

PARTIE II

LA GOUVERNANCE GLOBALE

DE

LA CITE

DES DEUX MONDES

*"Quand un problème nous résiste malgré de grands efforts de recherche,
nous devons mettre en doute ses principaux postulats.
L'imagination est alors plus importante que le savoir."
(Albert EINSTEIN)*

Marx a dit que *"la réalité est dialectique"*. Mais la pensée aussi est dialectique. La dialectique (1) opère toujours de façon binaire, duale (thèse/antithèse) Cette dualité semble inscrite dans la nature : elle oppose le bien et le mal, le mâle et la femelle, le jour et la nuit, etc... Cependant l'Homme de tout temps tente de le conceptualiser et se retrouve au sein même de la dialectique entre la théorie et la pratique : mais *"la première est aussi indispensable que la seconde à la première, coupées l'une de l'autre, elles sont aussi dangereuses ou inutilisables"*(2) Ainsi des *"couples de concepts dialectiques"* se forment : transcendance/immanence, méthode/système, pragmatisme /rationalisme, loi/contrat, ordre/désordre, être/devoir être(*"sein/sollen"*) monisme/pluralisme, actif/réactif, richesse/pouvoir, moderne/ancien, horizontal/vertical, nature/conscience, trouver/chercher, subordination/coordination, hiérarchie/réseau, droit nature/droit positif, numérique/littéral, binaire/décimal, dualisme/monisme, action/réflexion, etc..

La dialectique *"ouverte"* chère à René Jean DUPUY se veut une méthode scientifique et pour y parvenir, chercher à monder (3) la dialectique (4) de tout caractère artistique parce que fortement dogmatique. Mais science et croyance vont de pair, on ne peut séparer les deux. Pour nous la dialectique du point de vue scientifique est une mondo-approche de la réalité et forme donc le dogme de la globalisation. *L'irréversible montée du monde des cités vers la Cité du Monde* (5) à défaut d'un gouvernement mondial au sens classique du terme nécessite une gouvernance qui va saisir les Etats dans leur globalité et non pas dans des relations seulement inter étatiques. René Jean DUPUY ajoutait : *Close est la cité livrée aux idoles. L'ouverture c'est la disponibilité. Le*

(1) La dialectique est une méthode de raisonnement qui consiste à analyser la réalité en mettant en évidence les contradictions de celle-ci et à chercher à les dépasser, selon la définition du Petit Larousse.

(2) Michel VIRALLY ne cessait pas de démontrer la fausseté de cette antinomie entre la théorie et la pratique, voir *"Michel VIRALLY, regards sur le droit"*, Revue Générale de Droit International Public, Editions A Pedone, Paris, 1989/1, page X.

(3) C'est à dire, *nettoyer en séparant les impuretés*, selon le Petit Robert.

(4) Tout ce qui est en *"ique"* met en évidence le caractère dogmatique du sujet.

(5) Citation du professeur René Jean DUPUY dans *"La clôture du système international »* au verso de la couverture du livre que l'on retrouve également dans la *Leçon inaugurale du vendredi 22 février 1980 au Collège de France*, Paris, page 17.

dogmatisme est son seul rejet (6) Mais est-ce que *l'ouverture* ne constitue pas une prédisposition au rejet du dogmatisme classique et à l'acceptation d'un monde nouveau avec ses nouvelles croyances ? (7)

L'ordre chaotique ou le désordre international engendre comme nous l'avons déjà observé une perte de sens ou plutôt de bon sens. Cela est dû à la difficulté de l'ordre international établi de faire le lien entre le monde abstrait mais aussi d'en faire la distinction. Les doctrines sont alors dans la confusion la plus totale et continuent de s'élaborer en système clos de représentation. Et, le commun des mortels se laisse fasciner par les démonstrations rigoureuses en économie, en droit, en philosophie, en psychologie, en sociologie, dans toutes les disciplines scientifiques ; alors que la réalité que cache ce délire (8) scientifique et officiel est tout autre.

Toutes les disciplines et doctrines scientifiques sont manipulatrices. Pour communiquer leur délire, elles emploient un langage énigmatique. Par exemple, la gouvernance globale, dont l'évocation même semble tabou par les Etats et les organisations internationales (alors qu'ils y travaillent) emploient un langage qui n'est pas le langage de la technique juridique ou économique. Ce langage est truffé de confusions qui dissimulent volontairement les intentions déterminées des Maîtres du monde à travers des allusions obscures et des objectifs à peine dévoilés, qui introduisent le flou et l'incertitude dans l'ordre international, et dans l'esprit de l'homme.

Les Etats et les organisations internationales sont invités à dialoguer mais ils ne semblent pas voir où les Maîtres du monde veulent en venir. Ils sont acculés à donner des réponses précises face aux problèmes posés par le phénomène global qui reste mystérieux, mais lequel, dès le départ, est décidé à réaliser la "*Cité du Monde*". Pour cela, les Etats et les organisations internationales ont besoin, dirait René Jean DUPUY, d'une méthode et non d'un système (9) (10) En effet, selon DUPUY il faut étudier les oppositions qui travaillent la collectivité internationale sans nous préoccuper du résultat auquel ces contradictions pourraient ou devraient aboutir. C'est ce qu'il appelle le "*raisonnement dialectique*" qui peut être mené de deux façons:

- La "*dialectique finaliste*" qui établit une synthèse et apporte la promesse d'un progrès, d'un résultat.

- La "*dialectique ouverte*" qui rejette toute systématisation, et qui se veut une méthode pour saisir la réalité présente et qui étudie les antagonismes pour eux-mêmes. En effet, pour cet auteur, nous n'assistons pas à la naissance d'un monde nouveau résultant de la confrontation d'un premier monde, celui des Etats, avec le second monde représenté par de nouveaux acteurs sur la scène mondiale, tel que les entreprises internationales, les organisations non gouvernementales, et les individus qui se jouent des frontières (par exemple les trafiquants et terroristes qui créent des réseaux transnationaux) et des lois. Il s'agit de la gestation d'un ordre (le "*second monde*") à partir d'un

(6) *Ibidem*, page 8.

(7) *Ibidem*, page 17.

(8) Le délire se traduit effectivement par l'incapacité d'établir une distinction entre le réel et le virtuel.

(9) Bien que l'on constate que Le Petit Robert définit étrangement "méthode" et "système" de façon presque identique: une "**méthode**" est "*un ensemble de démarches que suit l'esprit pour découvrir et démontrer la vérité (dans les sciences)*"; un "**système**" est un "*ensemble organisé d'éléments intellectuels*" ou "*un ensemble possédant une structure constituant un tout organique*".

(10) Tous les positivistes admettent que le droit est un système mais il y a aussi des jusnaturalistes qui l'admettent (ainsi Georges KALINOWSKI) ; voir "*Le positivisme juridique*" par GRZEGORCZYK Christophe, MICHAUT Françoise et TROPER Michel, Collection La pensée juridique moderne, Editions LGDJ, Paris, 1992, pages 283 et 284; puis pages 389 à 400.

désordre. C'est-à-dire l'émergence d'un monde dual qu'il faut réguler (11) Mais le point de vue de l'auteur nous semble critiquable sur un point essentiel : il postule que la méthode de la "*dialectique ouverte*" permet seule le rejet de tout dogmatisme.

Comment est-ce possible ? Si l'on considère comme André-Jean ARNAUD que *ce n'est que par un acte dogmatique que l'on peut dire ce qui est intérieur et ce qui est extérieur* (12) Ainsi, nous ne pouvons nous-mêmes prétendre ne pas être dogmatiques. Nous le sommes bel et bien en opérant la distinction suivante au sein d'un monde dual : le Premier Monde qui est le résultat du phénomène de la mondialisation, se voit alors doublé du phénomène de la globalisation qui caractérise le Second Monde. Ces deux mondes concourant à la réalisation de la Cité Terrestre pose la problématique de leur maîtrise. L'émergence du Second Monde entrave la marche cartésienne vers la maîtrise du monde. Elle démontre que le déterminisme du premier monde ne peut aller jusqu'à son terme absolu, qu'il y aura toujours du chaos. Il faut, pour le Second Monde, abandonner l'espoir d'une gouvernance absolue pour appréhender le désordre de façon objective. Ce n'est pas parce qu'il y a du chaos dans l'ordre que l'on peut aussi maîtriser tout le désordre.

De nombreux juristes n'ont jamais réalisé ou voulu admettre totalitarisme de l'ordre juridique en cherchant à exclure toute conception d'un autre ordre qui n'aurait pas la particularité d'être fondé sur le droit. Il s'agit du rejet en bloc du second monde qui contrairement aux idées reçues, n'est pas en lui-même nouveau. En effet, les juristes ont tenté à l'aide du droit, soit de le nier, soit de l'intégrer ou les deux à la fois.

Les indices de l'existence du Second Monde ont permis d'élaborer la théorie du "*dualisme de l'ordre juridique*" (13) Comment pourrait-il être dual alors que généralement, la doctrine s'accorde à considérer la formation d'un ordre juridique privé et transnational comme purement hypothétique ? Pour argumenter son rejet, la doctrine tente de juridisciser et d'intégrer les nouvelles données de la globalisation. Pour cela, elle s'est acharnée à distinguer ce qui relève de l'ordre juridique public (où l'Etat joue un rôle dominant) de ce qui se rattache à l'hypothèse d'un ordre juridique privé où l'Etat n'est pas l'acteur principal (14) C'est une distinction trompeuse qui nous conduit vers un débat faussé d'avance. En effet, si cette dualité de l'ordre juridique signifie que cet ordre virtuel, où domine la loi des marchands, est caractérisé par sa transnationalité, cela veut-il dire que l'ordre juridique public n'aurait aucun élément de transnationalité ?

Dans un contexte de plus en plus global, il devient de plus en plus difficile d'établir une distinction claire entre ce qui est public et ce qui est privé, et entre ce qui est interne et ce qui est international. En réalité, la conception d'une dualité de l'ordre se trouve aujourd'hui projetée à l'échelle globale et nous permet d'établir la distinction entre le Premier Monde et le Second Monde. Une distinction qui colle davantage à la réalité, légitimant la formation d'un monde qui n'est pas essentiellement gouverné par ou avec l'aide du droit. Ce qui différencie d'abord le Premier Monde du Second, c'est que le premier a un caractère étatique, tandis que le second n'en a pas; ensuite, le

(11) René Jean DUPUY, "*Le dédoublement du monde*", *RGDIP*, Editions A Pedone, Paris, 1996/2, pages 313 à 321.

(12) André-Jean ARNAUD "*Où est l'interne et où est l'externe ? L'un devient l'autre, et l'autre redevient l'un sans qu'on puisse jamais les opposer* »; in *Revue Droit et Société*, N°2, 1986, pages 132 à 141, article intitulé : "*La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour les éléments du droit: éléments d'une démystification*" Cf. également le "*Point de vue interne et externe sur le droit*" in "*Le positivisme juridique*", *op. cit.*, pages 223 à 232.

(13) Cf. Michel VIRALLY, "*Le droit international en devenir*", Essais écrits au fil des ans, publiés par l'I.H.E.I. de Genève, PUF, Paris, 1990, 504 pages.

(14) C'est l'idée d'un droit transnational privé ou "*lex mercatoria*", qui occupe une place importante dans l'œuvre doctrinal du professeur Berthold GOLDMAN ; cf. "*La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives*", *Journal de Droit International* (Clunet) N°3, 1979, Editions Techniques S.A., Paris, pages 475 à 505.

droit gouverne le premier alors que le second est guidé par l'économie et les finances dans un souci non pas de justice et de solidarité, mais de profit et d'efficacité.

