

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Mireille Delmas-Marty (séance du lundi 19 décembre 2011)

Gilbert Guillaume : L'éloge du « droit flou » que nous avons entendu me laisse perplexe. Vous avez très loyalement mentionné le problème de sécurité juridique que pose ce droit flou. Nous savons en effet que le droit a pour fonction première d'assurer la sécurité. Face à ce droit flou, vous avez exprimé l'idée qu'il appartient au juge, par des jugements bien motivés, de lever les incertitudes inhérentes à ce droit.

En tant que juge, je suis assez réticent à assumer pareille tâche. Je me demande si, à travers la motivation, il est réellement possible d'avoir des certitudes et si l'on ne risque pas d'instaurer par là-même un gouvernement des juges. À cet égard, l'exemple que vous avez cité de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas fait pour me rassurer. La motivation des arrêts de cette Cour n'est sans doute pas – pour m'en tenir à une appréciation euphémistique – un modèle insurpassable.

Réponses: Assurément, du point de vue que vous avez évoqué, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas toujours un modèle à suivre. Mais permettez-moi de retenir à son actif l'invention du concept de marge nationale d'appréciation. A cet égard, la comparaison avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui n'accepte pas la marge nationale d'appréciation, est intéressante car le refus du flou amène certaines Cours suprêmes, telle celle du Brésil, à exclure l'intégration de la jurisprudence de la Cour interaméricaine. L'ambition unificatrice se traduit par une imperméabilité totale vis-à-vis de la norme internationale, alors que la marge nationale d'appréciation, qui transforme l'unification en harmonisation, facilite une intégration progressive. Tout est donc question d'équilibre.

Par ailleurs, pour construire une argumentation logique dans un univers flou, il faut définir des indicateurs qui commandent le seuil de compatibilité et donc la décision. Or, si l'on se méfie des juges, il reste toujours possible de placer ces indicateurs dans le texte. Quand le législateur pose un principe flou, il peut l'assortir d'indicateurs de mise en application du flou.

En tout état de cause, le plus dangereux serait d'adopter des textes flous sans aucun contrôle, car chaque Etat déterminerait le seuil convenant à ses intérêts, situation proche de la négation du droit international.

*
* *

Pierre Mazeaud : Vous avez parlé d'un mouvement vers une harmonisation du droit mondial tout en constatant que les avancées sont loin d'être pertinentes. Cela vaut particulièrement pour l'Europe où l'on voit, face aux difficultés actuelles, un gouvernement des juges l'emporter *de facto* sur la légitimité des élus. Si les avancées ne sont pas pertinentes, pourquoi faut-il poursuivre ? Pourquoi faut-il rechercher à tout prix un droit mondial ?

Vous prenez l'exemple des droits de l'homme. Je conviens volontiers que c'est là un des vecteurs qui doit orienter les différentes nations vers une harmonisation du droit. Mais on constate que certains pays forts veulent imposer la notion des droits de l'homme à des pays faibles, alors qu'il ne tentent pas de l'imposer à d'autres pays forts ? Ne voyez-vous pas là un obstacle à l'harmonisation à laquelle vous aspirez ?

Réponse : Passer de la fragmentation à l'harmonisation vise à éviter le relativisme des valeurs, mais c'est aussi une façon de lutter contre l'impuissance. Les discussions sur la régulation financière ont montré que la fragmentation des réponses, disséminées entre les différents systèmes juridiques nationaux, aboutit à l'impuissance des contrôleurs. Le même constat peut être fait dans nombre d'autres secteurs, tel celui de l'environnement, où les interdépendances sont très fortes. La fragmentation entre droits nationaux conduit alors à une impasse. C'est donc l'interdépendance de fait qui contraint, en quelque sorte, à avancer vers une harmonisation en droit.

À ce propos, je regrette que dans le projet de traité constitutionnel européen (rejeté par referendum en 2005) il n'y ait pas eu de véritable exposé des motifs. À mon sens, il aurait été utile de préciser que ce projet était fondé sur une situation d'interdépendance, et non pas d'indépendance comme les États américains lorsqu'ils créèrent les États-Unis. Si l'Europe avait assumé de façon dynamique par une déclaration d'interdépendance sa volonté de se construire un destin commun au lieu de subir cette interdépendance comme une fatalité, le dispositif européen aurait pu préfigurer la déclaration d'interdépendance qui serait nécessaire à l'échelle mondiale.

