



HAL
open science

Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ?

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ?. Le droit saisi par la mondialisation, Bruylant, pp. 37-61, 2001. hal-01759953

HAL Id: hal-01759953

<https://hal.science/hal-01759953v1>

Submitted on 5 Apr 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MONDIALISATION DU DROIT OU DROIT DE LA MONDIALISATION ?

Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

in C.A. Morand (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, pp. 37-61

Bénéficiant désormais d'une large diffusion, le thème de la « mondialisation du droit » tend à s'imposer comme un axiome, relevant de l'ordre des évidences et n'appelant plus de véritable démonstration : un mouvement irrésistible pousserait au dépassement des cadres juridiques hérités du passé ; on verrait progressivement émerger un « droit commun »¹, débordant les frontières de l'Etat-Nation. Ce mouvement s'inscrirait dans un processus plus global de transformation des sociétés contemporaines. La mondialisation correspond en effet à une étape radicalement nouvelle, qualitativement différente de l'internationalisation qui s'était développée après la Seconde guerre mondiale : alors que l'internationalisation prenait appui sur les Etats-Nations, qui continuaient à s'imposer comme des dispositifs nécessaires de médiation, la mondialisation échappe largement à leur emprise ; et sa portée n'est plus seulement économique, mais aussi sociale, culturelle, politique². Véritable « paradigme », rendant compte des transformations de tous ordres induites par l'émergence d'un « monde sans frontières », la mondialisation ne saurait dès lors manquer d'avoir une incidence sur le droit³ : ouvrant une brèche dans le monopole que les Etats-Nations s'étaient arrogés sur le droit⁴, elle sape les fondements du droit moderne, tels qu'ils avaient été posés dans la pensée occidentale entre le XVIème et le XVIIIème siècles ; non seulement elle affecterait les formes et les modalités de la régulation juridique, mais encore elle obligerait à repenser le droit⁵. Si le rythme de l'évolution reste incertain, en revanche le sens de la trajectoire est nettement tracé.

Le thème de la « mondialisation du droit » comporte pourtant un certain nombre d'équivoques, qui appellent un examen plus attentif. Il amalgame en effet des phénomènes de nature et de portée différentes : le processus de rapprochement entre les droits étatiques, qui témoigne d'une perméabilité nouvelle des systèmes juridiques nationaux ; la reconnaissance de certains principes d'application générale, qui révèle l'existence d'une communauté de valeurs entre tous les Etats ; le développement, en relation avec l'explosion des flux transfrontières, d'un droit conçu et appliqué en dehors de l'intervention des Etats. Si tous ces phénomènes illustrent, à des titres divers, le décloisonnement de l'espace juridique étatique, ils montrent aussi que la mondialisation du droit peut emprunter des voies sinueuses, voire divergentes : elle peut passer par la médiation des Etats ou tendre à les court-circuiter ; et ses effets sur les modes de construction du droit ne sont pas identiques. Plus profondément, la relation que le droit entretient à la mondialisation est ambivalente. D'un côté, *la mondialisation travaille les ordres juridiques internes*, auxquels elle fait subir une véritable transmutation : elle entraîne l'édification d'un ensemble de règles et de principes, placés sous le sceau de l'universel et

¹ Delmas-Marty 1994, 1996, 1998..

² Elle serait caractérisée par la concordance de cinq grandes mutations : mondialisation des marchés, mondialisation de la communication, mondialisation culturelle, mondialisation idéologique, mondialisation politique —, qui tendraient à s'enchaîner et à se répondre (Laïdi, 1997).

³ Arnaud 1998.

⁴ Salas, 2000.

⁵ Chevallier, 1998a.

auxquels les Etats sont invités à adhérer ; les particularismes des droits nationaux se trouvent ainsi progressivement réduits et sur-déterminés par l'existence d'un commun dénominateur. De l'autre, *la mondialisation entraîne la production d'un corpus de règles juridiques spécifiques* : le recours au droit est en effet indispensable pour discipliner son cours et canaliser son développement ; on voit ainsi apparaître, à côté du droit classique, un droit nouveau, dont l'objet est d'encadrer et de réguler les flux résultant de l'interpénétration croissante des économies. Par « mondialisation du droit », on entend donc tout à la fois l'émergence d'un « *droit mondialisé* », forgé à partir de références communes et dans lequel les droits nationaux se trouvent, au moins en partie subsumés, et la construction d'un « *droit de la mondialisation* », « droit instrumental qui organise la circulation des échanges » (D. Salas).

S'ils sont l'un et l'autre dérivés de la mondialisation, ces deux types de droits relèvent bel et bien d'une logique différente (I). Néanmoins, si leur développement est parallèle, ils n'en restent pas moins interdépendants, en se prêtant un appui mutuel (II). L'exemple de la lutte contre la corruption permettra d'illustrer à la fois ces divergences et ces interférences inévitables.

I / DES PROCESSUS PARALLELES

Sous-tendus par des logiques différentes, droit mondialisé et droit de la mondialisation disposent, à première vue, chacun d'une dynamique propre d'évolution : le premier, qui résulte de la constitution progressive d'un socle de règles et de principes communs, se traduit par un mouvement de *rapprochement des systèmes juridiques étatiques* ; le second, né d'un besoin de régulation des échanges, tend à l'*émergence d'un espace juridique nouveau*, débordant les frontières étatiques. Alors que le développement du premier est un élément constitutif de la mondialisation, en témoignant d'une interdépendance croissante des droits étatiques, le second est le sous-produit d'une mondialisation dont il épouse les contours et suit les vicissitudes. A la différence du droit mondialisé, dont l'édification s'inscrit dans un temps long, l'essor du droit de la mondialisation est consécutif à l'explosion des flux transfrontières qui s'est produite au cours de la décennie 90.

A) *Les progrès de la mondialisation du droit*

La mondialisation du droit se traduit par la constitution d'un *fonds commun de règles* d'application générale. Sans doute, ces règles ne forment-elles pas un ensemble cohérent et unifié, véritable « ordre juridique transnational » surplombant les droits étatiques : de portée variable et de contenu évolutif, elles se diffusent de manière souple, par voie d'incorporation dans les ordres juridiques internes ; et la technique conventionnelle par laquelle elles se propagent laisse aux Etats la maîtrise, au moins théorique, du processus. Néanmoins, au fil de l'évolution, c'est bien l'esquisse d'un « droit mondialisé » qui se profile.

1° C'est autour des *droits de l'homme* que ce socle a été formé et progressivement enrichi depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. L'importance de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, ne saurait à cet égard être sous-estimée : sans doute ne s'agit-il que d'une simple « déclaration », dont la portée est surtout symbolique ou morale, faute d'un système de protection approprié ; elle n'en constitue pas moins la première tentative de construction d'un socle de valeurs communes, par-delà la diversité des régimes politiques, ainsi que d'affirmation de l'existence de droits s'imposant aux Etats. La signature le 16 décembre 1966, sous l'égide des Nations-

Unies, des deux Pactes relatifs, l'un aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques et sociaux — pactes complétés par des conventions particulières et par des instruments régionaux, au premier rang desquels figure la Convention européenne signée le 4 mars 1950, précisée et complétée par un ensemble de protocoles additionnels — donnera à cette déclaration toute sa portée, en faisant entrer les droits de l'homme dans le droit international positif et en les incorporant dans le droit des Etats membres : on assiste ainsi à l'édification d'un bloc de « droits fondamentaux », véritable patrimoine commun de l'humanité, applicable par-delà la diversité des configurations étatiques ; même si l'absence de mécanismes de protection et de sanction, sauf au niveau européen, rendait cette proclamation assez illusoire et si l'adhésion de nombre d'Etats était purement formelle, un jalon fondamental était ainsi posé.

