

## Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ?

Ce qui suit n'est pas le fruit d'une analyse positive et substantielle de Théories Générales de l'État (TGE) ; ce n'est pas une brique de savoir supplémentaire comme sont censées l'être (dans notre tradition nationale) les interventions dans les colloques. Je vais essayer de pointer les tendances que je crois déceler dans certaines théorisations contemporaines, qui pourraient bien signaler l'émergence d'un contexte théorique nouveau, dans lequel notre manière de penser le droit se trouve bouleversée. On peut le regretter ou s'en réjouir, il faut commencer par en préciser les contours. C'est une question politique : on peut aimer ou pas son temps, vouloir lui résister, le subvertir ou l'embrasser éperdument, mais dans tous les cas, il convient de s'efforcer de le comprendre.

Ce qui suit n'est pas non plus une prophétie, ni l'énoncé de mes vœux, tout au plus quelques impressions et intuitions liées à une expérience singulière (la mienne). Il m'a donc semblé devoir adopter dans mon intervention le seul ton qui puisse rendre compte de ma situation : nonchalant, peut-être même négligé. Non pas, certes, par manque de respect pour mon auditoire et mes hôtes, mais par respect pour eux au contraire, n'ayant pas l'arrogance de penser qu'un vernis d'objectivité quelconque puisse soustraire à leurs regards la nature de mes propos. Au moins, je n'aurai pas fait semblant. Et puis, c'est le ton qui sied à une conversation entre amis — ce que ce colloque est aussi<sup>1</sup>. Je vais présenter deux idées et trois intuitions. Les deux idées portent sur le contexte épistémique de l'« après » des TGE, et les trois intuitions sur ce que devient la science juridique dans ce contexte.

---

<sup>1</sup> Je remercie très chaleureusement Olivier Jouanjan et Éric Maulin pour leur merveilleuse hospitalité durant ce colloque, ainsi que Louis Assier Andrieu, Frédéric Audren, Denis Baranger, Benoit Frydman, Christophe Jamin, Duncan Kennedy, Horatia Muir Watt qui ont relu des versions antérieures de ce travail. Dans la vie académique, peu de choses sont plus stimulantes et délicieuses que d'être relu attentivement et sans concession par des amis savants. Cette chance m'est donnée. Qu'ils trouvent ici le témoignage de ma profonde reconnaissance.

## **I. Première idée. Théorie et État dans les Théories Générales de l'État.**

« Après » les TGE donc. Encore un « *post* - quelque chose ». Celui-ci se laisse comprendre d'au moins deux manières : ce que deviennent les TGE (changement d'objet) et ce que deviennent les États dans la théorie après les « Théories Générales » (changement du mode de théorisation).

a) Le changement d'objet — l'État comme objet principal ou exclusif d'une théorie juridique perdrait petit à petit sa pertinence historique, parce que même à mode de théorisation constant, on ne pourrait plus comprendre le droit public en se concentrant exclusivement ou principalement sur le droit de l'État. *Post* aurait ici le même sens que dans l'expression « post-étatique », et dirait le besoin d'élargir la perspective.

b) Le changement de théorie — dans l'*avant* du *post* dont il est question, régnait un certain mode de théorisation, les « Théories Générales », les TGE étant une espèce particulière de ce genre. Le basculement dans le *post* dirait que ce genre théorique aurait peu à peu perdu son intérêt scientifique.

La première idée que je voudrais mettre en discussion, c'est que ces deux manières de comprendre l'énoncé « après les Théories Générales de l'État » sont les deux faces de la même pièce, le mode de théorisation « TGE » étant complètement solidaire de son objet — l'État. Les TGE sont des théories « étatiques » ou « nationales » de l'État, non pas certes par leur portée prétendue qui, comme leur nom l'indique, s'élève à la généralité, voir à l'universalité, mais du double point de vue de leurs conditions de production et de leur signification.