*
* *

Jean-Robert Pitte : Au début de votre exposé, vous avez évoqué une très grande fragilité de la biosphère et regretté l'échec de Copenhague, alors qu'à vos yeux, Rio et Kyoto avaient constitué des pas en avant. En outre, tout en qualifiant 2011 d'année noire, vous avez cité la catastrophe de Fukushima. Certes, le tsunami a tué là-bas 30 000 personnes, mais ces 30 000 personnes vivaient dans des maisons construites en toute légalité sous le niveau de la mer alors que la prudence aurait dû amener à ne pas délivrer de permis de construire. Ce n'est pas la nature qui est ici à mettre en cause, mais l'homme et sa mauvaise gouvernance. Ne faudrait-il pas se garder d'un pessimisme systématique reposant sur une peur largement infondée ?

Réponse : Mon intention serait de réconcilier le principe de responsabilité de Jonas avec le principe d'espérance d'Ernst Bloch qu'il combattait. Je ne crois pas qu'on puisse bâtir une communauté de destin uniquement sur la peur, mais il me semble que la peur de risques globaux peut être un facteur de solidarité, un facteur qui renforce le sentiment d'appartenance à la même communauté.

*
* *

Pierre Delvolvé : Il me semble que la recherche d'un ordre juridique global n'est pas entièrement nouvelle et que la réalisation d'un ordre juridique mondial n'est pas entièrement possible.

Vous avez évoqué la concurrence que les États trouvent dans un certain nombre d'opérateurs économiques et dans les. S'agissant des ONG, il y a depuis longtemps une ONG, et quelle ONG !, l'Église, qui, au-delà même des États du Pape a un rayonnement dans le monde et fait valoir des normes et des principes à l'encontre de tous les États. Dans le domaine économique, on peut rappeler le rôle de ces opérateurs proprement financiers que représentaient les prêteurs. Pensons aux banquiers italiens à la fin du Moyen-âge et à la Renaissance. Dans un ordre d'idées assez proche, il me semble que la City londonienne n'a pas été pour rien dans la politique britannique au cours des guerres napoléoniennes.

S'agissant des prêteurs, qu'il me soit permis de rappeler le cas de la Grèce qui, après 1830, date de son indépendance, a conclu emprunt sur emprunt, avec la garantie des puissances européennes, la France, la Grande-Bretagne et la Russie. Chaque emprunt était garanti par des réformes que la Grèce devait réaliser, la dette étant assurée par l'imputation à celle-ci d'un certain nombre d'impôts perçus par l'État grec. Ces garanties n'ayant pas suffi, il a fallu des emprunts pour rembourser des emprunts. Gaston Jèze, dans son *Traité des finances et de législation financière* en 1925, rappelait qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la Grèce avait encore cent trente-cinq ans avant de rembourser définitivement sa dette. *Nil novis sub sole !*

La recherche d'un ordre mondial a été marquée par un certain nombre de traités, Traités de Westphalie, Congrès de Vienne. Talleyrand avait promu un véritable droit public européen. Puis, au niveau mondial, il y a eu la SDN et l'ONU.

L'établissement d'un ordre juridique mondial est-il entièrement possible ? Il peut y avoir, comme l'affirme L. Cohen-Tanugi, un droit sans État, mais il y a une limite à l'absence de l'État. Un certain nombre de normes au niveau mondial ne peuvent être établies qu'avec l'accord des États. S'agissant du Protocole de Kyoto, s'agissant de la Cour pénale internationale, on a vu que les États-Unis et la Chine refusent de donner leur aval. Il y a huit jours encore, le 8 et le 9 décembre, à Bruxelles, le Royaume-Uni a marqué son opposition à la réalisation d'un certain nombre de réformes et à l'établissement d'un certain nombre de règles. L'État est donc encore loin d'être mort.

