

L'un et le multiple : les divers pluralismes ¹

Mireille Delmas-Marty

Ce qui domine le paysage juridique, en ce début du 21^{ème} 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 à la fois par la crise européenne et 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 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 Edouard 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 pas »². 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'Agrigente (à l'époque de la grande

¹ Ce texte est l'introduction du livre *Le pluralisme ordonné*, publié par les éditions du Seuil, 2006. J'ai rencontré Madame Delmas-Marty le 26 octobre 2004 au Collège de France pour lui faire part de mon projet sur la **séparation**. J'ai eu le privilège de pouvoir lui proposer une lecture de Lévinas au regard de sa problématique (pluralisme/**séparation**). Mon projet et la référence à ce philosophe l'ont intéressée et ce texte m'a été confié en retour bien avant sa publication chez un autre éditeur (dans lequel figure effectivement la référence à Lévinas).

² E. Glissant, *La cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, p. 24-25.

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'un »³.

On peut y entendre comme un écho du célèbre passage de Laozi, cité de siècle en siècle par les penseurs chinois et occidentaux, 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 ».

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 »⁴.

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 la nécessité d'une réforme. Le comité supervisant l'établissement d'un gouvernement constitutionnel⁵ 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.

³ Empédocle d'Agrigente, in Yves Battisti, *Trois présocratiques*, Gallimard, coll. Idées, 1968, p. 57. En version bilingue, Jean Bollack, *Empédocle II, Les origines*, Gallimard, coll. Tel, 1992, p. 18-19.

⁴ Comp. N. Bobbio, « Pluralismo », in *Dizionario di Politica*, dir. N. Bobbio, N. Matteuci, G. Pasquino, Utet, 2ème éd. 1983.

⁵ Voir J. Bourgon, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, thèse EHESS 1994, p.767 et s.

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'Age 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*⁶), 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 cents jours pour tenter 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*⁷, a une résonance étrangement actuelle : « Il y a les citoyens d'une nation et les citoyens du monde. Les 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 [...] A l'Age 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 tradition »⁸.

D'autres juristes, comme Shen Jiaben⁹ qui proposera à l'Empereur la fusion du droit chinois avec le droit occidental, partagent ce réalisme. L'occidentalisation est à la fois le moyen 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

⁶ Kang Youwei, *Datong Shu* (Livre de la Grande Unité) publié intégralement seulement en 1935, huit ans après sa mort, voir Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, 1997, p. 626.

⁷ Liang Qichao, Préface au *Shuoqun* (De la Communauté), in *Yinbinshi Wenji* (Ecrits de Liang Qichao), Shanghai, Zhonghua Shuju, 1926 ; Anne Cheng, précité, p. 627 .

⁸ Anne Cheng, précité, p. 628.

⁹ J. Bourgon, thèse EHESS précitée.

reconnaissance du principe de territorialité quand la Chine aurait modernisé son droit.

Ce mélange, d'un idéalisme universaliste mis au service d'un pragmatisme nationaliste, rappelle « l'universalisme nationaliste » de l'Ecole historique allemande du XIX^{ème} siècle, qui défendait le retour au droit commun romano-germanique contre l'impérialisme du code civil français¹⁰. Cette proximité n'est d'ailleurs pas étonnante si l'on se souvient que Liang Qichao connaissait l'Ecole allemande et s'en était inspiré pour ses propres travaux sur l'histoire du droit chinois¹¹.

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 cultures¹². Il est très présent aussi en Occident : de la *Civitas maxima* de Vitoria au 16^{ème} siècle¹³ à la « Grande cité des Nations » de Giambattista Vico et au cosmopolitisme d'Emmanuel Kant au 18^{ème} siècle¹⁴. 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 nations qui ne se trouvent pas au même stade d'évolution »¹⁵. 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 parfois invoquée, 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 de droit national : de la

¹⁰ Voir *Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 33 sq. ; J. L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999; O. Jouanjean, *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n°7, 2004

¹¹ Voir J. Bourgon, « La coutume et la norme en Chine et au Japon », in *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, Presses de l'Université de Vincennes, 2001, n°23 ; Liang Qichao, *La conception du droit et les théories des légistes à la veille des Qing*, trad. Escarra, Pékin, 1926.

¹² Voir *Le relatif et l'universel*, précité, p. 26 sq.

¹³ F. Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique*, trad. M. Barbier, Vrin, 1980 ; sur le « stoïcisme cosmopolite » de Vitoria, voir Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, texte établi, révisé et présenté par Stéphane Rials, PUF, 2003, p. 340s.

