

V.

Universalité du droit

1. Circulation et diffusion des institutions juridiques

Les forces d'occupation peuvent-elles exporter la démocratie en Iraq ou les États-Unis demander à la Russie – comme l'a fait récemment le président Bush – de respecter la démocratie, qui « comporte un État de droit, la protection des minorités, la liberté de la presse et une opposition politique active » ?¹ La *World Trade Organization* peut-elle imposer à l'administration publique de la Malaisie le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution de ses contrats ? Peut-il être demandé à toutes les Nations de respecter un catalogue unique et universel de droits de l'homme ? Les États-Unis peuvent-ils prétendre que les procédures de consultation expérimentales dans leur pays soient également adoptées par les organisations internationales ? La libéralisation du commerce peut-elle servir à pousser la Chine à introduire la *rule of law*, c'est-à-dire la prééminence du droit, dans son propre ordre interne ?

Toutes ces questions font l'objet de controverses. Je tenterai de les évoquer une par une. Les questions que je formulerai ultérieurement m'aideront à aborder un thème aussi difficile et ambigu que celui qui est traité ici.

Les succès de l'occupation alliée en Allemagne et au Japon, après la seconde guerre mondiale, et de la plus récente occupation de la Bosnie de la part des forces multinationales, sous la bannière des Nations Unies, pourraient se répéter. Dans ces trois pays, ce sont des forces militaires étrangères qui ont importé la démocratie. Mais ce que nous appelons démocratie est un ensemble d'institutions mûries dans le monde occidental, d'abord aux États-Unis, ailleurs ensuite. Est-il correct de considérer qu'elles sont meilleures que d'autres et de les transplanter dans des pays qui n'appartiennent pas à la même tradition ? Les institutions politiques ne doivent-elles pas être d'origine locale pour pouvoir être acceptées par les diverses sociétés ? Et quel type de démocratie exporter, étant donné que l'expérience historique de nombreux pays démontre l'existence de différentes formes de démocratie ? Ou doit-on considérer que cette diversité en favorise l'importation et l'enracinement dans d'autres contextes politiques et sociaux ? Mais combien de temps peut durer un régime démocratique, après son installation, si d'autres conditions ne sont pas remplies, comme par exemple le développement économique, presque toujours lié à la démocratie ?²

Le *Government Procurement Agreement*, signé en 1994 dans le cadre de la *World Trade Organization*, soulève tout autant de questions. Conçu pour favoriser la libre circulation des produits, des fournitures et des services, cet accord dispose que, pour le choix des contractants doivent être respectées des procédures de publicité et de mise en concurrence ouvertes à tous, dans des conditions d'égalité. Il convient donc d'assurer la transparence, la concurrence, l'égalité de traitement, l'obligation de motivation. Mais ces respectables principes doivent être appliqués également dans des pays où les contrats publics sont attribués pour des objets particuliers, comme le développement de zones défavorisées ou l'aide aux populations en situation de retard socio-économique. En Malaisie, par exemple, les lois nationales prévoient des réserves, des régimes et des prix préférentiels en faveur de la population indigène, les Bumiputera. Comment concilier, alors, les exigences du commerce mondial avec le besoin d'aider les catégories défavorisées ? Le régime des contrats de l'administration peut-il être adapté de manière à concilier des objectifs internes de protection et les besoins mondiaux de

développement du commerce ? Et comment doit se comporter la Malaisie : doit-elle ne pas adhérer à l'accord ou réclamer des dérogations *ad hoc* pour les Bumiputera ?³

Le troisième problème, plus connu, concerne la *Déclaration internationale – puis universelle – des droits de l'homme*, approuvée en 1948 (suivie en 1966 par le *Pacte sur les droits civils et politiques* et le *Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels*). La *Déclaration*, d'une part, réduit le monopole des États pour permettre aux personnes privées de devenir des sujets actifs du droit global ; d'autre part, elle affaiblit la souveraineté des États, autorisant les juges à condamner les coupables de violations d'un ordre supranational⁴. Devenue, d'un « idéal commun à atteindre », un « paramètre pour évaluer les comportements »⁵, la *Déclaration* est l'objet de critiques toujours plus nombreuses. Dans le monde islamique et dans les cultures sub-sahariennes est développée la thèse selon laquelle il est impossible d'accueillir les valeurs politiques de la modernité occidentale. Un juriste chinois a noté que, dans sa langue traditionnelle, il n'existe pas de lemme correspondant à la notion de droit subjectif, propre à la tradition juridique occidentale⁶. L'universalité – cela a été souligné – est un mythe. Les droits humains sont envisagés de manières assez diverses selon les pays, selon la tradition culturelle et le contexte politique⁷.