Une nouvelle étape a été franchie au cours de la décennie 90 par un double mouvement d'élargissement et d'imposition⁶ : tandis que la protection des droits de l'homme se trouve inscrite dans une perspective plus large, illustrée par le triptyque « droits de l'homme-démocratie pluraliste-Etat de droit », cette problématique est devenue hégémonique, par le jeu de l'élimination des versions concurrentes ; la conception libérale des droits et libertés tend alors à s'imposer comme le soubassement nécessaire de l'ordre juridique étatique. C'est sur le théâtre européen, et plus précisément dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) que s'est effectué ce déplacement : dans le document adopté le 29 juin 1990 à la réunion de Copenhague, les Etats participants « reconnaissent que la démocratie pluraliste et l'Etat de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » ; et la Charte de Paris adoptée le 21 novembre 1990 confirme que « les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit » constituent, en tant que « conditions de la liberté, de la justice et de la paix » la clef de voûte de la « nouvelle Europe ». Ce travail d'imposition sera prolongé au niveau international, notamment sous l'égide des Nations-Unies : la déclaration finale de la Conférence sur les droits de l'homme, tenue à Vienne appelle ainsi en juin 1993 « les Etats à renforcer les institutions nationales et infrastructures qui maintiennent l'Etat de droit », en vue de créer « les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales ».

Ainsi officialisé, ce modèle va se propager avec une exceptionnelle rapidité : cette diffusion est le sous-produit de l'effondrement du socialisme et des impasses du développement, qui ont entraîné le ralliement à la conception libérale de l'organisation politique ; on assiste ainsi à « l'implémentation progressive d'une démocratie à l'occidentale sur la surface du globe »⁷. Elle témoigne en tout premier lieu de la force d'attraction d'un modèle qui est parvenu à asseoir progressivement son hégémonie : il n'est plus question de construire des modèles alternatifs, mais de calquer le plus fidèlement possible des institutions des pays occidentaux. C'est aussi le produit de pressions plus explicites exercées sur les pays de l'Est et du Sud : les institutions européennes et les institutions financières internationales ont ainsi puissamment favorisé, par le biais de la « conditionnalité démocratique », l'importation des nouveaux principes. Ainsi constate-t-on que les nouvelles Constitutions des pays de l'Est et du Sud proclament explicitement leur adhésion aux droits de l'homme à la démocratie et à l'Etat de droit. Sans doute la marge entre la lettre et la pratique est souvent considérable : il n'en reste pas moins que, placé sous le sceau de l'universalité, le triptyque est devenu une référence incontournable, dont il est impossible de se passer ; le modèle s'est ainsi mondialisé.

2° La mondialisation du droit n'est pas cantonnée au seul domaine des droits de l'homme, même si celui-ci constitue son noyau dur et son terrain d'application privilégié : on trouve en

⁶ Chevallier, 1998b.

⁷ Arnaud, in Clam et Martin 1998, 79.

effet désormais, dans de nombreuses branches du droit, des normes d'origine internationale, souvent élaborées sous l'égide des organisations internationales spécialisées relevant du système des Nations-Unies, et incorporées à l'ordre juridique interne ; le champ de ce « *droit commun* », d'application générale, tend ainsi à s'élargir toujours davantage. Cet essor du droit international conventionnel ne permet cependant pas de prendre l'exacte mesure d'une mondialisation qui passe par des voies plus subtiles : comme l'a bien montré M. Delmas-Marty, l'« unification » qui résulte de l'établissement d' « un ensemble unique de règles désormais communes » mais aussi de l'intégration dans les droits nationaux de « règles identiques, préalablement définies par des conventions internationales »⁸, se double en effet de procédés plus souples d'« harmonisation », relevant d'une « conception tolérante et pluraliste du droit » et tendant au rapprochement des systèmes juridiques » par l'établissement de « règles communes minimales » ; il ne s'agit plus alors d'éliminer toute différence, mais seulement d'exclure celles qui sont jugées « incompatibles ». L'harmonisation résulte notamment de la diffusion de « principes communs », servant de guides d'interprétation et jouant par là le rôle de réducteur de la diversité des droits étatiques : on trouve ainsi au niveau international des agents actifs d'harmonisation, formant de véritables « communautés épistémiques », dont l'intervention contribue à résorber les contradictions, à réduire les dissonances entre les droits étatiques, par la constitution d'un référentiel commun⁹. Renvoyant à des valeurs plus générales, les « principes directeurs » constituent un puissant vecteur de mise en cohérence : comme le note C.A. Morand¹⁰, « les règles fixes sont des portes, les principes directeurs des ponts permettant de relier plusieurs territoires normatifs, plusieurs régulations établies souvent selon des logiques propres » ; ils assurent une connexion transversale entre les ordres juridiques étatiques.

L'extension continue de ce fonds commun de règles et de principes n'est pas seulement l'expression d'une interdépendance croissante entre les Etats, illustrée par une communauté toujours plus grande de valeurs¹¹ ; c'est aussi le produit de mécanismes plus diffus d'imposition. D'une part, le *mimétisme* pousse les Etats à se rallier au modèle juridique qui est celui des pays dominants : le « transfert de technologies institutionnelles »¹² témoigne, on le sait, de l'aptitude des pays exportateurs à imposer leurs valeurs et de l'incapacité des pays importateurs à préserver les leurs ; l'hégémonie idéologique conquise par le modèle libéral au début des années 70 a ainsi été un puissant accélérateur de la mondialisation du droit. Parallèlement, l'influence du modèle juridique américain tend à s'étendre sur toutes les branches du droit¹³. Cette « américanisation du droit » se fait sentir en particulier dans le domaine économique : les nouvelles règles du « gouvernement d'entreprise » (*corporate governance*), telles qu'elles ont été définies aux Etats-Unis, ont gagné l'ensemble des pays occidentaux, et au-delà, notamment sous l'influence des fonds de pension¹⁴ ; et, de même, une série de règles relatives au fonctionnement des marchés financiers (transparence...) sont en voie de transposition. Plus généralement, la construction dans les pays en transition d'une économie de marché a été assortie d'une importation pure et simple des techniques juridiques anglo-saxonnes. D'autre part, la *dépendance* accroît la vulnérabilité vis-à-vis des influences extérieures et partant la perméabilité du système juridique : les dispositifs d'aide vont être assortis d'un ensemble de contraintes d'ordre institutionnel ainsi que de l'exigence de

⁸ Delmas-Marty 1994, 108 ss.

⁹ Voir pour une application de cette analyse à l'Europe, Dulong 2000.

¹⁰ Morand 1999.

¹¹ Moreau-Defarges, 2000.

¹² Mény 1993.

¹³ Voir *Revue des deux mondes* 2000 et « L'américanisation du droit : mythes ou réalités », Colloque de l'Association française de philosophie du droit, Paris, 8-9 juin 2000.

