

RAPPORT DE SYNTHÈSE

La mondialisation du point de vue du Droit

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur de droit à Sciences po (Paris)¹

La mondialisation est un phénomène déroutant pour tout un chacun. Il l'est sans doute davantage encore pour le juriste pour lequel les mots sont des actes normatifs et qui bute sur la définition de la mondialisation.

C'est peut-être pour cela que les juristes sont comme impressionnés par l'argument de la mondialisation, souvent évoquée pour soutenir que le temps des lois impératives est révolu ou que le droit romain peut bien se retourner dans sa tombe, le train de la mondialisation est passé sur le cadavre du Code civil. Plus la notion est mystérieuse et plus elle porte de noms, plus elle fait reculer le juriste de bonne tradition, la mondialisation étant comme upgradée lorsqu'elle se désigne comme « globalisation », le zeste de l'anglais aboutissant à la *globalization* qui parsème tant de travaux savants et d'articles de presse.

Si l'on reprend la vague, il est opportun tout d'abord de prendre la mesure de ce qu'est du point de vue du Droit cette mondialisation (I). Cela n'est pertinent que l'on pose l'utilité, voire la nécessité, de penser quelque chose de ce mouvement de mondialisation (II). Il existe un impératif juridique de formuler une telle appréciation si l'on pose que le Droit a pour mission de protéger tout être humain, souci porté par le Droit. Parce que le Droit est aussi une technique, l'on peut et doit ensuite se poser la question du *Quid facere* ? (III). Mais en méthode, l'on ne saurait pas dire que, sous prétexte que le champ des forces mondiales paraît aussi un étau et que le Droit paraît bien faible dans ses prétentions à protéger tout être humain dans sa dignité, il devrait pour cette seule

¹ Cet article s'appuie en premier lieu et avant tout sur les contributions de cet ouvrage. Il s'appuie aussi sur un *working paper* en langue française et en langue anglaise, « La mondialisation vue par le Droit » / "Globalization from the point of view of Law". Il est doté de notes et de liens hypertextes, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/la-mondialisation/>. Pour la version anglaise : <http://mafr.fr/en/article/la-mondialisation/>.

raison disparaître de la scène mondiale. Un monde sans Droit, enfin sans Droit, seulement un enclos où s'affrontent et s'ajustent des droits subjectifs, n'est-ce pas le rêve, voire l'objectif, de certains ?

C'est au pied du mur de la mondialisation que l'on peut aujourd'hui et maintenant mesurer la prétention du Droit à défendre encore l'humain, dont les prérogatives doivent s'appuyer encore sur du Droit objectif.

I. PRENDRE LA MESURE DE LA MONDIALISATION DU POINT DE VUE DU DROIT

La première mesure à prendre est celle de savoir si la mondialisation perçue du point de vue du Droit est un phénomène nouveau ou non (A). La deuxième mesure à prendre est de considérer du point de vue du Droit si la mondialisation permet ou non la « mobilité » des personnes et des biens, voire si elle n'instaure pas en principe le mécanisme jusqu'ici exceptionnel de « liquidité » (B).

A. PRENDRE DU POINT DE VUE DU DROIT LA MESURE DE LA MONDIALISATION COMME PHÉNOMÈNE NOUVEAU OU NON

On ne cesse de dire que la mondialisation est un phénomène radicalement nouveau. Mais n'est-ce pas ici le travers de penser que nous vivons seuls des choses que les autres n'ont pas connues (1) ? En analysant les différents pays, il apparaît que les pays qui par leur histoire sont « ouverts », sont passés aisément du droit comparé au « droit mondial » (2), tandis que les pays « clos » sur eux-mêmes luttent contre un droit mondial perçu comme une sorte d'agression (3). Face à cette sorte de respiration, des systèmes juridiques sont plus facilement « portés » par la vague que d'autres (4).

I. LE PLAISIR ENFANTIN DE SE SENTIR DANS LES HABITS NEUFS DE LA MONDIALISATION

Il y a du « nouveau », notamment du fait du numérique² ou par le bouleversement des sources du Droit³. Peut-être subissons-nous à propos de la mondialisation comme pour beaucoup d'autres choses une « illusion d'optique », liée au fait que l'on croit toujours appartenir à une génération vivant du « radicalement nouveau », ce qui a l'heureux effet de rejeter les générations précédentes dans le tombeau du radicalement dépassé et nous permet de nous prévaloir d'une révolution, phase exaltante qui transforme en héros quiconque la vit.

² BÉHAR-TOUCHAIS, M., Mondialisation et communication électronique ; rapport canadien. Lors du débat sur Internet, il a été dit : « si tout change, il faudra que le droit change ». La mondialisation, ce serait donc le changement radical du Droit lui-même.

³ FRYDMAN, B., Mondialisation et sources du droit.

Le « sentiment de nouveauté » est partagé par beaucoup de juristes, qui affirment aisément que plus rien n'est comme avant, que tout doit être repensé et que justement ce sont eux qui vont repenser le Monde puisque le Monde est désormais mondialisé. Comme il peut ainsi être agréable à certains d'enterrer les maîtres...

La modestie du Droit, qui n'est jamais qu'un renvoi à la modestie du juriste, ne serait donc plus de mise : dans la déferlante du monde qui fond sur les systèmes nationaux, le « juriste global » qui comprend la « loi du monde » en serait le nouveau maître. Très concrètement, l'arbitre international serait la figure bien immodeste de la mondialisation vue du droit.

L'on mesure ce que ce « sentiment de nouveau » a d'enfantin, bercé peut-être davantage par un vocabulaire nouveau que par des phénomènes nouveaux. Un vocabulaire forgé dans la langue anglaise. C'est en termes de *Soft Law* que le Droit prendrait naissance⁴, la mondialisation adoptant la forme d'un droit discursif.

Mais l'examen des droits nationaux montre que le soleil a déjà caressé bien des fois les phénomènes décrits et que le phénomène ne paraît pas si « nouveau ». L'on ne pourrait donc pas scinder le Droit et l'Histoire, le Droit et la Géographie, le vocabulaire nouveau que l'on retrouve de rapport en rapport recouvrant une réalité ancrée et dans le temps et dans le sol.

Car il faut distinguer suivant que les pays sont, par leur histoire et leur situation géographique, ouverts ou clos.

2. LES PAYS « OUVERTS » : DU DROIT COMPARÉ AU DROIT MONDIAL

Il y a des pays « habitués » à la mondialisation, parce que « l'étranger »⁵ en a franchi les frontières et s'y est installé. Ainsi les pays jadis envahis comme le Brésil⁶, les pays qui ont accueillis les étrangers au moment où ils naissaient eux-mêmes comme le Canada, les pays en dépendance ou « adossés » à un géant comme le Canada à l'égard des États-Unis⁷, le Liban sorte de hub des Droits⁸, ont toujours mêlé les Droits comme les peuples.

