



Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme

Le droit international au défi de la responsabilité, de la territorialité et de la souveraineté

*Débats lors de la conférence France-Brésil-USA-Chine du
réseau ID, créé et animé par Mireille Delmas-Marty*

Pierre Calame

FPH, avril 2012, 16 pages (bip 4460)

Réf. : *intranetfph/bip/4460, [G0b_D4d]_C2c – Propositions et Stratégies de changement en terme de gouvernance et développement durable dans le cadre de la grande transition (Rio et l'après Rio)*

Introduction : une mise en perspective de l'internationalisation du droit ; le réseau ID

Mireille Delmas-Marty : on a commencé il y a vingt ans à parler sérieusement d'internationalisation du droit mais il ne s'agissait alors que du droit pénal. Le réseau ID est né en 2007 à l'occasion d'une conférence de juristes français et étasuniens. Il s'est ensuite élargi au Brésil et à la Chine. Depuis lors, quinze rencontres bilatérales se sont tenues. La rencontre de mai 2012 est la première rencontre multilatérale des quatre réseaux. L'objectif est de **comprendre comment s'internationalise l'ordre juridique**. « Il faut rêver l'impossible pour réaliser tout le possible ». Chaque réseau a travaillé sur un certain nombre d'exemples. Pour la rencontre multilatérale nous devions choisir des principes transversaux à ces différents exemples et en avons retenu trois : la **responsabilité** ; la **territorialité** ; la **souveraineté**.

Faut-il parler, à propos du droit, de pathologie ou de métamorphose ? Parler de métamorphose de l'ordre juridique serait anticiper sur les résultats. Weill écrivait déjà en 1982 : le droit international devient malade de ses normes. C'est bien de pathologie dont il s'agit dans un premier temps. Par exemple, s'agissant de la responsabilité, **qui est responsable et envers qui ?** Et s'agissant de la souveraineté, l'Etat est pris entre affirmation de l'indépendance et reconnaissance des interdépendances. Dans ce contexte, le droit international ressemble-t-il encore à quelque chose ?

Mais cette pathologie peut aussi amorcer une transformation de l'ordre juridique qui doit être à la fois **international** (régissant les relations entre les Etats) et **mondial** (s'appliquant à toute l'humanité). Cela implique une vision évolutive de l'ordre mondial : le passage du chaos à la paix. Ces réflexions ou ces rêves n'ont rien de nouveau. C'est à la fois celle d'Emmanuel Kant, avec son rêve de paix perpétuelle, et celui d'un Chinois, Kan Liwei qui écrivait déjà en 1785 « le grand livre de l'unité du monde ».

Et, en Europe, il faut faire remonter la réflexion au moins au poète latin Ovide (qui était d'ailleurs juriste). Dans son livre « Métamorphoses » il décrit le passage du chaos originel à l'ordre romain. Il voyait ce passage comme une **hybridation** : hybridation bien sûr des cultures grecque et romaine, mais aussi hybridation par l'intégration des peuples conquis par Rome dans la citoyenneté romaine. C'est ce que l'on pourrait appeler une « inculturation conquérante » : une **conception à la fois pluraliste et impérialiste** de l'ordre et du droit.

Ce qu'Ovide décrivait à propos de l'ordre au sein de l'empire romain, s'impose, 2000 ans plus tard, à l'échelle du monde entier. Comment, avec la globalisation et la mondialisation des interdépendances passer du « grand désordre » (la juxtaposition des droits et juridictions nationaux) à un pluralisme ordonné. A la fois par **hybridation** des différents droits nationaux (dont la construction du droit européen est un bon exemple), par **fertilisation croisée**, grâce au dialogue entre les juges (dont les Cours régionales des droits de l'homme offrent de bons exemples) et par une **harmonisation** des droits, le pluralisme s'exprimant par la notion de « marge nationale d'appréciation ». S'appliquant à la souveraineté, cela implique par exemple de passer d'une vision de la souveraineté absolue de l'Etat à une vision de la souveraineté partagée.

I- Droit et responsabilité

a) Le juge Stéphane Breyer : un des neuf juges de la Cour Suprême des Etats Unis, « l'organe capable de faire trembler le Président des Etats Unis.

Stéphane Breyer : notre objectif est de parvenir à un nouvel Etat de droit. Nous ne représentons pas ici notre pays. C'est une réunion de professionnels, appelés, comme Pénélope, à défaire la nuit (en réfléchissant à un droit international) à ce que nous faisons le jour (travailler dans le cadre de droits nationaux).

b) Celso Lafer. Brésil. Était ministre des affaires étrangères en 1992 et à ce titre a présidé le sommet de la terre de Rio : s'intéresse à **l'interaction entre droit interne et droit international**. Le droit international est en mouvement. Mais le concept de responsabilité a été élaboré dans le cadre du droit interne. Le droit international est, aujourd'hui, plus au stade de la pathologie qu'au stade de la métamorphose. Nous sommes maintenant à la veille de Rio + 20. Le premier sommet a été l'occasion de reconnaître l'importance des questions environnementales. Ce fut l'occasion d'établir les contours d'une réflexion obligeant à penser autrement souveraineté, territorialité et responsabilité. Dès lors que le développement durable a été défini en 1992 comme indivisible, il ne peut être réduit à des souverainetés nationales. Et c'est la raison pour laquelle l'article 7 de la déclaration finale avait affirmé la responsabilité commune mais différenciée des Etats.

Où en est-on 20 ans après ? La consommation d'énergie fossile par habitant reste douze fois supérieure dans les pays développés à ce qu'elle est dans les pays en développement et la consommation des pays développés a continué à augmenter de 9 % depuis 1992. 20 ans après 1992, les résultats ne sont pas au rendez-vous.

Responsabilité commune mais différenciée s'est traduit en pratique par : absence de responsabilité.

c) Lou Giaping. Chine. Représente ici le professeur Gao. « Il y a vingt ans, a commencé à Pékin un grand projet sur « l'internationalisation du droit ». A l'époque notre objectif était, pour commencer, de comparer droit français, droit européen et droit chinois. L'important est aujourd'hui de laisser les traces de l'évolution du droit chinois et du droit international ».

d) Guy Canivet. France. Membre du Conseil Constitutionnel et longtemps président de la Cour de Cassation.

e) Tarsisco Jardim. Brésil. Professeur à Sao Paulo.