Enfin, dans le premier monde, le droit international ne prend pas en compte le rôle des individus et des sociétés transnationales en tant que véritables acteurs sur la scène internationale. Et, le second monde pour se développer et s'imposer, tire profit de l'absence d'un gouvernement mondial au sommet de la pyramide de l'ordre hiérarchique traditionnel qui pourrait décréter un droit international positif avec un réel pouvoir de sanction. En conséquence, la nature spontanée du droit international (15) paraît logique car il ne peut en être autrement. Seulement, la nouvelle forme de régulation qui se met en place, recherche la maîtrise des différentes composantes du destin, tant du premier monde que du second monde. C'est essentiellement sur l'activité des acteurs de cette gouvernance ainsi que leur rôle que nous allons porter notre attention.

(15) C'est un droit non contraignant par opposition au droit interne car il prohibe le recours à la force armée dans le règlement des conflits et dont le caractère juridique est fortement contesté. Mais le droit international, de par sa nature, constitue une passerelle entre le premier et le second monde.

TITRE 1

LA GOUVERNANCE DU PREMIER MONDE

*"Sachez que quiconque gouverne au hasard
finit au hasard" (GUICHARDIN)*

Un monde des valeurs, centré, concret et matériel, où les Etats acteurs uniques sont à la fois maîtres et serviteurs, au cœur même de la tension dialectique entre d'un côté, la globalisation et de l'autre, la dislocation. Le Premier Monde est un monde pyramidal où tout est subordination et rigidité ; il procède par la loi émanation de la volonté divine ou de la volonté générale et où le pouvoir est concentré, confisqué entre les mains de quelques-uns. C'est l'Ancien monde tirailé par la transcendance et l'immanence. Mais c'est un monde "*actif*" autrement dit, gouverné de l'intérieur (1^{er} point) non par Dieu ou la Nature, mais par la conscience humaine et l'individualisme et qui s'ouvre enfin à la globalité. En revanche, ce "*monde des clôtures*" est de plus en plus dirigé de l'extérieur, fracturant le monde intérieur principalement en deux camps, celui des exclus et celui des nantis, mais il n'y a plus ni centre, ni périphérie pour les circonscrire (2^e point) L'idée de gérer la vie et les activités de l'Homme date de la préhistoire. La conception d'une forme de gouvernance est donc forte ancienne mais restait limitée dans l'espace en fonction du développement des moyens de communication. Les hommes se sont saisis du droit pour gouverner et l'ont ainsi transformé en science dominante. Aujourd'hui, que les moyens de communication permettent à l'Homme de faire aisément le tour du globe et de s'en éjecter, le paradigme de la globalité remet en cause la scientificité du droit et donc la légitimité de l'ordre juridique établi. La globalité nous suggère un nouveau mode de régulation autre que le droit pour tenter de trouver des solutions globales à des problèmes sociaux devenus globaux. Avant d'envisager le rôle de l'Etat dans la Gouvernance globale, il faut se poser la question, en guise d'introduction, de savoir si le droit est une science (16) La science au sens moderne, c'est l' "*ensemble des travaux des sciences, connaissance exacte, universelle et vérifiable exprimée par les lois*" (Le Petit Robert)(17)

"D'où vient la science du droit c'est également la question que se posent François OST et Michel Van de KERCHOVE et dont les écrits nous inspirent (18)

(16) Pour une bibliographie complète sur ce point, voir "*La doctrine juridique*" par le CURAPP et le CHDRIP, PUF, Paris, 1993, pages 133 à 135.

(17) "*La science... mesure et calcule, en vue de prévoir et d'agir. Elle suppose d'abord, elle constate ensuite que l'univers est régi par des lois mathématiques*" (Bergson) On fait la science avec des faits, comme on fait une maison avec des pierres ; mais une "*accumulation de faits n'est pas plus une science qu'un tas de pierres n'est une maison*" (Poincaré)

(18) François OST et Michel Van de KERCHOVE, "*De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?*" Dans "*Normes juridiques et régulation sociale*", sous la direction de François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, Collection "Droit et Société", éditions LGDJ, Paris, 1991, pages 67 à 80.

La science juridique, science normative, heuristique ou herméneutique ?

Michel TROPER, dans une étude intitulée "*tout n'est pas perdu pour le positivisme*" reconnaît que le positivisme se présente comme une science conçue "*sur le modèle des sciences empiriques*" c'est-à-dire une science empirique sans objet empirique (19) Ce qui révèle en réalité l'impossibilité dans la science du droit, de dégager des objets purement empiriques livrés à une observation immédiate et matérielle. D'autre part, si le droit est une science "*heuristique*", il a pour objet la découverte des faits qu'il s'agit de "*trouver*" car ils lui sont extérieurs. Enfin, si le droit est une science "*herméneutique*", il a pour objet l'interprétation des textes au sens de "chercheur à l'intérieur son inspiration. Montesquieu, dans "*De l'esprit des Lois*" (20) nous donne les définitions de "*chercher*" et "*trouver*" en opposant les deux termes.

Selon MONTESQUIEU, on "*cherche*" un principe ou un fondement qui réside dans la nature des choses ou de l'homme ; tandis qu'on "*trouve*" en tirant parti de ce qui est apporté par l'histoire et qui aurait pu ne pas l'être. Pour Pierre MANENT, MONTESQUIEU nous invite à cesser de "*chercher*" car il ne faut pas "*chercher*" quand il s'agit de "*trouver*". Et ces deux démarches résument l'opposition entre les Anciens qui cherchent surtout à comprendre, alors que les Modernes s'acharnent à trouver des explications.

Point de vue externe ou interne, explication ou compréhension ?

On peut être tenté de prendre ses distances avec les classifications et les méthodes des juristes (point de vue interne) et d'adopter une perspective radicalement externe qui conduit le chercheur à reconstruire entièrement l'objet et la fonction du droit à partir de concepts et d'hypothèses empruntées à d'autres disciplines. Il ne s'agit plus alors "*de fonder ou d'évaluer* (Jus naturalisme) *de participer à la création de l'objet* (doctrine) *de décrire ou d'observer* (positivisme empirique) *de comprendre de l'intérieur* (science herméneutique) *mais bien d'expliquer en intégrant les phénomènes juridiques dans des champs plus vastes...*" (21) (22)

Dans un premier temps, le phénomène juridique est décrit, mis en discours par les autorités et les sujets de droit - ce qui implique une compréhension des conventions explicites et implicites de ce discours ; dans un deuxième temps, la science vient *expliquer* les pratiques discursives en rapport avec tel ou tel phénomène ; ce qui nous conduit dans un troisième temps, à une interprétation dite globale de l'objet étudié.

Le paradigme de l'explication permet de passer d'une compréhension naïve et spontanée à une explication critique et construite (23) ainsi qu'il induit une réflexion sur le caractère pluri, inter ou transdisciplinaire de la science juridique (24) L'Etat est le gardien de la science du droit. Il veille à

(19) Michel TROPER, "*Déviance et société*", 1987, volume 11, n° 2, pages 195 à 204.

(20) Cité par Pierre MANENT, auteur de "*La cité de l'homme*", Collection "L'esprit de la Cité", Editions Librairie Arthème Fayard, Paris, 1994, page 21.

(21) *Ibidem*, page 73.

(22) Voir également l'article d'André-Jean ARNAUD "*Où est l'interne et où est l'externe...*" in *Revue Droit et société*, n° 2, Paris, 1986, *op. cit.*, page 140.

(23) Cf. Paul RICOEUR "*Qu'est-ce qu'un texte ? Expliquer et comprendre*" in "*Hermeneutik und Dialektik*" édité par R. BUBNER, K. KRAMER et R. WIEHL, Tubingen, 1970, page 197; Cf. aussi "*Le conflit des interprétations; essais d'herméneutique*", Collection L'Ordre philosophique, Editions du Seuil, Paris, 1969, 505 pages.

(24) La *pluri ou multidisciplinarité* suppose une "*juxtaposition*" de disciplines différentes qui développent chacune leur point de vue spécifique à propos d'un objet d'étude commun. *L'interdisciplinarité* part du principe que la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence et par une "*articulation*" des connaissances par

entretenir à l'aide des juristes l'opposition classique entre le droit et les autres sciences sociales entre subjectivisme et objectivisme.

Le Premier Monde, constitué par les Etats, est l'œuvre achevée du droit alors que l'on se pose encore la question de savoir si le droit est la manifestation scientifique d'une gouvernance étatique (premier point) Le Premier Monde cherche aussi à s'adapter à la proximité du Second Monde et tend à créer un ensemble cohérent pour participer à la Gouvernance globale de la planète (2^e point) Mais il tend à assurer cette gouvernance de façon plus efficace à travers les Organisations Internationales Economiques et Financières (OIEF)

approches successives comme dans un dialogue. La *transdisciplinarité* vise à l'"intégration" de toutes les disciplines qui abandonnent leurs démarches particulières pour produire un savoir nouveau et commun, duquel résultera de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Pluridisciplinarité et transdisciplinarité fonctionnent comme des utopies scientifiques: la première, parce qu'elle échoue à constituer un champ théorique original, la seconde, parce qu'elle déborde en permanence de tous les champs scientifiques connus. A l'opposé, seule l'interdisciplinarité permet une recherche réaliste fondée sur l'histoire mais on peut lui reprocher le maintien d'un certain cloisonnement des différentes disciplines en l'absence de mise en œuvre d'un projet commun.

Chapitre 1

Déclin de la Gouvernance juridique des Etats

*"Les hommes ont inventé le destin,
afin de lui attribuer les désordres de l'univers,
qu'ils ont pour devoir de gouverner"*
(Romain ROLLAND)

Pour Pierre BOURDIEU, anthropologue, sociologue et professeur au Collège de France, les juristes sont les "*gardiens de l'hypocrisie collective*" (25) Une des calamités de la science sociale, dit-il, ce sont toutes ces manifestations de la *pensée dualiste* qui se traduisent par des couples de concepts antagonistes : compréhension / explication, interne / externe, normatif empirique, Kelsen / Marx, ascologique / sociologique, etc... Pierre BOURDIEU, contrairement à René Jean DUPUY, estime qu'il faut dépasser ces oppositions que l'on retrouve partout dans les sciences sociales parce que cela permet de transférer les acquis d'un espace à l'autre. D'autre part, il pense qu'il faut refuser de dire que le droit est une idéologie ou une science car c'est ignorer la logique du droit et sa spécificité. C'est enfin rompre avec l'idée naïve selon laquelle le droit est universel. Il affirme que cette prétention des juristes est fondée non pas dans le concept de *norme fondamentale* de KELSEN (transcendance) mais dans ce qui se rapporte à l'histoire et à la société (immanence) Il faut, selon lui, abandonner la question du fondement car le système juridique n'est ni tombé du ciel, ni issu d'une raison universelle. Et, qu'il n'est pas non plus le produit direct d'une demande sociale ni un instrument docile aux mains des dominants.

En effet, poursuit-il, le droit est le produit d'un long travail de cohérence, de rationalité, qui s'accomplit dans un espace particulier que l'on appelle un champ. C'est-à-dire un espace où l'on joue à un certain jeu selon certaines règles et dans lequel, pour y entrer, il faut payer un droit d'entrée, comme le fait d'avoir une compétence particulière ou une culture juridique pour jouer le jeu et un intérêt pour le jeu (dit-il en se référant à HUIZINGA) BOURDIEU cite également Alain BANCAUD(26) qui dénonce la pieuse hypocrisie du juriste, lequel soutient que ce qu'il dit, il l'a reçu d'une autorité transcendante. Le juriste va donner, par déduction, comme fondé à priori, quelque chose d'empirique qui est fondé à posteriori.

