



Identité, ipséité et continuité de l'État à l'heure de la globalisation. Compte-rendu de M. Chambon et P.-M. Raynal (dir.), *L'identité de l'État dans la globalisation*, Actes du colloque organisé par le LEJEP et le CPJP de CY Cergy Paris Université les 6 et 7 février 2020, coll. LEJEP, Université de Cergy-Pontoise/LEJEP, 2022, 240 p.

Yves Lejeune

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2023/2 (VOLUME 91), PAGES 233 À 255
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2023-2-page-233.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses de l'Université Saint-Louis.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Identité, ipséité et continuité de l'État à l'heure de la globalisation

Compte-rendu de

M. CHAMBON et P.-M. RAYNAL (dir.),
L'identité de l'État dans la globalisation, Actes du colloque organisé par le LEJEP et le CPJP de CY Cergy Paris Université les 6 et 7 février 2020, coll. LEJEP, Université de Cergy-Pontoise/LEJEP, 2022, 240 p.¹

Yves LEJEUNE

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain (UCLouvain)

Selon les responsables scientifiques du colloque organisé à l'université de Cergy-Pontoise, la principale caractéristique du phénomène de globalisation réside dans un « processus d'affaiblissement généralisé des frontières » causé par une sorte d'immense « marché mondial essentiellement privé » dont la logique de fonctionnement néo-libérale porterait atteinte à la liberté des États, ou du moins la fragiliserait. Il se manifesterait par un processus de « renoncement volontaire ou contraint de l'État à sa souveraineté » et de partage des prérogatives étatiques avec d'autres acteurs publics ou privés.

« Fruit d'une croyance en les vertus de la libération et de la multiplication des échanges », la globalisation est aussi une doctrine politique, qualifiée de globalisme. Son noyau dur résiderait dans un attachement de ses partisans aux principes conjugués de l'universalisme et du progrès indéfini. Pareil globalisme oppose la vision d'un espace mercatique sans frontières (ou celle, moins questionnée, de « village mondial ») à la perception multipolaire d'une communauté internationale « westphalienne ».

La globalisation imposerait-elle de s'affranchir d'une conception du droit intrinsèquement liée à l'État et d'aspirer à un droit cosmopolitique ? Tel n'est apparemment pas l'avis des organisateurs de ce colloque, qui ont invité les contributeurs à examiner les « flux transfrontières de toute nature, sans distinguer entre ceux qui [transcendent] les ordres juridiques étatiques

¹ LEJEP : Laboratoire d'études juridiques et politiques ; CPJP : Centre de philosophie juridique et politique.

et ceux qui se borneraient à les traverser » en profitant de leur « porosité ». Les organisateurs ont postulé, à juste titre selon nous, que « l'État constitue le témoin privilégié (...) de ce processus de décloisonnement du monde » dont il est le principal instigateur. S'il ne se dissout pas au contact de la globalisation, il n'en sort pas indemne cependant. Il est désormais surtout un État régulateur du libre jeu du marché, un État qui s'inspire des méthodes de gestion et d'organisation du secteur privé, enfin un État qui admet et oriente l'action extérieure de ses collectivités publiques en dehors de leur territoire et du champ du droit tant étatique qu'international. Immergé dans le milieu global, il renoncerait dans son activité quotidienne à une part de son caractère public et exorbitant du droit commun sans perdre pour autant son « âme ».

Dans cette perspective, les contributions demandées aussi bien à des enseignant·e·s à l'université de Cergy-Pontoise qu'à des professeur·e·s de Paris-Panthéon-Assas, Brest, Lyon 3, Nantes, Tours ou de l'université de Lorraine, sont nombreuses et de qualité. Elles ont été classées en trois parties. La première, intitulée « Effacement », refléterait le renoncement des États à leur prétention au monopole de la décision à l'égard du marché et de la concurrence. La deuxième, baptisée « Migrations », décrit l'émancipation croissante des acteurs privés et même des collectivités publiques vis-à-vis de l'ordre juridique national, de ses juges, voire de ses arbitres. La troisième partie est étiquetée « Survivances » : elle montre la persistance de la conception classique du pouvoir de l'État malgré la dispersion d'un certain nombre de ses attributs, provoquée par la globalisation contemporaine. La présente recension résume ou analyse toutes les contributions en suivant cet ordre, même si nombre d'entre elles pourraient relever de plusieurs catégories censées les distinguer².

Si l'on entreprend la lecture de l'ouvrage par le rapport d'Élie Lenglart, consacré à l'évolution des rapports entre l'État et l'individu en droit international privé, il apparaît qu'aux yeux de l'auteur, le respect de l'autorité de l'État n'est plus suffisamment garanti dans les rapports intersubjectifs sous la poussée de la globalisation : « l'individu est désormais placé au centre, ce qui se traduit par un ensemble d'inflexions des règles juridiques applicables » (p. 232).

² Jacques CHEVALLIER, dans sa conclusion, préfère distinguer trois figures : celle d'un État « débordé » par la globalisation, celle d'un État « travaillé » par une globalisation qui modifie ses principes d'organisation, celle enfin d'un État acteur d'une globalisation dans laquelle il est désormais « immergé ».

Dans la contribution suivante, Maxence Chambon – qui est aussi l'un des initiateurs du colloque – se demande si la participation de l'État à la globalisation a pour seul effet de le « banaliser » ou si elle le contraint foncièrement à « renoncer à son être », autrement dit à ses caractères fondamentaux. Considérant que la globalisation promeut l'autonomie du sujet de droit en raison de l'accroissement des échanges économiques par la maximalisation de l'intérêt individuel et par la reconnaissance du droit de chacun de désigner le droit applicable à ses relations transnationales, il estime que la participation de l'État à cette globalisation altère son identité en portant atteinte au statut classique des personnes de droit public infraétatiques.

Selon Maxence Chambon, la « marque juridique » caractérisant « l'organisation et le fonctionnement internes » de l'État moderne découle de l'application des concepts de personnalité de droit public, d'une part, et d'habilitation à exercer des compétences, d'autre part. La *personnalité publique* lui apparaît fondamentalement distincte de la personnalité de droit privé parce que le droit objectif prédétermine entièrement le statut de la première, à la différence de la seconde, qui permet à l'entité personnifiée de déterminer elle-même sa finalité propre. Quant à l'*habilitation* conférée par l'État, elle dote la personne publique d'une aptitude juridique dont la contexture est intangible afin de pérenniser et de légitimer le pouvoir par l'obligation de poursuivre le seul intérêt général, de respecter la légalité et d'accepter la primauté du pouvoir politique. C'est le principe de l'indisponibilité des compétences attribuées.

Or, soutient l'auteur, les compétences dont les personnes publiques sont ainsi investies ne comprennent ni le droit de conclure des contrats administratifs transnationaux soumis en tout ou en partie à un droit étranger, ni celui d'échapper par-delà les frontières nationales à l'interdiction de recourir à l'arbitrage. Une personne publique serait théoriquement dépourvue de cette forme d'autonomie de la volonté qui consiste à pouvoir choisir la loi nationale qui lui serait applicable pour l'application d'un contrat ou le règlement d'un litige contractuel transnational. Pourtant la globalisation a renforcé la faculté pour l'administration de déterminer le droit applicable à son activité transnationale : l'interdiction légale faite aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage a été interprétée par le juge judiciaire français comme d'application purement territoriale³ et le Conseil d'État de

³ Cass. 1^{re} Civ., 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, Bull. 1966, I, n° 256 ; *JDI (Clunet)* 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 533, note B. Goldman.