Les TGE se sont données pour tâche de fonder l'État, de le constituer juridiquement et de limiter par le droit l'exercice de sa puissance. Ce projet est indissociablement celui de juristes savants s'employant à rationaliser l'État auquel ils appartiennent et celui de l'État se constituant en unité politique et substantielle *juridiquement rationnelle*, en s'attachant organiquement les services d'une communauté de légistes nationaux. Ces juristes savants ont ainsi conçus leur œuvre comme autant de contributions à la description, l'explication, et parfois amélioration du droit public positif de l'État national, la constitution française, la législation française, la jurisprudence du Conseil d'État. Ils étaient d'ailleurs en

général statutairement associés à leur État national. En France, les TGE ont été écrites en français par des professeurs agrégés de droit public français, fonctionnaires de l'État français. Les TGE sont des théories politiquement et épistémologiquement stato-centristes<sup>2</sup>.

Bien sûr, rien de tout cela n'exclut le recours au droit comparé, qui — comme l'histoire du droit — joue un rôle constitutif dans l'élaboration des TGE. On peut même penser que c'est la perspective nationale initiale qui appelle son propre élargissement à la fois dans le temps et dans l'espace. Mais précisément, et comme ne cessent de le répéter les comparatistes et les historiens eux-mêmes, c'est parce qu'elles permettent de mieux se connaître soi-même que le recours à la comparaison et à l'histoire sont jugées nécessaires. L'horizon épistémologique de la démarche reste généralement celui de la compréhension du droit et de l'État national<sup>3</sup>.

Bien sûr encore, rien de tout cela n'interdit le dialogue entre les communautés nationales, les emprunts, les transferts, la circulation d'arguments, de méthodes, de concepts et de théories. Que le cadre théorique soit tracé par un État donné ne condamne pas au solipsisme. Mais précisément, ces circulations, emprunts et transferts ne prennent sens comme circulations, emprunts et transferts que parce qu'ils se produisent dans un paysage conceptuel structuré autour de communautés savantes nationales, dont le cadre fixe est celui de *leur* État.

Le phénomène n'a rien d'universel, il appartient à une culture juridique qu'on pourrait qualifier de « continentale » ou encore — pour passer de l'euphémisme à la métaphore — on pourrait dire que les TGE sont un peu comme le football : un jeu où, en règle générale, c'est l'Allemagne qui gagne à la fin. Cela n'a guère empêché l'exportation du modèle hors du « continent », et parfois jusqu'au bout du monde, mais il faut reconnaître qu'il est bien rare que ces doctrines aient perdu leur tonalité germanique en voyageant. Si cette première idée n'est pas trop fautive, alors, peut-être faut-il désigner l'« après » des TGE par l'expression : *Droit Global*. C'est la seconde idée que je voudrais vous soumettre.

---

<sup>2</sup> Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. par Colette Clavreul, LGDJ, Paris, 1996. Benoit Frydman parle "d'épistémologie nationaliste", cf. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, 17-48. Référence, p. 6.

<sup>3</sup> Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes, Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)* Presses Universitaires de Sciences Po, Paris, 2011.

## **II. Deuxième idée. Après les Théories Générales de l'État — le Droit Global comme objet et comme théorie.**

### *A) Le Droit Global comme objet*

Je ne vous cache pas que j'adore le terme « Droit Global », je l'utilise tout le temps. Je suppose, sans trop risquer de me tromper, que vous êtes nombreux à penser que c'est une faute de goût, que l'expression est épouvantablement confuse, désigne des phénomènes trop hétérogènes pour être sérieusement subsumés sous une catégorie unique, qu'elle est en outre lourdement chargée d'idéologie, et qu'en plus (crime majeur dans un monde dominé par les idéaux ascétiques) qu'elle est à la mode. Tout ceci est indéniable. L'expression « Droit Global » est un mot-valise attrape-tout dont la signification varie considérablement selon les auteurs qui l'emploient et les contextes dans lesquels il est employé. Exactement comme le fut en son temps le terme « État » avant qu'on en proposât la rationalisation scientifique, mais c'est justement ce qui fût son immense succès. Le Droit Global n'est peut-être rien d'autre qu'une conversation confuse, mais cette conversation est en train d'imposer la notion de « global » comme catégorie explicative et unificatrice d'une multitude de phénomènes juridiques disparates, et par là même de constituer ce « global » à la fois en objet de science et en paradigme scientifique. C'est bien parce que c'est une catégorie poreuse qu'elle est conquérante et expansive, et qu'il convient de prendre ses multiples usages très au sérieux.