¹⁴ E. Kant, *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, Œuvres philosophiques, Gallimard, La pléiade, vol. II, p. 185s. ; *A la paix perpétuelle*, vol. III, p. 333s. ; « Le droit cosmopolitique » in *Doctrine du droit*, 2^{ème} partie, « Le droit public », vol. III, p. 625s. 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 *La tradition chinoise, la démocratie et l'Etat de droit*, dir. M. Delmas-Martye et P.E. Will, à paraître, Fayard, 2006.

¹⁵ G. Vico, *La science nouvelle*, 1744, trad ; A. Pons, Fayard, 2001.

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 fragments¹⁶, nous avons vu qu'il ne suffisait pas d'ajouter 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 facile¹⁷. Lorsqu'en 1948 le diplomate chinois Chang Pengchun eût 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 identique¹⁸.

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

¹⁶ *Le relatif et l'universel*, précité, p. 49 sq.

¹⁷ Voir P. E Will, « La contribution de la Chine à la DUDH », in *La tradition chinoise, la démocratie et l'Etat de droit*, précité.

¹⁸ E. Fronza, E. Malarino et C. Sotis, « Principe de précision et justice pénale internationale », in *Les sources du droit international pénal, l'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, dir. M. Delmas- Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawald, *SLC* 2005, pp. 157-211.

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 Etats 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 domaines¹⁹. La notion est d'ailleurs invoquée par les juges nationaux, comme le montre la décision rendue par le Conseil constitutionnel français²⁰ 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 public » (art. 11, Charte UE), n'imposent pas l'uniformité des pratiques nationales, le Conseil rappelle que des restrictions peuvent être apportées par les Etats 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 [que], de ce point de vue, le traité ne change rien »²¹. Même en Europe, nous sommes donc loin de la fusion et de l'ordre unifié et le traité constitutionnel 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

¹⁹ Voir *Le relatif et l'universel*, précité, p. 64 sq.

²⁰ CC 19 nov. 2004, décision 2004- 505 DC.

²¹ B. Mathieu, « La ' Constitution' européenne ne menace pas la République », *D.* 2004. Point de vue. 3075

juridiques nationales²². Encore faudrait-il réaliser ce que le juge Cassese avait décrit, dans une opinion dissidente, comme la « composition - fusion » entre différents systèmes²³, c'est-à-dire un véritable travail 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 », les cinq pays de loin les plus cités marquent une forte hégémonie occidentale (Etats Unis, Allemagne, Royaume Uni, France et Italie)²⁴.

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 Etats parfaitement autonomes, n'est pas une illusion à l'heure de la globalisation : « aussi puissant soit-il, aucun Etat 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 Unies²⁵ ; « aucun Etat ne peut faire véritablement cavalier seul », reprend en écho le projet soumis à l'Assemblée générale en septembre 2005²⁶.

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. Il ne peut en être autrement »²⁷. Ecrit à l'époque des Lumières par l'écrivain allemand Lessing, 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

²² 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.

²³ A. Cassese, opinion dissidente, *affaire Erdemovic*, TPIY, appel 7 oct. 1997

²⁴ Voir L. Gradoni, « Nullum crimen sine consuetudine » in *Les sources du droit international pénal, l'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, dir. M. Delmas- Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawald, SLC 2005, pp. 25-74.

²⁵ 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 ».

²⁶ Assemblée générale Onu, 59^{ème} session, doc. préparatoire A/59/HLPM/CRP.1/Rev.2.

²⁷ G. E. Lessing, « Dialogue entre Ernst et Folk », in Préface à *Nathan le sage* (1779), Flammarion, 1997, p. 37.

italien Salvatore Veca, qui le présente comme élément fondamental du pluralisme politique : fondamental aussi bien, dit-il, dans la façon de décrire le fait du pluralisme que de le prescrire comme valeur²⁸.

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 d'une description de la pluralité comme simple fait à la prescription du pluralisme comme valeur²⁹, 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 distributive³⁰, 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 minimale³¹.

Comme l'écrit Emmanuel Levinas, la pluralité, qu'il nomme « numérique » pour la distinguer du pluralisme, « reste sans défense contre la totalisation »³². 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 Ricoeur³³, 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 Etat 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 stratégies et phénomènes liés à la globalisation ou de l'expansion hégémonique d'un système.

²⁸ S. Veca, *Ethique et politique*, trad. de *Etica E Politica*, PUF, 1999, p. 99.

