

Le droit des deux mondialisations

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Paris

Résumé. — Il existe deux mondialisations. La première s'exprime dans l'intensification de la mobilité à travers les frontières. La seconde résulte de la constitution d'espaces virtuels, sans territoire ni accroche matérielle. À la première mondialisation, doit répondre l'accélération d'un droit qui demeure gouverné par la distinction du mobile et de l'immobile. À la seconde mondialisation, doit répondre un droit nouveau contenu dans le langage même.

Mots-clés : mobilité, virtuel.

Les premières discussions sur la mondialisation portaient sur la question de savoir si celle-ci existait vraiment, s'il ne s'agissait pas seulement d'une façon pour ceux qui l'évoquaient d'obtenir la considération portée à qui découvre quelque chose – la mondialisation comme nouveau continent – et de ressentir le frisson de celui qui lève le voile sur des dangers insoupçonnés. Le plaisir associé à une telle position intellectuelle a nuï à la thèse : en droit, on a longtemps pensé qu'évoquer la mondialisation, c'était se jouer de mots pour faire paraître démodé le bon vieux droit romain, saisir un prétexte pour rebattre des cartes dont la face n'était pourtant pas changée. Il a fallu longtemps parler de la mondialisation dans le but de savoir s'il y avait quelque chose à en dire.

Discussions d'épreuve, discussions probatoires : déterminer de quoi on parle et établir que ce que l'on dit correspond à une réalité préexistante est impératif pour le droit, du moins dans la conception réaliste du droit telle que développée par Michel Villey¹, pour laquelle il faut que la chose saisie par le droit soit antérieure à celui-ci, et soit même en présence par rapport à lui dans la mesure où le droit doit alors se construire en référence à la nature de la chose.

Il faut d'abord constater la mondialisation pour y réagir car qu'il s'agisse de dompter ou de servir, c'est toujours un rapport à la nature que le droit établit, et quand le droit parle de la mondialisation, c'est de règles et d'institutions qu'il accouche.

¹ *Philosophie du droit*, t. 2, *Les moyens du droit*, Précis Dalloz, 1984, spéc. p. 115 et s.

L'Organisation Mondiale du Commerce est construite sur cette parole. S'il s'avère donc que la mondialisation n'est pas une illusion, c'est-à-dire une simple façon de parler, qu'il y a bien correspondance avec une réalité préexistante, par exemple performance technologique ou marchés désormais globaux, on peut passer, dans cette démarche de préséance précitée, à la seconde étape, celle de l'emprise du droit et s'il s'avère qu'il faut construire un droit tout exprès, s'il apparaît que de nouvelles règles, des institutions flambant neuves, voire un nouvel art juridique, sont requises, se demander alors lesquelles et comment les établir.

L'essentiel est de respecter cet ordre : concevoir les institutions est affaire de technique, les rendre effectives affaire de pragmatisme mais détecter la mondialisation et sa nature relève de la démarche philosophique. Le droit adéquat suivra par l'observation de cet ordonnancement préalable des choses. Quelle nouvelle nature pourrait revêtir cette mondialisation en tant qu'elle serait l'internationalisation des rapports humains et des organisations, mais aussi tout autre chose que cela ? Cela renvoie à l'hypothèse d'une double nature.

lml

L'internationalisation peut être désignée comme l'arrachement des personnes et des organisations au sol par le phénomène de la mobilité. Ce principe de mobilité s'est cristallisé en droit par le droit international, propre aux phénomènes qui passent les frontières mais qui ne détruisent pas celles-ci. Si la mondialisation se résume dans l'intensification de cette mobilité, par l'accélération et l'amplification des déplacements des personnes et des choses, il faut alors certes infléchir le droit international mais celui-ci, dans sa nature, demeure pertinent.

En outre, si la mondialisation peut se réduire à cette internationalisation, la distinction entre ce qui est touché par le phénomène et ce qui ne l'est pas devient assez facile, confine au truisme : le mondial affecte ce qui est mobile (les personnes qui voyagent, les marchandises qui sont livrées, les informations qui circulent et les idées qui courent), mais laisse intact l'immobile (la terre, le foncier, les agglomérations non cosmopolites, les familles traditionnelles). Certes, la distinction peut s'avérer difficile entre la frontière entre le mobile et l'immobile. Ainsi, le plus grand goût des étudiants pour les voyages fait peut-être basculer l'Université installée du côté de l'immobile, l'Université comme lieu de conservation, voire de recueillement autour du savoir, vers le mobile, le réseau, voire l'immatérialité, laissant là les réglementations nationales.

