jointe au TC précisait, comme pour excuser une telle audace, que « l'article I-6 reflète la jurisprudence de la CJCE et du TPI ».

En revanche, les « principes » de subsidiarité et de proportionnalité étaient placés bien en évidence dans la première partie du TC (art. I-11, « Principes fondamentaux ») au titre des « Compétences de l'Union » : « L'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de façon suffisante par les États membres. » Limitée au domaine des compétences partagées, la subsidiarité était couplée avec la proportionnalité : « Le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution. » Or la subsidiarité, comme le montrent les travaux sur l'origine du terme¹, ne se limite

pas à répartir les compétences de façon purement formelle. Il s'agit, pour reprendre l'expression de Denys Simon, d'un « concept régulateur¹ », conçu à la fois comme un justificatif de l'action communautaire et une limite à celle-ci. C'est dire que la subsidiarité fonctionne comme un variateur, portant vers plus d'intégration si les États membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union, ou vers moins d'intégration dans le cas inverse. Impliquant une vérification permanente des actions envisagées par un acte législatif européen au regard des objectifs assignés à l'UE, elle aurait une fonction plus politique que juridique. Toutefois, le « contrôle sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », institué par le TC au profit des parlements nationaux, comprenant à la fois une procédure politique de réexamen par les instances législatives et un recours auprès de la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité, appellerait un réglage pour déterminer l'ampleur des marges laissées aux États.

De même avec le principe de complémentarité inscrit dans le statut de la CPI. Pour juger les crimes internationaux, la compétence de la CPI est complémentaire, c'est-à-dire subsidiaire, en ce sens qu'elle est limitée aux cas où l'État normalement compétent ne peut pas ou ne veut pas juger les crimes (art. 17 statut CPI). Ici encore, il s'agit d'un dispositif d'équilibrage, dont on a d'ailleurs vu qu'il peut être utilisé de façon fort souple quand un État tiers examine son éventuelle compétence universelle. Le procureur général d'Allemagne, dans l'affaire *Rumsfeld* précitée, s'est

1. P. Carozza, « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Act », *The American Journal of International Law*, janv. 2003.

1. D. Simon, *Le Système juridique communautaire*, op. cit., n° 78 ; J. Clam, G. Martin, *Les Transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.

contenté, pour classer la plainte contre de hauts responsables américains, de constater qu'il y avait enquête aux États-Unis sur la « situation » dans les camps en Irak. En revanche, le Tribunal constitutionnel espagnol, à la différence de l'Audience nationale, a considéré que le Guatemala n'était pas en mesure de juger les crimes dénoncés par Rigoberta Menchu et les autres plaignants¹. Quant à la CPI, lorsqu'elle examinera sa propre compétence, on peut penser qu'elle ne pourra se contenter de l'ouverture d'une enquête sur la situation mais devra vérifier si les principaux suspects sont recherchés. D'ailleurs le rapport de la commission d'enquête de l'ONU sur le Darfour, présidée par Antonio Cassese, qui a permis la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité des Nations unies, examine non seulement l'existence, mais aussi l'efficacité du système pénal national, et même sa légitimité au regard des critères d'indépendance, d'impartialité et de procédure équitable. Ainsi, la complémentarité n'est pas seulement un principe formel de répartition des compétences mais, elle aussi, un « concept régulateur », conduisant indirectement à une certaine harmonisation, c'est-à-dire à la nécessité pour les États d'ajuster leur système pénal interne aux normes internationales.

En ce sens, on peut le rapprocher de principes visant plus directement à l'intégration, comme celui d'« équivalence fonctionnelle ». Explicité par le commentaire de la Convention de l'OCDE, le terme évoque l'objectif concret de lutte contre les actes de corruption d'agents publics étrangers

1. Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia del 26/09/2005 (Tribunal constitutionnel, Deuxième Chambre, décision 26 sept. 2005); les références à la jurisprudence étrangère sont dans le point II : « Fondements jurídicos » (*Fundamentos jurídicos*), n° 6. Voir aussi *Le Monde*, 7 oct. 2005.

dans les transactions commerciales internationales, mais « sans exiger l'uniformité ou une modification des principes fondamentaux du système juridique d'une partie ». Et le groupe de suivi de l'OCDE combine une appréciation globale de l'efficacité fonctionnelle, à partir d'un examen des textes et des pratiques, avec des tests plus formels de cohérence interne¹. La question reste cependant ouverte de savoir si l'évaluation ne devrait pas aussi impliquer des tests de cohérence externe, c'est-à-dire des critères de légitimité quant au respect des droits fondamentaux : à supposer même qu'il soit efficace, le recours à la torture ou à la peine de mort serait-il acceptable ?

De l'efficacité à la légitimité, un dernier exemple de concept régulateur est apparu en Europe, au sommet de Tampere, avec le principe de reconnaissance mutuelle, qui sera par la suite inscrit dans le traité de Nice à propos de « l'espace de liberté, de sécurité et de justice ». Ce principe repose sur l'idée qu'une confiance réciproque entre des pays ayant adhéré aux mêmes valeurs fonde la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et, si nécessaire, le rapprochement des législations. Et pourtant, les applications pratiques, comme la DC sur le mandat d'arrêt européen, ont été remises en cause au niveau national par plusieurs cours constitutionnelles², comme si le législateur européen avait

1. Voir « Des crimes globalisés », *Le Relatif et l'Universel*, op. cit., p. 253 sq.

2. S. Manacorda, « *Judicial activism* dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », op. cit. L'auteur commente trois décisions constitutionnelles : la Cour constitutionnelle de Pologne (27 mars 2005) déclarant le texte contraire à la Constitution mais suspendant l'application de la décision ; la Cour d'arbitrage belge (13 juil. 2005) qui saisit la Cour de justice de questions préjudicielles ; enfin, la décision du Bundesverfassungsgericht du 18 juil. 2005, qui annule la loi

surévalué le critère de l'efficacité au détriment des valeurs communes et des droits fondamentaux.

C'est la démonstration du fait qu'il ne suffit pas de développer les instruments destinés à accélérer l'intégration (comme, en Europe, les décisions-cadre du troisième pilier et désormais aussi les directives du premier pilier¹), mais qu'il faut également des instruments de freinage pour garantir au niveau supranational la protection des droits fondamentaux. Le problème, tant que la Charte des droits fondamentaux ne peut être directement invoquée, est que les freins n'existent pas au sein de l'Union européenne. Vu la durée des recours à Strasbourg, on comprend la tentation des juges nationaux de remplacer un système de freinage défaillant.

En somme, à condition de s'adapter aussi aux changements de vitesse, les concepts régulateurs introduisent la souplesse nécessaire à l'ajustement des normes internationales. Mais trop de souplesse peut créer des déséquilibres et des risques d'arbitraire. D'où l'utilité des techniques de réglage.

Les techniques de réglage

Le terme peut surprendre. Habitué que nous sommes à penser l'engendrement des normes selon un principe de hiérarchie, nous pensons que l'ajustement et le réglage ne sont qu'une seule et même opération, d'intégration d'une norme internationale par le récepteur national. Et pourtant,

allemande sur le mandat d'arrêt européen pour non-conformité à la Constitution.

1. CJCE, 13 sept. 2005 ; voir ci-dessus, p. 43, 158.

seules des techniques comme la marge nationale d'appréciation et les indicateurs de variabilité permettraient un réglage pluraliste de l'ensemble des mouvements.

Différente de la marge d'interprétation du juge, qui permet d'assouplir le principe de hiérarchie sans remettre en cause la continuité entre la norme supérieure et la norme inférieure, la marge nationale d'appréciation permet, ainsi qu'on l'a vu, une intégration partielle, comprise comme un simple rapprochement des normes nationales, une harmonisation sans unification. Telle est, dans les traités européens encore en vigueur, la différence entre le règlement et la directive, reprise par le TC (art. I-33) sous la forme de la distinction entre loi européenne, « obligatoire dans tous ses éléments » et loi-cadre, « qui lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens ». Mais il est dommage que le terme de marge nationale d'appréciation, qui sous-tend la différence entre la loi européenne et la loi-cadre, n'ait pas été explicitement utilisé pour éviter la confusion qui s'est produite entre directives et règlements.

Cette notion de marge, inventée, comme on le sait, par la CEDH pour limiter sa propre compétence, pourrait en effet être utilisée dans d'autres contextes internationaux, comme l'OHADA¹, l'OMC² ou l'espace Kyoto, mais elle implique un changement de logique. Explicite ou implicite, législative (au sens large) ou jurisprudentielle, la marge nationale

1. P. P. Dima Ehongo, « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale ou mondiale », *op. cit.*

2. Chr. Ruiz Fabri et P. Monnier, à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires, organe d'appel OMC, 26 nov. 2003 (*États-Unis c. Japon*), *JDI*, 3, 2004, p. 1025.

semble en effet exclure, comme on l'a vu plus haut, la disjonction propre au raisonnement binaire. Elle substitue à la notion de conformité, selon laquelle toute différence, si faible soit-elle, est jugée non conforme, une notion de compatibilité qui admet des différences d'un pays à l'autre. Elle suppose, rappelons-le, un raisonnement qui renvoie à des logiques non standard, logique floue (*fuzzy logic*) ou plus largement logiques de gradation, l'intégration étant susceptible de degrés qui ménagent une intégration partielle¹. Mais toute différence n'est pas admise. La notion de marge marque aussi une limite à ne pas dépasser. D'où la nécessité de fixer un seuil de compatibilité, qui réintroduit une disjonction binaire, mais peut varier dans l'espace et dans le temps. Une telle variabilité n'échappera à l'arbitraire que si le réglage obéit à des indicateurs de variabilité explicites².

Jusqu'à présent, seule la CEDH a tenté d'explicitier de tels indicateurs. Systématisées, les techniques de réglage pourraient sans doute être étendues aux divers « concepts régulateurs ». Mais la notion même de réglage ne peut être totalement commandée par l'émetteur de la norme. Comme nous l'avons souligné à l'occasion de recherches sur la logique floue³, passer de la logique binaire à des logiques de gradation, impliquant un processus de décision plus complexe fondé sur des seuils de compatibilité, entraîne un

transfert de pouvoir vers le récepteur de la norme. D'où l'importance des mécanismes d'évaluation et de contrôle.