### *Qu'est-ce que le Droit Global ?*

La notion de Droit Global est confuse parce qu'elle désigne des phénomènes juridiques hétérogènes, au point de conduire William Twining à interdire aux étudiants de l'Université de Londres qui ont le privilège de suivre son cours de « *Globalization and the Law* » de prononcer le « *g-word* ». On peut toutefois sans se déshonorer réputer « globaux » des régimes juridiques et des organisations dont la portée ou le domaine d'activité sont *supra-* ou *trans-*nationaux<sup>4</sup>. Dans ce sens, l'arbitrage commercial international, la *lex mercatoria*, le droit humanitaire, le dialogue des juges constitutionnels, la Banque mondiale, les normes IFRS,

---

<sup>4</sup> W. Twining, *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, CUP, 2009, pp. 14-15.

l'Eglise catholique ou la FIFA sont des phénomènes juridiques « globaux ». Global veut ici dire planétaire — « *worldwide* ».

Affirmer qu'un régime ou une organisation juridiques sont « planétaires » ne veut surtout pas dire qu'ils soient *exclusivement* planétaires et à ce titre tout à fait indépendants des niveaux « sub-globaux » (régionaux, nationaux, locaux), mais aussi des réseaux transversaux, des flux sectoriels *etc.* Par exemple, la diffusion de la Common Law est un phénomène incontestablement planétaire, mais les circuits de cette diffusion épousent assez fidèlement les lignes linguistiques de l'ancien Empire Britannique et ne se laisse pas expliquer sans la connaissance de ces dernières<sup>5</sup>. L'affaire Total / Unocal est incontestablement « globale », elle ne se laisse cependant pas comprendre en dehors de contentieux engagés devant des juridictions belges, françaises et américaines, au fondement des dispositions en vigueur dans ces pays. On a pu parler de « justice globale »<sup>6</sup>. Dans le dialogue transnational qu'ils ont instauré, les juges constitutionnels du monde entier forment un réseau dans lequel certaines juridictions sont plus actives que d'autres et plus activement liées à certaines juridictions qu'à d'autres<sup>7</sup>. Le terme « Droit Global » ne désigne donc pas un ordre juridique indépendant qui planerait au dessus des ordres juridiques existants, quelque chose comme un droit universel planétaire, mais plutôt l'émergence de phénomènes juridiques *supra-* et *trans-*nationaux qui s'inscrivent dans un tissu de relations juridiques assez denses pour rendre indissociables les différents niveaux « sub-globaux » que sont les ordres juridiques régionaux (Union Européenne, Mercosur *etc.*), nationaux et *infra-*nationaux (États fédérés, villes, régions *etc.*) ; mais aussi les réseaux transversaux (églises, mafias, communautés linguistiques, anciennes colonies ...) ou encore les flux sectoriels (flux migratoires, activités fortement intégrés — industrie automobile, internet *etc.*). C'est dans l'articulation de ces différents espaces que doivent être saisis les phénomènes juridiques planétaires<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> W. Twining, *op. cit.*

<sup>6</sup> Au Myanmar, les sociétés Total et Unocal ont engagé un chantier de construction d'un gazoduc terrestre au cours duquel l'armée birmane, en charge de la "sécurité" du chantier s'est livré à des exactions sur les populations indigènes locales (déplacement de population, spoliation de terres, travail forcé, viols et tortures). Des actions en complicité de ces crimes ont été intentées contre Total et Unocal en Belgique, en France et aux États-Unis, soulevant d'une part la question de la compétence de juridictions nationales pour connaître de contentieux trans-nationaux, de l'autre la responsabilité des sociétés transnationales privées dans la protection des droits de l'homme. Sur l'ensemble de l'affaire, Benoît Frydman, "Total et ses enjeux", in *Liber amicorum Paul Martens : L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 301-321.

