

Immatériel, territorialité et État

Hélène RUIZ FABRI

Professeuse à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

RÉSUMÉ. — Le développement des communications immatérielles et la porosité du territoire de l'État à leurs mouvements posent la question de la maîtrise par l'État d'un espace normatif national normalement calqué sur le territoire et exprimé dans le principe de territorialité. Il existe certes des alternatives normatives mais certaines mettent en cause le monopole de l'État. La perte de contrôle du territoire par l'État conduit à se demander si la façon dont cette entité est définie par le droit international reste valable. Il semble possible de dire que les évolutions, si importantes qu'elles soient, n'ont pas encore altéré cette validité.

Il y a quelques années, dans ses conclusions pour un colloque consacré à l'État souverain à l'aube du XXI^e siècle, Jean-Pierre Quéneudec évoquait un ouvrage de science-fiction relatif au troisième millénaire selon lequel « les frontières furent remises en cause dès le XXI^e siècle, lorsque l'extension des réseaux de communication eut érodé les fossés culturels entre pays et régions du monde. Le XXI^e siècle... fut celui qui vit l'apparition et le développement d'un mouvement anti-nationaliste prônant la création d'États sans frontières, ce mouvement politique estimant que le temps était venu de dissocier les communautés politiques des zones géographiques et de repenser la carte du monde »¹. Tout y est : l'immatériel sous l'angle des réseaux de communication, la remise en cause de la territorialité à travers le gommage des frontières, les interrogations sur l'avenir de l'État en tant qu'organisation socio-politique territorialisée, spatialement située. Alors, est-ce la conclusion à laquelle devrait amener une réflexion sur l'immatériel, la territorialité et l'État ?

Il est vrai d'abord que l'État appelle régulièrement l'attention et la réflexion². Il y a quelques années, c'est la naissance soudaine, voire brutale, de plus d'une vingtaine d'États en Europe, à la suite de la dissolution tant de l'Union soviétique que de la Yougoslavie, qui a été à l'origine de réflexions approfondies³. On a pu alors souligner

¹ Société Française pour le Droit International, *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 1994, pp. 314-315.

² Les deux numéros que la revue *Droits* a consacrés à l'État en 1993 (n° 15 et 16) en témoignent largement. Voir aussi S. Sur, « Sur quelques tribulations de l'État dans la société internationale », *R.G.D.I.P.* 1993/4, pp. 881-900 ; H. Ruiz Fabri, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *A.F.D.I.* 1992, pp. 153-178.

³ S.F.D.I., *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 1994, 318 p. ; voir aussi la série de colloques organisés par les CEDIN : G. Burdeau et B. Stern (dir.), [p. 187-212] H. RUIZ FABRI *Arch. phil. droit* 43 (1999)

« la force d'attraction du modèle étatique », ce qui n'empêchait pas de relever que cela s'accompagnait « d'un affaiblissement inquiétant de leurs pouvoirs »⁴, cette deuxième réflexion s'alimentant du constat que nombre d'États issus de la décolonisation, c'est-à-dire la deuxième grande vague de créations étatiques, se débattaient dans de grandes, sinon d'inextricables, difficultés politiques et économiques.

Plus récemment, c'est la quasi-faillite de plusieurs États (d'abord, le Mexique en 1994, puis plusieurs pays d'Asie du sud-est en 1997-1998) qui a jeté le doute sur la réalité de la souveraineté d'entités soumises aux fluctuations des « bulles spéculatives », ces amas de capitaux privés dont, à force d'avoir toléré et même facilité l'existence car leur prospérité s'en est alimentée, elles ne peuvent plus que subir les déplacements erratiques (de leur point de vue car nul ne doute qu'ils aient par ailleurs une logique). Dans un autre registre, c'est encore le discours commun de nombre de gouvernements qui invoquent les contraintes extérieures pour justifier de mener des politiques économiques d'orientation identique et qui apparaissent en ce sens surdéterminées par la logique économique internationale.

La conviction existe donc bien, plus ou moins diffuse, plus ou moins argumentée, que nombre d'évolutions actuellement à l'œuvre bousculent l'État et suscitent la réflexion sur l'actualité de cette entité qui a dominé les quatre derniers siècles. Cette réflexion s'alimente encore d'autres données qui s'expriment dans autant de concepts dont on n'évalue pas très bien la situation de concurrence ou de compétition vis-à-vis de l'État : mondialisation⁵, internationalisation⁶, globalisation⁷, flux transfrontières ou transnationaux ou transterritoriaux, ou encore ce qu'on appelle parfois les trois D (déréglementation, désintermédiation, décloisonnement), etc. Le vocabulaire est foisonnant, déconcertant, sans doute pas innocent, destiné, selon certains, à annoncer « un universel enchanteur »⁸ mais suscitant aussi l'inquiétude.

Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est, Paris, Montchrestien « Cahiers internationaux » n° 9, 402 p. ; E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Nationalité, minorités et succession d'États en Europe de l'Est*, Paris, Montchrestien « Cahiers internationaux » n° 10, 330 p. ; H. Ruiz Fabri et P. Boniface (dir.), *Succession d'États en Europe de l'Est et avenir de la sécurité en Europe*, Paris, Montchrestien « Cahiers internationaux » n° 11, 176 p.

⁴ J. Charpentier, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in S.F.D.I., *op. cit.*, p. 11.

⁵ « États, entreprises, territoires et médias à l'épreuve de la mondialisation », *Regards sur l'actualité* n° 234, sept.-oct. 1997 ; O. Dollfus, *La mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po « La bibliothèque du citoyen », 1997, 167 p. ; « La mondialisation en débat », *Sciences humaines*, Hors série n° 17, juin-juil. 1997 ; « Démocratie ou mondialisation ? », dossier in *Pétition*, n° 2, été-automne 1998, pp. 8-144 ; M. Salah Mohamed Mahmoud, « Mondialisation et souveraineté de l'État », *J.D.I.* 1996/3, pp. 611-662 ; M.-A. Frison-Roche, « Le versant juridique de la mondialisation », *Revue des deux mondes*, déc. 1997, pp. 45-53 ; J.-P. Paulet, *La mondialisation*, Paris, Armand Colin « Synthèse Géographie », 1998, 96 p.

⁶ B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), « L'international sans territoire », *Cultures et conflits*, n° 21/22, printemps/été 1996, 422 p. ; B. Badie, *La fin des territoires – Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, 1995, 276 p.

⁷ A.-J. Arnaud, « La globalisation : repenser le droit ? », in *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L.G.D.J., Droit et société n° 20, pp. 20-46 ; A. Tita, « Globalization: A New Political and Economic Space Requiring Supranational Governance », *J.W.T.* 1998, n° 3, pp. 47-55.

⁸ S. Latouche, *Les dangers du marché planétaire*, Paris, Presses de Sciences Po « La bibliothèque du citoyen », 1998, p. 19.

Cette réflexion excède *a priori* la question du développement de l'immatériel⁹, mais il est évident que celui-ci y a sa place¹⁰. Il suffit de constater que n'importe quel citoyen peut communiquer avec le monde entier et le monde entier chez lui. De quoi rêver d'universel (sous réserve, bien sûr, d'en posséder les moyens techniques). Toujours est-il qu'il y a non seulement multiplication contemporaine des moyens de communication mais aussi extraordinaire abaissement de leur coût. De plus, cette communication est instantanée, ou peut l'être, et l'on se rend compte que le développement de la communication immatérielle implique « une autre lecture de l'espace et du temps »¹¹, tend « à élargir l'horizon spatial et à rétrécir de manière tout aussi spectaculaire l'horizon temporel »¹².

La confrontation entre l'État et l'immatériel a pour elle une certaine évidence intuitive. La problématique est attractive car la contradiction est apparente entre l'immatériel, d'une part, qui est si propice à des représentations extrêmes, et la territorialité, d'autre part, qui renvoie si immédiatement à l'idée d'ancrage terrien, agrarien, rassurant¹³. Pourtant, cette contradiction n'existe pas en soi¹⁴. En réalité, c'est lorsqu'il prend la forme de flux, lorsqu'il circule, que l'immatériel est susceptible de mettre en cause la territorialité, et plus précisément, lorsque son mouvement excède les frontières d'un seul État. La problématique est alors infléchie vers les flux.

Or, dans la mesure où les flux ont toujours, d'une certaine manière, posé problème à l'État, il devient nécessaire de savoir ce qui est le plus déterminant, le flux, ou le fait qu'il soit immatériel¹⁵. Ou, en d'autres termes, le fait qu'un flux soit immatériel pose-t-il un problème particulier à l'État ? Encore faut-il préciser quels sont ces flux et force est alors de constater qu'ils ne sont pas d'une grande diversité. Il s'agit essentiellement de flux d'informations ou de flux financiers, éléments dont il faut néanmoins admettre qu'ils ont toujours été importants pour l'État.

Ce sont tout à la fois une question de pouvoir et une question de savoir. La question de pouvoir, c'est celle à laquelle cette communication invite à répondre. L'État a-t-il

⁹ V. B. Stern (dir.), *Marché et nation – Regards croisés*, Montchrestien, Perspectives internationales, 1995, 344 p. et particulièrement B. Stern, « Remarques introductives sur la problématique marché-nation dans l'organisation des sociétés humaines », pp. 11-33 et P. Juillard, « Quelques conclusions provisoires sur la problématique marché-nation », pp. 277-281.

¹⁰ On présente par exemple facilement l'immatériel comme un des supports techniques de la mondialisation (même s'il peut paraître curieux de l'exprimer ainsi). Ainsi, le marché financier mondial ne peut fonctionner sans satellites de télécommunications.

¹¹ J. Bonnemaison, L. Cambresy, « Le lien territorial entre frontières et identités », *Géographie et Cultures*, n° 20, 1996. La même idée est exprimée par P. Hassner, « Ni sang, ni sol ? Crise de l'Europe et dialectique de la territorialité », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 115-131, p. 125. Voir aussi M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais, 1998, p. 100 et s.

¹² P. Hassner, « Ni sang, ni sol... », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 115-131, p. 125.

¹³ «Le territoire est... un compromis entre un aspect mythique ou affectif et un aspect rationnel ou pragmatique : à la fois *terre*, ou héritage sacré, *espace* fonctionnel, et *lieu* de pouvoir, légitimé par les deux dimensions précédentes », P. Hassner, précité.

¹⁴ V. G. Burdeau, « Le droit et le développement de l'économie de l'immatériel », *Annales des Mines*, juil.-août 1995, pp. 67-70.

