

- 9 *Ibid.*, p. 11.
- 10 Jean-François Lyotard, *La Condition postmoderne*, Éd. de Minuit, Paris, 1979.
- 11 Jean Baudrillard, *Simulacres et Simulation*, *op. cit.*, p. 229.
- 12 Voir notamment mon article « Les Lumières tamisées des constructivismes – L’humanité, la raison et le progrès comme transcendances relatives », *Revue du MAUSS*, n° 17, 1<sup>er</sup> semestre 2001.
- 13 Voir notamment le n° 11-12 de la revue *Hermès* intitulé, *À la recherche du public – Réception, télévision, médias*, 1993.
- 14 Richard Hoggart, *La Culture du pauvre*, trad. franç., Éd. de Minuit, Paris, 1970, p. 296.
- 15 Mes hypothèses doivent beaucoup à la critique de l’intellectualisme proposée par Pierre Bourdieu dans *Le Sens pratique*, Éd. de Minuit, Paris, 1980.
- 16 Jean Baudrillard, *Simulacres et Simulation*, *op. cit.*, p. 229.
- 17 Pour un développement des arguments sur ce point, voir « Sociologie et engagement : nouvelles pistes épistémologiques dans l’après-1995 », dans Bernard Lahire, (éd.) *À quoi sert la sociologie ?*, La Découverte, Paris, à paraître en 2002.
- 18 Je dis « vulgate postnietzschéenne », car Nietzsche au contraire a souvent été attentif à la question des valeurs et de l’évaluation.
- 19 J. Baudrillard, *Le Ludique et le policier et autres textes parus dans Utopie (1967-1978)*, Sens & Tonka, Paris, 2001.
- 20 *Ibid.*, « L’utopie a été renvoyée... » (octobre 1971), p. 39, 40.
- 21 *Ibid.*, « Le cadavre en spirale » (mai-juin 1976), p. 367, 373.
- 22 Jean Baudrillard, *Simulacres et Simulation*, *op. cit.*, p. 231, 234.
- 23 L. Wittgenstein, *Remarques mêlées*, *op. cit.*, p. 37, 1932-1934.
- 24 Graham T. Allison, *Essence of Decision – Explaining the Cuban Missile Crisis*, Little, Brown and Company, Boston, 1971 ; l’ouvrage a connu une deuxième édition remaniée, en collaboration avec Philipp Zelikow, en 1999, Longman, New York.
- 25 Je pense tout particulièrement à son livre sur la guerre du Kosovo, *Le Nouvel Humanisme militaire – Leçons du Kosovo* (1999), trad. franç., Page Deux, Lausanne, 2000.
- 26 Voir mon article « La dévalorisation politique de l’humanitaire – Bensaïd, Chomsky, Debray et le Kosovo », *Mouvements*, n° 12, novembre-décembre 2000.
- 27 Dans *Humanisme et Terreur* (1947), Gallimard, coll. « Idées », Paris, 1980, p. 68, 158.
- 28 M. Merleau-Ponty, « Complicité objective » (juillet 1948), repris dans *Parcours (1935-1951)*, Verdier, Paris, 1997, p. 113.

## Répliques et controverses

### Géraud de la Pradelle

Professeur de droit privé, université de Paris-X.

## La mondialisation marchande et ses incidences juridiques sur la société civile

**Il est couramment admis que la mondialisation marchande** affaiblit la puissance des États et, par conséquent, l’autorité des lois qu’ils édictent, dont on annonce logiquement le déclin.

Il s’agit, ici, d’explorer sommairement les conséquences de cette réaction en chaîne, sur la condition juridique des membres de la société civile. À cette fin, nous devons revenir, pour les nuancer quelque peu, sur les données premières. D’abord, la mondialisation « marchande » – dont les prémisses ne datent pas d’hier<sup>1</sup> – ne fait pas que limiter la puissance des États. Elle en transforme aussi les manifestations. Elle détermine, enfin, des déplacements de pouvoir. Par exemple, certaines compétences naguère unilatéralement exercées par les seules instances nationales, relèvent aujourd’hui d’organisations interétatiques – par exemple, l’ONU ou l’OMC – et même, parfois, supranationales – par exemple, l’Union européenne. Ce transfert affaiblit dans une certaine mesure les gouvernements nationaux. Il n’entraîne pas mécaniquement un affadissement des pouvoirs transférés.