Cela crée un effort d'auto-légitimation par l'universalisation, voire une déhistoricisation dit BOURDIEU. Le juriste est la première victime de sa propre création juridique. Le travail du juriste consiste en quelque sorte à dire que pour avoir le droit de dire le droit, il faut être *droit*. Il a pour but "*l'acquisition d'une posture physique, corporelle, de magistrat, combinaison d'ascèse, de réserve et de tout un ensemble de vertus...*" (BOURDIEU)

Autre point : l'autonomie du droit comme l'autonomie de tout autre discipline, s'affirme fondamentalement par rapport à l'économie. Etre autonome, c'est avoir de la distance avec

(25) Pierre BOURDIEU, "*Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*", in "*Normes juridiques et régulation sociale*" sous la direction de François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, Collection Droit et Société, LGDJ, Paris, 1991, pages 95 à 99.

(26) Cf. "*La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*", par Alain BANCAUD, Collection Droit et société, Editions LGDJ, Paris, 301 pages.

l'économie, être désintéressé et pur. Au sein même du Premier Monde on trouve l'opposition entre droit privé et droit des affaires. Et chaque discipline du droit, en fonction de son caractère plus ou moins corrompu avec le monde des affaires, occupe une certaine position hiérarchique dans l'ordre juridique classique. Nous reconnaissons comme BOURDIEU que le monde juridique est un lieu de luttes économiques alors qu'il devrait être en principe celui du refus d'être dominé par l'argent, celui du désintéressement. Mais, comme dit BOURDIEU en reprenant un proverbe célèbre "*l'hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu*".

Mais quand on joue le jeu du droit, on ne peut finalement le transgresser sans le renforcer. Aussi pour faire du commercial, le juriste doit d'abord rendre hommage aux valeurs dominantes de l'ordre juridique qui sont caractérisées par le désintérêt pour l'argent. Même si en apparence, le juriste conteste lesdites valeurs. Le Premier Monde qui est celui de l'ordre juridique établi par les Etats contribue à créer le besoin de règles de droit car dans ce monde, on ne peut plus agir sans se passer d'elles. Donc, les fictions juridiques n'ont rien de fictives; et l'illusion comme dit HEGEL n'est pas illusoire. Le Premier Monde n'est pas ce qu'il dit être, ce qu'il fait croire. C'est-à-dire quelque chose de pur et de parfaitement indépendant de l'économie. Dans le fond, BOURDIEU se contredit lorsqu'il dit qu'il ne faut pas considérer le droit comme une idéologie(27) (parce qu'il possède sa propre logique(28) et sa propre spécificité) alors qu'il reconnaît plus loin dans son argumentation que le droit est un système de croyance, autrement dit une idéologie au service d'intérêts économiques et financiers.

D'autre part, il critique la "*pensée dualiste*" appelée également "*dialectique*" qui est chère à René Jean DUPUY en soutenant qu'il faut aller au-delà de cette dualité conceptuelle. Alors que, plus loin, il rejette en bloc toute transcendance du droit et ainsi toute prétention de celui-ci à l'universalité. Aller au-delà c'est reconnaître une certaine transcendance du droit qui échappe à l'examen de l'histoire et de la société. En revanche, il n'a pas tort lorsqu'il dit que les juristes sont les gardiens hypocrites de la croyance dans l'universel. Ce qui dote le Premier Monde d'une force sociale extraordinaire. Mais il est pris à son propre jeu en construisant de façon binaire un ordre de la légalité et donc de l'illégalité qui s'impose également aux Etats et qui tend donc à renforcer les règles du jeu qu'il a élaborées à condition toutefois de continuer à jouer le jeu. Notre propos est d'observer comment la gouvernance globale investie le droit et l'économie et comment pour les pénétrer, elle doit absorber du droit et de l'économie. La gouvernance a toujours fait partie de la réalité juridique et économique des Etats du Premier Monde. Elle contribue aujourd'hui à la création d'un nouveau monde où les Etats, les organisations internationales intergouvernementales et non-gouvernementales, les entreprises privées transnationales et nationales et les individus, ne pourront plus agir sans avoir besoin d'elle. C'est la promotion d'une gouvernance de nature purement économique à l'échelle globale qui fait perdre à l'ordre juridique international étatique sa force prédominante et sa pureté apparente. La légitimité de l'Etat est bouleversée par la progression d'un droit plus souple et de plus en plus négocié et avec une économie de plus en plus ouverte. Ces deux derniers processus sont souvent présentés comme une dégénérescence de l'Etat de son droit (29) et de son économie.

(27) Sur la question de savoir si le droit constitue une idéologie, voir la critique d'Hans Kelsen "*Marx et l'idéologie*" in "*Le positivisme juridique*", sous la direction de Christophe GRZEGORCZYK, Françoise MICHAUT et Michel TROPER, Collection La pensée juridique moderne, Editions LGDJ, Paris, 1992, pages 409 à 419; Idem, voir également "*Le droit et l'idéologie bourgeoise*" par E.B. PASHUKANIS, pages 113 à 122.

(28) Michel TROPER se pose la question de savoir si le droit est lui-même est gouverné par la logique ; *Ibidem*, page 277 à 281 ; voir aussi les points de vue de Hans Kelsen, de C. DEMOLOMBE et d'O.W. HOLMES, pages 335 à 352.

(29) Déjà en 1949, le Doyen RIPERT dénonçait ce phénomène dans son ouvrage célèbre "*Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*" ; Editions LGDJ, Paris, 1949, pages 291 et 292.

Ce déclin se manifeste au niveau qualitatif et non pas quantitatif. C'est un déclin de la croyance au système juridique, mais aussi du fait que ce dernier perd sa place prédominante dans la gouvernance de nos sociétés, et enfin, parce qu'il y a un certain déclin de la doctrine : En effet, le droit se tourne de plus en plus vers l'action, vers la vie sociale avec laquelle il prenait ses distances en élaborant des théories. Déclin doctrinal, par ailleurs, parce que la doctrine est incapable de *travailler* en temps réel. Tandis que les économistes et les sociologues répercutent immédiatement le rythme de l'évolution sociale dans leurs courbes. Enfin ce déclin du droit c'est la crise d'un modèle de droit décrit par Max WEBER : le modèle du *droit des professeurs* car il est inapte à produire une adaptation rapide du droit à la complexité de la société. Les théoriciens ne disposent plus du temps nécessaire pour construire un système juridique cohérent. En revanche, face au modèle européen du *droit des professeurs* le modèle anglo-américain valorise une doctrine non autonome, élaborée surtout par les praticiens et que l'on trouve surtout dans des recueils de jurisprudence qui se suffisent à eux-mêmes. Mais il faut noter que le modèle anglo-américain n'est pas transposable au modèle continental européen, notamment parce qu'il est fondé sur un mode de raisonnement par induction.

En conclusion, nous estimons que le déclin du droit, c'est la fin du *droit des professeurs*, la fin de la domination du mode déductif de raisonnement inadapté au monde des affaires, à l'économie de marché, et à fournir des réponses immédiates à la complexité de problèmes inédits. Ce qui ne signifie pas sa disparition, mais sa relégation au second plan dans la réflexion juridique⁽³⁰⁾ On constate que la Gouvernance globale tend à substituer une violence symbolique à la violence physique⁽³¹⁾ (32) pour maintenir l'ordre international. Jusqu'à l'apparition du phénomène de

(30) Sur ce dernier point voir l'introduction de la présente thèse.

(31) Voir "*Entre domination physique et domination symbolique : une économie de la menace*", par Dominique MEMMI, in "*La gouvernabilité*", Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (CURAPP) ouvrage collectif sous la direction de Jacques CHEVALLIER, Editions PUF, Paris, 1996, pages 45 à 62 ; *ibidem*, pages 63 à 76. "*La dialectique violence physique/violences symboliques, l'exemple de la violence ouvrière dans les années 68*", par Isabelle SOMMIER.

(32) Voir également, "*La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit*" par Annick PERROT, in "*La doctrine juridique*", publié par le CURAPP et le CHDRIP, Editions PUF, Paris, 1993, pages 181 à 209. Voir enfin, la "*Sociologie du droit*"

contractualisation du droit (33) par l'Etat providence, l'ordre juridique traditionnel possédait un certain caractère totalitaire tout au moins autoritaire. Mais la pression de ce droit a décliné avec l'adoption de techniques juridiques plus douces. Mais encore, parallèlement, la production juridique des Etats s'est intensifiée alors même que l'on assiste depuis, à une perte d'autorité du droit, qui est due à une dissolution de l'impératif et du prescriptif (34)

Dans un premier point, nous allons voir comment une gouvernance interne de l'Etat qui a fait la promotion d'un droit idéologique et doctrinal décline au profit d'une gouvernance plus ouverte de type réactif afin que le Premier Monde s'adapte à la globalité (second point)

par Max WEBER, introduction et traduction de l'allemand par Jacques GROSCLAUDE, Collection Recherches politiques, Editions PUF, Paris, 1986, page 202, (256 pages)

(33) "*La contractualisation du droit dans l'Etat providence*" par Charles-Albert MORAND, in "Normes juridiques et régulation sociale" op. cit., pages 139 à 170.

(34) Paul AMSELEK, "*L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*", Revue du droit public (et de la science politique en France et à l'étranger) Editions LGDJ, Paris, mars avril, 1982, n° 98, pages 275 à 294.

Section 1

La gouvernance juridique *active* des Etats

"On n'échappe pas au droit"
(Michel VIRALLY)

La gouvernance (35) est "*juridique*" parce que le droit est son serviteur, son instrument de domination. Ensuite, c'est une Gouvernance juridique "*active*" parce que la production du droit qui est monopolisée par les Etats du Premier Monde se limite aux territoires de chacun. La gouvernance existe donc depuis fort longtemps, bien avant l'avènement de la globalisation des années 80. L'idée ancienne, qui domine encore dans le Premier Monde, était que pour que l'Etat puisse exister et se maintenir, il fallait des règles sociales suffisamment contraignantes à l'intérieur de l'Etat. Le comportement de l'individu était déterminé par son rôle prescrit lui-même par l'Etat (c'était aussi le rêve du marxisme qui voulait changer l'Homme en contrôlant toute la culture qui le façonne) C'est le modèle hiérarchique clair du "*contrôle social*" par l'Etat dont nous nous plaignons encore aujourd'hui parce qu'il est toujours présent même s'il s'affaiblit. Dans cette régulation à caractère actif, la Gouvernance juridique se manifeste à travers la politique et se confond avec elle car dans le Premier Monde, le pouvoir est plus que la richesse et le droit sert à sa conquête.

Paragraphe 1 : La production du droit comme activité de gouvernance

Le droit ne possède sa force et sa durée que par la foi que les esprits esclaves mettent en lui...
(*"Humain trop humain"*, VOLTAIRE, 1878)

C'est l'idée selon laquelle le droit qui prétend dominer le politique et l'économique n'appartient pas forcément au passé malgré tous les discours sur sa dévalorisation et sa perte d'autorité qui sont principalement dues à la perte de la foi des sujets dans le système juridique ce qui entraîne un développement anarchique de règles. Dans le Premier Monde, les maîtres sont les tenants du pouvoir politique. Ainsi dans ce cas, gouvernance et politique ne font qu'un. La gouvernance à travers le droit se traduit par des règles continues qu'elle donne aux individus et dont

(35) La "*gouvernance*" c'est à l'origine le nom féminin de gouvernement, terme apparu au III^e siècle qui signifiait également juridiction et puissance dans les Baillages de l'Artois et des Flandres. Selon différentes archives départementales, gouvernance s'écrivait "*governance*" en ancien français. Notons qu'en anglais la même orthographe est utilisée que dans le Dictionnaire de l'ancien français, par A.J. GEIMAS, Editions Larousse, Paris, 1979.

elle leur impose le respect au moyen de décisions discontinues qu'elle prend en vertu d'un plan continu, qu'elle s'est donnée à elle-même. Dans cette perspective, la Gouvernance c'est la direction du navire, le droit étant la construction du navire (36) Dès lors, il est difficile de distinguer la gouvernance du droit car légiférer c'est une manière de gouverner (37) afin d'une part, de bâtir un système de croyances pour d'autre part, surtout organiser l'activité économique.