France « permet à l'administration concluant un contrat exécuté à l'étranger de choisir en accord avec son contractant le droit national applicable au contrat », ce qui permet de soumettre entièrement ce contrat à un droit étranger. Ce faisant, « l'administration disposer[ait] de son statut et, finalement, renoncer[ait] à son identité » (p. 41). Étonnamment, l'auteur ne fait pas la distinction entre les règles applicables aux contrats administratifs et celles qui le sont aux décisions de contracter préalables, lesquelles restent toujours soumises au droit et au juge nationaux.

Pour Maxence Chambon, la globalisation favorise aussi l'instauration d'une nouvelle forme d'autorégulation : la *compliance* qui, appliquée aux établissements publics à caractère industriel et commercial, les oblige à se doter eux-mêmes de procédures appropriées en vue de lutter contre la corruption, les harcèlements, les violences et les discriminations au sein de l'entreprise. Cette obligation de *compliance* porterait aussi atteinte à l'idée d'une administration entièrement objectivée par le droit étatique ; en outre, elle inciterait chaque personne publique visée par le législateur à poursuivre individuellement sa finalité propre au lieu de l'intérêt général puisque le respect de leurs obligations légales par ces entités serait « en réalité conditionné par l'intérêt de ces entités à [les] respecter » (p. 46).

Les propos du professeur Chambon sont passablement abstraits et probablement excessifs. Ils reflètent au surplus une vision exclusivement française de l'État moderne et du droit public. Tout d'abord, ils paraissent confondre la délimitation des habilitations conférées par l'État aux diverses personnes de droit public et les modalités de l'exercice des compétences ainsi attribuées. En dépit des enseignements du droit comparé, l'auteur ne suppose pas un seul instant que les collectivités territoriales et les établissements publics puissent disposer d'un véritable pouvoir normatif destiné à adapter les principes généraux contenus dans la législation nationale aux spécificités du milieu ou à celles de la technique.

On a vu que l'auteur fait de l'intérêt général la seule finalité politique que toute personne de droit public doit poursuivre. À la différence des personnes morales de droit privé, les personnes publiques n'existeraient jamais pour elles-mêmes et ne tendraient à aucune fin propre : l'habilitation dont elles disposent viserait toujours à leur faire poursuivre « un intérêt extérieur, l'intérêt de tiers par rapport à l'entité investie : (...) l'intérêt général » (p. 38). Ces propos semblent assimiler l'intérêt général à celui de la collectivité générale elle-même, c'est-à-dire à l'intérêt de la nation tout entière. Plus prosaïquement, l'intérêt général est en fait assimilé à la conviction de la majorité au pouvoir sur ce qu'est le bien public. Or l'intérêt

général n'est pas une compétence, une attribution réservée à l'État. Il ne s'oppose pas à un intérêt régional, départemental ou communal qui seraient d'une généralité moins large. Il est le souci dans lequel il faut agir⁴. L'activité de toute personne publique implique une certaine liberté d'appréciation de ce que requiert l'intérêt général dont le législateur et le gouvernement de l'État ne sont pas les seuls interprètes autorisés. Par ailleurs, dénier aux personnes publiques infraétatiques une raison d'être et un but propres revient à leur refuser le droit de mener une politique personnelle, ce que dément depuis bien longtemps l'activité réglementaire de nombreuses collectivités territoriales et de certains établissements publics⁵.

Maxence Chambon conclut son analyse par une étonnante pirouette. Si, d'après lui, la globalisation altère effectivement l'identité structurelle de l'Administration et dissipe sa finalité politique, elle « libère le pouvoir de l'État et en diffuse la puissance » (p. 47). C'est, dit-il, le versant institutionnel de l'État moderne que la globalisation contribue à « effacer », non l'identité de l'État en tant qu'expression du pouvoir. Nous y reviendrons.

L'étude suivante est l'œuvre de Jérôme Charpentier qui s'intéresse à la mutation des finances publiques sous l'effet de la globalisation. Le marché globalisé, écrit-il, a exercé une profonde influence sur l'activité financière de l'État *via* le mode de financement de sa dette. En effet, l'État a choisi d'investir dans les marchés obligataires utilisés pour le financement des sociétés de capitaux. Il est ainsi devenu un émetteur de dette comme n'importe quelle entreprise et il tend aussi à devenir un emprunteur comme un autre (p. 49-50). La banalisation de cette activité induit une perte des spécificités de l'État lui-même. L'auteur le montre en décrivant deux mouvements intimement liés.

D'abord, l'État renonce à sa liberté souveraine dans son activité financière en se soumettant au droit commun des contrats pour son financement obligatoire ; il va le plus souvent accepter de soumettre le contrat d'émission à un droit étranger et renoncer au contrôle de ses juridictions ainsi qu'à son immunité d'exécution en cas d'inexécution de ses obligations. Il va aussi intégrer son activité dans le système financier global. À l'homogénéisation des pratiques comptables s'ajoutera inévitablement la

⁴ Voir Y. LEJEUNE, « La gestion des intérêts généraux par les communes », *Administration publique*, 1986, n° 2, p. 126.

⁵ L'appellation générique française « établissements publics » recouvre ce qu'en droit belge, on appelle les « organismes administratifs personnalisés » ou, de façon moins précise, les « organismes publics décentralisés ».

supervision des agences de notation. *Ensuite*, l'État est conduit à importer dans son activité financière des modèles empruntés à la logique du marché : la recherche de la performance et la notion de « clients à satisfaire », promu comme modèles à suivre par le *New Public Management*. La standardisation de l'activité financière qui en résulte réduit l'État au rang de simple individu dans une logique économique où tout individu rationnel agit dans son seul intérêt au détriment de ses obligations. Cette vision conduit à imposer une stricte discipline budgétaire à l'État et à conditionner l'assistance financière à lui apporter en cas de déficit excessif.

Dans la contribution consacrée au rôle de l'État « régulateur social » dans un « marché globalisé du travail », les deux autrices testent l'hypothèse de l'effacement de l'État sur deux terrains d'observation : l'Union européenne et les relations internationales de travail. Dans la première section, Konstantina Chatzilaou soutient que la construction européenne est un vecteur de globalisation qui entraîne « une perte progressive des identités normatives nationales » (p. 69) en matière de droit du travail : *soit* parce que la jurisprudence européenne fait prévaloir les libertés de circulation économique sur les normes internes relatives au droit de grève, qu'elle considère comme une « entrave » à ces libertés, *soit* parce que les mécanismes européens de surveillance des politiques économiques des États membres conduisent à immerger les marchés du travail dans une analyse comparative d'efficacité économique des législations sociales nationales. Dans la seconde section de l'étude, Sophie Nadal constate le recul en France des dispositifs publics contraignants sur le terrain du droit international privé du travail « dans le but de soutenir autant l'efficacité économique des entreprises que l'attractivité juridique du territoire national » (p. 72). Elle remarque cependant que le législateur français a institué un nouveau devoir de vigilance des sociétés mères ou donneuses d'ordre à l'égard des risques d'atteintes graves aux droits et libertés fondamentaux causées par l'activité de ces sociétés ou de celles qu'elles contrôlent. La loi française encadre ainsi davantage les comportements des opérateurs économiques transnationaux « aux fins d'étendre le périmètre du droit de la responsabilité par-delà les frontières nationales » (p. 73). Loin d'entraîner le repli de l'État, la globalisation l'a incité en pareille hypothèse à réagir à ses implications néfastes.