¹⁴ Le projet de loi en cours de discussion en France sur « les nouvelles régulations » reflète cette influence.

transposition des standards juridiques dominants dans la société internationale ; les institutions financières internationales ont ainsi été, au cours de la dernière décennie, des agents actifs de propagation d'un certain modèle juridique. Alors qu'elles s'étaient préoccupées jusqu'alors exclusivement de la dimension économique du développement, en préconisant l'adoption de solutions de type libéral, elles vont mettre désormais l'accent, d'une part sur la nécessité d'institutions publiques efficaces pour accompagner le développement économique, d'autre part sur le respect de certaines exigences juridico-politiques. Une « *good governance* » implique : que la sécurité des citoyens soit assurée et le respect de la loi garanti (Etat de droit) ; que les organismes publics gèrent de façon correcte et équitable les deniers publics (bonne administration) ; que les dirigeants politiques rendent compte de leurs actions (responsabilité et imputabilité) ; que l'information soit disponible et accessible à tous (transparence).

Cette problématique de la « bonne gouvernance » sera retranscrite par les Nations-Unies, notamment dans le cadre du programme pour le développement (PNUD) et diverses organisations internationales, telles l'OCDE et l'UNESCO ; elle débouchera sur des pressions en vue de l'introduction dans les législations des Etats en cause de dispositifs de lutte contre la corruption. En octobre 1996, à l'occasion de l'assemblée annuelle du FMI et de la Banque mondiale, MM. Camdessus et Wolfensohn donnaient le départ à la lutte contre « le cancer de la corruption », qui « détourne l'argent vers les plus riches, accroît le coût de toutes les activités, provoque de graves distorsions dans l'utilisation des ressources collectives et fait fuir les investissements étrangers » : le rapport de la Banque mondiale de juin 1997 appellera à prendre des mesures radicales pour la combattre, en renforçant la surveillance des fonctionnaires et en punissant ceux qui se rendent coupables de malversations ; la lutte contre la corruption est conçue comme un des éléments majeurs de la bonne gouvernance et les institutions internationales commencent à subordonner l'attribution de leur aide, du moins pour certains pays (Argentine, Kenya en juillet 1997) à l'adoption de telles mesures. Cette action s'amplifiera avec l'assistance apportée par la Banque mondiale et par l'ONU, dans le cadre d'un « programme global de lutte contre la corruption », aux pays ayant accepté de s'engager dans cette voie. La lutte contre la corruption devient ainsi un standard international, que tous les Etats sont invités à adopter, sous la pression insistante des différentes organisations internationales.

On voit ainsi s'affirmer un ensemble de règles et de principes communs, auxquels tous les Etats sont amenés progressivement à adhérer, en les transcrivant dans leur ordre juridique interne : si cette adhésion est souvent formelle et n'exclut pas de sensibles écarts, elle aboutit bien à la constitution de véritables *standards juridiques internationaux* ; et ce « droit mondialisé » connaît depuis la décennie 90 une progression spectaculaire. Parallèlement, la mondialisation des échanges a appelé l'adoption de règles destinées à l'encadrer.

B) L'émergence d'un droit de la mondialisation

Continu depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, le processus d'internationalisation, qui s'était traduit par le développement des échanges internationaux et des firmes multinationales, a connu un véritable saut qualitatif au cours de la décennie 90, avec l'*explosion des flux transfrontières* : tandis que l'on assistait à une nouvelle et spectaculaire intensification des échanges et à la montée en puissance des multinationales, la globalisation financière a supprimé les barrières qui entravaient les mouvements de capitaux et le développement d'Internet a créé les conditions d'une libre circulation des flux d'information d'un bout à l'autre de la planète ; l'économie mondiale est entrée dans l'ère de la globalisation. Cette globalisation entraîne l'érosion des capacités de régulation étatique : les Etats sont désormais traversés par des flux de tous ordres, qu'ils sont incapables de contrôler, de canaliser et au besoin d'endiguer ; le droit étatique perd toute prise directe sur des phénomènes qui se déploient sur une échelle

infiniment plus vaste. Or, une régulation s'avère plus que jamais indispensable et cette régulation passe nécessairement par le canal du droit¹⁵ : non seulement le bon fonctionnement d'un marché désormais globalisé suppose l'établissement de règles, réclamées par les opérateurs eux-mêmes, et destinées à encadrer le jeu de la concurrence, mais encore des mesures doivent être prises pour lutter contre la criminalité transfrontières ; la globalisation a en effet favorisé le développement de réseaux terroristes et mafieux transnationaux¹⁶, l'explosion du marché de la drogue et le recyclage des flux d'« argent sale »¹⁷. Un droit nouveau doit donc être construit à côté du droit traditionnel d'origine étatique, pour répondre aux défis de la mondialisation.

1° Ce « droit de la mondialisation » est largement construit à l'initiative des *opérateurs économiques*. Le processus de globalisation conduirait irrésistiblement en effet à l'apparition d'un « droit global », conçu et appliqué en dehors des Etats : c'est la thèse d'A.J. Arnaud¹⁸, pour qui les échanges entre acteurs économiques passeraient de plus en plus par l'élaboration de règles et le recours à des mécanismes de solution des litiges évitant la médiation étatique. La globalisation juridique prendrait la forme de « relations juridiques dont le traitement dépasse le cadre national ou communautaire, sans entrer dans l'espace juridique international stricto sensu ». Corrélativement, on verrait s'esquisser une restructuration des professions juridiques, par la création, sur le modèle américain, de grands cabinets de conseil, chargés d'apporter aux opérateurs économiques les ressources juridiques nécessaires et servant de lieu de règlement amiable des différends.

Le droit de la mondialisation serait d'abord formé à partir des *usages du commerce international*¹⁹ : au fil des échanges se sont consolidées des pratiques communes, reposant sur le consensus des parties ; la Chambre de commerce internationale a, par ses travaux, contribué à fixer ces usages, par exemple en matière de vente (Incoterms). Le recours à l'*arbitrage* manifeste tout autant la spécificité du droit de la mondialisation : l'arbitrage en effet, non seulement aboutit à soustraire les litiges entre opérateurs économiques à la compétence des tribunaux étatiques, mais encore permet la prise en compte d'autres règles que le seul droit étatique (usages, jurisprudence arbitrale) ; les agents économiques « tiennent à choisir leurs juges et à être jugés en application d'un droit spécifique adapté aux besoins du commerce international »²⁰. Or, l'arbitrage a connu un développement prodigieux, favorisé par la pression des *law firms* américaines et par le très grand libéralisme des Etats : il est devenu le procédé normal de règlement des différends commerciaux internationaux ; et son institutionnalisation, par la mise en place de structures permanentes²¹ et l'harmonisation des législations nationales²², tend à en faire la « juridiction de droit commun des affaires internationales »²³. Le droit de la mondialisation paraît bien être à ce titre une version moderne de la *lex mercatoria* qui, forgée à l'initiative des marchands à la fin du Moyen-Age en relation avec le

¹⁵ Comme le notait M.A. Frison-Roche (« Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Le Monde* 12 décembre 1996), « il ne peut y avoir mondialisation des échanges économiques satisfaisante qu'accompagnée d'une universalisation du droit ».

¹⁶ Laroche 1998, 87 ss ; Sommier 1998.

¹⁷ Évalués à quelque 500 milliards de dollars. Voir Lascoumes 1999.

¹⁸ 1998, 32-33.

¹⁹ Schapira, Leben 1994.

