

MIREILLE DELMAS-MARTY

Les forces imaginantes du droit (IV)

VERS
UNE COMMUNAUTÉ
DE VALEURS ?

ÉDITIONS DU SEUIL
25, bd Romain-Rolland, Paris XIV^e

CE LIVRE EST PUBLIÉ DANS LA COLLECTION
« LA COULEUR DES IDÉES »

Les recherches préparatoires ont été menées avec le concours d'Isabelle Fouchard, Kathia Martin-Chenut et Emmanuel Breen, et leur mise à jour réalisée avec l'aide de David Lemetayer, Luca d'Ambrosio et Pejman Pourzand. Ces derniers ont également participé à la relecture des épreuves et à l'élaboration des index. Qu'ils en soient chaleureusement remerciés.

ISBN 978-2-02-104282-5

© ÉDITIONS DU SEUIL, FÉVRIER 2011

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.seuil.com

Extrait de la publication

INTRODUCTION

Communauté de droit, communauté de valeurs

Comment oser parler de communauté de droit à l'échelle d'une planète livrée aux affrontements, à la violence et à l'intolérance ? Et comment seulement concevoir les contours d'une communauté de valeurs par-delà la diversité des cultures et l'opposition des intérêts ? S'il est vrai que le droit international connaît un développement sans précédent et que les juridictions internationales se multiplient, la réalité quotidienne démontre davantage le grand désordre du monde que l'émergence d'un ordre juridique mondial, légitime et efficace. Citons l'exemple significatif de deux événements survenus au printemps 2010. Au moment où s'ouvrait à Kampala la conférence de révision appelée à consolider le statut de la Cour pénale internationale (CPI), l'assaut d'Israël contre la « flottille de la paix » semblait lancer un démenti cinglant (et sanglant) au discours du secrétaire général des Nations unies célébrant le passage de l'ère de l'impunité à celle de la responsabilité.

Nous ne sommes sans doute ni dans l'ère de l'impunité ni dans celle de la responsabilité, mais dans une période de transition où s'affrontent deux conceptions de la légitimité, comme deux modèles incompatibles d'ordre mondial. D'un côté, le

modèle souverainiste traditionnel, privilégiant la politique sur le droit, selon lequel chaque État est souverain pour défendre sa sécurité, si nécessaire par la force. De l'autre, un modèle universaliste, qui postule la reconnaissance de valeurs universelles dont la transgression constitue des crimes qui concernent la communauté humaine tout entière, privilégiant la justice sur la politique et soumettant au droit l'usage de la force.

Le tragique est que les deux événements évoqués ci-dessus illustrent aussi l'incapacité de chaque modèle à garantir une paix durable : d'un côté la force nourrit la force et révèle sa fragilité, car la paix des vainqueurs est toujours provisoire ; de l'autre la justice sans la force reste inefficace, comme en témoignent les difficultés de la CPI à obtenir l'exécution de ses mandats d'arrêt, notamment celui lancé contre le président Al-Bashir, triomphalement réélu au Soudan.

Dans cette période de transition, aucun des deux modèles ne peut fonctionner de façon isolée : l'efficacité de la justice pénale internationale dépend en grande partie de la coopération des États, tandis qu'une paix durable au Moyen-Orient supposerait le respect du droit international et, dans les cas litigieux, des enquêtes internationales. Avant d'examiner la place du droit dans l'émergence d'une communauté de valeurs, se posent donc deux questions préalables.

Quelle communauté ?

On serait tenté de répondre : une communauté sans barbares, mais non sans barbarie¹. Sans barbares, car le droit international semble avoir renoncé à la référence arrogante

1. R.-P. Droit, *Généalogie des barbares*, Odile Jacob, 2007.

aux « nations civilisées ». Le changement est lent et l'expression « nations civilisées », si elle ne figure plus dans le statut de la Cour pénale internationale, se trouve encore inscrite à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice ou à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais la disparition du couple civilisés/barbares ne signifie pas celle de la barbarie ; seulement la découverte, inscrite dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que des nations dites « civilisées » peuvent, elles aussi, commettre « des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité ». Autrement dit, la communauté mondiale devra s'unir sans cet ennemi du dehors que symbolisaient les barbares.