Que fait le droit si la mondialisation exprime cette exacerbation de mobilité ? Il demeure dans ces règles et son application pour ce qui régit l'immobile, comme le droit foncier, le droit immobilier ou le droit des collectivités locales. Mais pour l'ensemble des phénomènes affectés par cette mondialisation de la mobilité, le droit doit se mettre à courir, quitter son pas de sénateur. S'il s'agit d'une mobilité moralement critiquable, comme la traite internationale des humains ou le trafic de la drogue, le droit doit eprunter lui-même ce principe de mobilité et de vitesse.

Il peut prendre la forme d'une course de relais, à travers l'accroissement de la coopération internationale, ou bien inciter à l'élargissement des espaces pour éviter que les frontières passées soient autant de protection pour les délinquants. L'idée d'un

espace judiciaire européen, qui a donné lieu à de nombreux et récents règlements communautaires, tient dans cette idée que la mobilité a renversé la règle de la frontière. Antérieurement, les frontières facilitaient l'exercice de la puissance publique que l'État prête au droit, désormais les frontières sont des barrières à l'efficacité de leur action pour appréhender ceux qui s'en jouent : cela conduit à lier désormais efficacité de l'action publique et effacement des frontières par les États eux-mêmes, l'espace européen étant une étape pour cela. Ainsi, l'Europe judiciaire n'est pas tant le reflet retardé d'un marché de biens construit cinquante années auparavant, elle est venue à cause de ce renversement des vertus des frontières, considérations qui sont nouvelles et tout autres.

Voilà pour la première mondialisation. Passons à la seconde, elle est d'une tout autre ampleur car elle est d'une tout autre nature. Si nous demeurons réalistes, elle n'appelle donc pas le même droit ².

lml

La mondialisation réside aussi dans la constitution d'une sorte d'espace sans rattachement au sol, c'est-à-dire un monde sans territorialité, sans rattachement, sans paroi. Si l'on suit la philosophie cosmologique de Peter Sloterkijk, les êtres humains y flottent littéralement ³, comme les bulles éclatées de la vague car, paradoxalement et selon cet auteur, la globalisation a fait perdre aux humains ce qui les rattachait au groupe, c'est-à-dire leur assurer ce rapport nécessaire au globe que constituerait seul une communauté. La globalisation a fait perdre aux êtres humains la sécurité de la limite du cercle et la douceur de l'intérieur.

La donne est alors nouvelle, d'un monde sans terre et sans personne, d'un monde où l'information, l'image et l'imaginaire sont les réalités disponibles, disponibles notamment parce que duplicables sans fatigue. Il faut donc concevoir un droit qui ne s'appuie pas sur un territoire, ni quand il se forme (source du droit) ni quand il s'applique (effectivité du droit). L'idée d'État, qui prenait forme dans une domination exprimée sur les espaces, les choses et les personnes, survit mal au phénomène de la globalisation ⁴. Sans doute Michel Villey en avait-il l'intuition lorsqu'il entendait « boycotter le droit interétatique » en évoquant le droit international pour lui préférer un droit universel ⁵.

L'effort pour penser ce nouvel état du monde, né avant tout de la technologie, a engendré la philosophie de la virtualité ⁶. Devons-nous donc inventer une sorte de droit virtuel, c'est-à-dire sans rattachement au physique des choses, alors que le droit n'existe

² Sur la nécessité de bien distinguer internationalisation et globalisation, v. l'ouvrage très intéressant de Mohammed Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF « Droit, Éthique, Société », 2002.

³ P. Sloterkijk, *Bulles*, t. 1, *Sphères*, Pauvert, 2003.

⁴ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien « Clefs », 2003.

⁵ « Considérations intempêtes sur le droit des gens », in *Le droit international*, *Arch. phil. droit*, t. 32, Sirey, 1987, p. 13-21.

⁶ P. Levy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, La Découverte 1995. V. aussi *World Philosophie*, O. Jacob, 2000.

dans son immatérialité inhérente⁷ qu'en se saisissant du corporel ? Il s'agirait d'un droit dont les signes ne renverraient qu'à d'autres signes. Deux théories du droit renvoient aujourd'hui à cette idée, dont on trouve des concrétisations dans le droit positif, si l'on peut encore faire usage du mot.