Gaëlle Marti consacre son rapport au dépassement de l'État à l'ère du tout numérique. C'est la seule contributrice qui assimile implicitement

l'identité de l'État au caractère souverain de son pouvoir. S'appuyant sur la définition classique des trois volets de la souveraineté donnée par Raymond Carré de Malberg⁶, elle estime que la révolution numérique porte atteinte à l'essence de l'État dans ces trois dimensions. À y regarder de près, le jugement paraît outrancier, même si le constat factuel est exact. L'État est contourné, voire concurrencé dans l'exercice de ses fonctions régaliennes, comme en matière monétaire (cryptomonnaies) ou de justice (médiation par intelligence artificielle). L'État est « dépassé », le mode traditionnel de régulation de la collectivité qu'il personnifie étant profondément altéré par les technologies numériques dont la maîtrise appartient à des sociétés privées qui échappent à son contrôle. Ayant perdu son indépendance vis-à-vis des « géants du numérique » qui utilisent l'économie de réseau pour asseoir leur domination, l'État serait désormais placé de fait dans une logique de vassalisation à leur égard. Pourtant, l'auteur admet que la mondialisation n'a pas empêché l'État d'apparaître comme un acteur incontournable dans la gestion de la pandémie de Covid-19.

La deuxième partie des actes sous revue s'ouvre par les réflexions de Martin Quesnel sur « l'identité de l'État et le récit de l'ordre juridique ». Ce bel exposé de philosophie du droit affirme d'emblée que l'identité n'est pas un terme juridique. Il exprime une perception de l'identité de l'État bien différente de celle à laquelle le lecteur s'attendait. Il ne s'agit plus de comprendre juridiquement le phénomène de globalisation à la lumière d'une théorie de l'État de culture française (p. 14). Il ne s'agit plus d'assimiler l'État à l'Administration et d'examiner en quoi la globalisation contraindrait l'État moderne à renoncer à une part de son mode de fonctionnement « classique ». Il ne s'agit pas non plus de décider si « l'être » de l'État réside encore dans ses caractéristiques de collectivité territoriale possédant un pouvoir souverain originaire de commandement et de contrainte. Il s'agit encore moins de s'interroger sur l'identité de la nation. Non. Il est seulement question de l'identité d'un État à travers son ordre juridique. « Pour les besoins du raisonnement juridique », l'auteur assimile en effet l'État à l'ordre juridique étatique. Cette assimilation kelsénienne lui permet de ramener la question de « l'introuvable identité d'un État » – son ipséité⁷ – à la recherche

⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 79, n° 30.

⁷ C'est-à-dire le fait d'être irréductiblement distinct de tout autre en tant que personne. M. QUESNEL renvoie à Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, coll. Points Essais, Seuil, 2015 [1990].

des « éléments distinctifs d'un ordre juridique conçu comme délimité » (p. 93).

Selon Martin Quesnel, l'identité de chaque ordre juridique est progressivement construite en recourant à la comparaison avec d'autres ordres, à la recherche d'éléments permettant de le singulariser. Toutefois, la découverte de traits singuliers ne suffit pas à conclure à une prétendue identité puisque ces traits trouvent souvent écho dans d'autres États⁸. Leur sélection doit être combinée à un souci de cohérence au regard de « principes matriciels » construits par la doctrine pour donner au système son unité et sa cohérence. C'est à ce moment de son raisonnement que l'auteur situe l'incidence de la globalisation : comme catalyseur de l'identité de l'État et de son droit. Pour lui, c'est la globalisation qui fabrique, modèle et redéfinit cette identité spécifique en faisant émerger des signes distinctifs au contact d'autres types d'ordre juridique. Cela étant, aucun ordre juridique primaire ne dépend d'un autre pour disposer de normes valides : il doit conserver son étanchéité qui est la marque de son autonomie.

L'ordre juridique est le miroir de l'État : c'est un ensemble de normes par lequel l'État se donne à voir lui-même. Cette image « change au fil du temps, mais continue à désigner pour l'observateur une seule et unique réalité » (p. 101). « L'identité, toujours invoquée au singulier pour un État, change non seulement au fil du temps, mais aussi selon l'objet auquel on la compare » (p. 99) : elle est malléable.

Dans un passage assez elliptique, l'auteur affirme que l'identité de l'État ne se réduit pas à une idée profonde, cachée, « protégée des changements conjoncturels », mais qu'elle comporte une autre dimension fondamentale : celle, politique et contractualiste, d'un corps social. Il ajoute que la cristallisation de cette identité se fait couramment en dehors du droit par l'évocation de l'identité *nationale* dans des domaines jugés essentiels. Et il reconnaît au bout du compte que ce processus « n'est pas exclusivement lié à la globalisation », mais aussi à « la conscience qu'une communauté politique se donne d'elle-même » (p. 102).

La contribution qui suit s'intéresse au développement de l'arbitrage commercial international, entendu comme un mode de règlement des différends commerciaux internationaux par des personnes privées. Benjamin Remy y assure que l'identité de l'État n'est pas affectée par cette évolution.

⁸ Cette comparaison est parfois périlleuse. Ainsi l'auteur croit-il pouvoir rapprocher du principe français de laïcité une « loi séparant l'Église et l'État, votée dès 1831 » en Belgique !

Ni l'idée que se font les arbitres de leur fonction et de leur relation avec les États, ni leur pratique effective ne remettent en question le rôle desdits États comme source de la légitimité de l'arbitrage. Les phénomènes observés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ne diffèrent pas de ceux qui résultent de la simple diversité des États souverains.

La Cour de cassation française a cependant développé un discours hétérodoxe dans un arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007 : « (...) la sentence internationale, *qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique*, est une décision de justice *internationale* dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées »⁹. Si, comme le déclare la Cour, les normes applicables à la convention d'arbitrage ne sont pas puisées dans le droit national mais ont pour but de respecter la volonté des parties – principe commun à tous les systèmes de droit interne et au droit international –, cette jurisprudence pourrait effectivement trouver explication dans l'existence théorique d'un autre ordre juridique, distinct des ordres juridiques étatiques¹⁰. L'existence de cet ordre a été expressément reconnue dans l'arrêt *Ryanair* rendu par la Cour le 8 juillet 2015¹¹. À la lumière de cet arrêt, il serait possible de considérer que les articles II, III, V et VII de la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères jetteraient les bases d'un droit commun universel de l'arbitrage en sous-entendant le droit des parties à une solution définitive par l'arbitre¹² ainsi que le respect des principes de sécurité juridique, de prévisibilité de la règle de droit et de non-discrimination entre les sentences étrangères et les sentences nationales¹³. Ces textes seraient donc « constitutifs de l'ordre arbitral international »¹⁴.