A - Le droit, activité de gouvernance idéologique

Nous avons déjà constaté que le rôle du juriste ne se réduit pas à celui de technicien parce que le droit occupe une place centrale dans la fonction de légitimation de l'Etat dont il est censé contenir et canaliser la puissance (38)

Le droit, source et condition de toute légitimité, est mythifié car il est sacralisé, investi d'une valeur magique étrangère à la réalité concrète. Le principe de légalité n'est plus une simple exigence, il est érigé en véritable système idéologique sur lequel repose l'Etat ; d'où une prééminence de la rationalité juridique sur les structures politiques et économiques. La science juridique se substitue alors à la science politique. L'œuvre de codification illustre bien cette volonté du droit de fonder un ordre social politique et économique sur des principes généraux intangibles.

Les juristes sont les suffragants de la gouvernance par le contrôle de l'élaboration des normes de la Cité. On admet que "*le juriste... ne constate pas comme le sociologue, il dirige et ordonne ou tout au moins dit comment il faut diriger. Il s'agit de maintenir l'ordre et la paix, dans la société, l'ordre qui est établi et la paix qui en résulte*" (39) Un certain positivisme juridique prétend alors s'affranchir de toute implication sociale et politique et place le droit comme la référence suprême des affaires de la Cité du Premier Monde. L'autonomie de l'ordre juridique est fondée sur une certaine distance à l'égard des troubles sociaux, économiques et politiques. La gouvernance juridique s'exprime à travers la conception de la justice de l'Etat de droit, lequel a besoin d'une croyance absolue et naïve dans les règles de droit.

Jacques CHEVALIER nous rappelle que, c'est par la transformation des libertés individuelles en droits subjectifs que celles-ci sont préservées ; que le principe de la démocratie est garanti par la proclamation de la souveraineté nationale! Et que la société civile est protégée de l'ingérence de l'Etat par l'affirmation de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce culte du droit établit sa suprématie sur le politique. Le "*discours juridique*" du Législateur anonyme se présente selon nous comme le "*discours politique*" des parlementaires (40)(41)(42) La gouvernance par le droit s'est

(36) Par analogie à la distinction entre la politique et le droit par le Doyen Jean CARBONNIER, in "*Sociologie juridique (Qu'est-ce donc que ce droit auquel nous ne devrions pas croire?)*" Editions PUF, Paris, 1994, pages 55 et 56.

(37) *Ibidem*, pages 282 à 284.

(38) Cf. "*La production gouvernementale du droit*", par Jacques COMMAILLE et Pierre LASCOUMES avec la collaboration de Catherine FOURNIER, Convention de recherche avec le Groupement d'intérêt public (GIP) "Mission de recherche Droit et Justice", CNRS, Paris, 1995, pages 6 à 49.

(39) Georges RIPERT, "*Les forces créatrices du droit*", Editions LGDJ, Paris, 1955, 2^e édition 1994, page 27, (423 pages)

(40) A l'inverse, Jacques CHEVALLIER assoit cette supériorité sur une distinction entre ces deux types de discours; "*L'Etat de droit*", Collection Clefs/politique, Editions Montchrestien, Paris, 2^e édition, 1994, page 70.

(41) *Ibidem*, page 71 : "*L'Etat de droit, ce n'est pas le gouvernement des hommes, c'est le règne des normes, le pouvoir n'est (pas) autre chose qu'exécution subordonnée, réalisation de ce qui doit être selon les normes (...) Ainsi le pouvoir tend-il à être purement et simplement éliminé*"; dit W. LEISNER dans "*L'Etat de droit en contradiction*", in "*Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*", Paris, Editions Cujas, 1975, page 66.

considérablement renforcée lors de son instrumentalisation à l'extrême par l'Etat providence. Mais pour que la gouvernance se globalise grâce au NTIC, elle doit s'extraire du carcan juridique classique, investir l'ordre économique en émergence afin de parachever le droit dans son rôle instrumental, dicté par les Nouveaux Maîtres du Monde.

B - La Gouvernance juridique, activité d'organisation économique

Le droit du Premier Monde a des répercussions désirées ou non sur le système économique qu'il encadre. Le monde des Etats repose sur un "*droit économique*" complément du droit public et du droit privé. La gouvernance juridique de l'économie est l'application de la justice à l'économie politique. Claude CHAMPAUD affirme que le droit économique doit être considéré comme un ordre juridique spécifique et nouveau (43) plutôt que comme une simple discipline juridique. A notre humble avis, il faut plutôt considérer le droit économique comme une nouvelle méthode de requalification juridique permettant d'envisager le droit dans ses conséquences économiques de manière à indiquer les objectifs et les contraintes à respecter. Le droit économique devient alors une véritable méthode scientifique pour aborder les relations droit/économie. La gouvernance juridique traditionnelle se voit donc fortement ébranlée parce qu'elle est par essence trop idéologique. L'ordre juridique classique qu'elle gouverne est un système de croyance en pleine crise qui nécessite de nouveaux concepts pour sa pérennité (44)

PROUDHON a été le premier à utiliser la notion de "*droit économique*" (45) Selon lui, c'est un droit qui devrait être constitué, au départ, d'accords entre les divers groupes qui participent à l'activité économique. Il aurait pour objectif de maintenir la justice sociale. Dans sa conception, le droit économique serait distinct du droit public et du droit privé. Mais c'est un droit purement descriptif, désignant l'ensemble des règles de droit applicable à l'activité économique (premier point) D'autre part, une seconde conception plus moderne pose l'idée que le droit est toujours, par nature, économique et qu'ainsi il relève toujours soit du droit privé, soit du droit public (second point)

1) La gouvernance juridique: instrument de l'économie de marché

La gouvernance juridique doit servir la réalité dont l'économie n'est qu'un des aspects. A priori, il semble erroné de considérer le droit comme le serviteur de l'économie, car le droit oblige, en principe, l'économie à respecter certaines exigences sociales. Mais l'économie de marché requiert l'existence d'institutions, de mécanismes et de règles juridiques efficaces pour assurer son développement. Ainsi, les échanges sont fondés sur le droit de propriété car un bien n'a d'utilité économique que grâce aux droits qu'on exerce sur lui. Le droit de propriété permet de contrôler le bien ou le service, de telle sorte qu'il y a un lien entre le fait de posséder une chose et celui d'en disposer. Le droit de propriété permet ainsi d'exclure autrui d'utiliser la chose et donne la faculté de

(42) Cf. *Le juridique dans le politique* par Jacques COMMAILLE, in "*Droit et politique*", par le CURAPP, Editions PUF, Paris, 1993, pages 269 à 281.

(43) Claude CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, Recueil Dalloz, Sirey, 1967, Chronique XXIV, pages 215 à 220.

(44) Voir *infra*, paragraphe 3.

(45) Cf. *Le droit économique* par Alexis JACQUEMIN et Guy SCHRANS, Collection Que sais-je ? N° 1383, Editions PUF, Paris, 3^e édition, 1982, 126 pages.

transférer ou d'échanger le bien. Mais le véritable bien sont bien plus les droits exercés sur la chose que la chose elle-même. Autrement dit, plus le nombre d'utilisateurs d'un bien augmente sur le marché, plus le bien a de la valeur marchande. D'autre part, les échanges sur le marché ne dépendent pas d'un statut social, mais du procédé juridique du contrat (46) (contrat de vente, contrat de travail, etc..) La Gouvernance juridique joue alors le rôle d'accélérateur ou de frein de l'activité économique (47) Enfin, en dehors de l'organisation légale de l'économie, la gouvernance est également indispensable pour veiller au bon fonctionnement de la machine économique. Par exemple, grâce au droit de la concurrence, l'Etat s'est donné pour tâche de lutter contre les ententes, les monopoles et les pratiques restrictives de façon à instaurer un système de prix concurrentiels. Pour la gouvernance juridique, le *laisser-faire* ne va pas de pair avec une concurrence efficace. Paradoxalement, les entreprises sont priées de se battre, mais il leur est interdit de s'éliminer mutuellement. Il ressort que, pour assurer la pérennité du marché, la gouvernance juridique a pour tâche principale d'organiser les relations économiques en vue de créer un système de prix, c'est-à-dire un fidèle indicateur de rareté. Dans une seconde conception, le droit économique est considéré comme inexistant par lui-même, parce que le droit est par nature toujours économique.

2) L'économie : instrument de gouvernance

Pour les uns, le droit économique est une discipline nouvelle, tandis que pour les autres, il représente d'abord une méthode de création, d'application, d'interprétation, voire d'enseignement du droit. Pour les tenants du droit économique en tant que discipline autonome, il existe une conception étroite et une conception large. Pour les partisans de la première conception, le droit économique, qui suppose donc la supériorité du droit sur l'économie, se réduit à l'intervention autoritaire des pouvoirs publics dans l'économie. Ainsi défini, le droit économique relève du droit public, d'où la notion de "*droit public économique*" qui ne concerne que les rapports macroéconomiques, excluant de son champ d'application les relations économiques privées (rapports microéconomiques)

Cependant, les partisans d'une conception large du droit économique estiment qu'il régit tous les rapports micro et macroéconomiques (48) Mais de plus en plus d'auteurs considèrent le droit économique non pas comme une discipline autonome mais plutôt comme une technique qui procède par une rénovation des conceptions traditionnelles.

Aujourd'hui il est incontestable que le droit économique ne traite plus uniquement de l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie. Mais dans une économie mondialisée, il est encore plus difficile de déterminer le domaine précis du droit économique. Son autonomie est encore plus contestée.

(46) L'article 1134 du Code civil stipule que "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*".

(47) Par exemple, la technique juridique du "*Leasing*" en matière contractuelle a joué un rôle d'accélérateur économique.

(48) Le droit économique dans une conception large relève aussi bien du droit public que du droit privé. Ainsi la notion de "*droit des affaires*" telle qu'elle est entendue en France, en Angleterre et en Belgique, adhère à cette conception dans une optique transdisciplinaire pour des raisons d'efficacité économique.

Paragraphe 2 - La disqualification de la Gouvernance juridique

*"Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source ;
mais si nous savions la recevoir de si haut,
nous n'aurions besoin ni de gouvernement ni de lois"*
(*"Du contrat social"*, Jean-Jacques ROUSSEAU, 1762)

Elle ne peut, désormais, pas répondre par des solutions globales à des problèmes devenus globaux, dépassant les frontières de l'Etat. La Gouvernance juridique est confrontée à un triple rejet: d'une part, elle est ignorée du droit qui prétend être le seul capable de produire des techniques de gouvernement en rapport avec la réalité sociale ; d'autre part, à son tour, la gouvernance juridique expulse d'elle-même le politique au sens classique de la conquête du pouvoir. Elle cherche désormais à s'en démarquer car la politique qui, au sens classique, relève plus de l'art que de la gestion (elle n'a pas de caractère scientifique) n'est plus apte à gouverner de façon satisfaisante nos sociétés de plus en plus complexes ; enfin elle est purement et simplement ignorée par la science politique et les relations internationales (qui sont en quelque sorte la science politique à l'échelle internationale)

A - *La négation existentielle de la gouvernance par l'ordre juridique*

La gouvernance se traduit par des *"politiques juridiques internes"* relatives à chaque Etat. Aucun Etat et rares sont les juristes qui osent affirmer ouvertement que le droit dépend de la volonté politique du moment. Parce que les juristes reprochent toujours aux représentants politiques de ne pas être en mesure d'affirmer des principes stables dans le temps et des finalités supérieures qui s'imposeraient à l'ordre social. Il en résulte, selon eux, que seule la rationalité du droit est porteuse d'universalité et s'impose comme raison politique. Les juristes reprochent aussi aux politiques de se servir des Lois comme d'un instrument de conquête du pouvoir dont l'attrait *"provoque une lutte qui a uniquement pour objet la satisfaction d'orgueil, de puissance et d'intérêt quels trouvent dans la direction d'un département ministériel"*(49) Il y aurait donc une opposition fondamentale dans cette conception entre la rationalité juridique et la pratique politique.