« Mon contact avec la Chine m'a aidé à comprendre le droit et notre monde actuel ». **La réflexion comparative nous permet, venant de systèmes différents, d'identifier des principes communs à partir desquels bâtir un droit international.**

Les résistances actuelles à l'émergence de ce droit sont effectivement de l'ordre de la pathologie. Mais le droit, on peut en faire la théorie mais il n'existe que quand il fonctionne.

La question posée aujourd'hui est de subordonner la conception des biens communs nationaux à un bien commun universel. Parler d'interdépendance oblige à coordonner les initiatives. Parler de patrimoine commun de l'humanité, d'un bien commun universel, ne peut pas se réduire comme on le fait aujourd'hui à élaborer des droits sectoriels comme le droit de la mer de 1982.

Ces préoccupations existaient déjà ... il y a 500 ans. D'ores et déjà, la responsabilité des Etats avait une dimension internationale ; par exemple ils avaient à répondre de la manière dont sont traités les étrangers sur leur territoire. Mais aujourd'hui il s'agit d'un saut nouveau, celui de la définition d'une responsabilité internationale.

Nous sommes confrontés à cette question aujourd'hui au Brésil avec la ratification du rôle et de la juridiction de la Cour inter-américaine des droits de l'homme. Si le Brésil est en retard sur certaines questions, il est en avance sur d'autres, notamment celle-ci : l'internationalisation du droit est d'ores et déjà admise dans mon pays. Il y a déjà des précédents en matière d'internationalisation de la responsabilité. Par exemple le traité de paix de 1950 : dès lors que l'Etat a commis un acte illicite du point de vue du droit international, sa responsabilité est engagée.

La Cour Internationale de Justice est aujourd'hui un des lieux d'élaboration du droit international. La définition précise de « crime contre l'humanité » donne une base effective au droit. **Aujourd'hui, c'est le droit de la responsabilité qui est au cœur des réflexions.**

En effet, la notion « d'unité de juridiction des Etats » est le point de rencontre de deux logiques opposées : d'un côté celle de l'entretien des bonnes relations entre les Etats ; de l'autre celle de l'effectivité de la justice internationale. La seconde logique a progressé d'une part du fait de l'élargissement des interventions des Etats et d'autre part par la pression de la société civile internationale.

Les droits de l'homme se trouvent chez nous renforcés par la Cour inter-américaine des droits de l'homme. Celle-ci pose en effet le principe que la pleine effectivité des droits de l'homme implique des **obligations positives** de la part des Etats. Par exemple le droit à la ville. La montée en puissance des acteurs non étatiques (en mesure de mettre en cause la responsabilité d'Etats qui ne respecteraient pas leurs obligations positives à l'égard du droit à une existence digne) est un des facteurs de transformation.

Ceci étant, le chemin est encore long. **Pour qu'il y ait droit international de la responsabilité, il faut pouvoir préciser : qui est responsable ? devant quel juge ? avec quelles sanctions ?**

Les mêmes réflexions s'appliquent aux entreprises. Les relations sont régies par l'Organisation Mondiale du Commerce. Celle-ci est-elle en mesure d'aboutir à un droit international, par exemple à un droit relatif à la responsabilité des entreprises transnationales vis-à-vis des droits de l'homme ? Aujourd'hui, le droit de l'OMC ne permet pas de mettre en cause cette responsabilité. En fait, le consensus sur la création de l'OMC a été obtenu au prix d'un grand flou juridique : comme pour la notion de « diligence raisonnable », la transaction remplace la justice.

Comment peut-on internationaliser le droit ? Par deux mouvements, **celui de l'externalisation d'un droit jusque là national** et celui de **l'internationalisation par importation de règles extérieures dans le droit interne**. Ce mouvement est en cours mais en réalité le droit est le dernier rempart du nationalisme.

Guy Canivet : pour appliquer un droit de la responsabilité, il faut qu'il y ait à la fois **identification d'un responsable** du dommage, **demande de réparation** et **un tiers susceptible de faire respecter la norme**.

Mais le rétablissement d'un ordre après un désordre (ce qui est l'objet même du droit) doit-il nécessairement passer par un acte formalisé ? La norme à laquelle on se réfère est elle-même

discutable : s'agit-il d'une norme **positive** (décrivant ce qu'il doit être fait et pas seulement ce qu'il est interdit de faire). **contraignante ? déclarative ? incitative ?**

Prenons le cas de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Est-elle une solution ou le symptôme d'un manque ? Aujourd'hui, sans responsabilité identifiable et sans sanction, la **RSE est le symptôme de la crise plutôt que le remède**. Et sur quoi faire reposer la responsabilité ? sur une **faute** commise ? sur un **dommage** avéré – et intégrant le constat du dommage - ? sur un **acte** illicite ?

La même question se pose pour les Etats. Leurs obligations sont-elles de nature **négative** (l'interdiction d'un certain nombre d'actes) ? **positive** (prévenir des dommages) ? ou **compensatrice** (apporter des garanties de réparation en cas de dommage) ?

Et à qui imputer le dommage ? Qui en est le **débiteur** en droit international ? S'agit-il seulement des Etats ou ces débiteurs peuvent-ils être privés ? Ou y-a-t-il un point de contact entre les deux ? Le droit international peut-il traiter le cas des transnationales dans le cadre actuel d'« apesanteur juridique » ?

Les mêmes questions se posent quand il s'agit de déterminer le **créancier** : est-ce les victimes directes ou indirectes du dommage ? les Etats ? la communauté mondiale toute entière ? Et, dernière question : quel serait le **tiers** chargé de faire appliquer la norme. Ce tiers peut-il exister en l'absence de juge ? Et s'il faut un juge, qui serait-il ? La solution se trouve-t-elle au niveau de la compétence universelle de juges nationaux ou dans la définition de compétences extra-territoriales des juridictions nationales ? Et si le tiers est un organisme non juridique, quels sont les moyens de contrainte dont il disposerait ?

f) Président Guillaume : la responsabilité dans les relations entre les Etats

Regardons l'évolution générale du droit, de la responsabilité en Europe. **Ce droit est né de la religion**. Dès le droit romain, on distingue responsabilité pénale et responsabilité civile. Traditionnellement, ce droit de la responsabilité était fondé sur la notion de faute. Il s'est épanoui au 18e siècle. Mais il a fallu avec les accidents industriels, introduire un nouveau concept, celui de « **responsabilité sans faute** ».

