

Le droit, source et forme de régulation mondiale

Marie-Anne Frison-Roche

Université Paris-Dauphine

In Gouvernance mondiale

sous la direction de Pierre Jacquet, Jean Pisani-Ferry et
Laurence Tubiana,

Conseil d'Analyse Économique,

Documentation Française

2002

pp. 313 - 330

Le droit a un aspect à la fois formel et mécanique. Il est sans doute plus attrayant de le percevoir de l'intérieur, à travers ce qu'il exprime, les normes qu'il élabore, les valeurs qu'il impose et les moeurs qu'il charrie. Mais le droit ne vaut pas que par ce qu'il recèle, contenu qui peut d'ailleurs être appréhendé dans une autre perspective que juridique et par d'autres spécialistes que les juristes. Sa nature a une spécificité qui mérite qu'on la lui reconnaisse, indépendamment du contenu que le droit met en forme.

En effet, le droit, parce qu'il est le droit, produit de l'ordre. On doit prendre cette expression « ordre » dans son sens premier, parce que le droit engendre de l'obligatoire et normalise par ses prescriptions les comportements, mais aussi dans sa signification seconde, à savoir que le droit produit une unité entre les règles qu'il pose, en organisant entre les préceptes une articulation dont des institutions sont garantes ⁽¹⁾. Sous certaines conditions, cet ordre est juste, disons plus juste qu'un ordre construit sur un autre principe que celui du droit, la simple violence notamment. Il faut pour cela qu'il soit composé de règles qui s'appliquent d'une façon neutre à l'ensemble des personnes concernées. Voilà certes deux exigences fortes, puisque cela implique à la fois qu'il existe des agents en charge de rendre effective l'application de ces règles (administrateur, juge, policiers, etc.) et que ces mêmes agents aient une impartialité suffisante pour que la substance de la loi et l'égalité de chacun devant la loi soit préservée. Ces conditions ne sont pas remplies dans tous les pays du monde, loin s'en faut. Cela d'autant moins qu'il existe non seulement des pays qui fonctionnent sur le mode de la pure force de l'arbitraire mais encore des pays qui ont établi un régime tout aussi dictatorial au nom et au moyen du droit. La loi et la réglementation sont d'usage quotidien dans

(1) C'est notamment la définition avancée par l'étude de référence de Santi Romano (1946).

les régimes autoritaires, les prescriptions juridiques y sont même plus présentes qu'ailleurs.

C'est pourquoi il faut compléter la description du droit comme mode d'élaboration d'un ordre plus juste que celui gouverné par la force — y compris par la force pervertie du droit —, en insistant sur le fait qu'un juge indépendant, impartial et devant lequel les parties disposent des garanties fondamentales de procédure, est le garant indispensable d'un système dans lequel la force du droit concourt à limiter la force pure. C'est alors par un effet mécanique que le droit, quelle que soit sa teneur, interfère dans les rapports de pure force ⁽²⁾. Même si la règle est dans son contenu plus favorable à un type de personne qu'à une autre, dès l'instant qu'elle s'appliquera avec automatisme, elle protège de ce seul fait la personne la moins favorisée par le champ de force de la situation dans laquelle elle se trouve confrontée à d'autres. Le puissant a déjà la force pour lui, le droit lui apporte donc moins qu'à celui qui ne l'a pas. Il est vrai que si la norme a pour objet de rétablir l'équilibre au bénéfice du faible, comme le fait le droit du travail notamment et plus largement les droits unilatéraux de protection, l'effet obtenu sera plus grand. Mais ce phénomène ne joue que sur l'ampleur du rééquilibrage et ne contredit pas l'idée d'un équilibre mécanique du droit.

C'est en cela que le droit peut prétendre être à la fois la source d'une régulation juste et sa forme d'expression. En effet, en prenant une définition de la régulation par simple provision et sous son angle le plus large possible, celle-ci peut se percevoir comme l'ensemble des instruments corrélés entre eux ayant vocation à engendrer et à maintenir des équilibres là où les seules forces en présence ne les produisent pas. Il peut s'agir de permettre à une partie plus faible de n'être pas à la merci du plus fort à la mesure de cet écart. S'établit alors une coïncidence entre l'ambition de régulation et la définition du droit, dans le rapport de celui-ci à la justice. Dès lors qu'on recherche à promouvoir un meilleur équilibre des forces dans le monde, ou à tout le moins à obtenir une organisation et des décisions telles qu'elles seraient si les forces économiques, politiques et techniques étaient plus équilibrées, c'est au droit comme source et comme forme qu'on songe.

Le déploiement du droit, au-delà de la diplomatie et des arrangements particuliers, a accompagné le phénomène de mondialisation. On peut l'observer à travers la mise en oeuvre des règles de l'Organisation mondiale du commerce. La question n'est alors pas tant de savoir si l'OMC se cristallise autour de règles et processus juridiques ⁽³⁾ : cette part du droit est désormais incontestée et régulièrement soulignée, notamment en raison de l'importance du contentieux à travers l'Organe de règlement des différends ⁽⁴⁾.

(2) Voir *contra* pour une conception marxisante du droit, qui présente le droit comme un nouvel instrument au bénéfice des gagnants économiques de la mondialisation, Chemillier-Gendreau et Moulier-Boutang (2001).

(3) Voir, par exemple, Flory (1999).

(4) Voir, par exemple, Organe de règlement des différends (2000) ou Ruiz-Fabri (2000).

Non seulement, ce pouvoir d'adopter des sanctions efficaces offre à l'OMC une place prépondérante dans la normativité mondiale, mais encore c'est la transformation d'une autorité qui devient proprement juridique ⁽⁵⁾.

Ce fait étant acquis, on constate une intensification de phénomènes juridiques globaux : multiplication des institutions, entrelacs des règles, insertion de mécanismes de règlement des conflits, meilleure exécution des décisions. Au-delà, la question est ce qui pourrait être un véritable ordre juridique mondial, allant au-delà d'un « espace juridique mondial » ⁽⁶⁾ parce qu'il serait porteur en lui-même de régulation, favorisant l'application systématique et neutre des règles. La notion précitée d'ordre juridique tend aujourd'hui à être remplacée aujourd'hui par la notion de système juridique ⁽⁷⁾, celui-ci traduisant la dynamique de l'ordre juridique établi, pendant en avant le fonctionnement du droit plus que ces présupposés.