Des barbares (les autres) à « notre » barbarie, il reste à civiliser les humains, qu'il s'agisse d'individus ou de groupements, politiques – incluant les États eux-mêmes –, économiques, culturels, voire religieux. En somme, une communauté sans barbares serait non pas une communauté *internationale* mais une communauté *interhumaine* élargie à l'échelle mondiale qui, sans supprimer les autres communautés – infranationales, nationales, ou internationales au niveau régional –, éviterait les dérives communautaristes. L'ambition peut sembler démesurée, voire dangereuse par son angélisme qui risque de servir de camouflage à une collectivité d'États ayant plus de motifs de s'opposer que de prendre conscience d'éventuels intérêts communs.

La seule façon d'éviter l'écueil est sans doute de se situer, comme l'avait fait de façon prémonitoire René-Jean Dupuy, « entre le mythe et l'histoire¹ », autrement dit de substituer

1. R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, 1986, p. 16.

à la vision stabilisée et harmonieuse, mais fictive, du mythe la dynamique d'une histoire en train de se faire, avec toutes les discontinuités et les discordances que cela comporte.

*De la communauté internationale
à la communauté humaine mondiale*

L'idée de communauté internationale est généralement attribuée, non sans un certain européocentrisme, aux canonistes, qui affirmaient l'unité profonde du genre humain, puis, à partir du XVI^e siècle, à l'école du droit de la nature et des gens, qui voulait fonder, par-delà l'anarchie des rapports entre États souverains, l'existence d'un ordre naturel entre les communautés humaines. Mais à mesure que se développe un droit international le sens du terme se restreint, car ce droit, précisément conçu entre nations, va se distinguer du droit interne (ou national). Alors que ce dernier organise les communautés humaines à l'intérieur des États, le droit international limite la notion de communauté au sens le plus étroit de communauté organisant les relations entre les États et non pas entre les hommes.

Et pourtant, dans la trilogie « pouvoirs, vouloir et savoirs¹ », nous avons constaté que de nombreux acteurs non étatiques sont apparus sur la scène mondiale : opérateurs économiques, acteurs civiques et experts scientifiques participent désormais à l'élaboration du droit international comme à sa mise en œuvre. Des individus criminels peuvent être condamnés par les juridictions internationales,

1. M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit III. La Refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007.

des victimes de violation des droits de l'homme, mais aussi des investisseurs privés, peuvent faire condamner des États. Des experts sont chargés de définir certaines des normes techniques, notamment climatiques, qui sous-tendent les normes juridiques. Autant d'exemples qui illustrent, avec l'émergence d'une communauté humaine à l'échelle mondiale, une idée « à la fois simple et dérangement, évidente ou contestée, suivant que l'on joue sur la parenté qui unit les hommes ou sur la singularité qui différencie chaque communauté étatique¹ ».

Une telle idée brouille en tout cas la différence entre *communauté* (produit naturel d'une solidarité de base spontanément ressentie) et *société* (fruit de la volonté exigeant une mise en œuvre consciente et des normes juridiques pour la garantir). Les interdépendances sont devenues si fortes que les deux catégories sont désormais enchevêtrées. Comme on l'a suggéré, la volonté de vivre ensemble, unis par des valeurs communes (humain/inhumain), peut trouver appui sur la peur des risques planétaires (nucléaires mais aussi écologiques ou sanitaires)². Si la « peur-solidarité » appelle un droit commun, elle ne donne pas les clés d'une véritable communauté de destin.

Il reste à situer le débat relatif aux valeurs au sein de cette communauté humaine mondiale qui n'apparaît plus seulement comme un mythe, mais commence à émerger, à l'intersection des communautés humaines, nationales, infranationales et régionales et de la communauté des

1. E. Jouannet, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale : la mondialisation entre illusion et utopie », *Arch. Phil. Droit*, 2003, p. 191-232.

2. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.

États, résultante de dynamiques d'autant plus complexes que les États tentent évidemment de capter le mythe à leur profit.