Le quatrième problème concerne encore les États-Unis, dont certains critiquent non sans raison l'impérialisme juridique. Ce pays a introduit, dans les années Soixante-dix Quatre-vingt-dix du XX^{ème} siècle, de puissants instruments de participation aux procédures décisionnelles des administrations. Une autorité administrative qui veut adopter, par exemple, un règlement en matière de protection de l'environnement, doit en informer les industries concernées et les associations écologistes, en leur adressant le projet de règlement. Les destinataires et les autres intéressés peuvent faire des observations et des propositions. Au terme de la consultation, l'autorité décide. Il est évident que, lorsque la décision doit être prise, non par l'autorité nationale mais par une organisation internationale, les personnes privées qui, dans leur ordre interne ont un droit de participation, voient ce droit « se volatiliser ». Ces personnes soutiennent alors que les organisations internationales doivent garantir un droit analogue de participation, en consultant les intéressés. Mais est-il juste que les organisations internationales, au sein desquelles prévalent l'informel et la négociation adoptent des critères procéduraux *adversarial*, de type nord-américain ? Et comment de tels critères peuvent-ils être transplantés dans un cadre aussi étendu, où la consultation, étant donné les intérêts concernés par les décisions globales, court le risque de ralentir ou de bloquer le processus ? Enfin, l'obligation de consultation, si elle est transposée au niveau global, ne change-t-elle pas de nature ?⁸

Le cinquième problème a été discuté lors de l'adhésion de la Chine à la *World Trade Organization*. L'on a dit, alors, qu'intégrer la Chine à l'Organisation servirait à promouvoir dans ce pays la *rule of law*. Mais est-il légitime de transplanter en Orient les principes élémentaires du droit qui se sont développés dans certains pays occidentaux ? Ce qui fonctionne à Londres ou à Washington peut-il fonctionner aussi bien à Pékin ? Et comment l'État de droit pourrait-il prendre racine dans un ordre où l'espace constitutionnel réservé au pouvoir judiciaire est limité étant donné, par exemple, que le domaine de l'activité du juge ne concerne pas les libertés politiques ?⁹

Toutes les questions évoquées jusqu'ici ont quelque chose en commun : elles concernent la circulation des institutions juridiques entre les ordres nationaux et leur diffusion du niveau national au niveau global, et inversement. Ces transferts ont toujours existé, mais leur rapidité

a augmenté depuis que l'on est sorti du monde figé par les nationalismes du Dix-neuvième et du Vingtième siècle.

Le phénomène est unitaire, mais se manifeste d'au moins cinq manières. La première est le passage direct d'une ou plusieurs institutions juridiques d'un ordre national à un autre (par exemple, la démocratie des États-Unis vers l'Iraq). La deuxième est l'imposition d'un principe juridique d'un ordre global à un ensemble d'administrations appartenant à des ordres nationaux (par exemple, les procédures de publicité et de mise en concurrence des contrats, que la *World Trade Organization* veut faire respecter par les administrations des pays adhérents, comme la Malaisie). La troisième est l'imposition, par un ordre juridique global, d'un principe juridique commun, destiné non seulement à tous les États mais, dans chacun d'eux, à l'ensemble de l'ordre national (par exemple les droits universels de l'homme que tous doivent respecter dans le cadre national). La quatrième va dans le sens inverse, d'un ordre juridique national à l'ordre global (par exemple, l'obligation de consultation, de l'ordre américain à l'ordre global). La dernière manière est le « débordement » d'une ou plusieurs institutions, qui se répandent dans des domaines connexes, mais toujours au niveau global (par exemple, la liberté du commerce utilisée pour introduire la prééminence du droit).

2. Dans quel sens le droit devient-il universel ?

Les questions posées m'ont aidé à aborder un thème, celui de l'universalisation progressive du droit. Je voudrais maintenant en examiner les phases et les principaux types, pour ensuite rechercher les lois qui régissent ce processus.

La première espèce de circulation et de diffusion du droit est celle qui concerne la science juridique. La globalisation tient, dans ce cas, non aux manières de réguler, mais aux manières d'étudier, non aux institutions positives, mais à leur approche, aux techniques et aux méthodes d'étude. C'est l'universalité de la science juridique, non des principes juridiques. Elle est limitée à la culture, et ne s'étend pas au droit positif.

Après que le jusnaturalisme soit sorti de scène au dix-huitième siècle (au dix-neuvième il reste « en coulisse »¹⁰), la science juridique distingue la « *local jurisprudence* » de la « *universal jurisprudence* » (Jeremy Bentham), ou la « *particular jurisprudence* » de la « *general jurisprudence* » (John Austin). La science juridique universelle ou générale s'abstrait de tout système juridique particulier et synthétise les principes du droit communs à plusieurs ordres. Son périmètre de référence est cependant très limité. Il inclut les écrits des jurisconsultes romains, les décisions des juges anglais, les dispositions des codes français et prussien. Il est universel, mais c'est un univers restreint et atemporel¹¹. Pour s'en rendre compte il suffit de lire le *Diritto pubblico universale* de Gian Domenico Romagnosi¹².

Au vingtième siècle l'universalité de la science juridique n'est pas discutée ; au contraire son domaine se développe, car l'on ne distingue plus nécessairement entre science particulière ou locale et science universelle ou générale. Saleilles affirme que « toute science juridique est forcément internationale et universelle »¹³.