²⁰ Racine, J.B. in Clam et Martin, 229 ss.

²¹ Telles que la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ou le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements créée en 1965.

²² Une loi-type sur l'arbitrage commercial international a été élaborée, que l'Assemblée générale des Nations-Unies a recommandé le 11 décembre 1985 aux Etats de prendre en considération.

²³ Racine, J.B., préc.

développement des échanges, s'était progressivement effacée, sans pour autant totalement disparaître, devant l'affirmation des droits étatiques : « droit instrumental entre les mains des praticiens et fait par eux »²⁴, le droit de la mondialisation échapperait à l'emprise étatique ; la question se pose dès lors de savoir s'il ne constitue pas un *ordre juridique* distinct, autonome par rapport à celui des Etats.

Néanmoins, l'autonomie de cette *lex mercatoria* moderne, formée à partir des usages du commerce international et de la jurisprudence arbitrale, est sujette à caution. D'abord, même si l'on constate une acceptation grandissante des usages du commerce international par les juridictions nationales, la *lex mercatoria* reste de portée limitée : « les opérateurs du commerce international ne l'aiment pas parce qu'elle contient peu de règles et des règles fort vagues »²⁵ ; aussi les parties préfèrent-elles dans l'arbitrage s'appuyer sur des sources plus solides. Ensuite, un certain nombre des règles conçues par les opérateurs économiques supposent pour prendre leur plein effet d'être reprises par les Etats ; c'est notamment le cas en ce qui concerne le processus de normalisation, dont on connaît l'importance dans la mondialisation économique : si elles sont élaborées par les professionnels, les normes techniques — « documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux »²⁶ — sont rendues obligatoires par l'intervention d'autorités publiques, aussi bien au niveau international (*International Standardisation Organisation* créée en 1946), européen (Comité européen de normalisation créé en 1966) que national (AFNOR en France). Il en va de même pour les codes de bonne conduite qui, s'ils témoignent d'une volonté d'auto-régulation professionnelle, supposent un mécanisme au moins tacite d'officialisation²⁷ ; le problème se pose notamment en ce qui concerne la régulation d'Internet, qui n'est possible qu'avec la participation des professionnels mais suppose aussi la caution étatique ; d'où le concept de « co-régulation » qui est désormais avancé²⁸. Si la mondialisation renforce l'intervention des opérateurs dans la formation du droit, celle-ci s'inscrit le plus souvent dans un processus d'élaboration complexe, reposant sur la collaboration des partenaires privés et publics. Enfin, les usages ne constituent qu'un élément d'un droit de la mondialisation qui s'appuie aussi sur les dispositifs du droit international économique : les Etats participent eux-mêmes à l'essor du droit de la mondialisation, par l'adoption de règles conventionnelles destinées à favoriser la sécurité et le développement des échanges internationaux²⁹ ; le droit de la mondialisation n'est pas tout entier contenu dans la *lex mercatoria*. Il s'applique d'ailleurs directement aux Etats dans le cadre des « contrats d'Etat » qu'ils passent avec des opérateurs privés³⁰.

2° Le droit de la mondialisation est donc aussi le produit d'une *construction inter-étatique* : les règles encadrant les échanges sont, en grande partie, issues de conventions entre Etats ou forgées par les organisations internationales qu'ils ont mises en place ; au fur et à mesure des progrès de la mondialisation, on constate que le mode d'élaboration conventionnel tend à être combiné avec un mode de production institutionnel.

²⁴ Salas, préc.

²⁵ Mayer 2000.

²⁶ Boy, L., in Clam et Martin 1998, 183 ss.

²⁷ Farjat, G., in Clam et Martin 1998, 151 ss.

²⁸ Ce concept est central dans le texte en cours de préparation en France sur le problème.

²⁹ Telle la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.

³⁰ Leben (1998) a bien montré que, si ces contrats ne peuvent être des contrats conclus dans l'ordre juridique de la *lex mercatoria*, ils n'en constituent pas moins l'illustration d'un ordre international qui n'est plus seulement interétatique.

La substitution de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à l'Accord général sur les tarifs et le commerce (GATT) en est l'illustration emblématique : si les accords conclus dans le cadre du GATT ont contribué à poser le cadre nécessaire à la libéralisation des échanges, par l'adoption de certains principes — tels la non-discrimination entre les pays membres (avec le corollaire de la clause de la Nation la plus favorisée), le traitement national des produits étrangers, une base tarifaire stable pour les échanges, la prohibition des restrictions quantitatives à l'exportation — et ont permis des avancées successives sur la voie de l'abaissement des tarifs douaniers, la décision prise le 15 décembre 1993, au terme de l'Uruguay Round, d'instituer l'OMC, dont la création avait été prévue dès 1947, a constitué un tournant essentiel, en transformant les conditions de production du droit mondial des échanges. L'OMC est en effet une organisation internationale, qui comporte, en dehors des structures héritées du GATT, un secrétariat permanent, dirigé par un directeur général : elle a pour fonction, non seulement de libéraliser le commerce international, par la conclusion d'accords sectoriels multilatéraux, mais encore d'élaborer une réglementation générale applicable au commerce international et de résoudre les litiges survenus entre les Etats ; l'institution d'un mécanisme de règlement des différends³¹ est l'innovation la plus spectaculaire, en marquant la naissance d'une véritable juridiction mondiale des échanges. En dépit de l'échec de la conférence de Seattle fin 1999³², le bilan de l'OMC est d'ores et déjà impressionnant : les accords conclus sous son égide³³, les réflexions engagées sur un ensemble de problèmes³⁴ et surtout les nombreux litiges portés devant elle³⁵ montrent qu'elle est devenue le véritable régulateur des échanges internationaux, dont le rôle augmente sans cesse, comme le montrent l'écho donné à ses travaux et l'élargissement de son périmètre³⁶.

La *lutte contre la corruption* témoigne à la fois de la dynamique d'expansion du droit de la mondialisation et des modalités complexes de son élaboration. Alors que la lutte contre la corruption avait été dans un premier temps seulement perçue comme un des principes de la bonne gouvernance interne, elle va être considérée, dans la seconde moitié de la décennie, comme l'une des conditions du bon fonctionnement des échanges : non seulement la corruption fausse le jeu de la concurrence, mais encore elle alimente les circuits de blanchiment de l'argent sale ; une réglementation internationale doit donc être adoptée afin d'éviter qu'elle ne perturbe l'équilibre du système économique et financier international. La mise en avant de cette exigence révèle une perception plus claire des implications d'une mondialisation qui suppose loyauté, transparence et égalisation des conditions de la concurrence, aussi bien entre les opérateurs économiques qu'entre les Etats ; elle montre aussi une prise de conscience nouvelle de la nécessité de lutter contre les circuits financiers criminels qui se sont greffés sur la mondialisation des échanges ; la même exigence sous-tend

³¹ Comme dans le cadre du GATT, les Etats membres de l'OMC parties à un différend peuvent demander la convocation d'un « panel », c'est-à-dire d'un groupe de trois experts originaires de pays non impliqués dans le conflit ; mais le dispositif prévu dans le cadre de l'OMC voit son efficacité considérablement renforcée, du fait de l'impossibilité pour les membres de s'opposer à la demande de constitution d'un panel, de l'unanimité qui est requise pour refuser les conclusions des experts et de l'institution d'un organe d'appel permanent.