Dans « Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation », la professeure Nathalie Blanc, directrice scientifique de l'étude, considère que « la jurisprudence de la Cour de cassation participe

⁹ Cass., 1^{re} Civ., 29 juin 2007 (premier arrêt, n° 05-18.053), *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Épices*, Rev. arb., 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel, note E. Gaillard ; *JDI (Clunet)* 2007, p. 1236, note T. Clay ; *D.* 2008, p. 1429, chron. L. Degos ; *RTD. com.* 2007, p. 682, obs. E. Loquin.

¹⁰ *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude (annuelle) de la Cour, 2017, Documentation Française, 24 janvier 2018, p. 175, en ligne, <https://www.courdecassation.fr/publications/etude-annuelle/etude-2017-le-juge-et-la-mondialisation> (consulté le 2 septembre 2023).

¹¹ Cass., 1^{re} Civ., 8 juillet 2015, *Bull.* 2015, I, n° 168, que B. REMY ne mentionne pas.

¹² Par l'interdiction de toute révision au fond de la sentence étrangère.

¹³ Étude annuelle 2017 de la Cour de cassation française, p. 177 et 178.

¹⁴ Cass., 1^{re} Civ., 8 juillet 2015, précité, dernier attendu.

incontestablement à la mondialisation lorsqu'elle invente et construit le droit français de l'arbitrage international et juge que la sentence étrangère appartient à un ordre arbitral transnational, détaché de tout cadre normatif étatique et soumis, en tant que tel, à un régime juridique autonome et international »¹⁵. De la sorte la Cour reconnaît, ajoute Benjamin Remy, qu'il existe un espace juridique global « créé pour neutraliser l'ordre interne », surplombant les États qui « verraient alors leur souveraineté altérée et leur identité modifiée » (p. 111) par l'avènement d'un univers arbitral global.

Il est pourtant difficile de soutenir qu'une sentence arbitrale « n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique ». Les sources du caractère juridiquement obligatoire (*Grundlegung*) de la convention d'arbitrage se trouvent nécessairement dans la rencontre des capacités de contracter définies par les lois personnelles des cocontractants¹⁶ ; les ordres juridiques de base de la convention sont donc les lois régissant la capacité de chaque partie. Ensuite, le droit applicable à l'exécution de la convention elle-même dépend de la volonté des parties qui pourraient, le cas échéant, choisir de la soumettre à un système juridique non étatique. Ce pourrait être l'ensemble des principes sous-jacents à la Convention de New-York de 1958. Il est cependant douteux que la Convention, qui lie quelque 170 États, puisse être interprétée en droit international comme instituant un ordre arbitral qui imposerait aux tribunaux nationaux de reconnaître la supériorité de cet ordre extérieur sur leur droit interne.

Benjamin Remy conclut à juste titre : « on peut raisonnablement douter que les discours et les pratiques relatives à l'arbitrage aient réellement modifié l'identité de l'État, quel que soit le point de vue retenu » (p. 113). Certes, la jurisprudence de la Cour de cassation française, particulièrement favorable au développement de l'arbitrage commercial international, repose sur un discours théorique qui cherche à soustraire les contrats « transfrontières » à l'aléa de souveraineté. Mais, comme l'écrit l'auteur, la volonté souveraine de l'État reste une constante de son identité (p. 114). La reconnaissance judiciaire d'un ordre arbitral extra-étatique ne saurait empêcher que l'exécution de la sentence « internationale » demeure foncièrement dépendante de l'ordre juridique de l'État aux juridictions duquel l'*exequatur* est demandé.

¹⁵ N. BLANC, « Avant-propos », in *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, op. cit., supra note 10, p. 13.

¹⁶ En application du célèbre considérant de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des Emprunts serbes : « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale » (CPJI, arrêt n° 14 du 12 juillet 1929, série A, n° 20/21, p. 41).

Dans le prolongement de sa thèse sur la pratique arbitrale d'investissements en matière de contrats publics à l'aune du droit administratif français¹⁷, Philippe Coleman nous présente le discours sur l'État qu'expriment les sentences arbitrales prononcées dans le cadre d'un système de règlement des différends entre investisseurs et États (en abrégé : RDIE). Ce mécanisme, prévu par la plupart des traités bilatéraux de libre-échange et d'investissement de nouvelle génération, permet à toute entreprise d'un État qui investit dans l'autre État de porter plainte contre lui devant un collège arbitral « délocalisé » et de réclamer la réparation intégrale du préjudice causé par l'action législative ou réglementaire de cet État qui aurait affecté les bénéficiaires réels ou escomptés de l'investissement. En effet, en vertu des règles de protection des investissements que comportent habituellement ces traités, les États sont tenus de respecter le principe de non-discrimination des investisseurs de l'autre Partie (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée), de leur accorder un traitement juste et équitable ainsi qu'à leurs investissements, enfin de ne pas nationaliser ou exproprier directement ou indirectement ces investissements sans compensation. L'indétermination de pareils standards confère une large liberté aux arbitres (p. 116).

Ces collèges d'arbitres ont pour mission de juger des États souverains dans leurs rapports juridiques avec des particuliers. On assiste donc à la création d'une jurisprudence arbitrale réglant ces relations en dehors de l'État. Les sentences appliquent le droit international conventionnel qui permet la création de ces « tribunaux » *ad hoc*, mais y mêlent l'interprétation du droit public de l'État d'accueil¹⁸ et les raisonnements de l'arbitrage commercial international. Il s'agit d'une migration de la fonction de juger l'État au-delà de l'État (p. 115-117).

Dans le discours des arbitres, l'État est perçu comme le garant de l'intérêt général ou de l'intérêt public de la société qu'il personnifie. Il exprime sa souveraineté interne en utilisant ses prérogatives de puissance publique. Philippe Coleman estime que la reconnaissance de l'inégalité de l'État et de l'investisseur n'était pas évidente en raison de l'ancienne théorie des *State contracts*, ce qui paraît surévaluer le statut juridique reconnu par cette théorie aux investisseurs vis-à-vis de l'État d'accueil¹⁹.

¹⁷ Ph. COLEMAN, *Contrats publics et arbitrage d'investissements*, Paris, LGDJ, 2021.

¹⁸ « Les questions d'intérêt public sont présentes dans la quasi-totalité des affaires » (p. 116).

¹⁹ Les clauses apparues dans ces contrats d'État au cours de la seconde moitié du XX^e siècle faisaient référence aux principes généraux du droit ou au droit international comme droit

Selon l'auteur, ce régime conventionnel entend rien de moins que soumettre les États au respect du principe de l'État de droit en matière économique (p. 119). En effet, dans la conception qui transparaît du corpus des arbitrages d'investissement, « l'investisseur étranger s'attend à ce que l'État d'accueil agisse de manière cohérente, sans ambiguïté et totalement transparente » dans ses relations avec lui (p. 123). L'État doit maintenir et protéger les attentes légitimes qu'il a créées en faveur des investisseurs, ne pas déjouer leurs anticipations économiques et « assurer la stabilité de l'environnement juridique de l'investissement » (p. 124). Il peut cependant écarter leurs calculs économiques et modifier les règles législatives et réglementaires qui leur sont applicables s'il invoque de manière convaincante une finalité d'intérêt général.