Les juristes du vingtième siècle sont cependant juspositivistes et reconnaissent qu'un droit universel nécessite un souverain unique et une unique communauté juridique mondiale¹⁴. L'universalité s'arrête donc à la science, elle n'affecte pas le relativisme des ordres juridiques. Cependant dans le second après-guerre, surtout dans le domaine du droit privé, l'idée se fait jour que le droit va au-delà d'un ordre juridique positif en particulier. Tandis que les institutions du droit public sont intimement liées à l'État et dépendent ainsi d'un cadre spécifique construit par les normes étatiques, celles du droit privé, telles que la propriété, la famille, le contrat, la responsabilité peuvent avoir des régimes communs. Au milieu du vingtième siècle Filippo Vassalli affirme que le droit civil n'a en réalité jamais été l'esclave

de l'État. Il est vrai qu'avec la codification les États se sont emparés des rapports de droit civil. Mais il existe un mouvement – continue Vassalli – vers le dépassement du dogme étatique et des barrières entre les peuples¹⁵.

Plus tard l'on reconnaît que le droit public a lui aussi recours à l'imitation, les institutions originaires d'un ordre juridique étant copiées par d'autres. Le «self-government» du dix-neuvième siècle anglais, le «Conseil d'État» napoléonien, l'«Ombudsman» suédois (1809), le «procès équitable» autrichien (1925) trouvent des applications et des variantes dans de nombreux autres ordres juridiques nationaux. Des ordres juridiques très divers présentent ainsi de nombreuses ressemblances. Une fois rompue la barrière qui empêchait de comprendre l'adaptabilité des institutions à des contextes juridiques différents, dans lesquels ces institutions sont destinées à diverger de leurs archétypes, il est possible de reconnaître que des institutions jugées typiques d'une tradition juridique particulière trouvent leur origine ailleurs : par exemple, le modèle des «grandes écoles» et des «grands corps», considéré comme typique de l'*élite** administrative française s'est en réalité formé sous l'influence du mandarinat chinois, qui avait fasciné les philosophes et les politiques des Lumières.

La dernière phase est la plus proche de nous – elle est même encore en cours – et il est bon de s'y arrêter. Elle est caractérisée par le transfert d'éléments de l'expérience juridique nationale dans une dimension universelle et par les retombées de ces éléments dans les ordres juridiques nationaux. Pour illustrer cette phase l'on peut prendre trois exemples qui concernent les activités typiques des États, comme la protection des travailleurs, l'exercice du pouvoir punitif et le régime des rapports entre les pouvoirs publics et les citoyens.

Il est connu que certains Pays exportent des biens produits selon des méthodes et des procédés peu respectueux des standards reconnus internationalement destinés à la protection des travailleurs (il existe, à cet effet, une organisation spécifique : l'Organisation internationale du travail). Ces États ne font pas seulement une concurrence déloyale aux produits des autres Pays, mais ils mettent aussi en péril les standards de protection des travailleurs des Pays importateurs et peuvent déclencher une course vers le bas. Pour lutter contre ce phénomène, appelé « dumping social » peut être utilisée une norme des traités sur le commerce international en vertu de laquelle les biens importés doivent être considérés de manière aussi favorable que d'autres produits importés « similaires ». Pour appliquer cette norme il est cependant nécessaire d'interpréter le terme « similaire » dans le sens des produits réalisés selon des procédures, des méthodes et des techniques qui respectent les *Core Labour Standards*, soit un dénominateur commun de dispositions sur les conditions de travail.

La norme étant ainsi définie par cette voie complexe, il reste à déterminer qui va la sanctionner. Un pays seul, comme cela est arrivé avec les États-Unis, qui ont établi un embargo sur le commerce avec la Birmanie à cause de graves abus qui y ont été commis en matière de droits des travailleurs et des droits humains ? Ou la Communauté internationale sous l'égide de la *World Trade Organization* ?¹⁶

Le second exemple concerne le droit pénal. Celui-ci appartient historiquement à l'espèce du «droit particulier»¹⁷, établi par l'État. Mais peut-on accepter des lois étatiques suprêmement injustes, qui constituent un cas d'«*extremes Unrecht*»¹⁸ ? Si ce n'est pas tolérable, il convient que soit défini un crime au niveau supraétatique et qu'au même niveau soit installé un juge doté du pouvoir de punir. Ceci est d'autant plus nécessaire si les tribunaux nationaux tendent à ne pas juger les actes tels que les génocides, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, parce que généralement commis par des organes (en principe militaires) que les autorités étatiques protègent ou ne veulent pas juger. Il est donc nécessaire que des organes internationaux se fassent porteurs de valeurs universelles en se substituant aux juges internes.

* En français dans le texte.

À cette fin, le droit pénal universel protège la paix, la sécurité et le bien-être du monde et qualifie de délits internationaux les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide. La Communauté internationale se considère légitime à poursuivre et à punir de tels crimes indépendamment du lieu et de l'identité de ceux qui les ont commis ou subis¹⁹. Des cours ad hoc sont instituées, de celles de Nuremberg et Tokyo à celles pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, jusqu'à la Cour pénale internationale.