Les mécanismes d'évaluation et de contrôle

Déterminée par les indicateurs de variabilité, la marge nationale pourrait ainsi accompagner l'ensemble des concepts régulateurs en réglant l'intensité normative un peu comme un rhéostat règle l'intensité lumineuse en fonction de la lumière ambiante, en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables.

Mais la complexité d'un tel dispositif crée un risque de dénaturation, soit par une intégration excessive quand le législateur international, allant au-delà de sa compétence, ne respecte pas le principe de subsidiarité (reproche souvent entendu en Europe) ; soit, à l'inverse, par une intégration insuffisante, quand les autorités nationales procèdent, sous prétexte de transposer la norme en droit interne à une véritable renationalisation (comme on peut l'observer en droit international pénal).

L'évaluation mutuelle (*peer evaluation*) est une première réponse, car elle permet d'élaborer, par exemple en matière de lutte contre la corruption transnationale ou contre le blanchiment d'argent¹, des indicateurs de variabilité qui peuvent faciliter un contrôle par les juges nationaux. Indépendamment du contrôle de la CIJ, limité par une saisine laissée à l'appréciation des États, le développement de mécanismes internationaux, allant de l'arbitrage (CIRDI)

1. Voir M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *op. cit.*

2. M. Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, PUF, 1986, « Quadrige », 2004.

3. J.-F. Coste, M. Delmas-Marty, « Les droits de l'homme : logiques non standard », *Le Genre humain*, Seuil, 1998, p. 135-154. Voir aussi M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *op. cit.*

au règlement des différends (OMC), et jusqu'aux contrôles juridictionnels (CEDH, CIDH, CJCE, CPI...), montre que des mécanismes plus contraignants sont possibles et sans doute nécessaires. À condition de corriger la dissymétrie actuelle (les mécanismes existants favorisant le contrôle de l'ajustement du niveau national au niveau international, et non l'inverse), c'est-à-dire à condition d'instituer, comme il était prévu par le Traité constitutionnel, un mécanisme pour contrôler l'usage de la subsidiarité dans les deux sens.

Enfin, il restera, pour fonctionner comme un véritable générateur de diversité, à la fois dans l'espace (diversité d'un pays à l'autre) et dans le temps (seuil de compatibilité évolutif), à intégrer des indicateurs extrajuridiques, économiques ou sociaux. La CEDH a commencé à le faire, par exemple, à propos de poursuites pénales pour délit d'homosexualité entre adultes¹ : bien qu'il s'agisse de morale, et malgré l'absence de dénominateur juridique commun, l'évolution sociale converge, dit la Cour, vers plus de tolérance et cette convergence permet de réduire la marge nationale au point de quasiment l'exclure. Mais, à défaut d'instruments d'analyse plus rigoureux, cette hétérogénéité des indicateurs de variabilité affaiblit le pluralisme juridique, tributaire d'un pluralisme social implicite qui semble réduire l'objectivité du jugement².

En somme, les dispositifs juridiques d'équilibrage permettent d'accompagner l'intégration normative, mais ils ne

1. Arrêts *Dudgeon c. RU*, 22 oct. 1981, *Norris c. Irlande*, 26 oct. 1988, et *Modinos c. Malte*, 22 avr. 1993.

2. A. Lajoie, *Jugements de valeur*, PUF, « Les voies du droit », 1997 ; voir aussi F. Tulken, « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la CEDH. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *op. cit.*

commandent que très imparfaitement les corrélations avec les autres mouvements. Qu'il s'agisse de l'expansion (élargissement) ou de la synchronisation (accélération et freinage), les modèles d'un nouvel ordre juridique restent à construire.

Modèles de transformation : au pays des nuages ordonnés

Quand j'ai pour la première fois utilisé cette métaphore des nuages ordonnés pour imaginer un droit commun pluraliste, je revenais d'un voyage en Chine où j'avais, en touriste disciplinée, contemplé les nuages gravés dans la pierre sur les marches de la Cité interdite et du Palais d'été : des nuages obéissant à la volonté impériale d'un ordre immuable. Il m'a donc fallu préciser dans une postface¹ qu'il ne s'agissait pas d'illustrer cette vision immobile de l'ordre, mais une vision, au contraire, instable et évolutive, davantage inspirée des paradigmes de Popper opposant les nuages à l'horloge, ou des travaux d'Henri Atlan sur les systèmes complexes : entre le cristal et la fumée². Les nuages immobiles de la Cité interdite ont le mérite de souligner la pluralité des modèles pour un futur ordre juridique mondial, mais ils incitent aussi à leur dépassement au profit d'une articulation, plus que jamais nécessaire, entre le juridique et le politique.

1. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, Postface, p. 283-284.

2. H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, *op. cit.*

Pluralité de modèles

Dans l'ordre juridique interne, les représentations les plus couramment utilisées aujourd'hui reposent sur les paradigmes, popularisés par François Ost et Michel van de Kerchove¹, de la pyramide et du réseau : la pyramide est ordonnée par une relation verticale de hiérarchie (subordination), alors que le réseau est conditionné par un jeu d'interactions pouvant ou non comporter des hiérarchies. Et la théorie « dialectique » développée par ces auteurs les conduit à conclure que « le droit contemporain ne cesse d'osciller entre l'universalité potentielle des réseaux et l'ancrage bien localisé des pyramides », une oscillation qui traduirait selon eux « l'éthique, modeste et liminaire, des sociétés complexes à l'heure des réseaux ». En effet, les deux paradigmes expriment aussi le passage d'une structure simple (fermée et stable) à une structure complexe (ouverte, instable et polymorphe).

Transposées à l'étude des phénomènes de l'internationalisation du droit – c'est-à-dire, au-delà du droit international qui se limite aux relations entre des États souverains que l'on suppose parfaitement indépendants, aux phénomènes accompagnant l'expansion de l'espace national à un espace, régional ou mondial, partiellement intégré –, les représentations de l'ordre juridique se diversifient encore.

L'expansion selon le modèle de la pyramide conduit vers un ordre de type *fusionnel*, qui reste conçu comme une structure simple, ordonnée autour du principe de hiérarchie. Doublement simple, parce que l'ordre juridique (au sens de

processus d'engendrement des normes) est prédéterminé par le principe de hiérarchie et parce que la cohérence est garantie par une corrélation, en quelque sorte « naturelle », entre l'intégration normative, les niveaux d'organisation et les vitesses de transformation. Satisfaisant en apparence aux conditions d'une sécurité juridique qui suppose la prévisibilité des normes, ce modèle est politiquement redoutable, car il contredit ouvertement la souveraineté des États et risque en outre de légitimer, sous prétexte de favoriser l'émergence d'un ordre mondial, un processus d'intégration de type hégémonique.

En revanche, l'expansion selon le modèle du réseau, à première vue plus facile à accepter en termes de souveraineté nationale, reste équivoque en ce sens qu'elle peut conduire à deux types d'ordre juridique, selon que l'expansion privilégie les interactions horizontales (internationales ou transnationales, qui s'organisent entre acteurs publics ou privés) ou les combine avec des interactions verticales (par harmonisation ou par unification).

La première variante s'ordonnerait exclusivement par le jeu d'interactions horizontales. Complexe, dans la mesure où la structure est interactive, elle relève d'un ordre dont les mouvements seraient spontanément corrélés¹, donc d'un ordre *autoregulé*, comme prétend l'être l'ultralibéralisme au risque de favoriser des formes d'hégémonie plus soutenues au profit des pouvoirs économiques privés.

Mais un ordre véritablement *pluraliste* appelle, comme on l'a vu, une conception que l'on pourrait nommer

1. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

1. A. Fisher-Lescano, G. Teubner, « The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 999-1045.

« hypercomplexe », car elle doit à la fois combiner interactions horizontales et verticales et corréler cette intégration à géométrie variable avec les autres mouvements, à plusieurs niveaux et à plusieurs vitesses.

On découvre ainsi les limites du raisonnement « juridique », qui peut absorber une certaine complexité, parfois avec succès, comme en témoignent les cinquante premières années de la construction européenne¹, mais sans garantir la légitimité politique². La tentation étant, pour les juristes, de se délecter de cette complexité délicate et de s'y enfermer, au risque de voir les citoyens rejeter un système découvert tardivement et auquel ils ne comprennent pas grand-chose. C'est peut-être ce qui arrive aujourd'hui où l'Europe juridique, dont nous étions si fiers, est comme rattrapée, et parfois piétinée, par le politique. Alors que c'est sans doute dans un dépassement des modèles au profit d'une articulation souple du juridique et du politique que le futur ordre européen, ou *a fortiori* mondial, aura des chances d'être sinon stable, du moins durable.

Dépassement des modèles

Les principaux choix restent du domaine politique, car la modélisation de l'ordre juridique ne donne pas la clef pour sortir de la dialectique d'un modèle à l'autre. La raison, disait encore Bachelard, « doit obéir à la science ». En effet, si la science tend à décrire ce qui est, la raison est à son

service ; en revanche, le droit est « normatif », il dit ce qui doit être et fait donc appel à la volonté, voire au volontarisme. C'est ainsi que, dans les grands textes fondateurs, la raison juridique semble parfois désobéir à la réalité observée, comme pour protester contre elle, par exemple en proclamant, contrairement à toute réalité observable, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 1^{er} Déclaration universelle des droits de l'homme). Entre le descriptif et le normatif, il y a donc une discontinuité qui ne peut être franchie que par un saut dans l'inconnu, un pari sur l'avenir, une tentative pour abolir le hasard. Il faut revenir au *Coup de dés* de Mallarmé. Avant de conclure « toute pensée émet un coup de dés », le poète énonce qu'un coup de dés « JAMAIS n'abolira le hasard », mais il introduit une incise : « EXCEPTÉ à l'altitude PEUT-ÊTRE [...] UNE CONSTELLATION », pour évoquer enfin un « compte total en formation ».