Le doyen CARBONNIER considère ainsi qu'aux yeux du politicien, *"la loi est moins une norme qu'un procédé de gouvernement"*(50) Mais si le juriste n'ordonne pas de manière directe, il dit tout au moins comment le politique doit diriger car il s'agit de maintenir l'ordre et la paix dans la société. D'un autre côté, si les politiques se servent des Lois, il paraît alors difficile de savoir qui domine l'autre - le juriste ou le politique ?

Malgré un semblant d'opposition, la raison juridique et la gouvernance exercée par le pouvoir politique dans le Premier Monde font corps ensemble dans ce que l'on peut appeler une régulation *"par le haut"*(51) En ce qui nous concerne, c'est une régulation où les Anciens Maîtres du Monde qui détiennent une légitimité fondée sur la démocratie directe construisent un ordre social et politique qui va s'imposer *"naturellement"* au citoyen en obtenant son adhésion. C'est une

(49) Georges RIPERT, *"Les forces créatrices du droit"*, op. cit., page 129.

(50) Jacques CHEVALLIER défend également cette thèse en soutenant que l'Etat de droit qui tend à la juridicisation intégrale entraîne l'*"effacement du phénomène de pouvoir"* pour transformer ce dernier en simple compétence régie par le droit; voir *supra.*, op. cit., *"L'Etat de droit"*, page 71.

(51) Par opposition à une régulation *"par le bas"*, voir *"L'esprit sociologique des Lois"; Essai de sociologie politique du droit"*, par Jacques COMMAILLE, Collection Droit, éthique, société, Editions PUF, Paris, 1994 ; en particulier *"Le gouvernement des hommes"*, 3^e partie, pages 197 à 209.

conception pyramidale de la gouvernance dont le droit est la *clef de voûte* et qui considère le juriste comme un simple auxiliaire du pouvoir politique.

B - *Le désenchantement de la gouvernance juridique par le politique*

Pour le juriste dogmatique, le droit romano-germanique est le modèle de référence (52) de la régulation juridique d'un ensemble qui permet de faire coïncider l'espace juridique avec la société globale, en termes modernes avec l'Etat(53) qui centralise tous les pouvoirs, niant par conséquent l'émergence d'un droit spontané qui peut émaner d'acteurs autres que l'Etat. Le passage de l'Etat libéral à l'Etat providence, puis le retour de l'Etat libéral qui accompagne la globalisation ne change en rien aujourd'hui encore à la suprématie de l'Etat dans la régulation juridique de la société. Même si les juristes ont le sentiment inéluctable d'une dégradation de cette régulation et par conséquent de sa prédominance sur la régulation politique. Les excès de l'Etat providence conduisent à une instrumentalisation politique du droit qui lui fait perdre son autonomie. Bref, une nouvelle rationalité de la gouvernance, fondée sur le principe d'efficacité et de résultat, par une gestion économique et financière en vue de réaliser la Cité globale se met en place. Même si l'on constate que la production juridique s'affole et qu'elle ne sert plus qu'à justifier l'existence des uns par rapport aux autres, face aux bouleversements de la globalisation qui les remet en question. Si une certaine insécurité juridique s'instaure, le déclin de la régulation juridique n'est plus uniquement recherché dans l'affaiblissement de ses procédures d'élaboration, mais dans ce qui est globalement une dégradation structurelle du politique, incapable de produire des règles à partir de valeurs universelles et de présenter un véritable projet de société. Une dégradation structurelle due au fait que l'efficacité devient le moteur de l'action politique et juridique. En effet, le pouvoir politique de la même façon qu'une entreprise doit désormais piloter à vue en gérant des événements particuliers avec des solutions législatives. Autrement dit, le respect du droit et la légitimité du pouvoir politique sont de plus en plus fondés sur l'efficacité de leurs actions plutôt que sur l'adhésion "*naturelle*" des citoyens. Mais aujourd'hui le droit ne peut plus prétendre supplanter le politique défaillant et très critique à son égard.

C - *Irréalisme du droit pour les politistes*

Généralement, la science politique ignore l'importance du droit dans la compréhension de l'Histoire. Elle considère que le développement du droit n'est pas directement influencé par les conditions économiques et sociales(54) En droit, on s'intéresse davantage à la règle elle-même qu'à son utilisation, ce qui confère au droit une sorte de rationalité pure coupée des réalités sociales et politiques. Les politistes estiment généralement que le droit est un système clos et autonome qui se borne à énoncer des normes en excluant toutes données historiques, psychologiques ou sociales et la recherche d'un véritable projet de société. Finalement pour le politologue le droit est une variable

(52) Georges RIPERT dans son ouvrage sur *Les forces créatrices du droit*, op. cit., nous fait la remarque suivante sur la furieuse accusation de Simone WEIL (à ne pas confondre avec l'ancien ministre de la condition féminine sous la présidence de Giscard d'Estaing en France) contre le droit" (en 1950) "*Elle accuse les Romains d'avoir créé la notion que les Grecs ne connaissaient pas*" et que louer la Rome antique de nous avoir légué la notion de droit est singulièrement scandaleuse; que les Grecs ignoraient cette notion et n'avaient pas de mot pour l'exprimer en dehors du nom de *justice*. RIPERT en conclut que c'est son idéalisme qui l'a conduit à la négation du droit, voir page 19.

(53) Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Editions PUF, Paris, 1994, page 349.

(54) Max WEBER, *Sociologie juridique*, Editions PUF, Collection Recherches Politiques, Paris, 1986, page 141.

parmi tant d'autres (55) et qu'il génère surtout des fictions qui produisent des "*effets de croyance*" lui donnant une certaine autorité qu'il ne possède pas intrinsèquement. Cependant cette conception des auteurs de science politique est trop réductrice, même s'il est vrai que le droit doit se rapprocher des phénomènes sociaux. Et c'est parce que la Gouvernance juridique ne le fait pas suffisamment que sa place prééminente est contestée par le Second Monde. Pour dépasser ce clivage droit/science politique (56) l'idée d'une gouvernance sociale fait jour.

Paragraphe 3 - La nécessité d'une gouvernance sociale (57)

"il y a toujours une vérité mais pas forcément une justice, ni de jugement"

De même qu'il ignore toute politique juridique interne ou gouvernance juridique, le positivisme juridique ne prend pas suffisamment en compte la dimension sociale du droit. Les sciences sociales, dont le droit, pourraient constituer un instrument de gouvernance des sociétés. Léon DUGUIT a souligné l'intérêt d'une théorie sociologique du droit pour rompre avec la démarche dogmatique et permettre d'ajuster la production juridique à la réalité sociale. La Gouvernance sociale serait le modèle de rationalisation de la production juridique. Grâce à la création de corps d'experts comprenant des psychologues, anthropologues, juristes, économistes, sociologues, etc... pour produire des lois à la place des institutions étatiques et mettre en œuvre une science expérimentale du droit. Les lois qui en résulteraient répondraient davantage aux exigences d'efficacité et d'effectivité(58) qui font défaut au système politique classique(59) La Gouvernance juridique par le haut est un modèle en faillite. Il faut rompre avec la représentation hiérarchique linéaire et centralisée de la production du droit. D'autre part, cette rupture ouvre la porte au concept de réseau dans le processus de production juridique qui se présente comme "*une combinaison infinie de pouvoirs, tantôt séparés, tantôt confondus*" assimilait les deux est donc en train de basculer. Les interventions de l'Etat se sont multipliées non parce que les citoyens réclament plus d'ordre mais parce que leurs demandes sociales sont devenues exorbitantes. Ce qui a créé une prolifération du droit mal contrôlé et qui n'est qu'imparfaitement appliquée. Dans le Premier Monde, le concept de régulation(60) met l'accent sur les mécanismes et les règles qui se développent dans les relations entre individus (régulation "*réactive*")

(55) Pierre FAVRE, "*La manifestation entre droit et politique*", in Droit et Politique, par le CURAPP, PUF; Paris, 1993, page 288.

(56) Jacques CHEVALLIER, "*Science du droit et science du politique*", in "*Droit et politique*" de l'opposition à la complémentarité, CURAPP, PUF, Paris, 1993, pages 251-261.

(57) Nous reviendrons sur ce point à la fin de cette deuxième partie avec de plus amples développements. Ce dernier se verrait transformé par l'élaboration d'un "*droit de la Gouvernance globale*".

(58) L'*efficacité* consiste à produire l'effet qu'on attend (exemple, le prononcé d'une sanction) alors que, l'*effectivité* se traduit par un acte concret, tangible permettant par exemple, l'exécution par la puissance publique d'une sanction.

(59) Voir *infra*, fin de la seconde partie de la présente thèse.

(60) Pour Alain CHOURAQUI, la régulation, au sens large, c'est un ensemble de libres processus sociaux, juridiques et économiques qui, par l'interaction d'acteurs, de règles et de structures, "*règlent dans la durée*" la vie sociale au sein d'un ou de plusieurs groupes en y maintenant le "*lien social*" ; in "*Normes juridiques et régulation sociale*" par François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, op. cit., page 286.

Cependant, la réalité est devenue plus complexe, ce n'est plus l'obéissance mais la volonté de gagner ou de ne pas perdre dans un jeu déjà organisé qui va pousser un individu à adopter telle ou telle stratégie compatible avec les règles du jeu préalablement définies et qu'il va contribuer à perpétuer. C'est donc sur le point de savoir ce qu'est la gouvernance juridique de type *réactif* que nous allons nous attarder maintenant.

Section 2

La gouvernance juridique *réactive* des Etats

"L'intelligence est infiniment plus difficile à organiser que la force"
(Guy LABOUERIE, *Des menaces nouvelles*)(61)

On a toujours affaire au système de gouvernance hiérarchique sauf s'il s'agit ici d'examiner non plus un système fermé mais un système ouvert avec toujours au sommet les Etats mais qui vont établir entre eux des rapports les rendant indépendants les uns des autres de règles et de procédures dont ils sont à la fois juges et parties. La gouvernance est toujours juridique, c'est-à-dire que le droit reste son outil de travail, de modelage du monde. Mais encore, c'est une gouvernance juridique "*réactive*" (gouverné de l'intérieur) parce que la production du droit international qui en résulte maintient le monopole des Etats dans la production juridique à l'échelle de la planète. Mais le système international est un système où la souplesse est la règle, ce qui implique une absence du principe hiérarchique car l'Organisation des Nations-Unies "*est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres*" (Article 2, alinéa 1, de la Charte de 1945) Dans son cours général de droit international public, professé en 1983 à l'Académie de droit international, Michel VIRALLY(62) écrit que "*L'Etat constitue le concept clé du droit international... aujourd'hui encore, malgré l'apparition de nouveaux acteurs*" qui ont intensifié les relations transnationales, et fait progresser la coopération inter étatique. Théoriquement, peu importe la puissance ou la faiblesse d'un Etat par rapport aux autres, ils sont tous égaux en droit, mais nous verrons plus loin que dans la pratique, il en aille différemment.