Deux changements importants interviennent dans ce cadre nouveau, le premier relatif aux normes, le second aux juges. Concernant les premières, «dans l'établissement de l'illicéité de ces actions, nous mettons de côté les intérêts purement nationaux de chacun des États»²⁰. Quant aux juges, les délits « globaux » pourraient être jugés par des cours nationales ; le choix d'instituer des tribunaux non étatiques répond à l'idée de dépasser les ordres juridiques nationaux, en dotant l'ordre global de la panoplie des instruments dont disposent les ordres nationaux. Donc un droit pénal « universel » s'intègre, lorsqu'il ne s'y oppose pas, avec le droit « paroissial »²¹.

Le troisième et dernier exemple concerne le régime des rapports entre les pouvoirs publics et les citoyens, en particulier le « *due process of law* ». Cette expression remonte à un « *statute* » d'Henry III (1354) et a été introduite dans la Constitution américaine. Elle désigne les garanties de légalité et de contradictoire. Elle a eu dans les ordres étatiques de nombreuses applications, toutes relatives aux rapports entre l'État et le citoyen. En matière du « contradictoire », l'administration italienne connaît l'obligation d'informer et d'écouter le citoyen.

Ce principe trouve aujourd'hui application dans l'ordre global. Il suffit de citer trois décisions adoptées par autant de cours internationales. Dans le premier cas, l'*Appellate Body* de la *World Trade Organization* a établi qu'un État, s'il limite l'importation de produits d'autres Pays, doit donner aux Pays exportateurs la possibilité d'être entendus, motiver sa décision, et ouvrir le droit à un recours juridictionnel²².

Dans la seconde affaire, l'*International Tribunal for the Law of the Sea* a décidé que l'administration qui séquestre un navire et retient les passeports de l'équipage doit respecter le « *due process of law* » et le principe de « *fairness* », en informant l'armateur et l'équipage et en leur donnant la possibilité d'être entendus²³. Enfin, dans un cadre plus limité, la Cour européenne des droits de l'homme a établi que les décisions administratives qui ont une incidence sur les droits des personnes doivent être prises après l'audition des intéressés²⁴.

Il convient de relever trois aspects de l'application du « *due process of law* » dans l'ordre juridique global. En premier lieu, le principe du « procès équitable » n'est pas toujours sanctionné par les traités internationaux, mais il est souvent développé par les organes juridictionnels. Ceux-ci le tirent des dispositions qui interdisent l'arbitraire et de celles qui concernent le bien-fondé (*ragionevolezza**), prévues par des dispositions sectorielles (comme celles relatives au commerce et au droit de la mer), ou des dispositions sur le « procès équitable » et les droits de la défense (comme dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme). Ce phénomène représente, comme nous l'avons déjà noté, un processus de « constitutionnalisation », consistant dans la génération de principes de type constitutionnel par les organes juridictionnels²⁵. En second lieu, l'enrichissement du droit global par voie de connexions latérales, spécialement dans le domaine commercial, est susceptible de connaître une grande expansion, grâce à ses nombreux liens avec l'environnement, le travail, les droits de l'homme, la protection de la santé, la sécurité, ainsi que d'autres secteurs dans lesquels

* V. note sous ce mot dans le présent ouvrage : « IV. Crevettes, tortues et procédures. Standards globaux pour les droits administratifs nationaux ».

peuvent être aisément transposés les principes de type constitutionnel développés par les juges globaux. Enfin, le droit de participation est assuré soit aux États, soit aux particuliers, et il est garanti par le droit global à l'encontre des administrations nationales.

La liste des secteurs et des domaines dans lesquels s'est formé un complexe de normes relativement uniformes, d'application universelle, pourrait continuer. La croissance du commerce mondial impose en fait des standards communs à tous en matière de conformité des produits, de protection des consommateurs, de responsabilité des producteurs²⁶; et l'impossibilité de soumettre à un contrôle, dans le cadre de chaque nation, des phénomènes comme les crises financières, le réchauffement climatique, l'utilisation des océans et des fonds marins, les espèces ichthyiques migratrices, nécessite que ces biens publics universels soient protégés au niveau global.

3. Les lois qui réglementent la globalisation juridique

Une fois examinées les phases et les types de développement des concepts, des principes, des institutions et des normes définissables comme « communs », soit parce qu'ils se sont développés ensemble, soit parce qu'ils ont été transplantés d'un système national à un autre, soit parce qu'ils ont été exportés du droit national au droit global ou, enfin, parce qu'ils sont apparus directement dans l'ordre juridique global pour des raisons spécifiques, il est opportun de s'interroger sur les lois qui règlent ce processus de globalisation juridique.

La question dont il convient de trouver la réponse est la suivante : existe-t-il un mécanisme régissant ce processus de compénétration mutuelle et d'harmonisation, ou est-il toujours fondé sur les desseins incertains et contradictoires des pouvoirs publics nationaux ?