Parce qu'il implique lui aussi un coup de dés, l'ordre juridique total en formation ne peut être abandonné aux seuls juristes, ni rester enfermé dans le droit. Autrement dit, la transformation de l'ordre juridique national en un ordre supranational, ou « alternatif¹ », précisément parce qu'elle fait appel à la volonté, suppose un retour au politique.

On commence ainsi à deviner la suite du chemin. Pour éviter que les mouvements d'internationalisation du droit, livrés à tous les vents, restent totalement désordonnés, imprévisibles et incontrôlables, il faudra réintroduire les

1. G. Soulier, « Quand disparaît la Communauté, reste le droit communautaire », *op. cit.*

2. J.-L. Quermone et al., *L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces*, rapport, La Documentation française, 1999.

1. Voir P. Lamy, A. Pellet, M. Delmas-Marty, « Droit commun, gouvernance mondiale et "laboratoire européen" », *Le Débat*, Gallimard, 2006, à paraître.

acteurs et travailler à la refondation des pouvoirs. Puis il restera le plus difficile : rechercher s'il est possible de fonder, au croisement des systèmes de droit et des autres systèmes symboliques, un accord sur des valeurs communes.

Alors, seulement, pourrions-nous rêver du jour où ces valeurs ordonneraient d'un même souffle, sans jamais les figer, nos chers et merveilleux nuages.

Index thématique¹

- Acteurs privés, 20, 21, 27, 46, 114, 133, 173, 193, 260, 279. *Voir également* Société civile
- Afrique, 63, 121, 143, 146, 149, 150, 164, 169, 188
- Amérique, 55, 142, 143, 147, 150, 152, 154, 164, 169, 175, 180, 191
- Asie, 143, 144, 150, 152, 169, 188
- Asynchrone, 203-226
- Autorégulation, 27, 30, 177
- Banque mondiale, 105, 108, 192
- Biens publics mondiaux, 192
- Bioéthique, 172
- Blanchiment d'argent, 20, 148, 182, 275
- Canada, 56, 57, 63, 142, 144, 147, 152, 244, 261
- Changement climatique, 21, 28, 225, 228, 229, 238, 239, 242. *Voir également* Protocole de Kyoto
- Charte. *Voir également* Instruments internationaux de protection des droits de l'homme
- canadienne des droits et libertés, 56
- des Nations unies, 139, 165, 185, 192
- Chili, 25, 85, 86, 142, 147
- Chine, 9-12, 14, 60, 64, 69, 70, 105, 144, 150, 151, 170, 175, 190, 212, 223, 224, 277. *Voir également* Droit chinois
- CIRDI, 175, 275
- Codification, 70-81, 92-99
- Comité des droits de l'homme, 46, 49, 50, 57, 60, 63, 65, 95, 173, 211, 261
- Commerce. *Voir* Droit du —
- Common law*, 47, 105-108, 114-122

1. Index établi par Kathia Martin-Chenut, docteur en droit, assistante au Collège de France.

- Communauté,
— de destin, 193
— de juges, 53
— de valeurs, 53
Voir également Universalisme
- Compatibilité/conformité, 77, 81, 88, 101
- Compétence universelle, 269, 270.
Voir également Mondialisation des juges nationaux
- Complémentarité, 72, 129, 183, 184, 222, 267-270
- Complexité, 26-28, 120, 136, 186, 192, 258, 280
- Concepts,
— flous, *voir* Logique floue
— régulateurs, 268-272, 274, 275
- « Conseil des droits de l'homme », 49, 95, 190, 211
- Contrats. *Voir* droit des —
- Conventions de Vienne, sur les relations consulaires, 58, 59
- Corpus juris*, 44, 113-117, 123, 128, 159, 260
- Corruption,
Convention OCDE, 31, 182, 206, 270
- Convention ONU, 31, 206
- Criminalisation de —, 43, 82, 205
- Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), 205
- Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), 48, 67, 73, 80, 95, 158, 215, 217, 260, 268, 269, 276
- Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 48, 50, 54-56, 59, 61, 66, 80, 84-92, 97-99, 115, 146, 161, 162, 191, 215-219, 273-276. *Voir également* Marge nationale, Peine de mort
- Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), 55, 59, 85-86, 146, 147, 191, 261, 276
- Cour internationale de justice (CIJ), 49, 50, 55, 58, 59-61, 65-67, 165, 191, 211, 261, 262, 275
- Cour pénale internationale (CPI), 13, 19, 25, 44, 49, 52, 64, 77, 103, 110, 113, 119-122, 125, 126, 177, 183-185, 206, 207, 221, 222, 269, 270, 276
- Crimes contre l'humanité, 16, 128, 169, 173, 174, 183, 209, 222
- Déclaration universelle des droits de l'homme. *Voir* Instruments internationaux de protection des droits de l'homme
- Déclaration universelle d'interdiction de la torture, 192
- Dialogue des juges, 25, 40, 58, 60, 63, 66. *Voir également* Communauté de juges
- Dignité, 14, 91, 281
- Droit,
— du commerce, 21, 32, 65, 134, 165, 171, 200, 204, 209-226, 245, 247, 249, 250, 256
— commun, 8, 11, 27, 42, 72, 73, 277
— des contrats, 75, 76, 79, 109, 110, 123, 128, 224
— coutumier, 66, 68
— du développement, 238
- de l'environnement, 28, 43-46, 48, 65, 75, 142, 148, 158, 165, 171, 181, 188, 200, 204, 209, 226, 233, 239, 245, 247, 260
- flou. *Voir* Logique floue
- du marché, 44, 137, 140, 264
- mou (*soft law*), 7, 177, 224, 266. *Voir également* Autorégulation
- pénal,
Crime globalisé et —, 169, 209
- Effacement du relativisme, 43-45, 46
- Internationalisation, 126, 177-185
- Voir également* Crimes contre l'humanité, Peine de mort, Terrorisme
- de la santé, 66, 165, 171, 188, 192, 200
- du travail, 171, 181, 182, 200
- des trusts, 109, 111, 123
- Droit allemand, 110, 160
- Droit américain, 22, 23, 25, 26, 126
- exclusion de la CPI, 126, 206, 221
- peine de mort, 55-62
- Voir également* Patriot Act
- Droit chinois, 69, 104, 108, 109
- accession à l'OMC, 212, 229
- droits de l'homme, 14, 60, 170, 190, 223
- fusion (la Grande Unité juridique du monde), 9-11
- occidentalisation du —, 10-12, 104
- peine de mort, 60, 64
- Voir également* Chine
- Droit comparé, 41, 61, 64, 89, 123. *Voir également* Harmonisation, Unification
- Droit européen,
Accords de Schengen, 158, 159, 229, 231-236, 249, 252, 265
- Bipolarité, 155-164, 264
- et unité juridique, 15
- Constitution européenne. *Voir* Traité constitutionnel européen
- Droit pénal européen, 74, 75, 155-164
- Échanges croisés, 43-45, 46
- Environnement, 43, 44, 48
- Eurojust, 159
- Europol, 159, 160
- OLAF, 159, 160
- Système d'information Schengen, 231
- Traité constitutionnel européen, 15, 29, 44, 45, 67, 73, 82, 83, 88, 95, 99, 101, 116, 150, 151, 160, 162, 163, 207, 215, 219, 236, 258, 262-264, 268
- Traité d'Amsterdam, 157, 219, 228, 229, 232, 234, 235, 249, 252
- Traité de Maastricht, 153, 157, 219, 234, 264
- Traité de Nice, 207, 219, 229, 235, 237, 258, 263, 271
- Traité de Rome, 157
- Voir également* Cour de justice des Communautés euro-

- péennes, Cour européenne des droits de l'homme, Instruments de protection des droits de l'homme, Mandat d'arrêt européen, Organisation régionale
- Droit français, 86, 87. *Voir également* France
- Droits de l'homme/droits fondamentaux, 210-226. *Voir également* Cour européenne des droits de l'homme, Instruments internationaux de protection des droits de l'homme, Marge nationale
- Indivisibilité, 15, 166, 170, 210
- Émissions GES. *Voir* Changement climatique, Protocole de Kyoto
- Entrecroisements, 39-99, 101, 113, 136, 215, 225, 259, 262
- Entreprises. *Voir* Acteurs privés, Responsabilité
- Environnement. *Voir* Changement climatique
- Équivalence fonctionnelle. *Voir* Marge nationale
- Espace, 27, 31, 32, 42, 135, 199, 209, 228, 238, 263
- commun, 167
- Kyoto. *Voir* Protocole de Kyoto
- normatif, 135, 201, 243
- pénal, 168, 177 *sq.*
- virtuel, 200
- États-Unis, 25, 26, 35, 54-65, 107, 115, 126, 142, 144, 147, 148, 151, 152, 154, 170, 171, 179, 180, 190, 191, 203, 206, 221, 223, 225, 230, 241-244, 261, 270. *Voir également* Droit américain
- Europe. *Voir* Droit européen, Union européenne
- Évaluation mutuelle, 275
- Extradition, 55-57, 74, 75, 207
- FML, 210
- Flou, 92, 93, 96. *Voir également* Logique floue
- Flux immatériels, 167, 169, 208
- Foulard islamique. *Voir* Laïcité, Marge nationale, Liberté religieuse
- France, 45, 48, 70, 86, 87, 111, 115, 151, 160, 161, 179, 215-218, 230, 232, 244, 263
- Fusion du droit. *Voir* Pluralisme de fusion, Unité juridique
- GATT, 45, 170, 210, 213, 247. *Voir également* OMC
- Gaz à effet de serre (GES). *Voir* Changement climatique
- Génocide. *Voir* Crimes contre l'humanité
- Globalisation économique. *Voir* Droits du marché, Flux immatériels, Gouvernance
- Gouvernance, 189, 190
- européenne, 266
- mondiale, 266
- Voir également* Flux immatériels
- Grammaire, 114, 122 *sq.*
- Harmonisation, 31, 69-99, 113-117, 129, 145, 147, 148, 156, 162, 182, 189, 194, 201, 215, 260, 270, 273, 279. *Voir également* Marge nationale, Principes directeurs
- Hérarchie,
- des normes, 30, 36, 65-68, 257, 261
- enchevêtrée, 72
- Homosexualité, 89, 91, 276
- Hybridation, 108-129. *Voir également* Unification
- Indétermination, 28-30. *Voir également* Flou, Logique floue, Marge nationale
- Instruments internationaux de protection des droits de l'homme
- Charte africaine des droits de l'homme, 54, 63, 139, 146
- Charte arabe des droits de l'homme, 139, 169
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 15, 44, 82, 83, 163, 219, 263, 264, 272
- Convention américaine des droits de l'homme, 54, 63, 139, 142, 154
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 24, 25, 44, 45, 48, 54, 55, 59, 63, 67-77, 80, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 116, 123, 139, 152, 154, 156, 162, 163, 215, 218-220, 264
- Déclaration islamique des droits de l'homme, 139, 169
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 13, 14, 54, 165, 166, 169, 170, 190, 192, 210
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 15, 25, 44, 49, 54, 57, 63, 65, 166, 170, 191, 210, 221
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 15, 49, 63, 166, 170, 210, 221
- Statut de Rome. *Voir* Cour pénale internationale
- Interactions, 26, 29, 30, 32, 33-137, 185, 255, 256, 259-262, *Voir également* Internationalisation
- horizontales, 36, 189
- verticales, 36, 189
- Interdépendance, 21, 27, 39, 109, 136, 142, 192, 201
- Internet, 21, 104, 107, 167, 192
- Internormativité, 40-45, 53, 66, 68, 226
- Investissement privé international. *Voir* CIRDI
- Iran, 60, 87, 144, 145
- Islam, 139, 145, 169, 190. *Voir également* Laïcité, Marge nationale (foulard islamique)
- Judiciarisation du droit mondial
- en matière d'intégration économique, 147-149. *Voir également* ORD
- en matière de droits de l'homme (ONU), 46, 49, 51, 145-147
- Juridictions pénales internationales, 49, 51, 117-122, 125
- Jus cogens*, 66, 68, 191, 261
- Jus commune*, 76
- Justice alternative, 121
- Justice pénale internationale, 117-122, 125-129