Ces pays historiquement « ouverts », parce que sans doute éventrés par le mécanisme de la colonisation, ont accueilli les droits étrangers. Lorsqu'est venu le phénomène de la mondialisation sous la forme juridique des normes mondiales américaines de gouvernance des entreprises, de réception et contrôle des investissements, ce droit mondial est entré comme chez lui. Le Droit brésilien en est exemplaire⁹ : la technique du Droit comparé notamment en matière financière y est devenue inutile, laissant place à un Droit mondial, directement incorporé, sans qu'il soit plus nécessaire de se référer aux Droits des uns et des autres. Le marché parle sans gant juridique.

⁴ FRYDMAN, B., Mondialisation et sources du droit.

⁵ Rapports *Mondialisation et circulation des personnes*.

⁶ Rapport sur le Brésil.

⁷ Rapport sur le Canada.

⁸ Rapport sur le Liban.

⁹ Rapport brésilien.

Le Roi est mort, vive le Roi ! En liquidant le Droit comparé qui suppose l'existence de Droits constitués et distincts, le Droit mondial peut être chez lui et donner une nouvelle puissance à ces pays-là, dans lesquels le Monde est chez lui. L'on comprend mieux l'agilité du Brésil et de ses juristes dans les contentieux devant l'OMC. Mais l'observation n'est exacte que pour les normes mondiales du libre-échange, de la finance et de la gouvernance des sociétés globales, voire de l'environnement. Lorsqu'il s'agit des étrangers, ceux que l'on ne peut définir que comme des tiers, alors la Politique reprend en main les règles et façonne celles-ci¹⁰.

3. LES SYSTÈMES JURIDIQUES « CLOS » : DU DROIT COMPARÉ À L'AGRESSION

Les systèmes juridiques qui n'ont pas connu la perturbation longue de la domination sont « clos » et leurs experts insistent souvent sur leur « souveraineté », par exemple normative ou juridictionnelle¹¹. La France en est le parangon. Les normes mondiales, par exemple comptables, sont ressenties comme un mouvement de conquête illégitime et subie, aboutissement d'un stratagème dans lequel la perfide Albion n'est jamais loin.

Le Droit mondial qui s'exprime par le Droit financier est une redondance de la dépendance : l'État naguère autonome, voire dominant et souvent conquérant, devient dépendant financièrement grâce à des instruments financiers, comptables et juridiques mijoté à Londres.

Dans cette image du conquérant-conquis, l'arroseur-arrosé se dit qu'il serait tenté de renommer le Code civil « Code Napoléon » et de démasquer ce qui est l'ennemi, non pas tant un concurrent sur le marché du droit, mais bien un ennemi en tant qu'il exprime des valeurs marchandes contraires à celles des pays de droit continental.

La technique du droit comparé est alors de nouveau vantée comme enrichissement d'un Droit qui reste résolument national, et dont la force doit se déployer dans des relations diplomatiques classiques. Comme cela fût dit des femmes, l'on affirme alors que la mondialisation n'est en rien un « fait », mais une « construction de pouvoirs » dans laquelle les nobles pays anciens voient leurs vertus se perdre. Le Politique est appelé au secours dans ce qui se transforme dans une bataille, plus ou moins bien rangée, entre *Common Law* et ce qu'il faudrait se résigner à appeler *Civil Law*.

4. LES SYSTÈMES JURIDIQUES « PORTÉS » PAR LA MONDIALISATION

Dans la vague de la mondialisation, les gagnants sont bien connus, à savoir les États-Unis et le Royaume-Uni. Certes, du point de vue du Droit, se pose la question de la poule et de l'œuf. On se dispute pour savoir si le Droit de *Common Law* est transporté dans les bagages de la domination économique et financière

¹⁰ Rapports *Mondialisation et circulation des personnes*.

¹¹ Tandis que d'autres y voient le signe d'un Droit « frileux ». V. rapports *Mondialisation et investissements*.

ou s'ils forment un *package*, de la même façon que l'on se dispute pour savoir si cette domination résulte d'une adéquation miraculeuse d'un Droit construit sur des cas et que l'on présente pour cette raison comme « pragmatique », intervenant *a posteriori* et laissant de fait plus de place à l'initiative, source de prospérité, ou si l'on a construit la méthode de l'analyse économique du droit et les critères corrélatifs d'efficacité de classement des systèmes juridiques de telle sorte que les droits américain et britannique décrochent la queue du Mickey, ce personnage pour lequel la durée de la protection de la création artistique fût prorogée. L'on peut argumenter dans un sens et dans un autre.

Évoquons plutôt les problèmes juridiques engendrés par une telle propulsion. On peut en discerner deux.

Le premier problème concerne l'Union européenne. En effet, le cœur de la construction européenne est désormais la zone euro, puisque l'Union bancaire, établie par des règlements communautaires de 2010 et 2014, a en charge de prévenir l'effondrement financier et économique de l'Union. Or, le Royaume-Uni n'en fait pas partie, le *Brexit* ayant accru l'incertitude de la parentèle. Si l'on considère que le droit britannique est la source mondiale du droit mondial, d'autant plus que les britanniques ont davantage que d'autres noué techniques financières et techniques juridiques, pour la grande prospérité des cabinets d'avocats londoniens, ce droit que l'on pourrait dire « mondial-anglais » pénètre le cœur d'une zone européenne monétaire intégrée dont le Royaume-Uni n'est pas juridiquement membre. Cela constitue un problème juridique et politique majeur.

Le second problème vient du fait que la source du Droit mondial n'est pas tant le Royaume-Uni, n'est pas même Londres, mais la City, ses banques, ses cabinets d'avocats et ses auditeurs, lesquels ont constitué l'*International Accounting Standards Board (IASB)*.

Or, la City n'est pas un pays, n'est pas un système juridique, c'est un *Small World*. L'on trouve ainsi dans la mondialisation juridique le phénomène décrit pour le numérique : un pouvoir exercé par très peu, des *happy few*, sur tous les autres. Ce « petit monde » vit à Londres ou s'y croise et y parle anglais même si personne n'est dans la discussion de nationalité britannique. Son point commun est davantage la compétence technique : la finance, le digital et l'arbitrage. L'argent y est la corrélation de la compétence technique ; on y parle d'honoraires et d'attractivité fiscale, discussion mondiale donc dans un cercle si étroit. L'effet de club se reconstitue au sens sociologique.

Tout cela est-il nouveau ? Alors que les clubs anglais se vantent d'être si anciens.

Les sujets de discussion, de formation, d'éducation, de convergence, y sont les plus anciens du monde : ils ramènent vers l'argent. Ce qui fait le « droit mondial », c'est pour l'instant l'argent, c'est le Droit financier. Ce pour quoi le Droit mondial est parfois décrié, c'est qu'il exprime les « forces de l'argent » et déploie une habileté de ce qu'on appelle alors « l'ingénierie juridique ». On en vient à poser que le Droit épouserait ce fait financier mondial.