¹⁵ Pour un inventaire de ce que représentent les réseaux et de ce qui peut d'échanger par leur intermédiaire, voir, A. Danzin, « Défense nationale, inforoutes et mondialisation », *Défense nationale*, juil. 1996, n° 7, pp. 43-60, spéc. 46.

encore le contrôle des flux qui le traversent et/ou le pénètrent ? Peut-il encore exercer efficacement ses compétences à leur égard ou est-il dépassé ? La conviction qui paraît parfois s'ancrer aujourd'hui d'une véritable subversion de l'État du fait du développement de l'immatériel, et des possibilités que celui-ci offre, donne une certaine actualité à cette réflexion. Précisément à cause de l'immatérialité, il existe des interrogations sur l'existence de forces un peu mystérieuses qui seraient à l'œuvre et s'avèreraient irrésistibles pour l'État, au point de se demander si l'on peut encore parler de souveraineté, de cette liberté de l'État résidant dans ce qu'il n'est assujéti à aucune autorité supérieure, ni à aucune règle dont il n'aurait voulu ¹⁶.

La question de savoir est plus diffuse mais tout aussi présente. C'est celles des références intellectuelles, des instruments d'analyse. « L'espace des sociétés est fait de réseaux et de territoires... » or, « pour aider à l'analyse positive, ce qui n'est que flux de pensée, de vie, d'initiatives a été coagulé en solides : des peuples, des richesses, des territoires » ¹⁷. De cette manière de penser, il découle que l'impératif territorial pèse aussi sur le savoir et se manifeste dans l'option pour une matérialité des instruments de pensée. C'est la conception de nouvelles façons de penser qui est en cause. D'une pensée dominée par la référence territoriale, parce que le territoire dominait les flux et les réseaux, faut-il passer à une pensée directement axée sur les flux ? Ce n'est pas une démarche aisée, ne serait-ce qu'au plan sémantique. Il existe au contraire une tendance à « pervertir » le vocabulaire existant, ou à des psittacismes, qui fait qu'on parle par exemple de « territoire culturel ». Et si le juriste sera éventuellement moins gêné parce qu'il a l'habitude de voir le territoire comme une représentation ¹⁸, force est néanmoins de constater qu'on va en la matière beaucoup raisonner en termes de localisation. Quoi qu'il en soit, il y a dans tous les cas des problèmes de frontières et on rejoint alors la question de pouvoir.

C'est d'abord elle qui doit être résolue. Il est important de confronter flux immatériel et territorialité, dès lors que la territorialité apparaît comme traduisant l'idée que le territoire est la matrice des compétences de l'État. On se réfère alors à l'espace comme étendue et le principe de territorialité ainsi entendu se rapproche, voire se confond, avec l'*imperium*. Saisi dans cette perspective, l'immatériel est apte à être le témoin de la situation du principe de territorialité. On peut voir ce dernier comme le principe majeur énonçant la maîtrise de l'État sur son territoire et le champ d'application spatiale normal de ses normes et qui, à ce titre, cadre les compétences normatives qui s'y déploient. Il exprime ou fonde la compétence de l'État pour régir de façon unilatérale et exclusive les mouvements intra-étatiques. Mais, c'est un principe assorti de « mineures » (internationalité, extra-territorialité) permettant de réguler tout phénomène (éventuellement immatériel) dont les effets excèdent un seul territoire. Les mouvements interétatiques ou transnationaux supposent le recours à d'autres modes de régulation, extraterritorial ou, surtout, international. D'ailleurs, le droit international a toujours été essentiellement un droit des communications. Dès lors que l'immatériel est un vecteur privilégié ou une des

¹⁶ Voir *La souveraineté, Pouvoirs* n° 67, 1993, spéc. J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », pp. 47-58.

¹⁷ Comme l'écrit Denis Retaillé, in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 21-40, p. 33.

¹⁸ V. D. Alland, « Les représentations de l'espace en droit international public », *Arch. phil. droit*, 1986, pp. 163-178.

formes privilégiées de communication, il relève d'abord du droit international. En ce sens, il se situe aux marges du principe de territorialité si on considère bien celui-ci comme le principe majeur, axiomatique en matière de répartition des compétences, notamment normatives, le reste se projetant à partir de lui sous forme de propositions mineures¹⁹. De fait, très tôt, la communication immatérielle a fait l'objet de réglementations internationales très intégrées. En d'autres termes, on évoque là du droit inter-étatique.

Mais l'augmentation exponentielle des mouvements, la volonté croissante de les libéraliser, la part croissante qu'y prennent les mouvements immatériels, notamment avec la « dématérialisation de l'argent », ont conduit à s'interroger sur la volonté et/ou la capacité des États à la maîtriser et à l'encadrer juridiquement. L'idée d'autorégulation se fait alors jour, ressuscitant le débat sur un tiers-droit, un peu sur le modèle de celui qui a été mené concernant la *lex mercatoria*. Là encore, on est aux marges de la territorialité. Mais, ce qui paraît alors fragiliser l'État, ce n'est peut-être pas tant la perte d'efficacité du territoire comme élément de référence, surtout si on considère que la localisation est d'abord une question de convention, mais c'est plutôt l'évolution qui le banalise comme acteur et qui le marginalise comme auteur de normes.

Au point de se demander si ce développement des marges de la territorialité ne se fait pas au détriment du principe. La porosité du territoire à des mouvements que l'État ne maîtrise plus est-elle devenue telle que le principe de territorialité perd de sa validité et est, en quelque sorte, marginalisé ? La question est cruciale car si l'on constate que la territorialité est désormais marginale, que reste-t-il de l'État²⁰ ? Peut-on encore parler de souveraineté, de l'*imperium* ? L'interdépendance compromet-elle l'indépendance ? Est-on dans « la nouvelle problématique d'un monde dont les régulations se feraient en dehors, voire en dépit, de la souveraineté territoriale », malgré la « sérieuse résistance du droit international » ?²¹, ou la résistance du droit international a-t-elle quelque fondement et/ou raison d'être ?

La question est d'autant plus difficile à résoudre qu'elle se pose dans des termes foncièrement ambivalents. Il existe certes une volonté de bénéficier des flux et donc de s'y ouvrir puisqu'ils sont sources de richesse (ou réputés l'être) mais il existe aussi la crainte qu'ils ne menacent par trop la souveraineté et ne dépossèdent du contrôle, avec sans doute certaines nuances entre l'immatériel potentiellement matérialisable et celui qui ne l'est pas. De la même façon, si la porosité des frontières est souhaitée, leur disparition n'est pas pour autant recherchée, au contraire même dès lors que le différentiel de

¹⁹ Le principe de territorialité est pris ici dans un sens plus large que l'applicabilité entendue par le droit international privé (par exemple concernant la doctrine de la territorialité absolue du droit public) et que le sens technique le plus couramment employé. Voir G. Kegel, I. Seidl-Hohenveldern, « On the Territoriality Principle in Public International Law », *Hastings International and Comparative Law Review* 1982, pp. 245-288, spéc. 249.

²⁰ Selon M. Merle, « la quasi-instantanéité des communications d'un bout à l'autre de la planète, la fluidité du marché des capitaux et des marchandises, la stratégie des « réseaux » (souvent clandestins et parfois mafieux) qui manipulent, au service de leur cause, l'argent et les hommes à travers les frontières. Bref, le démembrement de l'autorité du pouvoir établi à l'intérieur des limites de son territoire serait le signe avant-coureur et le symptôme le plus visible du dépérissement inexorable de l'État ». « Un système international sans territoire », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 289-309, p. 293.

²¹ B. Badie et M.-C. Smouts, Introduction, in « L'international sans territoire », cité *supra*, pp. 9-18, p. 16.

situation que crée leur existence peut être générateur d'avantages (en ce sens, la frontière est parfois qualifiée de ressource).

D'une part, il faut s'entendre sur la portée de la relativisation de la territorialité. Si elle est certaine, elle est en même temps à l'origine ou au cœur d'évolutions contrastées qui confortent l'État autant qu'elles le mettent en cause. Le degré auquel l'État a perdu le contrôle de son territoire et des compétences exercées à partir du territoire n'est pas si aisé à déterminer, ni surtout quelles y sont respectivement la part de décision et la part de sujétion. On ne peut purement et simplement affirmer qu'il y aurait aujourd'hui saillance des réseaux sur les territoires²². D'autre part, de ce que la territorialité est relativisée, on ne peut déduire une nécessaire redéfinition de l'État, en tout cas pas d'un point de vue juridique.

I. — L'IMMATÉRIEL AUX MARGES DE LA TERRITORIALITÉ

L'idée d'un immatériel (les flux) situé juridiquement aux marges de la territorialité résulte de l'observation de la façon dont il est régulé. Si la territorialité rime avec l'exclusivité, la communication rime avec l'interrelation, voire l'interdépendance²³, et appelle d'autres méthodes de régulation, ce qu'on peut appeler des alternatives normatives : internationalité, extra-territorialité, transnationalité, cette qualification supposant admis que le principe de territorialité est premier, axiomatique et que toutes les compétences normatives se projettent à partir de lui, ou se définissent par rapport à lui. C'est, il est vrai, la configuration classique, celle qui domine depuis plusieurs siècles, même s'il y a eu des évolutions. Ce qui a parfois été qualifié de processus de régression territoriale a en effet commencé en même temps que l'État, c'est-à-dire l'affirmation du principe de territorialité, mais il a longtemps été maîtrisé normativement par l'État, y compris concernant l'immatériel. En effet, l'internationalité et l'extraterritorialité impliquent principalement, voire exclusivement, la compétence normative étatique (A). En revanche, la transnationalité la contourne plus ou moins nettement, voire la met en cause. Les enjeux et les effets varient donc et le monopole de l'État est mis en cause par des prétentions normatrices concurrentes, celle d'acteurs privés notamment, qui, au nom de l'efficacité et grâce aux capacités techniques et à la fluidité (l'immatérialité) des communications, ont une revendication d'autonomie et les moyens de la prendre en charge (B).

A. — *Territorialité, extra-territorialité, internationalité*

²² Car il est vrai que les réseaux « constituent de véritables lieux de pouvoir et, de ce fait, valorisent l'existence d'espaces de référence parallèles, opposés ou complémentaires à l'espace territorial étatique, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence effective de cette composante fondamentale de la construction étatique ». V. F. Constantin, « L'informel internationalisé ou la subversion de la territorialité », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 311-345, p. 313.

²³ Cette « notion biomorphique » qui « ratifie ce sentiment généralisé de l'interconnexion des individus et des sociétés ». V. A. Mattelart, *La mondialisation de la communication*, Paris, PUF « Que sais-je ? » n° 3181, 1998, p. 35.

Le territoire sert de cadre pour l'exercice des compétences nationales et sert de point d'appui pour l'exercice des compétences internationales. Le principe de territorialité joue donc un rôle essentiel dans la détermination des compétences de l'État, en particulier de ses compétences normatives. Il sert notamment à indiquer que, dans les limites de son territoire, l'État jouit d'une exclusivité et d'une plénitude de compétence et que, dès lors, tout ce qui se trouve sur son territoire tombe (ou peut tomber) dans le champ de cette compétence. Mais ce principe ne suffit pas à couvrir l'intégralité du champ normatif, sauf à supposer l'absence de toute communication de l'État, quelle qu'en soit la forme, avec son environnement. À l'inverse, l'existence de telles communications a emporté d'emblée la nécessité d'aménager des alternatives normatives à la compétence territoriale pour déterminer les règles appelées à les régir. Or, le nombre de ces communications devenues immatérielles est particulièrement important. Néanmoins, le schéma d'analyse reste d'un point de vue juridique très classique.