<sup>7</sup> Sujit Choudhry, *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2007.

<sup>8</sup> W. Twining, *op. cit.* p. 15.

## *B) Histoire sommaire du Droit Global*

Les récits de la genèse du Global Law ne se comptent plus. Voici celui qui aurait ma préférence.

Le Droit Global est l'aboutissement d'un processus historique de généralisation planétaire du juridisme occidental, le triomphe de la civilisation, entendue, sans jeu de mot, comme celui de l'Empire du droit civil<sup>9</sup>. On a parlé de civilisation, d'occidentalisation, de modernisation ou encore de juridicisation, à ce degré de généralité, tous ces termes peuvent être considérés comme à peu près équivalents.

Ce processus est celui par lequel les sociétés non occidentales ont été sommées d'adopter règles, procédures, institutions, catégories et mode de raisonnement juridiques, jusqu'à reconfigurer à des degrés divers leur identité individuelle et collective dans le lexique et les termes du juridisme occidental, dans l'une ou l'autre de ses diverses versions. Il en est résulté la juridicisation de leur univers symbolique et de leur monde vécu<sup>10</sup>. Ces processus commencent à être assez bien étudiés. Pour entrer dans le « concert des Nations civilisées » il a fallu d'abord obéir à certains impératifs, satisfaire quelques principes ou conditions : se doter d'un système judiciaire indépendant qui garantisse la dignité de la personne, ses propriétés, sa liberté de contracter, d'un système d'administration indépendant qui organise les fonctions fondamentales de la société et assure le respect des règles de base de la diplomatie, assurer enfin l'éradication de certaines pratiques jugées indignes (polygamie, *suttee*...) <sup>11</sup>. Les protocoles d'implémentation de ces principes ont variés selon les situations, on distingue ainsi la colonisation de l'ouverture. Dans la colonisation, une « nation civilisée » impose le juridisme occidental à une « nation à civiliser » (soit directement, à la française, soit indirectement, à la britannique, soit toute la gamme nuancée de ce qui se trouve entre les deux). Dans l'ouverture, la « nation à civiliser » est contrainte par la (ou les) « nations civilisatrices » à adopter elle-même le juridisme occidental (Japon, Turquie *etc.*).

Par delà la variété des protocoles d'implémentation, on peut tracer l'épure générale du *modus operandi* qui gouverne ces processus, en se laissant guider par

---

<sup>9</sup> « *La civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil* », Pierre Legendre, *L'Empire de la vérité : introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p. 176.

<sup>10</sup> Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

<sup>11</sup> Gerrit Gong, *The Standard of "civilization" in international society*, Oxford Clarendon Press, 1984. Se pose la question de savoir si les conditions véritablement exigées étaient bien celles-là, ou s'il ne fallait pas en outre, comme cru le découvrir le Japon après 1895, être soit même « civilisateur ».

la distinction savante des sauvages, des barbares et des civilisés<sup>12</sup>. Le barbare se reconnaît au fait qu'il dispose de quelque chose qui ressemble déjà à du droit écrit (lois de Manu, droit islamique, codes pénaux en Chine, ordonnances shogunales au Japon *etc.*). Il se distingue du sauvage, qui ne possède rien d'intelligible qui puisse ressembler de près ou de loin à du droit (les fameuses « sociétés sans histoire »). Il convient alors au préalable de l'en munir. Le civilisateur commencera donc par distinguer les usages et pratiques indigènes assez dignes pour être éligible à la civilisation, parfois sous condition de transformation, et celles qui sont vraiment trop primitives pour figurer dans un système juridique civilisé. Il s'emploiera ensuite à traduire les éléments récupérables dans le lexique et la grammaire du juridisme occidental, sous le vocable de « droits coutumiers » (devenus ces temps-ci « droits indigènes » sans que cela change quoique ce soit sur le fond de l'opération)<sup>13</sup>. Enfin, le civilisateur assigne à ces « droits » la place