- Laïcité, 83-92. *Voir également*
- Liberté religieuse
- Lex economica, electronica, mercatoria*, 170, 174. *Voir également*
- Droit du marché, Flux matériels
- Liberté d'expression, 82-92
- Liberté religieuse, 82-92
- Logique floue, 96, 97, 273, 274
- Mandat d'arrêt européen, 20, 74, 157, 160, 161, 207, 259, 271
- Marché. *Voir* Droits du marché
- Marge nationale d'appréciation, 15, 22, 36, 68, 72, 78 *sq.*, 82, 88, 96, 182, 219, 273. *Voir également* Harmonisation, Pluralisme ordonné
- Diversité morale, 82-92
- Diversité religieuse, 15, 82-92
- Foulard islamique et —, 15
- Homosexualité, 89, 91, 276
- Implicite, 113, 273
- Mariage transsexuel, 92
- Seuil de compatibilité, 78, 80, 81, 89, 96
- Variabilité, 78-92
- Mariage transsexuel. *Voir* Marge nationale d'appréciation
- Mondialisation des juges nationaux, 46-48
- et marge nationale, 89-92, 94, 95, 225
- Voir également* Communauté de juges
- Mondialité, 167
- Nouvelles technologies, 21, 104, 107, 208, 259
- OMC,
- Droit de l'—, 22, 45, 63, 79, 151, 170, 171, 173, 187, 188, 190, 211-214, 221, 224, 248, 250, 260, 261, 265, 273
- et autonomie illusoire, 22
- Organe de règlement des différends. *Voir* ORD
- ONU, 17, 40, 50, 77, 106, 165-194, 206-208, 217, 221, 223, 270. *Voir également* Charte des Nations unies, Comité des droits de l'homme, Cour internationale de justice, Instruments internationaux de protection des droits de l'homme
- Opérateurs économiques privés. *Voir* Acteurs privés, Responsabilité
- ORD, 21, 45, 49, 63, 79, 95, 211, 260, 276
- Ordre,
- en formation, 255-282
- Voir également* Entrecroisements, Harmonisation, Pluralisme, Unification
- normatif, 135, 228
- Organisation,
- Niveaux d'—, 132-194
- Voir également* Régionalisation
- Organisations régionales, 139-169
- ALCA, 142
- ALENA, 63, 142, 143, 147, 148, 175
- APEC, 144
- ASEAN, 144, 151
- Association pour la coopération régionale en Asie du Sud (SAARC), 143
- Caricom, 142, 188
- Communauté andine, 142
- Communauté sud-américaine des nations, 142, 154
- Coopération entre les États arabes du Golfe, 145
- Conseil de l'Europe, 43, 89, 98, 152, 154, 156, 214, 215, 217, 219
- ECO, 144, 152
- Groupe ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique), 188
- Ligue des États arabes, 145
- Mercosur, 63, 142, 148, 151
- OHADA, 63, 79, 143, 149, 151, 273
- Organisation de la conférence islamique, 145
- Organisation de coopération économique de la mer Noire (BSCE), 144, 152
- Organisation de Shanghai, 144
- Organisation de l'unité africaine (OUA), 143
- Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP), 145
- Union africaine, 143
- Union européenne, 41, 43, 44, 45, 48, 63, 67, 73-75, 79, 80, 82, 135, 140, 151, 152, 170, 220, 253, 259, 263, 264, 272
- ZLEA. *Voir* ALCA
- Patrimoine commun de l'humanité, 192, 209, 261
- Patriot Act*, 23. *Voir également* Terrorisme
- Peine de mort, 53-68, 156, 261, 271
- Pluralisme, 7-32, 129
- ordonné, 9, 26-32, 35, 37, 103
- de fusion, 9-17, 27, 31, 129
- et la DUDH, 13, 14
- et la justice pénale internationale, 13, 14, 16
- de séparation, 17-26, 27, 36
- Pluralité, 18, 19, 31, 39
- Polychronie, 227-253
- Principes directeurs, 71, 92-99
- Privatisation, 168, 173-177, 186, 189, 198, 256. *Voir également* Autorégulation
- Procédure civile, 124
- Procédure pénale,
- Plaider-coupable, 111, 114, 118, 120
- Modèle accusatoire, 114, 116, 118, 124, 126
- Modèle inquisitoire, 114, 116, 118, 124, 126
- Procès équitable, 52, 57, 60, 147, 184, 222
- Procureur européen. *Voir* Parquet européen, 116, 207
- Protocole de Kyoto, 28, 32, 107, 153, 171, 186, 203, 206, 209, 228, 229, 239-247, 265, 273
- Pyramide/Réseau, 30, 278
- Pactes ONU. *Voir* Instruments internationaux de protection des droits de l'homme
- Parquet européen, 116, 160, 207
- Régionalisation, 76, 139-164. *Voir également* Organisations régionales

- Réglage (techniques de —), 267, 269, 272-275
- Règles transnationales de procédure civile, 123-125
- Régulation. *Voir* Autorégulation, Concepts régulateurs, Internet
- Relativisme, 7, 19, 27, 28, 121, 207
- Responsabilité
- des États, 29, 127, 128, 193, 194, 228
 - des entreprises transnationales (principes sur la), 176, 181, 224
 - globale, 193, 194
- Royaume-Uni, 17, 23-25, 55, 90, 91, 115, 216, 230, 232, 235
- Russie, 23
- Rythmes. *Voir* Tempo, Vitesses
- Société civile, 13, 83, 173, 174. *Voir également* Gouvernance mondiale
- Soft law*. *Voir* Autorégulation, Droit mou
- Solidarité. *Voir* Biens publics mondiaux
- Soudan, 221-223
- Sources, 51, 52, 76, 77. *Voir également* Marge nationale
- Souveraineté, 11, 29, 53, 81, 135, 146, 166, 171, 177, 188, 256, 266, 268, 279
- Stabilisation
- horizontale, 65-68, 189-194
 - verticale, 65-68, 186-189
- Subsidiarité, 72, 73, 79, 80, 83, 95, 129, 183, 237, 267, 268, 269, 275, 276
- Synchronisation, 220-226, 265, 266
- Techniques. *Voir* Réglage
- Tempo, 204, 225
- Territorialité, Lois d'application extraterritoriale, 106, 170, 177, 179-182. *Voir également* Compétence universelle
- Terrorisme, Attentats du 11 septembre, 25, 156, 166, 198, 207, 208
- global, 166, 167, 178
 - international, 166, 167, 182, 207, 209
 - et mandat d'arrêt européen, 160, 163, 166
 - interne
- Torture. *Voir* Traitements inhumains et dégradants
- Turquie, 59, 60, 87, 90, 91, 152
- Traité constitutionnel européen. *Voir* Droit européen
- Traitements inhumains et dégradants, 55, 56, 271
- Transplantation, 103
- Travail forcé, 183-182
- Tribunaux pénaux *ad hoc* (TP), TPY, 16, 42, 44, 49, 50, 117-119, 125, 128, 164, 184, 221, 262
- TPIR, 16, 42, 46, 49, 50, 117-118, 125, 128, 164, 184, 262
- Tribunal spécial irakien, 125
- Tribunaux mixtes, 125
- Un et multiple, 7-32, 129, 258. *Voir également* Pluralisme
- Unidroit, 76, 110, 124, 128, 290
- Unification, 36, 101-129
- par transplantation unitaire, 102-103, 108, 126
 - par hybridation, 102, 103, 108-129
 - pluraliste. *Voir* Unification par hybridation
- Union européenne. *Voir* Organisations régionales
- Unité juridique. *Voir* Un et multiple
- Universalisme
- de l'École allemande, 11, 12
 - des valeurs, 291
- Victime, 46, 52, 75, 119, 128, 146, 147, 173, 176, 183, 184, 214, 216, 261
- Vitesses, 195 *sq.*