1. – Signification du principe de territorialité

Référence peu courante pour les publicistes, le principe de territorialité demande à être situé par rapport à l'*imperium* et au territoire, pour apercevoir que les enjeux essentiels qu'il recouvre sont des questions de frontières et de localisation ou de rattachement.

* *Territorialité, territoire et imperium*

Le principe de territorialité peut être vu comme un principe solidaire d'une certaine conception de l'État. « L'État du droit international est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumise à un pouvoir politique organisé ; il se caractérise par la souveraineté »²⁴. C'est donc un être complexe résultant de l'articulation de plusieurs composantes.

S'agissant du territoire, on a exploré plusieurs conceptions des rapports que l'État entretient avec lui²⁵ : le territoire-élément constitutif de l'État²⁶, le territoire-objet²⁷, le territoire-limite²⁸. En définitive, la conception qui prévaut aujourd'hui est la théorie

²⁴ Avis n° 1 de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie, 29 novembre 1991, *R.G.D.I.P.* 1992, p. 264.

²⁵ W. Schoenborn, « La nature juridique du territoire », *R.C.A.D.I.*, 1929, V, vol. 30, pp. 81-190.

²⁶ Approche analogique consistant à voir dans le territoire le « corps » de l'État (théorie du territoire-sujet, du territoire comme élément subjectif de l'État). La personnalité de l'État est liée au territoire. Celui-ci est « un élément de son être et non point de son avoir » (Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, Tome I, Sirey, 1920, Tome I, p. 4, note 4). Mais, parmi les critiques adressées à cette conception, il y a notamment celle soulignant que cette théorie implique l'indivisibilité du territoire : elle n'autorise donc pas les mutations territoriales, toute mutation étant *ipso facto* une altération de l'identité de l'État. De même, elle exclut le concours de compétences sur un territoire.

²⁷ Objet du pouvoir étatique, ce pouvoir étatique ayant été alternativement analysé comme un droit réel de propriété ou comme un droit réel de souveraineté. L'analyse en termes de droit réel de propriété confond l'*imperium* et le *dominium*. Or, l'État reçoit la souveraineté territoriale pour accomplir certaines fonctions. L'analyse en termes de droit réel de souveraineté trouve également sa limite dans le fait que la souveraineté est d'abord un droit de commander et qu'un tel pouvoir s'exerce d'abord en direction des personnes et non en direction du territoire en tant que tel.

²⁸ Cette théorie voit le territoire comme le cadre, le périmètre dans lequel s'exerce le pouvoir de commandement de l'État. Mais, elle a le tort, selon certains auteurs comme Ch. Rousseau, d'être exclusivement négative.

de la compétence qui voit dans le territoire « la sphère de compétence spatiale de l'État, le cadre de validité de l'ordre étatique »²⁹. « La systématisation juridique du territoire » s'établit donc « par référence au contenu des compétences exercées par les gouvernants ou les agents, non par référence à » ce que Rousseau appelle « la pseudo-nature intrinsèque d'une zone spatiale qui, de toute évidence, ne comporte par elle-même aucune signification juridique valable et ne peut en acquérir une qu'à raison des pouvoirs qui s'exercent à son endroit »³⁰ et sur les personnes qui s'y trouvent.

Ce pourrait être le principe de territorialité. Cette appellation n'est, il faut bien le dire, guère familière au juriste de droit international public où on ne peut pas dire qu'il existe à titre général et générique un principe ainsi énoncé. Quand il est utilisé, c'est plutôt pour indiquer un bornage de la compétence de l'État, pour résoudre certains conflits de loi, voire en réplique à des prétentions extraterritoriales. Il indique un rapport dialectique. Il peut paraître jouer un rôle essentiel dans la détermination des compétences de l'État, en particulier de ses compétences normatives puisqu'il indique le ressort normal de la compétence normative unilatérale de l'État ou identifie l'espace normatif propre à l'État³¹. Mais il indique aussi qu'au-delà du territoire, il n'y a plus de compétence de principe de l'État, ce qui ne signifie nullement l'absence de compétence (cf. *infra*). En outre, il ne doit pas faire oublier que le droit international public ne délimite pas en soi les compétences, son principe inspirateur étant plutôt un principe de liberté.

La situation est donc loin d'être dénuée de toute ambiguïté. Tel qu'il est systématisé juridiquement, le territoire est une référence conventionnelle pour déterminer une ou des compétences. Le critère utilisé est une localisation, un rattachement spatial. Et, en même temps, le droit s'est emparé du fait que la référence territoriale, qui est d'abord une référence identitaire, a une force provenant de son caractère de situation objective. C'est l'objectivité de la matière (par opposition à l'immatériel). C'est, d'ailleurs, ce statut exceptionnel que le droit reconnaît au territoire. Selon les termes de Ch. De Visscher, « le statut territorial des États se présente dans l'ordre international comme une situation objective, valable envers tous les autres États »³². Et il ajoute que « le territoire représente dans les rapports internationaux une effectivité structurelle. Effectivité menée à terme, elle est l'expression d'un pouvoir étatique stabilisé dans un cadre spatial donné »³³. Pourtant, quand on utilise le principe de territorialité, c'est à l'espace comme étendue et non comme chose que l'on se réfère, au territoire support de l'*imperium* c'est-à-dire des pouvoirs déployés sur les personnes en raison de leur situation spatiale, « des pouvoirs dont la base légale se trouve dans sa compétence sur le site de l'être qu'il veut soumettre à ses normes »³⁴.

²⁹ Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome II, Sirey, 1974, p. 51. Voir aussi J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936, IV, vol. 58, pp. 614-627.

³⁰ Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 52.

³¹ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 92.

³² *Théories et réalités en D.I.P.*, Pedone, 1970, p. 221.

³³ *Ibid.*, p. 227.

³⁴ J. Combacau, in J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Précit Domat, 1997, p. 394.

Cette situation a aussi un symbole : la frontière. Celle-ci joue un rôle déterminant³⁵ en servant notamment de repère pour les localisations.

* *Frontière et localisation*

La frontière sert à séparer l'en-dedans de l'en-dehors³⁶, raison pour laquelle on a l'habitude de la figurer comme une ligne. En effet, elle sert habituellement de repère pour les mouvements et a l'image, en tant que ligne, de permettre d'assurer la régulation des flux, en tout cas des flux à consistance matérielle. On a d'ailleurs pu dire que « le commerce n'est international que parce que le douanier l'arrête »³⁷. Mais, d'une part, tout comme le territoire, la frontière est d'un point de vue juridique une convention, celle qui symbolise en quelque sorte le déclenchement de la compétence exclusive de l'État³⁸. Il faut en tenir compte quand on pose la question des flux immatériels. D'autre part, cela fait bien longtemps qu'on ne réduit plus la frontière à une ligne. Elle n'est pas seulement une ligne de séparation, elle est aussi une zone, notamment une zone privilégiée de coopération, de communication. S'il en est ainsi, c'est parce qu'on a eu tôt conscience de l'effet éventuellement arbitraire de la ligne et de la nécessité d'une certaine souplesse³⁹.

Il n'empêche que les résistances restent évidentes en matière de franchissement des frontières, ce qui montre bien la sensibilité des États. Le droit économique, qu'il soit régional ou universel, est significatif. Déjà, dans le domaine des mouvements matériels, alors qu'il y a une relative facilité à repérer le franchissement physique de la frontière et que franchissement physique et franchissement juridique sont réputés coïncider, la libéralisation est plus facile pour les marchandises que pour les personnes. Que dire alors des mouvements immatériels ?

La difficulté vient de ce que, dès lors qu'il y a communication, et le franchissement de la frontière implique la communication, il y a une interdépendance. Se pose alors la question de l'appréhension juridique du mouvement (en tant que prétention à franchir la frontière), avec une alternative : ou la frontière implique une interruption systématique de tout mouvement qui prétend la franchir, ou on admet une unité du mouvement et sa régulation ne peut alors être déterminée en seule référence à la territorialité. Or, on sent bien que l'interruption du mouvement à la frontière est un non-sens pour les communications immatérielles. Dans leur cas et quelle que soit leur substance, le franchissement de la frontière ne peut être déterminé que de façon conventionnelle et il s'agira de déter-

³⁵ Le territoire est un cadre de sécurité. Sa stabilité, même si elle n'est pas postulée par le droit international dans la mesure où il admet les mutations, est facteur de sécurité. Le principe du respect de l'intégrité territoriale est un des principes cardinaux du droit international. Le franchissement non autorisé des frontières est donc toujours illégal, au regard du droit international s'il est le fait d'un autre État, au regard du droit interne s'il est le fait de personnes privées. Les questions territoriales sont toujours d'une extrême sensibilité et la relativisation du territoire paraît mettre en cause le paradigme du droit international.

³⁶ Cette approche rejoint certaines définitions, non juridiques, de la territorialité : « la territorialité, c'est surtout l'expérience de l'unité. Le territoire est fait d'ancres et de bornes partagées par les membres du groupe, qui le caractérisent et le différencient de ce qui constitue l'extérieur, l'espace de l'aventure ». D. Retailé, « L'impératif territorial », cité *supra*, p. 31.

³⁷ Y. Guyot, cité par S. Latouche, *Les dangers du marché planétaire*, p. 46.

³⁸ Ainsi, chaque aéroport international, quelle que soit sa localisation sur le territoire, contient un morceau de frontière internationale.

³⁹ V. S.F.D.I., *La frontière*, Pedone, 1980, 304 p.

miner la compétence de l'État dans le monde virtuel. Là, la frontière territoriale n'est d'aucun secours ce qui ne signifie pas que le principe de territorialité, tel qu'on l'a entendu, ne joue aucun rôle. Il peut servir de référence pour la construction de la référence conventionnelle par exemple en établissant la compétence de l'État territorial de l'émetteur du flux ou, au contraire, du récepteur. On retrouve alors la difficulté de l'appréhension juridique des situations comportant un élément d'extranéité avec conflit de loi ou de juridiction. L'examen du droit international privé montre qu'il existe dans la plupart des cas plusieurs critères de « compétence » qui peuvent déboucher sur la désignation de plusieurs États⁴⁰. Par exemple, le droit international privé n'hésite pas à employer le domicile comme critère pour l'applicabilité du droit national⁴¹. Se pose alors un problème de cohérence et de coordination pour qu'à côté des conflits, il n'y ait pas de « trous », même si c'est peu probable car il est rare qu'il n'existe pas de prétention normative. En outre, l'enjeu du conflit ne doit pas seulement être perçu du point de vue des émetteurs de normes que sont les États, mais aussi du point de vue des destinataires. Il sera plus ou moins important selon que les deux règles qui prétendent régir une situation ont ou non une substance identique. « La prospérité de l'informel transnational dépend de la présence non pas de territoires étatiques en tant que tels, mais de différentiels de situations (politique, économique, sociale, culturelle, etc.) provoqués en particulier par l'existence de frontières et qui peuvent être exploitées avec, hors ou contre les régulations gouvernementales »⁴².