²⁹ *Le relatif et l'universel*, précité, p. 222 sq.

³⁰ M. Walzer, *Les sphères de justice*, trad. P. Engel, Seuil, 1997, p. 23 sq. Adde N. Rouland, *Le pluralisme...*

³¹ M. Walzer, *Thick and Thin, Moral argument at home and abroad*, University of Notre Dame Press, 1994.

³² E. Levinas, *Totalité et infini*, Martinus Nijhoff, 1961, rééd Livre de poche, essais, n° 4120, pp. 242-250

³³ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990, p. 221.

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 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 Etat 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 interdépendants 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 Etats 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 privés³⁴.

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 Etat en multipliant les conflits potentiels de juridictions³⁵. A moins que le droit du commerce ne vienne plus directement neutraliser la norme interne, au nom de la liberté des services, comme en témoigne

³⁴ Voir *Le relatif et l'universel*, précité, p. 257 sq. 277sq. ; également Nadja Capus, « Le droit pénal et la souveraineté partagée », *RSC* 2005. 251.

³⁵ *Le relatif et l'universel*, précité, p. 337 sq.

une décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC sur le commerce électronique³⁶.

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 Etat choisit le degré de protection qu'il entend garantir mais il est clair que, par exemple, la question des changements climatiques dûs aux activités humaines ne peut être résolue au seul niveau national, ni même régional³⁷. Même si des contraintes 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 Etat 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 »³⁸. 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 Etats n'ont plus qu'une « marge nationale d'appréciation, qui n'est pas indéfinie et peut varier selon les intérêts en cause »³⁹.

Il faut encore tenir compte des pratiques d'expansion hégémonique de certains systèmes comme le droit américain, dont on a pu observer l'omniprésence dans tous les domaines étudiés dans le précédent volume. 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 SEC⁴⁰. Plus récemment, la stratégie du groupe pétrolier russe *Ioukos*, consistant à faire juger la faillite de l'entreprise selon le droit américain⁴¹, témoigne à la fois des stratégies globales des entreprises et de

³⁶ 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.

³⁷ B. Collomb et G. Dollé, « Kyoto ? oui ! La directive européenne ? Non ! » *Le Monde*, 11 déc. 2004 (réponse Y. Jadot et Ph. Quirion, « Kyoto ? Oui ! Le leadership européen ? Maintenant ! » *Le Monde* 21 déc. 2004).

³⁸ Pour un exemple récent de mesure « manifestement disproportionnée », OMC, organe d'appel, 26 nov 2003, Mesures concernant l'importation de pommes (Etats Unis c/ Japon).

³⁹ Chr. H. Ruiz Habri et P. Monnier, *JDI* . 3. 2004 (p. 1022 sq.), p. 1025.

⁴⁰ *Le relatif et l'universel*, précité, p. 321-323.

⁴¹ N. Nougayrède, « Ioukos tente de se placer sous protection juridique américaine », *Le Monde*, 17déc. 2004 .

l'hégémonie du droit américain sur ce qui devient ainsi ouvertement un « marché des droits ». Si la stratégie semble avoir finalement échoué, ce n'est pas pour les seules raisons juridiques : ni le droit international, manifestement dépassé, ni l'autonomie du droit national, même si l'argument a évidemment été invoqué, n'ont été déterminants dans l'issue du conflit, mais le poids économique et politique de la Russie⁴². 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 Etat 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 Etats Unis⁴³ comme en Europe. Le vide juridique apparemment créé par la loi britannique de novembre 2001, 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 Lords⁴⁴, 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*)

⁴² Le Monde 18 et 23 déc. 2004 : le Fonds russe des biens d'Etat conteste la décision d'un tribunal américain et le président Poutine approuve la vente controversée de la filiale de Ioukos.

⁴³ Sur les décisions de la Cour suprême des Etats Unis, voir *Le relatif et l'universel*, précité, pp. 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 . 841 ; D. Amann, « Abu Ghraib », *Univ of Pennsylvania Review* 2005, pp. 2085- 2141.

⁴⁴ House of Lords, session 2004-2005, UKHL, 56, 16 déc 2004, D. 2005. 1055, note Martin .

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 citoyens⁴⁵. Conscient du risque d'incompatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme, le gouvernement britannique aurait été jusqu'à remettre en cause son adhésion à un texte qui serait désormais, selon lui, inadapté aux nouvelles conditions de la lutte contre le terrorisme⁴⁶.