Puis il a fallu constater qu'il y avait des cas où l'évolution de la société induisait des risques **sans responsable solvable en cas de dommage**. Comment alors appliquer le principe selon lequel « tout dommage doit être réparé » ? La seule solution est de dire que cette réparation est à la charge de la communauté toute entière.

Depuis le Moyen Age, l'idée a été que la réparation devait permettre le « travail de deuil », d'où la transformation des procès en un face à face entre victime et accusé. Mais dans l'appréciation de la responsabilité, les sociologues ont ajouté des considérations sur les causes sociales des comportements délinquants. Ces nouvelles approches ont eu des conséquences sur le droit international qui régit aujourd'hui non seulement les rapports entre les Etats mais aussi avec des entreprises et des particuliers. Néanmoins, **cela ne permet pas encore à la communauté internationale, qui n'a pas de réalité juridique, d'être sujet** (partie à un procès).

Au début du 20e siècle, on a admis qu'il fallait se centrer sur l'objectivité du fait illicite puis, dès 1939, on a reconnu que la réparation du dommage ne suffisait pas et qu'il fallait aussi sanctionner l'acte illicite. Selon Robert Algo, la poursuite des actes illicites devrait être assumée par l'ensemble de la communauté internationale. Mais cette proposition a suscité l'opposition de certains Etats de sorte que le texte final est devenu seulement une « soft law »

(nota du rédacteur : ne sachant pas qui est Robert Algo, je ne suis pas sûr d'avoir bien capté les idées).

Au stade actuel de la jurisprudence se dégagent les idées suivantes :

- tout fait illicite commis par un Etat engage sa responsabilité ;
- l'activité de tout organe de l'Etat est un fait de l'Etat ;
- un fait illicite peut engager mais n'engage pas nécessairement ; encore faut-il qu'il y ait un Etat lui-même lésé.

Robert Algo n'a pas pu obtenir l'adoption du concept de crime international. Il est resté de ses propositions uniquement une disposition : celle de la référence à une violation grave et à un manquement flagrant et systématique aux règles du droit international. L'idée de responsabilité pénale des Etats a été abandonnée. Pour résoudre des problèmes spécifiques, la seule voie possible reste la voie conventionnelle.

Quant à la Cour Pénale Internationale, elle avait voulu dissocier la question de l'illicéité et la question du dommage. Elle ne l'a pas obtenu. Il faut bien parler ici de « pathologie du droit mou ».

Alain Pellet de la Commission Juridique des Nations Unies.

En droit, la responsabilité est définie comme un « jeu à trois » (celui d'où vient le dommage, celui qui le subit et le juge). Mais ce principe ne s'accommode pas du génie propre du droit international **où il n'y a pas de juge, sauf exception**. D'où la nécessité de séparer, dans le droit international, la responsabilité et sa reconnaissance de sa sanction. Néanmoins, il y a montée en puissance du juge au plan international et l'on ne traite plus seulement de la responsabilité de l'Etat mais aussi d'autres personnes, des personnes privées ou même de « la communauté internationale » en tant que telle.

Avec la multiplication des instances **juridictionnelles** (en particulier les Cours régionales des droits de l'homme) et **arbitrales** (qui se développent rapidement, notamment en matière d'investissement), ce n'est plus l'impunité diplomatique qui est au cœur des débats. Les acteurs privés sont devenus aussi sujets du droit international.

Il faut considérer le « droit mou » (soft law) comme une étape dans la construction du droit positif. La transformation la plus profonde concerne « l'objectivation de la responsabilité internationale » car c'est une étape dans le passage du bilatéralisme à l'approche mondiale.

En particulier, les articles 1 et 2 de la CDI (?) définissent le manquement d'un Etat au droit international sans qu'il y ait référence à un dommage : **la responsabilité des Etats ne se limite pas aux dommages qu'ils ont créés**. Ce qu'entendait Robert Algo par ce principe est qu'un Etat, en violant un droit international, pénalise la communauté internationale dans son ensemble. **Il y a là un mouvement de fond vers la reconnaissance du droit international comme Jus Cogens**.

Il y a aussi la montée en puissance de l'idée de « responsabilité sans manquement », qui prolonge l'idée déjà présente dans le droit national de « responsabilité sans faute ». Ce phénomène d'objectivation de la responsabilité traverse tout le droit international. **Il marque que celui-ci ne peut plus seulement émaner de la volonté des Etats mais de la nécessité de l'humanité de se penser comme « communauté mondiale »**.

Cela implique la nécessité de dépasser la territorialité et l'étatisme du droit. Ce que j'appelle la « communautarisation progressive du droit ».

Guillaume : d'accord pour constater que le droit international s'est étendu aux acteurs privés et que la reconnaissance des victimes (« la victimisation ») en est seulement à ses débuts. Par contre, la question posée au sujet de la communauté internationale est de savoir concrètement comment elle peut s'exprimer. J'ai peur, si ce n'est pas la communauté des Etats qui s'exprime que le concept soit instrumentalisé par les grandes puissances (qui s'arrogeraient le droit de parler seul au nom de cette « communauté internationale » sans voix).

Une des limites majeures actuelles du droit de la responsabilité est qu'il n'y a pas de responsabilité pénale des Etats mais seulement une responsabilité civile (l'Etat peut être appelé à réparer un dommage mais la responsabilité personnelle des gouvernants ne peut être recherchée).

Celso Lafer : l'Organisation Mondiale du Commerce dispose d'un mécanisme de jugement et de sanction mais elle ne s'intéresse pas aux actes illicites, seulement à la réciprocité des intérêts. En outre, les intérêts privés n'arrivent devant l'Organisation Mondiale du Commerce qu'à travers un Etat qui porte plainte et il faut toujours finalement aboutir à une mesure (une sanction) relative à l'Etat.

Alain Pellet : ce qui est intéressant dans l'OMC, c'est précisément l'existence d'un juge. Par contre, effectivement, les acteurs privés ne sont pas partie prenante directe (leur responsabilité ne peut pas être directement évoquée et les sanctions ne les concernent pas directement).