Le constat n'est pas nouveau du choix d'une localisation ou d'un rattachement spatial en fonction du droit applicable⁴³. La limite posée à cette instrumentalisation du droit est un critère, celui du caractère raisonnable du rattachement, ce qui est une manière d'indiquer que, même conventionnelle, la territorialité doit conserver une certaine réalité, au sens premier du terme. Quand le lien devient trop ténu, c'est plutôt d'extra-territorialité qu'on parlera.

Quoi qu'il en soit, dès lors que les États n'ont jamais été des cellules étanches mais qu'il s'est développé entre eux ou à travers eux des communications, le principe de territorialité n'a jamais suffi. Il n'y a en quelque sorte jamais eu d'âge d'or du principe de territorialité, suivi d'un grignotage, mais plutôt un principe en forme de proposition majeure, assorti de mineures. Cette qualification de mineure n'implique aucun jugement de valeur simplement l'idée que ce qu'on peut appeler des alternatives normatives se présentent comme secondes⁴⁴.

⁴⁰ Voir P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, pp. 1-29, pp. 349-388, pp. 537-583.

⁴¹ *Ibid.*, p. 542.

⁴² F. Constantin, « L'informel internationalisé ou la subversion de la territorialité », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 311-345, p. 332.

⁴³ Selon W. Andreff, on peut définir « la territorialité d'une firme par son appartenance, son rattachement à un territoire. Ce qui revient à dire qu'elle suit les règles et les lois qui s'appliquent à ce territoire, elle y est soumise à une autorité en cas d'infraction et elle est éventuellement influencée dans sa stratégie par les orientations de politique économique », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 373-396, spéc. p. 375.

⁴⁴ On n'entre pas ici dans le débat de l'antériorité du droit international sur l'État. Simplement, le fait d'affirmer que l'internationalité est une mineure de la territorialité ne doit pas être lu comme un préjugement concernant ce débat sur l'antériorité du droit international.

2. – Les alternatives normatives : internationalité et extra-territorialité.

Si le territoire rime avec exclusivité, la communication rime avec interrelation, voire interdépendance et appelle d'autres modes de régulation. Mais le schéma d'analyse reste très classique d'un point de vue juridique dans la mesure où l'État reste au cœur de la réflexion.

On l'a dit, ces alternatives normatives sont initiales puisque l'État n'a jamais été une cellule étanche. Dès qu'il entre en communication avec l'extérieur, ou dès qu'une situation comporte un élément d'extranéité, le principe de territorialité ne suffit plus. Il n'est d'ailleurs posé de manière absolue que pour les mesures de coercition, pas en matière normative. On a cru pouvoir l'affirmer pour le droit public mais cette affirmation est discutée et, généralement, rejetée.

Deux « alternatives normatives » (encore que le terme alternative soit sans doute excessif) sont susceptibles de prendre le relais : l'extraterritorialité et l'internationalité.

* *L'extraterritorialité*

On peut considérer l'extraterritorialité comme signifiant que l'État projette sa compétence normative unilatéralement à l'extérieur de son territoire⁴⁵. Cette projection est d'autant plus concevable que la territorialité n'est pas le seul fondement de compétence de l'État. L'extraterritorialité trouve sa justification dans l'existence d'un lien entre l'État et la personne ou le fait visé par la norme et elle trouve sa limite logique ou rationnelle sinon juridique dans le fait que « l'idée selon laquelle chaque individu est ou peut-être soumis aux lois de chaque État en tous temps et en tous lieux est intolérable »⁴⁶.

Il reste que la nature et les qualités de ce lien entre l'État et la personne ou la situation visée peuvent être discutés. Le lien le mieux admis est la nationalité qui fonde la compétence personnelle de l'État. La personnalité est toujours présentée comme subsidiaire, notamment parce que sur le territoire national, elle est absorbée ou dominée par la territorialité et parce que, sur le territoire d'un autre État, elle entre en concurrence avec la compétence territoriale de cet État qui a la capacité de l'emporter, même si ce n'est pas systématiquement le cas et si les réponses sont variées selon les domaines concernés.

D'autres liens sont envisageables et envisagés comme celui résultant de la nature de la situation visée (des actes commis à l'étranger par des étrangers pouvant compromettre les intérêts fondamentaux de l'État, celui-ci serait compétent pour les incriminer) ou celui résultant de la gravité des faits visés qui rendrait tous les États concernés et donc compétents pour les incriminer. On évoque les hypothèses de compétences dites universelles. Mais, d'une part, dans bien des cas, certaines qualités sont requises du lien (il doit être objectif, raisonnable,...), d'autre part, dans les hypothèses les plus discutées, les considérations territoriales ressurgissent, comme en témoigne la doctrine des effets.

Ces quelques considérations montrent la complexité et l'ambiguïté de la question. En définitive, la personnalité pourrait permettre de fonder la compétence de l'État sur la totalité d'un mouvement, notamment s'il est immatériel, et ceci soit à raison de son émet-

⁴⁵ V. B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriales du droit », *A.F.D.I.* 1986, pp. 7-52 ; « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *A.F.D.I.* 1992, pp. 239-313.

⁴⁶ Brierly, cité par P. Mayer, *op. cit.*, p. 563.

teur, soit à raison de son récepteur. Mais, en pratique, on trouvera toujours un lien avec le territoire, y compris, généralement, si le fondement est un accord international.

* *L'internationalité*

L'internationalité apparaît lorsque deux ou plusieurs États se coordonnent de façon plus ou moins formelle pour réguler en commun une question qui les concerne tous. C'est le cas notamment quand est en cause une situation d'interdépendance. C'est de leur qualité d'État, et donc de sujet originaire du droit international, que les États tirent leur compétence à fabriquer ce droit international. Pour l'État, la participation à la « fabrication » du droit international est un acte de souveraineté, d'où il peut d'ailleurs résulter une limitation de sa compétence exclusive et donc une limitation des effets de la territorialité.

Or, le secteur des communications est par nature un domaine d'interdépendance et, d'ailleurs, on peut facilement présenter le droit international comme le droit des communications, le *Jus communicationis*. Depuis longtemps, les communications, quelle que soit leur nature, font l'objet de réglementations internationales. Ce fut d'abord vrai des moyens « matériels » de communication comme le chemin de fer, mais aussi les communications postales. Mais, très tôt, la question des communications immatérielles s'est posée avec le télégraphe. D'emblée, on a conçu une réglementation internationale puisqu'il s'agissait d'une question d'intérêt commun. Mais on observe alors que les conventions internationales ainsi élaborées créaient ce que Rousseau appelait « une sorte de territoire commun idéalement affecté aux services publics internationaux » ce qui « aboutit en fait à atténuer progressivement la signification traditionnelle du cadre territorial étatique »⁴⁷. Car si, dès la fin du XIX^e, l'idée est apparue que l'interdépendance poussait vers l'unification culturelle, c'est parce que la réglementation commune d'un certain nombre de questions imposait l'adoption de références techniques et culturelles communes.

Simplement, parler à propos de ces communications de services publics internationaux n'est plus un détour que l'on fait aujourd'hui. Ce n'est pas nécessaire puisqu'on a fait le choix idéologique clair de la libéralisation. Mais cela n'enlève rien au besoin de coordination. Au contraire, il y a eu une croissance des interdépendances et, avec elle, une expansion matérielle du droit international. Celle-ci accentue mécaniquement le processus de régression territoriale mais la territorialité reste conceptuellement première.

Dans ce cadre, l'instrument juridique international privilégié est évidemment la convention, pour fonder une coopération certes indispensable mais que le droit international n'impose pas. Et, on peut remarquer que, même très intégrés, les accords concernés comportent généralement une ou des réserves d'ordre public. La tentation existe parfois d'évoquer un rôle particulier de la *soft law* en la matière. Mais on peut se demander dans quelle mesure cette tentation ne dissimule pas une autre question. En effet, la croissance des mouvements a conduit à s'interroger sur l'emprise des États à leur égard. L'État peut-il indéfiniment maîtriser les flux qui le traversent. Est-il le seul apte à le faire ? Est-il le seul légitime à le faire ? Ou peut-on imaginer une ou des alternatives normatives à celle de l'État ? C'est notamment la question de la transnationalité.

⁴⁷ Charles Rousseau, *Droit international public*, Sirey, 1974, tome II, p. 40.

B — *Territorialité et transnationalité*

Aujourd'hui, le monopole de l'État, grâce à la territorialité, ou des États, grâce aux alternatives normatives, est mis en question par des prétentions normatrices concurrentes.

La mise en cause du monopole normateur des États n'est pas tout à fait nouvelle. C'est au contraire une problématique presque inhérente au développement des échanges. Celui-ci a été à l'origine de toute une réflexion sur l'émergence d'un droit international d'origine privée (on parle aussi de droit transnational) et sur la possible contribution des personnes privées à l'élaboration du droit international. Le développement des communications immatérielles, et la fluidité considérable qui en résulte, engendrent un sentiment d'autonomie pour les acteurs privés et une revendication d'autonomie. À tout le moins, ils ressuscitent le débat sur la volonté et la capacité d'intervention des États pour exercer leur pouvoir régulateur en même temps que sur l'efficacité et l'adéquation de cette intervention. En toute hypothèse, l'existence de tendances à l'autorégulation, qui apparaissent comme autant d'alternatives normatrices (tiers-droits ?), est incontestable. Mais, conceptuellement, on est toujours aux marges de la territorialité.

1. – La maîtrise par l'État (les États) de l'ensemble des processus normatifs.

La question de la maîtrise par les États de l'ensemble des processus normatifs peut être saisie d'un point de vue historique et empirique. La perspective historique peut d'ailleurs donner le sentiment d'un bégaiement, au moins dans la façon dont les problèmes se posent, en revanche pas dans la façon dont ils sont résolus.

L'internationalisation des communications, qu'elles soient matérielles ou immatérielles, a de tout temps imposé aux États une coordination. Mais il ne s'agissait pas d'une simple coordination normative. Elle a au contraire supposé une harmonisation poussée ne serait-ce que d'un point de vue technique. L'impulsion vient nécessairement des États et leur monopole normateur s'explique bien. Il n'est pas seulement question qu'ils laissent faire mais qu'ils agissent pour faire. Ainsi, la nécessité des communications explique-t-elle l'adoption généralisée du système métrique et, avec lui, du système décimal, l'abandon des divers étalons existants ayant sans doute été vécu comme un renoncement culturel. Mais a prévalu la considération qu'il fallait unifier la façon de compter, la valeur de référence. De même, le développement des transports a imposé l'adoption d'une heure universelle (référence qui vaut aussi pour la communication par Internet).