209, 213-215 *multicultural*
 221-224, 226-227, 229-230, 232-233, 235-236, 238-239, 241-242, 244-245, 247-248, 250-251, 253-254, 256-257, 259-260, 262-263, 265-266, 268-269, 271-272, 274-275, 277-278, 280-281, 283-284, 286-287, 289-290, 292-293, 295-296, 298-299, 301-302, 304-305, 307-308, 310-311, 313-314, 316-317, 319-320, 322-323, 325-326, 328-329, 331-332, 334-335, 337-338, 340-341, 343-344, 346-347, 349-350, 352-353, 355-356, 358-359, 361-362, 364-365, 367-368, 370-371, 373-374, 376-377, 379-380, 382-383, 385-386, 388-389, 391-392, 394-395, 397-398, 400-401, 403-404, 406-407, 409-410, 412-413, 415-416, 418-419, 421-422, 424-425, 427-428, 430-431, 433-434, 436-437, 439-440, 442-443, 445-446, 448-449, 451-452, 454-455, 457-458, 460-461, 463-464, 466-467, 469-470, 472-473, 475-476, 478-479, 481-482, 484-485, 487-488, 490-491, 493-494, 496-497, 499-500, 502-503, 505-506, 508-509, 511-512, 514-515, 517-518, 520-521, 523-524, 526-527, 529-530, 532-533, 535-536, 538-539, 541-542, 544-545, 547-548, 550-551, 553-554, 556-557, 559-560, 562-563, 565-566, 568-569, 571-572, 574-575, 577-578, 580-581, 583-584, 586-587, 589-590, 592-593, 595-596, 598-599, 601-602, 604-605, 607-608, 610-611, 613-614, 616-617, 619-620, 622-623, 625-626, 628-629, 631-632, 634-635, 637-638, 640-641, 643-644, 646-647, 649-650, 652-653, 655-656, 658-659, 661-662, 664-665, 667-668, 670-671, 673-674, 676-677, 679-680, 682-683, 685-686, 688-689, 691-692, 694-695, 697-698, 700-701, 703-704, 706-707, 709-710, 712-713, 715-716, 718-719, 721-722, 724-725, 727-728, 730-731, 733-734, 736-737, 739-740, 742-743, 745-746, 748-749, 751-752, 754-755, 757-758, 760-761, 763-764, 766-767, 769-770, 772-773, 775-776, 778-779, 781-782, 784-785, 787-788, 790-791, 793-794, 796-797, 799-800, 802-803, 805-806, 808-809, 811-812, 814-815, 817-818, 820-821, 823-824, 826-827, 829-830, 832-833, 835-836, 838-839, 841-842, 844-845, 847-848, 850-851, 853-854, 856-857, 859-860, 862-863, 865-866, 868-869, 871-872, 874-875, 877-878, 880-881, 883-884, 886-887, 889-890, 892-893, 895-896, 898-899, 901-902, 904-905, 907-908, 910-911, 913-914, 916-917, 919-920, 922-923, 925-926, 928-929, 931-932, 934-935, 937-938, 940-941, 943-944, 946-947, 949-950, 952-953, 955-956, 958-959, 961-962, 964-965, 967-968, 970-971, 973-974, 976-977, 979-980, 982-983, 985-986, 988-989, 991-992, 994-995, 997-998, 1000-1001, 1003-1004, 1006-1007, 1009-1010, 1012-1013, 1015-1016, 1018-1019, 1021-1022, 1024-1025, 1027-1028, 1030-1031, 1033-1034, 1036-1037, 1039-1040, 1042-1043, 1045-1046, 1048-1049, 1051-1052, 1054-1055, 1057-1058, 1060-1061, 1063-1064, 1066-1067, 1069-1070, 1072-1073, 1075-1076, 1078-1079, 1081-1082, 1084-1085, 1087-1088, 1090-1091, 1093-1094, 1096-1097, 1099-1100, 1102-1103, 1105-1106, 1108-1109, 1111-1112, 1114-1115, 1117-1118, 1120-1121, 1123-1124, 1126-1127, 1129-1130, 1132-1133, 1135-1136, 1138-1139, 1141-1142, 1144-1145, 1147-1148, 1150-1151, 1153-1154, 1156-1157, 1159-1160, 1162-1163, 1165-1166, 1168-1169, 1171-1172, 1174-1175, 1177-1178, 1180-1181, 1183-1184, 1186-1187, 1189-1190, 1192-1193, 1195-1196, 1198-1199, 1201-1202, 1204-1205, 1207-1208, 1210-1211, 1213-1214, 1216-1217, 1219-1220, 1222-1223, 1225-1226, 1228-1229, 1231-1232, 1234-1235, 1237-1238, 1240-1241, 1243-1244, 1246-1247, 1249-1250, 1252-1253, 1255-1256, 1258-1259, 1261-1262, 1264-1265, 1267-1268, 1270-1271, 1273-1274, 1276-1277, 1279-1280, 1282-1283, 1285-1286, 1288-1289, 1291-1292, 1294-1295, 1297-1298, 1299-1300, 1302-1303, 1305-1306, 1308-1309, 1311-1312, 1314-1315, 1317-1318, 1320-1321, 1323-1324, 1326-1327, 1329-1330, 1332-1333, 1335-1336, 1338-1339, 1341-1342, 1344-1345, 1347-1348, 1350-1351, 1353-1354, 1356-1357, 1359-1360, 1362-1363, 1365-1366, 1368-1369, 1371-1372, 1374-1375, 1377-1378, 1380-1381, 1383-1384, 1386-1387, 1389-1390, 1392-1393, 1395-1396, 1398-1399, 1401-1402, 1404-1405, 1407-1408, 1410-1411, 1413-1414, 1416-1417, 1419-1420, 1422-1423, 1425-1426, 1428-1429, 1431-1432, 1434-1435, 1437-1438, 1440-1441, 1443-1444, 1446-1447, 1449-1450, 1452-1453, 1455-1456, 1458-1459, 1461-1462, 1464-1465, 1467-1468, 1470-1471, 1473-1474, 1476-1477, 1479-1480, 1482-1483, 1485-1486, 1488-1489, 1491-1492, 1494-1495, 1497-1498, 1499-1500, 1502-1503, 1505-1506, 1508-1509, 1511-1512, 1514-1515, 1517-1518, 1520-1521, 1523-1524, 1526-1527, 1529-1530, 1532-1533, 1535-1536, 1538-1539, 1541-1542, 1544-1545, 1547-1548, 1550-1551, 1553-1554, 1556-1557, 1559-1560, 1562-1563, 1565-1566, 1568-1569, 1571-1572, 1574-1575, 1577-1578, 1580-1581, 1583-1584, 1586-1587, 1589-1590, 1592-1593, 1595-1596, 1598-1599, 1601-1602, 1604-1605, 1607-1608, 1610-1611, 1613-1614, 1616-1617, 1619-1620, 1622-1623, 1625-1626, 1628-1629, 1631-1632, 1634-1635, 1637-1638, 1640-1641, 1643-1644, 1646-1647, 1649-1650, 1652-1653, 1655-1656, 1658-1659, 1661-1662, 1664-1665, 1667-1668, 1670-1671, 1673-1674, 1676-1677, 1679-1680, 1682-1683, 1685-1686, 1688-1689, 1691-1692, 1694-1695, 1697-1698, 1699-1700, 1702-1703, 1705-1706, 1708-1709, 1711-1712, 1714-1715, 1717-1718, 1720-1721, 1723-1724, 1726-1727, 1729-1730, 1732-1733, 1735-1736, 1738-1739, 1741-1742, 1744-1745, 1747-1748, 1750-1751, 1753-1754, 1756-1757, 1759-1760, 1762-1763, 1765-1766, 1768-1769, 1771-1772, 1774-1775, 1777-1778, 1780-1781, 1783-1784, 1786-1787, 1789-1790, 1792-1793, 1795-1796, 1798-1799, 1801-1802, 1804-1805, 1807-1808, 1810-1811, 1813-1814, 1816-1817, 1819-1820, 1822-1823, 1825-1826, 1828-1829, 1831-1832, 1834-1835, 1837-1838, 1840-1841, 1843-1844, 1846-1847, 1849-1850, 1852-1853, 1855-1856, 1858-1859, 1861-1862, 1864-1865, 1867-1868, 1870-1871, 1873-1874, 1876-1877, 1879-1880, 1882-1883, 1885-1886, 1888-1889, 1891-1892, 1894-1895, 1897-1898, 1899-1900, 1902-1903, 1905-1906, 1908-1909, 1911-1912, 1914-1915, 1917-1918, 1920-1921, 1923-1924, 1925-1926, 1928-1929, 1931-1932, 1934-1935, 1937-1938, 1940-1941, 1943-1944, 1946-1947, 1949-1950, 1952-1953, 1955-1956, 1958-1959, 1961-1962, 1964-1965, 1967-1968, 1970-1971, 1973-1974, 1976-1977, 1979-1980, 1982-1983, 1985-1986, 1988-1989, 1991-1992, 1994-1995, 1997-1998, 1999-2000, 2002-2003, 2005-2006, 2008-2009, 2011-2012, 2014-2015, 2017-2018, 2020-2021, 2023-2024, 2026-2027, 2029-2030, 2032-2033, 2035-2036, 2038-2039, 2041-2042, 2044-2045, 2047-2048, 2050-2051, 2053-2054, 2056-2057, 2059-2060, 2062-2063, 2065-2066, 2068-2069, 2071-2072, 2074-2075, 2077-2078, 2080-2081, 2083-2084, 2086-2087, 2089-2090, 2092-2093, 2095-2096, 2098-2099, 2101-2102, 2104-2105, 2107-2108, 2110-2111, 2113-2114, 2116-2117, 2119-2120, 2122-2123, 2125-2126, 2128-2129, 2131-2132, 2134-2135, 2137-2138, 2140-2141, 2143-2144, 2146-2147, 2149-2150, 2152-2153, 2155-2156, 2158-2159, 2161-2162, 2164-2165, 2167-2168, 2170-2171, 2173-2174, 2176-2177, 2179-2180, 2182-2183, 2185-2186, 2188-2189, 2191-2192, 2194-2195, 2197-2198, 2199-2200, 2202-2203, 2205-2206, 2208-2209, 2211-2212, 2214-2215, 2217-2218, 2220-2221, 2223-2224, 2226-2227, 2229-2230, 2232-2233, 2235-2236, 2238-2239, 2241-2242, 2244-2245, 2247-2248, 2250-2251, 2253-2254, 2256-2257, 2259-2260, 2262-2263, 2265-2266, 2268-2269, 2271-2272, 2274-2275, 2277-2278, 2280-2281, 2283-2284, 2286-2287, 2289-2290, 2292-2293, 2295-2296, 2298-2299, 2301-2302, 2304-2305, 2307-2308, 2310-2311, 2313-2314, 2316-2317, 2319-2320, 2322-2323, 2325-2326, 2328-2329, 2331-2332, 2334-2335, 2337-2338, 2340-2341, 2343-2344, 2346-2347, 2349-2350, 2352-2353, 2355-2356, 2358-2359, 2361-2362, 2364-2365, 2367-2368, 2370-2371, 2373-2374, 2376-2377, 2379-2380, 2382-2383, 2385-2386, 2388-2389, 2391-2392, 2394-2395, 2397-2398, 2399-2400, 2402-2403, 2405-2406, 2408-2409, 2411-2412, 2414-2415, 2417-2418, 2420-2421, 2423-2424, 2426-2427, 2429-2430, 2432-2433, 2435-2436, 2438-2439, 2441-2442, 2444-2445, 2447-2448, 2450-2451, 2453-2454, 2456-2457, 2459-2460, 2462-2463, 2465-2466, 2468-2469, 2471-2472, 2474-2475, 2477-2478, 2480-2481, 2483-2484, 2486-2487, 2489-2490, 2492-2493, 2495-2496, 2498-2499, 2501-2502, 2504-2505, 2507-2508, 2510-2511, 2513-2514, 2516-2517, 2519-2520, 2522-2523, 2525-2526, 2528-2529, 2531-2532, 2534-2535, 2537-2538, 2540-2541, 2543-2544, 2546-2547, 2549-2550, 2552-2553, 2555-2556, 2558-2559, 2561-2562, 2564-2565, 2567-2568, 2570-2571, 2573-2574, 2576-2577, 2579-2580, 2582-2583, 2585-2586, 2588-2589, 2591-2592, 2594-2595, 2597-2598, 2599-2600, 2602-2603, 2605-2606, 2608-2609, 2611-2612, 2614-2615, 2617-2618, 2620-2621, 2623-2624, 2626-2627, 2629-2630, 2632-2633, 2635-2636, 2638-2639, 2641-2642, 2644-2645, 2647-2648, 2650-2651, 2653-2654, 2656-2657, 2659-2660, 2662-2663, 2665-2666, 2668-2669, 2671-2672, 2674-2675, 2677-2678, 2680-2681, 2683-2684, 2686-2687, 2689-2690, 2692-2693, 2695-2696, 2698-2699, 2701-2702, 2704-2705, 2707-2708, 2710-2711, 2713-2714, 2716-2717, 2719-2720, 2722-2723, 2725-2726, 2728-2729, 2731-2732, 2734-2735, 2737-2738, 2740-2741, 2743-2744, 2746-2747, 2749-2750, 2752-2753, 2755-2756, 2758-2759, 2761-2762, 2764-2765, 2767-2768, 2770-2771, 2773-2774, 2776-2777, 2779-2780, 2782-2783, 2785-2786, 2788-2789, 2791-2792, 2794-2795, 2797-2798, 2799-2800, 2802-2803, 2805-2806, 2808-2809, 2811-2812, 2814-2815, 2817-2818, 2820-2821, 2823-2824, 2826-2827, 2829-2830, 2832-2833, 2835-2836, 2838-2839, 2841-2842, 2844-2845, 2847-2848, 2850-2851, 2853-2854, 2856-2857, 2859-2860, 2862-2863, 2865-2866, 2868-2869, 2871-2872, 2874-2875, 2877-2878, 2880-2881, 2883-2884, 2886-2887, 2889-2890, 2892-2893, 2895-2896, 2898-2899, 2901-2902, 2904-2905, 2907-2908, 2910-2911, 2913-2914, 2916-2917, 2919-2920, 2922-2923, 2925-2926, 2928-2929, 2931-2932, 2934-2935, 2937-2938, 2940-2941, 2943-2944, 2946-2947, 2949-2950, 2952-2953, 2955-2956, 2958-2959, 2961-2962, 2964-2965, 2967-2968, 2970-2971, 2973-2974, 2976-2977, 2979-2980, 2982-2983, 2985-2986, 2988-2989, 2991-2992, 2994-2995, 2997-2998, 2999-3000, 3002-3003, 3005-3006, 3008-3009, 3011-3012, 3014-3015, 3017-3018, 3020-3021, 3023-3024, 3026-3027, 3029-3030, 3032-3033, 3035-3036, 3038-3039, 3041-3042, 3044-3045, 3047-3048, 3050-3051, 3053-3054, 3056-3057, 3059-3060, 3062-3063, 3065-3066, 3068-3069, 3071-3072, 3074-3075, 3077-3078, 3080-3081, 3083-3084, 3086-3087, 3089-3090, 3092-3093, 3095-3096, 3098-3099, 3101-3102, 3104-3105, 3107-3108, 3110-3111, 3113-3114, 3116-3117, 3119-3120, 3122-3123, 3125-3126, 3128-3129, 3131-3132, 3134-3135, 3137-3138, 3140-3141, 3143-3144, 3146-3147, 3149-3150, 3152-3153, 3155-3156, 3158-3159, 3161-3162, 3164-3165, 3167-3168, 3170-3171, 3173-3174, 3176-3177, 3179-3180, 3182-3183, 3185-3186, 3188-3189, 3191-3192, 3194-3195, 3197-3198, 3199-3200, 3202-3203, 3205-3206, 3208-3209, 3211-3212, 3214-3215, 3217-3218, 3220-3221, 3223-3224, 3226-3227, 3229-3230, 3232-3233, 3235-3236, 3238-3239, 3241-3242, 3244-3245, 3247-3248, 3250-3251, 3253-3254, 3256-3257, 3259-3260, 3262-3263, 3265-3266, 3268-3269, 3271-3272, 3274-3275, 3277-3278, 3280-3281, 3283-3284, 3286-3287, 3289-3290, 3292-3293, 3295-3296, 3298-3299, 3301-3302, 3304-3305, 3307-3308, 3310-3311, 3313-3314, 3316-3317, 3319-3320, 3322-3323, 3325-3326, 3328-3329, 3331-3332, 3334-3335, 3337-3338, 3340-3341, 3343-3344, 3346-3347, 3349-3350, 3352-3353, 3355-3356, 3358-3359, 3361-3362, 3364-3365, 3367-3368, 3370-3371, 3373-3374, 3376-3377, 3379-3380, 3382-3383, 3385-3386, 3388-3389, 3391-3392, 3394-3395, 3397-3398, 3399-3400, 3402-3403, 3405-3406, 3408-3409, 3411-3412, 3414-3415, 3417-3418, 3420-3421, 3423-3424, 3426-3427, 3429-3430, 3432-3433, 3435-3436, 3438-3439, 3441-3442, 3444-3445, 3447-3448, 3450-3451, 3453-3454, 3456-3457, 3459-3460, 3462-3463, 3465-3466, 3468-3469, 3471-3472, 3474-3475, 3477-3478, 3480-3481, 3483-3484, 3486-3487, 3489-3490, 3492-3493, 3495-3496, 3498-3499, 3501-3502, 3504-3505, 3507-3508, 3510-3511, 3513-3514, 3516-3517, 3519-3520, 3522-3523, 3525-3526, 3528-3529, 3531-3532, 3534-3535, 3537-3538, 3540-3541, 3543-3544, 3546-3547, 3549-3550, 3552-3553, 3555-3556, 3558-3559, 3561-3562, 3564-3565, 3567-3568, 3570-3571, 3573-3574, 3576-3577, 3579-3580, 3582-3583, 3585-3586, 3588-3589, 3591-3592, 3594-3595, 3597-3598, 3599-3600, 3602-3603, 3605-3606, 3608-3609, 3611-3612, 3614-3615, 3617-3618, 3620-3621, 3623-3624, 3626-3627, 3629-3630, 3632-3633, 3635-3636, 3638-3639, 3641-3642, 3644-3645, 3647-3648, 3650-3651, 3653-3654, 3656-3657, 3659-3660, 3662-3663, 3665-3666, 3668-3669, 3671-3672, 3674-3675, 3677-3678, 3680-3681, 3683-3684, 3686-3687, 3689-3690, 3692-3693, 3695-3696, 3698-3699, 3701-3702, 3704-3705, 3707-3708, 3710-37