Ensuite, la société civile n’est pas homogène. Elle ne l’a jamais été. D’ailleurs, ses diverses composantes ne sont pas et n’ont jamais été, également, « séparées » de l’État. L’éventuel affaiblissement de ce dernier ne les concerne donc pas de la même façon, non plus qu’au même degré. Par exemple, on sait bien que toutes les lois étatiques n’ont jamais été indifféremment applicables à la totalité d’une population. Dans ces conditions, l’évanouissement d’une parcelle de pouvoir législatif ou réglementaire, son transfert de l’échelon national à un autre échelon, comme, d’ailleurs, l’éventuelle inefficacité de telle ou telle règle, n’affectent pas de manière identique tous les secteurs de la société civile.

On ne peut donc repérer les incidences juridiques de la mondialisation marchande sur cette société, sans distinguer entre ses diverses composantes.

Mais cette indispensable précaution ne suffit pas. On doit aussi dissiper l'équivoque fondamentale qui entache la notion même de « loi ». Il faut même commencer par là – surtout si l'on pense que les « lois » déterminent pour une part importante la condition juridique des membres de la société civile et que la mondialisation engendre indirectement le déclin de la « loi » nationale.

L'opinion publique perçoit « la loi » comme l'ensemble des règles qu'un État impose valablement. Le *Petit Robert* en témoigne (voir « loi: I. [...] 1° [...] ensemble de règles obligatoires établies par l'autorité souveraine d'une société et sanctionnées par la force publique. *Lois humaines; positives, civiles. L'Esprit des lois*, de Montesquieu. *Les lois d'un État, d'un pays, d'une nation*. V. Législation; droit. *Recueil de lois*. V. Codes »).

Cette perception est trop sommaire. Elle mêle dans un « ensemble » confus des règles qui sont, en réalité, profondément diverses. D'abord, il existe d'autres « lois » que les dispositions d'origine étatique. Ensuite, on trouve dans un même pays toutes sortes de « lois étatiques » – ne serait-ce qu'en raison de la diversité des organes qui les produisent afin d'accomplir, par ce moyen, les tâches qui leur incombent respectivement. Ces tâches diffèrent les unes des autres et l'effet produit sur la société par les règles créées dans le but de les remplir diffère en conséquence. Aussi, pour mesurer l'impact de « la loi » étatique, identifier les signes de son éventuel déclin, et voir ce qu'il implique en matière de condition juridique, nous allons tenter de distinguer suivant les fins poursuivies par ce moyen.

Nous dirons donc, schématiquement, que « la loi » est l'une des armes dont se servent les gouvernements – en d'autres termes, le législateur et les administrations publiques – pour diriger la société civile. Elle se présente, entre leurs mains, comme un ensemble plus ou moins cohérent de règles de conduite et d'organisation, globalement obligatoires.

Nous dirons tout aussi schématiquement que les tribunaux se servent de la même « loi » pour juger les procès. Mais ils en usent autrement, car ils n'ont pas, en principe, la charge de diriger la société civile. En effet, ils doivent s'en servir seulement pour justifier leurs décisions.

Partant de là, nous examinerons successivement l'incidence de la mondialisation marchande au regard de « la loi » prise en tant qu'instrument de direction de la société civile (I), puis en tant que justification des décisions prononcées par les juges (II).

## I. La direction de la société civile

Maniée par les organes du gouvernement, donc dans la première de ses deux grandes fonctions, « la loi » fournit à la société civile des modèles d'organisation tels que celui de la famille; les types de biens susceptibles d'appropriation

et de circulation; ou, encore, les diverses formes revêtues par les entreprises... Elle fournit par là même des modèles de comportement: les droits et devoirs des sujets de l'État entre eux – comme envers lui; par exemple, ceux, réciproques, des époux; ceux du bailleur d'immeuble; de l'actionnaire d'une société anonyme ou du contribuable...