Il faut ici distinguer le droit et le système juridique. Il est très difficile de définir le droit mais, là aussi par provision et en recourant à la tautologie, on peut dire que le droit est une manifestation de puissance validée et obligatoire, dont les meilleures illustrations sont le contrat, la loi et le jugement. Appréhendé ainsi, le droit renvoie à une distinction, voire à une hiérarchie, des volontés qui en sont la source : les volontés individuelles, seules ou collectivement liées, puis la volonté générale, exprimée par les représentants du peuple et le gouvernement, puis la volonté du juge, soit comme agent neutre d'interprétation et de concrétisation des contrats et des lois (conception de *Civil Law*), soit comme agent égal de création du droit à travers des cas particuliers (conception de *Common Law*).

Ce faisant, le droit se définit avant tout par son origine, ce qui engendre son organisation en terme de hiérarchie des sources. C'est là qu'intervient la notion de système juridique. Un ordre juridique fait plus que mettre en masse les différentes manifestations juridiques, il les « ordonne » ⁽⁸⁾, c'est-à-dire qu'il les articule et met en place les procédés qui font fonctionner les règles en elles-mêmes et les unes par rapport aux autres. Ainsi, la mise du droit en système évite les deux défauts majeurs d'un entassement de règles que sont l'antinomie et la lacune, car celles-ci engendrent l'insécurité contre laquelle le système juridique est fait. L'antinomie concerne l'hypothèse où deux règles ont à la fois vocation à régir une situation et se contredisent. La lacune vise l'hypothèse dans laquelle la situation qui requiert solution juridique n'est visée par aucune règle. On peut d'ailleurs réduire ces défauts à un seul, à savoir la lacune, puisque l'antinomie ne fait jamais que révéler la

(5) Voir sur ce point, Pace (2000).

(6) Sur cette notion, Loquin et Kessedjian (2000).

(7) Voir principalement, Archives de Philosophie du Droit (1986) et Timsit (1986).

(8) Pour aller plus loin sur les notions d'ordre et de système juridique, voir Romano (1975), Timsit, (1986) et Archives de Philosophie du Droit (1986).

lacune d'un dispositif de résolution de conflit des règles prétendant imposer leurs effets à une même situation ⁽⁹⁾.

Lorsqu'on observe l'état des institutions internationales et de leur fonctionnement, on constate et l'ampleur des lacunes (des situations qui ne sont régies par aucune règle juridique, des situations abandonnées à elles-mêmes, des situations régies par la loi de l'offre et de la demande, ce qui n'est pas une règle juridique tant qu'elle ne s'appuie pas sur un droit de la concurrence), et l'ampleur des antinomies (les organisations internationales qui prétendent appliquer en redondance des normes diverses sur une même situation et dans une même perspective, par exemple la Banque mondiale et l'Organisation mondiale de la santé). Un auteur a pu évoquer le « bric-à-brac » du droit international ⁽¹⁰⁾.

Lacunes et antinomies sont donc des défaillances de la gouvernance, des défaillances que l'on peut apprécier mécaniquement et que l'on peut combattre méthodiquement. On peut alors souhaiter la construction d'un ordre juridique global. En outre, dès l'instant que l'on considérerait que la mondialisation a produit elle-même un « ordre mondial » ⁽¹¹⁾ ou « grand système » ⁽¹²⁾, le droit doit se mettre en ordre et en système pour en produire la balance.

Même si l'on s'accordait sur cela, on doit encore se poser la question de savoir vers quel type d'ordre juridique il faudrait faire effort. On peut concevoir un ordre juridique d'une façon préétablie et hiérarchique. Il s'agit alors construire des catégories hétérogènes les unes aux autres, et répartir des pouvoirs, de sorte que les compétences des organisations n'empiètent pas les unes sur les autres. À cette répartition plane des pouvoirs juridiques en abscisse, doit s'organiser en ordonnée un enchaînement des pouvoirs de contrôle, les organisations les plus légitimes contrôlant les décisions prises par des organisations moins fortement légitimes. Répartition des compétences et principe hiérarchique gouvernent le système.

L'absence d'une volonté politique mondiale forte éloigne cette perspective : sur quelle page blanche réécrire les organisations, leurs pouvoirs, leur hiérarchisation ? Cela ne décourage pas d'entreprendre. Mais il convient de garder à l'esprit qu'un tel radicalisme n'est pas le seul horizon de la volonté, qu'il ne s'agit pas soit de reconstruire, soit de baisser les bras. En effet, par pragmatisme, on peut se contenter de ce qui est déjà virtuellement en place,

(9) Voir Perelman (1968), notamment Savatier qui évoque le droit comme réponse au double mouvement de technicisation et de socialisation du monde (« Le creux du Droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », pp.521-535).

(10) Combacau (1986), l'auteur concluant à l'époque qu'il n'existe encore de procédés pour sanctionner des comportements illicites des États mais qu'on observe tout de même les germes d'un système parce qu'il s'agit d'un ordre formellement cohérent et qu'il est animé d'une logique globale.

(11) Moreau Defarges (2000).

(12) Dans ce sens voir, Balandier (2001).

en ce que cela peut apparaître comme un système juridique, dont les conditions d'actualisation sont déjà acquises et dont il convient modestement d'accompagner l'actualisation.

En effet, un système juridique, ce n'est pas nécessairement une organisation hiérarchique ⁽¹³⁾. On peut concevoir un ordre construit sur un cumul d'origine hasardeuse de compétences attribuées à différentes institutions, non seulement à travers différents offices mais encore à travers différentes emprises géographiques (nationales, régionales, mondiale). Par ailleurs, l'ordre peut supporter un pluralisme non hiérarchisé de sources, sans se soucier toujours de trouver le gardien du gardien. Cette absence de maître du jeu qui en résulte peut même être présentée comme une qualité du système qui ne peut plus être la propriété d'un seul pays ou d'une seule institution ou d'une seule caste.