- Capeller (W.), 158
 Capus (N.), 21
 Carbonnier (J.), 40
 Cartuyvels (Y.), 178
 Cassese (A.), 16, 46, 51, 118, 185, 221, 222, 223, 270
 Chang Pengchun, 14
 Cheng (A.), 10, 11
 Chevallier (J.), 166, 256
 Chevallier-Govers (C.), 159
 Chirac (J.) 233, 235,
 Choukroune (L.), 170, 224, 261
 Ciampi (A.), 223
 Clapham (A.), 59
 Cohen-Jonathan (G.), 49, 52, 60, 66, 67, 161, 162, 163
 Collomb (B.), 21, 245
 Condorelli (L.), 25, 223
 Confucius, 10
 Cornu (G.), 70
 Corstens (G.), 231
 Costa (J.-P.), 216
 Coste (J.-F.), 274
 Cot (J.-P.), 165
 Cottier (T.), 214
 Damaska (M.), 120
 De Gaulle (Ch.), 230
 De Schutter (O.), 89
 De Sena (P.), 25
 Della Morte (G.), 147
 Decaux (E.), 176, 211, 225
 Delors (J.), 229
 Dezalay (Y.), 106
 Dima Ehongo (P.), 79, 104, 273
 Dollé (G.), 21, 245
 Du Plessis (M.), 65
 Du Réau (E.), 218
 Dupuy (P.M.), 27, 66, 134
 Dutheil de la Rochère (J.), 139, 187
 Ehlermann (C.-D.), 228, 229
 Eisenmann (P.M.), 213
 Empédocle, 8, 10, 31
 Esserman (S.), 251
 Fabre-Albert (V.), 86
 Fagot-Largeault (A.), 133
 Farjat (G.), 174
 Ferenczi (T.), 221
 Fin-Langer (L.), 75, 123
 Fischer (J.), 228, 233
 Flauss (J.-F.), 47, 52, 66, 67, 82, 146
 Fletcher (G.), 23
 Forteau (M.), 165
 Fouchard (Ph.), 123, 125, 149
 Frison-Roche (M.-A.), 106
 Fronza (E.), 14, 52, 77, 79, 109, 185
 Gagné (G.), 148
 Ganshof van der Meersch (W.J.), 89
 Garapon (A.), 40
 García Ramírez (S.), 191
 Garron (F.), 161
 Garth (B.G.), 107
 Gaudemet-Tallon (H.), 41
 Girard (C.), 136
 Giudicelli-Delage (G.), 43, 74, 115
 Glissant (É.), 8, 30, 167, 168, 267
 Godin (C.), 26, 27
 Gouttenoire-Cornut (A.), 92
 Gradoni (L.), 17
 Grotius (H.), 13
 Guénaire (M.), 105
 Guesnerie (R.), 239, 245
 Guillaume (G.), 67
 Haarscher (G.), 85
 Habermas (J.), 167, 193
 Halpérin (J.L.), 12
 Hemptinne (J.), 123
 Howse (R.), 251
 Hugo (V.), 54, 140
 Idot (L.), 41
 Jackson (J.D.), 116
 Jaquet (P.), 171
 Jadot (Y.), 22, 245
 Jamin (C.), 106
 Jessberger (F.), 110
 Jeuland (E.), 74, 77
 Jouanjan (O.), 12
 Kamto (M.), 47
 Kang Youwei, 10, 11
 Kant (E.), 12, 13, 54, 102
 Kempf (H.), 209
 Klee (P.), 112
 Kohl (H.), 227
 Konaré (A.O.), 143
 Laïdi (Z.), 198
 Lambert-Abdelgawad (E.), 51, 147, 185
 Lamers (K.), 233
 Lamy (P.), 186, 187, 189, 190, 227, 246, 281
 Lane (C.), 61
 Lanfranchi (M.P.), 45
 Langer (M.), 112, 120
 Laozi (L.), 8, 10
 Le Bars (B.), 243
 Le Grand de Bellerocche (D.), 109, 123
 Leben (C.), 174, 175
 Lepiney (A.), 189
 Lequette (Y.), 71, 76, 110
 Leroyer (A.-M.), 74, 77
 Leser (É.), 247
 Lessing (G.E.), 18
 Levinas (E.), 19, 39
 Liang Qichao, 10, 11, 12
 Lord Lester of Hern Hill, 215
 Loungnarath (V.), 147
 Madsen (M.R.), 147
 Mahoney (P.), 78
 Maison (R.), 127
 Malarino (E.), 14, 52, 77, 79, 109, 158
 Malaurie (Ph.), 86, 92
 Maljean-Dubois (S.), 45
 Mallarmé (S.), 281
 Manacorda (S.), 43, 53, 74, 110, 158, 161, 162, 163, 232, 233, 271
 Manara (C.), 21
 Martin-Chenut (K.), 111, 147
 Mathieu (B.), 15
 Mathieu-Izorche (M.-L.), 78, 93, 96, 274
 Matsopoulou (H.), 115
 Mauro (C.), 62
 Mecarelli (G.), 125
 Méda (D.), 106
 Michalet (C.-A.), 213
 Milanova (K.), 148
 Monnet (J.), 230
 Monnier (P.), 22, 79, 273
 Moreau (M.-A.), 106
 Moreau-Desfarges (Ph.), 165
 Morsink (J.), 169
 Muir Watt (H.), 51, 106, 185
 Nadjafi (A.), 145
 Nietzsche (F.), 204, 205
 Norberg (N.), 61, 179
 Normand (J.), 77
 Nougayrède (N.), 22
 Olinga (A.-D.), 91
 Ost (F.), 87, 166, 198, 200, 278
 Paye (J.-C.), 24
 Pellet (A.), 165, 281
 Pereira (B.), 112
 Picheral (C.), 91
 Pieth (M.), 77, 182
 Pisani-Ferry (J.), 171