Un autre exemple encore mérite une attention particulière. Le premier espace unifié de flux a été celui du télégraphe électrique, dès le XIX^e siècle. « Vers 1870, le nombre annuel de transmissions télégraphiques est de 30 millions. Au tournant du siècle, il a plus que décuplé et les flux transfrontières représentent un cinquième de ces échanges. Or, on se rend compte que le télégraphe a profondément transformé le statut économique de l'information, les méthodes de collecte, de traitement, de codification. De même, il a forcé le spéculateur à chercher de nouvelles procédures d'intervention sur les marchés et il a intégré au mouvement économique les parties les plus reculées de l'Europe »⁴⁸. Le

⁴⁸ Armand Mattelart, *La mondialisation de la communication*, Paris, PUF « Que sais-je ? » n° 3181, p. 13.

fait intéressant à relever : la nécessaire coordination qu'a appelée ce développement a entraîné la création des premières unions administratives, ces ancêtres des organisations internationales, qui étaient organisées sur un mode « technique » et qui avaient un assez grand pouvoir, notamment réglementaire, dans leur domaine. Et d'ailleurs, elles faisaient éventuellement une place aux « professionnels », aux experts, aux techniciens. Leur gestion n'était peut-être pas exempte de toute considération politique mais sans doute moins que bien d'autres secteurs, quoi qu'elle fut en retrait par rapport aux idées et idéaux de certains. Car, dès le XIX^e siècle, avec la prise de conscience des perspectives qu'ouvrait le développement du télégraphe, des auteurs comme Saint-Simon avaient envisagé une organisation faisant une très large place à l'idée de réseau. On distinguait dès alors les réseaux dits spirituels (ou de crédit financier) et les réseaux dits matériels (ou de communication) et les ambitions d'universalisme étaient fortes. Mais tous les mouvements qui vont naître alors sont plus des mouvements d'internationalisation que des mouvements d'universalisation.

Si on progresse dans le temps, l'observation produit des résultats encore plus contrastés, avec la succession de périodes transitoires et de crises d'ajustement. La période contemporaine, caractérisée par des inquiétudes récurrentes concernant Internet et les autres véhicules d'information parfois considérés comme incontrôlables, rappelle celle de l'entre-deux-guerres où on découvrait le rôle extraordinaire de la radio comme moyen de véhiculer de la propagande mais où on ne parvenait pas à se doter de moyens efficaces de réaction et de défense. Le moyen imaginé était là encore une réglementation internationale sans que l'on soit parvenu à l'élaborer.

Puis les moyens de communication se perfectionnant toujours, une nouvelle prise de conscience de l'enjeu que représente l'information se produit. Ainsi, y a-t-il eu revendication d'un nouvel ordre mondial de l'information et de la communication (NOMIC) dans les années soixante-dix⁴⁹ et le problème tout à la fois de la qualité et de la quantité d'information a été posé. Il ne s'est alors jamais agi d'enrayer les flux mais de les rééquilibrer. Néanmoins, l'échec patent des tentatives de réglementation initiées par des États certes nombreux mais dépourvus de moyens montre que les termes du débat ont changé.

On fera un constat du même ordre dans le domaine financier, même si on a conçu à la sortie de la guerre un instrument de régulation *a priori* puissant, le Fond monétaire international (FMI). Dès les XII^e et XIII^e siècles, ce qu'on pouvait considérer comme des places financières (Gênes, Lyon, Besançon) était international et le fonctionnement du marché a été dès l'origine international (ou transnational). Si, jusqu'à la première moitié du XX^e siècle, les États sont encore normativement présents, cette présence a peu à peu changé de nature et on parle aujourd'hui de globalisation financière. « Résultante d'un triple mouvement, de déréglementation (notamment par le démantèlement des dispositifs de contrôle des changes), de décloisonnement, par l'abolition des frontières, entre marchés nationaux et entre produits financiers, et enfin de « désintermédiation », dans la mesure où les opérateurs internationaux peuvent recourir directement aux marchés financiers, sans passer par les intermédiaires financiers et bancaires traditionnels, cette globa-

⁴⁹ V. B. Lamizet, A. Silem, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'information et de la communication*, Ellipses, 1997, p. 545 et s.

lisation se traduit par la libre circulation des flux financiers d'un bout à l'autre du globe »⁵⁰.

Au terme de ce bilan empirique, on constate surtout la grande divergence d'intérêts entre les États et l'impossibilité qui en découle d'élaborer une réglementation internationale. Le point de vue qui prévaut est celui de la libéralisation et, par exemple, il est sans doute significatif que le débat sur les flux d'informations se soit déplacé de l'Unesco vers l'Organisation mondiale du commerce (OMC) où il est inclus dans les débats sur les services. Mais la libéralisation n'est pas nécessairement voulue par tous au même point.

Quoi qu'il en soit, la libéralisation ne serait-ce qu'amorcée, a ensuite sa dynamique propre. Une situation où les États ne parviennent pas à se mettre d'accord pour réglementer n'est pas pour autant une situation de *statu quo*. Au contraire. D'autant que les États vont tirer profit ou parti de cette dynamique qu'ils n'ont dès lors pas intérêt à enrayer. L'exemple des flux financiers est particulièrement significatif. Les États n'ont pas intérêt à encadrer de trop près des marchés financiers privés qui peuvent seuls leur apporter les capitaux nécessaires pour financer leurs déficits. En même temps, d'ailleurs, ils admettent pour en bénéficier de renoncer à leur privilège étatique et de se comporter comme des emprunteurs relativement ordinaires. « Les États eux-mêmes, pour financer leur déficit budgétaire, se sont fait les complices de la mondialisation financière, sinon les instigateurs conscients ou inconscients du phénomène en se lançant dans la « titrisation » de la dette publique, c'est-à-dire en offrant celle-ci sur les marchés monétaires »⁵¹.

Toujours est-il que les États ne « norment » pas, en tout cas selon les voies classiques, et que se pose alors la question de la régulation de tous ces flux.

2. – La question du tiers droit.

Le débat ressurgit périodiquement. Ainsi, à propos du développement de l'Internet, on évoque une *lex electronica*⁵², par analogie avec la *lex mercatoria*. On emploie aussi l'idée d'auto-régulation, d'un droit spontané. Face à la relative abstention des États, quelle qu'en soit la cause, on redécouvre la solution normative de la transnationalité⁵³.

Cela fait longtemps qu'on a identifié des usages bancaires internationaux⁵⁴. Nul doute que de façon générale, on peut identifier des règles régissant la circulation des flux immatériels tout comme on observe le développement d'une « éthique privée » supplétive des lacunes du droit⁵⁵. On évoque également la progression de la *soft law* qui serait

⁵⁰ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 139.

⁵¹ S. Latouche, *op. cit.*, p. 25.

⁵² V. Gautrais, G. Lefebvre, K. Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *RDAl/IBLJ* 1997, n° 5, pp. 547-583.

⁵³ Voir les *Mélanges Goldman*, Paris, Litec, 1982 et spéc. : P. Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », pp. 97-107 ; M. Virally, « Un Tiers droit ? Réflexions théoriques », pp. 373-385 ; P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », pp. 125-150.

⁵⁴ V. D. Carreau, *Droit international*, Pedone, 1997, p. 276. V. aussi, T. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 1997, 2^e édition.

⁵⁵ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 72.

le témoin de l'incapacité de l'État à réguler selon les voies classiques, constat notamment établi concernant ce que certains appellent les secteurs technoscientifiques ⁵⁶.

Mais les termes du débat portent moins sur cette existence de normes d'origine privée ou diffuse que sur le statut des règles ainsi créées et sur leur situation par rapport à d'autres modes de régulation. En d'autres termes, les règles ainsi créées sont-elles du droit international, ce qui renvoie à la question très classique de la subjectivité internationale des personnes privées et de leur capacité à participer à l'élaboration de règles de droit international ⁵⁷. Schématiquement, on a tendance à donner une réponse plutôt contournée qui ménage tous les points de vue et consistant à admettre que les personnes privées peuvent être à l'origine de règles effectivement appliquées comme du droit international mais que cela se fait avec la tolérance des États, donc avec leur endossement implicite. Mais on ne résout évidemment pas ainsi la question de la justiciabilité de telles normes ⁵⁸ et de leur reconnaissance par le juge interne, ni le problème de sécurité juridique car la reconnaissance de telles normes n'est pas nécessairement acquise.

Peut-être faut-il envisager les choses sous un autre angle, celui de deux autres questions. En premier lieu, pour pouvoir parler d'autorégulation, il faudrait identifier un « collectif » qui soit à la base de ces règles ⁵⁹. Tout comme on évoquait la communauté des marchands, il y aurait la communauté des financiers, la communauté des internautes, etc. Mais de quel collectif parle-t-on ? Celui des multinationales-réseaux ? C'est vrai, pour suivre cet exemple, que des flux internationaux pour les États peuvent être internes pour de telles entreprises. Mais ces acteurs peuvent-ils prendre en charge une régulation à part entière qui ne s'inscrirait pas dans un cadre normatif plus large, existant même s'il est relâché ? Souligner l'autonomie de ces acteurs ne suffit pas à résoudre le problème.

C'est précisément la deuxième question qui est de savoir si cette autorégulation transnationale a vocation à se substituer à toute autre régulation et, plus précisément, s'il s'agit de substituer un nouveau monopole à celui des États, celui de multiples collectivités autodéterminées, autant d'« ordres autoréférentiels » ou « autoorganisés », qui « se produi(sen)t (eux)-même(s), sans intervention externe », qui « présentent tous les avantages de souplesse et d'adaptabilité, mais aussi tous les risques d'autolégitimation » ⁶⁰. La question est là encore ambivalente. L'auto-régulation est certes présentée comme un remède aux abus mais l'idée selon laquelle si un milieu s'autorégule, il évitera l'intervention d'un ou des États et se donnera des règles plus adaptées est également présente. Et c'est là qu'on passe de la complémentarité à la substitution. Mais peut-on concevoir une situation de concurrence véritable vis-à-vis de l'État ? À tout le moins, ce

⁵⁶ K. Boustany, F. Crépeau, P. Mackay, D. Mockle, « Mondialisation et état de droit : quelques réflexions sur la normativité technologique », *A.C.D.I.* 1996, pp. 233-248.

⁵⁷ P. Reuter, « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en D.I.P. », *Mélanges Scelle*, 1950, pp. 535-552 ; P.-M. Dupuy, « L'individu et le droit international », *A.P.D.*, 1987, tome 32, pp. 119-133.