Ces modèles sont, par définition, généraux – abstraits –, donc destinés à régir un nombre indéterminé de cas concrets; à être, ainsi, tantôt reproduits – comme les devoirs des époux –, tantôt évités – comme le comportement caractéristique du voleur. Par conséquent, ils sont tous dits « obligatoires ». Mais l'adjectif est trop brutal pour ne pas trahir une réalité multiforme. Les « lois » sont, en effet, obligatoires de mille manières différentes. Celles qui créent des devoirs le sont chacune à sa façon; celles qui donnent des droits ou celles dites « supplétives » – qui s'appliquent seulement à ceux qui le veulent bien – le sont autrement; toutes obligent globalement, en ce sens que nul ne peut échapper valablement au réseau des normes étendu de la sorte sur la société civile.

Enfin, le contenu de toute « loi » combine étroitement une manifestation de pouvoir et la réponse « technique » apportée à un besoin réel ou supposé. Or, la force obligatoire qui dérive du pouvoir et celle qui vient de la technique ne sont pas de même nature. De plus, leur alliage se réalise toujours selon des proportions qui ne sont ni égales ni constantes. Ainsi, l'obligation liée au « pouvoir » prédomine dans certaines dispositions comme, par exemple, celles qui régissent l'immigration ou encore la plupart des lois criminelles. Ce sont donc – principalement – des normes de gouvernement qui ne répondent qu'accessoirement à des besoins techniques. D'autres dispositions visent d'abord l'efficacité. Elles obligent surtout en raison de leur utilité. Ce sont donc – principalement – des normes techniques et – accessoirement seulement – des normes de gouvernement. Telles sont la plupart des dispositions applicables au régime des contrats ou à l'organisation des entreprises.

Ces diverses catégories de « lois » n'étant pas obligatoires de la même façon, la distinction qui s'ébauche entre elles donne un fil conducteur commode pour apprécier l'éventuel déclin de l'autorité des unes et des autres, dont on pourra facilement déduire l'effet sur les conditions juridiques respectives des membres de la société civile.

### 1. Les normes du gouvernement

L'autorité des normes qui visent principalement le gouvernement de la société civile vaut – principalement – ce que pèsent les corps politiques tenus pour légitimes dont elles manifestent la puissance: parlements et gouvernements nationaux qui légifèrent et réglementent; conférences internationales char-

gées d'élaborer des traités ; organes interétatiques. La mondialisation ne les affecte pas de manière identique.

- a) Elle mine assurément l'autorité des lois nationales – mais non pas à tous égards. Deux observations suffisent à le montrer.

D'un côté, sous prétexte de concurrence internationale, les gouvernements ont généralement entrepris de déréglementer les activités économiques et, particulièrement, de démanteler l'appareil de protection imposé par les luttes sociales des époques antérieures. De plus, parce qu'elles ont largement accès aux marchés mondiaux, les entreprises disposent de facilités accrues pour contourner les réglementations nationales subsistantes – par exemple, en délocalisant leurs activités. Elles peuvent éluder ainsi, dans une certaine mesure, les lois fiscales, sociales ou monétaires trop contraignantes à leur goût.

D'un autre côté, l'appareil répressif est, le plus souvent, intact – lorsqu'il n'a pas été renforcé pour contenir, de préférence, les « déviances » populaires ou, encore, pour mieux maîtriser les flux migratoires.

On voit aisément que, dans la société civile, profite plutôt et qui pâtit plutôt de cette évolution.

- b) En revanche, il est difficile de parler de déclin à propos de l'autorité des « lois » d'origine internationale.

Sans doute, lorsque leurs dispositions sont introduites dans l'ordre interne, ces « lois » subissent-elles le même sort que les règles d'origine nationale auxquelles on les incorpore.

Par contre, en ce qu'elles s'appliquent aux relations interétatiques – ce qui n'est pas sans effet sur la société civile –, ces « lois » coutumières ou conventionnelles n'ont jamais été aussi contraignantes pour leurs sujets directs – les États – que les normes nationales pour les leurs. Or, loin d'avoir diminué cette autorité par nature défaillante, la mondialisation marchande paraît, au contraire, l'avoir affermie pour le meilleur – en matière de droits humains – et pour le pire – ce que révèlent, notamment, la guerre du Golfe et les événements de Yougoslavie ou du Rwanda. La montée en puissance de l'OMC va, manifestement, dans le même sens.

Là encore, il n'est pas difficile d'identifier ceux qui profitent globalement des fruits de cette évolution et ceux qui les subissent tout aussi globalement.

