

MIREILLE DELMAS-MARTY

Professeur au Collège de France

« Destruction ou métamorphose de l'ordre juridique » : la formule peut sembler un peu provocatrice. Et pourtant, n'est-il pas vrai que nous en sommes arrivés au point où toute atteinte au droit en un seul lieu du monde est ressentie par tous ? La prophétie de Kant est devenue réalité, me semble-t-il, mais cela aura pris plus de 200 ans. Et cette émotion partagée qu'il évoque (toute atteinte au droit en un seul lieu est « ressentie par tous ») n'a pas suffi, et ne suffit toujours pas, à garantir la paix perpétuelle, ni à promouvoir le droit cosmopolitique dont il rêvait. Alors, on peut se poser la question : faudra-t-il attendre encore 200 ans pour y arriver ? Actuellement, la mondialisation semble en effet plutôt menacer l'ordre juridique.

C'est pourquoi, en guise d'introduction, je partirai de ce constat que la mondialisation actuelle pourrait menacer l'ordre juridique, pour au moins trois raisons.

D'abord, l'universalisation des valeurs : le processus, inscrit dans les instruments internationaux, semble annoncer la volonté d'encadrer les choix nationaux, donc de réduire l'autonomie des législateurs nationaux, qu'il s'agisse de la protection des droits de l'Homme, de la protection des biens publics mondiaux, ou de la lutte contre les crimes internationaux graves (notamment les crimes contre l'humanité).

Il y a un deuxième phénomène, une deuxième raison, c'est la globalisation des échanges, qui fait échapper aux États le contrôle de leurs frontières, au moins en partie : les flux économiques, financiers, comme les flux d'information numérisée évoqués précédemment lors de cette Conférence, traversent allègrement les frontières ; les risques notamment sanitaires, environnementaux, ou nucléaires, ne s'arrêtent pas non plus aux frontières nationales, de même que certains crimes organisés, comme le terrorisme, la corruption et toutes sortes de trafics.

Enfin, troisième raison, la multiplication des acteurs, qui est également liée à l'actuelle mondialisation. Les acteurs exerçant un pouvoir ou une influence à l'échelle globale ne sont plus seulement les États et les organisations internationales de nature publique. On voit intervenir de nombreux acteurs privés, tels que les entreprises transnationales, les organisations non gouvernementales, parfois les experts. En matière de changement climatique, par exemple, c'est souvent le travail des experts qui mène le jeu.

Quelles sont les conséquences d'un tel constat ? Nous envisagerons deux réponses.

La réponse pessimiste consisterait à souligner les effets de destruction, pour deux raisons. D'abord parce que l'ordre juridique national, identifié à l'État dans la tradition souverainiste que nous connaissons bien, serait menacé dans sa validité axiologique (légitimité) et empirique (effectivité et efficacité). La souveraineté, affaiblie par l'universalisme des valeurs, perd de sa légitimité ; la territorialité, débordée par la globalisation, fait perdre à la loi nationale une part de son efficacité. Enfin la responsabilité, diluée par la multiplication des acteurs, perd de son effectivité.

Ce n'est pas seulement l'ordre juridique national qui est en cause, mais aussi, et c'est plus grave, l'ordre juridique international, brouillé par une sorte de superposition de modèles : le modèle souverainiste traditionnel, attaché à l'autonomie du droit national, n'a pas disparu, loin de là. Or il est fondé sur un processus de séparation des ordres juridiques et institue des relations limitées à la sphère interétatique.

Mais de nouveaux modèles apparaissent : l'universalisme, marqué par la subordination du droit national au droit international, qui devient droit commun, selon un processus d'unification qui tend vers un ordre supranational. On rejoint un peu le cosmopolitisme imaginé par Kant. Nous connaissons bien en Europe cette conception supra-étatique, que ce soit au sein de l'Union européenne, ou du Conseil de l'Europe, notamment avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il en va de même à l'échelle mondiale, mais de façon plus fragmentée, limitée à certains domaines comme le droit de l'Organisation mondiale du commerce, ou le droit international pénal qui relève de la Cour pénale internationale.

Ajoutons que si l'unification se faisait au profit de l'ordre juridique d'un pays, par hypothèse le plus puissant, qui s'étendrait au reste du monde, alors se dessinerait un autre modèle, de type impérialiste. C'est souvent le reproche fait au droit américain, à tort ou à raison. En tout cas c'est une dimension qu'il ne faut pas négliger.