Ce fait financier mondial sculpte les sources du droit, ce fait qui permet aux personnes de circuler ou non, qui donne aux investissements premier rang dans

un système dans lequel les personnes elles-mêmes ne sont que soit investisseurs soit objets d'investissements. Les sportifs en sont le net exemple ; la question du statut juridique d'agent sportif sur le marché intermédié des jeux mondiaux du cirque le montre¹². Dès lors, une personne qui n'a pas d'argent et ne sait où on peut se vendre peut-elle encore exister dans un droit mondial qui ne connaît que l'argent ?¹³

Le second fait mondial est technologique. L'espace digital est un nouveau monde. Le droit digital mondial accompagne le fait digital mondial. Il partage avec la finance la même immatérialité et la même absence de limite. Les personnes qui n'y sont pas existent-elles encore, renvoyées à ce qui serait le véritable « monde d'hier », là où il y avait du papier, la réforme de la preuve étant impérative puisque ce n'est plus sur du sable que l'on écrit mais sur de l'immatériel qui dure plus longtemps que le marbre ?

S'il fallait trouver du « nouveau », c'est sans doute dans ce nouvel espace numérique où les personnes non seulement communiquent entre elles, dans cet espace que l'on dit conversationnel¹⁴ et échangent entre elles biens et prestations¹⁵, mais encore vivent et s'offrent elles-mêmes comme produits d'échange, proposant aux visiteurs leurs œuvres et les scènes de leur vie privée comme elles offrent aux gracieux gestionnaires des plateformes leurs données portant sur leur personne-même.

La preuve en est de fait l'absence de solutions pour l'instant face à cette nouvelle configuration dans laquelle la personne qui ne sait ou qui ne veut pas se vendre dans ce monde numérique y est pourtant plongée. Que fait le Droit pour protéger la personne, alors que le numérique est en train de recouvrir la planète et ne semble ne connaître que la valeur d'échange ? Comment la personne peut-elle y survivre, autrement qu'en perdant sa qualité de personne, qualité que le Droit a pour fonction de lui garder ?

B. PRENDRE DU POINT DE VUE DU DROIT LA MESURE DE LA MONDIALISATION COMME PHÉNOMÈNE DE « MOBILITÉ » OU DE « LIQUIDITÉ »

La mondialisation est par tautologie un phénomène géographique, une façon de parcourir le monde, ce que font les personnes physiques sous le mode juridique de la liberté d'aller et de venir. Cela peut prendre la forme contrainte de la « migration », laquelle rencontre souvent l'autre contrainte légitime construite par l'État, celle de la frontière (1). Mais parce que l'argent suit ou précède, voyageur ou migrant fortuné, entreprise ou investisseur étranger, la stratégie des États prend la forme de portes ouvertes pour la personne morale, instituées pour entreprendre (2), ce qui tendrait à conforter que la « loi du monde » est bien celle de l'argent. La règle gouvernant l'élaboration du Droit ne serait plus

¹² Rapport *Mondialisation et investissements*.

¹³ Rapport *Mondialisation et circulation des personnes*.

¹⁴ Rapport *Mondialisation et Internet*.

¹⁵ Rapports *Mondialisation et Internet*.

« au-delà et en-deçà des Pyrénées » mais au-delà et en-deçà du seuil de valorisation du « capital humain », terrible expression. Loi de l'argent, loi du marché, loi de la liquidité, la mondialisation tend alors à liquéfier l'espace (3).

1. LA MONDIALISATION, LIBERTÉ OU DROIT D'ALLER ET VENIR DES PERSONNES PHYSIQUES

Ainsi le premier Droit mondial, établissant des règles communes et de sources multilatérales, vise le transport des êtres humains et des choses. Qui ne rêve encore de l'Aéropostale, qui transporta ces biens si particuliers que sont les lettres, objets délicats qui sont autant de liens entre les personnes ? Les accords mondiaux de régulation aérienne datent du début de XX^e siècle, afin que les frontières n'entravent pas l'*open sky*.

Le romantisme sied à Saint-Ex. Mais c'est surtout le sens du commerce qui conduit le Droit à ouvrir les frontières et à la suite des marchands, comme Magellan avait pris la mer avant que Saint-Exupéry ne prenne son envol, le Droit assure le principe juridique de la liberté d'aller et venir des hommes d'affaires. Ceux-ci prennent aujourd'hui la forme juridique de personnes morales.

2. LA MONDIALISATION, LIBERTÉ OU DROIT D'ALLER ET VENIR DES PERSONNES MORALES

Le commerce est encore la Loi du Monde. C'est celle que garde l'Organisation Mondiale du Commerce, la bien-nommée, que la juridictionnalisation en 1995 a dépouillée d'une nature diplomatique pour devenir juridique. Même si ce sont les États, sujets de droit de l'espace international public qui sont parties aux instances contentieuses, l'on sait bien que ce sont leurs entreprises qui sont parties aux litiges. Les États ne font que porter celles-ci.

Comme le commerce n'est rien sans échoppes et sans productions, la liberté de circulation appelle la liberté d'établissement. Comme celle-ci suppose des investissements, s'est développé une sorte de « droit d'investir ».

Il ressort¹⁶ que ce droit subjectif dont les entreprises seraient titulaires, non réductible à la libre circulation des capitaux, impliquerait que les États, en tant que sujets passifs d'un tel droit subjectif, ne pourraient ou ne devraient plus y « résister ». Ce nouveau droit subjectif mondial à la non-résistance des États s'observe à la fois en matière d'investissements étrangers, neutralisés quant à leur nature étrangère¹⁷ et en matière numérique. En effet, par l'invention du principe juridique de la « neutralité du net »¹⁸, il est possible d'investir sans contrainte.

L'on retrouve ainsi d'une façon multipliée la croyance dans la « neutralité » de la propriété, comme si l'investissement n'était que désir d'argent, alors qu'il est aussi, et parfois avant tout, volonté de dominer et de décider. Ce qu'exprime l'entreprise publique. Par exemple, l'argent a souvent l'odeur du pétrole et les

¹⁶ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

¹⁷ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

¹⁸ Rapports *Mondialisation et Internet*.

Droits nationaux en matière d'énergie ont tous exprimé qu'il ne s'agit pas de retour sur investissements mais bien de préserver à la propriété ses contours politiques¹⁹.

3. LA MONDIALISATION, COMME « LIQUÉFACTION » DE L'ESPACE AU DÉTRIMENT DES ÊTRES HUMAINS

Mais les histoires peuvent être moins heureuses. Finis les héros de l'aéropostale et les galions chargés d'or. La mondialisation c'est aussi la fuite des êtres humains qui tentent de ne pas mourir sous les balles et ne parviennent qu'à mourir noyés. De plus en plus souvent, migrer, ce n'est pas voyager, migrer c'est fuir.

L'on passe ainsi du Droit des affaires, Droit qui à juste titre revendique d'être le Droit des aventureux, au Droit humanitaire²⁰, Droit des malheureux. Tous les personnages des *Misérables* s'y retrouvent.

Que choisit alors de faire le Droit face à une « fuite » ? Des législations sont prises, des murs sont dressés, faits de briques ou de drones, qui remplacent aujourd'hui les camps. L'analyse économique du droit tendant à remplacer d'autres théories, c'est l'application de la théorie médiévale de l'aubaine qui semble aujourd'hui en vogue : si le « capital humain » en perdition sur la terre de l'État est de bonne qualité, alors l'on semble considérer que le Droit doit mettre en place une « stratégie d'accueil des talents ».