## 2. Les normes techniques

L'autorité des normes qui sont principalement inspirées par des raisons techniques découle de leur utilité plus que de la puissance politique de leurs auteurs. Elles obligent surtout dans la mesure où les besoins d'ordre, d'efficacité, de coordination qu'elles tentent de satisfaire sont effectivement ressentis par leurs destinataires.

Dans ces conditions, elles ne sont, le plus souvent – et n'ont jamais été – qu'indirectement imposées d'en haut à la société civile. Normalement, elles se bornent à favoriser la conclusion et l'exécution des contrats. En effet, partout où l'économie marchande prédomine, la convention « légalement formée tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ». Réalisant un fructueux compromis entre les intérêts opposés de ses auteurs, le contrat est, alors, la forme ordinaire de la règle. Il n'est donc pas surprenant que la mondialisation favorise le développement de cette forme, par conséquent, l'autorité des « lois » à caractère principalement technique.

Toutefois, la mondialisation accentue, dans le même temps, une véritable subversion de « la loi » – même de celle qui est essentiellement technique – dans sa fonction de direction de la société civile.

- a) À vrai dire, l'essor du contrat passe presque inaperçu dans l'ordre interne français tant les milieux d'affaires déplorent bruyamment les entraves subsistantes imposées à la libre entreprise. Il est, en revanche, indiscutable dans les autres pays développés. Mais c'est surtout dans la sphère des activités internationales que l'autorité des règles techniques s'affirme à partir du développement des formes contractuelles.

Depuis toujours, la convention est le mode habituel d'aménagement des rapports entre États souverains, donc égaux. Sous l'empire de la mondialisation, elle a conservé cette place d'autant plus facilement que grenouillent aujourd'hui, dans les coulisses des conférences et les couloirs des organisations internationales, les représentants de certaines composantes de la société civile : « experts » gouvernementaux, en réalité délégués par de puissants intérêts privés ; lobbyistes professionnels embauchés par les mêmes sortes de puissances ; ONG très peu « désintéressées » ; Églises d'obédiences diverses ; etc. Bien des lois internationales sont donc, en réalité, négociées entre les organes publics et toutes sortes d'entités privées. Elles retirent sans doute, de cette origine, une bonne part de leur autorité.

Mais les faits les plus significatifs s'observent dans le vaste champ du commerce international.

- b) Depuis toujours, l'attitude que les agents du commerce international – essentiellement, des entreprises – ont à l'égard des normes de direction de la société civile, est une attitude sélective. On a vu (*supra*, 1, b) qu'ils se permettent d'éluder certaines règles de gouvernement. Or, ils se permettent également d'utiliser – dans l'État de leur choix – les dispositions qui leur conviennent ; notamment, celles qui garantissent les investissements, la sécurité du crédit, la liberté du change et des transferts de capitaux, ainsi que certaines lois répressives.

Ils disposent, à cette fin, de moyens classiques et parfaitement légaux dans pratiquement tous les États : principalement, la liberté du choix de la loi appli-

cable en matière contractuelle et, aussi, la faculté de mettre en place des chaînes de sociétés implantées dans divers pays. Au stade actuel de la mondialisation, ces moyens sont encore plus efficaces que naguère et, par conséquent, plus largement employés que jamais.

De plus, les agents du commerce international se sont organisés. Des institutions professionnelles élaborent des contrats types et des règlements d'arbitrage ; des codes de conduite et des recueils d'usages. Grâce à leur action, les entrepreneurs du commerce international peuvent, le cas échéant, substituer aux règles étatiques de véritables « lois » d'origine privée.

Finalement, capables d'éluder, d'utiliser ou de remplacer « la loi » dans sa fonction première de direction de la société, ces agents, ces entrepreneurs, obtiennent – partiellement, il est vrai – l'inversion de l'archétype officiel qui présente cette « loi » comme globalement obligatoire : pour eux, la « loi » de l'État n'est plus seulement une arme forgée par le pouvoir politique et maniée par ses sbires ; elle est aussi, dans une large mesure, un instrument dont ils s'emparent au gré de leurs intérêts – lorsqu'ils ne préfèrent pas lui en substituer d'autres issus de leur propre industrie.

