

## **Construire un état de droit sans État mondial**

Mireille Delmas-Marty, Professeur Emérite au Collège de France, Membre de l'Institut

Texte publié sur le [Blog du Coronavirus du Club des Juristes](#), 23 mars 2020

Crises économiques et financières ; crises sociales ; terrorisme global ; désastre humanitaire des migrations ; crise climatique et, pour couronner le tout, si l'on ose dire, la crise sanitaire du « coronavirus ». Il serait temps de les prendre au sérieux, à mesure que s'accélère la cacophonie née de cette « polycrise ». Comme si l'indignation citoyenne face aux dérives sécuritaires, la colère des gilets jaunes face aux inégalités sociales, la révolte des jeunes générations et l'appel des scientifiques face au changement climatique n'avaient pas suffi, et voici qu'un simple virus, plus petit qu'une aile de papillon, fait trembler le monde, au point d'ébranler les certitudes de nos dirigeants. Les grandes puissances se révèlent incapables de se coordonner à l'échelle de la planète. Comme si ce minuscule être vivant était venu pour défier notre humanité mondialisée et révéler son impuissance, lui offrant une dernière chance pour prendre conscience de sa communauté de destin.

Le philosophe Michel Serres s'en amuserait, lui qui décrivait de façon prémonitoire l'engagement des humains dans une symbiose au sein du monde vivant (humain et non humain) en vue de (ré)apprendre à habiter la Terre<sup>1</sup>. En somme un engagement à mieux gouverner une mondialisation galopante et imprévisible. Un tel engagement n'est pas seulement philosophique. Il appelle à repenser tous nos repères : juridiques (entre souverainisme et universalisme), logiques (une pensée de la complexité), économiques (une économie des biens communs), anthropologiques (des récits d'anticipation), politiques (une gouvernance mondiale). Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un état de droit sans État mondial, donc de repenser l'outil que représente le droit, traditionnellement identifié à l'État, face aux interdépendances nées de la mondialisation et aux défis qu'elles engendrent.

### **Concilier souverainisme et universalisme**

Notre conception de la souveraineté doit ainsi être renouvelée. Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux. Concilier souverainisme et universalisme nécessite de les penser de façon interactive, car il ne s'agit pas de choisir entre les deux, mais de les combiner afin de les concilier. C'est pourquoi nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales – ETN), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent. Et seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques s'opposent et se neutralisent, aboutissant à une société « à irresponsabilité illimitée ».

Il est donc nécessaire que le souverainisme soit « internationalisé », à mesure que les droits nationaux incorporent les dispositifs internationaux. Par exemple en matière d'environnement, l'interprétation du droit national se fait à la lumière des engagements internationaux de la France ou plus largement à la lumière des dispositifs internationaux qui se mettent en place. Parallèlement, l'internationalisation conduit les juges nationaux, français en l'occurrence, à devenir des juges européens, voire mondiaux, lorsqu'ils appliquent directement des normes internationales (européennes ou mondiales).

Le phénomène inverse est aussi nécessaire car l'universalisme, pour être applicable dans le monde réel, a besoin d'être « contextualisé ». La technique juridique de l'harmonisation permet, sans aller jusqu'à l'unification, de donner forme concrète à l'idée d'un « pluralisme ordonné ». Pour y parvenir, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), admet une « marge nationale d'appréciation » sur les questions sensibles, comme par exemple l'interdiction de porter le voile intégral dans des lieux ouverts au public. Au nom du respect de la vie privée, la liberté de religion et la liberté d'expression, la clause des « restrictions nécessaires dans une société démocratique » autorise la Cour à accepter que les juges nationaux aient une « marge nationale » d'appréciation, mais ce n'est qu'une marge et elle ne permet pas une véritable renationalisation. Si l'État franchit les limites de compatibilité, il sera censuré.

Dans le domaine économique et financier, on retrouve la même idée d'un universalisme « contextualisé » avec la formule des « responsabilités communes et différenciées », par exemple dans la jurisprudence de l'Organe de Règlement des Différends (ORD), organe d'appel de l'OMC, ou encore dans le protocole de Kyoto ou l'Accord de Paris sur le climat.

Ce qui semble émerger de ces dispositifs, c'est l'idée d'un commun multiple, au croisement entre l'uniformité et la pluralité. On la retrouve avec la notion « d'équivalence fonctionnelle »<sup>2</sup>. Cette notion tient elle aussi compte de la réalité empirique selon laquelle chaque système de droit a sa propre logique et son propre contexte. Au-delà des comparaisons normatives et institutionnelles, elle permet d'évaluer si les effets produits par un système juridique national respectent les exigences posées par un dispositif international. Particulièrement adaptée à la procédure de l'évaluation par les pairs (*peer evaluation*) cette notion sert notamment à lutter contre la corruption internationale<sup>3</sup>.