³² La conférence devait débattre de l'ouverture d'un nouveau cycle de négociations multilatérales (« cycle du millénaire »), orienté vers la libéralisation de l'agriculture et des services.

³³ Accords concernant notamment les technologies de l'information (décembre 1996), les marchés des télécommunications (février 1997) et des services financiers (décembre 1997).

³⁴ Tels que les liens entre le commerce et l'environnement, les politiques nationales de concurrence ou la transparence des marchés publics.

³⁵ Quarante en moyenne par an, ayant porté notamment sur les bananes, le boeuf aux hormones ou les aides fiscales à l'exportation.

³⁶ Les négociations sur l'adhésion de la Chine ont finalement abouti en mai 2000.

parallèlement les initiatives visant à mieux contrôler les « paradis fiscaux »³⁷ qui, non seulement faussent la concurrence, mais encore servent de plaques tournantes au blanchiment de l'argent et attirent des flux financiers liés à la fraude fiscale, au risque de déstabiliser le système financier international. Les incidences de la corruption sur le fonctionnement de l'économie mondiale rendent désormais insuffisantes les mesures prises au niveau interne, au nom d'une bonne gouvernance : elles appellent des « réponses supranationales »³⁸ impliquant la coopération entre les Etats et débouchant sur l'adoption de règles d'application générale³⁹ ; la corruption passe ainsi sous l'empire du droit de la mondialisation. Quant à la construction d'un dispositif anti-corruption au niveau international, elle sera le produit d'initiatives multiples mais convergentes, prises dans un cadre régional⁴⁰ ou général : l'ONU, le FMI et la Banque mondiale, l'OMC s'engageront, à des titres divers, sur ce terrain ; mais ce sont les travaux menés au sein de l'OCDE — dont l'action en faveur de la mondialisation avait été déjà mise en évidence par le projet d'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) d'avril 1998 —, qui s'était penchée sur le problème dès 1989, qui seront les bons, en débouchant le 17 décembre 1997 sur l'adoption d'une convention contre la corruption active dans les transactions commerciales internationales⁴¹. Le processus témoigne bien des conditions d'élaboration du droit de la mondialisation, conçu dans le cadre institutionnel des organisations internationales et adopté par la voie de conventions entre Etats.

La mondialisation du droit recouvre donc bien deux types de processus différents : tandis que le rapprochement des ordres juridiques étatiques atteste de la formation progressive d'une communauté de valeurs, placées sous le sceau de l'universel, on assiste à la construction d'un corpus de règles spécifiques, provenant d'initiatives diverses, visant à favoriser le développement des échanges ; or, non seulement ces processus semblent cheminer en parallèle, mais encore leur ajustement est, à première vue problématique, l'*axiologie* des droits de l'homme sur laquelle s'appuie le premier apparaissant largement antinomique avec la *pragmatique* de libéralisation des échanges sur laquelle repose le second⁴². Néanmoins, des passerelles existent, qui réduisent les contradictions éventuelles.

II / DES PROCESSUS INTERDEPENDANTS

Même si chacun des processus s'inscrit dans une perspective différente, ils sont nécessairement interdépendants : de même que la mondialisation de certaines valeurs favorise la construction de règles du jeu communes entre les Etats, la consolidation d'un droit commun

³⁷ Le Forum de stabilité financière (FSF) a ainsi dressé en mai 2000, à la demande des pays industrialisés, un inventaire de 42 paradis (Iles, Etats, principautés) de ce type).

³⁸ Truche, Delmas-Marty, 1996 ; Delmas-Marty 1997, 696 ss.

³⁹ Comme le dit E. Guigou (Ass. Nat. 14 décembre 1999, *JO-Déb.*, p. 10501), « Compte tenu de l'imbrication de plus en plus poussée des économies... la lutte contre la corruption ne peut être conduite efficacement dans un cadre strictement national. Les corrupteurs et les corrompus tirent en effet adroitement parti des disparités des législations nationales... Seule la mise en oeuvre concordante d'engagements simultanés et similaires dans les différents pays... concernés est de nature à assurer les conditions justes et durables d'une lutte efficace contre la corruption ».

⁴⁰ Au sein de l'Union européenne, le protocole visant les faits de corruption portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés signé le 27 septembre 1996 sera suivi d'une convention le 26 mai 1997 tendant à l'incrimination de tout fait de corruption ; le programme de lutte contre la corruption adopté par le Conseil de l'Europe débouchera sur une convention pénale ouverte à la signature le 27 janvier 1999. Dans le cadre de l'Organisation des Etats américains (OEA), une convention sera adoptée à Caracas le 29 mars 1996.

⁴¹ Fontana 2000. Voir aussi le Colloque de l'IRIS, « Morale et relations internationales », Paris, 16-17 mai 2000.

⁴² Contradiction soulignée par M. Delmas-Marty.

des échanges est un vecteur de rapprochement des droits nationaux ; dans les deux cas, ces mouvements jouent comme élément réducteur de l'emprise symbolique et pratique de l'ordre juridique étatique. Le droit de la mondialisation apparaît ainsi comme indissociable de la mondialisation du droit : il n'est pas en effet le produit d'une génération spontanée mais l'expression d'une interdépendance nouvelle des Etats ; et l'incorporation de ses règles dans le droit interne assure leur diffusion.

A) *Le soubassement du droit de la mondialisation*

L'idée selon laquelle le droit de la mondialisation serait un droit purement instrumental ou pragmatique, généré quasi mécaniquement par la globalisation des économies et visant à encadrer son développement, est trompeuse : témoignant d'une vision économiciste du droit, elle sous-estime l'autonomie des phénomènes juridiques ; comme tout droit, le droit de la mondialisation est imprégné d'un ensemble de valeurs, relevant d'une « conception du monde ». On retrouve ainsi dans le droit de la mondialisation les déterminations inscrites au cœur même de la mondialisation du droit.

1° Le droit de la mondialisation s'appuie d'abord sur un noyau dur de représentations qui, liées entre elles et articulées de manière cohérente, forment une véritable idéologie. Cette *idéologie de la mondialisation* repose sur quelques croyances fondamentales : dans la croissance, qui assurerait un accroissement indéfini des quantités de marchandises produites, échangées et consommées ; dans la supériorité des mécanismes de marché, qui permettraient d'atteindre un optimum économique et social ; dans les bienfaits de la concurrence, qui contraindrait à un effort permanent de compétitivité, d'innovation, de modernisation ; dans les effets positifs de l'ouverture des frontières et du développement des échanges, qui seraient un élément essentiel de dynamisme et d'efficacité ; dans l'obsolescence d'un protectorat étatique, facteur de rigidité et de sclérose et désormais dépassé par l'interpénétration toujours plus grande des économies.