Enfin apparaît un modèle qu'on pourrait qualifier de « libéral », au sens économique du terme, qui implique, sinon la dérégulation totale, du moins une privatisation des normes, à base de *soft law*. « Soft » est difficile à traduire en français, car le terme peut prendre trois sens : le « flou », le « doux » et le « mou ». Le « flou » c'est la norme imprécise, le « mou » c'est la norme facultative, et le « doux » c'est la norme non sanctionnée. Quelquefois, les trois vont ensemble, quelquefois ils se séparent, comme le montre la diversité des formes que peut prendre la notion de « responsabilité sociale de l'entreprise ».

Enfin on observe encore un autre processus, celui d'autorégulation, annonçant un ordre qu'on pourrait appeler « transnational ».

Si j'ai parlé de « brouillage », c'est qu'il y a superposition de ces différents modèles. Ainsi, dans le cas de la Cour pénale internationale, créée en août 2002 sur le mode universaliste, les pratiques varient. C'est tantôt l'universalisme qu'on applique, par exemple quand le Conseil de Sécurité a admis la saisine de la Cour pénale à propos de la Libye. Mais quand le même Conseil de Sécurité, au sein duquel certains pays menaçaient d'exercer leur droit de veto, a refusé la saisine à propos de la Syrie, il y a retour au modèle souverainiste. De même, le souverainisme et le libéralisme se mêlent parfois. Je pense à la tragique affaire du Rana Plaza, l'incendie d'une usine de textile au Bangladesh qui avait entraîné la mort de plus de mille ouvriers. Les faits remontent au mois d'avril 2013, mais depuis cette date, aucune sanction n'a été prononcée, ni amende ni réparation. Est-ce l'échec du souverainisme ? En même temps, un accord transnational, conclu le 15 mai 2013 par un certain nombre de marques de vêtements, met en place un programme de rénovation et d'inspection des bâtiments. Alors est-ce le succès du libéralisme ?

Et pourtant le libéralisme se mêle parfois d'impérialisme, notamment à propos des normes comptables internationales, parce qu'elles sont émises par une organisation internationale privée, le Conseil des normes comptables internationales, d'origine américaine. Comment l'analyser ? La question reste posée.

De tels enchevêtrements m'amènent à l'autre hypothèse, que je préfère personnellement. Ce n'est pas la destruction, c'est ***l'hypothèse optimiste d'une métamorphose qui serait en cours***.

Au fond, l'idée est que nous sommes dans une période de transition, et que ce qui se prépare, c'est un nouveau modèle plus complexe qui, au lieu d'opposer les différents cas de figure exposés ci-dessus, les combinerait selon un modèle inédit que j'ai proposé d'appeler « pluralisme ordonné », pour désigner à la fois un souverainisme coordonné, un universalisme assoupli ou un libéralisme régulé.

Un « *souverainisme coordonné* », cela veut dire que la séparation des ordres nationaux serait progressivement atténuée par la circulation des normes, par le dialogue des juges, qui remplacerait la séparation par la coordination. Chacun connaît le débat entre les juges de la Cour suprême des États-Unis sur la question de savoir s'il convient ou non de citer la jurisprudence d'autres cours, et en particulier de cours qui n'appartiennent pas à l'univers de la *common law*. On dispose là d'un puissant moyen de coordination qui permet un rapprochement spontané des normes nationales. Évidemment, la formule ne permet pas d'imposer la soumission au droit international. On l'a vu aux États-Unis dans l'affaire *Medellin* : même après la condamnation par la Cour internationale de justice, la Cour suprême a rejeté toute tentative pour donner force exécutoire à la décision de cette Cour, sans tenir compte de l'opinion dissidente du juge Breyer. En revanche, les juges nationaux peuvent intervenir lorsque la norme internationale est d'applicabilité directe. On en parlera peut-être tout à l'heure avec Lord Mance.

En tout cas, à côté du souverainisme coordonné, il y a une autre formule qui me paraît pouvoir amorcer la métamorphose. C'est ce que j'appellerai *l'universalisme assoupli*. « Assoupli » parce qu'au lieu de chercher l'unification de toutes les normes nationales, ce qui paraît à la fois infaisable et dangereux, on favorise leur rapprochement, l'harmonisation au lieu d'unification. Ce processus se développe autour de principes communs assortis de techniques qui ménagent le droit des États à la différence. En Europe on connaît bien ce mécanisme, c'est la subsidiarité de la norme internationale, qu'elle soit issue des dispositifs juridiques de l'Union européenne, ou de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est aussi - j'aime beaucoup la formule parce qu'elle est transposable à l'échelle mondiale - la reconnaissance d'une « marge nationale d'appréciation ». Autrement dit, une technique qui permet de « contextualiser » la norme internationale, de la situer dans le contexte national