Réponse : Le droit mondial n'est sans doute pas nouveau, mais est nouveau, et appelle une mise en ordre, le surgissement dans différents domaines à la fois, de ce que j'ai appelé une pan-nomie. Le foisonnement de normes à vocation mondiale, observable dans les domaines les plus divers, est un phénomène inédit, d'autant que jamais il n'y a eu pareille multiplication de juridictions dites "internationales", régionales et mondiales.

Ce droit mondial peut-il se transformer en ordre mondial ? C'est ce qu'il reste à déterminer. En tout état de cause, il ne s'agira pas d'un ordre à l'image de l'ordre que nous connaissons au niveau national, stable, unifié et cohérent. Il ne pourra s'agir que d'un ordre complexe, où les États seront nécessairement présents, ce qui pose des problèmes d'articulation, de coordination. Le dispositif de mise en ordre se présentera davantage sous forme de réseau que sous forme pyramidale. Même si la superposition d'au moins trois niveaux (national, régional et mondial) suggère une hiérarchie des normes, en réalité, il s'agit d'interaction plus que de hiérarchie. Si l'on

ajoute le caractère évolutif des normes, c'est bien d'une métamorphose du modèle d'ordre juridique qu'il s'agit.

*
* *

Jacques de Larosière : L'observation que je vais faire n'appelle pas nécessairement de réponse. Je voudrais simplement remarquer que le problème du seuil de compatibilité que vous avez évoqué se pose également dans le domaine de la régulation financière.

La fragmentation, qui caractérisait en grande partie les normes avant la crise de 2007-2008 a favorisé ce que l'on appelle l'arbitrage réglementaire, c'est-à-dire que les institutions financières cherchaient le régulateur le plus tolérant pour s'installer chez lui. Ce système a été à la fois très chaotique et très dangereux.

Après la crise de 2007-2008, on est allé vers la recherche de normes communes, en particulier dans le domaine de la régulation des fonds propres des institutions financières. Ce qui a été alors réalisé se caractérise par une certaine prédominance dans la définition des normes par ce que l'on peut qualifier de puissances hégémoniques. On est allé aussi vers une harmonisation des procédures de contrôle des différents pays, mais avec une efficacité moindre que dans la détermination des normes.

Mais on constate aujourd'hui que le nationalisme tend à reprendre le dessus en dépit du travail important déjà accompli vers l'harmonisation des normes. La raison en est que le système reste en crise et que, quand la crise se fait sentir, le nationalisme revient, les États voulant se protéger en érigeant leurs propres barrières. Nous assistons à un phénomène de re-réglementation nationale avec une valve de sécurité vers ce qui n'est pas régulé, ce qu'on nomme en anglais le *shadow banking*.

Il apparaît très difficile, dans le domaine financier, d'aller vers une harmonisation relativement floue telle que vous l'avez évoquée pour le droit. En effet, lorsque l'on a des normes quelque peu floues, avec des rattrapages et des possibilités de moduler, les marchés ont tendance à s'attacher immédiatement à la norme la plus exigeante. On l'a bien vu avec la question des fonds propres. Il y avait un calendrier qui permettait jusqu'en 2019 de rejoindre progressivement la norme. Or, ce calendrier a été bousculé par les exigences des marchés qui ont considéré que toute banque qui se contenterait de se mettre en règle pour 2019 devrait être sanctionnée.

À cela s'ajoute le fait que l'absence de véritables sanctions pour dissuader un pays qui déroge aux normes en question enlève beaucoup de crédibilité au système.

Réponse : Il est important de souligner que le mouvement n'est pas linéaire, mais qu'il y a des coups d'arrêts et qu'il peut même y avoir des régressions. En outre vos derniers mots permettent de souligner – ce qui me paraît essentiel – que l'harmonisation a des effets pervers s'il n'y a ni contrôle, ni sanctions.

*
* *

Bernard Bourgeois : L'État est affaibli. La conséquence en est le désordre. Mais le désordre contient l'ordre naissant. Le désordre, c'est la dispersion. L'ordre naissant, c'est une réorganisation ou une réunification. Mais pour qu'il y ait unification, il faut un "Un" qui ait le pouvoir d'être l'agent de cette unification. Or,

dans cette situation où les États sont affaiblis, les États restent la puissance la plus forte, en dépit de toutes les ONG existantes, capable de réunifier ce qui s'est divisé. Par conséquent, il me semble que le médecin ne peut être autre que le malade lui-même, c'est-à-dire l'État affaibli. Mais cet État doit devenir un État plus fort encore que l'État initial parce qu'il lui est demandé d'organiser un ordre souple et comportant des limites de sa souveraineté. Or, la chose la plus difficile qui soit est toujours de savoir se limiter. La maîtrise implique le sacrifice.