Tout d'abord, ce droit qui est signe des signes, est un droit tout entier enfermé dans le langage. Il faut alors insérer le droit dans la plus générale philosophie du langage, penser sa force comme acte de langage⁸, le trouver par sa lettre. Une autre philosophie du droit, bien différente mais reposant sur la même idée que le droit est dans les mots puisqu'il n'a plus rien ni personne auquel s'accrocher, voit dans le droit l'espace privilégié de la rhétorique. En cela, Perelman était visionnaire d'un système juridique dans lequel les arguments s'échangent, la validation venant de l'assentiment produit par les cercles d'auditoire encastrés les uns dans les autres jusqu'à l'auditoire universel dans lequel s'est réfugiée la Raison⁹. La rhétorique et la philosophie du langage ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre et s'épaulent aujourd'hui pour mieux expliquer le fonctionnement du droit¹⁰.

Certes, Perelman ne songeait pas à un monde sans frontière quand il construisit sa conception du droit, contrairement à Niklas Luhmann dont la construction fonctionnaliste d'un système juridique pouvant jouer tout seul anticipait sciemment la globalisation et la nécessité d'un droit n'ayant pas besoin d'accroche réelle¹¹. Mais Perelman a maintes fois expliqué qu'il cherchait à penser un droit dont les pouvoirs concrets ne pourraient entièrement disposer, notamment pas l'État lorsque celui-ci est vicié par le mal, afin que le droit puisse être tout à la fois ce qui est mécaniquement fiable et ce qui peut conserver les valeurs. Ce faisant, Perelman a pensé le droit sans attache nécessaire au monde physique, notamment parce que les auditoires peuvent aussi se constituer et les échanges argumentatifs se construire à travers l'immatérialité des médias.

La façon dont le droit des espaces globaux se construit correspond singulièrement à cette conception perelmanienne de la juste production du droit. Ainsi, le droit des marchés financiers comme celui d'Internet est avant tout constitué d'arguments articulés entre eux, pour se consolider les uns ou les autres, ou se mettre en balance les uns avec les autres, arguments qui sont agréés, décantés et peaufinés par des auditoires concentriques allant du plus spécialisé, voire du plus secret, vers le plus profane¹². En cela, la rhétorique peut être un moyen d'occuper ces nouveaux espaces, d'y réinstaller « l'empire » du droit¹³.

⁷ P. Catala, « L'immatériel et la propriété », in *Le droit et l'immatériel*, Arch. phil. droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 61-63.

⁸ P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF.

⁹ Ch. Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, rééd. 1999.

¹⁰ Dans ce sens, R. Koren, *Après Perelman : quelles politiques pour les nouvelles rhétoriques ? : l'argumentation dans les sciences du langage*, 2003.

¹¹ N. Luhmann, « L'unité du système juridique », in *Le système juridique*, Arch. phil. droit, t. 31, Sirey, 1986, p. 163-188.

¹² En ce qui concerne le droit financier, v. « Esquisse d'une sociologie du droit boursier », in *Sociologie du droit économique, L'Année sociologique*, 1999, 49, n° 2, p. 457-494.

¹³ Sur cette notion d'empire associée à la rhétorique, v. Ch. Perelman, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin « Bibliothèque des textes philosophiques », 1977.

Cette mondialisation-là n'est plus affaire de mobilité des personnes et des choses allant de territoire en territoire puisqu'elle s'est déployée dans des espaces non territorialisés, espaces nécessairement globaux parce qu'immatériels, espaces constitués par les composants mêmes, lesquels peuvent se réduire à la notion d'information. Lorsqu'il s'agit d'espace d'informations, ce qui est le cas pour Internet mais également pour les médias et pour les marchés financiers (dans la mesure où les valeurs mobilières et les titres peuvent se définir comme des mixtes d'informations sur le passé, le présent et le futur), l'espace en cause est globalisé. La technologie a permis la construction de ces nouvelles planètes et l'absence de coût dans les contacts, dans les connexions d'offre et de demande, en a permis l'expansion.