Ce pragmatisme renvoie alors à une autre conception du droit que l'on pourrait désigner comme celle du « droit en reflet » et que l'on peut résumer ainsi : la légitimité du droit ne repose pas sur la légitimité de sa source mais sur l'efficacité de son application, au regard des intérêts maintenus en balance et en équilibre. Cette efficacité fondatrice naît d'une construction du droit la plus proche possible de son objet, en reflet de son objet, de sorte que les agents se reconnaissent dans le droit, de sorte que le droit suive ses objets. Or, la mondialisation est marquée par l'entrecroisement des forces, par l'interdépendance des puissances. Dès lors, la construction d'un ordre juridique mondial pour produire un équilibre des puissances en s'organisant lui-même dans une interdépendance de pouvoirs non hiérarchisés entre eux.

Le pragmatisme y conduit, mais au-delà de la résignation sous-jacente à ce vocable, une conception moins dogmatique et plus sociologique du droit y mène pareillement. Un tel ordre produit les ajustements nécessaires. Il permettrait d'aller au-delà de l'intensification observée des règles juridiques internationales, dont les lacunes semblent difficilement dépassables pour servir l'ambition d'un système juridique mondial véritablement régulateur des puissances.

1. L'intensification de règles juridiques internationales et ses lacunes

Il serait tout aussi inexact de prétendre que les relations internationales sont abandonnées aux purs rapports de force, le droit ne se déployant que

(13) *Contra* Troper (1986). Il est compréhensible que si on lie système juridique et État, dans la mesure où l'État est organisé hiérarchiquement, on estime que le système juridique est pareillement organisé d'une façon consubstantielle. Mais précisément l'ordre international conduit à penser le droit dans un rapport moins intime à l'État, la notion d'ordre pouvant alors être pensée sans la notion de hiérarchie. Sur ces points, voir *infra*.

en ce qui concerne les relations économiques entre les agents économiques, le droit a depuis longtemps mis en place des outils performants, par l'alliance du contrat et de l'arbitrage. Mais le but des règles juridiques est autre chose que cet intérêt marchand bien compris. C'est alors à un maillage de souveraineté que le droit international public classique a recours.

1.1. L'ordre mondial et clos des intérêts marchands bien compris

Depuis que des relations marchandes excèdent les frontières des territoires, le droit a construit à la fois le moyen de régir ces relations et, d'une façon secondaire mais qui est le garant virtuel et permanent de l'effectivité des règles, le moyen de rappeler à l'ordre les parties qui s'en écarteraient. Il s'agit tout d'abord du contrat, qui est une sorte de « petite loi » à l'échelle des intérêts des parties contractantes. Le droit international privé a même admis que des contrats internationaux puissent efficacement régir des rapports commerciaux sans que ceux-ci soient rattachés à un quelconque ordre juridique national. Il s'agit de la catégorie emblématique des contrats dite « contrats sans loi » ⁽¹⁴⁾

En articulation à cela, si un litige survient entre les parties, le recours à des juges étatiques n'est pas requis parce que les parties insèrent systématiquement dans leur contrat une clause dite « compromissoire » par laquelle toute compétence pour résoudre des litiges à venir à propos du contrat est dévolue à un tribunal arbitral ⁽¹⁵⁾. Les Etats eux-mêmes, lorsqu'ils contractent avec des entreprises, se prêtent à ces modalités. Les parties désignent alors librement leur arbitre, leur juge privé. Le plus souvent, les parties renoncent par avance à l'exercice de voie de recours contre la sentence arbitrale, voire délèguent les arbitres du respect du droit pour trouver la solution la plus efficace et équitable. Il ne faut certes pas exagérer l'impression de lévitation d'un tel système car, s'il est vrai que les acteurs économiques s'y plient, demeurent à l'arrière plan les pouvoirs étatiques nationaux qui offriront au besoin la puissance publique, à travers la procédure dite d'exequatur, lorsqu'une partie condamnée par une sentence arbitrale résiste à celle-ci.

Il est important de poser les avantages et les inconvénients que cette sorte de machinerie spontanée élaborée dès les grandes foires du Moyen Age pour offrir aux échanges internationaux la sécurité juridique requise.

Le premier avantage est l'efficacité du système qui permet aux États, lorsque leur politique économique se traduit par des contrats internationaux, ainsi qu'aux entreprises, de prendre des engagements à long terme.

(14) Voir, par exemple, Level ⁽¹⁹⁶⁶⁾.

(15) Voir, par exemple, Boissesson ⁽¹⁹⁹⁰⁾ ou Fouchard, Gaillard et Goldman ⁽¹⁹⁹⁶⁾.

grands acteurs mondiaux, ou un État en voie de développement — surtout lorsqu'il passe d'un système de propriété collective et d'économie fermée à un système de propriété privée et d'échanges de consentement sur des marchés (États et économies « en transition ») — internationalise ses activités, il leur suffit de s'insérer dans un système qui prendra en charge leurs intérêts, pour la sécurité juridique commune. Certes, une objection, un soupçon plutôt, vient du fait que ce système a été progressivement construit par les systèmes et les entreprises occidentales, leurs règles du jeu pouvant ne pas convenir aux pays en voie de développement, voire fonctionner contre ceux-ci. On fera alors remarquer que la mécanique du droit, en premier lieu décrite, vaut mieux pour ces pays que les purs rapports de force. Ensuite, l'arbitrage international fait ployer ses règles pour tenir compte de la situation de faiblesse dans laquelle peut se trouver un pays moins juridiquement mature ou une entreprise moins habilement conseillée.