S'il y a bien des dispositions et des remèdes techniques tels que vous nous les avez présentés, il me semble qu'il y a aussi un remède politique qui conditionne tout, à savoir que l'État lui-même vienne à se renforcer. Il ne faudrait pas voir dans mon propos une défense de l'étatisme ou du nationalisme. En effet je pense qu'il faut qu'une nation soit très forte pour pouvoir dépasser le nationalisme et qu'il faut que l'État soit très fort pour pouvoir dépasser l'étatisme.

Réponse : J'aime l'idée que le malade est son propre médecin. Néanmoins, il m'apparaît que pour que l'État accepte de se limiter, il faut sans doute aussi la pression d'acteurs non étatiques, comme les entreprises, les experts ou les ONG.

*
* *

Georges-Henri Soutou : Les grands États ne tiennent-ils pas finalement compte de la réalité que vous avez décrite en essayant plus que jamais de légaliser les rapports de forces ? Vous avez cité les décisions récentes du Conseil de sécurité des Nations Unies sur la protection des populations menacées dans le cas de la Libye ; elles sont bien l'expression d'un rapport de forces au sein du Conseil. Vous avez également cité la notion de légitime défense préventive ; on fait le même constat, avec un rapport de forces favorable aux États-Unis. On pourrait aussi citer l'évolution de la fiscalité des soi-disant "ex-paradis" fiscaux sous la pression conjointe des États-Unis et de l'Allemagne en particulier. On pourrait encore citer l'extension universelle des règles de blocus imposées par les États-Unis qui prétendent soumettre à ces règles non seulement les compagnies américaines, mais également les compagnies étrangères.

Réponse : Tout dépend des exemples sur lesquels on raisonne. Il y a effectivement des domaines dans lesquels le droit américain constitue la norme mondiale. Pour les questions relevant du Conseil de sécurité, l'équilibre est quelque peu différent, en raison des cinq pays qui détiennent le droit de veto. Il s'agit sans doute d'un rapport de forces, mais exercé par une oligarchie. Enfin, il existe des domaines où les grands États seront amenés à se comporter de façon moins hégémonique ; je pense, par exemple, au changement climatique et à l'accord que les États-Unis et la Chine ont fini par signer à Durban. On voit donc que le triangle droit-économie-politique ne se construit pas de la même manière selon les secteurs.

*
* *

Bertrand Saint-Sernin : À la fin de votre exposé, vous avez évoqué des effets nocifs de l'action humaine qui peuvent se manifester sur une très longue période, comme c'est le cas dans le domaine nucléaire. Dans la tradition judéo-chrétienne, où l'on considère que l'humanité est l'ensemble des hommes présents, passés et futurs, on peut trouver dans les générations futures une justification de notre responsabilité. C'est ce que font notamment Hans Jonas et Karl-Otto Appel. Mais si l'on imagine un droit mondial dans lequel la tradition judéo-chrétienne n'existerait plus, comment les juristes pourraient-ils justifier la responsabilité à travers les siècles et les millénaires ?

Réponse : J'ai paraphrasé, sans le citer, Paul Ricœur soulignant qu'une responsabilité illimitée serait quelque chose d'insensé parce que nos capacités cognitives ne nous permettent pas de prévoir les conséquences lointaines de tous nos actes. La raison même nous oblige à rappeler la finitude humaine qui empêche une extension trop large de la responsabilité. Autant on a besoin d'un principe d'anticipation, autant on a besoin de limiter l'anticipation. Tout le problème consiste à déterminer les critères, les indicateurs selon lesquels on peut et doit limiter notre responsabilité sans pour autant nous dispenser de veiller à l'équilibre de la biosphère, sans doute parce que nous sommes les seuls êtres capables de le faire.