Comme en termes galants ces choses-là sont dites. Mais si ce tri est économique, il n'en demeure pas moins un tri. Et si la personne n'a que peu de talent, peu d'instruction, peu de santé, cesse-t-elle d'être digne d'être accueillie ? À lire les lois récentes qui ne rejettent pas ni n'accueillent en bloc mais procèdent par tri, c'est un tamis que le Droit pose sur les personnes. Petit poisson, dommage pour toi tu ne seras pas retenu.

Car les métaphores de l'eau, du courant, du tsunami, du filet de pêche, de la pêche miraculeuse des talents, s'imposent. Comme l'eau, elles sont courantes. En effet, la mondialisation en faisant exploser les frontières en neutralisant les États, puis en les mettant en position de choisir lorsqu'il y a fuite celles des gouttes qu'il est habile de recueillir, a liquéfié l'espace mondial, transformant les êtres humains à n'être eux-mêmes que des gouttes d'une immense marée.

En cela, la mondialisation, qu'elle soit sous la forme des échanges, sous la forme de l'investissement ou sous la forme paradoxale de l'accueil des migrants, a pour forme le Marché, et plus particulièrement le marché financier, dont la liquidité fait la qualité.

Mais le Droit peut ne pas se fondre dans le marché. Des « politiques migratoires » existent, qui continuent de prendre comme critère premier l'être humain²¹. Il y a alors un affrontement entre le phénomène de mondialisation et le Droit, ne serait-ce que parce que le premier entend ôter toute pertinence à la construction même des systèmes juridiques en branches du droit, à travers la constitution d'un « Droit mondial ».

¹⁹ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

²⁰ Rapports *Mondialisation et Circulation des personnes*.

²¹ Rapports *Mondialisation et circulation des personnes*.

C. PRENDRE DU POINT DE VUE DU DROIT LA MESURE DE LA MONDIALISATION À TRAVERS UNE ARBORESCENCE JURIDIQUE PERTINENTE

Pour comprendre le monde, il faut le construire *a priori*, à travers des catégories dans lesquelles se classent les faits. Cela vaut pour les systèmes de *Common Law* comme pour les systèmes de *Civil Law*. Ainsi, la question de l'arborescence des branches du droit se pose car il est possible qu'on ne comprenne pas ce qui est train d'arriver parce que nous ne disposons pas des branches du droit adéquates, habitués à penser branche du droit par branche du droit, ce à quoi sont peut-être rétifs les faits mondiaux (1). La tendance se dégage de penser juridiquement la mondialisation secteur par secteur (2), mais sans doute faudrait-il dégager une arborescence pertinente thématique par thématique, issue directement de la mondialisation elle-même (3).

1. LA MONDIALISATION, APPRÉHENDÉE BRANCHE DU DROIT PAR BRANCHE DU DROIT

La mondialisation en tant qu'elle est ouverture des frontières repose sur la finance et l'investissement, deux branches pléonastiques de la mondialisation²². Elles apparaissent à première vue comme des branches très étroites du Droit, et sauf à dire que le Droit de la famille, le Droit public, le Droit pénal, etc. n'existent plus, le Droit mondial aurait soit rétréci, soit pulvérisé les systèmes juridiques.

Sauf à dire que cette conception même du Droit, par le schéma d'un système articulé sur des branches du droit, elles-mêmes supposant des *summa divisio*, perspective souvent décrite de « jardin à la française », est obsolète et que face à la complexité, mot qui recouvre parfois la seule complication des textes et des façons d'écrire, il convient plutôt de laisser là des discussions sans fin, sans issue et sans objet pour traiter les difficultés juridiques au cas par cas. Ainsi, lorsqu'on aborde les difficultés mondiales, comme les contrats d'États²³, les solutions sont dégagées au fur et à mesure sans que l'on s'évertue à se situer préalablement dans un bloc, notamment en droit public ou en droit privé.

Il en ressort que les systèmes juridiques qui se sont construits par l'humus des solutions particulières, principalement le *Common Law*, apparaissent plus adéquats que les systèmes juridiques qui ont déployé les principes comme autant d'allées avant que les faits ne viennent y circuler²⁴.

Ce qui serait une domination méthodologique des Droits de *Common Law* s'associe avec le caractère ouvert des droits britannique et américain²⁵ pour en faire la source première du « Droit mondial ». Elle n'est pas définitive. En raison de son coût et de la difficulté de son maniement, les dispositifs juridiques à portée mondiale redeviennent *principle-based*.

²² Rapports *Mondialisation et Investissements*. Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

²³ Rapport *Mondialisation et Investissements*.

²⁴ Rapport *Mondialisation et Sources du droit*.

²⁵ V. *supra*.

2. LA MONDIALISATION, APPRÉHENDÉE SECTEUR PAR SECTEUR

Parce que les droits influencés par la mondialisation sont plutôt économiques, ils sont non pas la projection des branches traditionnelles du Droit simplement colorées par le phénomène mondial, mais plutôt la traduction directe des secteurs économiques, traduction dont le « Droit financier » est symptomatique²⁶.

C'est pourquoi d'une façon plus générale les « droits de marchés » ont tendance à se globaliser, comme le Droit de la concurrence, dont les principes substantiels, institutionnels et processuels s'unifient mondialement, mais aussi tous les Droits sectoriels de la Régulation.

L'on pourrait penser que la ligne de partage est donc entre les Droits qui demeurent tenus par l'État et ceux qui sont accessibles à la libre disposition des parties, par le jeu notamment des contrats, ceux-là seuls se mondialisant par le biais de l'arbitrage internationale, tandis que les premiers restent dans les enclos nationaux. Mais cela n'est pas exact. Quand on observe le droit pénal, dont on affirme si souvent il est et régalien et autonome, l'on constate au contraire que le droit pénal économique et le droit de la répression économique sont aujourd'hui unifiés mondialement, notamment par l'émergence d'un Droit de la Compliance.

C'est donc bien les secteurs précis, par exemple la lutte mondiale contre la corruption ou la volonté mondiale de protéger la nature par un droit global de l'environnement qui constituent les nouvelles lignes des arborescentes juridiques.

Cela n'implique pas que le Droit de la famille ou le Droit des personnes demeurent étanches à la mondialisation. Et cela pour deux raisons. En premier lieu, le Droit financier a pénétré toutes les branches du droit, via la financiarisation de l'économie, la vie des personnes étant aujourd'hui plus que précédemment une affaire d'économie globale, notamment à travers le droit des marques, lui aussi unifié. En second lieu, le numérique a fait naître un nouvel-espace dans lequel le Droit suit le développement d'une nouvelle richesse constituée par les données personnelles²⁷. Parce qu'Internet est synonyme de mondialisation²⁸ et constitue un espace pour les familles, les personnes, leur vie intime, leur scène érotique, le *revenge porn* étant un mal global dont le Droit doit protéger les victimes, toutes les branches du Droit sont poreuses à la magnifique et terrible unité produite par une mondialisation qui tient son unité non pas sur les grands voyageurs mais sur une finance pour le fonctionnement optimum duquel le droit est simplement un instrument utile.