Dans les relations internationales, il n'y a pas de modèle hiérarchique clair permettant un contrôle supranational des Etats. Dans cette régulation à caractère réactif, la gouvernance juridique s'exprime de plus en plus à travers l'économie et fait régner sciemment la confusion, l'incertitude et le chaos dans le Premier Monde, lequel bâtit de plus en plus son pouvoir sur la richesse et où le droit sert davantage les intérêts d'une économie ouverte qu'à conquérir le pouvoir politique. Nous allons voir que, d'une part, la réalité d'une gouvernance juridique *externe* prête nécessairement à discussion vu que l'existence de l'ordre juridique international est fortement contestée. D'autre part, si l'on admet qu'il y a une gouvernance juridique "*réactive*", comment peut-elle obliger les Etats ?

Paragraphe 1 - La réalité d'une gouvernance juridique externe

On peut imaginer que les auteurs seraient partagés entre "*négateurs*" et *utopistes*"(63) au même titre que dans le débat sur la réalité du droit international qui est toujours d'actualité. L'observation de

(61) Revue Défense Nationale, avril 1993, N° 52, page 86.

(62) "Panorama du droit international contemporain", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, Tome 183, Editions Martinus Nijhoff, 1983, page 70 et suivantes.

(63) Manfred LACHS, "*Le monde de la pensée en droit international - Théorie et pratique*", Collection Droit international, Editions Economica, Paris, 1989, page 13 (145 pages)

cette réalité porte sur l'examen des politiques nationales à l'égard du droit des relations internationales. C'est ce que Guy de LACHARRIERE nomme les "*politiques juridiques extérieures*" des Etats (64) (et subsidiairement d'autres sujets du droit international) Il est vrai qu'aucun gouvernement ne se vante d'adopter de telles politiques alors qu'ils n'hésitent pas à parler de politique internationale en matière militaire, économique, culturelle, etc..

Par gouvernance juridique "*externe*" nous entendons une gouvernance à l'égard du droit international, et non pas déterminé nécessairement par le droit international, ayant pour objet les relations internationales dans leur ensemble ou bien une partie de celles-ci. Si la politique est d'abord un art de gouverner, la gouvernance vise à mettre en œuvre une véritable gestion des crises internationales fondées sur l'idée d'efficacité dont l'objectif est d'obtenir un résultat concret.

Même sur le plan international, la gouvernance se démarque du politique qui recherche surtout le pouvoir et s'impose par la contrainte pour se rapprocher du diplomate (65) dont la mission est de diriger et d'exécuter les négociations entre Etats avec circonspection. C'est également parce que la gouvernance se veut scientifique en tant que méthode de gouvernement qui fait qu'elle rejette tout ce qui semble relever de l'art, telle que la politique au sens classique du terme. Mais encore, parce que les relations internationales qui sont l'objet de cette gouvernance ne peuvent devenir elles-mêmes une science, une discipline universitaire pleinement autonome que si elle parvient à se dégager de la politique internationale à laquelle elle ne devrait pas prendre part en tant que science(66) L'idée que le droit international et l'étude des relations internationales dans leur ensemble sont des **objets de gouvernance** au service d'intérêts économiques et financiers est niée. On persiste à nous faire croire l'inverse, que le droit est le fondement des décisions politiques.

A - Les thèses négatrices de la gouvernance juridique externe

Nier son existence, c'est d'abord rejeter l'existence même du droit international, d'une part, sur le plan sociologique où il ne serait pas considéré comme autre chose que la poursuite de la politique par d'autres moyens; puis au niveau juridique, la Gouvernance reste liée à la reconnaissance du droit international comme discipline juridique à part entière.

1) La négation sociologique de la gouvernance internationale

La gouvernance implique que les Etats se servent bien plus du droit international qu'ils ne le servent (67) La gouvernance confère au droit international un langage spécifique: les représailles

(64) Guy de LACHARRIERE, "*La politique juridique extérieure*" Publications de l'IFRI (Institut Français des Relations Internationales) Editions Economica, Paris, 1983, (236 pages)

(65) Cf. *la diplomatie économique*, voir *infra* page 313 et suivantes.

(66) Selon les propos de Serge SUR et Hubert THIERRY dans un entretien publié dans Le Trimestre du Monde par l'Observatoire des relations internationales (ORI) de l'université René Descartes (Paris V) : "*Quels nouveaux concepts pour quel nouveau monde?*" Le Trimestre du Monde, 4^e trimestre, 1996, n°36, page 9 à 19. Toutefois nous regrettons que, dans cet article les auteurs revendiquent le positivisme pour l'étude des relations internationales, même s'ils s'accordent à reconnaître que, la recherche en la matière, en France, reste dominée par un institut extra universitaire: l'IFRI. Celui-ci en a le quasi-monopole sous l'égide du ministère des Affaires étrangères. En outre, en tant que positivistes, ces auteurs se contredisent en affirmant que séparer le droit de la politique est une idée fautive et ringarde, tout en critiquant les négationnistes du droit international; cf. *Ibidem* page 13.

(67) Voir, "*L'instrumentalisation du droit international comme source d'insécurité juridique et de vulnérabilité pour les droits de l'Homme: l'exemple de l'embargo*", par Philippe LAVODRAMA, Les Cahiers de Nord/Sud, Numéro hors série, Août 1997, publié par l'O.N.G. Nord-Sud XXI, Genève, 98 pages.

sont qualifiées de contre mesures et la guerre de mesure de coercition en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui interdit le recours à la force armée (article 2, alinéa 4) sous réserve de légitime défense.

Mais ceux qui nient le droit international pourraient voir dans la gouvernance des arguments en leur faveur. Ils pourraient affirmer que la gouvernance c'est la loi du plus fort qui s'impose au plus faible; que par exemple, le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne serait qu'un acte de gouvernance aux mains des puissants. Ils pourraient également soutenir que la gouvernance juridique externe ne diffère pas de la gouvernance juridique interne. En effet, chaque gouvernement sur chaque problème juridique adopterait selon eux un point de vue conforme à leurs intérêts du moment (68) Les négateurs du droit international pourraient soutenir que la gouvernance ôte au droit international tout caractère normatif (69) qui commanderait effectivement le comportement des Etats. Ainsi, le droit international ne mériterait aucune attention particulière de l'Etat parce que ce n'est pas du droit et qu'en conséquence, celui-ci ne peut être l'objet d'une gouvernance de sa part.

2) La négation juridique de la gouvernance internationale

Même si la gouvernance internationale existe, ce n'est pas du droit! Diraient certains auteurs. Cependant le caractère juridique de la gouvernance est lié à la reconnaissance du droit international comme une véritable discipline juridique autonome par la doctrine qui lui fait deux types de reproches: d'une part, l'absence de sanction qui est le corollaire de tout système juridique, car l'ordre juridique selon KELSEN doit être conçu comme un ordre de contrainte; d'autre part, le premier reproche va de pair avec l'impuissance du droit international d'empêcher le recours à la force ou de l'autoriser dans certaines situations (telles que, par exemple, la guerre du Golfe en 1991) Il n'existe aucune autorité judiciaire ni de gouvernance d'exécution des décisions internationales. C'est en faisant ce que les Etats ne font pas que l'on peut essayer de dégager la doctrine sur la nature et le rôle de la gouvernance qui considère le droit international comme un objet et entend ainsi agir sur lui.

B - L'existence sociologique de la gouvernance juridique internationale

Sans que l'homme de la rue en ait véritablement conscience, les relations entre Etats sont de plus en plus régies par la Gouvernance internationale. C'est une réalité sociologique. Par exemple, en février 1998, aucun Etat ne semble protester fermement contre la menace américaine d'utiliser la force contre l'Irak alors même que les Nations Unies n'exigent pas une telle intervention, bien qu'il s'agisse de faire respecter des résolutions fondées sur le droit international(70)

Or, actuellement aucune résolution du Conseil de sécurité n'autorise les Etats-Unis à intervenir par la force, pour l'inspection des sites "*présidentiels*" et la destruction des armes prohibées; même si c'est une condition substantielle du cessez-le-feu conclu lors de l'opération

(68) C'est l'idée d'une juxtaposition des conceptions nationales avec la politique juridique extérieure du gouvernement selon Guy de LACHARRIERE, *op. cit.*, page 183.

(69) Cf. *L'Etat et l'ordre juridique international - Remarques* (Texte du rapport belge présenté au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé en août 1978) par Joe VERHOEVEN qui soutient qu' "*il n'y a guère à ce jour d'ordre juridique international*"; *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 82, N° 3, 1978, pages 749 à 774.

(70) Notamment, la résolution 687 du 3 avril 1991 permettant l'inspection de sites dits *présidentiels* et de neutraliser les armements qui y seraient cachés.

"Tempête du désert" autorisée par la résolution 678 du Conseil de sécurité des Nations Unies. Mais il s'agissait en 1990/91 de restaurer l'autorité du droit.

Tandis qu'au début de 1998, les Etats-Unis dans leur rôle de gendarme (71) du monde méprise le droit international: ainsi en juin 1993, le raid américain sur Bagdad répondait à la tentative d'assassinat du président Georges BUSCH. Mais l'article 51 de la Charte des Nations Unies n'admet la "*légitime défense individuelle ou collective*" qu'en réponse à une "*agression armée*". Ce qui n'est pas le cas de la part de l'Irak à ce moment. Comme le simple citoyen qui arrête un voleur, l'Etat américain se propose d'agir en l'absence d'une police internationale pour faire respecter les décisions des Nations Unies. De la même façon, les Etats-Unis ont puni l'Irak en septembre 1996 pour des opérations militaires faites au mépris de la résolution 688 qui visait à protéger la population du Kurdistan.

Cependant, la Gouvernance des Etats-Unis sur le monde ne les conduit pas à ne pas jouer le jeu du droit international. Ils acceptent toutes les dispositions de l'accord entre le Secrétaire général des Nations Unies Kofi ANNAN et l'Irak, permettant la visite des "*sites présidentiels*" qui cacheraient des armes secrètes et ainsi éviter la guerre avec les Etats-Unis.

En ne s'opposant pas à la gouvernance mondiale américaine, les Etats jouent le jeu de cette gouvernance, excepté dans certains cas comme celui de l'Irak, lequel malgré tout, tient un discours juridique (il veut avoir les mêmes droits que n'importe quel autre Etat) C'est le droit international qui permet aux Etats de justifier leurs actions de gouvernance politiques ou militaires dans le monde(72) avec toujours l'idée de protéger ses propres intérêts économiques et financiers en priorité (la guerre du Golfe en est l'exemple type car le Koweït est parmi les plus grands producteurs de pétrole du monde) A l'évidence, la gouvernance juridique externe des Etats manipule le droit international, mais du même coup, il s'occupe d'elle et lui procure une certaine légitimité (c'est l'hommage hypocrite que le vice rend à la vertu)

En outre, bien qu'il n'y ait pas de gouvernement international, il existe une *société internationale* organisée par le droit international et qui rend possible la coopération entre Etats. Mais, ce n'est ni la peur du gendarme ni la contrainte qui expliquent le respect du droit international par les Etats. La seule raison valable est subjective : si un Etat ne respecte pas le droit international de façon générale, alors pourquoi les autres Etats devraient-ils respecter leurs engagements internationaux à son égard ?

Enfin, tout comme les individus, les Etats sont demandeurs de règles internationales dans tous les domaines, ce qui atteste de la réalité sociologique de l'ordre juridique international. Mais sans le dire ouvertement, ils sont également demandeurs de gouvernance et rendent implicitement hommage à un Etat, notamment les Etats-Unis, qui veulent en assurer la suprématie pour assurer une paix relative et le maintien de l'ordre international. En effet, les Etats ont peur du chaos, ils se savent affaiblis dans un monde de plus en plus global et que leur statut souverain peut être sérieusement remis en cause par l'apparition de nouveaux acteurs sur la scène internationale. Un monde sans gouvernance internationale, comme un monde sans droit international, menacerait la stabilité de l'ordre juridique international. C'est la raison pour laquelle les Etats adhèrent de plus en plus et y travaillent à l'idée d'une gouvernance, afin d'éviter le chaos et cherchent à l'habiller d'une certaine juridicité pour préserver leur souveraineté.