La réponse – ou la tentative de réponse – portera sur trois points : la coexistence entre unité juridique du monde et différenciation entre ses parties ; le processus et les facteurs d'accroissement du patrimoine juridique universel ; l'équilibre qui s'établit entre les droits nationaux à l'intérieur de l'arène globale.

Concernant le premier point, l'aspect qui frappe principalement l'observateur de l'ordre juridique global est le suivant : un patrimoine juridique universel, qui renforce l'unité juridique du monde, s'oppose à l'extrême variété des systèmes juridiques locaux. D'un côté, il existe un nombre limité de principes et d'institutions communs, dont aucun ordre juridique national ne parvient à s'affranchir; de l'autre, on constate une différenciation accentuée, qui a encore tendance à s'intensifier.

La croissance du nombre d'organisations internationales (intéressées à l'uniformisation ou au moins à l'harmonisation) s'accompagne d'une augmentation du nombre d'États²⁷ (qui sont les principaux facteurs de différenciation). On serait amené à penser qu'il ne s'agit pas d'une donnée conjoncturelle, mais d'une situation stable du nouvel ordre juridique.

La dyscrasie entre l'unité et la différenciation croissantes se prête à des interprétations opposées. Ceux qui sont convaincus du rôle central des États y voient une confirmation de leur thèse. Ceux qui, au contraire, considèrent que l'ordre juridique global a pris pied accentuent l'autre aspect, celui de l'unité. Le problème est en réalité de tenter de donner une interprétation unique à ces éléments apparemment contradictoires.

Les disciples du relativisme – ceux pour qui chaque société possède son propre droit, produit par l'État – sous-évaluent la capacité des systèmes juridiques à s'adapter, à coexister et, en coexistant, à changer. À l'opposé le petit groupe des tenants de l'universalisme – ceux pour qui la globalisation juridique est désormais dominante – surestime l'unité et l'uniformité de l'ordre juridique global, ainsi que sa capacité à s'imposer aux ordres juridiques nationaux²⁸.

Il est difficile d'analyser la concaténation verticale et horizontale entre les droits nationaux, les droits supranationaux et le droit global, parce que nous ne connaissons pas encore la grammaire juridique universelle, incomplète mais déjà très développée, tandis que nous

connaissions trop bien celle des ordres juridiques indigènes. Mais nous pouvons certainement tirer une conclusion : la globalisation juridique admet la diversité des droits nationaux, et leur réserve ainsi une sorte de droit à la différence²⁹, soit en laissant des domaines entiers non couverts, à disposition du droit national, soit au moyen de mesures dérogatoires, ou par d'autres techniques qui aménagent des espaces, des marges, des interstices, créent des imbrications, établissent des équilibres et des compensations.

L'ordre juridique qui est en train de se construire se présente donc comme un ordre binaire, où les particularismes coexistent avec un système de principes communs : d'un côté une variété extrême, et même croissante, de régimes nationaux et infranationaux ; de l'autre un maillage qui s'épaissit progressivement, de principes et de procédures universels. Une situation, en d'autres termes, qui n'est pas différente, dans ses lignes de force, de celles qui ont été expérimentées dans le passé, à d'autres époques historiques : droits pré-étatiques, comme le droit romain, avec une vocation universelle et une tolérance pour les règles différentes en son sein ; droit commun qui, au moyen-âge, coexiste avec les *jura particularia*, et les transforme en systèmes communicants³⁰ ; ordres impériaux, qui incluent des nationalités et des pouvoirs publics originaires, gouvernant par la formule de l'«*indirect rule*».

Cet ordre binaire est particulièrement évident dans le système de la justice pénale. Celui-ci est composé de deux étages. Le premier est celui – limité à certaines matières – des juridictions universelles à compétence absolue, qui défendent un nombre restreint de valeurs universelles. Le second est celui des juridictions pénales nationales à compétence universelle conditionnée : ces dernières sont appelées à accomplir la mission de gardiens du droit global, mais dans le cadre des limites posées au niveau supérieur³¹.

La coexistence entre l'unité juridique du monde et la différenciation de ses parties requiert un système de règles vaste et complexe. Et souvent les règles renvoient à des critères scientifiques, invoqués pour répondre à la critique selon laquelle les règles proviennent de négociations internationales ou de régulateurs globaux, au sein desquels dominent les représentants de l'hémisphère Nord, et qu'elles sont donc faites pour aider les Pays industrialisés³². Voilà un thème sur lequel devrait s'exercer l'analyse juridique.

Le second point concerne l'aspect dynamique, ou le processus et les facteurs d'accroissement du patrimoine global d'institutions, de règles et de principes.

J'ai déjà noté que la globalisation juridique est le résultat de l'émergence de problèmes qu'aucun ordre juridique national ne peut résoudre seul : l'expansion du commerce et la nécessité d'un *corpus* de règles qui l'accompagne ; le contrôle de certains facteurs de pollution, qui vont au-delà des capacités d'intervention d'un Etat ; l'exigence de contrôler en commun des phénomènes qui échappent au pouvoir de commandement de chacun, du trafic aérien à l'usage de la mer, au transport postal, aux crises financières ; la nécessité d'instituer des tribunaux pénaux internationaux pour pallier l'inertie des juges internes dans la poursuite des crimes considérés comme «offensant» la communauté internationale dans son entier.