On doit regretter que Philippe Coleman n'évoque pas du tout la contestation radicale du mode arbitral de RDIE que manifeste l'Accord économique et commercial euro-canadien (AECG, mieux connu sous son sigle anglais CETA). La signature de cet important traité a été longuement retardée non seulement en raison de l'émoi qu'il a provoqué au sein d'une partie importante de l'opinion publique au Canada et dans l'Union européenne, mais aussi à la suite de l'insistance des partenaires européens sur le respect du droit des autorités publiques de réglementer dans l'intérêt public ainsi que sur l'instauration de juridictions permanentes chargées de trancher les litiges entre investisseurs et États en lieu et place des arbitres privés²⁰. Les difficiles négociations qui ont précédé la signature de l'accord n'en ont permis que la mise en application provisoire le 21 septembre 2017 en ayant exclu de cette application les dispositions relatives à la protection des investissements et au RDIE.

Étudiant de son côté l'action extérieure des collectivités territoriales, Laetitia Janicot considère que cette action révèle parfaitement « une dispersion du pouvoir qui ne conduit pas pour autant à un effacement de l'État » (p. 127), puisque ce dernier « conserve son monopole en matière

applicable, sans que la différence de nature entre l'investisseur et l'État soit niée puisque les sources du caractère obligatoire de chaque contrat d'État demeuraient les lois personnelles des cocontractants, à moins qu'un traité n'ait consenti à mettre le droit des gens à leur disposition. Voir P. WEIL, « Droit international et contrats d'État », *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 549-582. Il est vrai cependant que les professeurs P. MAYER et Ch. LEBEN soutiennent l'opinion inverse (voir la note 40 sous la contribution ici commentée).

²⁰ Voir Y. LEJEUNE, « La participation des Communautés et des Régions belges à la procédure de conclusion de l'AECG, ou comment le fédéralisme belge a permis d'amender l'AECG », *Les Cahiers de Droit*, vol. 63, 2022, n° 4, p. 907-965.

diplomatique et internationale ». Elle n'aboutit pas à la disparition de l'État, mais à l'adaptation de ses modes d'intervention.

À partir de décembre 1981, la convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la coopération transfrontalière des « collectivités ou autorités territoriales » et son protocole additionnel ont admis la conclusion, en dehors du champ d'application du droit international, de conventions entre collectivités locales ou régionales frontalières relevant d'États distincts. Lorsqu'en février 2001, le protocole n° 2 a étendu cette compétence à la coopération « interterritoriale », c'est-à-dire aux conventions entre ces mêmes collectivités lorsqu'elles ne sont pas contiguës, le législateur français a pu s'inspirer de cette terminologie pour régler les « conventions de coopération décentralisée ». En 2007, il substitua à cette expression celle d'« action extérieure des collectivités territoriales » et reconnut que cette action ne constituait pas en droit le prolongement d'une compétence interne liée à l'existence d'un intérêt public localisé. L'action extérieure des collectivités territoriales était une nouvelle compétence attribuée de plein droit par la loi. En 2014, le législateur français admit que cette action extérieure pouvait prendre également une forme unilatérale.

Lorsque cette action prend la forme d'une collaboration institutionnalisée entre collectivités territoriales relevant d'États distincts, elle leur donne le choix du droit applicable, comme l'avait noté Maxence Chambon. Toutefois il convient d'observer que, si l'organisme ainsi créé est habituellement régi par la loi nationale de son siège, toute collectivité territoriale qui en est membre reste régie par son propre droit national quel que soit l'État dont elle relève.

La République française accompagne et oriente l'action extérieure de ses collectivités décentralisées. Une Commission nationale de la coopération décentralisée existe au sein du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, dont la politique est mise en œuvre par une Délégation pour l'action extérieure des collectivités territoriales.

Sauf exceptions prévues par la loi, par les traités internationaux ou par le droit de l'Union européenne, interdiction est faite aux collectivités territoriales françaises de conclure une convention, de quelque nature que ce soit, avec un État étranger. Les actions extérieures que les collectivités territoriales ultramarines de la France sont autorisées à mener dans le champ du droit international le sont au nom de l'État et apparaissent donc comme une forme de déconcentration de sa compétence internationale. Même les traités locaux que peuvent négocier la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française doivent être signés et ratifiés par l'État.

Il faut avouer que la dernière étude de la deuxième partie de l'ouvrage est sidérante. Rebecca Legendre y déclare sans nuances que « les droits fondamentaux (sont) au service de la globalisation », mais que, par une sorte de « rapatriement du pouvoir », ils pourraient aussi être « au service de l'État ». Il faut heureusement comprendre que ce ne sont pas les droits humains qui sont vilipendés, mais leur interprétation par des juridictions indépendantes de la volonté des majorités politiques nationales. La protection internationale des droits de l'homme passe, on le sait, par la création de juridictions qui surplombent l'État et qui, par l'interprétation obligatoire des textes qu'elles appliquent, contribueraient à l'amorce d'un droit commun de l'humanité dans le domaine des droits de la personne.

L'autorité « de chose interprétée » par les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne en vertu de l'article 267 du TFUE confine à une interprétation authentique²¹ et celle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme est généralement comprise comme résultant de leur intégration de fait dans les dispositions de la convention éponyme qui priment toute règle interne contraire²². Il y aurait donc une migration du pouvoir de décision de l'État vers le haut. Il y aurait aussi une « dilution de l'identité étatique par le bas » résultant de la jurisprudence strasbourgeoise. Celle-ci oblige les États membres du Conseil de l'Europe à garantir un véritable pluralisme religieux qui « altère l'homogénéité et la tradition républicaine » de la France (*sic*). En attribuant « une valeur particulière aux droits fondamentaux », cette jurisprudence privilégierait systématiquement l'intérêt concret de l'individu au respect de son droit subjectif par rapport à l'intérêt de l'État d'assurer la permanence de sa législation, laquelle refléterait toujours l'intérêt de la généralité. Convoquant les écrits de Henri Battifol, Alain Supiot et Bertrand Mathieu, l'autrice va même jusqu'à évoquer « l'éclatement de la notion d'intérêt général » et l'atteinte portée à la viabilité de la société par « une réunion d'égoïsmes ».

Depuis une dizaine d'années, la Cour de cassation et le Conseil d'État français admettent d'exercer un contrôle de conventionnalité concret de dispositions légales jugées compatibles *in abstracto* avec l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme lorsque l'application de ces

²¹ Voir en effet le point 34 de l'arrêt *Meilicke* rendu par la CJUE le 6 mars 2007 (arrêt de grande chambre en l'affaire C-292/04).