Le troisième avantage est précisément cette créativité juridique qui permet aux rédacteurs des contrats, puis aux arbitres internationaux, de faire naître des principes juridiques adaptés aux échanges internationaux. Il faut souligner que ce *corpus* n'est pas la simple extension du droit anglo-américain à l'ensemble du monde, mais plutôt un mixte pragmatique de règles, relevant d'une sorte de droit naturel des engagements, tel la force obligatoire des contrats ou l'obligation de loyauté dans l'exécution des obligations. En outre, ce pragmatisme a conduit par exemple les arbitres à réviser les contrats atteints d'un vice plutôt que de les anéantir, car cette solution est préférable pour la relation économique sous-jacente à l'accord juridique. Ainsi, l'arbitrage permet de combler les lacunes des contrats et des ordres juridiques de référence, l'ensemble offrant la sécurité requise pour des échanges économiques amples et à long terme.

Mais il faut mettre en balance les inconvénients. Le premier est le coût de fonctionnement de cet ordre, tant dans l'élaboration des contrats que la menée des arbitrages, ce qui fragilise les acteurs économiques plus petits. Il faut relativiser cette remarque, non pas en elle-même, mais parce qu'elle vaut pareillement pour l'appareillage bancaire, financier, voire institutionnel, que requiert toute opération internationale d'envergure.

Le second inconvénient est plus dirimant car il tient dans la proposition même : cet ordre clos repose sur l'intérêt commun bien compris des grands agents économiques mondiaux, qu'il s'agisse des entreprises ou des Etats, ce qui exclut du jeu les autres types d'intérêts, ou les intérêts divergents. On peut citer comme intérêts divergents celui du développement durable des pays en voie de développement face aux économies matures. On peut citer

(16) L'analyse de référence est celle menée par Goldmann (1963).

osques systemiqueS, la ptenntuae rie l'emploi ou le maintien de la paix. L'intérêt bien compris des agents économiques mondiaux n'est pas tout. Il s'agit donc d'une lacune existentielle, que le perfectionnement du système ne peut combler. Il faut donc prendre acte et de ses bienfaits et de sa défaillance consubstantielle lorsqu'on prétend utiliser le droit pour contribuer à une véritable régulation mondiale. Les États reprennent alors position au premier plan.

1.2. La course au maillage des souverainetés étatiques

Lorsqu'il s'agit de défendre l'intérêt général, dans sa double face de poursuite d'un bien commun et de lutte contre des maux globaux, les Etats retrouvent leur rôle de prise en charge de cet intérêt. C'est l'intensification du droit international public, notamment des engagements multilatéraux, cet entrelacs de conventions et de diplomatie. On relèvera en droit international public le même mouvement de juridictionnalisation que celui observé dans les rapports marchands, à travers les cours internationales plus actives ou nouvelles, dont le Tribunal pénal international, établi mais à compétence limitée ou le projet de Cour pénale internationale sont des exemples.

L'avantage d'un tel mouvement est qu'il emporte avec lui les légitimités des sujets de droit qui le portent : les Etats souverains sont à même d'aliéner l'autonomie des nations et de communiquer leur propre légitimité dans les instruments qu'ils consentent à construire. Plus encore, par un heureux choc en retour, si les États démocratiques, en tant qu'ils sont exemplaires par des droits par nature soucieux des garanties individuelles, voire des droits de l'homme, apportent une légitimité très forte aux instruments internationaux qu'ils construisent, les Etats construits différemment lorsqu'ils y participent pareillement tendent à produire en leur sein une évolution mimétique.

Enfin et en troisième lieu, l'effectivité de ces conventions est grandement garantie par le fait que les Etats signataires disposent directement du bras séculier pour mettre en oeuvre les conventions adoptées. Ainsi, les Etats souverains accueillent les interventions, extradent les criminels, sanctionnent les violations commises sur leur territoire, prêtent leur *imperiuni* à la coopération judiciaire internationale.

Mais là aussi, il faut mettre en balance de ces avantages deux principaux inconvénients. En premier lieu, le droit international public suppose des Etats « de bonne volonté », c'est-à-dire désireux d'user de leurs pouvoirs souverains au départ mais encore tout au long de l'application des traités pour assurer l'effectivité de ceux-ci, même si cela n'est plus ou pas toujours de leur intérêt. C'est une nouvelle forme de l'État bénévole. Il faut y croire. Si l'on n'y adhère pas suffisamment, alors il faudra mettre en place des agents de contrainte agissant sur les États tout en étant extérieurs à ceux-

diale du commerce.

En second lieu, la multiplication des engagements internationaux produit une sorte de maillage des obligations et des obligés. Mais du point de vue des obligations, celles-ci ne débordent pas le champ des conventions considérées, et les lacunes dans l'interstice des conventions ne peuvent être mécaniquement comblées. Il faut donc songer toujours à de nouvelles conventions, ce qui finit par produire des antinomies insolubles.

Plus encore, du point de vue des obligés, le système ne peut fonctionner que si aucun ne manque à l'appel. Ceux-ci qui ne se prêtent pas méritent alors cette étrange appellation de « paradis ». Cela est vrai pour l'extradition, pour la fiscalité, pour les normes sociales, pour la criminalité financière, etc. Les efforts mais aussi les difficultés rencontrées dans l'élaboration et la mise en œuvre de la lutte contre le blanchiment d'argent en sont un bon exemple.

Or, l'interdépendance financière rend ces lacunes plus difficiles à supporter, en ce qu'elles sont porteuses de risques pour l'ensemble. Ce qui est vrai pour la finance, l'est aussi pour l'économie, les normes sociales, voire la paix et la guerre. L'ampleur de ces enjeux mérite qu'en l'état des choses, l'on assume l'ambition d'un système juridique mondial régulateur. Ce système juridique mondial n'aura pas pour objet ou pour effet d'anéantir les modes plus anciens d'établissement du droit dans l'espace international⁽¹⁷⁾, ni à travers la sphère de l'arbitrage contractuel, ni à travers les contraintes issues d'un rapport de volonté entre États également souverains, mais il pourra englober l'ensemble et construire de meilleures articulations entre des phénomènes juridiques très divers, dans un système explicitement pluralisé.