Mais un autre fait, caractéristique du dernier quart de siècle, est à l'origine de l'accélération de la globalisation juridique. Un cercle s'est construit. Plus les communications augmentent, plus le monde est sous les yeux de tous, plus les différences deviennent évidentes, plus l'on cherche à y remédier par des instruments globaux, plus l'on s'interroge sur le caractère démocratique et l'«*accountability*» de tels instruments, plus l'on cherche à répondre en resserrant les liens entre société civile et institutions globales, plus augmente l'insatisfaction à l'égard d'un monde doté d'une «*governance*», sans avoir de gouvernement. En somme, c'est un processus cumulatif, qui génère aussi bien le progrès de l'ordre juridique global, que l'insatisfaction qu'il provoque et qui est à son tour à l'origine de ses développements ultérieurs. Les mouvements «*no global*» eux-mêmes ont été un vecteur important de la globalisation, car ils ont attiré l'attention mondiale sur les déséquilibres territoriaux et sur

ceux de la globalisation, mettant ainsi en marche les mécanismes pour les corriger. En somme nous vivons dans un monde soit plus uni, soit plus conscient de sa propre désunion et poussé par cette prise de conscience à réduire les diversités nationales.

Le troisième point, enfin, concerne l'équilibre qui s'établit entre les ordres nationaux, à l'intérieur de l'ordre juridique global. Cet ordre présente de nombreux déséquilibres de secteur : il est plus développé dans certains domaines, embryonnaire ou inexistant ailleurs. La variabilité de ce que l'on appelle les « régimes internationaux »³³ produit ainsi une autre forme de relativisme, cette fois de type sectoriel, non national. Mais l'asymétrie la plus importante dépend de la différence de poids des États-sujets dans l'ordre juridique global. La question que Vittorio Emanuele Orlando se posait dans sa leçon inaugurale romaine en 1947, à savoir si ce qu'il appelait « révolution mondiale » conduisait à un unique État dominant ou à un réseau ou association d'États³⁴ a trouvé une réponse ambiguë : il y a à la fois globalisation et américanisation³⁵.

4. L'étude de l'ordre juridique global

Il convient enfin de s'arrêter sur la manière dont doit être étudié ce nouvel univers créé par la globalisation juridique. Sa naissance fut annoncée, avec une diversité de tons, vers la fin de la Première et à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, par Santi Romano, Gustav Radbruch, Filippo Vassalli, Vittorio Emanuele Orlando. Les études sur ce sujet ont ensuite stagné, et n'ont repris qu'au cours de la dernière décennie, spécialement aux États-Unis. Elles progressent cependant, de manière dispersée, par des analyses de détail minutieuses. Pourtant les grands thèmes ne manquent pas.

Le premier est celui des concepts juridiques à vocation universelle, mais avec un statut de droit positif³⁶. Comment les étudier, avec quelles techniques, en établissant quelles relations avec les droits nationaux ? Par exemple, le droit d'être entendu par l'administration avant qu'elle prenne sa décision est désormais très répandu, comme nous l'avons vu, aussi bien dans les ordres juridiques nationaux que dans l'ordre global. L'étude du « *due process* » doit être menée d'une manière nouvelle, en effectuant une comparaison entre les ordres juridiques nationaux, en comparant ces derniers avec l'ordre global, en analysant l'originalité de ce dernier (qui, par exemple, reconnaît également aux États le droit d'être entendus).

Un second thème est le rôle de la *rule of law* dans l'ordre global : peut-on affirmer que la prééminence du droit est dans ce domaine « *a machine that runs of itself* » ?³⁷ Dans les ordres domestiques, la reconnaissance de droits, les conflits État-titulaires de droits, les droits de la défense et la présence de juges assurent le contexte d'un processus mécanique, au point que l'on peut dire que la *rule of law* est au droit ce que le marché est à l'économie. Mais les conditions d'un développement similaire en-dehors et au-dessus de l'État ont-elles été créées ?

Un troisième thème est le rôle des juges dans l'ordre global. Dans presque tous les secteurs de l'ordre global on observe une « explosion » de la dimension judiciaire³⁸. De nombreuses parties sont admises au procès devant les juges globaux, qui devient choral. Les sanctions prononcées par ces juges contiennent un mélange d'interventions du haut et de réactions de la partie offensée. Le procès devient-il ainsi, dans l'arène globale, un palliatif de la démocratie ? Un quatrième thème est le suivant : jusqu'à quel point la globalisation peut-elle avoir une « *governance* » sans un « *government* » ? Au-dessus des États existe aujourd'hui un réseau de gouvernements de secteur. Son développement a été incrémentiel, et il a été facilité par l'absence de centre (ou par la présence d'un centre opérant seulement comme un « forum » :

l'Organisation des Nations Unies). Jusqu'à quel point peut durer cet équilibre précaire, avec son imperfection structurelle ?