*
* *

Michel Pébereau : Dans les années à venir, la globalisation d'une part – qui est une conséquence du développement économique et une condition de sa poursuite – et les progrès des technologies de l'information d'autre part vont faire de la planète entière l'espace géographique de nombreuses activités. Pour assurer l'état de droit indispensable au développement harmonieux de la plupart des activités, il a fallu établir un certain nombre de normes à ce niveau. À défaut de normes mondiales, la localisation des activités risque d'être affectée par des phénomènes d'arbitrage réglementaire ; c'est ce que l'on voit en matière de fiscalité, de conditions de travail et de rémunération, etc.

Je ne crois pas que l'absence de normes à l'échelle de la planète résulte de la faiblesse des États. Elle est au contraire le signe que les États sont forts. Certes, ils ne parviennent pas à organiser leur coopération pour établir de telles normes. Mais c'est parce qu'ils entendent bien préserver leur liberté d'action au niveau national, c'est-à-dire leur souveraineté dans tous les domaines. Ils cherchent à éviter l'instauration d'un ordre mondial qui limiterait leurs pouvoirs. C'est cette réaction qui freine la définition de normes mondiales pourtant indispensables pour encadrer la globalisation en cours. Faute d'être créées par consensus des États, des normes sont imposées par les faits. C'est très exactement ce qui aurait pu se passer avec la loi Sarbanes-Oxley comme vous l'avez montré, pour l'instant, le champ d'application de cette loi ne s'est fort heureusement pas trop étendu en dehors des États-Unis. Ce que vous avez décrit à propos de la norme de 1789 concernant les droits de l'homme aux États-Unis et son utilisation par les tribunaux américains pour une application mondiale est fort préoccupant au niveau des principes.

En réalité, le maintien du statu quo, chaque État préservant totalement sa souveraineté, est assez irréaliste. Nous sommes placés face à une alternative : la définition internationale d'un état de droit à l'échelle de la planète, par accord ; ou l'acceptation d'une solution de fait qui est que par la pratique ou par la force un État

dominant, dans un domaine ou dans un autre, impose de facto ses normes nationales. Il est manifeste qu'il serait raisonnable, dans la situation actuelle, de promouvoir des normes mondiales par accord international : il faudrait que les États acceptent des abandons de souveraineté.

Dans ce contexte, la question du pouvoir des juges me semble délicate. Les États peuvent renoncer à certains éléments de souveraineté, au profit d'instances supranationales. Mais comment assurer la légitimité démocratique des juges internationaux ? C'est une question qui me semble aujourd'hui posée.

Réponse : Il est exact que l'on observe une montée en puissance du juge en même temps qu'une mondialisation du droit. Je ne crois pas que l'on puisse parler d'une prise de pouvoir par les juges ; les juges ne font rien d'autre que d'occuper une place vacante. Les problèmes n'étant pas résolus par un pouvoir législatif qui n'existe pas, ni par un pouvoir exécutif trop faible ou très inégalitaire, les juges (nationaux et internationaux) occupent l'espace. À cet égard, l'exemple des juges américains que vous avez repris est très intéressant. Il y a manifestement une hésitation, qu'il s'agisse des cours d'appel ou de la Cour suprême. La loi est extrêmement vague puisqu'elle permet de sanctionner toute atteinte aux obligations les plus graves du droit international. Et son application aux entreprises transnationales a été admise par la Cour suprême dans un premier arrêt en date du début des années 2000, mais elle est actuellement remise en cause par certaines cours d'appel et il est possible que la Cour suprême lui donne un coup d'arrêt, par crainte précisément de voir reprocher aux États-Unis une position hégémonique.

*
* *

Emmanuel Le Roy Ladurie : L'exemple du Canada, qui s'est retiré du droit mondial du climat, n'est pas encourageant. Il y a certainement un droit mondial du climat en gestation, mais il semble qu'il faille parler à ce sujet d'une course de lenteur. Les mesures que l'on peut prendre n'auront des effets que sur de très longs délais et ce n'est donc pas un problème qui peut être géré par le suffrage universel.

Réponse : Votre remarque m'amène à rappeler que le droit ne peut pas tout. Il n'est pas tout puissant et peut tout au plus contribuer à un certain rééquilibrage. Néanmoins, sans le droit, aucun équilibre ne saurait être durable.

*
* *