Du mythe à la dynamique de l'histoire

Proposant une théorie de la communauté internationale, Pierre-Marie Dupuy a montré comment le mythe, considéré comme fiction juridique, peut devenir un instrument contribuant à la dynamique de l'histoire : « la fiction juridique d'une solidarité universelle, affirmée *a priori*, peut inciter les États à agir comme s'il était avéré qu'elle existe vraiment¹ ». La justice pénale internationale offre l'exemple d'une fiction qui devient réalité. Ainsi, la partie la plus novatrice du jugement de Nuremberg, reprise dans le jugement de Tokyo et par de nombreux tribunaux internes dans les zones d'occupation militaire, repose sur un renversement de la technique classique de la responsabilité internationale de l'État. En affirmant : « ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international », le Tribunal « porte un coup à l'indivisibilité de la souveraineté, ou du moins à ses effets externes »².

Plus précisément encore, il prépare l'étape suivante, où le droit international visera aussi des conflits armés

1. P.-M. Dupuy, « La communauté internationale comme fiction ? », in « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, p. 268.

2. H. Ascensio, « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », in *Apprendre à douter. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p. 608.

internes : « les principes et règles du droit humanitaire reflètent “les considérations élémentaires d’humanité” largement reconnues comme le minimum obligatoire pour la conduite des conflits armés de toute sorte. Personne ne peut contester la gravité des actes en cause, ni douter de l’intérêt de la communauté internationale à les interdire¹ ».

À force d’agir « comme si », la communauté internationale commence à se penser comme une communauté humaine mondiale. D’abord, dans sa dimension politique, à mesure qu’émerge ce nouveau « monstre juridique² », né de l’hybridation entre gouvernance (la coordination entre des États souverains) et État de droit (la subordination à un ordre de type supranational), que l’on pourrait nommer « État de droit mondial ». Un tel droit, qui n’est plus identifié à une nation, implique une dimension éthique, c’est-à-dire la référence aux valeurs communes qui humanisent cette communauté à l’échelle mondiale. Ce passage de la mondialisation à la « mondialité », pour reprendre l’expression d’Édouard Glissant, ne peut sans doute se concevoir de façon théorique, de l’éthique au droit, mais plutôt comme un va-et-vient qui se sert du droit international pour formuler les dénominations communes, comme celle particulièrement emblématique de « crime contre l’humanité » (ou de « biens communs de l’humanité »), sans renoncer pour autant à la diversité des conceptions nationales que seul le droit comparé permet de saisir et d’intégrer. On retrouve ici le concept de « dénominateur commun » parfois utilisé de façon abusive, voire instrumentalisé, par les

1. TPIY, affaire *Delalić et al.*, Chambre d’appel, arrêt, 20 février 2001, § 163-174.

2. M. Delmas-Marty, *La Refondation des pouvoirs*, op. cit., p. 99 sq.

juges internationaux, mais pourtant nécessaire à la construction de ces valeurs partiellement communes.

Le risque serait de vouloir, sous prétexte de communauté mondiale, supprimer tous les malentendus, éradiquer toutes les différences. Mieux vaut faire de ces dernières un instrument de dialogue pour « relativiser le relativisme ». S'il est sans doute souhaitable que l'on se comprenne quand on parle de ce « droit des droits » que deviennent les droits de l'homme, il n'est pas nécessaire que ce langage commun soit entendu à l'identique. D'où l'approche différentielle proposée il y a déjà quelques années déjà : « ne pas dire “eux”, façon d'exclure, éviter le “nous” qui pourrait désigner les assimilés d'office, mais peut-être apprendre à dire “ils”, comme signe de l'altérité acceptée¹ ».

Encore faut-il éviter que le malentendu tourne au piège et que les dénominations communes du droit international comme le dénominateur commun du droit comparé se réduisent au plus petit commun dénominateur. Au-delà de la notion de communauté, la réponse renvoie aux valeurs.

Quelles valeurs ?