Il en résulte, entre souverainisme et universalisme, une harmonisation imparfaite, un rapprochement par une sorte de « bricolage juridique ». Il n'existe pas de véritable droit de la mondialisation, qui serait parfaitement cohérent, n'étant ni national, ni international dans le sens interétatique. En réalité, pour paraphraser la formule du biologiste François Jacob, décrivant l'évolution du vivant comme un bricolage consistant à faire « du neuf avec de l'ancien »<sup>4</sup>. En effet les juristes font « du neuf » en croisant l'ancien droit, national ou international. Pour y parvenir, il faut remplacer la logique binaire par des formes plus complexes telles que le souverainisme « internationalisé » ; ou l'universalisme « contextualisé ». C'est ainsi que les juristes sont conduits à faire l'apprentissage de la complexité.

## L'apprentissage de la complexité

Certes il serait possible de gouverner la mondialisation par le droit de façon simple. Il suffirait de mettre en place un système hégémonique, par extension du droit du pays le plus puissant au reste de la planète. Il y a eu la tentative américaine pour les délits financiers et l'on devine le rêve chinois à l'horizon des « Nouvelles routes de la soie »<sup>5</sup>. Mais jusqu'à présent aucun empire n'a fonctionné à l'échelle planétaire.

L'image traditionnelle à laquelle se réfère la pensée juridique est celle de la pyramide de normes, construite par chaque État de façon linéaire, hiérarchique et statique. Or, dans l'univers de la mondialisation, le système juridique est pluriel, interactif, et combinatoire et évolutif, car il se construit à partir d'interactions qui relèvent de logiques non standard, comme la logique des ensembles flous (*fuzzy logic*). Cette logique, formelle mais graduée, consiste à évaluer le degré de proximité d'une pratique par rapport à la norme de référence. Une étude attentive des arrêts de la CEDH montre que le flou n'est pas toujours synonyme d'arbitraire et d'incohérence : on peut construire un raisonnement rationnel et prévisible avec des concepts flous, à condition que le juge fasse un effort de transparence pour expliciter ses critères et de rigueur pour appliquer les mêmes critères avec la même pondération d'une affaire à l'autre. Ainsi formalisée, la logique floue permet d'adapter le raisonnement juridique à des situations trop imprécises pour être pensées en logique binaire.

La notion autonome de « matière pénale » en est un exemple frappant. Alors que traditionnellement est « pénal » ce que le législateur a qualifié tel, la Cour européenne des droits de l'Homme a développé l'idée selon laquelle les garanties du régime juridique propre au droit pénal pouvaient s'étendre dans les domaines voisins à la « matière pénale ». Encore faut-il que le juge explicite les critères d'application de ce concept (transparence). Qu'est-ce qui fait qu'une norme ou une sanction soit suffisamment proche du pénal pour imposer le respect de règles plus exigeantes (légalité, non rétroactivité, etc.) ?

La Cour a posé plusieurs critères, tels la sévérité de la sanction ou encore la généralité de l'infraction. Rationnelle, la logique floue devient nécessaire dans un univers juridique qui devient de plus en plus imprécis à mesure qu'il se mondialise. Mais elle implique un transfert de pouvoir à l'interprète (le juge ou l'organe assimilé) et ne sera prévisible qu'à la condition que la motivation soit transparente et le raisonnement rigoureux.

Encore faut-il ajouter que le flou s'accompagne parfois d'un droit mou (non obligatoire) et doux (non sanctionné). L'anglais, qui confond les trois termes, oppose différentes sortes de *soft law* (le flou, le mou, le doux) au *hard law* (le précis, l'obligatoire et le sanctionné). Apparemment moins contraignante, la *soft law* est parfois plus efficace, et finalement plus répressive, que la *hard law*<sup>6</sup>.

La *compliance* en fournit un bon exemple, car le mécanisme des *deals of justice*<sup>7</sup>, qui est à l'origine de cette mise en conformité qu'on appelle *compliance*, constitue un assouplissement du droit pénal américain. Il offre la possibilité, au lieu de lancer un procès pénal, de procéder à une négociation entre l'accusation et la défense, afin de renoncer aux poursuites pénales. Le procureur épargne des années de recherche des preuves ; tandis que

l'accusé évite un long procès qui peut déboucher sur des peines de prison très lourdes pour les dirigeants accusés, et porter durablement atteinte à l'image de l'entreprise. Tout le monde y trouve son intérêt, y compris le Trésor américain qui reçoit le montant d'une amende qui peut se chiffrer en milliards de dollars.