Celso Lafer : la question de la responsabilité pénale internationale reste posée, avec une distinction entre la responsabilité civile de l'Etat et la responsabilité pénale de l'agent source de l'acte illicite.

La responsabilité des Etats devant les organes conventionnels

La multiplication des conventions sur les droits de l'homme fait qu'il y a aujourd'hui dix comités de contrôle de la mise en œuvre par les Etats des conventions internationales. Ces comités disposent de deux procédures : l'examen des rapports nationaux suivi de la formulation de recommandations ; l'examen des plaintes.

Pendant longtemps, les Etats ont pris à la légère les recommandations de ces comités et la plupart d'entre eux n'avaient même pas le sentiment que leur responsabilité était engagée. Mais les choses changent avec la mise en place des **comités de suivi des recommandations**. On peut parler de montée en puissance de la responsabilité des Etats à respecter les conventions qu'ils ont signées. C'est une disposition à la fois parajudiciaire (les comités ne sont pas une juridiction) et interactive : le suivi de la mise en œuvre des recommandations est de plus en plus contraignant.

En outre, dans les cas des plaintes, le comité devient quasi juridictionnel. Il s'agit donc bien d'un dispositif interactif à plusieurs acteurs : les Etats ; les comités ; les autres parties prenantes, qui viennent apporter leurs observations et participent au contrôle du suivi des recommandations. La plupart des comités ont confié le suivi à un ou plusieurs experts et les rapports nationaux sont tenus de contenir une partie qui porte sur **le suivi donné aux recommandations des années précédentes**.

Les recommandations elles-mêmes sont classées en deux catégories selon leur importance. Les plus importantes font l'objet d'une obligation de réagir.

En ce qui concerne les plaintes, dans le cas où l'on constate des violations par les Etats de conventions internationales qu'ils ont signées, on précise les règles qu'ils sont tenus d'appliquer. **Ce peut être la réparation du dommage subi, un changement législatif, ou encore l'obligation d'ouvrir une enquête.**

Enfin, rapport est fait aux Nations-Unies aussi bien des plaintes que de la réponse apportée par les Etats. C'est jusqu'à présent le Haut commissaire aux droits de l'homme qui pilote le processus. Mais, à l'initiative de la Russie, une résolution de l'Assemblée Générale des Nations-Unies a donné un mandat intergouvernemental pour réformer les modalités de fonctionnement de ces comités. On aboutira probablement à une reprise en mains par les Etats face à une montée en puissance des experts et de la société civile.

On peut observer un mouvement similaire pour la Cour Européenne des droits de l'homme. Les Etats, à l'initiative du Royaume Uni ont repris en mains le dossier de la réforme de la Cour, qui avait été entreprise dans le cadre d'une consultation ouverte.

Mireille Delmas Marty : cette résistance est typique du danger ressenti par les Etats devant la montée en puissance de ce droit international et des acteurs non étatiques.

X : même les Etats qui résistent le plus fortement à cette emprise des conventions internationales des droits de l'homme sont obligés de modifier leur comportement. Ce qui les gêne le plus, en réalité, c'est le Rapport mondial annuel sur la mise en œuvre des conventions. On observe d'ailleurs que d'année en année la délégation venant présenter le rapport national est de plus en plus nombreuse.

Guy Canivet : c'est d'ailleurs par le biais de l'action du comité conventionnel, relayé par la Cour Européenne des droits de l'homme, que le Conseil Constitutionnel français s'est saisi des discriminations.

L'évolution du droit en Chine sous l'effet de sa nouvelle insertion mondiale

Le Bin : l'entrée de la Chine dans l'OMC l'a conduite à modifier sa législation de la propriété intellectuelle. Ainsi, en 2010, l'Assemblée Nationale chinoise a modifié la loi et le gouvernement chinois a pris des décisions en faveur d'un contrôle douanier de la propriété intellectuelle. La responsabilité du gouvernement se trouve ainsi engagée dans son respect. Et, maintenant, la négociation porte sur le salaire minimum, le travail forcé, le travail des enfants.

On voit donc que la Chine a dû bouger pour se conformer aux règles de l'OMC. Mais il lui faut maintenant accroître sa transparence, accroître la conscience de sa responsabilité en matière de respect des droits de propriété intellectuelle comme cadre des relations avec des investisseurs étrangers, y compris en acceptant l'adoption de procédures arbitrales. Les accords bilatéraux sur la protection des investissements ont d'ailleurs pris une nouvelle dimension depuis que la Chine elle-même... est exportatrice d'investissements. C'est ce que l'on appelle les accords d'investissement de seconde génération.

Ce qui montre que la Chine peut être à la fois très résistante et conservatrice mais qu'elle évolue en réalité en fonction du contact qu'elle a avec le monde extérieur et en fonction du contexte.

Responsabilité de l'Etat et responsabilité sociale des entreprises

Professeur Gin (Chine) : nous cherchons avec Mireille Delmas Marty à accompagner l'évolution du droit chinois et l'ambassadeur de France Pierre Morel nous y a beaucoup aidé.

De 1981 à 1995, j'ai travaillé pour l'Assemblée Nationale chinoise. Les autorités nous ont demandé des études comparatives sur les droits américain, européen et japonais de façon à concevoir le droit chinois.

La question qui est posée derrière tout cela, c'est « l'humanisation de la mondialisation ». Il en est plus que temps et cela passe par « l'humanisation de l'ensemble des acteurs » (des acteurs qui se reconnaissent avant tout comme membre à part entière du genre humain). A cette condition, la mondialisation aide à se mieux connaître et mieux comprendre.

Cette humanisation est la question posée par la responsabilité sociale des entreprises. Elle implique l'engagement des différents types d'acteurs. En Chine, lors des premières années d'ouverture du pays, les entreprises, enivrées de leur liberté retrouvée, ne voulaient se reconnaître aucune responsabilité vis-à-vis de la société. Mais on observe depuis quelques années une inflexion tant du gouvernement que des entreprises elles-mêmes. Cela se traduit par exemple par : - la publication d'un bilan annuel social et environnemental des entreprises – des engagements volontaires ; - une réglementation en cours d'élaboration sur les impacts écologiques des entreprises.