2. L'ambition d'un système juridique mondial régulateur

Reprenons l'idée d'un ordre juridique comme mécanique qui, d'une part, produit un rééquilibrage des rapports de force, faute de prétendre anéantir un tel rapport, et d'autre part procure une sécurité supérieure au bénéfice de tous les agents et bénéficiaires du système juridique en question. Il convient dans un premier temps de reprendre l'indice d'un système juridique en formation, qui repose au final sur un système de règlement effectif des litiges par un juge ou un quasi-juge, pour réfléchir sur les modalités de fonctionnement de ce système plus ou moins bien ordonné.

(17) Même s'il est vrai que les relations internationales n'occupant plus la totalité du droit, certains sont tentés de voir dans la mondialisation la cause de leur relatif recul. Voir, par exemple, dans une description très excessive, Charvin (2000).

2.1. L'indice d'un système juridique virtuellement complet par la mise en place d'un juge

L'existence d'un tiers indépendant, impartial et désintéressé ⁽¹⁸⁾ qui utilise les règles de droit disponibles et les interprète de sorte que des solutions soient dégagées pour résoudre les conflits entre les participants au système peut être considéré comme l'indice le plus sûr d'un système juridique complet. Lorsque cela est acquis, lorsque ce personnage qui s'apparente à la figure du juge est mis en place, le système est virtuellement complet, c'est-à-dire qu'il suffit au cas en cas de développer les interprétations nouvelles adéquates. Le temps actualise la plénitude du système de lui-même.

On peut dire que le système européen est ainsi sorti tout casqué du Traité de Rome, du fait de sa plénitude des fonctions législatives (règlements, directives), administratives (surveillance et mise en oeuvre des textes) et judiciaires (règlements des litiges entre Etats et entreprises, sanctions des entreprises ou des Etats qui contreviennent au droit communautaire). Le temps fait mûrir le système, révèle ses solutions virtuelles, et déploie sa puissance. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes est exemplaire de cela.

L'expérience montre plus encore qu'un système peut se mettre en place alors qu'il ne bénéficie pas d'un pouvoir normatif intégré, dès l'instant qu'à travers l'interprétation ou l'actualisation de principes généraux, la juridiction peut à la fois faire office de création de normes (et ce qu'on soit dans une culture de *Civil Law* ou dans une culture de *Common Law*), de règlement des conflits et de rappel à l'ordre des contrevenants. Ainsi, si les droits de l'homme ont fondamentalement transformé chacun des droits nationaux européens, c'est du fait de la jurisprudence créative et impérieuse de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'Europe reconstruit une sorte de droit commun à travers la puissance de ces juridictions ⁽¹⁹⁾.

Mais l'ordre juridique mondial ne pourra se construire ainsi, en ce qu'il est pour l'instant sous une forme pulvérisée, la virtualité de sa plénitude faisant défaut. Si l'on veut bien retenir comme premier indice d'un système la juridictionnalisation du fonctionnement des institutions (le second indice étant la mise en corrélation des règles et des décisions ⁽²⁰⁾), on en constate que la majeure partie des organismes à compétence mondiale ne disposent pas d'un organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel. Il est vrai que le juge en tant qu'extérieur à la règle et aux parties est culturellement étranger à des institutions qui ont été conçues sur un mode contractuel et diplomatique, fonctionnant sur le principe d'un accord sans cesse requis et sans cesse sollicité des parties en cause. L'Organisation des nations unies relève de ce principe-là. Dans une pers-

(18) Sur cette notion et cette référence, voir principalement Kojève (1943).

(19) Voir, par exemple, et en dernier lieu, UMR de droit comparé de Paris (2001).

(20) *V. supra*.

pective pragmatique, cette nécessité d'un accord continué diminue l'efficacité de l'ensemble.

Si l'on admet que l'efficacité en même temps que la plénitude du système est du côté du juridictionnel, alors l'expérience de référence est celle de l'Organisation mondiale du commerce, du fait de l'existence d'un Organe de règlement des différends. Ce n'est pas tant l'existence de nouveaux accords que l'intégration d'une fonction juridictionnelle indépendante qui a constitué l'innovation, non seulement par rapport aux accords précédents du GATT mais encore parce que les autres institutions internationales n'y avaient guère recouru auparavant.

C'est d'ailleurs autour des différentes décisions adoptées par les panels, puis par l'Organe Permanent d'appel, que les discussions autour de la mondialisation se cristallisent. Dès le départ, et au-delà du *mémoire* de procédure, les garanties fondamentales des parties ont été organisées, et le principe de motivation des décisions a été imposé par les panels eux-mêmes. La fonction ainsi assurée relève tout à la fois d'un office civil, proprement de règlement des différends puisqu'il s'agit d'indemniser l'État victime d'une barrière à l'entrée construite par un autre, et d'un office pénal, proprement de sanction, puisqu'il s'agit de sanctionner un État qui a ainsi méconnu les règles principales du libre-échange mondial. Le système des sanctions, s'il peut certes être critiqué bien que constitué un progrès par rapport à des systèmes précédents de sanctions véritablement unilatérales ⁽²¹⁾, a montré son efficacité.

2.2. L'articulation procéduralisée des compétences et des décisions

Mais l'on connaît les critiques et les mouvements plus ou moins spontanés qui ont fait front à l'OMC. C'est cette puissance juridique, jusqu'ici peu familière à l'ordre international, qui a mis la lumière sur cette organisation plutôt que les autres, et c'est la relative transparence de son fonctionnement qui a fait grimper les griefs d'opacité. L'ironie du phénomène est connue : c'est l'institution qui débute la réforme d'un précédent système (ici le système diplomatique plutôt qu'un système juridique) qui cristallise les contestations. Parce que le droit fonctionne par une puissance qui se donne à voir, il engendre plus de réaction négative que des pouvoirs moins légitimes, moins contrôlables mais plus cachés. Cela explique les appels à une sorte de conscience humaine planétaire, appel que l'on trouve aussi bien dans des écrits non savants que dans des écrits plus académiques ⁽²²⁾.

Le principal grief formulé contre l'OMC consiste dans ce qui est perçu comme l'univocité de son office : la défense du libre-échange et l'ignorance corrélatrice d'autres soucis, distincts voire plus nobles, tels la défense de

(21) Voir notamment, Gherari et Szurek (1998).

