

# Le droit sans les États ?

Laurent COHEN-TANUGI

*Avocat*

RÉSUMÉ. — L'auteur s'interroge sur la capacité d'un ordre juridique déconnecté des États à réguler le système international à l'heure de la mondialisation. Il conclut par la négative, en soulignant le changement de paradigme produit par le retour de la stratégie et de la puissance au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle.

Mots-clé : ordre juridique, État, Europe.

Comment gérer le décalage entre l'intégration mondiale des marchés et la fragmentation des souverainetés nationales ? Plus proche du marché et de la société civile que l'État, le droit est apparu dans les années quatre-vingt comme le mode de régulation privilégié d'un système économique et politique libéral. Dans le même esprit, un « droit sans les États » représenterait-il l'avenir des relations internationales dans un univers mondialisé ?

## I. LE « DROIT SANS LES ÉTATS », FIGURE DE LA MONDIALISATION DU DROIT

Rappelons tout d'abord la signification donnée à l'expression le « droit sans l'État » dans le contexte français des années quatre-vingt <sup>1</sup>: il s'agissait de prendre acte de la déconnexion croissante entre l'État administratif français, jacobin, centralisé, et la production des normes, c'est-à-dire de la fin de la conception française traditionnelle des rapports entre le droit et l'État.

Le modèle français reposait en effet sur trois piliers fondamentaux : le monopole étatique de la production des normes ; la loi, expression de la volonté générale ; l'État administratif, incarnation de l'intérêt général. Ces trois piliers ont subi la concurrence

<sup>1</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État, Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, 1985.

d'autres sources de production normative et de légitimité sociale : contrats, jurisprudence des cours et tribunaux, régulation des autorités administratives indépendantes, jurisprudence du Conseil constitutionnel, primauté du droit européen et international, codes de bonne conduite privés, normes technico-juridiques...

Le nouveau paradigme se caractérise par le pluralisme des sources du droit et l'« autorégulation » (métaphorique) de la société, l'État devenant un sujet de droit parmi d'autres. Mais il faut retenir une acception figurée du « droit sans l'État », car la plupart des nouvelles sources de droit sont publiques (juridictions, agences, etc.) et l'État reste garant de la sanction du système juridique.

Ce phénomène est transposable à l'échelle internationale dans à peu près les mêmes termes. Plusieurs des facteurs de la montée en puissance du droit dans la sphère nationale sont, du reste, d'origine internationale : la construction de l'Europe juridique, l'internationalisation des économies, l'émergence d'une jurisprudence internationale des droits de l'homme.

La perméabilité entre les ordres juridiques interne et international est le pendant de celle qui existe entre l'économie nationale et internationale : à économie ouverte, droit ouvert.

Parmi les manifestations de l'émergence d'un « droit sans les États », on relèvera :

- dans la sphère économique, domaine dans lequel le phénomène est le plus évident :
  - le triomphe de la *lex mercatoria* ;
  - le droit des affaires internationales : contractualisation et privatisation du règlement des litiges (arbitrage international) ;
  - l'émergence de nouveaux acteurs : multinationales, comités de normalisation, lobbyistes... ;
  - le droit des organisations économiques internationales (OMC).
- dans le domaine du droit international humanitaire et pénal :
  - la jurisprudence issue de la Convention européenne des droits de l'homme ;
  - les conventions internationales relevant du système des Nations Unies ;
  - la justice pénale internationale ;
  - la montée en puissance des organisations non gouvernementales.

La construction européenne réunit le droit économique et les droits de l'homme. Système juridique précédant l'existence d'une entité politique, voire s'y substituant, elle est la métaphore parfaite d'un « droit sans l'État », dont les États nationaux sont sujets.

Comme dans la sphère interne, les caractéristiques de ce nouvel ordre juridique sont le pluralisme et la discontinuité des sources du droit, leur émancipation partielle par rapport à un État national particulier, à un État mondial inexistant, mais non l'absence des États.

On pourrait à cet égard distinguer :

- (i) un droit des affaires internationalisé et contractualisé, lieu d'élection du droit « transnational », du *forum shopping*, de la justice privée ;
- (ii) un droit de la guerre et de la paix où le droit ne se construit que par le compromis des souverainetés ;

- (iii) un droit pénal qui est contraint de s'adapter à la criminalité internationale, mais qui ne donne encore lieu, pour l'essentiel, qu'à des mesures de coordination entre États ;
- (iv) des droits de l'homme qui, visant à protéger l'individu contre l'État, ont vocation à s'exprimer dans des instruments internationaux, mais peinent, en dehors du cadre européen (ou régional), à atteindre un degré minimal d'effectivité.

Dans cet esprit, on pourrait ébaucher une typologie des relations du droit et de l'État faisant intervenir :

- (i) le droit produit unilatéralement par l'État (avec ou sans extra-territorialité) ;
- (ii) le droit reconquis par une société civile internationale émergente dans les marges de l'action des États ;
- (iii) le droit des principes énoncé, sinon imposé, par le juge international ou les grands textes fondateurs (horizon rationnel des souverainetés) ;
- (iv) le droit dérivé des organisations internationales, ébauches de « super-État » mondial.