Mais l'humanisation passe d'abord par la responsabilité renforcée des Etats. **Il faut qu'il y ait à la fois reconnaissance de valeurs universelles et soulignées et une diversité culturelle à maintenir.**

II. Deuxième Débat : territorialité et droit

1. La territorialité du droit face à l'interdépendance des sociétés

Jean-Marc Sauvé (vice président du Conseil d'Etat) : que reste-t-il du droit national face aux défis globaux ? Que reste-t-il de la territorialité du droit, face à l'enchevêtrement sur un territoire de différents ordres juridiques ? L'extra territorialité du droit était autrefois l'exception. Mais le passage d'un ordre inter étatique à une société mondiale ouverte est aujourd'hui à l'ordre du jour. Les frontières traçaient autrefois les limites de la compétence exclusive des Etats et la contrainte juridique d'un Etat sur un autre n'existait pas en tant que telle, c'est ce que l'on appelait l'imperméabilisation des Etats.

Un arrêt de la Cour de Justice Internationale a posé que le **territoire n'est plus le seul critère de délimitation des applications d'un ordre juridique** et qu'il serait la seule expression de la souveraineté. « L'Act of State » anglo-saxon énonce une présomption de légalité d'un autre Etat.

Avec la mondialisation, avec la pluralité des ordres juridiques, on constate un débordement des ordres juridiques avec le développement des flux immatériels. Il y a à la fois en droit et en fait une hybridation du droit. Cette hybridation peut aussi naître d'accords bilatéraux, avec l'intégration progressive des Etats dans une société internationale.

Prenons quelques exemples :

- la loi Sarbane Oxley est une loi américaine qui généralise l'extra territorialité puisque cette loi s'applique à l'extérieur des Etats-Unis aux entreprises cotées à la bourse de New-York ;
- un Tribunal français a condamné Yahoo pour transmission à des internautes français d'informations pédophiles depuis des sites situés à l'extérieur du territoire français ;

- la décision Morrison est fondée sur une action collective (Class Action) : c'est l'action d'un groupe d'actionnaires étrangers, dont un investisseur américain, devant un Tribunal américain.

Mais tous les Etats n'ont pas la même capacité à imposer à l'étranger leur propre droit ou la même possibilité de se protéger contre l'imposition étrangère. L'Europe est un cas particulier très intéressant : elle a mis en place la coopération entre juridictions nationales pour créer un nouvel ordre juridique. C'est le cas pour le marché unique, avec le principe de reconnaissance mutuelle : les actes d'un Etat valent par principe dans les autres Etats et cette extra territorialité peut conduire à **contraindre une juridiction nationale à mettre en application une décision judiciaire d'un autre Etat**. Ce nouvel ordre juridique impose : c'est la territorialité dans des termes nouveaux.

2. Les débordements de la territorialités (le cas de la Chine)

Lu Jan Ping : en chinois, le mot « pays » signifie « un territoire entouré de murailles ». Nous balisons toujours nos frontières. Mais la Chine se trouve intégrée aujourd'hui dans un espace juridique qui **superpose l'ordre national et un ordre international**. Avant la guerre de l'opium, la Chine se définissait comme le centre du monde et se voyait simplement environnée par des barbares. Elle ne s'est jamais pensée comme un Etat parmi d'autres mais comme le centre du monde. Pour la civilisation chinoise, la notion de droit international n'avait donc tout simplement pas de sens.

Cela n'excluait pas l'idée de pluralité des ordres juridiques. Dès la dynastie Han, il y avait des dispositions régissant les relations entre les peuples au sein même de l'empire et l'on faisait une distinction entre les conflits qui naissaient entre ces différents peuples et ceux qui naissaient entre des membres de ce peuple et un Chinois.

Au 19e siècle, c'est sous l'effet de la perte de souveraineté de la Chine avec la guerre de l'opium que l'Occident et les Chrétiens ont introduit en Chine l'idée d'extraterritorialité du droit. Dès 1844, l'ambassadeur des USA en Chine fait un rapport qui énonce le principe même de l'extraterritorialité sur le territoire chinois. Il mentionne un conflit entre un Cantonais et des ressortissants américains. Ces derniers avaient créé un objet que des Cantonais suspectaient d'avoir provoqué une épidémie. Comme le concept d'extraterritorialité était la création des Etats chrétiens et ne s'appliquait que dans les Etats chrétiens, les Américains ont décidé que ce principe s'imposait aux autres quand des Chrétiens se trouvaient en cause. Et c'est à ce titre qu'ils ont réclamé l'extraterritorialité des résidents étrangers installés sur leur territoire.

Depuis l'ouverture de la Chine, en particulier depuis 1981, cette contradiction entre le droit chinois et le droit international n'a jamais été résolu et celui-ci est constamment assimilé à l'ancien rapport de domination de la Chine par l'Occident.

A partir de 1907, l'effort de modernisation de la Chine a conduit à faire évoluer le droit chinois mais dans le sens d'un **renforcement de la territorialité** : un Etat indépendant exerce son autorité sur tout le territoire, exception faite de l'impunité diplomatique. Les concessions étrangères, qui étaient le signe même de l'extraterritorialité ont progressivement disparu. C'est pourquoi, aux yeux des Chinois, l'intégration du droit occidental en Chine ne venait que renforcer la territorialité.

Mais, aujourd'hui, la question de l'extraterritorialité se pose dans des termes nouveaux. Les lois américaines sur la corruption ont un impact extraterritorial (elles s'appliquent aux entreprises présentes sur le sol américain où que soient commis les actes). Par ce biais, le code

américain anticorruption devient, notamment par le biais de la Chine, un principe universel. En conséquence un débat se développe, en Chine même, sur la compétence d'un Tribunal chinois sur des actes commis à l'étranger.

La Chine connaît déjà la multi-territorialité. Il s'agit de droits multiples sur un même territoire national. C'est le cas en Chine, avec l'intégration dans la Chine de Hong-Kong et de Macao : l'intégration s'est faite au prix d'un maintien des spécificités de ces deux enclaves, d'où la formule : « un territoire deux systèmes ». Cela se traduit par l'application de droits différents au sein même du territoire chinois. Par exemple, la peine de mort est abolie à Hong-Kong et Macao, contrairement au reste de la Chine continentale.