Derrière les thèmes récurrents de la crise des valeurs et d'un nihilisme qu'on associe généralement à Friedrich Nietzsche (la mort de Dieu) et à Michel Foucault (celle de l'homme) pointent, me semble-t-il, deux débats fort différents : le premier porte sur le fondement des valeurs et sur leur existence même, à travers la question de la continuité/discontinuité entre le descriptif et le normatif ; le second,

1. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 257.

qui vise le contenu des valeurs et leur surabondance, oppose l'universalisme de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) au relativisme symbolisé par la Convention de l'Unesco sur la diversité culturelle (2005) : « toutes les cultures ont une même valeur et une même dignité ».

Continuité/discontinuité

La question était implicite dans la démarche de Spinoza, qui construit son *Éthique* sans la moindre référence aux valeurs ou à la faute, ni d'ailleurs aux châtiments, quitte à favoriser ainsi une obéissance absolue à la loi, fût-ce en violation de ces droits que nous appelons aujourd'hui « fondamentaux ». C'est du moins ce risque que l'on peut lire entre les lignes dans la correspondance entre Spinoza et le « très noble et très sage » Henri Oldenburg : ce dernier ayant exprimé la crainte, au vu de l'« inéluctable nécessité » qui fonde l'*Éthique*, de voir les récompenses et les châtiments perdre toute signification, le philosophe lui répond, le 8 février 1676, que « les hommes en effet peuvent être excusables [en raison de leur ignorance] et ne pas jouir de la béatitude, mais souffrir mille maux »¹. Ainsi, ils ne commettent pas de faute (en raison de leur ignorance) mais souffrent néanmoins « mille maux », donc l'équivalent de châtiments. On voit poindre ici l'idée que, l'obéissance étant nécessaire au maintien de l'ordre, des mesures non punitives mais néanmoins afflictives peuvent être infligées aux individus considérés comme incapables de connaître la vérité et de parvenir à l'autonomie.

1. Spinoza, « Correspondance », in *Œuvres complètes*, Gallimard, 1988, p. 1293-1295.

Obscurcie à l'époque par le débat théologique, l'idée a été récemment reprise à propos des individus « dangereux »¹. Mais la question philosophique reste posée, comme le montre le dialogue entre Jean-Pierre Changeux et Paul Ricœur. Le premier raconte que l'« événement décisif » fut pour lui le débat suscité au sein d'un groupe de travail du comité d'éthique consacré aux neurosciences peu après la parution de *L'Homme neuronal* : « le débat très vif me mit au pied du mur : Comment un homme neuronal peut-il être un sujet moral ? [...] Depuis lors, je ne cesse d'y réfléchir, m'essayant avec effort à réactualiser le sujet d'une éthique de la vie bonne, d'une libre joie humaniste, qui donne accès au libre exercice de la raison² ». Pour Changeux, la question fondamentale est de savoir si « le progrès des connaissances dans le domaine des sciences du système nerveux n'incite pas à un réexamen de la distinction entre, d'une part, le factuel, ce qui est, et, d'autre part, le normatif, ce qui doit être³ ».

La réponse de Ricœur est que « nous nous trouvons dans un rapport de continuité-discontinuité, continuité entre la vie et une éthique bien enracinée dans la vie et discontinuité au niveau d'une morale qui reprend en quelque sorte le relais à ses propres frais dès lors que la vie nous a laissés au milieu du gué, sans nous donner de règles pour faire prévaloir la paix par rapport à la guerre, par rapport à la violence⁴ ». On pourrait transposer cette réponse de la morale au droit, en ajoutant, pour prolonger le débat, que

1. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit.

2. J.-P. Changeux et P. Ricœur, *Ce qui nous fait penser. La nature et la règle*, Odile Jacob, 1998, p. 17.

3. *Ibid.*, p. 32.

4. *Ibid.*, p. 40-41.

cette discontinuité, du descriptif au normatif, me semble nécessaire à l'interaction entre l'évolution biologique de ce qui est (l'hominisation) et l'apprentissage culturel de ce qui doit être (l'humanisation). Y renoncer pour fonder une éthique universelle sur le progrès des connaissances scientifiques aboutirait à confondre les deux processus : biodémonstrables, les valeurs deviendraient biodégradables si tout ce qui est possible (clonage reproductif humain, manipulations génétiques, fabrication de chimères) devait être permis. À l'inverse, il serait contraire à l'histoire humaine d'interdire tout changement au motif que seule la nature saurait où est le bien. Entre les deux extrêmes, il faut chercher les critères qui permettraient de préserver cette interaction qui n'a pas si mal réussi jusqu'à présent¹.