## II. — LES ATTITUDES SUSCITÉES PAR LA « MONDIALISATION DU DROIT »

Ces évolutions ont suscité différents types de résistances.

### A. — *Le rejet d'un « droit sans les États » considéré comme loi de la jungle*

Cette attitude se caractérise par le rejet du pluralisme et de la discontinuité juridiques, la nostalgie d'un ordre ancien perdu. Elle aspire à un nouveau modèle étatique, à une récupération politique des régulations juridiques sous les traits d'un « gouvernement mondial ».

On peut opposer à cette attitude l'impossibilité d'un État ou d'un gouvernement mondial, et la prospérité du concept de « gouvernance » dont les régulations juridiques sont un élément essentiel. La « gouvernance globale » suggère une pluralité de pôles et l'autonomie d'un système qu'on s'efforce simplement de réguler.

Par ailleurs, comme dans le mouvement « altermondialiste », il y a contradiction entre l'hostilité au libéralisme et l'hostilité à sa régulation par le droit.

### B. — *Le fantasme de l'« américanisation du droit » (thèse souverainiste)*

Dans cette vision, le « droit sans les États » est présenté comme le masque de la superpuissance normative américaine. S'y rattache le débat récurrent sur l'affrontement entre *common law* et « droit romain », et la dénonciation de la domination américaine sur les normes de la mondialisation et l'évolution des cultures politiques nationales.

Cette thèse se heurte à une triple objection :

- ce sont les progrès du libéralisme politique et économique (droit et marché) à l'échelle du monde occidental au sens large, et l'avance des technologies américaines dans ces deux domaines, qui expliquent la prégnance des concepts et des instruments américains, et non l'inverse ;
- les médiations nationales (ou européennes) demeurent et engendrent une hybridation normative. Les techniques et les usages sont d'origine américaine, mais les normes elles-mêmes sont nationalisées et acculturées ;
- dans les domaines des droits de l'homme et du droit international, l'Europe est aujourd'hui plus en phase avec la « communauté internationale » que les États-Unis.

### C. — *La tentation de l'utopie juridique*

À l'opposé de la première thèse, d'aucuns prétendent que le droit peut se suffire à lui-même, qu'il est la référence suprême, l'instrument de la paix perpétuelle.

Cette attitude s'accompagne de la condamnation de la force et de la puissance, et imprègne largement aujourd'hui l'idéologie de la construction européenne, fondée sur le dépassement des conflits de souveraineté par le droit.

Cette thèse se heurte elle aussi à une triple objection :

- l'expérience de la construction européenne est unique et ne peut être reproduite à l'échelle du monde ;
- l'Europe de la paix et du droit a délégué sa défense à un super-État extérieur, les États-Unis ;
- la fin de la guerre froide a engendré le retour du tragique et de la stratégie.

### III. — LES LIMITES DU DROIT, LE RETOUR DE LA PUISSANCE

La vision d'un « droit sans les États » a coïncidé avec un moment historique correspondant aux dernières heures de la guerre froide, au triomphe du marché et des droits de l'homme à l'échelle mondiale, et au retour en force du droit et du libéralisme dans la philosophie politique occidentale.

Les premières années du XXI<sup>e</sup> siècle, marquées par l'éclatement de la bulle Internet, les scandales financiers et comptables, la contestation de la « mondialisation libérale » et les attentats du 11 septembre 2001, constituent une rupture historique par rapport à la période heureuse qui les a précédés.

La fin de la guerre froide s'est accompagnée d'un retour des guerres chaudes et de la géopolitique, c'est-à-dire des États et des rapports de force, tandis que les avancées de la construction européenne dans les domaines régaliens (monnaie, politique étrangère, défense) ont souligné les limites de l'intégration par le droit.

Dans ce nouvel univers, la faillite des États apparaît comme un facteur de désordre et d'insécurité (Afghanistan), tandis que la mondialisation rend indispensable une coopération sans cesse plus étroite entre États (terrorisme, criminalité organisée...). La disponibilité de la puissance militaire et économique se révèle enfin nécessaire pour faire respecter le droit ou pour le promouvoir à l'échelle internationale.

Cette nouvelle donne domine aujourd'hui les préoccupations et définit les ordres du jour, sans pour autant supprimer les acquis de la période antérieure, renforçant par là même le pluralisme et la discontinuité de l'« ordre international ».



En guise de conclusion, observons que l'Europe a intégré la révolution du droit au cours des cinquante dernières années, au point d'en faire l'un des fondements de son identité politique et de s'affirmer comme « laboratoire de la gouvernance mondiale ».

Mais l'expérience européenne montre aussi les limites d'un droit sans État, et la nécessaire complémentarité du droit et de la force. Droits et États sont ainsi appelés à cohabiter dans la régulation de la société mondialisée.

lcohentanugi@cgsh.com