Et pourtant. Comme cela fût dit lors du colloque, « la mondialisation, c'est le thème du genre humain en général »²⁹. Dès lors, d'un côté nous devons constater que le fait mondial est celui des marchés, lesquels ne se développent que par un Droit sur lequel ils s'appuient, un droit technique, instrumental et unifié par l'objet sur lequel il porte – qu'il s'agisse de finance ou de numérique –, mais d'un autre côté nous devons aussi prendre acte que par une sorte de mouvement

²⁶ Et le « Droit des investissements », v. rapports *Mondialisation et Investissements*.

²⁷ Rapport *Mondialisation et Internet*.

²⁸ Rapports *Mondialisation et Internet*.

²⁹ Propos du professeur Reiner SCHULZ.

naturel les parlements, les juridictions, les personnes et les entreprises, veulent que les personnes soient protégées. Le Droit est essentiellement fait pour cela.

Le thème de la mondialisation du point de vue du droit est donc celui du marché et des forces alliées que sont l'argent et la technologie face au genre humain et à l'armure que le Droit lui construit : la « personne ».

3. LA MONDIALISATION, APPRÉHENSION PAR THÉMATIQUES JURIDIQUES PROPRES À LA MONDIALISATION ELLE-MÊME

La première thématique vise l'État, de la persistance de son existence même ou de sa disparition (a). La deuxième thématique vise la persistance du couple « guerre/paix » (b). La troisième thématique porte sur la part du Droit dans la mondialisation (c).

a. L'État a-t-il encore les moyens de « prétendre » être souverain face à la globalisation ?

Si la mondialisation vue par le Droit, c'est ça, alors entre le Marché et la Personne, il y a l'État. Comme l'écrivait Carbonnier, l'État s'invite à la table des contractants. Mais le peut-il ? De maître de maison, la mondialisation semble l'avoir transformé en simple serviteur. Il a été montré que lorsque l'État, en crise, prend aujourd'hui l'instrument contractuel comme une norme qui lui est imposée³⁰. Plus encore, il a été montré que l'État est mondialement en crise lorsqu'il a tant besoin d'argent qu'il est dépendant des marchés³¹, comme l'atteste le dramatique Droit des dettes souveraines.

Il faudrait donc en déduire une troisième fois que l'argent mène le monde. Le constat n'est pas nouveau. Mais l'affirmation devient troublante si nous pouvons l'inscrire sur les frontons de nos édifices, car il mènerait seul, *de jure*, le monde. S'il en est ainsi, arriverait le règne d'un Droit financier notant les débiteurs souverains de la même façon que les autres. Cela signifierait la disparition du Politique qui n'a plus de « souverain » que le souvenir.

Cela constitue une nouvelle forme de désenchantement du Monde, que les populations ne sont sans doute pas prêtes à accepter, car avec elle disparaît le monopole légitime de la violence et ce qui cassait la spirale initiale de celle-ci. Le temps de la mondialisation, si celle-ci devait être un monde sans Droit, devrait être un monde de violences sans fin et sans cesse grandissante.

Car le Droit fût longtemps présenté comme le bras séculier du Politique. Si celui-ci disparaît, les États n'étaient plus que des mendiants des marchés financiers, acteurs jugés à l'aune de leur seule efficacité, même si cette vision du Droit dans son seul rapport à l'État était réductrice, la vision du Droit donnée par la mondialisation est plus encore réductrice, voire destructrice.

Le Droit serait en effet en tout et pour tout une technique d'efficacité des échanges³² assurant la sécurité des crédits et des engagements à long terme³³. Le

³⁰ Rapports *Mondialisation et sources du droit*.

³¹ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

³² Rapports *Mondialisation et Internet*.

³³ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

Droit ne serait donc qu'une voie d'exécution sans aucune autonomie par rapport à l'objet sur lequel il porte.

b. *La mondialisation a-t-elle mis en place un « Droit de la guerre » ou un « Droit de la paix » ?*

Pour poser une telle question, encore faudrait-il que la mondialisation n'ait pas annihilé l'État. Or, l'État n'est plus qu'un débiteur financier et un débiteur de normes d'exécution³⁴. Plus encore, le caractère économique de la mondialisation, effaçant les frontières, a tendance à faire disparaître le Droit international, tant privé que public. Et pourtant... Tout d'abord, il ne le faut pas. Comme René Cassin l'affirmait, construisait le droit international après les massacres inouïs de la seconde guerre mondiale, comme Kelsen le conçut à la même époque, le Droit international est conçu pour trouver la force même dans cet espace-là de protéger les êtres humains contre la force brute, et celle des guerriers et celle des opérateurs envahissants.

Aujourd'hui les entreprises franchissent plus aisément les frontières. En premier lieu elles n'agissent pas seulement sur le mode séduisant de la publicité mondiale, elles agissent aussi pour profiter des coûts avantageux du travail indécemment quand la main protectrice du législateur du droit travail n'est pas assez longue. Et demain, des formes plus violentes encore apparaîtront. Ces frappes sont déjà extrêmement vives et si nous avons encore un peu d'humanité, cela ne peut être sous le seul prisme d'aubaine économique ou de gestion de voirie que nos Droits devront appréhender l'arrivée des victimes de guerres ne suivant plus aucune loi de la guerre³⁵.

Mais l'État est partout. L'État n'a jamais été aussi vrai qu'aujourd'hui. Les investissements ne sont concevables que parce que des mécanismes de résolution des conflits sont installés et les alliances diplomatiques entre les États supports sont intégrées³⁶. Les institutions internationales, formes de puissance publique incontestées, sont actives et aujourd'hui l'arbitrage international donne lieu à des contentieux quasiment systématique devant le juge étatique. Les Régulateurs et les juges pénaux sont les organes les plus puissants en matière bancaire. Ils font taire notamment les banques, qui se contentent de payer.

La question de la guerre et de paix peut donc se poser.

Commençons par celle de la paix. Car nous sommes entre amis, au cœur d'*Alma Mater*. C'est ce qui nous explique à chaque instant les entreprises qui tiennent les plateformes qui nous offrent les unes l'âme sœur, d'autres et en masse des « amis ». Voilà la « planète conversationnelle »³⁷ qui nous sortirait de notre solitude.

Facebook se soucie tant de nous et réproouve tant le terrorisme international qui nous frappe qu'en cas d'attentat c'est désormais par son réseau social que nous rassurons nos amis sur le fait que nous sommes encore en vie et c'est encore lui,

³⁴ V. *supra*.

³⁵ Rapports *Mondialisation et Circulation des personnes*.

³⁶ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

³⁷ Rapports *Mondialisation et Internet*.

avec ses amis proches que sont Apple, IBM, Microsoft et autres proches, qui vont fusionner les données pour lutter préventivement contre les poseurs de bombes.