Le rayonnement de cette idéologie résulte de l'action conjuguée de « concepteurs », qui ont ciselé ses éléments constitutifs, et de « prescripteurs », qui ont assuré sa propagation⁴³. Du côté des concepteurs, il faut souligner le rôle joué par une série d'acteurs privés — experts internationaux, cabinets de conseil et d'audit, fondations : le forum de Davos⁴⁴, qui réunit chaque année, à l'initiative de la fondation créée en 1971 par Klaus Schwab, des chefs d'entreprise, mais aussi des personnalités politiques, des dirigeants syndicaux, des banquiers, des experts pour réfléchir aux évolutions socio-économiques en cours, a exercé à cet égard une influence majeure ; ses travaux ont imposé progressivement l'idée du caractère inévitable et bénéfique de la mondialisation, tout en définissant à l'intention des gouvernants les priorités à retenir. Mais ce rôle est également tenu par des instances plus discrètes, comme la Société du Mont Pélerin, fondée par Hayek au lendemain de la Seconde guerre mondiale, club de réflexion qui réunit les représentants les plus illustres de la pensée économique libérale et dont les travaux se déroulent à l'abri du regard des médias⁴⁵. Du côté des prescripteurs, on retrouve les institutions financières internationales. A l'intersection des deux, se situe l'OCDE, qui fonctionne davantage comme un club des pays industrialisés et dont le pouvoir est avant tout un pouvoir d'influence ; cette dimension se retrouve dans l'arène plus fermée du G 7, devenu avec l'entrée de la Russie G 8. Elevée au cours de la décennie 90 à la hauteur d'une « pensée unique », voire d'une « idéologie du monde »⁴⁶, cette idéologie de la mondialisation a eu un

⁴³ En ce sens, Laïdi 1996.

⁴⁴ Laroche 1998 175 ss.

⁴⁵ Caramel, L., « La Société du Mont Pélerin, tête pensante et réseau d'influence », *Le Monde*, 25 janvier 2000.

⁴⁶ Fitoussi, J.P., *Le Monde*, 8 juillet 1998.

double impact : tandis que les Etats étaient progressivement amenés à adhérer à la dogmatique du marché, le droit de la mondialisation en assurait la transcription sur le terrain des échanges internationaux ; ainsi, les deux processus sont-ils bien liés.

L'évolution en cours révèle une *inflexion des valeurs* sous-jacentes au droit de la mondialisation. D'une part, la prise de conscience des excès de la globalisation conduit à mettre en avant le besoin d'une régulation, passant par le renforcement du droit de la mondialisation : aussi bien le forum de Davos⁴⁷ que le groupe des pays industrialisés⁴⁸ ou les institutions financières internationales affirment la nécessité de règles du jeu nouvelles. D'autre part, une véritable « éthique de la mondialisation » se profile à travers la promotion de nouvelles exigences : tandis que la prise en compte de la dimension « sociale » manifeste la volonté de « mettre de l'humanité dans l'économie mondiale »⁴⁹, l'accent mis sur la protection de l'environnement et de la santé débouche sur la formulation de nouveaux « principes » qui constituent des passerelles entre droits internes et droit de la mondialisation ; par là, le droit de la mondialisation tend à intégrer, comme le souhaitait M. Delmas-Marty, la dimension des droits de l'homme. Le concept de *développement durable* signifie ainsi que la croissance économique ne saurait se faire au détriment de l'éco-système : l'environnement est désormais considéré comme un « patrimoine commun », qu'il convient de sauvegarder, pour le bien-être des générations présentes et futures⁵⁰ ; la consolidation du droit international de l'environnement traduit un rééquilibrage du droit de la mondialisation. De même, l'on assiste à l'émergence d'un *principe de précaution*, qui constitue un frein à la mondialisation : apparu en matière d'environnement, d'abord dans des conventions internationales⁵¹, puis dans le droit communautaire⁵² et en droit interne, le principe a été au coeur du débat relatif à la commercialisation des organismes génétiquement modifiés (OGM) ; la convention sur la biodiversité adoptée à l'issue de la Conférence de Montréal de janvier 2000, qui définit les règles internationales applicables à la commercialisation des OGM, se réfère explicitement à ce principe, ce qui permettra à un pays de refuser l'importation d'OGM en cas d'incertitude scientifique. Trouvant une traduction aussi bien au niveau international, régional que national, ces principes doivent être rangés au nombre de ces « principes directeurs » qui assurent l'harmonisation souple des différents ordres juridiques. D'autres principes peuvent être intégrés à ce soubassement du droit de la mondialisation⁵³.

La saisie du *problème de la corruption* par le droit de la mondialisation ne saurait de même être considérée seulement par référence au dérèglement des échanges qu'elle entraîne : « la dimension éthique du problème ne peut pas être escamotée »⁵⁴ ; au-delà de l'entorse qu'elle fait subir au principe d'une bonne gestion des affaires publiques, elle porte atteinte en effet aux «

⁴⁷ Au forum de 1998, l'accord s'est fait sur la nécessité de compléter les règles existantes dans le domaine financier, commercial, social. Les retombées de la crise financière asiatique ont incité le forum de 1999 à plaider pour « une globalité responsable ».

⁴⁸ En novembre 1998, le G 7 soulignait la nécessité de corriger les excès de la globalisation, notamment par le renforcement du système financier international et à la réunion de Cologne de juin 1999, le G 8 a affirmé sa volonté « d'accroître la prospérité et de prolonger le progrès social tout en préservant l'environnement ».

⁴⁹ Selon l'expression de Bill Clinton à l'occasion de la réunion du G 7 de novembre 1998.

⁵⁰ Laroche 1998, 411 ss.

⁵¹ Et notamment dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de juin 1992.

⁵² Article 130 R-2 du Traité de l'Union européenne.

⁵³ Se prononçant pour « une mondialisation maîtrisée et civilisée, au service de tous, respectueuse de notre diversité culturelle et protectrice de notre environnement », J. Chirac énumérait le 7 janvier 1999 sept principes « sur lesquels la communauté des Nations pouvait bâtir le nouvel ordre international » : le principe de responsabilité collective dans l'action ; le principe d'équité ; le principe de solidarité ; le principe de diversité ; le principe de précaution ; le principe de liberté ; le principe de complémentarité.

⁵⁴ Mény 1997.

droits de l'homme »⁵⁵, ruine la confiance des citoyens dans la chose publique⁵⁶ et corrode le lien représentatif⁵⁷. En se saisissant du problème, le droit de la mondialisation ne fait que s'inscrire dans un mouvement plus général, en s'appuyant sur de nouvelles exigences de loyauté et de transparence.

2° Véhiculant un ensemble de valeurs, le droit de la mondialisation devient du même coup un enjeu de luttes. Il apparaît comme le reflet et le vecteur d'une domination : les puissances dominantes dans la vie internationale parviendront, en utilisant le relais des organisations internationales, à l'orienter dans un sens favorable à leurs intérêts ; l'hégémonie juridique se traduit par la capacité d'exportation de technologies institutionnelles mais aussi par l'emprise exercée sur les règles destinées à réguler la circulation des échanges. On constate ainsi sans surprise qu'alors que l'idéologie de la mondialisation est fondée sur l'idée d'un commun intérêt des Etats à la libéralisation économique, celle-ci tend à renforcer l'inégalité des échanges, à accroître le différentiel de développement, à entretenir la spirale de la dépendance : profitant avant tout aux pays développés, auxquels elle ouvre de nouveaux marchés, elle aggrave l'exploitation des autres, voire entraîne leur appauvrissement comme en Afrique ; et le droit de la mondialisation contribue à objectiver ce rapport de domination économique, en en faisant l'expression d'un processus naturel. Plus subtilement, l'essor du droit de la mondialisation a pour effet d'asseoir la domination de la conception anglo-saxonne du droit sur la conception romano-germanique⁵⁸ : lorsqu'ils ont à choisir les règles sous l'empire desquelles ils veulent placer leurs transactions (*legal shopping*), les opérateurs économiques internationaux tendent à privilégier le droit censé être le plus souple et le plus pragmatique ; et les puissantes *law firms* américaines exercent évidemment une forte pression en ce sens. Mais les organisations internationales sont elles-mêmes de plus en plus imprégnées des conceptions juridiques anglo-saxonnes. Le droit de la mondialisation apparaît ainsi comme un vecteur privilégié d'un processus d'« américanisation du droit », qui n'est lui-même que le sous-produit de la puissance économique des Etats-Unis.