La rupture de l'équivalence entre droit et État requiert, enfin, une organisation nouvelle de la recherche et de nouveaux moyens de communiquer. En ce qui concerne le premier point, je me limiterai à indiquer la nécessité de sociétés scientifiques à caractère universel, désormais nombreuses dans de nombreux secteurs, mais pas dans celui du droit³⁹. Pour le second, soulignons l'exigence d'utiliser la principale langue véhiculaire, l'anglais (sur ce point, en Italie, la science juridique est la lanterne rouge de toutes les disciplines⁴⁰).

5. Conclusions

Arrivé à son terme, je peux revenir au titre de cette étude : l'universalité du droit.

Il s'agit d'une formule ambiguë. Elle recouvre une réalité qui n'existe pas et qui pourrait ne jamais exister. La création d'un ordre juridique unitaire cosmopolite n'est ni dans les projets ni peut-être dans les désirs du temps présent. Il existe en revanche actuellement un processus qui concerne certains principes positifs et certaines branches de la science. Reconnaître l'existence de principes partagés dans certains secteurs n'est pas utile pour « rédiger des codes cosmopolites mais seulement pour démontrer la capacité fondamentale de communiquer de toutes les cultures »⁴¹. Cela sert à indiquer l'extraordinaire capacité des institutions juridiques à coexister en se superposant, se recomposant, voire en s'intégrant. Cela sert en outre à mettre en lumière la force de la conscience des différences dans l'élaboration des instruments de l'harmonisation. Reconnaître le développement de paradigmes, de méthodes, de critères de recherche communs ne sert pas, finalement, à magnifier les succès d'une « *koinè* » scientifique déjà réalisée, mais seulement à apprécier les liens désormais noués entre les diverses cultures juridiques nationales.

NOTES :

¹ Déclaration du président des États-Unis le 24 février 2005.

² Tous ces problèmes sont abordés par E. Bellin, *The Iraqi Intervention and Democracy in Comparative Historical Perspective*, in «Political Science Quarterly», 119, hiver 2004-2005, 4, pp. 595-608, et par A. Sen, *La democrazia degli altri*, Milano, Mondadori, 2004.

³ Ces questions sont débattues par C. McCrudden et S.G. Gross, *Wto Rules on Government Procurement and National Administrative Law*, rapport dans le cadre du Workshop sur : *Towards a Global Administrative Law? Legality, Accountability, and Participation in Global Governance*, Oxford, Merton College, 29-30 octobre 2004 (publié in «European Journal of International Law», 17, 2006, 1, pp. 151 s.).

⁴ M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 72.

⁵ L. Condorelli, *L'azione delle Nazioni Unite per l'attuazione della dichiarazione universale*, in Società italiana per l'organizzazione internazionale, *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, Rome, Società italiana per l'organizzazione internazionale, 1999, Actes du Congrès national pour la célébration du 50e anniversaire de la Déclaration universelle des droits humains, Rome, 10-11 décembre 1998, p. 32.

⁶ D. Zolo, *Fondamento della universalità dei diritti dell'uomo*, in E. Diciotto, V. Velluzzi (dir.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Turin, Giappichelli, 2003, p. 202; J. Yacoub, *Les droits de l'homme sont-ils exportables?*, Paris, Ellipses, 2005.

⁷ A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Rome-Bari, Laterza, 2003⁸, p. 51.

⁸ V. les écrits sur ce thème dans : S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2005, n° 2 (et dans le présent ouvrage).

⁹ Sur ces questions, G. Silverstein, *Globalization and the Rule of Law: «A Machine that Runs of Itself?»*, in «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, 3, pp. 429-45.

¹⁰ G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologne, Il Mulino, 1988, p. 306.

¹¹ Certains aspects de cette question sont traités dans M. Barberis, *John Austin, la teoria del diritto e l'universalità dei concetti giuridici*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXIV, décembre 2003, 2, pp. 407-27.

¹² G.D. Romagnosi, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Florence, Piatti, 1833³.

¹³ R. Salelles, *Le Code civil et la Méthode historique*, in *Le Code Civil 1804-1904*, Livre du Centenaire publié par la Société d'Etudes Législatives, t. I, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1904, réimpression 1969, p. 127.

¹⁴ Sur les limites du juspositivisme, P. Grossi, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della Costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXV, 1996, pp. 267-84; *Il disagio di un «legislatore» (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, *ivi*, XXVI, 1997, pp. 377-405; *Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in «Rassegna forense», XXXV, 2002, 3, pp. 501-15; *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la «Carta di Nizza», il progetto di «Costituzione europea», e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in «Jus», IV, 2003, 3, pp. 405-22; *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*, Lezioni Magistrali, Naples, Istituto Suor Orsola Benincasa, 2003.

¹⁵ F. Vassalli, *Estraneità del diritto civile*, in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. III, t. II, *Studi vari (1942-1955)*, Milan, Giuffrè, 1960, p. 755.