Ce dernier aspect du relatif déclin de « la loi » qu'induit la mondialisation marchande est, évidemment, favorable aux agents du commerce international dont la condition juridique s'est enrichie de façon spectaculaire. Mais on ne peut l'apprécier pleinement que si l'on examine aussi le sort qui est fait à la même « loi » considérée dans son rôle de justification des décisions de justice.

## II. La justification des décisions de justice

C'est entre les mains des juges que les « lois » jouent cet autre rôle. Il s'agit, en principe, des mêmes « lois » que précédemment : celles qu'ont édictées les instances étatiques nationales comme internationales et aussi les « lois » privées que les entreprises et les simples particuliers se sont données par contrat. Seulement, elles ne servent plus – comme précédemment – de modèles en vue d'un nombre illimité de comportements éventuels. Nos juges les utilisent pour évaluer des faits concrets, effectivement accomplis dans un passé plus ou moins récent ; cela, de manière à justifier les décisions par lesquelles ces juges tranchent des litiges relatifs à ces mêmes faits.

Dans ce rôle de justification, leur autorité diffère, en principe, de ce qu'elle est lorsque ces mêmes « lois » servent à diriger la société. Contrairement aux idées reçues, cette autorité différente est également plus efficace. En effet, la règle qu'un juge applique s'incorpore à la décision qui vise catégoriquement – et non plus hypothétiquement – une situation concrète et des personnes précisément identifiées qu'il est facile de contraindre à l'obéissance par la force.

À cet égard, la mondialisation ne bouleverse rien. Elle accentue seulement les traits d'une réalité de toujours qui est inscrite dans l'institution même des juridictions. Il s'agit de l'existence d'un véritable marché des services que l'on peut obtenir de ces juridictions<sup>2</sup>. En d'autres termes, la mondialisation accroît la soumission congénitale de la justice aux exigences d'un marché qui lui est propre. Dans ces conditions, pour mettre en évidence les racines de ce marché, il faut, préalablement, disséquer la justice ; dégager ses traits caractéristiques ancestraux.

### 1. La justice

Les juridictions nationales, internationales et, même, privées sont caractérisées par une tâche spécifique dont elles ont, en quelque sorte, le monopole. Il s'agit essentiellement de mettre fin à des litiges par des jugements que tout tribunal doit justifier en invoquant des règles qu'il énonce et dont on dit qu'il les applique<sup>3</sup>. L'importance des juges et leur pouvoir s'expliquent par ces deux aspects de leur tâche spécifique – terminer les procès, se référer à des règles. Le caractère marchand de leur justice doit beaucoup à l'assistance indispensable qu'ils reçoivent de la part des entreprises de conseils juridiques.

- a) En ce qu'il met fin aux litiges – du moins, à ceux dont on l'a saisi –, le juge répond à un besoin fondamental dans toute société civile.

De tout temps, par conséquent, l'un des premiers devoirs de la puissance publique a été de permettre qu'un tel besoin trouve à se satisfaire. Depuis les temps modernes, l'institution de tribunaux étatiques réalise l'accomplissement de ce devoir. De nos jours, l'accès à ces tribunaux est, d'ailleurs, solennellement garanti par les instruments internationaux en vigueur, dont, particulièrement, la Convention européenne des droits de l'homme (article 6). De tout temps, enfin, les personnes privées ont eu la faculté d'instituer par contrat des arbitres qui sont des juges purement privés substitués à ceux de l'État dans le règlement d'un litige particulier.

La mondialisation n'a fait qu'accroître ce besoin de justice en affaiblissant les organes ordinaires du gouvernement : dans une société moins administrée, les conflits particuliers sont moins souvent prévenus ou réglés par l'intervention des fonctionnaires. Ils débouchent plus souvent sur des procès en bonne et due forme. Pour cette simple raison, l'ère de la mondialisation est aussi celle de juges plus que jamais indispensables.

- b) Tenus de justifier leurs décisions par des règles, ces juges sont conduits, tout naturellement, à utiliser les « lois » antérieurement édictées par d'autres qu'eux. Ils y puisent les règles dont ils ont besoin pour accomplir leur office. Or, ce qui a toute l'apparence d'un devoir de leur charge est, en réalité, la source du très grand pouvoir qu'ils exercent à l'égard des « lois ». Ce pouvoir est double.