⁵⁸ Encore qu'il faudrait également évoquer le développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

⁵⁹ V. J.-A. Mazères, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in B. Stern (dir.), *Marché et nation – Regards croisés*, Montchrestien, Perspectives internationales, 1995, pp. 81-188.

⁶⁰ M. Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 79.

qu'on évoque, c'est une évolution qui fait perdre à l'État son originalité en tant qu'acteur et qui le marginalise comme auteur de normes.

Et même si on répudie toute solution d'autorégulation, il faut néanmoins observer l'existence de situations intermédiaires où ce qui est en cause n'est pas tant une autorégulation dans un milieu privé qu'un ensemble de normes définies par les experts d'un secteur et qui pourrait apparaître comme une sorte d'intermédiaire entre droit dérivé d'une organisation internationale et *soft law* d'origine privée.

Les tendances restent contrastées et il suffit alors d'évoquer la question de la compétence d'exécution. Mais elles sont suffisamment fortes pour se demander si la porosité du territoire n'est pas devenue telle que l'État est en train de « perdre le contrôle »⁶¹. En d'autres termes, la territorialité n'est-elle pas marginalisée et l'État avec elle ?

II. — L'IMMATÉRIEL ET LA MARGINALISATION DE LA TERRITORIALITÉ

Le territoire a-t-il encore suffisamment de sens pour que le principe de territorialité demeure une référence déterminante et pour que l'État reste l'acteur majeur ? La relativisation de la territorialité est incontestable et emporte un certain nombre de conséquences juridiques, même s'il faut bien s'entendre sur la portée de cette relativisation dans la mesure où on peut déceler des tendances contradictoires. En effet, pour évaluer cette évolution, il faut sans doute mesurer la part de la sujétion et la part de l'action dans la perte de contrôle du territoire (A). Et, à partir de là, il faut essayer de déterminer ce qu'il reste de l'État du droit international. Car, certes, l'État change mais il n'est pas sûr pour autant qu'il soit nécessaire, en tout cas d'un point de vue juridique, d'en opérer une redéfinition (B).

A. — Contrôle du territoire et relativisation de la territorialité

L'État a-t-il perdu le contrôle de son territoire au point que la territorialité comme fondement du pouvoir de commandement sur ce territoire et donc ce pouvoir, seraient marginalisés et qu'on assisterait à une « désétatisation de l'espace normatif »⁶² ? Il importe sans doute de déterminer de quoi l'État a perdu le contrôle mais aussi si ce contrôle pourrait être rétabli.

1. — Le contrôle perdu.

Cette perte de contrôle est parfois aussi qualifiée de processus de régression territoriale. Ce processus est incontestable, constatable empiriquement mais l'analyse en sera différente selon que cette perte apparaît subie ou voulue. Il faut en outre mesurer la part que l'immatériel, en tant que moyen, peut y prendre. Enfin, se pose la question de savoir par qui est acquis le contrôle perdu par l'État (avec toute l'ambiguïté de ce type de question).

⁶¹ Pour paraphraser le titre de l'ouvrage de S. Sassen, *Losing control ? Sovereignty in an age of globalization*, New York, Columbia University Press, 1996, 149 p.

⁶² M. Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 76.

Or, il faut bien le dire, les tendances sont contradictoires et l'immatériel est surtout révélateur d'une d'entre elles, sans doute et tout simplement parce qu'il est un des instruments privilégiés de la libéralisation (il favorise plutôt la perte de contrôle). Mais en tant qu'instrument, on peut concevoir qu'il ait d'autres fins. Il suffit de se rappeler que nombre d'avancées techniques sont issues de recherches d'abord menées à des fins militaires ou de sécurité. Ainsi, ce sont les États eux-mêmes qui ont relativisé le territoire comme référence en tant qu'espace de sécurité.

* *La perte voulue*

Elle a pour nom la libéralisation et la conviction que la prospérité passe par l'ouverture, au point d'oublier que le discours qui prône la libéralisation est un discours de pouvoir. Cette libéralisation intervient corrélativement au plan interne et externe et les deux se conditionnent.

Au plan interne, elle passe par un double mouvement de privatisation. Le premier consiste dans un désengagement, un recul programmé de l'État dans un certain nombre de domaines, par des privatisations. L'exemple de l'assurance sociale montre que la montée en puissance de l'assurance privée alimente les énormes fonds, notamment les fonds de pension, qui vont eux-mêmes alimenter les marchés financiers internationaux. La libéralisation passe aussi par une acceptation de l'État d'opérer une gradation du contrôle qu'il exerce sur son territoire. C'est l'exemple des zones franches pour favoriser l'investissement étranger. Et on trouve là le lien avec le deuxième mouvement, celui de « privatisation de la norme »⁶³. Il s'agit par ces termes de désigner la tendance des États à se doter de législations attractives pour les investisseurs, donc adaptées à leurs demandes et correspondant à leurs attentes, en sorte que les États n'en maîtriseraient plus la substance, s'ils en maîtrisent la forme. Ceci s'ajoutant aux tentations d'une autorégulation substitutive déjà évoquée. Ces évolutions-privatisations expliquent pourquoi le territoire peut devenir une variable marginale dans les stratégies des multinationales.

Au plan international, la libéralisation passe par la facilitation des mouvements, notamment immatériels, mais aussi l'intégration. L'exemple des autoroutes de l'information montre un retrait volontaire des États : l'initiative privée est considérée comme le moteur du développement de la société de l'information. Les mots d'ordre sont de déréglementation, de libéralisation, de suppression des monopoles dont le secteur des télécommunications est spectaculairement représentatif. Certes, il y a une dynamique propre des acteurs privés. On peut aussi affirmer, et l'on ne s'en prive guère, que l'évolution technique rend les évolutions irrésistibles. En tout cas, elle les rend imaginables et possibles. Mais on constate aussi que ces évolutions peuvent quand même requérir une intervention de l'État. Comment expliquerait-on autrement la dynamique qui habite une organisation comme l'O.M.C.⁶⁴ ?

Quant à l'intégration, elle débouche sur la concurrence d'autres espaces à dimension fédérative (intégration européenne par exemple). Mais il est vrai aussi que la méthode fédérale présente l'avantage d'être respectueuse des compétences de chacun. Elle permet

⁶³ M. Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 22-23.

⁶⁴ V. H. Ruiz Fabri, « L'Organisation mondiale du commerce », *Jurisclasseur de droit international*, Fascicules 130-10, 130-15, 130-20, 130-25, 1998.

« à un ordre juridique trop faible d'emprunter à un autre ordre les instruments qui lui font défaut sans que pour autant il y ait confusion des compétences. »⁶⁵.

* *La perte subie.*

Elle a également pour nom la libéralisation. En tout premier lieu, on ne peut ignorer dans une société internationale fondamentalement inégalitaire que ce qui est voulu par certains est subi par d'autres. Mais le mouvement amorcé peut éventuellement devenir irrésistible pour ceux qui l'ont lancé. Est-ce le cas ? Il est en effet courant d'entendre parler d'irrésistibilité de certaines évolutions, de l'irréversibilité de certains renoncements (Internet, satellites, etc.), tout en notant que les États les accompagnent par exemple en libéralisant les télécommunications. Cette libéralisation-là est un bon exemple en ce qu'elle témoigne du fait que ce qui est en cause, ce n'est pas seulement le contrôle du territoire, c'est aussi celui des hommes. On identifie d'ailleurs par là même un potentiel déstabilisateur indirect pour l'État, ou plus exactement pour certains États car, là encore, l'ambivalence règne et les pertes des uns sont les bénéfices des autres. Les réseaux permettent de définir ce que certains appellent un « territoire culturel (qui) a l'avantage sur le territoire géographique d'agglomérer aux espaces rassemblés ceux des diasporas si importantes, à l'heure des réseaux, pour la diffusion du savoir, du savoir-faire et du faire-savoir »⁶⁶. Les réseaux peuvent donc être pour les États des vecteurs latents de présence à l'étranger ou des vecteurs d'information (on ne manque pas d'évoquer le *brain-drain* dont a par exemple beaucoup bénéficié et bénéficie encore la Chine). Toutefois, le réseau peut également être a-national et vouloir véhiculer une allégeance différente.

C'est pourquoi parler comme on le fait souvent de capacité intégratrice des télécommunications et souligner qu'il y a intégration de l'espace grâce aux réseaux n'est qu'une vue partielle du problème. Il est certain que le développement de la communication immatérielle rend possibles ou rentables un certain nombre de pratiques comme les délocalisations (ex : billetteries de compagnies aériennes, saisies informatiques, etc.). Mais cet exemple est ambigu puisqu'il s'agit encore d'un cas où les frontières sont « voulues ». Dans la mesure où elle crée des différences de contexte, la frontière peut en effet être source d'avantages. Elle n'est pas nécessairement contestée (et donc ce qu'elle implique). Mais le développement de la communication immatérielle est également facteur de nouvelles vulnérabilités. On évoquera par exemple la piraterie informatique qui peut menacer toute structure en réseau et donc les États. N'a-t-on pas avoué qu'un groupe un peu décidé d'informaticiens pourrait parvenir à forcer les sécurités des systèmes informatiques du Pentagone et craindre qu'un tel groupe ne puisse être constitué par une organisation de type sectaire ?

Mais les choses vont quand même plus loin puisqu'on constate aussi l'émergence d'enjeux a-territoriaux notamment avec la financiarisation de nombreuses activités. Cette tendance concerne en particulier les entreprises multinationales, avec une circulation d'argent qui est internationale mais en même temps interne à la multinationale. C'est une importante masse de liquidités qui est concernée et qui peut être mobilisée à tout

⁶⁵ M. Flory, « Le couple État-territoire en droit international contemporain », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 251-265, spéc. p. 260.

⁶⁶ A. Danzin, « Défense nationale, inforoutes et mondialisation », *Défense nationale*, juillet 1996, n° 7, pp. 43-60, p. 55.

moment pour intervenir sur les marchés financiers ⁶⁷. La déterritorialisation est presque totale.

La perte de contrôle est donc certaine mais est-elle définitive et/ou irréversible et est-elle la même pour tous les États ?

2. – Le contrôle rétabli ?

Il importe d'abord de se demander pour quels motifs et selon quelles modalités on pourrait vouloir rétablir le contrôle de l'État.

* *Les motifs.*

Ils sont multiples mais, en définitive, ils sont tous idéologiques. Il peut s'agir de préoccupations de contrôle social. C'est le cas par exemple quand un État interdit la possession d'antennes paraboliques, pour faire obstacle à l'accès à certaines images ou informations. Évidemment cette démarche-là est suspecte. Elle est surtout très répressive comme le montre l'exemple du régime afghan tel qu'orienté par les talibans.