Enfin, il y a la transterritorialité. C'est le troisième concept. C'est par exemple le droit qui s'applique à des patrouilles conjointes sur le Mékong (qui concerne le Cambodge, le Vietnam).

Emmanuel Decaux : depuis l'époque de la guerre de l'opium, on a vu se diversifier les références historiques à l'extraterritorialité. Aujourd'hui cette notion cherche à s'appliquer aux paradis fiscaux.

Quant à l'Europe, elle est partie d'une conception stricte de la territorialité : un roi – une foi – un droit pour aller aujourd'hui vers un enchevêtrement des droits nationaux et européens. Aujourd'hui, s'appliquent à l'Europe trois ensembles de normes débordant des frontières nationales : ceux de l'Union Européenne ; ceux qui découlent des conventions du Conseil de l'Europe ; enfin la « Soft Law » de l'OCDE.

La coopération décentralisée, de son côté, a créé au cours des dernières décennies de multiples configurations d'extraterritorialité. Enfin, il faut mentionner le droit privé, le **développement des arbitrages privés**, qui recourt à des modalités d'arbitrage définies dans le contrat entre acteurs privés, au-delà des frontières nationales.

3. Ces élargissements s'observent naturellement à propos des entreprises internationales

Le pacte global (Global Compact) signé à l'initiative de Koffi Annan avec des dirigeants de grandes entreprises, au même titre que la norme ISO 26000, se réfère à la notion de « sphère d'influence des multinationales ». On peut parler à ce sujet de multi-territorialités.

Dès l'origine, au 19e siècle, les grands fleuves transnationaux et la poste ont fait l'objet d'un droit international. Il en va de même pour la mer et pour l'air.

Il y a de plus en plus un « choc des ordres publics », entre ordre public national et ordre public international. Ainsi, le concept de « responsabilité de protéger » crée une nouvelle perméabilité entre **souveraineté** d'une part et **obligation de protéger** de l'autre, qui est extra territoriale. Mais se pose alors la question de savoir **qui incarne la responsabilité internationale** : d'ailleurs, dans les textes internationaux, on mentionne le concept de communauté internationale mais celui-ci est flou. S'agit-il d'une communauté des Etats ou d'une communauté en tant que telle ?

Tarsisco Jardim : au Brésil, ce que l'on appelle « le territoire » est avant tout le résultat d'une conquête militaire suivie d'une assimilation culturelle. La confrontation à « l'étranger » s'est faite de deux manières : par l'immigration ; par la question des peuples indigènes. La constitution de 1988 reconnaît le **pluralisme culturel**, admettant en conséquence des définitions différentes du droit de propriété pour les peuples indigènes. Jusqu'alors, les Kilombos, ces communautés d'esclaves en fuite, n'avaient pas leur place dans la constitution brésilienne. Néanmoins, **au titre des règles de l'OIT**, le Brésil a été contraint de reconnaître

leurs droits de propriété. Et l'on voit des experts anthropologues devenir une référence pour la reconnaissance de droits communautaires.

Mais il demeure une résistance énorme du Brésil à reconnaître la prééminence du droit international. Ainsi, l'Argentine avait demandé l'extradition d'un tortionnaire argentin ; pendant longtemps le rapporteur brésilien avait voulu s'y opposer au nom de la loi brésilienne d'amnistie qui devait s'appliquer à tous les résidents sur le territoire. Petit à petit, néanmoins, la Constitution brésilienne a intégré les principes de droit international et le Brésil hésite sans cesse entre résistance et métamorphose ; en réalité il tranche au cas par cas en fonction de ses intérêts.

Jean-Marc Sauvé : les exemples chinois et brésiliens, montrent que dans tous les cas la question de l'extraterritorialité nous oblige à la fois à revisiter notre passé et à regarder l'avenir. Ce n'est pas aujourd'hui de trop plein de droit international dont nous souffrons mais d'un déficit de règles internationales.

Remarque Pierre Calame : on voit en permanence cette tension entre le sentiment de « trop de droit international », pour tous les peuples pour lesquels ce droit international a été dans le passé l'expression d'une domination par l'étranger, et de « pas assez de droit international » au regard des interdépendances entre les sociétés. Ce n'est que l'application au droit d'une contradiction générale de la gouvernance mondiale : à la fois trop faible en égard aux interdépendances et insuffisamment légitime pour que les peuples anciennement dominés aient envie de la voir se renforcer.

4. La ratification par la Chine des traités des conventions internationales conduit à la transformation du droit national

Lu Jan Ping : oui, il est incontestable que le droit international a eu un impact sur le droit national chinois. L'exemple déjà évoqué des règles anticorruption en est une bonne illustration. La réforme juridique de 2007 a repris la disposition des Nations-Unies, de manière à créer un droit chinois définissant les sanctions contre la corruption. Il en va de même pour la protection de la propriété intellectuelle et pour le droit des sociétés : la Chine suit la tendance internationale, pour que les entreprises chinoises puissent faire jeu égal avec les entreprises étrangères.

Jin Pang Qui : notre Parlement a adopté le principe de supériorité des règles internationales sur les règles nationales. De même, les règles chinoises ont dû se mettre en conformité avec les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce. Et l'on observe même récemment, pour la propriété intellectuelle, la création en Chine d'un droit national nouveau dérivé du droit international.

Stéphane Breyer : la spécificité de la Chine est que l'adaptation du droit national au principe de droit international a été le fait du pouvoir législatif et non du pouvoir judiciaire.

Jin Bang Qui : néanmoins, quand il n'y a sur un sujet donné ni droit chinois ni convention internationale, il arrive que les juristes chinois s'appuient sur la jurisprudence d'une Cour étrangère de justice.

Louis Baptista : il faut relier l'échelle de l'intérêt commun et l'échelle du droit. Les deux conditions du droit international sont d'une part l'existence d'une valeur universelle de référence et d'autre part la définition d'un intérêt commun auquel ce droit international s'applique.

Celso Lafer : le lien entre droit international et droit national se fait aujourd'hui : par le lancement de l'échelle régionale. Pour nous, Brésiliens, le niveau « Amérique du Sud » est très important.