D'abord, en appliquant une règle, les juges en confirment la validité; en l'écartant, ils l'assassinent.

Ensuite, les juges réécrivent, autant que de besoin, les règles qu'ils choisissent d'appliquer: ils en adaptent le contenu aux particularités de l'espèce; donc, ils le modifient; ils complètent, le cas échéant, l'appareil des normes existantes par d'autres qui sont de leur cru; ils participent ainsi, très banalement, à l'œuvre du législateur. D'ailleurs, les justiciables avertis obéissent à « la loi » telle que les juges l'interprètent et non pas telle que le Parlement l'a faite.

Nié contre toute évidence par la tradition jacobine, ce pouvoir est, en réalité, garanti par les principes constitutionnels effectivement suivis: indépendants des autres organes de l'État – parlements et gouvernements –, les juges ont le dernier mot quant aux affaires qu'ils traitent. Ils décident donc souverainement du sens et de la validité des « lois » qu'ils appliquent à ces affaires.

- c) Mais aucun tribunal ne travaille seul. Parmi les auxiliaires de la justice qui assistent les juridictions dans leur tâche, il faut faire une place toute spéciale aux professionnels qui conseillent chacune des parties et les représentent dans leur affrontement; en d'autres termes, aux avocats, dont le ministère est pratiquement indispensable aux justiciables.

Ce ministère est, en pratique, tout aussi nécessaire aux juges: dans chaque dossier, les questions soumises au tribunal sont l'œuvre des conseils. Ils suggèrent également aux juges la plupart des arguments susceptibles de justifier les réponses qu'appellent ces questions. Parmi les arguments ainsi forgés par les conseils et par eux suggérés aux juges, figurent – évidemment – des règles; des « lois ».

Finalement, tout jugement résulte nécessairement de l'intime collaboration du tribunal qui le prononce et des conseils qui ont, contradictoirement, aidé à le rédiger; toute règle, toute « loi », appliquée – donc plus ou moins profondément transformée par le juge – est en partie le fruit de cette collaboration.

Or, les conseils qui participent de la sorte à l'œuvre de justice sont des entrepreneurs privés, en même temps que des auxiliaires officiels des tribunaux publics. Dans les faits, par conséquent, la justice – même celle de l'État – est rendue par des instances qui unissent intimement les juges et ces entrepreneurs.

Il ne faut donc pas s'étonner de constater qu'ainsi rendue cette justice fasse, tout naturellement, l'objet d'un marché dont la mondialisation décuple les effets.

## 2. Le marché et la justice

Les jugements rendus par les tribunaux avec l'assistance des entreprises de conseil ont une double nature. En même temps que les manifestations d'un pouvoir en principe régalien, ce sont des prestations de services destinées à satisfaire des besoins primordiaux.

Cette double nature est inscrite – on vient de le voir – dans l'institution même de la justice. Il en est ainsi, depuis au moins deux siècles. La mondialisation n'y est pas pour grand-chose. Toutefois, elle favorise puissamment l'aspect de prestation de services au détriment de l'aspect régalien. Elle incite, par conséquent, au développement d'un marché international des services de justice qui forment une part considérable des « produits juridiques ».

- a) Tout marché – disent les économistes libéraux – naît de la confrontation d'offres et de demandes.

S'agissant des services de justice, la demande est globalement exacerbée par suite de l'affaiblissement des instances administratives. Le phénomène s'observe dans tous les secteurs de la société civile. Mais il est particulièrement net et, surtout, déterminant en ce qui concerne les entreprises.

Le règlement juridictionnel des conflits que leur activité engendre inévitablement est aussi nécessaire aux entreprises que les prestations de leurs fournisseurs, des bureaux d'études, des banquiers ou des assureurs. De plus, le besoin qu'elles en ont présente le même caractère que le besoin de crédit ou d'assurance: il est économique, et la demande dont il fait l'objet est de même nature. L'offre que cette demande rencontre n'émane que partiellement des tribunaux. Elle est principalement le fait des entreprises de conseil dont l'intervention, comme l'on sait, est indispensable à la fois aux justiciables et aux juges. C'est, d'ailleurs, à ces entreprises que sera payé le prix formé sur le marché.