Cette présentation ne saurait cependant être poussée trop loin. Elle aboutit d'abord à lier étroitement logique marchande et conception anglo-saxonne du droit : le rééquilibrage du droit de la mondialisation, par la prise en compte des droits de l'homme, supposerait dès lors un alliage avec d'autres conceptions ; or, le droit anglo-saxon comporte toute une série de références éthiques. Elle tend ensuite à surestimer le monolithisme d'un droit de la mondialisation qui serait entièrement dominé par la rationalité anglo-saxonne : or, ce droit est fait d'emprunts d'origine diverse⁵⁹ et caractérisé par un phénomène d'hybridation ; on trouve ainsi dans le droit de l'arbitrage et du commerce international des concepts et des mécanismes provenant de la culture juridique française. Enfin, et surtout, les formes prises par la mondialisation ont suscité un choc en retour, illustré par l'émergence de mouvements militant, non pour une remise en cause du processus, mais pour un réajustement de ses modalités : la conférence de Seattle, qui a réuni du 30 novembre au 3 décembre 1999 les 135 pays membres de l'OMC pour débattre de l'ouverture d'un nouveau cycle de négociations multilatérales, a été l'occasion à la fois d'une réaction des pays en développement, lassés de jouer les laissés-pour-compte de la mondialisation, et d'une mobilisation de mouvements de citoyens, défendant l'idée d'une « mondialisation à taille humaine ». Si cette double contestation n'est pas exempte de contradictions, elle traduit dans tous les cas l'existence d'un débat autour des orientations du

⁵⁵ En ce sens Truche, Delmas-Marty 1996 et Delmas-Marty 1998

⁵⁶ Guigou, E., Ass. Nat. préc., p. 10901.

⁵⁷ Mény 1992 ; Mény, Dellaporta 1995.

⁵⁸ Corone, S., « Mondialisation et inflation juridique », *Le Monde* 12 janvier 1999 et « Réguler la mondialisation », *Le Monde* 18 janvier 2000.

⁵⁹ En ce sens, Salas 2000.

droit de la mondialisation. La mobilisation autour du projet de taxe Tobin de taxation des transactions financières⁶⁰ est à cet égard exemplaire, en témoignant d'une conception résolument différente du droit de la mondialisation. Or, les pressions de ce que l'on commence à appeler la « société civile internationale »⁶¹ ont d'ores et déjà eu un impact, comme le montre la lutte contre la corruption : une organisation non gouvernementale, *Transparency International*, créée à Berlin en 1993 par un ancien directeur de la Banque mondiale Peter Eigen, a joué un rôle déterminant dans la sensibilisation au problème ; son action a contribué, non seulement à faire prendre conscience des effets négatifs de tous ordres de la corruption, mais encore à forger les instruments juridiques destinés à la combattre.

Le droit de la mondialisation n'est pas seulement pétri de valeurs mondialisées ; son incorporation dans les ordres juridiques internes assure la progression du droit commun aux divers Etats.

B) L'incorporation du droit de la mondialisation

Le droit de la mondialisation ne s'inscrit pas seulement dans un espace juridique nouveau, de nature transnationale, situé à côté de l'espace juridique national : il est aussi, au moins en partie, intégré dans les ordres juridiques internes, en devenant un élément du droit des Etats ; le droit de la mondialisation se transforme dès lors aussi en un droit mondialisé.

1° Ce processus d'incorporation s'effectue selon des modalités différentes selon l'origine des règles. Lorsque ces règles sont construites à l'initiative des opérateurs privés, elles échappent apparemment à l'emprise du droit étatique : cependant, on a vu que les choses sont en réalité plus complexes, dans la mesure où ces règles supposent, pour prendre leur plein effet, d'être officialisées, d'une manière ou d'une autre, par l'Etat ; et l'acceptation grandissante des usages du commerce international par les juridictions internes traduit une incorporation au moins tacite de la *lex mercatoria*⁶². Le droit privé de la mondialisation tend ainsi à être intégré au droit des Etats, ce qui peut être considéré comme l'illustration d'un mouvement de privatisation et de contractualisation du droit, l'Etat se bornant à reprendre à son compte les normes sur lesquelles se sont mis d'accord les opérateurs économiques.

Lorsque ces règles sont négociées par les Etats, éventuellement dans le cadre institutionnel d'une organisation internationale, le processus d'incorporation au droit étatique est plus explicite : ces règles seront intégrées dans l'ordre juridique interne, sous couvert de la procédure de ratification des conventions internationales ; le droit de la mondialisation ne se distingue des autres normes internationales que par son objet (économique) et son domaine d'application (les échanges internationaux). Cette incorporation dans l'ordre interne appelle une adaptation de la législation existante, afin de la mettre en conformité avec le nouveau dispositif adopté au niveau international ; mais cette *transposition* n'a rien d'une application mécanique : le droit de la mondialisation est en effet formulé pour l'essentiel dans les conventions internationales sous la forme de « principes », qui laissent aux Etats une importante marge de liberté au niveau de leur mise en oeuvre concrète. Ce qui est intégré au droit des Etats, c'est un ensemble de principes, indispensables pour assurer le bon fonctionnement de l'économie mondiale : ces principes sont ensuite déclinés différemment par les Etats, en fonction de leurs traditions nationales ; on est donc bien en présence d'une « harmonisation », passant par la fixation de « règles communes minimales », plutôt que d'une « unification », qui suppose

⁶⁰ Voir le développement en France et dans d'autres pays d'associations Attac.

⁶¹ Morin, E., « Le XXIème siècle a commencé à Seattle », *Le Monde* 7 décembre 1999 et Attali, J., « Le cycle du millénaire est mort avant de naître », *Le Monde* 8 décembre 1999.

⁶² La Cour de Cassation a estimé le 22 octobre 1991 qu'un arbitre pouvait se référer à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des juridictions nationales ».

l'adoption de règles identiques⁶³. Les mécanismes de transposition ne signifient nullement que l'on soit désormais en présence d'un corpus de règles supérieures intégrées à l'ordre juridique des Etats membres : le droit de la mondialisation reste essentiellement un *droit de coordination*, négocié entre les Etats et forgé à partir des principes juridiques en vigueur dans les pays développés ; il constitue davantage l'expression d'un dénominateur commun sur lequel se sont accordés les Etats que la manifestation d'un ordre supérieur. L'analyse de ce droit amène à corriger la présentation déductive qui pourrait résulter d'une simple logique formelle. On trouve en effet dans certains secteurs, tels que les télécommunications, un emboîtement de règles qui évoquent l'idée de hiérarchisation : le cadre libéral tracé par l'OMC est concrétisé pas les directives européennes, qui elles-mêmes ont imposé une adaptation des législations nationales ; et l'autorité de régulation mise en place en France en 1996 ne dispose pas d'une plénitude de compétence, puisque le secteur reste placé sous la supervision des instances européennes et que certains litiges pourraient être arbitrés par l'OMC. Cet exemple montre pourtant les limites de cette présentation déductive : les directives européennes ont en effet en l'espèce précédé la libéralisation internationale décidée sous l'égide de l'OMC ; et les orientations qu'elles retiennent constituent un cadre très général laissant une large place aux dispositifs internes.