Qu'elle soit survenue par accident ou par génocide, la disparition de l'homme de Neandertal nous a laissé en héritage l'unité biologique de notre espèce. C'est ainsi que l'hominisation peut contribuer à l'universalisme, à condition de ne pas oublier que l'autre processus, celui de l'humanisation, s'est développé par la différenciation, née de l'apprentissage des cultures. D'où la nécessité, si l'on admet que leur interaction est nécessaire, d'intégrer la diversité culturelle au débat.

Universalisme/relativisme

Il ne s'agit pas de revenir sur les faiblesses de l'universalisme confrontées aux limites du relativisme, mais de trouver une méthode pour résoudre la contradiction.

1. M. Delmas-Marty, « Hominisation, humanisation », in A. Prochiantz (dir.), *Darwin : 200 ans*, Odile Jacob, 2010.

Henri Atlan a proposé de distinguer différents niveaux de l'éthique selon lesquels s'articulent le descriptif et le normatif¹. À un premier niveau, d'emblée universel, la discontinuité est en apparence résolue : est mal ce qui fait mal. D'une certaine manière, les grands mouvements d'opinion, où un large consensus s'établit sur une base morale qu'on appelle alors « humanitaire », ramènent à ce premier niveau par une sorte de « morale de l'indignation ». Et c'est sans doute « mieux que rien ». Mais cette morale « se prête à toutes les manipulations, notamment celles de l'information, en jouant par exemple sur la perversion infantile du chantage au sentiment »².

En revanche, à un deuxième niveau, les expériences du plaisir et de la souffrance, projetées dans l'espace et différées dans le temps grâce aux capacités de mémoire et de représentation propres à l'espèce humaine, sont reconstruites selon les différents systèmes de valeurs et de normes qui se sont constitués en fonction de la géographie et de l'histoire. C'est alors qu'apparaît le relativisme, exprimé notamment par les systèmes de droit nationaux.

Quant au troisième niveau, celui d'une éthique universelle, encore hypothétique, il reste à construire, mais comment ? Plutôt qu'une méta-éthique de surplomb qui serait déduite par la Raison pure, Atlan propose de chercher une réponse commune, induite de la diversité des pratiques par

1. Voir H. Atlan, « Les niveaux de l'éthique », in J.-P. Changeux (dir.), *Une même éthique pour tous ?*, Odile Jacob, 1997, p. 91-106 ; également id., *Les Étincelles du hasard*, t. 2, *Athéisme de l'écriture*, Seuil, 2003, p. 31 sq.

2. H. Atlan, *Athéisme de l'écriture*, op. cit., p. 61.

tâtonnements successifs. Transposée aux divers systèmes normatifs, cette démarche, fondée sur la coexistence et le dialogue, peut favoriser la recherche d'un futur droit supranational ; mais elle ne suffit pas à résoudre les conflits de valeurs les plus durs, ceux qui opposent les vérités révélées aux discours de la raison (par exemple à propos du statut de la femme au regard de certaines conceptions religieuses).

D'où l'intérêt d'une autre piste, suggérée par Paul Ricœur, pour tenter de dépasser la contradiction entre l'universalisme des valeurs et la diversité des cultures qui conditionnent la représentation de ces droits et leur mise en œuvre : « Je vous propose, disait-il, une comparaison que je fais souvent : je suis à la surface d'une sphère fragmentée entre des lieux religieux différents. Si j'essaye de courir à la surface de la sphère, d'être éclectique, je ne trouverai jamais l'universel religieux parce que je ferai du syncrétisme. Mais si je m'approfondis assez dans ma tradition, je dépasserai les limites de ma langue. Pour aller vers ce que j'appellerai le fondamental – que d'autres rejoignent par d'autres voies –, je raccourcis la distance aux autres dans la dimension de la profondeur. À la surface la distance est immense, mais si je m'approfondis, je me rapproche de l'autre qui fait le même chemin¹. »

Réduire la distance en retournant au plus profond de chaque culture, c'était aussi la démarche de Mohammed Arkoun quand il appelait, comme historien de la pensée islamique, à une relecture généalogique des valeurs, dénonçant les discours qui ont déferlé depuis le 11 Septembre car ils

1. J.-P. Changeux et P. Ricœur, *Ce qui nous fait penser*, op. cit., p. 300-302.

« prouvent à quel point nous restons tous et partout prisonniers des catégories anciennes de la pensée binaire¹ ».