(22) Par exemple, Lévy (2000).

cage ce point et pour en rester à la problématique du système juridique, l'on peut chercher des solutions dans quatre directions. Il convient de distinguer pour chacune les difficultés, les avantages, et les inconvénients.

La première perspective est celle consistant à prendre l'OMC comme la matrice d'un système juridique mondial, du fait qu'il s'agit de la seule institution ayant intégré une fonction juridictionnelle par principe indépendante et impartiale et dont les décisions reçoivent exécution. Il s'agirait alors, soit en fermant les yeux sur des interprétations audacieuses des panels – pouvant ainsi aboutir notamment à insérer le principe de précaution dans les normes en corrélation –, soit en utilisant les nouveaux *rounds* de négociations pour forcer le système – pouvant ainsi aboutir notamment à insérer les normes sociales minimales –, de remplir les lacunes d'un ordre clos sur des principes commerciaux.

L'avantage d'une telle perspective réside dans le fait que l'OMC qui contient déjà la plénitude institutionnelle intégrerait aussi une plénitude normative, ses organes pouvant mettre en hiérarchie ou en balance ces règles diverses. Cet appel à la plénitude normative est fréquent et confirme l'intuition selon laquelle l'OMC contient en germe un ordre juridique complet, dont il faudrait trouver la constitution, au sens courant mais aussi au sens fort que peut avoir ce mot.

La difficulté d'une telle évolution tient dans le fait qu'en premier lieu, les Etats semblent tous d'accord pour ne pas accroître un pouvoir juridictionnel qui, par définition, échappent à leur pouvoir commun et qu'en second lieu, les tensions et les divergences d'intérêts entre les pays négociateurs rendent incertain les résultats des *rounds* à venir.

De toutes les façons, ce mouvement n'est pas sans inconvénient : en effet, il pourrait être imprudent de reconstituer ainsi un ordre complet, assorti de contraintes, dont les Etats qui en furent fondateurs en deviendraient les sujets contraints, si ce n'est passifs. Cette perspective d'un *Léviathan* mondial peut inquiéter car, au moment où le principe de bénévolence des États est mis en question, il faudrait adhérer à celui des juges.

C'est en réaction à cette perspective que certains voudraient contrôler l'OMC ou plutôt contrôler l'Organe de règlement des différends (ORD) en créant une sorte de recours ultime. C'est la quête du gardien des gardiens, le réflexe hiérarchique par excellence. Ce principe hiérarchique existe déjà au sein de l'ORD, puisque les décisions des panels peuvent être frappées d'un recours devant un organe permanent d'appel. La légitimité tient alors dans la professionnalisation de cet organe, par rapport à des panélistes qui sont, en première instance, choisis au coup par coup. S'il fallait penser à un autre recours, la légitimité du « gardien ultime » serait sans doute d'une nature politique, des représentants des Etats composant alors l'organe.

C'est sans doute une solution dont l'adoption paraît moins difficile que la précédente, la reprise en main du système par les États pouvant séduire,

voir technique, qui n'a pas bonne presse.

Elle présenterait l'avantage d'insérer une nouvelle légitimité au système. Mais qu'il soit ici permis de dire que c'est alors récuser l'idée même d'un système juridique, parce que les juges ne sont plus indépendants, la reprise de leur décision par un pouvoir politique réintégrant l'organisation dans le modèle précédent, politique et diplomatique.

Une troisième perspective consiste à prendre acte de l'efficacité inégale de l'OMC, du fait des décisions de l'ORD. Cela est alors corrélé avec le fait que, par ailleurs, l'ordre mondial est normativement plein, puisqu'il existe des normes à prétentions mondiales quasiment en toute matière, la déficience n'étant qu'institutionnelle. Ainsi, l'Organisation internationale du travail produit les normes sociales, travaille à leur effectivité. Mais leur violation ne donne pas lieu à sanction efficace, faute d'ORD⁽²³⁾. Il faudrait alors, et il suffirait d'insérer dans les autres institutions internationales un procédé de règlement des conflits et de sanctions.

L'avantage est de conférer à des normes précieuses une effectivité dont elles sont pour l'instant démunies et d'autre part d'assurer la balance et l'équilibre entre les normes, en front des règles commerciales dont l'OMC a la garde.

Les difficultés sont de trois ordres. Tout d'abord, lors des accords de 1995 fondant l'OMC, l'importance de l'ORD avait été sous-évaluée, ce qui explique en partie son adoption. Maintenant que le mécanisme cristallise les attentions critiques, il est sans doute plus difficile encore de la dupliquer.

Ensuite, le contenu même des sanctions n'est pas si aisément transportable. En effet, la violation d'accords commerciaux engendrent des pénalités commerciales ou plus largement affectent l'État dans son activité économique : il est puni par là où il a péché. Mais si le manquement est d'une autre nature, par exemple l'atteinte à l'environnement, ou la méconnaissance de la dignité des enfants, il y aurait alors hiatus entre le manquement et la sanction. Si l'on voulait échapper à cela, par exemple faire en sorte que l'environnement abîmé soit restauré par l'Etat ou que les pratiques de travail des enfants cessent, il faudrait recourir à des contraintes plus indirectes, s'imposant de l'extérieur à l'intérieur. Or, cela n'est pour l'instant pas techniquement possible puisqu'il n'existe pas de bras séculier mondial et que la souveraineté des Etats continue sur ce plan de les protéger. L'aporie apparaît : la sanction commerciale de l'OMC est efficace parce qu'elle est adoptée par l'Etat victime lui-même (par la montée des droits de douane), ce qui évite d'avoir à trouver un moyen direct de contraindre l'État responsable ; si l'on voulait des sanctions non commerciales, on ne

(23) Sur cette dimension, voir Senarclens (2000), spécialement Maupain (2000) et les travaux cités notamment concernant le « travail décent ». Sur la nécessité d'une sorte de « autorité de régulation sociale », voir Supiot (2001).