(économique, politique, culturel, ...). A cette contextualisation dans l'espace, s'ajoute une autre forme, dans le temps. Nous connaissons, au sein de l'Union européenne, la notion d'espace à plusieurs vitesses. La norme européenne peut être intégrée à des vitesses différentes. On pense à l'Europe de Schengen, on pense à la zone euro, on pense à la clause *opt out*. Il est vrai qu'au plan mondial, ces techniques sont plus rares. Mais il en existe quelques exemples : dans la mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption internationale apparaît la notion « d'équivalence fonctionnelle » qui permet d'atteindre le même but, lutter contre la corruption, mais par des voies différentes. Et dans le statut de la Cour pénale internationale, est inscrit ce qu'on appelle le « principe de complémentarité » qui fonctionne en pratique comme un principe de subsidiarité : la Cour n'est compétente que si les États ne veulent pas, ou ne peuvent pas, agir eux-mêmes.

Il faut encore évoquer une autre technique qui est souvent critiquée. Je pense qu'elle est critiquée parce qu'elle est mal utilisée, mais dans sa nature même elle paraît très utile. C'est la notion de « responsabilités communes mais différenciées ». Il s'agit d'une sorte de marge nationale qui permet de contextualiser la norme internationale dans l'espace et dans le temps. C'est ce qui se pratique auprès de l'Organisation mondiale du commerce, qui consacre en fait trois vitesses d'ouverture du marché, selon qu'il s'agit de pays riches, de pays émergents ou de pays pauvres. C'est aussi la formule du Protocole de Kyoto sur le changement climatique, qui introduit deux vitesses. Deux vitesses, c'est sans doute insuffisant à l'échelle mondiale où l'on réduit ainsi le monde à une opposition binaire entre les pays industrialisés et tous les autres. Introduire davantage de nuances pour tenir compte de la diversité des contextes nationaux serait nécessaire parce qu'à l'heure actuelle, les résistances persistent du fait que ce premier effort pour assouplir le caractère supranational de la norme internationale est insuffisant.

L'assouplissement s'impose d'autant plus que, même en Europe, et dans le domaine hautement respecté des droits de l'Homme, un certain nombre de pays ont cru devoir rappeler le principe de la subsidiarité. C'est la déclaration de Brighton de 2012 sur l'avenir de la Convention européenne.

Il en va *a fortiori* de même au plan international. Ainsi la Cour pénale internationale est contestée, non seulement par les pays qui n'ont pas ratifié la Convention, mais également par des pays africains qui l'ont pourtant ratifiée. La résistance se manifeste aussi à l'Organisation mondiale du commerce : les négociations viennent d'aboutir à Bali, en fin 2013, à un simple accord *a minima*, c'est-à-dire qu'il ne concerne ni l'industrie, ni les services, ni les droits sociaux, ni l'environnement, ni la manipulation du cours des devises. En réalité, il faudrait arriver à renégocier l'ensemble des accords de Marrakech, et on sait combien c'est difficile. De même pour le changement climatique : plusieurs conférences ont tenté d'organiser, pour la période qu'on appelle « post-Kyoto », une nouvelle répartition des obligations entre les divers pays industrialisés et les autres. Mais en réalité, le sommet de Varsovie de 2013 n'a fait que renvoyer l'affaire au sommet de Paris en 2015. Cela ne prendra peut-être pas 200 ans, mais il reste un long chemin à parcourir.

D'où l'intérêt d'une troisième formule, « *le libéralisme régulé* », qui consiste à introduire une coresponsabilité de tous les acteurs globaux. Sans doute faut-il accepter une sorte de combinaison entre la *soft law* et la *hard law*, en ce sens que l'une peut préparer l'autre. De même, l'auto-régulation peut préparer la régulation. Au Bangladesh, à la suite de la catastrophe de Rana Plaza, l'accord signé en mai a été suivi d'une proposition de directive européenne et d'une proposition de loi française. On passerait d'un droit « flou » et « mou » à un droit « dur ». Cela dit, il ne suffit pas d'édicter des normes précises et obligatoires. Le problème majeur reste celui de l'effectivité, notamment celle des sanctions, qui suppose un juge compétent. Quand il s'agit d'entreprises transnationales, il n'y a pas, comme on l'a dit plus haut, de juridiction internationale compétente : même la Cour pénale internationale n'est pas compétente quand il s'agit de personnes morales. Or la compétence territoriale traditionnelle est peu efficace, parce que les pays d'implantation ont généralement peu de moyens pour poursuivre les agissements des entreprises. Outre la compétence nationale du pays d'origine, la solution pourrait être de favoriser la compétence extraterritoriale, comme on en observe des tentatives en Europe, et également aux États-Unis. C'est la fameuse renaissance, si l'on peut dire, de l'*Alien Tort Act* ou de l'*Alien Tort Statute*. Renaissance parce que ce texte date de 1789, il n'est pas tout jeune, Redécouvert dans les années 1980, c'est un texte extraordinaire parce qu'il donne compétence aux juridictions fédérales américaines pour prononcer des sanctions civiles, qui sont des *punitive and dissuasive damages*, des dommages et intérêts punitifs et dissuasifs, en cas de violation du droit international, *law of nations*, ce qui est extrêmement large et vise même des violations commises à l'étranger par des étrangers. En fait, il s'agit des violations les plus graves du droit international, des droits de l'Homme, y compris le travail forcé, y compris le droit à l'environnement.