Pour dépasser la pensée binaire il faut faire jouer pleinement les interactions : de même que la discontinuité entre hominisation et humanisation ne veut pas dire la dichotomie, ou séparation complète, de même l'universel peut être replacé dans chaque contexte national et ainsi partiellement relativisé. Et le droit peut y contribuer.

La place du droit dans l'émergence d'une communauté humaine de valeurs

Même s'il est insuffisant à lui seul, le droit n'en est pas moins nécessaire pour consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser (fonction législative) et de les mettre en œuvre (fonctions judiciaire et exécutive). Mieux encore, le droit révèle parfois des valeurs qui n'avaient pas encore été exprimées comme telles, participant alors à leur formation, parfois même anticipant sur elles.

Il est donc utile d'observer de près cette relation dialectique entre les préférences éthiques, auxquelles les valeurs peuvent être provisoirement assimilées, et le droit. Tantôt le chemin – c'est apparemment le plus logique – mène des valeurs au droit, ou encore, pour reprendre le titre du rapport du Conseil d'État qui précéda les lois bioéthiques, « de

1. M. Arkoun, « Pour une genèse subversive des valeurs », in J. Bindé (dir.), *Où vont les valeurs ? Entretiens du XXI^e siècle*, Éditions Unesco/Albin Michel, 2004, p. 83-92 ; id., *Humanisme et islam. Combats et propositions*, Vrin, 2005.

l'éthique au droit¹ » ; tantôt, de façon plus étonnante, le chemin se parcourt, à l'inverse, du droit à l'éthique. L'un des exemples les plus frappants est celui du crime contre l'humanité. La notion d'humanité reste marquée par le relativisme de chaque culture, où le mot « homme » est souvent synonyme de membre du groupe, tandis que le « barbare » est l'étrange étranger, celui dont le langage incompréhensible est à peine humain. En posant le crime contre l'humanité comme une interdiction pénale, le droit international définit aussi un interdit, au sens symbolique du terme, alors même que l'humanité, loin d'avoir été explicitement conçue et définie comme valeur universelle, reste l'objet de multiples interprétations et malentendus.

Selon que l'objectif est de s'accorder de façon positive sur les valeurs à promouvoir ou de façon négative sur les principaux interdits, on dégagera ces valeurs des droits de l'homme ou du droit pénal, tout en évitant de les classer en termes d'antériorité ontologique : pas de bonté ni de péché originels, mais sans doute un inextricable lien de l'une à l'autre, qui appellerait simultanément interdits fondateurs et droits fondamentaux.

On commencera par les interdits dits « fondateurs », car l'analyse juridique suggère l'hypothèse d'une antériorité des pratiques pénales. La plupart des communautés de droit se sont stabilisées autour de quelques interdits, à la fois symboliques et juridiques, à tel point que le droit s'est, dans un pays aussi vaste que la Chine, pendant des siècles identifié au droit pénal. Or il semble que, malgré le relativisme qui fait de la loi pénale le symbole de la souveraineté

1. Conseil d'État, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, La Documentation française, 1988.

politique et de l'identité culturelle de chaque nation, le même phénomène s'observe à présent à l'échelle mondiale.

Humaniser la violence en interdisant les crimes de guerre est en effet l'une des premières manifestations de la communauté humaine de valeurs qui émerge progressivement à l'ombre de la communauté interétatique. Si la criminalisation du crime d'agression est encore inachevée (*jus ad bellum*), le droit international s'efforce d'introduire un peu de droit dans la guerre (*jus in bello*). Après la Seconde Guerre mondiale, les divers statuts des tribunaux internationaux reprendront l'interdiction des violations des lois et coutumes de la guerre, à laquelle ils ajouteront l'incrimination du tout nouveau « crime contre l'humanité ». Mais le mouvement est lent et discontinu.