La lutte contre la corruption illustre bien ces conditions d'incorporation du droit de la mondialisation dans les ordres juridiques internes. Adoptée à l'initiative de la France et de l'Allemagne — mais sous la pression des Etats-Unis qui disposaient depuis 1977 d'une législation en ce domaine —, la convention OCDE du 17 décembre 1997 n'est pas auto-exécutoire : elle prévoit seulement que les signataires s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour introduire dans leur législation une infraction pénale pour faits de corruption active d'agents publics étrangers, ainsi que d'établir des sanctions pénales « efficaces, proportionnées et dissuasives » ; le « principe d'équivalence » entre les mesures prises par les parties est destiné à éviter une « application différenciée », qui romprait l'égalité de traitement. Non seulement la convention touche donc à un domaine sensible, le droit pénal — matière relevant par excellence de la compétence souveraine des Etats —, mais encore le cadre établi est exceptionnellement contraignant, puisqu'il s'agit de parvenir à une approche pénale uniforme de la corruption, alors que des différences importantes existent entre les législations. Les conditions de transposition de la Convention n'ont pas dissipé la crainte, exprimée notamment en France, d'une application différenciée, qui créerait des risques de distorsion de la concurrence : c'est seulement le 27 janvier 1999 qu'un projet de loi autorisant la ratification de la convention, en modifiant les codes pénal et de procédure pénale a été présenté ; le dispositif doit être adopté définitivement par le Parlement en juin 2000. Dans tous les cas, le nombre limité de pays signataires (34) réduit sa portée et appelle un élargissement.

2° L'incorporation des principes du droit de la mondialisation dans l'ordre juridique interne peut emprunter d'autres voies que celle d'une transposition explicite : elle résulte parfois d'un processus plus informel de *diffusion*, qui manifeste la promotion de valeurs communes ; le droit interne va ainsi se trouver contaminé par des principes nouveaux nés de l'interdépendance croissante des économies. Le *principe de précaution* en est une des illustrations. Apparue à Rio en 1992, le principe sera par la suite introduit dans le Traité de l'Union européenne, avant d'être transposé dans l'ordre juridique français⁶⁴ : érigé au rang d'un des quatre principes du droit de l'environnement consacrés par la loi du 2 février 1995, le principe gagnera ensuite d'autres domaines, tels que la Santé, et le Conseil d'Etat s'y référera explicitement dans un arrêt du 25 septembre 1998 relatif aux OGM⁶⁵.

⁶³ Delmas-Marty 1994, 108.

⁶⁴ Voir sur ce cheminement, Martin 1995, 299 ss ; Boy 1997.

⁶⁵ Cans 1999, 750 ss.

L'émergence d'un « droit mondialisé » et la construction d'un « droit de la mondialisation » apparaissent ainsi comme des processus interdépendants, qui prennent appui l'un sur l'autre : tandis que le droit de la mondialisation s'enracine sur un socle de valeurs communes, l'incorporation de ses principes dans les droits internes favorise leur rapprochement ; cette dynamique alimente la thèse de la consolidation progressive, « sous la double pression de l'économie et des droits de l'homme », d'un « droit commun »⁶⁶ intégrant les deux dimensions. Néanmoins, cette thèse sous-estime la contradiction sous-jacente au dualisme : alors que le droit mondialisé présuppose la médiation des Etats et se traduit par la simple production de références communes aux ordres juridiques étatiques, le droit de la mondialisation s'inscrit dans la perspective d'un droit en voie d'échapper à son tuteur étatique et débouchant sur la construction de régimes juridiques transnationaux ; la question reste donc posée de la position de l'Etat dans le processus de mondialisation juridique en cours.

Bibliographie

- Arnaud, André-Jean (1998) *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, Coll. Droit et société, LGDJ.
- Boy, Laurence (1997) « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *Les Petites affiches*, 8 janvier.
- Chevallier, Jacques (1998a) « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public*, n° 3, 659 ss.
- Chevallier, Jacques (1998b) « La mondialisation de l'Etat de droit », *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Ardant*, LGDJ, 329 ss.
- Clam, Jean, Martin, Gilles (Dir.) (1998) *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux, LGDJ.
- Delmas-Marty, Mireille (1994) *Pour un droit commun*, Paris, Coll. Librairie du XXème siècle, Seuil.
- Delmas-Marty Mireille (1996) *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel.
- Delmas-Marty, Mireille (1997) « La corruption : un défi pour l'Etat de droit et la société démocratique », *Revue de sciences criminelles*, juillet-septembre, 696 ss.
- Delmas-Marty Mireille (1998) *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Coll. Essais, Seuil.
- Dulong, Delphine (2000) « La science politique et l'analyse de la construction juridique de l'Europe. Bilan et perspectives », *Droit et société* (à paraître).
- Fontana, Philippe (2000) « La convention OCDE », *Revue française de finances publiques*, n° 69, mars, 121 ss.
- Laroche, Jospha (1998) *Politique internationale*, Paris, LGDJ.
- Laïdi, Zaki (1997) *Malaise dans la mondialisation*, Paris, Textuel.
- Lascoumes, Pierre (1999) *Corruptions*, Paris, Coll. La Bibliothèque du citoyen, Presses Sce Po.
- Leben, Charles (1998) « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges Thierry*, 247 ss.
- Martin, Gilles (1995) « Précaution et évolution du droit », *Dalloz*, I, 299 ss.
- Mayer, Paul « Actualité du contrat international », *Les Petites affiches*, 5 mai, 55 ss.
- Mény, Yves (1992) *La corruption de la République*, Paris, Fayard.
- Mény, Yves (1993) *Les politiques du mimétisme institutionnel. Le greffe et le rejet*, Paris, Coll. Logiques politiques, L'Harmattan.
- Mény, Yves, Dellaporta, Donnatella (1995), *Démocratie et corruption en Europe*, Paris, Coll. Recherches, La Découverte.
- Mény, Yves (1997) « La corruption de la vie publique », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 779, janvier, 4 ss.
- Morand, Charles-Albert (1999) *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, Coll. Droit et Société, n° 26, LGDJ.

⁶⁶ Delmas-Marty, 1998.

Moreau-Defarges, Philippe (2000) *La communauté internationale*, Paris, Coll. Que sais-je, n° 3549, PUF.

Revue des deux mondes (2000) « Le droit français s'américanise-t-il ? », juin.

Salas, Denis (2000) « Le droit entre mondialisation et universalisme », *Revue des deux mondes*, 23 ss.

Schapira, Jean, Leben, Charles (1994) *Le droit international des affaires*, Paris, Coll. Que sais-je, 4ème éd., PUF.

Sommier, Isabelle (1998) *Les mafias*, Paris, Coll. Clefs-Politique, Montchrestien.

Truche, Pierre, Delmas-Marty, Mireille (1996) « L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption », *L'Etat de droit, Mélanges Braibant*, Dalloz, 724 ss.