C - La juridicité de la gouvernance internationale

(71) Sur son rôle de leader de la Gouvernance, voir infra, page 528 et suivantes.

(72) Le Général de GAULLE en 1958 répondait au Secrétaire d'Etat américain Foster DULLES que "*Si la France cesse d'être mondiale, elle cesse d'être la France*".

La normativité juridique n'est jamais fonction de l'affectivité sociologique. Ce n'est pas parce que le droit international (si l'on part de l'hypothèse selon laquelle c'est du droit) ne traite pas de la gouvernance qu'elle n'a aucun caractère juridique (73) D'où le paradoxe du phénomène de la gouvernance qui suppose un certain décalage entre la normativité juridique et son affectivité sociologique. Tandis que, le droit international constitue l'ordonnement juridique de la réalité, autrement dit, il a pour fonction essentielle de produire des règles de droit ; la gouvernance juridique est la "*dimension utopique*" du droit international qui a pour effet de soumettre la réalité sociologique à la volonté humaine, de la transcender pour l'ordonner à des fins supérieures. La spécificité de la gouvernance juridique est la recherche d'un équilibre subtil entre la description de la réalité sociologique par le droit international et la volonté utopique de l'Homme, à travers l'Etat, de transformer le monde. C'est pour cela que la gouvernance nous fascine, parce qu'elle s'inscrit dans cette dialectique entre l'objet et fondement. Le degré de juridicité de la gouvernance internationale est donc lié à la question du fondement de l'Ordre juridique international.

Paragraphe 2 - Le fondement de l'ordre juridique international(74)

"L'idée finit toujours par l'emporter sur les ruines de tout"
(Emile ZOLA)

D'une part, le débat doctrinal sur la juridicité du droit international est un faux débat parce que, d'autre part, la preuve de sa juridicité est pragmatique et existentielle.

A - *Le fondement doctrinal et classique*

Deux écoles admettent que le système international est un système normatif juridique mais répondent distinctement à la question de savoir pourquoi le droit international oblige-t-il les Etats ? Dans l'Ordre international à l'inverse de l'ordre interne les Etats sont des entités souveraines et donc abstraites de toute autorité supérieure. Les règles du droit international qui gouvernent leur conduite ne sauraient porter atteinte à leur souveraineté pleine et entière(75) La règle de droit est un attribut de la souveraineté, mais surtout une limitation de celle-ci. Deux écoles de pensée répondent à la question du caractère obligatoire du droit international:

- 1) Le courant volontariste ou consensualiste.

(73) Pour ANZILOTTI, les normes juridiques affectent un *devoir être* dont la valeur est indépendante du fait que ce devoir est ensuite réalisé ou non ; Cours de droit international, Volume 1, traduit en français par G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, page 43.

(74) Les propos qui suivent s'inspirent de la lecture du Cours général de droit international public par Prosper WEIL "*Le droit international en quête de son identité*" dans le *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Editions Martinus Nijhoff, La Haye, 1996,VI, Tome 237 (369 pages)

(75) C'est cette contradiction, que la CPJI a tenté de dépasser dans *l'affaire du "Vapeur WIMBLEDON"*, où la Cour a refusé de voir "dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté... la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat" ; C.P.I.J., arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, page 25.

Selon lequel les règles de droit international sont obligatoires parce que les Etats les ont voulues ou les ont acceptées (facteur intrinsèque au système)(76) Dans cette conception, le droit international est autonome (il se régit par ses propres lois) et les Etats en sont à la fois les auteurs et les sujets. En revanche, le courant objectiviste place le caractère obligatoire du droit international dans un facteur extrinsèque au système.

2) Le courant objectiviste.

Le fondement du droit international serait extérieur au système et indépendant de toute volonté et de tout consentement des Etats. Les Etats sont les sujets du droit international mais ils n'en sont pas les auteurs. On dit que le droit international est *hétéronome* (il reçoit de l'extérieur des lois qui le gouvernent) Pour certains, c'est le droit naturel où la raison est supposée gouverner le droit. Pour d'autres, comme Paul REUTER, il n'y a pas d'autre fondement que les valeurs morales (77) Pour d'autres encore, on constate sociologiquement que toute société humaine secrète du droit. La coexistence de ces deux courants ne peut pas être un point final à ce débat qu'il faut absolument clarifier.

3) La clarification du débat entre positivistes et instrumentalistes.

Tout d'abord, le positivisme est une doctrine multiforme : dans certains cas, le positivisme est synonyme de volontarisme ou de consensualisme. Mais il ne s'agit, alors, que d'une simple variante qui ne touche pas au fond du débat. En revanche, le positivisme recouvre également deux autres conceptions dont ni l'une ni l'autre, n'intéresse le fondement du droit international mais le traite plutôt comme un objet exclusivement intrinsèque à l'ordre juridique international. Dans un premier courant positiviste préconisé par Roberto AGO(78) le droit positif est un droit *établi* par une autorité compétente à un moment précis dans le temps et dans l'espace. Il s'oppose au droit *spontané* dont la formation ne s'identifie ni dans le temps ni dans l'espace. Pour AGO, ce n'est pas un problème de fondement du droit international, mais un problème de sources, c'est-à-dire de modes d'accès à la normativité(79) En conclusion, la juridicité est indépendante de l'établissement de la norme, et que l'ordre juridique international comporte plus de règles de formation spontanée que de règles voulues. Dans un second courant positiviste, on considère que le phénomène juridique se limite à l'ensemble des règles de droit en vigueur. Cet ensemble comprend du droit établi et du droit spontané. Pour les partisans de cette doctrine, les juristes ne doivent pas s'intéresser aux inspirations, motivations et finalités religieuses, morales, sociales ou politiques du droit en vigueur. Ici, la juridicité de l'ordre juridique international est isolé de son contexte sociologique sous prétexte de neutralité mais aussi de scientificité et d'autonomie. L'ordre juridique positif fait l'impasse sur la question de son fondement parce qu'elle rejette en bloc l'aspect hétéronome du droit international. A cet égard, Oscar SCHACHTER(80) constate une division entre internationalistes *instrumentalistes*

(76) *Ibidem*, pages 68 et 69, ANZILOTTI nous donne la conception la plus achevée de ce courant.

(77) Paul REUTER, "*Principes de droit international public*", Cours général de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Editions Martinus Nijhoff, La Haye, 1961, II, Tome 103, page 481.

(78) Pour Roberto AGO, l'ordre juridique international est principalement "le fruit d'une germination spontanée et non d'une volonté ou d'un établissement" ; voir, *Droit positif et droit international, Annuaire Français de Droit International*, Editions du CNRS, Paris, 1957, pages 57 et 62.

(79) Cf. "*Vers une normativité relative en droit international ?*" Par Prosper WEIL ; *Revue Générale de Droit International Public*, Editions A. Pedone, Paris, 1982/1, pages 5 à 47.

(80) "*International Law in Theory and Practice*", Cours général de droit international, RCADI, Editions Martinus Nijhoff, La Haye, 1982, Tome 178, page 40.

et positivistes. Les positivistes abordent les règles du droit international selon des critères purement intrinsèques à l'ordre international (ils sont *rule oriented*) Ils reprochent aux instrumentalistes leur conception dangereusement subjective et de vouloir transformer le droit en politique. Par contre, les instrumentalistes mettent l'accent sur les valeurs et les finalités de l'ordre international (ils sont *policy oriented*); et ils reprochent aux positivistes leur étroitesse d'esprit et leur formalisme à outrance qui érige les moyens en fins.

Les deux types d'approche sont légitimes mais aucune ne détient la vérité plus que l'autre. Mais nous pouvons constater que l'histoire dans un mouvement d'ordonnement, de recherche de sens, l'une de ces approches va dominer sur l'autre à un moment donné et dans un espace donné. Droit et morale sont placés sur deux plans différents en concurrence. Selon Prosper WEIL, ces deux types d'approches doivent rester distincts sans jamais être confondus car chacune a une fonction qui lui est propre.

Nous considérons qu'il faut rompre avec ce type de division artificielle afin de développer une nouvelle approche du droit plus adaptée à l'évolution technico-économique et globale où le droit va se conjuguer avec la morale. Sinon comment donner du sens aux événements actuels qui se déroulent, avec les concepts dépassés qui ont permis la clôture du Premier Monde. Espérons que, dans un avenir proche, on pourra donner tort à BEDJAOUI(81) qui souligne que "le *droit international n'a pu historiquement et ne pourra encore longtemps être autre chose qu'un droit reposant sur le consentement exprès ou tacite des Etats*". D'autant plus, qu'il reconnaît que le droit international est fondé sur un mélange subtil de consensualisme et d'objectivisme; qu'ainsi un droit international entièrement volontariste serait autodestructeur et qu'un droit international complètement objectiviste serait une dangereuse illusion. Admettre l'idée que la juridicité n'est pas liée à l'affectivité sociologique rend nécessaire également de rompre avec l'idée que seule la sanction peut consacrer la juridicité de l'ordre international.

B - Le fondement pragmatique et moderne

En droit, il paraît logique que le non-respect d'une obligation soit toujours sanctionné. Mais une règle de droit ne cesse pas automatiquement d'en être une parce qu'il n'existe aucun moyen de contrainte pour l'appliquer ni de sanction en cas de violation. A contrario, toute sanction n'est pas juridique. C'est-à-dire que la morale peut prévoir une sanction dans un cas déterminé alors que le droit n'en prévoit aucune même si l'obligation est prévue par un texte juridique. Par exemple, en droit interne dans de nombreux Etats, dont la France, il n'existe aucun moyen d'obliger un Etat à exécuter ses obligations, même si un tribunal l'a condamné. Ce n'est pas pour autant que la juridicité du droit interne sera mise en doute. Mais le postulat selon lequel l'ordre interne est le modèle de référence pour l'évaluation du niveau de développement de l'ordre international est fortement critiquable. Car le droit international a pour fonction de régir une société totalement différente de la société étatique interne(82) La véritable preuve de la juridicité de l'ordre international se trouve dans la reconnaissance réciproque par les Etats de droit et d'obligations les uns envers les autres.

Roberto AGO définit *"l'ordre juridique comme une réalité objective dont l'existence se constate dans l'histoire"*. Or ajoute-t-il, « *la présence de règles de droit dans la société des Etats*

(81) *"Le droit international.- Bilan et perspectives"*, sous la direction de Mohamed BEDJAOUI, Publications de l'UNESCO, Paris, 1991, page 2.

(82) Pour Michel VIRALLY, le droit international est beaucoup plus qu'un droit primitif: *"De la prétendue primitivité du droit international"*, in *Le droit international en devenir-Essais écrits au fil des ans*, Publications de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Genève, PUF, Paris 1990, pages 91 et suivantes.

est une donnée d'expérience évidente"(83) Bref, la preuve de la juridicité du droit international est pragmatique parce qu'elle résulte du comportement des Etats et de la conviction que ce comportement se traduit par la création de droits et d'obligations juridiques pour les Etats. Mais la juridicité de l'ordre international est surtout mise en cause par des recours fréquents à la force dans le règlement des différends entre Etats, même si elle est prohibée de même que la simple menace d'y recourir (Article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations-Unies)

En conclusion, il ne faut pas trop attendre du droit international, vu la difficulté à supprimer l'usage de la force. Il est malgré tout un régulateur des relations internationales grâce au maintien relatif de la paix et de la sécurité mondiale. Mais pas plus que le droit civil n'est apte à mettre fin aux tensions familiales ou le droit constitutionnel à empêcher les crises politiques, le droit international ne peut résoudre les conflits les plus forts entre Etats.