Dans cette volonté de nous offrir mondialement la paix par un espace de convivialité numérique, il n'y aurait plus besoin de l'État, dont l'âme répressive serait inexpugnable. Il suffirait du « consentement » de l'internaute. Le consentement serait une autre nouvelle loi du monde. Avec celle de l'argent. On observe que le consentement est aussi la loi du contrat³⁸. Que le contrat est l'instrument du marché.

Il s'agirait d'une « paix universelles » qui serait le double neutre et préalable rendue technologiquement possible et financièrement si rentable, produisant un monopole de pouvoirs, reposant sur le consentement d'un être humain qui se dépouille en échange de ce paradis conversationnel de ses données, qui ne sont pourtant rien d'autre que sa vie-même.

L'on doute de l'effectivité de la part prise par les internautes dans la gouvernance d'Internet³⁹, mais même à la supposer plus consistante, n'est-ce pas le principe même d'une dépossession de soi-même en échange d'un peu moins de solitude dans une fraternité si illusoire et sans aucun rapport avec le principe juridique de solidarité, qui est inquiétant, voire à réprover ?

D'ailleurs, plutôt que d'être une figure de paix, la mondialisation n'est-elle pas une figure de guerre, là encore sans Droit ? Il a été montré que la mondialisation permet le déploiement d'un pur rapport de forces, notamment dans la circulation ou l'arrêt des personnes⁴⁰, comme dans l'accueil ou le refus des investissements⁴¹. Plus que jamais, il vaut bien, question de survie, être riche et beau. L'on peut alors circuler et investir partout. Bienvenu aux sportifs et aux diplômés et malheurs aux femmes et aux enfants.

Mais sans nous attarder dans un sujet si grave qu'il conduirait à ouvrir les chiffres si dramatiques de la traite des êtres humains, c'est-à-dire des femmes et des enfants vendus par milliers du fait des guerres et achetés par nous, occidentaux, notamment grâce au numérique qui achève de neutraliser ce qui pourrait nous rester de pitié et de morale pour nos semblables, prenons plutôt une autre guerre qui se fait aujourd'hui rare du fait de la mondialisation : celle du droit de *Common Law* et du droit de *Civil Law*.

Le *Common Law* est en train de gagner⁴². Il devient le « droit commun » du monde. Certes, du seul Droit des affaires. Mais comme la mondialisation, c'est le Droit des affaires et que les affaires dévorent les affaires des êtres humains, ce système-là dévore donc tout.

Si l'on trouve que les systèmes de *Common Law* n'ont pas que des qualités et qu'il convient de « réagir », l'on peut tout d'abord renforcer une fraternité. – Non plus celle qui unit des amis des réseaux sociaux, mais une amitié politique,

³⁸ Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

³⁹ Rapports *Mondialisation et Internet*.

⁴⁰ Rapports *Mondialisation et Circulation des personnes*.

⁴¹ Rapports *Mondialisations et Investissements*.

⁴² Rapport *Mondialisation et Sources du droit*.

comme celle entre les pays d'Amérique du Sud⁴³ ou celle entre l'Allemagne et la France. L'on peut aussi « agir » en construisant l'Europe, par la construction de normes communes nouvelles⁴⁴. En tout cas, une guerre, dont on parle souvent en la qualifiant de « concurrence des systèmes », n'est perdue que si on la considère comme telle. Elle ne le sera que si l'idéal européen était perdu. Or, l'Europe se construit par le Droit. Mais encore faut-il mesurer la part du Droit dans la mondialisation pour créditer le Droit d'une capacité à agir sur l'Europe.

c. Quelle est la part du Droit dans la mondialisation ?

Vivons-nous la mondialisation du Droit ? Ne vivons-nous pas plutôt la mondialisation des juristes ? Ou plus précisément encore, ne vivons-nous pas plutôt la mondialisation des cabinets d'avocats ?

Ce n'est pas le Droit qui a tout envahi, ce sont les cabinets d'avocats, anglo-américains, qui sont omniprésents. Cela n'est pas pareil. L'on doit insister sur le fait que si les avocats parlant anglais sont désormais partout, les normes mondiales sont peu juridiques⁴⁵. Par exemple une norme ISO a un impact beaucoup plus important que les écrits du Professeur Von Bar.

Cette présence des juristes conjuguée à cette absence des normes classiquement juridiques ont une conséquence majeure : la disparition des qualifications juridiques au profit des qualifications économiques, technologiques et financières. Apparaissent comme des normes juridiques les « plateformes »⁴⁶, les normes sont dites « réglementaires » sans plus de précision parce que les économistes ne distinguent pas les sources du droit et mêlent cela dans le vaste ensemble de la *régulation*, les mathématiques sont le matériau direct des normes prudentielles mondiales de Bâle⁴⁷.

Ainsi, la force de la normativité mondiale réside dans son absence totale de juridicité : ayant pour auteurs le plus souvent des ingénieurs et des économistes qui insèrent directement les notions qu'ils manient dans les textes sans se soucier de leur compatibilité avec le système juridique d'accueil, les juristes viennent après. Ils viennent certes en masse car une telle manière de faire ne peut que produire de nombreux contentieux, puisqu'on ne comprend rien aux réglementations ainsi établies et les arbitrages internationaux se multiplient⁴⁸, où siègent ensemble juristes, ingénieurs et financiers, pour leur plus grande prospérité.

De ces mouvements si profonds, qu'en penser ?

L'essentiel est d'en penser quelque chose.

⁴³ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

⁴⁴ Rapports *Mondialisations et Investissements*.

⁴⁵ Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

⁴⁶ Rapports *Mondialisation et Internet*.

⁴⁷ Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

⁴⁸ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

II. PENSER JURIDIQUEMENT QUELQUE CHOSE DE LA MONDIALISATION ET PUIS FAIRE QUELQUE CHOSE

Par une sorte de fatalité, il est souvent affirmé que le tsunami de la mondialisation nous dispense même d'en penser quelque chose. Au contraire, il convient de poser l'impératif juridique d'en penser quelque chose(A). Une fois qu'on en a pensé quelque chose, alors et enfin, l'on peut se demander ce que l'on peut faire (B).

A. L'IMPÉRATIF JURIDIQUE DE PENSER LA MONDIALISATION

Penser quelque chose de la mondialisation est un impératif juridique (1). L'on y renonce souvent parce que la mondialisation serait un « fait économiquement acquis et inexorable » (2). L'on peut pourtant construire la mondialisation comme un projet juridique en distance des faits (3).

1. L'IMPÉRATIF JURIDIQUE : PENSER QUELQUE CHOSE DE LA MONDIALISATION

Le Droit n'est pas qu'une technique d'effectivité, d'efficacité et d'excellence permettant à un système de gagner contre un autre dans une épreuve de compétitivité. Le Droit est aussi un ensemble de valeurs, de valeurs coûteuses, dont il n'est pas adéquat de ne les justifier qu'en montrant leur caractère profitable. Par exemple, il n'est pas adéquat de se contenter de montrer que le respect de la personne des travailleurs est profitable pour l'entreprise ; il faut poser qu'en soi les travailleurs, en tant qu'ils sont des personnes, doivent être titulaires de droits sociaux, dans l'indifférence du profit ou du coût que cela représente pour l'entreprise et de la bonne ou mauvaise image que cela projette sur les marchés financiers.