Mais un coup d'arrêt sérieux vient d'être donné en avril 2013 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kiobel*. Cette affaire est exemplaire, parce qu'il s'agissait de compagnies de pétrole complices, au Nigeria, de graves violations des droits de l'Homme, y compris des viols et des meurtres, par les forces armées militaires, dont l'objectif était de réprimer la résistance de la population locale aux effets polluants de l'exploitation du pétrole sur leur territoire. Or la Cour suprême a donné raison à la cour d'appel qui avait jugé que L'*Alien Tort Statute* n'était pas applicable aux personnes morales. Ce qui est intéressant aussi c'est que l'argument de la Cour suprême est différent de celui de la cour d'appel : la Cour suprême a placé la question sous l'angle de l'extraterritorialité de la loi. Quand on lit l'arrêt, on comprend que tous les juges sont d'accord pour approuver la cour d'appel, mais selon une motivation différente, placée sous l'angle de la territorialité, On voit ainsi s'affronter, me semble-t-il, deux visions de la souveraineté. L'opinion de la majorité consiste à dire : « Il existe en droit américain des présomptions défavorables à l'extraterritorialité parce qu'il faut éviter les conflits de droit, il faut éviter la discorde ». Elle résume sa position par cette formule : « *United States law does not rule the world* ». J'appellerai cela une « souveraineté solitaire ». En revanche, l'opinion séparée du juge Breyer, rejoint par trois autres juges, approuve la cour d'appel comme le fait la majorité, mais rejette la présomption défavorable à l'extraterritorialité. Au contraire, cette opinion séparée admet l'extraterritorialité dans certains cas, notamment quand l'objectif est d'éviter que les États-Unis ne deviennent un refuge pour les criminels. Et j'ai envie de dire : à la souveraineté solitaire, ils opposent une souveraineté solidaire. Car au fond, en 1789, l'*Alien Tort Statute* instituait une sorte de solidarité des États-Unis avec le reste du monde dans la lutte contre les pirates, qui étaient qualifiés à l'époque « d'ennemis du genre humain ». C'est pourquoi la question que je souhaiterais poser au juge Breyer, c'est : « qui sont les pirates au XXI^e siècle ? »

En somme, dans ce propos préliminaire, j'ai tenté de montrer que la réponse à notre question, destruction ou métamorphose, est sans doute complexe. Il n'y a ni destruction ni véritable métamorphose. Il faudrait pour ça qu'il y ait coresponsabilité de tous les acteurs de la mondialisation ; il faudrait qu'il y ait territorialité à géométrie variable, et il faudrait qu'il y ait une souveraineté solidaire. Donc peut-être s'agit-il d'une métamorphose inachevée ?

En tout cas, à l'heure actuelle, en l'absence de toute cour suprême mondiale et en l'absence de tout ordre juridique mondial intégré, le rôle majeur revient aux juges, et plus particulièrement aux juges des cours suprêmes nationales. J'aurais envie de leur appliquer, en écho à Kant, une très belle phrase du poète né aux Caraïbes, Édouard Glissant, qui nous a quittés il y a peu de temps et qui aimait dire : « Agis en ton lieu, pense avec le monde ».

Nous avons la chance d'accueillir trois juges de cours suprêmes qui ont démontré qu'il est possible d'agir en son lieu et de penser avec le monde. Il est temps que je leur donne la parole, en commençant par Stephen Breyer, *associate justice*, ce qui ne veut pas dire « juge associé » mais tout simplement juge à la Cour suprême des États-Unis. Il est connu pour ses opinions ouvertes au dialogue. Et il a marqué sa différence dans l'affaire *Kiobel*, comme je l'ai rappelé. Et je dois le remercier tout particulièrement d'avoir accepté d'intervenir dès cet après-midi alors qu'il est arrivé il y a deux heures à peine de Washington après une dure semaine consacrée chaque jour à des séances difficiles à la Cour suprême. Et comme il aime les défis, il a non seulement accepté d'intervenir deux heures après son arrivée, mais il a choisi de prendre la parole en français. A lui maintenant la parole.