Diana Marie Marn : il faut affirmer que la territorialité du droit n'est pas une idée naturelle mais une construction humaine : **c'est parce qu'il y a une communauté politique (établie de longue date sur un territoire) qu'il y a un droit territorialisé.**

C'est tout le problème des droits des communautés autochtones, qui illustrent le paradoxe de notre période : **on est invité d'un côté à reconnaître des droits coutumiers et de l'autre, du fait de la globalisation, à adopter pour les communautés autochtones des principes de droit international** (une bonne illustration d'un principe de gouvernance, la gouvernance à multi-niveaux : il est nécessaire de considérer les liens entre droit local, droit national et droit international).

Tarsisco Jardim : le cas du Brésil est à cet égard très intéressant. Il y a 200 langues indiennes. On a le cas de peuples complètement isolés, qui ne relèvent pas du tout du droit national. Par exemple, certaines communautés n'accordent à l'individu de personnalité juridique qu'à partir d'un certain âge. Et on a de l'autre des communautés indiennes intégrées dans la société globale. Il faut donc procéder au cas par cas.

Stephen Dreyer : dans nos démocraties, la source première de la légitimité politique est parlementaire. Mais il faut reconnaître que lorsque l'on traite de relations avec des non ressortissants, il y a un effet de domination. Au point qu'un juge de la Cour Suprême n'hésitait pas à répondre : « nous sommes le seul pays au monde à pouvoir exercer une compétence universelle ».

Un des problèmes qui se trouve posé dans une approche internationale commune du droit, c'est que le droit romain d'un côté et la Common Law de l'autre, n'opèrent pas le même découpage entre ce qui est pénal et ce qui est civil. En droit romain, ce sont des juges différents qui traitent des affaires civiles et des affaires pénales alors que dans la Common Law c'est le même juge. En particulier, en droit romain, un procès civil se déroule en dehors du public et son objet n'est pas de rechercher la vérité mais de compenser un dommage subi. Au contraire un procès civil américain se déroule devant le public.

5. Déterritorialisation et territoires

Antoine Garapon : le territoire était autrefois le lieu essentiel de l'identité, car coïncidaient un ensemble physique (un territoire géographique) et un ensemble politique (une communauté de règles et de droits). C'est cette identité de l'ensemble physique et de l'ensemble politique qui est aujourd'hui rompue. Il faut alors distinguer trois figures, trois modalités possibles pour repenser l'action juridique :

a) *L'universel*

L'universel repose sur la négation du territoire. On a alors recours à la notion de jus cogens, expression d'une valeur commune, universelle, qui amène les Etats à introjecter ces valeurs dans leurs droits. Pour une communauté politique, le bon moyen d'échapper à la tutelle d'autres communautés politiques est alors de mettre soi-même en œuvre ces principes universels.

b) *La globalisation*

Dans ce cas on reconnaît simplement que le territoire est dépassé par les réalités. En pratique par trois réalités : a) la circulation globale des informations, des hommes et des objets ; b) la dématérialisation des échanges (par exemple des informations), ce qui signifie qu'on ne peut pas associer un objet et un lieu ; c) enfin cet échange s'exerce sur une surface uniforme, lisse, insaisissable : c'est d'ailleurs la logique du pirate, de la prédation.

Que peut faire le droit, face à cette globalité ? Une première fonction est de dire, de désigner. Une seconde fonction est d'imposer la traçabilité, notamment dans le domaine de l'informatique. La troisième fonction est de bloquer la circulation, par exemple par une stigmatisation acceptée par tous. L'action judiciaire, c'est toujours « ce qui ramène au port » à un lieu physique. L'acte judiciaire commence par toujours par une **saisie**, que ce soit celle de Pinochet, celle de comptes bancaires ou celle du navire. L'étape suivante est de **matérialiser l'impact** et de **proposer les contreparties** à cet impact. C'est pourquoi la mondialisation peut se manifester de façon positive par une mondialisation des systèmes judiciaires ou de façon négative par le développement du offshore.

c) Le planétaire

Au contraire du global qui acte la perte du lien entre l'objet et un territoire physique, le planétaire désigne **un nouvel ensemble physique**, celui de la planète en se référant à la fois à sa **matérialité et à sa fragilité**. Ce qui va compter alors, c'est la mesure de l'impact de nos actes sur la planète. A cette échelle, il devient inévitable de prendre en compte à la fois le passé, l'injustice historique, comme le futur, l'intérêt des générations futures. D'où l'importance de la notion de « commun » : « ce qui nous est donné comme bien commun ».

Contrairement à « la planète », le monde est, lui, une réalité politique : il n'existe qu'au moment où les personnes se rencontrent. Dans cette rencontre, le droit international peut se construire en confrontant les principes dans leur pluralité et par délibération. **C'est un monde qui est assumé par la délibération et qui tire sa valeur de la capacité à dégager l'unité de la diversité**. Ainsi, les juges, par leur dialogue, par la délibération sur leurs désaccords, font partie de la construction du monde.

Mireille Delmas-Marty : ces trois figures de l'international, -l'universel, le global et le planétaire- traitent d'un même espace transnational mais reflètent aussi des temporalités. L'universel (l'existence de valeurs communes) est le résultat du passé. Le global (l'internationalisation et la dématérialisation des échanges) est le reflet du présent. La planète est plutôt le reflet d'une projection dans le futur.

Vivian Curreau et Stephen Dreyer soulignent que la notion de « compétence universelle » des Tribunaux américains fait l'objet aujourd'hui de nombreux débats. Il ne fait pas l'objet d'une conception commune de la part des différentes Cours d'Appel et la Cour Suprême n'a pas encore rendu d'arrêt sur l'application de la compétence universelle à des personnes morales.

Vivian Curreau : il y a eu, il y a cinq siècles, une ouverture vers l'universel. Y a succédé une période d'exacerbation de la souveraineté. C'est seulement maintenant qu'on en revient à des idées familières il y a cinq siècles. Le concept de territoire n'est pas stable : il est conditionné par la politique et l'histoire. Il est rassurant que la mondialisation amène à lui redonner de la flexibilité. Le pirate, au 18e siècle, était le modèle même du crime international.

Stephen Dreyer : précisément la norme internationale aujourd'hui doit être aussi précise que celle qui régissait le comportement des pirates au 18e siècle.