Moins suspecte *a priori* est la démarche qui consiste à se demander comment contrôler les flux financiers dès lors que leur liberté de circulation permet de blanchir de l'argent gagné dans des activités criminelles ou d'activer des mécanismes de corruption ⁶⁸, ou comment contrôler le fleurissement sur Internet de réseaux pédophiles ou révisionnistes ⁶⁹. Pourtant, il s'agit là aussi d'idéologie puisqu'il s'agit d'indiquer une vision de la société, une morale. Mais là, on a davantage le sentiment de rejoindre ce que sont traditionnellement les fonctions régaliennes de l'État.

De ce fait, on ne peut pas nier qu'il existe toute une tendance visant à essayer de contrôler les flux, même s'il est évident que l'entreprise est difficile. Au passage, on peut remarquer d'ailleurs que « de nouvelles géographies de négociation et de coopération intergouvernementales se mettent... en place entre des gouvernements qui, sans la présence de ces réseaux, n'auraient guère d'occasion ni de besoin d'aller au-delà de la simple courtoisie diplomatique » ⁷⁰.

* *Les modalités du contrôle.*

Plusieurs ressorts sont utilisés ou susceptibles de l'être, d'efficacité inégale. On peut déjà constater certains mouvements : ainsi, une coordination internationale croissante contre la corruption qu'illustre la convention de l'OCDE ⁷¹, contre le blanchiment

⁶⁷ V. W. Andreff, « La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 373-396, spéc. p. 391.

⁶⁸ V. P. Kahn, C. Kessedjian (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, 604 p.

⁶⁹ V. La Résolution du Conseil de l'Union européenne sur les messages à contenu illicite et préjudiciables diffusés sur Internet (Bruxelles, 28 novembre 1996), in *Documents d'actualité internationale*, 1997, n° 5, p. 207.

⁷⁰ F. Constantin, « L'informel internationalisé ou la subversion de la territorialité », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, p. 338.

⁷¹ R.J. Zedalis, « Internationalizing Prohibitions on Foreign Corrupt Practices – The OAS Convention and the OECD Revised Recommendation », *J.W.T.* 1977, n° 6, pp. 45-61. V. Texte de la Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996), in *Documents d'actualité internationale*, 1996, n° 15, p. 624.

d'argent acquis par voie criminelle⁷², etc. Concernant les flux financiers, des mécanismes de contrôle direct paraissent bien difficiles à concevoir. Certaines idées sont avancées comme celle de taxer les transactions ou celle de limiter les risques en permettant aux autorités monétaires du pays d'origine d'une banque multinationale de superviser son activité et de demander des informations sur l'activité des filiales étrangères. Mais ces idées suscitent des doutes, notamment celui que « cette tentative de revaloriser le territoire national face à la mondialisation du capital (suffise) face à une sorte « d'internationale de l'optimisation des rendements financiers nets »⁷³.

Le maître mot du rétablissement du contrôle (si, du moins, on le croit possible) est la coopération, dans un sens horizontal aussi bien que vertical⁷⁴. La coopération verticale résulte du constat que le droit international a besoin de relais nationaux, donc de législations de mise en œuvre. La coopération horizontale amène à l'exercice en commun de compétences partagées. Plusieurs objectifs peuvent être recherchés : l'unification ou l'uniformisation ou encore une simple harmonisation. En toute hypothèse, il s'agit de processus complexes, « d'autant qu'il ne suffit pas de rendre les différences compatibles, encore faut-il réussir à rendre les variations prévisibles. Moyen d'ordonner le multiple à la fois dans l'espace et dans le temps, cette complexité même peut devenir source d'arbitraire si les garde-fous nécessaires ne sont pas mis en place »⁷⁵. C'est dire qu'un certain degré d'intégration est indispensable. Car le contrôle ne peut être rétabli qu'en supprimant le caractère attractif des différentiels de situation. Mais cela suppose un minimum d'accord sur les finalités. Le débat a une dimension éthique importante comme l'illustre là encore Internet avec les discussions sur la cryptologie et le dilemme entre la volonté de contrôler la substance des flux pour des raisons d'ordre public et la libre circulation des idées. Et on s'aperçoit alors que, pour que les États acceptent de participer à ce mouvement, ils doivent le sentir comme pluraliste et non comme impérialiste⁷⁶. Or, cette perspective se heurte aux importantes inégalités entre États, qui font apparaître l'évolution actuelle comme élitiste. « Plus le niveau technique est élevé, plus la disparité est grande. Elle est plus grande pour la télévision que pour la radio, plus grande pour l'informatique que pour la télévision... Chaque nouveau pas de la technique accentue l'avantage d'un petit nombre de pays »⁷⁷. C'est d'autant plus vrai que la libéralisation des flux ne s'accompagne pas nécessairement de transferts de technologie, au contraire même. Elle s'accompagne d'une volonté de renforcer la protection des propriétaires des idées comme en témoigne l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent

⁷² V. Déclaration politique de Naples et plan d'action contre la criminalité transnationale organisée, proposée à Naples et adoptée à la 49^e Assemblée générale de l'ONU (2 déc. 1994, in *Documents d'actualité internationale*, 1995, n° 3, p. 84.

⁷³ W. Andreff, « La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, p. 396.

⁷⁴ Bien sûr, on ne préjuge pas ici de l'efficacité des dispositifs étant entendu qu'il faut distinguer selon qu'il y a *soft* ou *hard law*.

⁷⁵ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 122-123.

⁷⁶ Ce qui amène M. Delmas-Marty à conclure qu'il faut véritablement rechercher un « droit commun » même si c'est difficile, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁷ Rapport McBride, *Voix multiples, un seul monde*, Unesco/La Documentation française, 1980, p. 156 et s.

au commerce conclu dans le cadre de l'O.M.C.⁷⁸. C'est néanmoins un exemple de coordination, voire d'ébauche d'intégration.

En termes d'intégration, l'exemple le plus poussé est bien sûr la mise en place de mécanismes de type fédéral : c'est par exemple le cas de la monnaie unique (la discipline commune aux États européens limite en principe leur vulnérabilité aux marchés financiers) et l'accrochage de la Zone franc à l'Europe pourrait participer du même mouvement. Mais un tel degré d'intégration n'est pas toujours évident à atteindre, ce qui explique la place laissée à l'autorégulation.

Là aussi, il faut sans doute faire la part des choses, d'abord en n'oubliant pas qu'un certain nombre des acteurs privés engagés dans la détermination de ces normes autonomes sont en réalité des bras séculiers des États, ou du moins de certains. En effet, la présence de l'État prend de nouvelles formes avec le transfert d'importantes responsabilités normatives vers des autorités administratives indépendantes et des instances de régulation non étatiques. Mais il faut sans doute également réfléchir à préciser le statut de l'intervention d'acteurs privés dans les processus de régulation. En particulier, en admettant qu'une telle intervention soit inévitable car on commence à parler, notamment en matière financière, de l'« aléa moral » qui réside dans le fait de solliciter des acteurs privés pour une activité de régulation, il faut l'encadrer et en préciser la portée, l'enjeu étant notamment la confiance⁷⁹. Une des approches proposées consisterait à combiner le « microjuridique » c'est-à-dire l'autorégulation et le « macrojuridique », c'est-à-dire l'intégration de ces normes endogènes dans « l'ordre public transnational »⁸⁰. Mais on n'en est sur ces points qu'aux balbutiements.

Enfin, en toute hypothèse, il y a les tentations unilatérales de reprise de contrôle, même si elles offrent un visage plus contrasté. C'est par exemple l'augmentation des prétentions extraterritoriales : on voit fleurir certaines doctrines comme la doctrine des effets qui peut permettre de réagir à certains phénomènes autrement irrésistibles⁸¹. Dans le même ordre d'idées, il y a la technique dite des « lois au bras long » pour Internet⁸². Sinon, ce seront des moyens très coercitifs qui devront être utilisés. Le contrôle des flux immatériels suppose par exemple la suppression de la convertibilité de la monnaie, l'interdiction de la diffusion d'un certain nombre de moyens techniques (antennes paraboliques, centraux téléphoniques automatiques, etc.). Se dessine en creux un certain type d'État, très coercitif, ce type de « dérive albanaise » ou afghane étant difficilement concevable autrement que de façon isolée.

⁷⁸ V. B. Boval, « L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS) », in S.F.D.I., *La réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, pp. 131-152.

⁷⁹ Association d'économie financière, *Rapport moral sur l'argent dans le monde 1997 – L'éthique financière face à la mondialisation*, Montchrestien, 1998.

⁸⁰ M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 73 et Ph. Kahn, « les réactions des milieux économiques », in P. Kahn, C. Kessedjian (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, pp. 477-494.

⁸¹ Pour un exemple, v. K.J. Arquit, R. Wolfram, « Une cour d'appel fédérale déclare les sanctions pénales prévues par le droit américain de la concurrence applicables aux comportements extra-territoriaux », *RDAl/IBLJ*, n° 6, 1997, pp. 703-709.

⁸² V. C. Aciman, « Les communications via Internet et les sites Web permettent aux demandeurs d'obtenir la compétence des tribunaux dans leurs actions », *RDAl/IBLJ*, N° 5, 1997, pp. 585-590.

Mais celui qui ne se laisse pas dériver est-il menacé de perdre la qualité d'État, parce qu'il ne contrôlerait plus rien et donc faute de satisfaire l'impératif d'effectivité qu'énonce le droit international, ou parce que pour contrôler, il serait obligé de renoncer à ce qu'il est pour s'intégrer dans des ensembles plus vastes. À moins qu'il ne faille envisager de redéfinir l'État ?

B. — *La redéfinition de l'État ?*

La porosité aux flux compromet-elle l'État tel qu'on le conçoit traditionnellement et tel qu'on le définit juridiquement ? En réalité, la définition juridique ne paraît pas pour l'instant atteinte, même si on peut admettre un glissement vers une définition fonctionnelle de l'État. Pour le comprendre, il faut ramener l'immatériel à sa juste place : significative d'une tendance mais pas pour autant représentative de la totalité de l'évolution parce que cette évolution ne concerne pas que des flux, elle implique aussi des acteurs.

1. — La validité de la définition juridique : une fausse question.

De l'avis même de la Cour internationale de justice, « aucune règle de droit international n'exige que l'État ait une structure déterminée... »⁸³. Plus spécifiquement, le droit n'ayant jamais eu d'exigences sur la consistance, la continuité ou les dimensions du territoire étatique, il n'est pas gêné (ou ne devrait pas l'être) par l'évolution qui fait que l'espace n'est plus la « grandeur vitale » et deviendrait (du moins de certains points de vue) un facteur secondaire.