En effet, une fois constatée l'existence de ces deux mondialisations, la première n'étant que l'intensification de l'international, avec l'existence d'une efficacité accrue d'un droit négligeant les frontières pour mieux être à l'image de l'objet qu'il prétend réguler, la seconde étant la constitution d'espaces sans rattachement, pour lequel un nouveau droit est à construire, il faut immédiatement constater que cette seconde globalisation dévore la première. En effet, à travers la finance, construite sur l'information, c'est l'économie réelle qui est affectée car ces informations sont elles-mêmes des biens qui permettent le financement des activités réelles. La mondialisation a pris la voie du capitalisme et celui-ci s'est déployé dans les marchés financiers. De la même façon, à travers l'information, c'est la connaissance qui est happée par la mondialisation, l'accès à la connaissance devenant lui-même un bien. L'économie construite sur des marchés, économie encore localisée, céderait la place à une économie construite sur des accès, technologiquement globaux¹⁴. L'accès ne serait plus l'intendance, l'accessoire du bien, mais le bien lui-même, celui que le droit a pour fonction de protéger, soit en le maintenant hors du système marchand¹⁵, soit en soutenant son commerce. À tout le moins, cela requiert un nouveau droit des biens¹⁶.

Puisque cette mondialisation, à laquelle il serait plus commode et clair de réserver le vocable de « globalisation », ne s'appuie pas sur la distinction du mobile et de l'immobile, distinction dans laquelle le droit avait depuis toujours ses repères, il faut trouver des nouvelles lignes de distinctions¹⁷. La difficulté vient précisément de l'unicité très forte de la véritable globalisation, car toute information ressemble à une autre et les fonctionnements de marché sont analogues. Cette unicité vient aussi du fait que cette mondialisation est associée à la libéralisation et à l'adoption du principe d'économie libérale, par l'addition du libre-échange et de la libre concurrence, à travers le monde. À modèle unique, droit unique.

Or, les marchés agissent comme des sortes de trous noirs, dans la mesure où ils rendent mécaniquement échangeable, grâce au fluide de la monnaie, toute chose désirable pour l'obtention de laquelle la personne est disposée à verser de l'argent. De fait, la

¹⁴ J. Rifflin, *The Age of access*, Penguin Books, 2000.

¹⁵ Notamment à travers le prisme des services publics. Par ex., J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, ISUPE, 2003.

¹⁶ V., par ex., M. Jeantin, « Le droit financier des biens », in *Prospectives du droit économique*, Mélanges M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 3-10 ; v. d'une façon plus générale, F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 6e éd. 2002, n° 491 et s., p. 363 et s.

¹⁷ V. not. J.-B. Auby, préc., p. 133 et s., à propos des « polarités du droit global ».

mondialisation inverse l'ordre des préséances normatives, les agents prétendant ne plus dépendre du droit pour que les choses se transforment en biens, le désir de possession opérant cette transformation et non plus le droit dans son ambition morale de distinguer le commerce et le hors commerce. Le droit peut aussi ne pas le prendre pour acquis. Ce faisant, le droit trouve alors une distinction en son sein, suivant qu'il suit l'ordre spontané ou qu'il entend le contraindre, voire le construire.

Le critère distinctif n'est pas le marché, en tant que le droit porterait dans certains cas des valeurs hétérogènes aux marchés et dans d'autres non, car d'une part l'économie marchande n'est pas exempte de valeurs – les valeurs peuvent se développer dans le marché – et d'autre part le droit ne peut se mécaniser au point de ne plus en porter – le droit exprime par nature des valeurs¹⁸.

La distinction peut être à la fois plus politique et plus neutre, dans ce rapport entre le droit et la nature dont le droit ne doit jamais s'échapper et dans lequel il a son jeu à faire. On peut distinguer d'une part le droit qui a pour fin de favoriser les mécanismes vers lesquels la nature actuelle des choses incline mais pour lequel le droit est néanmoins requis, c'est le droit qui va permettre les échanges marchands en accroissant notamment la sécurité de ceux-ci, voire en constituant l'armature de nouveaux marchés. En cela, le droit global rejoindrait la tradition du droit international, construit autour du principe de neutralité¹⁹.

D'autre part, le droit peut avoir pour fin de contrer ces élans, en préservant les personnes d'être objets de marché ou en contrariant l'ajustement des prix pour des biens dont il s'agit d'organiser l'accès, par exemple les médicaments vitaux. Il s'agira alors de retrouver le dynamisme du rapport entre le pouvoir et la règle, ce par quoi Erhard Friedberg définit l'action organisée²⁰ et à laquelle la philosophie politique du droit donne écho. Si l'on reprend les réflexions de Michel Foucault sur la « gouvernementalité »²¹, celle-ci se conçoit et se donne à voir à travers l'ordonnement des villes et les traités d'urbanisme, aussi bien que dans le tracé politique des palais²². Les espaces globaux nous ont privés de cette architecture du pouvoir. Aujourd'hui, le droit est seul à pouvoir encore donner à voir une sorte de gouvernement des choses alors qu'aucun signe matériel n'affleure plus, en posant des limites et des règles, en prenant la parole²³.