6. Extraterritorialité : le meilleur et le pire

William Bourdon : comme l'ont montré les débats, l'extraterritorialité c'est à la fois le pire, un parfum d'hégémonisme et d'impérialisme, et le meilleur, le moyen d'humaniser le monde. Le problème c'est que c'est là où on devrait attendre le plus de réciprocité, du fait même que l'on gère des défis communs à tous, que l'on trouve le plus d'asymétrie (comme l'ont montré les exemples précédents ce sont les pays les plus puissants qui peuvent prétendre imposer leurs normes aux autres).

On observe dans la société actuelle de plus en plus d'irresponsabilité juridique mais aussi de plus en plus d'intolérance des sociétés à l'égard de cette irresponsabilité. Les Etats sont à leur meilleur quand ils délèguent le pouvoir de juger à la Cour Pénale Internationale et l'on pourrait effectivement avoir, pour la finance internationale, le même modèle juridique que pour les pirates du 18e siècle. Mais pour cela, il est impératif de **faire reculer l'impunité actuelle des Etats**.

Les grandes multinationales aujourd'hui sont à la fois celles qui se présentent comme les bienfaitrices de l'humanité mais qui dans la pratique luttent le plus violemment contre l'idée de normes internationales.

Il est possible, d'ores et déjà, de tirer tout le profit possible des droits nationaux : il suffit qu'une mouette française soit touchée par la pollution pour que des juges français soient compétents à l'égard du naufrage de l'Erika ! C'est aussi cette démarche que j'ai suivie dans le procès sur les « biens mal acquis » (l'engagement en France d'une action juridique contre des potentats africains et leurs proches, qui ont acquis en France des biens immobiliers ou mobiliers grâce à des détournements d'argent dans leur pays). Mais, dans un premier temps, de grands juges ont dit : « le juge français n'a rien à voir à l'affaire, c'est du néo colonialisme » ! De même, dans le cas de Pinochet, on a fait condamner des complices français en tirant le meilleur parti possible du droit national. Quant à la firme Total, je l'ai poursuivie sur le sol français pour des actes commis par sa filiale en Birmanie (cette filiale était accusée d'avoir recours au travail forcé). Total a préféré transiger plutôt que d'aller jusqu'au bout du procès.

Je reconnais que la voie royale reste l'extraterritorialité des droits mais force est de reconnaître qu'elle est actuellement en perte de vitesse, notamment parce qu'elle véhicule toujours un soupçon de néo colonialisme. Mais se pose aussi le problème de son application pratique : pour les victimes de graves crimes environnementaux, le plus difficile pour obtenir des compensations est **qu'elles sont confrontées à la fragmentation des responsabilités et à leur opacité**.

La jurisprudence évolue. Le droit français acte maintenant la responsabilité de la maison mère sur ses filiales, dès lors que cette maison mère a un engagement planétaire. Le recel de crimes contre l'humanité ouvrirait lui aussi des perspectives nouvelles. Mais il n'est plus possible que le procureur étalonne seul, comme c'est le cas actuellement, ce qui relève ou non de l'extraterritorialité. Il faut que cela fasse l'objet d'un débat public et contradictoire.

En conclusion, à travers des débats sur l'extraterritorialité, se cherche **un ordre public mondial** touchant notamment les grandes catastrophes.

Ji Bang Qui : (ancien chef de service juridique auprès de l'Assemblée Nationale Populaire chinoise). Les lois chinoises reconnaissent parfois explicitement parfois implicitement la supériorité du droit international. Mais les Chinois sont très sensibles à la question de l'extraterritorialité et de ce fait le gouvernement chinois a beaucoup de mal à prendre position, comme le montre, les réserves qu'il a formulées à l'égard de la Cour Pénale Internationale,

tant l'attachement de la société chinoise au territoire est forte. Il est vrai que c'est un des rares pays au monde qui est resté depuis des milliers d'années sur son territoire.

Mais il y a un autre champ où le droit international se développe, c'est le droit fiscal. Il est extraterritorial puisque le pouvoir d'imposer déborde très largement des limites d'un territoire donné. Ainsi, moi Chinois, résidant en France, je dois déclarer au fisc français les revenus de mon logement à Pékin. De même, un Français résidant en Chine devra y déclarer ses revenus mondiaux. Il faudra donc aller vers un espace international évitant à la fois la double imposition et l'absence d'imposition.

Et l'on note un autre type de débordement de la territorialité, lorsque des acteurs privés font le choix du droit national qui sera applicable en cas de conflit entre eux.

Casella : on voit beaucoup de cas où les USA et le Brésil, qui tiennent tant à leur territorialité, refusent par principe le droit international **mais adaptent en pratique leurs droits internes en fonction de la jurisprudence du droit international**.

Diana Maria Amann : on a effectivement adapté notre droit interne en reprenant beaucoup de concepts développés pour la Cour Pénale Internationale ; simplement on avait modifié quelques mots pour que l'administration Bush... ne se rende pas compte que c'était une décalque des statuts de la Cour Pénale Internationale dont il ne voulait pas entendre parler !

Mireille Delmas-Marty : l'extraterritorialité (la possibilité pour un tribunal national de juger d'un fait qui ne s'est pas produit sur son territoire), si elle se généralisait serait plus égalitaire (ce n'est plus seulement les Etats-Unis ou quelques pays très puissants qui se considéraient de compétence universelle) mais cela déboucherait rapidement sur un chaos et devrait déboucher sur une harmonisation des législations.

William Bourdon : mais la plupart des pays n'ont tout simplement pas les moyens techniques, en l'absence d'entraide judiciaire, d'utiliser le principe d'extraterritorialité pour leur propre compte !

Jean-Marc Sauvé : pour conclure ce débat, je dirais que nous ne pouvons plus vivre avec la fiction des Etats et des droits souverains. Certes l'extraterritorialité comporte des dangers mais c'est une inévitable avancée collective. La rapidité de ces avancées dépendra de la volonté des Etats, de celle des juges, mais elle ne se produira pas si les peuples ne se sentent pas un jour eux-mêmes des **acteurs** pour surmonter la grande dissymétrie entre les acteurs de la mondialisation. Et cela suppose, enfin, **la production d'une doctrine du droit mondial**. Ce sera le grand débat des décennies qui viennent.