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 son immunité a été levée et un juge d'instruction a pu lancer contre lui un mandat d'arrêt, confirmé par la Cour suprême⁴⁷.

Mieux encore, les Etats Unis, qui se sont opposés au statut de la CPI, 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 détention⁴⁸. Il arrive que certains juges de la Cour suprême citent le Pacte Onu sur les droits civils et politiques⁴⁹, alors que le droit américain ne reconnaît pas son applicabilité directe. Ils citent parfois aussi la jurisprudence de tribunaux étrangers, nationaux ou internationaux (CEDH ou CADH) et vont jusqu'à invoquer, comme on le verra à propos de la peine de mort, l'opinion publique mondiale. A tel point que la Chambre des représentants s'en est émue et a proposé un dispositif (résolution du *Subcommittee on the Judiciary*, pendante devant le *full Committee on the Judiciary*), tendant à interdire aux juges américains de

⁴⁵ J.C. Paye, « *The prevention security Act* britannique du 11 mars 2005 », in *RTDH* 2005. 635-647.

⁴⁶ Voir les réactions indignées du président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Le Monde* 15 sept. 2005.

⁴⁷ « La Cour suprême du Chili donne son feu vert au jugement de Pinochet », *Le Monde*, 5 janvier 2005.

⁴⁸ Arrêts du 28 juin 2004, voir *Le relatif et l'universel*, précité, p. 236 et note 57

⁴⁹ L. Condorelli et 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), 107- 120.

déterminer leurs interprétations sur la base de jugements ou lois émanant d'institutions étrangères, non incorporées au droit des Etats Unis ou n'aidant pas à mieux comprendre la signification originale des lois des Etats Unis⁵⁰.

Ces interactions multiformes démontrent la transformation d'un monde qui, de compliqué (multiple et hétérogène), est devenu complexe (interactif et instable)⁵¹. Elles incitent à poser l'hypothèse d'un « 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 d'un « 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.

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 internationale⁵², par les représentants des Etats 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 multinational »⁵³. Les acteurs économiques privés concurrencent désormais les Etats en élaborant leurs propres normes, par autorégulation. Si l'Etat 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 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,

⁵⁰ 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).

⁵¹ Ch. Godin, « Les voies de la mondialisation », in *La totalité réalisée*, Champ Vallon, vol.6, 2003, p. 455.

⁵² Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international, Cours général de l'Académie de droit international public* (2000), Martinus Nijhoff, 2003 ; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

⁵³ Ch. Godin, « Les voies de la mondialisation », in *La totalité*, précité, p. 435.

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 norme interne, 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 sur la mise en œuvre du protocole de Kyoto sur les gaz à effet de serre).

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 d'un pluralisme ordonné

A première vue, la réponse au défi de la Grande complexité juridique du monde semble tenir à une sorte de bricolage pour relier, par de multiples interactions, judiciaires et normatives, spontanées et imposées, directes et indirectes, des ensembles juridiques (nationaux ou 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 coordonnées⁵⁴. Mais l'intégration des tâches appelle à franchir

⁵⁴ Voir H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, Seuil, 1989 ; J. Cl. Anselme, *La sculpture du vivant*, Seuil, 2003.

l'obstacle politique et juridique de la souveraineté nationale, qui n'est un obstacle infranchissable que si elle est conçue de façon absolue. Plutôt que vers un monde « sans souveraineté »⁵⁵, nous semblons aller vers une « dilution de la souveraineté »⁵⁶ qui resterait à transformer en une souveraineté partagée : le partage est au cœur du traité constitutionnel européen et transparaît 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, 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'une 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'auto-régulation, ni la prévisibilité mécanique (sauf accident ou panne) des phénomènes physiques. Elles s'ordonnent sans majesté, par ajustement 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 intolérances »⁵⁷. 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

⁵⁵ B. Badie, *Un monde sans souveraineté, Les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard 1999.

⁵⁶ H. Ruiz Fabri, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges Fromont*, Presses Univ. Strasbourg, 2001, p. 371 sq.

⁵⁷ E. Glissant précité, p. 25-26.

négative et positive. Difficile d'admettre que l'indétermination des processus d'intégration, qui 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 ex., 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 même d'ordre juridique et de systèmes de droit -, l'hypothèse du pluralisme ordonné ouvre pourtant cette voie, sinon d'un futur ordre mondial, du moins d'une harmonie, ou plutôt d'une harmonisation, au sens large du terme. Une voie qui 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 ».