reflet, que les sanctions commerciales ne sont adéquates que pour sanctionner la violation d'engagements commerciaux des Etats mais pas pour d'autres types d'engagement, il n'y a pour l'instant guère de solution disponible. Il faut tout de même relativiser l'objection. Celle-ci n'a pleine pertinence que si l'on prend en considération la dimension civile des mesures de rétorsion, c'est-à-dire que la sanction a pour fin première de réparer le dommage subi par l'État victime, de le restaurer dans sa situation antérieure. Dans une telle conception, ce à quoi on oblige le responsable et la teneur du dommage causé doit être de même nature (à dommage commercial, sanction commerciale), couple qui ne peut être rompu, parce que par exemple l'obligation de payer ne répare pas l'esclavage ou la destruction de la nature. Mais si l'on adopte une conception pénale de la mesure de rétorsion⁽²⁴⁾, le couple ne joue pas : l'essentiel est de pénaliser le responsable, de le faire légitimement souffrir, sans qu'il y ait une corrélation entre le type de dommage et la sanction (la prison étant le meilleur exemple de cette déconnexion). Dès lors, il devient concevable d'imposer des sanctions commerciales pour des comportements d'une autre nature, sanctions dont la réalisation pourrait être laissée à l'État victime.

Enfin, l'inconvénient est que la duplication d'un ordre produit plusieurs ordres juridiques mais que fait alors défaut l'articulation ou le règlement des conflits entre ces ordres. C'est l'hypothèse même de la lacune : si chaque institution produit un ordre juridique autonome, centré sur ses propres principes juridiques (qui le libre-échange, qui le développement durable, qui la défense des ressources naturelles, qui la protection sociale), les décisions émises vont se contredire et se neutraliser. C'est pourquoi cette perspective ne peut dispenser de penser plus globalement l'ordre juridique.

La quatrième perspective est moins ambitieuse, plus pragmatique et requiert moins d'arrachement par rapport à l'état actuel des choses. Elle consiste à favoriser trois mouvements plus naturels, dont le phénomène n'est guère le fruit d'une volonté politique commune, mais qu'il convient néanmoins d'accompagner.

Le premier mouvement est celui de la « considération » que les institutions peuvent avoir des autres compétences. Cela revient à admettre spontanément les compétences des autres et à les prendre en considération dans son propre ordre normatif. Ce qui fonda le droit international au Moyen Age, la théorie de la « courtoisie », se retrouve aujourd'hui à l'identique, lorsqu'il s'agit par exemple de faire avec succès collaborer des organismes qui ne sont pas obligés de le faire, pour obtenir la sanction de comportements anticoncurrentiels internationaux. Cette considération produit un ajustement spontané, les institutions se souciant de ne pas heurter l'action des autres. Ainsi, pour en rester à l'exemple probant du droit de la concurrence, qui tend à se mondialiser, les différentes autorités s'ajustent dans leur

que les redondances de compétence entre divers organismes ne débouchent plus sur des conflits insolubles mais sur des attitudes d'ajustement. Les empiètements de compétence n'ont plus à être combattues par principe. Pour favoriser ces sortes d'ajustements courtois, il convient de favoriser les contacts, notamment par des rencontres et échanges de personnels entre les institutions.

Le deuxième mouvement, lié au premier, est celui d'une doctrine commune. Dans le droit financier, dans le droit économique, dans le droit de l'environnement, etc., le *Soft Law* constitue désormais le matériau de construction des systèmes, à travers les communications, lignes directrices, etc., ce qui revient à admettre une puissance de type doctrinal. Dans un système où les agents (entreprises, Etats, voire opinions publiques) ont l'intérêt et la compétence pour observer les discours, la doctrine commune a un effet juridique acquis, qui donne le sens à l'ensemble du système. Pour favoriser cela, il convient, au-delà des textes techniques éparpillés, d'élaborer des documents, si possible communs aux différentes institutions concernées, lisibles et posant des principes d'intelligibilité, notamment dans les rapports que doivent avoir les principes entre eux (par exemple principe de libre-échange et principe de développement durable). Favoriser une telle doctrine commune, accompagnant des compétences communes ou corrélées⁽²⁵⁾, ou allant au-delà de cela, est d'autant plus important qu'un système juridique ne peut produire une cohérence vraiment satisfaisante que si, au-delà de l'articulation mécaniste et procédurale entre les normes, il y a un fond commun auquel les différentes institutions ou systèmes régionaux ou nationaux, et leurs juges, puisent. La démarche universaliste, celle relative aux droits de l'homme notamment, a alors un fondement pragmatique qui vient s'ajouter à la raison dogmatique. Il faut souligner que l'ordre juridique mondial peut certes se construire plus aisément à partir d'un tel fond commun, mais qu'il constitue aussi un moyen de le constituer⁽²⁶⁾ à rebours, par un effet sur les droits régionaux ou nationaux eux-mêmes.

Des mouvements pour établir une doctrine commune de droit économique sont déjà amorcés entre autorités de marchés financiers ou entre autorités de concurrence. On pourrait le favoriser non seulement entre régulateurs de même type mais encore dans une perspective d'interrégulation, entre régulateurs ayant des offices et objets distincts.

Le troisième mouvement est celui de la procéduralisation. Le fonctionnement de l'OMC s'est très rapidement procéduralisé. Les tiers ont de plus en plus accès aux procédures, celles-ci sont gouvernées par les droits de la défense, les décisions sont minutieusement motivées. On a montré le lien entre procéduralisation des prises de décision et organisation démocra-

(25) Sur cette corrélation, produisant des « principes généraux communs » aux diverses institutions, voir Carreau et Juillard (1998).

(26) *V. supra.*

(24) Voir dans ce sens, Frison-Roche (2000).

tique ⁽²⁷⁾. C'est cette ouverture qui a produit le débat public autour de l'OMC. Le perfectionnement des mécanismes procéduraux dans l'OMC, l'implantation analogique de ces principes d'accès, participation au débat et motivation des décisions dans les autres institutions mondiales, favoriserait l'accroissement de légitimité par la procédure ⁽²⁸⁾.