Lent, car seuls cent quatorze États (représentant environ 20 % de la population mondiale) avaient en 2010 ratifié le statut de la Cour pénale internationale ; et discontinu, car le durcissement de la lutte contre le terrorisme depuis les attentats du 11 septembre 2001 a conduit au recul des valeurs universelles au profit d'une défense des intérêts nationaux. Conçu tel un droit d'exception, le dispositif pénal antiterroriste se trouve comme légitimé par les attentats, au point d'interrompre le processus d'internationalisation au nom de la raison d'État. Avec le slogan « la guerre contre le terrorisme », les États-Unis ont introduit, ou réintroduit, un paradigme juridique qui pourrait, à l'inverse, conduire à banaliser la torture, autrement dit à légitimer l'inhumain, au motif de défendre la sûreté de l'État et la survie de sa population. Façon de ramener le droit pénal au second niveau de l'éthique – celui du relativisme qui oppose les communautés les unes aux autres –, voire à son

premier niveau – est mal ce qui fait mal –, au risque de favoriser le glissement des interdits fondateurs au fondamentalisme.

S'agit-il d'une bifurcation ou d'une simple parenthèse ? Pour tenter d'y voir plus clair, nous comparerons les paradigmes du crime de guerre (limiter l'inhumain) et du crime contre l'humanité (protéger l'humanité comme victime, donc construire l'humanité comme valeur) au paradigme de la guerre contre le crime (légitimer l'inhumain au nom de la survie de tout ou partie de la population nationale). Mais la recherche de valeurs communes ne peut se limiter aux nouvelles dénominations venues du droit international et ne pas aborder la question sous l'angle du droit comparé. On découvre alors qu'il est sans doute plus facile de trouver un dénominateur commun aux interdictions qu'aux justifications, comme la légitime défense, la contrainte ou l'état de nécessité ; plus facile aussi de trouver un fondement commun à la punition qu'aux mesures de clémence, par exemple la grâce ou l'amnistie.

D'où l'importance de l'autre dispositif, celui des droits « fondamentaux ». Le destinataire n'est pas le même. Si les droits de l'homme créent à leur manière aussi des interdits, c'est à l'intention des États. En ouvrant une brèche dans le mur de la raison d'État, ils offrent un instrument pour « raisonner la raison d'État » et fonder une communauté véritablement mondiale, à la fois interétatique et interindividuelle. C'est dans la Déclaration « universelle » des droits de l'homme qu'elle fut pour la première fois exprimée de façon positive, au travers de valeurs communes. Malgré la participation de représentants de diverses parties du monde, le texte initial, conçu à partir d'une compilation des déclarations existantes, restait marqué par l'influence

occidentale. Mais les droits de l'homme s'en émancipèrent progressivement, au point d'être invoqués, par exemple, à l'appui de la décolonisation ou de l'incrimination de l'esclavage comme crime contre l'humanité. Ils s'émanciperont aussi de la tutelle étatique, mais plus tardivement encore. Et c'est paradoxalement en Occident, dans le cadre régional européen, puis latino-américain, et tout récemment africain, que les droits de l'homme deviennent opposables aux États.

Parallèlement, apparaît, notamment dans le langage du Programme des Nations unies pour le développement et celui de la Banque mondiale, la notion de « biens publics mondiaux », qui pourrait conduire à une vision des droits fondamentaux élargie au-delà des droits de l'homme. Malgré la dissymétrie apparente entre « droits » et « biens », cette notion exprime en effet l'idée qu'il serait possible de répondre à la globalisation par une solidarité transnationale et même transtemporelle. Or la reconnaissance de ces valeurs globales en formation pourrait avoir des conséquences pénales, dont témoignent déjà diverses propositions d'incriminer les pratiques biomédicales ou écologiques qui menacent les générations futures.

Il y a donc de l'indissociable et de l'inextricable entre les deux dispositifs. C'est pourtant en dissociant *interdits fondateurs* (I) et *droits fondamentaux* (II) que l'on partira à la recherche de valeurs sinon uniformes, du moins communes.