¹⁶ Sur toute la question, M.J. Trebilcock, R. Howse, *Trade Policy and Labour Standards*, in «Minnesota Journal of Global Trade», 14, 2005, 2, pp. 261 s.

¹⁷ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, Naples, Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 8.

¹⁸ Selon la formule de Radbruch. G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milan, Giuffrè, 2001, spec. p. 281; du même auteur, v. aussi *La giustizia internazionale penale*, Milan, Giuffrè, 1995.

¹⁹ G. Werle, F. Jessberger, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», juillet-septembre 2004, 3, p. 743.

²⁰ G.P. Fletcher, *Parochial versus Universal Criminal Law*, in «Journal of International Criminal Justice», III, 2005, 1, p. 4.

²¹ En ces termes Fletcher, *ibid.* V. également O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, trad. it., Turin, Edizioni di Comunità, 2001.

²² WTO-A.B. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp Products*, 12 octobre 1998, sur lequel l'on peut consulter, entre autres, S. Cassese, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2004, 3, pp. 657-78 (v. dans le présent ouvrage).

²³ ITLOS, *Juno Trader Case*, 18 décembre 2004, n° 13.

²⁴ CEDH, *Case of Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic*, n. 29010/95 du 21 octobre 2003.

²⁵ D.Z. Cass, *The «Constitutionalization» of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in «European Journal of International Law», 12, 2001, 1, pp. 39-75. Sur la procéduralisation et sur ses fonctions dans l'ordre global, A. von Bogdandy, *Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to Wto Law and the Prospects of its Proceduralization*, in S. Griller (dir.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, Vienne-New York, Springer, 2003, p. 128. Sur la «procedural fairness» comme principe du droit global, G. della Cananea, *The EU and the Wto: A «Relational» Analysis*, communication à la Conférence de Vienne sur *New Foundations for European and Global Governance*, 29-30 novembre 2004, p. 9.

²⁶ M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in «Global Legal Studies Journal», 1, 1993, pp. 59 s.

²⁷ A. Alesina, E. Spolaore, *The Size of Nations*, Cambridge-Londres, The Mit Press, 2003, et A. Caffarena, *Le organizzazioni internazionali*, Bologne, Il Mulino, 2001.

²⁸ Un secteur dans lequel les deux orientations s'opposent de manière particulièrement évidente est Internet, selon la synthèse de D.W. Drezner, *The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In*, in «Political Science Quarterly», 119, 2004, 3, pp. 477-98.

²⁹ Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, cit., p. 65.

³⁰ F. Calasso, *Medio Evo del diritto, I, Le fonti*, Milan, Giuffrè, 1954; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Rome-Bari, Laterza, 1995.

³¹ Sur cette distinction, A. Cassese, *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale?*, in A. Cassese, M. Delmas-Marty (dir.), *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Paris, Puf, 2002, pp. 1-29; sur le rôle des juges nationaux gardiens du droit global, v. aussi Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, cit., p. 204, et R. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, in «Law and Contemporary Problems», 68, 2005, été-automne, n° 3 et 4, p. 63.

³² Il y a moins de *deference* envers le régulateur et les États et plus de confiance dans l'impartialité de la science. Sur cet aspect, J. Peel, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, Jean Monnet Working Paper 02/04, New York University School of Law, 2004.

³³ S. Krasner (dir.), *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983.

³⁴ V.E. Orlando, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milan, Giuffrè, 1952, p. 777-78.

³⁵ Shapiro, *The Globalization of Law*, cit., p. 48. Sur l'impérialisme juridique américain, U. Mattei, *The Rise and Fall of Law and Economics. An Essay for Judge Guido Calabresi*, communication au Symposium en l'honneur du juge Guido Calabresi, *Calabresi's The Costs of Accidents: A Generation of Impact on Law and Scholarship* (<http://www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/dottorati/materiali/mattei04.pdf>), in «The Maryland Law Review», 64, 2003, 1-2, pp. 220-49; e Id., *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», X, 2003, 1, pp. 383-447.

³⁶ Sur lesquels l'attention a été attirée par Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, cit., pp. 25 s.

³⁷ Selon la célèbre expression de James Russell Lowell (1888), citée in Silverstein, *Globalization and the Rule of Law*, cit., p. 429.

³⁸ M.R. Ferrarese, *Inclusion, No «Exit-Option» and Some «Voice»: «Democratic» Signals in International Law*, communication non publiée au congrès de Vienne, 29-30 novembre 2004,

p. 11, et A. Garapon, C. Guarnieri, *La globalizzazione giudiziaria*, in «il Mulino», 2005, 417, 1, pp. 165 s.

³⁹ Ce n'est que maintenant que se constituent des associations de dimension européenne, comme la récente Société européenne de droit public (v. «Revue française de droit constitutionnel», 59, juillet 2004, p. 671).

⁴⁰ Selon les données recueillies par le *Comitato italiano di valutazione della ricerca (Civr)*, sur la base des indications fournies par tous les centres de recherche et les universités.

⁴¹ F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 45.