Soit on « croit au Droit », comme une expression laïque du sacré et on adhère à quelques principes, dont le premier est la protection des êtres humains par un lien indéfectible avec la notion de personne, soit on n'y croit pas. Celui qui n'y voit qu'une technique d'efficacité n'y croit pas et l'on n'y peut rien.

Ne cherchons pas même la justice immanente qui se prépare dans la violence des êtres humains qui, si cette valeur laïque du Droit leur est déniée, s'ils sont réduits à n'être rien, que des assets, que des objets, que des machines à produire, à consommer ou à être consommés, iront chercher d'autres valeurs, un dieu, un dieu vengeur, et le Droit ne pourra sans doute pas tenir à distance cette force-là, pourtant illégitime.

Il faut donc que le juriste pense. Si la mondialisation ravale le Droit à n'être que technique, met au premier plan les juristes techniques, riches à condition d'être neutres, à condition de ne pas penser, en compétition avec les robots et les algorithmes, si les juristes s'en accommodent, ne défendent pas le Droit qui défendit Antigone, on peut le concevoir. Mais qu'ils pensent quelque chose. Car c'est eux-mêmes qu'ils jugent.

Mais si nous pensons si peu la mondialisation, c'est parce qu'elle est présentée comme un mécanisme si naturel qu'on n'a pas davantage à la juger qu'on ne juge la pluie.

2. LA MONDIALISATION PRÉSENTÉE COMME UN « FAIT ÉCONOMIQUEMENT ACQUIS »

Il ne faut pas dire que la notion de « droit naturel » ne se porte pas bien. Au contraire, il nous est expliqué chaque jour qu'il existe une « loi naturelle universelle » à laquelle nul ne peut échapper, ni l'État ni l'être humain : celle de l'offre et de la demande. De ce droit naturel, le droit positif devrait être le double neutre, lui apportant son efficacité, et ne pourrait se démarquer qu'en explicitant les bonnes raisons qu'il aurait de le faire.

Cette loi naturelle fonctionnerait par autorégulation, reposant sur un autre mécanisme tout aussi naturel : le « consentement », les êtres humains et les organisations rationnelles – dont les algorithmes représentent une pointe avancée – donnant naturellement leur « consentement », si l'offre qui leur est présentée est adéquate à leur désir ou à leur besoin.

La mondialisation serait avant tout un phénomène d'échange de biens et de services, reposant donc sur l'offre et de la demande, qui se sont rencontrées de plus en plus massivement avec de moins en moins d'entraves. Cette « loi des attractions » repose sur ce qui serait force naturelle, celle du marché, à propos de laquelle il n'y aurait rien à penser. Les contrats par lesquels la rencontre des offres particulières et des demandes particulières se concrétisent n'auraient ainsi plus à être jugés.

Il est remarquable que les contrats, qui sont présentés comme « allant de soi » dans la mondialisation, sont aujourd'hui qualifiés d'« intelligents », au moment où ils se sont plus rédigés par des êtres humains. Ainsi, plus la technologie élimine l'être humain et plus l'adjectif « intelligent » est utilisé ; quelle ironie.

Si l'on reprend ses esprits, l'on peut prétendre concevoir un projet face à la mondialisation.

3. CONSTRUIRE LA MONDIALISATION COMME UN PROJET JURIDIQUE EN DISTANCE DES FAITS

Le Droit n'est pas une pure construction. Il s'appuie sur une réalité qui lui préexiste mais il a la puissance d'y insérer des idées qui contraignent cette réalité et construisent le futur par la volonté que le Droit a exprimée. Si ce n'est pas cela, le Droit n'a pas d'intérêt.

Dans cette perspective, si des faits juridiques mondiaux sont bienvenus, le Droit doit les accompagner ; s'ils sont néfastes, le Droit doit les contrer ; s'ils n'existent pas et sont souhaitables, le Droit doit les construire.

Parce que le Droit est politique et n'existe que pour créer une réalité qui lui est propre, parce qu'il a pour fin de défendre des êtres humains qui, sans ce masque du Droit (*persona*) ne pourrait le faire, il ne faut pas que le Droit abandonne ses prétentions face au phénomène si puissant de la mondialisation. Cela serait abandonner l'être humain faible.

B. QUID FACERE ?

La réponse spontanée est : « rien » (1). Mais l'on peut faire mieux ..., et répondre : « moins que rien » (2). Si l'on n'est pas désespéré, la réponse peut être la régulation (3) ou bien, dépassant celle-ci, pourquoi pas ne pas répondre « tout » ? (4).

1. LA PREMIÈRE RÉPONSE POSSIBLE DU DROIT À LA MONDIALISATION : NE RIEN FAIRE

On l'entend si souvent : ne faites rien, tout est joué. Prétendre encore faire quelque chose aurait quelque chose de dérisoire, voire de ridicule, le spectateur nous regardant et pensant : « où est donc votre Sancho Pança » ? La mondialisation étant un fait économiquement acquis⁴⁹, il en serait de même pour le Droit, son *follower*.

Il est souvent soutenu qu'il conviendrait de ne plus rien faire puisque le Droit anglo-saxon règne de par le monde et que la Loi a été depuis longtemps recouverte par un droit d'autant plus contraignant et supérieur qu'il est non situé et d'apparence si douce et souple. Le droit souple, qui n'en fait l'éloge, n'en salue sa puissance et ne se réjouit de son universalité ?

C'est avec un certain masochisme que les observateurs du Droit continental, mais aussi les auteurs même de ce Droit, soulignent qu'enfin grâce à la domination du Droit anglo-saxon, nous serions « libérés du droit systématique »⁵⁰. Enfin, le dogmatisme est rejeté, enfin le cas par cas règne...

Le Droit n'aurait donc plus rien à faire, qu'à accompagner d'une façon neutre les opérations économiques une à une, en leur assurant la sécurité par une forme contraignante et une lisibilité propre à ce qu'on appelle si clairement la *toolbox* que constituerait le Droit. Il ne faut pas en vouloir au plombier polonais quand le législateur lui-même n'est qu'un réparateur de tuyaux pour que l'argent y circule mieux.

Et de citer un exemple de réussite : le droit mondial du sport. Un ensemble mondial unifié de droit souple, des chartes de déontologie, une agence mondiale, des associations. Un franc succès.

Mais l'on peut faire mieux encore : faire moins que rien.

2. LA DEUXIÈME RÉPONSE POSSIBLE DU DROIT À LA MONDIALISATION : FAIRE MOINS QUE RIEN

Car ce que l'on désigne souvent comme le « Droit mondial », montré en exemple, présenté comme le futur du Droit, apparaît comme tout sauf du droit.

Prenons tout d'abord la comptabilité⁵¹. La comptabilité était le droit civil mis en chiffres, puisqu'elle traduisait le patrimoine et les opérations passées et présentes de la société. Elle ne l'est plus. Les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*) ont, comme leur nom l'indique, imposé une

⁴⁹ V. *supra*.