¹⁸ Pour une analyse plus développée, v. « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. Pirovano, sous presse.

¹⁹ Roland Barthes, dans son étude générale de la neutralité, vise à plusieurs reprises cette caractéristique du droit international (*Le neutre*, leçons au Collège de France, 1977-1978, Seuil).

²⁰ *Le pouvoir et la règle. Dynamiques de l'action organisée*, Seuil « Sociologie », 1993.

²¹ Démonstration qui, s'appuyant sur l'exemple de la ville de Richelieu, montre que l'installation du pouvoir consiste à dessiner l'espace, ici l'espace urbain (*De la gouvernementalité*, leçons d'introduction au Collège de France 1978-1979, Seuil, 1989) mais l'on sait aussi l'usage que Louis XIV fit dans ce sens des jardins.

²² M.-F. Auzépy et J. Cornette (dir.), *Palais et pouvoir*, Presses Universitaires de Vincennes, 2003.

²³ Cette référence à la normativité du langage et au caractère performatif du droit dans des espaces juridiques transformés en enceintes rhétoriques a ses limites. Ainsi, le secrétaire général de l'Organisation Mondiale du Commerce a dû récemment rappeler que la rhétorique ne remplit pas les ventres des enfants.

La distinction correspond alors à un choix politique, entre d'une part un droit au service de cette nouvelle nature des espaces globaux immatériels, un droit adhérant tout entier à cette nouvelle nature, et d'autre part un droit prétendant en faire ou en refaire l'architecture. Voilà le thème de la régulation de la mondialisation par le droit, c'est-à-dire pour reprendre le sens historiquement premier et politique de la régulation, ce par quoi l'exercice du pouvoir est mis à distance par rapport à celui qui l'exerce²⁴. Dans le premier cas, la question du droit est celle des moyens, un droit tout d'exécution par rapport à la nature dont il reprend le contour – ici le contour du langage –, dans le second cas, le droit s'appuie sur la nature pour la détermination des moyens mais revendique l'exercice de poser des fins²⁵.

Comme pour le passage de l'immobile au mobile (cette première distinction dans une mondialisation comme forme extrême de l'internationalisation), le droit peut, dans cette seconde distinction au sein des espaces globaux, passer de l'un à l'autre, de l'invention et de la gestion des moyens à la détermination des fins. C'est ainsi que le droit qui se consolide et se conçoit chaque jour au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce, initialement conçu comme de la première sorte, ne devra sans doute sa survie qu'en entrant dans la seconde sorte. Ce faisant, alors que l'internationalisation des échanges a mis en exergue le caractère instrumental du droit, le droit de la globalisation devient imminemment politique, renvoyant à une invention de la place que doivent alors les êtres humains dans un monde dont le droit forme la seule architecture²⁶. Les organismes mondiaux et les principes juridiques communs en sont les nouveaux palais.

96, rue Saint Dominique 75007 Paris
mafr@noos.fr

²⁴ On retrouve ici les conceptions de Jean Bodin, tel que le droit public classique l'exprimait. V. Fr.-X. Testu, *La distinction du droit privé et du droit public*, Dalloz 1998, p. 345-355.

²⁵ M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, PUF, 1995, X-89, p. 234 : « Il y a deux façons d'envisager la nature selon qu'on lui demande des moyens ou des fins ; elle est réceptacle des deux. Mais voici que nous lui demandons des fins selon que nous l'interrogerons relativement aux moyens – ou alors à qui demander des fins ? C'est qu'on avait cru pouvoir s'adresser à ce propos à d'autres sources qui étaient religieuses. Et tout le mal est un effet du cléricalisme ». Sur la tentation actuelle de ne plus recourir à la distinction classique des moyens et des fins, v. E. de Fontenay, « Une communauté de destin », in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois Éditeur, 1988, p. 373-385, spéc. 378.

²⁶ Sur cette notion d'architecture sans cesse appliquée aux questions institutionnelles posées par la mondialisation, v. par ex. *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, Doc. Française, 2002, ou *La Gouvernance financière mondiale*, Revue d'Économie Financière, 2003.