Plus encore, on peut tisser des liens entre les institutions internationales, liens qui ne seraient pas de nature hiérarchique, mais simplement procéduraux. En effet, on peut concevoir des institutions qui demeurent autonomes, non hiérarchisées entre elles, non contrôlées par un organe central mondial, mais en permanence observées grâce à un fonctionnement interne procéduralisé et en permanence corrélées entre elles par des procédures de consultation et d'avis ⁽²⁹⁾, les contraignant à intégrer leurs doctrines respectives, ce qui sera d'autant plus aisé qu'un cœur de doctrine commune aura été constitué et les corrélations déjà dessinées.

Pour favoriser ce mouvement déjà entamé à l'intérieur des institutions, mais peu amorcé entre institutions, il convient de puiser dans le fonds commun des systèmes juridiques, dans sa matière la plus classique et la plus ancienne ⁽³⁰⁾ qu'est la procédure. La procédure peut construire l'interdépendance plane entre les institutions, en reflet de l'interdépendance politique, économique et financières de l'ensemble des pays ⁽³¹⁾.

La procédure construit des liens qui ne sont ni exactement institutionnels ni substantiellement normatifs, et qui peuvent pragmatiquement produire cette corrélation générale qui comble les lacunes et dissout les antinomies pour qu'existe un ordre juridique mondial, afin de tempérer le jeu des purs rapports de force, ce jeu contre lequel les civilisations ont conçu le droit.

(27) Voir Habermas (1992) et Ferry (1994).

(28) Luhmann (2001). Niklas Luhmann est certainement le théoricien du droit dont la conception circulaire du système juridique convient le mieux à la description d'un ordre juridique mondial dans lequel l'organisation hiérarchique des États n'a plus la même place. On pourra par exemple se reporter à Luhmann (1999).

(29) Avis plus ou moins contraignant. Par exemple, sur la notion d'« avis déterminant », voir Frison-Roche (2000).

(30) Ainsi, le droit romain s'est construit sur les procédures d'actions devant le préteur, ce qui s'est retrépu à l'identique dans le droit anglais de *Common Law*, la procédure devenant aujourd'hui un terrain d'entente entre systèmes romanistes et systèmes anglo-américains.

(31) Sur cette conception du droit en reflet de l'objet, alternative à la légitimité hiérarchique des sources, v. *supra* Introduction.

Références bibliographiques

- Archives de Philosophie du Droit (1986) : *Le système juridique*, t. 31, Sirey.
- Balandier G. (2001) : *Le grand système*, Fayard.
- de Boissesson M. (1990) : *Le droit français de l'arbitrage, interne et international*, Éd. Joly.
- Carreau D. et P. Juillard (1998) : *Droit international économique*, 4^e éd., LGDJ.
- Charvin R. (2000) : *Relations internationales, droit et mondialisation*, L'Harmattan.
- Chemillier-Gendreau M. et Y. Moulier-Boutang (2001) : *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx, PUF.
- Combacau J. (1986) : « Le droit international : bric-à-brac ou système ? » in *Le système juridique*, Archives de Philosophie du Droit (ed.), t. 31, Sirey.
- Ferry J.-M. (1994) : *La démocratie procédurale*, Le Cerf.
- Flory T. (1999) : *L'organisation mondiale du commerce. Droit institutionnel et substantiel*, Bruylant.
- Fouchard Ph., E. Gaillard et B. Goldman (1996) : *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec.
- Frison-Roche M.-A. (2000) : « OMC versus OIT » in *Éthique et commerce international*, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, Centre français du commerce extérieur, n° 2, pp. 285-294.
- Gherari H. et S. Szurek (1998) : *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Herms-Burton et d'Amato-Kennedy*, Montchrestien.
- Goldmann B. (1963) : *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, Archives de Philosophie et de Droit, p.177.
- Habermas J. (1992) *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduction Rochlitz et Bouchindhomme, 1997, Coll. « NRF Essais », Gallimard.
- Kojève A. (1943) : *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, 1943, traduction française : 1981, Coll. « Bibliothèque des idées », Gallimard.
- Level P. (1966) : *Le contrat dit sans loi*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1964-1966, p. 209.
- Lévy P. (2000) : *World Philosophie*, O. Jacob.
- Loquin E. et C. Kessedjian (2000) : *La mondialisation du droit*, Litec.

- Luhmann N. (1999) : *Politique et complexité : les contributions de la théorie générale des systèmes*, Coll. « Humanités » Le Cerf.
- Luhmann N. (2001) : *La légitimité par la procédure*, traduction Sosoe et Bouchard, Coll. « Passages », Le Cerf.
- Maupain F. (2000) : « L'OIT devant le défi de la mondialisation : de la réglementation à la régulation internationale du travail ? » in *Maîtriser la mondialisation. La régulation sociale internationale*, de Senarclens (ed.), Presses de Sciences Po, pp.147-175.
- Moreau Defarges Ph. (2000) : *L'ordre mondial*, 2^e éd., Armand Colin.
- Organe de règlement des différends (2000) : *L'OMC et son tribunal*, dossier spécial des *Notes Bleues de Bercy*, MINEFI, 1-15 juillet.
- Pace V. (2000) : *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan.
- Perelman Ch. (dir.) (1968) : *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxlant.
- Romano S. (1946) : *Ordinamento giuridico*, traduction française : *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.
- Ruiz-Fabri H. (2000) : « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Kahn (ed.), Litec, pp. 303-334.
- de Senarclens P. (dir.) (2000) : *Maîtriser la mondialisation. La régulation sociale internationale*, Presses de Sciences Po.
- Supiot A. (2001) : Revisiter les droits d'action collective, *Droit social*, juillet, pp.687-704.
- Timsit G. (1986) : *Thèmes et systèmes de droit*, coll. « Les voies du Droit », PUF.
- Troper M. (1986) : « Système juridique et État » in *Le système juridique*, Archives de Philosophie du Droit (ed.), t. 31, Sirey.
- UMR de Droit comparé de Paris (2001) : *Variations autour d'un droit commun*, Société de législation comparée.