⁵⁰ Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

⁵¹ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

comptabilité qui a pour objet de donner des informations financières présentes et futures aux investisseurs qui doivent pouvoir à chaque instant acheter ou vendre les titres afférents à la société. Le Droit en a été évacué. Alors même que ces normes IFRS sont mondiales et sont aujourd'hui la référence première de nombreux contrats internationaux et deviennent le modèle de construction des finances publiques des États.

Prenons ensuite les normes de sécurité technologique⁵². Celles-ci sont mondiales et essentielles, non seulement en matière nucléaire mais encore pour tout ce qui concerne l'informatique ou la sécurité des données. Les nouvelles techniques, sur lesquelles le droit est pour l'instant assez silencieux, d'*Ethics by design* montrent que le monde préférerait donc convier à des algorithmes les choix de vie ou de mort sur les victimes des accidents de la route causés par les voitures sans conducteur. Ayons une pensée pour Tunc.

L'on pourrait prendre encore l'exemple des nouvelles normes de propriété intellectuelle, repensée par les économies de l'innovation, dans une perspective *Ex Ante* et non plus *Ex Post*. Ou bien le mécanisme révolutionnaire de la résolution bancaire, la seule véritable création de l'Union européenne depuis ces dernières années, entièrement pensée par les financiers et les économistes de la Régulation.

Car si le droit mondial semble ne plus exister que sous la forme de normes non juridiques élaborées par des non-juristes, c'est avant tout dans une perspective sans cesse répétée : réguler.

3. LA TROISIÈME RÉPONSE POSSIBLE DU DROIT À LA MONDIALISATION : RÉGULER

Cette régulation mondiale conçue hors du Droit, d'une façon d'autant plus contraignante qu'elle est souple, dans des bâtiments de Londres ou de Bâle sur les frontons desquels il semble écrit « ici n'entrent pas les juristes », a pleine effectivité.

Avant même d'être transposée dans des textes de loi, qui en recopient les normes, les opérateurs les appliquent, indifférents à cette dernière formalité. C'est le cas pour les normes prudentielles, comme Bâle III.

Cela peut-il tenir longtemps ? Car pourquoi pas une contrainte absolue produite par des normes construites d'une façon opaque par des auteurs inconnus et non élus dont on affirme qu'elles sont sans portée mais auquel le juge fait produire des effets comme il l'entend et auxquels tous se soumettent immédiatement.

L'essentiel est que les assujettis puissent le supporter longtemps, et ceux qui sont contraints par ces normes, comme les banques par les normes prudentielles ou les opérateurs globaux par la *compliance*, et ceux qui dans la population contemplent des mécanismes globaux dont ils sont exclus alors que tout s'y passe.

Car cette régulation de la mondialisation apparaît à deux vitesses. La question juridique qui apparaît alors est celle de la responsabilité. Comment les opérateurs

⁵² Rapports *Mondialisation et Sources du droit*.

peuvent-ils être contraints si violemment par les régulateurs et rendre si peu de comptes à l'égard de la population ?

Ce thème de la reddition des comptes et de la responsabilité est le thème majeur de la mondialisation. Pour l'instant, ce sont les juges qui le concrétisent, parce qu'obliger celui qui a du pouvoir sur autrui à rendre des comptes – définition de la responsabilité –, c'est l'office du juge, gardien du Droit et de la justice. S'expliquent ainsi l'arrêt *Google Spain* et la création *ex nihilo* du droit à l'oubli⁵³ ou les contentieux devant l'OMC⁵⁴, ces procès dans lesquels les États-Unis perdent si souvent.

Mais la régulation n'est pas qu'un appareillage technique qui pallie les défaillances de marché. C'est aussi une construction politique qui prétend par exemple protéger les populations contre des puissances qui ne se justifient pas ou défendre quelques principes, comme le service public. Ainsi les fonds souverains et les fonds vautours qui bénéficient du principe de neutralité des textes nationaux et internationaux sont au contraire traités d'une façon opposée par les juridictions et les tribunaux arbitraux⁵⁵.

Le critère retenu par les juges et les arbitres est celui de la personne. Les fonds souverains ont pour but de protéger les personnes, les fonds vautours sont indifférents à la destruction des personnes que leur voracité provoque. En conséquence, les tribunaux vont donner des droits supplémentaires aux premiers et priver de prérogatives essentielles, notamment du droit d'être payé, les seconds⁵⁶. De la même façon, le juge va faire varier le Droit régissant les données suivant que l'usage qui en est fait est favorable ou néfaste pour les personnes⁵⁷.

En effet, le Droit de la régulation ne s'applique que d'une façon téléologique et face à la mondialisation, la régulation ne doit pas se réduire à un service neutre et technique mais doit affirmer son but : la protection de la personne.

4. LA QUATRIÈME RÉPONSE POSSIBLE DU DROIT À LA MONDIALISATION : PRÉTENDRE À TOUT

Si le Droit n'affirme pas face au phénomène de la mondialisation qu'il prétend protéger la personne, même si c'est difficile, alors il n'est plus le Droit. Et la population ne supportera pas cet abandon du Droit car les peuples refusent les faits mondiaux illégitimes et demandent la protection du Droit, notamment sous sa forme juridictionnelle⁵⁸.

Exprimant cela, les États se lèvent contre les pratiques juridiques mondiales néfastes et expriment des prétentions nouvelles, contrôlent davantage les investissements dans les secteurs cruciaux, étendent leur compétence extrater-

⁵³ Rapport *Mondialisation et Internet*.

⁵⁴ Rapport *Mondialisation et Investissements*.

⁵⁵ Rapport *Mondialisation et Investissements*.

⁵⁶ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

⁵⁷ Rapports *Mondialisation et Internet*.

⁵⁸ Rapports *Mondialisation et Investissements*.

ritoriale y compris en matière pénale, pratiquent la méthode de « l'enrichissement contextuel »⁵⁹ dans ce que l'on appelle à juste titre l'État augmenté.

Cet État est augmenté non seulement parce qu'il réaffirme sa puissance normative et d'effectivité, mais encore parce qu'il prétend se soucier non seulement de sa population mais encore des autres⁶⁰, ce qui rejoint la définition classique de la Justice comme souci d'autrui.

Où, les États et le Droit doivent formuler des prétentions. Car depuis toujours le fort a la force et le Droit, tandis que le faible a lui-aussi le Droit mais n'a que le droit. La mondialisation a rendu les forts plus forts et les faibles plus faibles. C'est un fait qui n'est pas en soi critiquable. Être fort peut aussi être une prouesse. Mais il ne faut pas dans ce moment-même rabattre le Droit à n'être plus qu'une technique neutre. Il perdrait sa prétention à protéger le faible. En ne servant plus que les projets de ceux qui ont la force d'en avoir, il laisserait là sa vocation qui est la protection des êtres humains. Seul le Droit pose que tout être humain est une Personne. En n'étant plus qu'un instrument, le Droit contribuerait à l'instauration d'un Monde sans personne.

⁵⁹ Rapport *Mondialisation et Sources du droit.*

⁶⁰ Rapport *Mondialisation et Circulation des personnes.*