De même, le droit international n'a jamais posé d'exigences de viabilité. Alors, certes, s'il y a ainsi « souplesse et neutralité des éléments constitutifs », c'est essentiellement parce que les conditions historiques et sociologiques d'émergence de l'État, c'est-à-dire en Europe⁸⁴, ne rendaient pas nécessaire davantage de précision, dès lors que le principe d'effectivité en avait assuré la réception et la traduction⁸⁵. Le droit international s'en est donc tenu là et c'est une idée qui reste compatible, au moins dans une certaine mesure, et jusqu'à présent, avec l'évolution que connaît l'État. Cela fait d'ailleurs longtemps que la puissance des États n'est plus en rapport exact avec leur dimension. Et s'il est certes vrai qu'il existe des problèmes d'effectivité pour un certain nombre d'États, d'où des situations d'anarchie, d'une part, la part de l'immatériel y est au maximum partielle, d'autre part, on ne peut ignorer les efforts que fait le reste de la communauté internationale pour rétablir avec plus ou moins de succès un minimum d'effectivité⁸⁶.

⁸³ V. M. Flory, « L'Avis de la CIJ sur le Sahara occidental », *A.F.D.I.* 1975, p. 272.

⁸⁴ État européen universel qui se caractérise par la territorialisation d'un pouvoir central.

⁸⁵ Il s'agit d'un modèle requérant un « territoire... relativement stable », où « la relation entre la population et l'État est de type individuel » et dans lequel « l'effectivité de l'autorité gouvernementale marque l'apparition d'un centre ayant réussi à gommer les allégeances particulières » (J.-D. Mouton, *Ibid.*, p. 85). Cela n'empêche pas que, suivant les questions, les moments ou les problèmes, tel ou tel élément constitutif de l'État est mis en avant. En ce sens, on a pu parler de variabilité des éléments constitutifs d'où il résulte une variabilité du critère de l'État « selon les différents problèmes posés par l'État et selon la façon dont le droit international les résout » (*Ibid.*, p. 103).

⁸⁶ Y. Daudet, *Les Nations Unies et la restauration de l'État*, Pedone, 1995, 190 p.

Il reste que le droit international aujourd'hui ne se conçoit pas sans territoire. Même si on observe une détérioration apparente du concept classique de territoire, on remarque aussi sa pérennité juridique. Est-ce à dire que les juristes font preuve d'irréalisme et se trompent ⁸⁷ ? Avant de remettre en cause un paradigme, il faut être sûr qu'il n'est plus valide et sans doute en identifier un autre.

Or, s'il n'est nullement question de sous estimer l'autonomie de certains acteurs qui se sont détachés des territoires, cela n'empêche pas pour autant l'État d'être lui-même un sujet de droit à part entière, et d'être un centre autonome de décision, même s'il s'agit d'un pouvoir résiduel. Le critère juridique de l'effectivité est alors satisfait. Et la question se déplace sur le fait de savoir si l'on peut encore concevoir la plénitude de compétences.

De fait, dans certains domaines, l'État est indépassé, par exemple en tant que référence identitaire forte ou comme cadre de sécurité. De plus, s'il faut prendre en compte les flux, il ne faut pas oublier qu'il n'y a pas qu'eux mais aussi des hommes. Ce sont même eux qui donnent un sens aux flux, qui sont à leur origine ou à leur aboutissement, à moins d'imaginer un monde schizophrène de circulation pour la circulation. Il est néanmoins incontestable qu'on a le sentiment d'un État cantonné, d'où la question de savoir si on s'oriente vers une définition fonctionnelle de l'État.

2. – Une définition fonctionnelle de l'État.

En réalité, on est surtout dans une situation paradoxale. Il est vrai que « l'incertitude est grande pour tous les gouvernements : d'une part, ils partagent une commune raison d'État pour défendre les frontières établies et les fonctions classiques du territoire, d'autre part, la souveraineté territoriale ne définit plus à elle seule un espace de sécurité et de développement et les attributs même du territoire étatique sont objet de contestation » ⁸⁸. Il est vrai aussi que l'aptitude de certains acteurs (notamment les firmes multinationales) à « s'émanciper des contraintes de localisation rend de plus en plus difficile la construction du pacte social, qui est toujours recherché sur des bases nationales alors que les contraintes sont devenues mondiales » ⁸⁹. Il est vrai encore que la mise en cause de l'État amène à réfléchir à d'autres modes ou schémas d'organisation politico-économique. Certains évoquent l'idée d'une organisation de type néo-médiéval qui modifie « la notion de souveraineté en envisageant des autorités se chevauchant sur le même territoire et divers territoires liés par des réseaux ayant chacun une certaine autonomie vis-à-vis des institutions territoriales (par analogie avec les ordres religieux) » ⁹⁰.

On agite encore d'autres images, l'idée que, grâce aux communications immatérielles notamment, on pourrait définir « des géométries territoriales extrêmement complexes, volatiles où tout individu se définit comme appartenant simultanément à plusieurs

⁸⁷ Selon M. Merle, « ne pas tenir compte (des) différences et traiter le « territoire » comme une abstraction ou un espace interchangeable, c'est retomber dans l'erreur commise par les juristes » in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, p. 294.

⁸⁸ B. Badie et M.-C. Smouts, Introduction, in « L'international sans territoire », cité *supra*, pp. 9-18, spéc. p. 15.

⁸⁹ B. Badie et M.-C. Smouts, Introduction, in « L'international sans territoire », cité *supra*, pp. 9-18, spéc. p. 15.

⁹⁰ Robert Cox, « Territoire et interdépendance », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 241-247, spéc. p. 243.

espaces et dont l'allégeance prioritaire change en fonction des enjeux »⁹¹. Certains n'hésitent pas à évoquer la possibilité d'allégeances multiples (dont les communications immatérielles pourraient être le vecteur) et qui entreraient en concurrence avec celle à l'État qu'exprime la nationalité, ce qui revient alors à mettre sur le même plan éventuellement les États, des organisations non gouvernementales, etc.⁹². Tous les mélanges sont envisagés. Dans le même ordre d'idées, émerge la notion d'une « citoyenneté économique » acquise par les grands acteurs économiques internationaux privés et qui désignerait leur autonomie au sein du système. De tout cela, on glisse aisément à l'idée de définition fonctionnelle de l'État, corrélative d'un affaiblissement du principe hiérarchique qui caractérise normalement l'espace juridique.

Mais il reste à se demander ce qui se passe en cas de contradiction entre deux allégeances. D'une manière ou d'une autre, ne reconstruit-on pas le besoin d'un tiers impartial, d'un détenteur du monopole de la violence légitime ? On argue des interdépendances pour avancer que l'État est dépassé. Mais les interdépendances ne sont pas seulement économiques : qui va arbitrer en cas de contradiction entre les interdépendances, par exemple entre interdépendance économique et interdépendance écologique⁹³, lesquelles peuvent être à l'origine de litiges difficiles⁹⁴. Qui va définir et défendre l'intérêt général⁹⁵ et assurer une cohérence et une lisibilité au système ? Enfin, qui est apte à concilier les tendances contradictoires ?

Car les perceptions sont singulièrement contrastées et les constats toujours faits sur un mode dual, soulignant, d'une part, les effets de l'extraversion économique de la plupart des États qui les rend totalement poreux aux flux de toutes origines et, d'autre part, les replis identitaires qui sont autant de réactions à l'hégémonie culturelle, et en réalité idéologique, qui accompagne la « mondialisation » économique et qui peuvent d'ailleurs se manifester en deçà de l'État (on parle parfois pour la manifestation de cette « culture locale » réactive de « glocalisation »).

À partir de là, on identifie certaines fonctions indépassées de l'État. Il en est ainsi de la compétence d'exécution. Les fonctions de police restent également indispensables et il faut non seulement leur trouver un titulaire mais encore qui jouisse du *substratum* nécessaire pour qu'elles gardent leur légitimité. On retombe alors sur l'effectivité. L'État reste régulateur de dernier ressort : peut-être gendarme, en tout cas pompier (ce qu'on a observé dans la dernière crise asiatique via le FMI).

Il ne s'agit pas de promouvoir ainsi un discours de « défense et illustration du bien-fondé de l'État ». Trop des notions employées sont en effet suspectes, mais cela ne doit pas être au point d'oublier la question qu'elles font saillir, celle de la place des hommes dans cette évolution et de la reconnaissance de l'interdépendance de l'économie et des

⁹¹ B. Badie, « La fin des territoires westphaliens », *Géographie et Cultures*, n° 20, 1996, pp. 113-118, p. 118.

⁹² Th. M. Franck, « Clan and superclan: loyalty, identity and community in law and Practice », *A.J.I.L.* 1996/3, pp. 359-383.

⁹³ Robert Cox, « Territoire et interdépendance », in B. Badie et M.-C. Smouts (dir.), *op. cit.*, pp. 241-247, spéc. p. 245.

⁹⁴ Certains différends réglés au sein de l'O.M.C. en témoignent comme l'affaire de l'Essence ou celle des Crevettes. V. H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC, trois après, quinze rapports plus tard... », *R.G.D.I.P.* 1999/1.

⁹⁵ En se référant là encore à la notion juridique, indépendamment d'une réflexion sur le caractère fictif de la notion et le fait qu'elle masque toujours des intérêts particuliers.

droits de l'homme ⁹⁶. Cette question-là est loin d'être résolue et c'est peut-être le nouveau défi de l'État.

C'est un certain modèle d'État qu'on voit émerger : indépendamment des discours idéologiques sur la démocratisation par la communication, un raisonnement par *a contrario* permet de noter que l'État qui s'oppose à la communication et aux flux immatériels n'est pas démocratique, ce qui ne veut pas dire que celui qui ne s'y oppose pas le soit même si on le prétend parfois, avec une approche qui peut être reliée au dogme de l'harmonie naturelle des intérêts. Car, et en ce sens on peut compléter le paradoxe évoqué plus haut, le mouvement d'internationalisation, de globalisation met en question l'État de droit (lorsqu'il existe), la question s'alimentant du constat de la présence de plus en plus abondante de normes d'origine internationale dont l'élaboration échappe largement au contrôle démocratique ⁹⁷ et compromet la séparation des pouvoirs qui est une des composantes de l'État de droit. À tout le moins devrait-on réfléchir à la transparence.

Georges Scelle, après avoir dénoncé l'obsession territoriale, souhaitait le dépassement du féodalisme étatique ⁹⁸. Le projet est beau, il se projette vers l'universel. Mais, en l'état actuel, aucune des alternatives qui pourrait se dessiner à l'État ne paraît offrir la garantie qu'il s'agirait d'un progrès pour l'homme, sans doute parce qu'il y manque encore un supplément de cet immatériel qu'est l'âme.

Université Paris I
12 place du Panthéon
75231 Paris CEDEX 05

⁹⁶ Sur ce point, on ne peut que renvoyer à l'ouvrage déjà abondamment cité de M. Delmas-Marty.

⁹⁷ V. E. Wanner, « Au-dessus et au-dessous de l'État », in R. Darnton et O. Duhamel (dir.), *Démocratie*, Paris, Ed. du Rocher, 1998, p. 201.

⁹⁸ G. Scelle, « Obsession du Territoire », *Symbolae Verzijl*, Nijhoff, 1958, pp. 347-365.