- Platon, 70
 Poillot-Peruzetto (S.), 41, 76
 Pompidou (G.), 230
 Ponzano (P.), 236
 Pradel (J.), 112, 231
 Quermone (J.-L.), 280
 Quiron (Ph.), 22, 245
 Racine (J.-B.), 109
 Radanne (P.), 203
 Ricœur (P.), 19
 Rideau (J.), 236
 Roche (D.), 135, 136
 Romano (S.), 133
 Rortive (L.), 90
 Rouland (N.), 104
 Ruiz Fabri (H.), 22, 29, 51, 79, 147, 170, 185, 212, 245, 247, 273
 Russo (C.), 218
 Sacco (R.), 42
 Saint-Sernin (B.), 133
 Salah (M.), 166
 Santi (R.), 133
 Schabas (W.), 56
 Schauble (W.), 233
 Schroeter (W.), 85
 Serre (F. de la), 237
 Shen Jiaben, 11
 Simon (D.), 215, 265, 269
 Sophocle, 87
 Sotis (C.), 14, 52, 109
 Soulier (G.), 204, 238, 280
 Spielmann (D.), 49
 Stubb (A.), 249
 Sweeney (J.), 78
 Talbot (C.), 244
 Teitgen (P.-H.), 217
 Teigen-Colly (C.), 218
 Ténier (J.), 139, 141 147, 149, 153, 189
 Thatcher (M.), 229
 Thibierge (C.), 256
 Thom (R.), 198
 Thoraval (J.), 12
 Timsit (G.), 135, 257
 Tomkiewicz (V.), 212, 260
 Tréan (C.), 223
 Truche (commission), 113
 Tubiana (L.), 171
 Tulkens (F.), 51, 93, 94, 98, 276
 Van de Kerchove (M.), 200, 278
 Van Hoecke (M.), 103
 Veca (S.), 18
 Vernet (D.), 236
 Vervaele (J.), 113
 Vico (G.), 12, 13, 69, 199
 Villey (M.), 12
 Vincent (R.J.), 169
 Virilio (P.), 199, 200
 Vitoria (F.), 12
 Vogel (L.), 110
 Vogliotti (M.), 47, 48, 200
 Wachsmann (P.), 85
 Wallace (H.), 249
 Walzer (M.), 18, 19
 Weckel (Ph.), 50, 52, 58
 Weil (P.), 175
 Werle (G.), 110
 Weyembergh (A.), 159, 162
 Wildhaber (L.), 217
 Will (P.-É.), 13, 69
 Witz (Cl.), 110
 Yourow (H.C.), 78, 94
 Zapatero (L.A.), 77
 Zappalà (S.), 49, 126

Index des décisions de justice¹

JURIDICTIONS NATIONALES

Afrique du Sud
State c. Makwanganane, Cour suprême, 1995 : 56

Allemagne
Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel fédéral), 18 juillet 2005 (2 BvR 2236/04) : 271

Belize
P. Reyes c. the Queen, Privy Council, 11 mars 2002 : 57

Espagne
Guatemala, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 26 septembre 2005 : 261, 270

États-Unis
Atkins c. Virginie, S.Ct., 2002 : 61
Crawford c. Washington, S.Ct., 2004 : 115
Doe I c. Unocal Corp., C.D. Cal., 1997 : 180
Doe c. Unocal Corp., 9th Cir., 2003 : 180
Furman c. Géorgie, S.Ct., 1972 : 60
Gregg c. Géorgie, S.Ct., 1976 : 60
Knight c. Florida, S.Ct., 1999 : 61
Lawrence c. Texas, S.Ct., 2003 : 65

1. Index établi par Ezequiel Malarino, doctorant, assistant au Collège de France.

Medellin c. Dreke, 5th Cir. Tex., 2004 : 62
Medellin c. Dreke, S.Ct., 2004 : 62
Roper c. Simmons, S.Ct., 2005 : 61
Torres c. Oklahoma, Ct. Crim. App. Oklahoma, 2004 : 62
Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Company, and Shell Transport and Trading Company, PLC, 2nd Cir., 2000 : 179, 180

France

Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004 : 15, 94, 95
 Crim., 8 juill. 2004 : 160
 Crim., 18 avril 2005 : 111
 Conseil d'État, avis, 29 avril 2004 : 233

Italie

Corte costituzionale, 26 juin 1996 : 56

Royaume-Uni

House of Lords, (*A (FC) c. Sec. of State for Home Dep't*), 2004 : 24
 House of Lords, 2 décembre 2004 : 95

Tobago et Trinidad

Charles Matthews, Privy Council, 7 juillet 2004 : 57
Roodal et Khan, Privy Council, 21 novembre 2003 : 57

JURIDICTIONS RÉGIONALES

Amérique**CIDH (Cour interaméricaine des droits de l'homme)**

Avis (Opinión Consultiva) OC-16/99, 1^{er} octobre 1999 : 59, 191
Hilaire c. Trinidad et Tobago, 21 juin 2002 : 60
Olmedo Bustos c. Chili, 5 février 2001 : 86

Europe**CEDH (Cour européenne des droits de l'homme)**

Aspichi Delwari c. Pays-Bas, 22 juin 1999 : 56
Bankovic c. Belgique et autres, 12 décembre 2001 : 67
Behrani c. France, décision de recevabilité, 16 septembre 2003 : 67
Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlande, Grande Chambre, 30 juin 2005 : 67, 162
Cantoni c. France, 15 novembre 1996 : 67, 162
CEDH c. Belgique, affaire *Linguistique belge*, 23 juillet 1968 : 80

Dahlab c. Suisse, 15 février 2001 : 86

Dudgeon c. RU, 22 octobre 1981 : 89, 91, 276

Handyside c. RU, 7 décembre 1973 : 84

I. et Goodwin c. RU, 11 juillet 2002 : 92

Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994 : 92

Kokkaniis c. Grèce, 25 mai 1993 : 85

Leyla Sahin c. Turquie, 29 juin 2004 : 86, 87, 90

Matthews c. RU, 18 février 1999 : 67

M.C. c. Bulgarie, 4 décembre 2003 : 50

Modinos c. Malte, 22 avril 1993 : 91, 276

Norris c. Irlande, 26 octobre 1988 : 91, 276

Öcalan c. Turquie, 12 mars 2003 et 12 mai 2005 (Grande Chambre) : 59 sq.