- b) La mondialisation, il faut le redire, n'est pas l'explication première de la « marchandisation » de la justice. Mais elle agit comme une sorte de catalyseur sur les ingrédients, constitués de longue date, de phénomènes qu'elle stimule<sup>4</sup>. C'est ainsi que la très forte demande qu'elle suscite de la part des entreprises a déterminé une évolution significative des professionnels du conseil juridique. Pour affronter utilement cette demande, ces derniers se sont transformés, notamment par la constitution de sociétés; ils se sont regroupés, organisés, internationalisés; enfin, ils ont adopté, beaucoup plus nettement que naguère, des stratégies d'entreprises offrant leurs services à d'autres entreprises. En ce qui concerne la condition juridique des composantes de la société civile, les conséquences de cette mutation s'observent sur trois plans. D'abord, le coût – le prix – de la justice, du moins celui des services de bonne qualité, n'a cessé d'augmenter en dépit de la concurrence que se livrent les firmes de conseil. Par voie de conséquence, l'accès au juge pourtant solennellement promis à toute personne, est très inégalement et imparfaitement garanti<sup>5</sup>.

Ensuite, les professionnels de la justice ont tendance à diriger de préférence leurs clients vers les juridictions susceptibles d'appliquer des règles – des « lois » – favorables à leurs intérêts: ceux des clients, mais aussi, ceux de

leurs conseils. D'ailleurs, il s'agit de règles dont ces mêmes conseils, collaborant avec les juges, infléchissent largement le contenu.

C'est ainsi que le *forum shopping* international – la mise en concurrence des tribunaux de différents pays – est un sport antique mais renouvelé par la mondialisation. Il n'est, évidemment, que très peu pratiqué dans les couches populaires de la société.

Enfin, les professionnels ont mis sur pied une véritable industrie de la justice privée : de nos jours, l'arbitrage est le mode ordinaire de règlement du contentieux international des affaires. Sa pratique généralisée dans des conditions parfaitement « marchandes », avec la bénédiction des États et des organisations internationales, engendre deux phénomènes remarquables qui n'intéressent, pratiquement, que les « agents du commerce international ».

Le premier de ces phénomènes est l'instrumentalisation des tribunaux étatiques. Ceux-ci, en effet, ne sont pas seulement concurrencés par les instances arbitrales. Ils doivent aussi leur prêter main-forte – ce qu'ils font volontiers, notamment lorsqu'il faut mobiliser la force publique pour imposer l'exécution d'une sentence privée.

Le second phénomène est le développement de « lois » qui ne sont ni nationales ni internationales au sens courant du mot, mais « transnationales ». Ce barbarisme est une allusion à leur origine qui est privée – aussi privée que les arbitres qui les formulent afin de justifier leurs sentences.

### En guise de conclusion

Les « lois » sont faites, avant tout, pour diriger la société civile – ainsi que nous l'avons vu tout d'abord (*supra*, I). Or, le rôle que les tribunaux leur assignent après coup empiète sur l'autorité de ceux qui les ont faites – comme nous avons tenté de le montrer dans un second temps (*supra*, II).

Il existe donc une infériorité congénitale du législateur par rapport au juge – du moins dans les systèmes construits comme le nôtre, sur une « séparation » relative mais effective des « pouvoirs ».

Si la mondialisation marchande révèle, avec autant de clarté, cette infériorité, c'est parce qu'elle amplifie ses manifestations – principalement de deux manières : d'abord, à cause de la mondialisation, le recours au juge est de plus en plus nécessaire ; ensuite, elle favorise l'arbitre au détriment du juge de l'État et, par conséquent, la production, par cet arbitre, de « lois » privées substituées aux « lois » étatiques et, même, interétatiques.

1 Voir Eric Hobsbawm, *L'Âge des extrêmes, essai sur le court xx<sup>e</sup> siècle*, Éd. Complexe/Le Monde diplomatique, Paris, 1999.

2 Voir Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986.

3 Voir D. d'Ambra, *L'Objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGD, Paris, 1994.

4 Voir Y. Dezalay, « Des justices du marché au marché international de la justice », *Justice et économie*, numéro spécial de *Justice*, Dalloz, Paris, 1995, (n° 1).

5 Voir A.-M. Frison-Roche, « Princiopes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *Semaine Juridique*, 1997, I, 4051.