²² Outre les travaux de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA mentionnés par l'autrice, on ne manquera pas de renvoyer aux contributions de J. VELU (dans *l'Homage à François Rigaux*, 1993), d'O. DE SCHUTTER (dans la *RBDI*, 1997) et de F. KRENC (dans *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, 2014).

dispositions légales dans certaines circonstances particulières constitue une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par la convention²³. Cette atteinte à une liberté fondamentale entraîne dès lors dans ces cas d'espèce le refus d'application de la loi à laquelle la violation est reprochée. En vérifiant lui-même si la mise en œuvre de la loi dans un cas particulier ménage un juste équilibre entre le respect du droit à la vie privée et familiale et la sauvegarde de l'intérêt général vu par le législateur, le juge interne rééquilibre, selon l'autrice, la mise en œuvre des normes nationales et internationales en faveur de l'État. Mais c'est au prix, écrit-elle, d'une transformation des responsabilités au sein de cet État : « [a]vec le contrôle concret de proportionnalité, le pouvoir politique de décider de la hiérarchie des valeurs dans la société française appartient désormais au juge et non plus, seulement, au législateur » (p. 145).

Pour que l'État recouvre son identité dans la globalisation, Rebecca Legendre préconise d'abandonner « l'individualisme et le relativisme culturel » au profit d'une conception plus humaniste et personnaliste de la personne humaine, qui la protégerait d'elle-même en limitant son autonomie par le souci du bien commun et de l'intérêt général. L'autrice suggère aussi de rationaliser l'emploi contentieux des droits fondamentaux en évitant de les opposer systématiquement à l'intérêt général et en complétant la loi afin de combler ses lacunes et pallier ses failles, tenant compte de « la faillibilité d'un législateur incapable d'anticiper toutes les situations et ne pouvant envisager pleinement les conséquences de l'application de la règle (...) dans des hypothèses particulières » (p. 144). Le contrôle de proportionnalité pourrait aussi permettre d'écarter l'application de la loi chaque fois que cette application s'avérerait contraire à l'objectif poursuivi par le législateur lui-même au nom des droits fondamentaux.

La partie finale, intitulée « Survivance », s'ouvre par l'évocation de la résistance de l'État à la délinquance globalisée. L'étude que lui consacre Olivier Cahn commence par déterminer ce qui peut être considéré comme une criminalité engendrée par la globalisation : d'une part, le terrorisme global et les actes de violence perpétrés par certains groupes

²³ Cass., 1^{re} Civ., 4 décembre 2013, *Bull.* 2013, I, n° 234 ; *D.* 2014, 179, note F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2014, 88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud. – C.E., 31 mai 2016, n° 396848, *AJDA* 2016, 1092 ; *RFDA* 2016, 740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.*, 754, note P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2016, 578, obs. P. Deumier ; *D.* 2016, 1470, obs. M.-C. de Montecler ; *JCP* 2016, 864, note J.-P. Vauthier et F. Vialla.

altermondialistes à l'occasion de grandes réunions intergouvernementales ; d'autre part, la criminalité organisée qui profite de l'abolition partielle des contrôles douaniers et la délinquance économique et financière internationale. Ensuite, l'étude met en évidence l'ambiguïté des retombées de la globalisation sur l'exercice de la souveraineté pénale de l'État.

La globalisation apparaît tout d'abord comme un prétexte. Elle sert à justifier l'adaptation du droit pénal national à la lutte contre la criminalité organisée et contre le terrorisme. Elle permet à l'État de « renforcer le contrôle social et la répression » (p. 162). Toutefois, s'agissant du droit pénal des affaires, Olivier Cahn observe que le durcissement de l'appareil répressif est compensé par le développement d'alternatives (accords avec le ministère public, ...) permettant de sanctionner les auteurs de telles infractions sans les soumettre aux juridictions répressives « ni défavoriser les opérateurs nationaux au bénéfice de leurs concurrents ressortissants d'États moins scrupuleux » (p. 160).

Si l'État survit et même se renforce, la globalisation l'oblige à « redéfinir » sa souveraineté pénale. D'une part, il est amené à négocier sur le plan international des adaptations de son *jus puniendi*. D'autre part, il est concurrencé par le développement de la compétence en matière pénale de l'Union européenne et par l'application extraterritoriale du droit américain en droit pénal des affaires. En outre, la globalisation affecte aussi l'identité de l'État parce qu'elle contribue à renforcer et parfois à exacerber le caractère inégalitaire de la manière dont la répression s'exerce sur les individus : terroristes, altermondialistes, criminels organisés, immigrés illégaux, délinquants d'affaires. Cette inégalité devant la loi pénale affecte l'édifice démocratique. Et l'auteur de conclure : « [a]insi, à l'aune du droit pénal, la survivance de l'État au phénomène de globalisation s'accompagne d'une dévalorisation de son identité » (p. 167).

L'État serait-il « l'ultime rempart contre l'évasion fiscale ? », se demande Karim Sid Ahmed. Il constate que la crise financière de 2008, conjuguée à des scandales financiers retentissants, a fini de convaincre les États que seule une coopération internationale pouvait endiguer l'évasion fiscale. Ainsi a été amorcé un processus d'effacement des États au profit d'organisations internationales. En 2013, le sommet du G20 à Saint-Petersbourg a chargé l'OCDE de préparer une réforme mondiale de la fiscalité des entreprises sous la forme de modèles de conventions multilatérales. Cette technique permet une mise à jour « instantanée et coordonnée » du réseau des traités fiscaux conclus par ces États. De son

côté, l'Union européenne a adopté deux directives « établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ».

Le manque d'avancées des chantiers des deux organisations sur la fiscalité du secteur numérique a poussé les États à se « réapproprier » leur souveraineté en la matière. L'instauration d'une taxe sur les services numériques dans plusieurs États européens et asiatiques a incité 130 pays à s'accorder en juillet 2021 sur la mise en place d'un impôt d'au minimum 15 % sur les bénéfices des multinationales. Par ailleurs, la loi française du 10 octobre 2018 semble avoir poussé l'Union européenne à établir une directive étendant l'obligation faite aux intermédiaires fiscaux de communiquer également les schémas d'optimisation fiscale impliquant un État membre ou un État membre et un pays tiers. Force est toutefois de constater que ce sursaut des États a été temporaire, les défis fiscaux suscités par la numérisation de l'économie ne pouvant être relevés avec succès que par le multilatéralisme.

Benoît Plessix réfléchit pour sa part au sort du « droit administratif dans la globalisation ». Les développements qu'il y consacre montrent à nouveau la profonde ambiguïté de l'expression « identité de l'État » utilisée par les promoteurs du colloque. L'auteur recherche en effet la trace, dans le monde de la globalisation, de règles de droit et de sentences arbitrales qui « font application d'un régime comparable à ce que l'on appelle dans les droits nationaux le droit administratif parce qu'elles appliquent à des relations entre des personnes publiques et privées des solutions qui peuvent (...) être rattachées à des règles distinctes de celles de droit privé, de droit civil, de droit commercial » (p. 183). Et de mentionner l'arbitrage commercial international ou les arbitrages entre les investisseurs étrangers et leur État d'accueil. Dans cet univers, le droit apparemment « administratif » lui apparaît comme un droit primitif et pauvre.