59 sq.

Odièvre c. France, 13 février 2003 : 92

Otto-Preminger c. Autriche, 20 septembre 1994 : 85, 86, 87

Refah Partisi c. Turquie, Grande Chambre, 13 février 2003 : 91

Société Senator Lines c. les quinze États membres de l'UE, 2000 ;

décision d'irrecevabilité, 22 juin 2004 : 162

Soering c. RU, 7 juillet 1989 : 54, 55, 56, 57

Sunday Times c. RU, 26 avril 1979 : 90

Yang Chun Jin c. Hongrie, 8 mars 2001 : 56

CDH (Commission des droits de l'homme)

Karaduman c. Turquie, 3 novembre 1993 : 86

Meelchers et Co. c. RFA, 9 février 1990 : 162

CJCE

Commission c. Conseil, 13 septembre 2005 (affaire c-176/03) : 43, 158, 272

Gözütok, 11 février 2003 (affaire c-187/01) : 232

Gözütok, 11 février 2003 (affaire c-385/01) : 232

Miraglia, 10 mars 2005 (affaire c-469/03) : 232

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

CIJ (Cour internationale de justice)

Avena, Mexique c. États-Unis, ord., 5 février 2003, arrêt, 31 mars 2004 : 58, 59, 61.

Bread, Paraguay c. États-Unis, ord., 9 avril 1998 : 58

Lagrand, Allemagne c. États-Unis, ord., 3 mars 1999, arrêt, 27 juin 2001 : 58, 59

ORD (Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce)

États-Unis c. Japon, organe d'appel, 26 novembre 2003 : 22, 79, 273

Inde c. Communautés européennes, organe d'appel, 7 avril 2004 : 245, 247

TPIR (Tribunal pénal international pour le Rwanda)

Procès des médias, 2 décembre 2003 : 50

TPIY (Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie)

Delalic, 4 février 1998 : 118

Erdemovic, appel, 7 octobre 1997 : 16, 118

Kunarac, 22 février 2001, 12 juin 2002 : 50, 51

Mucic et consorts (« *Camp de Celebici* »), 20 février 2001 : 50

Abréviations

ACP	African, Caribbean and Pacific Group of States
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AJDI	<i>Actualité juridique du droit international</i>
ALCA	Area de libre comercio de las Américas (voir ZLEA)
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AME	Accord multilatéral sur l'environnement
APC	<i>Archives de politique criminelle</i>
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation (Forum de coopération économique Asie-Pacifique)
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
ATCA	<i>Alien Tort Claims Act</i> (États-Unis)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand)
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
CADH	Convention américaine des droits de l'homme
CADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
CAN	Comunidad andina de naciones (Communauté andine de nations)
Caricom	The Caribbean Community and Common Market
CC	Conseil constitutionnel
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDH	Commission des droits de l'homme
CECA	Communauté du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

CIA	Central Intelligence Agency
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CII	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends liés aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Recueil des décisions du Conseil
DHNU	Droits de l'homme des Nations unies (Comité des)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECO	Economic Cooperation Organization
EHESS	École des hautes études en sciences sociales
EHRLR	<i>European Human Rights Law Review</i>
EUI	<i>European University Institute</i>
Euratom	European Atomic Energy Community
Europol	Office européen de police
FMI	Fonds monétaire international
GATT	<i>General Agreements on Tariffs and Trade</i>
GES	Gaz à effet de serre
HRLJ	<i>Human Rights Law Journal</i>
ICC	International Criminal Court (voir CPI)
ISO	Organisation internationale de normalisation
JCP	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique)</i>
JDI	<i>Journal de droit international</i>
JICJ	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
Mercosur	Mercado común del Sur (Marché commun du Sud)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OGM	Organismes génétiquement modifiés
OHADA	Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique
OT	Organisation internationale du travail
OLAF	Office européen de lutte antitrafic
OMC	Organisation mondiale du commerce

OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ORD	Organe de règlement des différends
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PIF	Protection des intérêts financiers
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
Rev. dr. internat.	<i>Revue du droit international</i>
Rev. dr. UE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
Rev. dr. unif.	<i>Revue de droit uniforme</i>
Rev. dr. aff.	<i>Revue droit des affaires</i>
Rev. Marché unique	<i>Revue du Marché unique européen</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RIEJ	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
RU	Royaume-Uni
RUDH	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
SDN	Société des nations
SEC	Securities and Exchange Commission
SFDI	Société française de droit international
SIS	Système d'information Schengen
SLC	Société de législation comparée
SOX	Loi Sarbanes-Oxley (États-Unis)
TC	Traité constitutionnel
TCE	Traité de la communauté européenne
TPI	Tribunal de première instance (des Communautés européennes)
TPI	Tribunal pénal international
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie
TUE	Traité de l'Union européenne
UKHL	United Kingdom House of Lords
UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
UN	United Nations

Unesco	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé
USLW	<i>United States Law Week</i>
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques (voir ALCA)

Table

Introduction. L'un et le multiple : les divers pluralismes	7
<i>Le pluralisme de fusion et l'utopie de la Grande Unité juridique du monde</i>	9
L'ambiguïté de la fusion	9
Une unité utopique	13
<i>Le pluralisme de séparation et l'illusion de l'autonomie parfaite</i>	17
L'art de la séparation	18
Une autonomie illusoire	20
<i>L'hypothèse du « pluralisme ordonné »</i>	26
Le défi de « la Grande Complexité juridique du monde »	27
Les voies et moyens du pluralisme ordonné	28
PREMIÈRE PARTIE	
Les processus d'interaction	
1. Coordination par entrecroisements	39
<i>L'impossible isolement</i>	40
L'internormativité « de fait »	41
Les jeux d'interprétation croisée	46
<i>Le dialogue des juges sur la peine de mort</i>	53
Le dialogue sur l'extradition	55
Le dialogue sur la procédure	58

<i>Conditions de la mise en ordre</i>	62
Une phase dynamique	63
Une phase de stabilisation	65

2. Harmonisation par rapprochement 69

<i>Une intégration imparfaite : l'impossible codification</i>	71
Des dynamiques complexes	73
Des marges à ampleur variable	78

<i>Diversité morale et religieuse : principes internationaux et marge nationale</i>	81
Nécessité d'une marge nationale	82
Difficultés de mise en œuvre	88

<i>Conditions de mise en ordre : des codes aux principes directeurs</i>	92
Mise en ordre institutionnelle	93
Mise en ordre logique	96

3. Unification par hybridation 101

<i>Dualité des processus d'unification</i>	103
Transplantation	103
Hybridation	108

<i>Hybridation et procédure pénale</i>	112
Ajustements : un processus non linéaire	114
Réajustements : une figure instable	117

<i>Conditions de mise en ordre</i>	122
Une grammaire commune	122
Les limites de l'unification	127

DEUXIÈME PARTIE

Les niveaux d'organisation

1. Organisations régionales 139

<i>De l'objet au projet</i>	140
Stratégies des États fondateurs	141
Autonomisation des institutions régionales	145

<i>Conditions de stabilisation</i>	149
Rapports de force et facteurs de cohésion	150
Intersections et itinéraires de convergence	152

<i>Construction d'un espace pénal européen bipolaire</i>	155
Tensions entre Europe des droits de l'homme et Europe sécuritaire	155
Itinéraires de convergence vers un espace pénal bipolaire ...	161

2. Organisation mondiale 165

<i>Du projet mondial aux objets mondialisés</i>	168
Fragmentation	169
Privatisation	173

<i>Un espace pénal mondial en formation</i>	177
Les stratégies unilatérales	179
Les stratégies multilatérales	182

<i>Conditions d'une stabilisation pluraliste</i>	186
Stabilisation verticale	186
Stabilisation horizontale	189

TROISIÈME PARTIE

Les vitesses de transformation

1. Asynchrone 203

<i>La pluralité des échelles de temps</i>	204
Échelles de temps et niveaux d'organisation	204
Échelles de temps et secteurs de régulation	208

<i>Course de vitesse : droit des droits de l'homme/ droit du commerce</i>	210
Au niveau mondial	210
Au niveau européen	214

2. Synchronisation 220

<i>Une articulation des pouvoirs</i>	220
L'articulation entre niveaux	225

2. Polychronie.....	227
<i>L'exemple européen des « coopérations renforcées »</i>	230
Les premières réalisations	231
La consécration	234
<i>L'exemple mondial des « responsabilités différenciées »</i>	238
Le dispositif Kyoto : un échéancier prédéterminé	240
L'après-Kyoto : des mécanismes accélérateurs	243
<i>Polychronie et ordre juridique</i>	246
Extension des pratiques à tous les niveaux	246
d'organisation normative	249
Nécessité d'un encadrement juridique	249
Conclusion. Un ordre en formation ?	255
<i>Mouvements désordonnés : tels des nuages...</i>	258
Interactions : intégration/désintégration	259
Changements de niveau : expansion/repli	262
Changements de vitesse : synchronisation/désynchronisation	265
<i>Dispositifs d'équilibrage : ordonner les nuages</i>	266
Les concepts régulateurs : ajustement et réajustement	268
Les techniques de réglage	272
Les mécanismes d'évaluation et de contrôle	275
<i>Modèles de transformation : au pays des nuages ordonnés</i>	277
Pluralité de modèles	278
Dépassement des modèles	280
Index thématique	283
Index des noms de personnes	293
Index des décisions de justice	297
Abréviations	301