C'est parce qu'on attend trop de lui que le droit international déçoit si souvent. Ni la colonisation, ni la guerre froide n'ont été résolues par le droit, même s'il a joué un rôle. Il faut accepter l'idée, une fois pour toutes, que tous les problèmes ne peuvent pas être résolus par le droit. Comme l'a écrit Krystina MAREK *"on ne décrète pas l'interdiction de la guerre comme on ne décrète pas l'interdiction des épidémies! Ce sont là des phénomènes sur lesquels le normatif n'a pas de prise"*(84)

L'utopie de la paix par la seule force du droit est de plus en plus abandonnée pour laisser place à la paix par le commerce en priorité, mais à l'aide du droit. L'hyperactivité de la production juridique tant dans l'ordre actif que dans l'ordre réactif répond non seulement au besoin de droit mais est aussi la conséquence d'une pathologie dépressive, qui résulte de l'incertitude, de la peur et de la perte de *"bon sens"*, de la part du Premier Monde. Ce dernier se voyant menacé cherche aujourd'hui à promouvoir le droit en tant que *"méthode"* de gouvernance et non plus comme un *"système"* de croyance afin de s'adapter au mode de raisonnement inductif anglo-américain et à la supériorité du paradigme numérique du Second Monde sur le paradigme analogique du Premier Monde. C'est l'intégration d'un mode de gouvernance beaucoup plus informel qui ne traduit plus par l'introduction de procédures et de règles juridiques rigides et qui inclut une finalité économique renforcée en réponse à la nécessité d'une globalisation de l'Ordre.

Paragraphe 3 - La fin de la gouvernance Juridique(85)

"Nos compatriotes continuent d'attendre tout de l'Etat, par ailleurs ils n'en espèrent plus rien"

(allocution télévisée de Jacques CHIRAC, janvier 1998)

Dans cette optique, nous rejetons l'idée purement objective d'une conception froide selon laquelle le *droit serait aussi une science d'organisation* (86) En effet, l'*approche organisationnelle* développée par Jean PAILLUSSEAU de par son caractère strictement scientifique rejette les aspects

(83) Roberto AGO, Cours général de droit international *"Science juridique et droit international"*, RCADI, Editions Martinus Nijhoff, La Haye, 1956, 11, Tome 90, page 951.

(84) Krystina MAREK, *"Sur la notion de progrès"*; elle estime que le développement de la normativité n'est pas un signe de progrès, mais plutôt de déclin, Annuaire Suisse de Droit International, Volume XXXVIII, 1982, page 37, et pages 38 et 43.

(85) Au sens de *mort de sa primauté* dans la société mais aussi au sens de la *finalité* du projet quelle dirige.

(86) Jean PAILLUSSEAU, Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) Revue Trimestrielle de Droit commercial, volume 421, janvier mars 1989, pages 1 à 57.

idéologiques dans l'appréhension de la réalité(87) juridique. Bien entendu, le droit, du point de vue instrumental, doit être apprécié comme un objet, un moyen de gouvernance car il n'est pas une fin en soi. Sa finalité essentielle est la justice et la morale. Finalité contestable du point de vue économique (88) mais c'est celle-là qui est en principe mise en avant par l'ordre juridique.

Pour nous, l'emploi du terme *organisationnel* ne convient pas parce que malgré tout le droit en tant système de croyance est par nature toujours idéologique. C'est la raison pour laquelle nous considérons que le terme de *projectique*(89) qui met en évidence la finalité idéologique du droit, de sa gouvernance, convient davantage. Bref, il ne faut pas dans l'appréhension du droit en tant qu'objet se couper de sa véritable finalité : la gouvernance des hommes (90) qui est de moins en moins juridique pour être de plus en plus économique et d'ordre éthique. Pour le pouvoir comme pour la richesse, les moyens ont toujours primé sur les fins. Parce que les fins sont toujours sans objets réellement observables, puisque les principes moraux universels qui transcendent l'ordre juridique, ne sont pas des faits observables. La Gouvernance par le droit se réalise de la façon la plus opportune.

Autrement dit, la gouvernance traditionnelle opposée à l'idée de projectique produit des règles de droit en fonction des circonstances et des intérêts du moment. La Gouvernance introduit l'idée sous jacente d'une *projectique* de l'ordre juridique.

C'est-à-dire, que ce dernier aurait tout de même une finalité ; et que cette dernière, même si elle paraît difficile à appréhender, il ne faut pas la négliger. Le droit ne naît pas uniquement de la rencontre d'un fait et d'une volonté (91) ; le droit résulte également de la transposition du sentiment général de ce qui est bien et de ce qui est mal, et du désir profond de créer la cité idéale. Autrement dit, la Gouvernance postule pour la formation d'une *éthique globale* (92) ouverte, qui décloisonne les espaces étatiques. La thèse de PAILLUSSEAU selon laquelle *l'organisation juridique est un système logique et cohérent* (93) ne tient pas du fait de ses nombreuses contradictions. A peine il emploie le terme de "*système*", qu'il poursuit en affirmant que *l'organisation juridique est une "méthode"*; puis il se rattrape en précisant que *c'est l'organisation juridique de la société* en tant que système(94) Il nous semble bien impossible sous peine de confusion que ce soit les deux à la fois. Plus loin, il nous dit que *Le concept d'organisation juridique est étranger à celui de positivisme* (95) et qu'il est apparu principalement dans le domaine contractuel; qu'ainsi, *l'approche organisationnelle est exactement le contraire du dogmatisme* (96) Mais si *l'organisation juridique a*

(87) Mais quelle réalité ? Cf. conclusion finale.

(88) Voir *infra*.

(89) Voir *supra*.

(90) Cf. "*Le gouvernement des hommes*", in "*L'esprit sociologique des lois*" par Jacques COMMAILLE, Collection U "*Droit, éthique et société*", Editions PUF, Paris, 1994, pages 196 à 209.

(91) Le fait, c'est l'existence d'une vie sociale ; la volonté, c'est le refus de l'anarchie, la recherche d'un ordre social que chacun doit respecter.

(92) Voir à la fin de la présente étude.

(93) "*Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*", Recueil Dalloz, 1997, 14^e cahier, chronique, pages 97 à 106; sur le point en question, voir *notes* 15 et 16 page 98.

(94) Voir l'introduction de la Partie II sur la distinction entre méthode et système.

(95) *Ibidem*, note 26.

96) *Ibidem*, note 27.

un caractère systémique, n'est-il pas nécessairement dogmatique parce que tout système est fondé sur des croyances ?

Tout un imbroglio de confusions s'ensuit dans cette thèse dont le caractère compliqué peut séduire le lecteur parce qu'il éprouve de la difficulté à comprendre et ignorer tout sur ce point. Mais nous ne nous laisserons pas piéger par un pseudo concept qui prétend à lui seul être le meilleur moyen d'appréhender la réalité juridique et que cette dernière est unique. Si nous nous sommes attardés sur ce point, c'est pour dénoncer les juristes qui sont parfois des manipulateurs et non comme le dit cet auteur des *organismes juridiques*.

Par ailleurs, la thèse de KELSEN que tout Etat est un Etat de droit, ou que l'expression *Etat de droit* n'est qu'un pléonasme, est entièrement justifiée. En effet, si cette expression désigne un système de normes hiérarchisées, alors tout ordre juridique est un Etat de droit (97) Le concept de hiérarchie prend sa source dans la méthode syllogistique. Le contenu de la norme inférieure est alors déduit du contenu plus général de la norme supérieure (98) Les autorités inférieures à l'Etat n'ont qu'une compétence liée, elles doivent obéir à la loi. Ce principe n'est pas absolu mais il est généralisé.

En revanche, dans la méthode inductive, la norme supérieure se borne à déterminer un cadre général où des objectifs ou des limites peuvent être précisés et laisse libre le choix des moyens et du contenu aux autorités inférieures à l'Etat. Dans l'ordre hiérarchique, les deux méthodes sont des pratiques courantes. Mais c'est la première qui, en principe, prévaut sur la seconde, car s'il y a une hiérarchie des normes, il y a aussi une hiérarchie des méthodes.

Cependant, une inversion méthodologique est en cours et tend à faire primer la seconde méthode (par induction) sur celle qui est en première place dans l'ordre hiérarchique traditionnel (par déduction) Ce renversement de situation crée de l'incertitude qui frappe l'Etat de droit en plein cœur parce que la certitude était son fondement (99)

La méthode inductive, c'est la doctrine anglo-saxonne de la *Rule of Law* qui met l'accent sur le résultat à atteindre sans indiquer les moyens pour y parvenir. Par contre, la doctrine de l'Etat de droit donne davantage d'importance aux moyens sans exiger une obligation de résultat. Mais aucune de ces deux méthodes n'est une thèse du tout.

La Gouvernance globale nous permet de rompre avec le concept de hiérarchie, afin de postuler pour une méthode holistique où l'induction et la déduction ne travaillent plus de façon séparée mais tout en restant opposées viennent se compléter pour mettre au point une méthode globale. La Gouvernance juridique classique n'est pas confrontée à un véritable changement de finalité qui est toujours de faire régner l'ordre, la paix et la sécurité dans la société(100) (autrement dit, le discours officiel reste le même) ; le problème de l'ordre juridique est de faire prévaloir les fins sur les moyens, de respecter et faire respecter des obligations de résultat et non plus seulement de moyen. Pour cela, la gouvernance par le droit s'affiche de plus en plus comme une véritable méthode de gestion qui exige l'obtention de résultats concrets, plutôt que de paraître comme une idéologie qui se considère déjà comme une fin en elle-même.

(97) Hans KELSEN, *"Théorie générale du droit et de l'Etat"* (édition originale: "General Theory of Law and State, New York, Russel and Russel, 1945) Collection "La pensée juridique", Editions LGDJ, Paris, 1997, (528 pages)

(98) Voir *"La logique déductive"* par Georges KALINOWSKI, Collection "Droit, éthique, société", Editions PUF, Paris, 1996, 172 pages.

(99) Michel TROPER, Revue "Droits" (revue française de Théorie juridique) Thème "L'Etat", N°15, Editions PUF, Paris, avril 1992, page 62.

(100) Contrairement à ce que peut affirmer Paul AMSELEK dans *"L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales"*, Revue de droit public (et de la science politique en France et à l'étranger) Editions LGDJ, Paris, mars avril 1982, n° 98, pages 278 et suivantes.

Comme le sociologue Paul AMSELEK(101) les théoriciens marxistes nous annonçaient le dépérissement du droit de l'Etat autoritaire ! Mais c'est le capitalisme occidental qui est en train de faire l'expérience de ce déclin. Les Nouveaux Maîtres du Monde (102) ont programmé la fin de la Gouvernance par le droit, tant au niveau national que sur le plan international, car ils estiment que l'institution de l'ordre juridique n'est qu'une étape dans l'évolution humaine (103) et dans laquelle l'Homme ne semble plus croire comme étant le meilleur moyen de le rendre heureux, plus actif, plus prospère, plus libre et de construire la Cité globale.

La *fin* de la gouvernance juridique signifie surtout que les "*gouverneurs*"(104) de l'Ancien monde passe le relais à la libre compétition économique et financière qui constitue une nouvelle étape pour l'Homme dans sa quête d'un ordre fondé sur l'accumulation de richesses et non plus sur l'idée de justice et d'un vrai partage par le droit.

(101) *Ibidem*, page 294.

(102) Ce sont tous ceux qui représentent non plus le pouvoir, mais la richesse dans le Second Monde.

(103) Cf. "*Vers la fin de l'Etat de droit?*" Par Jean-Pierre HENRY, *Revue du droit public*, Editions LGDJ, Paris, 1977, page 1235.

(104) Ils sont les véritables détenteurs du pouvoir dans le Premier Monde.