Droit primitif tout d'abord, parce qu'il évoque l'état où était le droit administratif français au XIX^e siècle. Le droit international des investissements vise, comme le contentieux administratif français d'hier, à garantir la protection de droits individuels, en l'occurrence ceux qui sont consacrés par les traités de protection des investissements. C'est aussi un droit essentiellement procédural imposant des obligations de comportement. C'est encore un droit qui admet la spécificité de certains litiges lorsque l'État agit en tant que puissance publique (*jure imperii*) et non comme un commerçant ordinaire (*jure gestionis*). Pour Benoît Plessix, ces

ressemblances avec le droit administratif français du XIX^e siècle s'expliqueraient par l'univers commun à la globalisation et à une société libérale dépourvue en France, à l'époque, d'armature constitutionnelle et de légitimité démocratique.

Droit pauvre aussi, « manquant de règles substantielles, de fond et de notions juridiques structurantes lui conférant une armature conceptuelle » (p. 193). Les concepts substantiels font place à des standards gouvernementaux de bonne gouvernance dans l'exercice du pouvoir décisionnel : des obligations processuelles de transparence, de participation, de motivation et d'*accountability* (« redevabilité »). Dans un monde sans souverain et sans pouvoir, qui est un monde « polycentrique, horizontal et a-hiérarchique » (p. 195), le droit « administratif » n'est qu'un droit fait de règles comportementales de conformité, c'est-à-dire un droit du management public. La pauvreté substantielle de ce droit dit « administratif » dans le monde de la globalisation entraîne même, de l'avis de l'auteur qui s'appuie sur celui de Maxence Chambon²⁴, l'appauvrissement du droit administratif national lorsqu'il s'agit de solliciter un juge étatique pour exequaturer une sentence commerciale transnationale impliquant une personne de droit public français : le contrôle du juge administratif se limite alors au respect des règles impératives ou d'ordre public du droit public français.

Dans une contribution qui conteste de manière systématique la « métaphore du recul de l'État », Mickaël Lavaine démontre que cette métaphore, qui repose sur une opposition entre l'État et le marché, est impropre à désigner ce qu'elle vise : le retrait de l'État qui libère ou abandonne certaines activités afin qu'elles soient prises en charge par le marché. Pour l'auteur, il s'agit d'une fiction qui dissimule ce qui n'est, du point de vue du droit, qu'une nouvelle « manière d'être de l'État ». Ce que l'on nomme recul de l'État est en réalité une « transformation de l'action de l'État en la forme du marché », la manière d'être d'un État qui « se met en situation d'exercer le pouvoir politique en la forme du pouvoir économique » (p. 213).

L'État est indispensable au marché : il le construit ou le reconstruit par l'organisation d'un cadre concurrentiel ; il crée la monnaie et en garantit la valeur. Il est la condition de l'économie de marché, de son existence comme

²⁴ M. CHAMBON, *Les conflits de lois dans l'espace et le droit administratif*, thèse Lorraine (2013), Mare & Martin, 2016, p. 379-450.

de son fonctionnement ordinaire. De surcroît, il est le manager du marché : il en définit les orientations grâce à ses participations au capital des entreprises et à la régulation économique qu'il confie à des autorités administratives indépendantes.

L'actionnariat public comprenait en 2017 près de 1800 entreprises détenues directement par l'État français. Or cet actionnariat est une forme de gouvernement par le capital sans avoir la responsabilité des entreprises en question. Il permet d'exercer le pouvoir économique sans avoir à en rendre compte. En outre, dans des contextes de privatisations l'État recourt à la création d'autorités administratives indépendantes pour pouvoir continuer à satisfaire certains objectifs d'intérêt général sans avoir à les réaliser lui-même. L'Autorité des marchés financiers « est emblématique de ce management consistant à orienter et à contrôler les acteurs privés » (p. 212). À travers les autorités administratives indépendantes, l'État délègue aux opérateurs du marché la responsabilité de la satisfaction de certains objectifs qu'il fixe lui-même et dont il vérifie l'accomplissement. « Et, en cas d'échec, la responsabilité ne pèse plus sur l'État comme auparavant, mais sur les opérateurs » (p. 213).

La dernière contribution – sans nul doute la plus complexe – est celle de Grégoire Bigot. Elle prend le contrepied de la précédente et expose la thèse d'Alain Supiot sur la « (re)féodalisation du lien social et juridique » au regard de la fonction anthropologique de l'État, laquelle fut définie par Pierre Legendre dans la ligne des enseignements psychanalytiques de Jacques Lacan.

Grégoire Bigot nous rappelle que, pour Pierre Legendre, le propre du droit est d'instituer. L'État sert de point de référence au droit et est ainsi le « Tiers garant » de son hétéronomie. Or le droit serait essentiellement fondé sur la Raison. Le « management », qui est la quête exclusive de la performance économique ou financière, serait au contraire une « science de l'ignorance » : il serait dé-raison. Et la mondialisation ne serait autre que « l'empire universel du management venu se substituer à l'empire universel du droit ».

Grégoire Bigot explique que, dans le seul article que Pierre Legendre consacre à « la re-féodalisation de la France »²⁵, la « revalorisation féodale » est un concept qui décrit la situation de décomposition de l'État

²⁵ P. LEGENDRE, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Études en l'honneur de G. Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201-211.

traditionnel occidental et de son droit, résultant des « standards du management universel » qui ont substitué l'*imperium* des affaires à celui de l'État. Le recours fréquent à des méthodes alternatives de règlement des conflits évoque d'ailleurs l'idée d'une justice qu'on cherche à fonder en dehors de la garantie de l'État. Depuis la fin du XX^e siècle, l'individu ainsi autonomisé et auto-référencé ne peut plus se projeter dans l'État : celui-ci a cessé d'être une altérité constitutive. Or le droit, selon Pierre Legendre, ne saurait trouver son fondement que dans l'État.

Alain Supiot s'est appuyé sur ce présupposé pour dénoncer la mondialisation comme une (re)féodalisation et conférer à l'œuvre de Pierre Legendre de nouveaux développements en droit du travail. Il reprend la thèse de l'État référence et Tiers garant de la force du droit et du lien social. Il observe aussitôt que l'État fait aujourd'hui figure sur la scène internationale d'obstacle aux échanges et que « des institutions nouvelles lui disputent ce rôle de Garant, d'où notamment la prolifération des Autorités indépendantes » (p. 224). Il constate que dans le monde du travail internationalisé, les grands intérêts économiques structurent leur force selon le principe du réseau « de facture féodale » et que « les parties au contrat se trouvent asservies à des objectifs qui dépassent leur simple intérêt patrimonial » (p. 225).

Les relations interindividuelles de travail, « inscrites dans des réseaux de liens de dépendances » et « soustraites à l'emprise d'une même loi impersonnelle », seraient la parfaite illustration d'un monde qui serait passé du gouvernement par des lois générales et abstraites que les États avaient pratiqué auparavant (système d'hétéronomie) à un gouvernement par les hommes (système de fausse autonomie), où se vérifierait l'hypothèse de la féodalisation des liens juridiques et sociaux, qui serait « la marque de fabrique de la mondialisation ou de la globalisation du marché » (p. 226). En sous-entendant l'autonomie (illusoire) des sujets et donc celle du droit, l'« Empire mondialisé du management » provoquerait la dés-institutionnalisation de l'État.