La RSE fournit un autre exemple d'interaction entre *soft law* et *hard law*. Au départ, il s'agissait d'une responsabilité au sens anglais, c'est-à-dire une participation aux décisions au sein de l'entreprise, mais sans le devoir d'en rendre compte. Néanmoins, cette *soft law* se durcit au fil du temps en raison des conséquences attachées aux engagements des entreprises. Des engagements, même spontanés et volontaires, peuvent ensuite être invoqués contre les entreprises afin de mettre en cause leur responsabilité, juridique cette fois-ci. Plusieurs incriminations, comme le délit de publicité mensongère ou certains délits du code du travail, en permettant de lancer un procès en responsabilité, déclenchent des processus transformateurs.

De même avec les nouveaux « procès climatiques », intentés non seulement contre des États, mais aussi contre des entreprises. La loi française sur le devoir de vigilance<sup>8</sup>, adoptée en 2017, à la suite de l'incendie de l'atelier de textiles du Rana Plaza au Bangladesh, contribue à cette responsabilisation. Façon de durcir la *soft law*, ce dispositif impose aux entreprises le devoir de vérifier ce qui se passe tout au long de la chaîne de valeur, y compris dans les filiales et chez les sous-traitants.

Enfin, même si l'on ne mesure pas encore les bouleversements qui pourraient naître de la nouvelle loi Pacte de 2019<sup>9</sup> sur la raison d'être des entreprises et l'intérêt social élargi, on peut estimer que le durcissement de ces notions pourrait ébranler la compétition et le profit du Tout Marché et renforcer la coopération solidaire de la Mondialité autour des biens communs<sup>10</sup>.

C'est ainsi qu'inspirée par les « forces imaginantes du droit »<sup>11</sup>, la spirale des humanismes pourrait fortifier la justice, les principes régulateurs équilibrant la force. Façon de répondre au constat désabusé de Blaise Pascal « *ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien* ». Si la spirale des humanismes fortifie la justice, l'octogone des principes régulateurs pourrait équilibrer la force. L'objectif n'est pas de réactiver le rêve utopique des deux K – la « Grande paix » des classiques chinois, reprise à la fin du 19<sup>e</sup> siècle par le juriste Kang Youwei et la « Paix perpétuelle » du philosophe Emmanuel Kant au 18<sup>e</sup> siècle. Notre pari à nous, c'est, de façon plus modeste, et plus concrète, d'utiliser cette « polycrise » qui tient notamment au changement climatique (commencé) et à la pandémie (en pleine expansion), pour mettre en place des dispositifs de protection solidaire de ces biens communs mondiaux que sont la santé ou le climat. Apprenons à stabiliser les sociétés sans les immobiliser, pacifier les humains sans les formater. En un mot, apprenons à faire la paix avec la Terre.

*Cet article fait partie d'un ensemble avec les publications en ligne suivantes : M. Delmas-Marty, « Gouverner la mondialisation par le droit », Revue européenne du droit, Le Grand Continent, mars 2020 ; M. Delmas-Marty, « Profitons de la pandémie pour faire la paix avec la Terre », Le Monde, 18 mars 2020.*

- (1) M. Serres, *Habiter*, Le Pommier, oct. 2011, p. 192.
- (2) Voir M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber (dir.), in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation comparée, Vol. 15, Mai 2008, p. 423 et suivants.
- (3) *op. cit.*, p. 425.
- (4) F. Jacob, *La logique du vivant*, Gallimard, 1976.
- (5) A. Garapon, « Les 'nouvelles routes de la soie' : La voie chinoise de la mondialisation », IHEJ, 2016. [http://ihej.org/wp-content/uploads/2016/11/La\\_route\\_de\\_la\\_soie.pdf](http://ihej.org/wp-content/uploads/2016/11/La_route_de_la_soie.pdf)
- (6) M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 336 (2e éd. 2004) ; adde M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit* (II), Le pluralisme ordonné, 2006, p. 314.
- (7) A. Garapon et P. Servan-Shreiber (dir.), *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2014.
- (8) L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017.
- (9) P.-L. Périn, « Intérêt social élargi : un nouveau Pacte pour l'entreprise », *La Revue des Juristes de Sciences Po*, janv. 2019, p.11.
- (10) M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit* (IV), Vers une Communauté de valeurs, Seuil, 2011.
- (11) V. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004-2011.