* * *

Le sous-titre donné au colloque « L'identité de l'État dans la mondialisation » était le suivant : « *pour une lecture politique et une approche sceptique des conséquences de la globalisation sur le phénomène étatique* », ce qui conviait les participants et le lecteur des actes au questionnement : quelles mutations de l'État la globalisation a-t-elle provoquées ? Comme le relève Jacques Chevallier, les contributeurs ont abordé cette question à travers le prisme juridique pour l'essentiel (p. 227).

La notion d'identité de l'État est à cet égard centrale, mais aussi profondément trompeuse. Elle a conduit tel contributeur à rechercher l'identité de la République française dans les traits distinctifs de son ordre juridique. Tel autre estime que, sous l'influence de la globalisation, le droit pénal contemporain renforce l'inégalité de la répression des terroristes, des criminels organisés et des immigrés illégaux, d'une part, et des délinquants d'affaires, d'autre part, ce qui dévaloriserait une certaine identité de la France. Tel autre encore reproche à la jurisprudence de la Cour de cassation française de construire un droit de l'arbitrage international détaché de tout cadre étatique. Un quatrième contributeur croit pouvoir constater « une perte progressive des identités *normatives* » nationales causée par le développement du droit de l'Union européenne. Le cinquième identifie le droit applicable au règlement des différends entre investisseurs et États étrangers en le comparant au droit administratif français du XIX^e siècle. Un autre auteur distingue l'identité structurelle de l'administration française de celle de l'État en tant qu'expression du pouvoir. D'autres encore estiment que la globalisation altère l'identité de l'État en raison des changements qu'elle lui impose dans la gestion du marché ou dans celle de sa monnaie et de ses finances : le caractère public de l'activité de l'État doit souvent céder le pas à une gestion privée.

Beaucoup semblent considérer que l'identité de l'État n'est qu'une « déclinaison du principe de souveraineté » (p. 227). Ce serait donc la souveraineté même de l'État qui serait écornée, corrodée, érodée ou diluée par la globalisation parce que, sous l'effet de cette dernière, l'État aurait renoncé à faire usage de ses prérogatives souveraines, par exemple en acceptant d'être soumis à des tribunaux arbitraux qui le surplombent. Nous croyons cependant que pareille affirmation rencontre en droit un obstacle impossible à surmonter.

Certes, on conçoit facilement qu'aujourd'hui la manière d'être des États ou, si l'on préfère, la façon dont ils se montrent aux observateurs n'est plus tout à fait celle qui permettait de les reconnaître avant l'ère de la globalisation. Il est incontestable que les manifestations de l'État ont subi des transformations du fait de la mutation mercatique de son environnement. Les temps changent et l'État adopte son comportement à ces changements. Toutefois les transformations constatées affectent davantage l'apparence de l'État que sa véritable « identité », même lorsqu'elles se rapportent à ses institutions, à son système juridique, à ses lois ou aux singularités d'un État particulier. Cette identité-là désigne en fait l'image de l'État et la perception que nous en avons aujourd'hui, non son essence.

Or l'essence de l'État ne coïncide pas avec sa simple image. Elle renvoie à la qualité de souverain que les États se sont attribuée à l'époque moderne, et qui est consacrée à la fois par le droit international public et par les constitutions nationales. C'est le sens 1 de la trilogie de Carré de Malberg : le caractère suprême de la puissance détenue par un État affranchi de toute subordination. Ce pouvoir souverain n'est pas divisible ou partageable, si ce n'est avec ses semblables ; il est originaire, plénier et en principe discrétionnaire. Le sens 2 de la trilogie n'est qu'un sens dérivé du sens 1 : il renvoie à ce que l'on a coutume d'appeler « l'exercice de la souveraineté ». Il se manifeste sous la forme du pouvoir originaire de commander en forme juridique, de juger et de contraindre, mais aussi de conclure des traités, de régler pacifiquement ses différends internationaux...²⁶. La globalisation ne saurait affecter ce pouvoir souverain qui est consubstantiel à l'État, sauf si celui-ci a librement décidé par traité de renoncer *définitivement* à certaines de ses prérogatives. Or, rien ne permet de le supposer. Pour ne citer qu'un exemple, l'arbitrage des différends entre investisseurs et État est prévu par des traités ; si l'on prétendait trouver « dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté », il suffirait d'opposer à cette thèse la jurisprudence centenaire de la Cour permanente de justice internationale : « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »²⁷.

L'érosion de l'image de l'État moderne, écrit en conclusion Jacques Chevallier, « n'entraîne nullement l'effacement, voire le dépassement de l'État, qui demeure aujourd'hui le principe fondamental d'intégration des sociétés et l'élément essentiel autour duquel s'organise la vie internationale²⁸. Cette persistance se double d'un ensemble de transformations qui, loin d'être superficielles, contribuent à redessiner son identité » (p. 234) ... sans porter atteinte, ajouterons-nous, à sa souveraineté.

C'est que la souveraineté étatique est un postulat de l'ordre juridique international et de tous les ordres juridiques nationaux. Elle joue un rôle fondamental puisqu'elle garantit, au moins formellement, l'indépendance

²⁶ Quant au sens 3, il désigne l'entité qui, au dire d'une Constitution, est le titulaire initial du pouvoir dans l'État qu'elle régit. La place accordée à cette entité dans le système constitutionnel légitime l'exercice du pouvoir dans cet État et en fait la source du droit interne.

²⁷ CPJI, *affaire du Vapeur « Wimbledon »*, 17 août 1923, *Rec.*, p. 25.

²⁸ C'est l'occasion de rappeler le rôle essentiel qu'ont joué les États dans la lutte contre la pandémie de Covid-19.

complète de chaque État et son pouvoir originaire et exclusif de contrainte sur son territoire. La disparition de ce principe structurel ne pourrait résulter que d'une sorte de révolution copernicienne par laquelle les États donneraient naissance à un ordre juridique global combinant des sous-ordres mondial, étatiques, régionaux et locaux, assurant à chaque niveau la gestion des intérêts particuliers d'une communauté humaine. On conviendra sans peine que la vision d'une telle *civitas maxima* paraît encore fort éloignée de la réalité contemporaine.

* * *

L'ouvrage sous revue est non seulement instructif par la diversité des domaines couverts et des opinions exprimées, mais sa présentation formelle est également élégante et bien structurée. Elle serait même fort agréable s'il n'y avait la petitesse des caractères typographiques employés. La taille microscopique des appels de notes rend ardues la localisation et la lecture des notes correspondantes. De plus, la relecture de l'épreuve semble avoir été relativement distraite. Le nom de parties litigantes est quelquefois estropié (p. 126 : l'arrêt *Aschema* au lieu d'*Achmea*). De trop nombreuses erreurs émaillent le texte : ce sont aussi bien des fautes d'orthographe (dont la plus étonnante se trouve en p. 216 : « la seule *quette* de la performance ») que des fautes d'accord. Des mots ou des dates sont parfois oubliés (à la p. 199, en note 56 il manque la date de l'arrêt de la Cour de cassation) ... La mention de ces petits défauts ne se veut évidemment pas un appel à une nouvelle édition corrigée ; elle veut témoigner au contraire de l'attention que le commentateur a portée à la lecture de ces actes en raison de l'intérêt des contributions qu'ils contiennent.