---

<sup>12</sup> Sur ce point, James Lorimer est limpide : « *As a political phenomenon, humanity, in its present condition, divides itself into three concentric zones or spheres — that of civilised humanity, that of barbarous humanity, and that of savage humanity. To these (...) belong, of right, at the hands of civilised nations, three stages of recognition — plenary political recognition, partial political recognition, and natural or mere human recognition. (...). The sphere of plenary political recognition extends to all the existing States or Europe with their colonial dependencies, in so far as these are people by persons of European birth or descent ; and to the States of North and South America, which have vindicated their independence of the European States of which they were colonies. The sphere of partial political recognition extends to Turkey in Europe and in Asia, and to the old historical States of Asia which have not become European dependencies — viz. to Persia and the other separated States of Central Asia, to China, Siam and Japan. The sphere of natural, or mere human recognition, extends to the residue of mankind ; though here we ought, perhaps, to distinguish between the progressive and non-progressive races. It is with the first of these spheres alone that the international jurist has directly to deal ; but inasmuch as jural progress consists not merely in perfecting the relations which arise within the sphere of political recognition, but in its gradual expansion, he is brought into continual contact with the external sphere, and must take cognisance of the relations in which civilised communities are placed to the partially civilised communities which surround them. He is not bound to apply the positive law of nations to savages, or even to barbarians, as such ; but he is bound to ascertain the points at which, and directions in which barbarians or savages come within the scope of partial recognition » James Lorimer, *The Institutes of Law of Nations, a treatise of the jural relations of separate political communities*, Reprint de l'édition d'Edinburgh, 1883, Scientia Verlag Aalen, 1980, vol. 1, pp. 101-103. Je souligne.*

<sup>13</sup> L'opération est de même nature (traduire des pratiques qui n'ont rien à voir avec ce que nous appelons le droit dans la grammaire et le lexique du juridisme occidental), mais elle a changé de signification en devenant une répétition historique : lorsque les anthropologues ont inventés les coutumes, ils avaient pour y croire l'excuse de n'avoir pas lu les bibliothèques d'ouvrages critiques de l'anthropologie juridique publiés depuis. Cf. Louis Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996 et Gunther Teubner (with Andreas Fischer-Lescano), « Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions? », in Christoph Beat Graber and

secondaire, supplétive, ou dérogoire, qui leur revient dans l'ordre juridique qu'il est en train d'instituer, en complément des règles, procédures et institutions réputées universelles du droit patrimonial (propriété, contrat) et du droit public (souveraineté, séparation des pouvoirs, plus récemment droits de l'homme, élections libres). Le droit familial, désigné au moins depuis Savigny comme plus poreux aux mœurs des peuples concernés que le droit patrimonial<sup>14</sup>, est devenu, sous couvert d'adaptation et de reconnaissance des « différences culturelles »<sup>15</sup>, un espace frontalier, le lieu privilégié d'intense négociation entre le droit universel du civilisateur et les traditions du civilisé, ces dernières étant généralement inventées à l'occasion des négociations, pour le plus grand profit des élites locales dominantes<sup>16</sup>.

Les habitants des nations civilisées, dont la haute culture a des origines multi séculaires, ont eu la chance de n'avoir pas trop vécus ce genre d'effondrements, les principaux traumatismes qu'ils aient à subir étant ceux qu'ils se sont infligés eux-mêmes, à l'occasion de guerres de religion, de sécessions, et autres révolutions. C'est pourquoi il leur est peut-être difficile d'éprouver la formidable violence symbolique subie par les sociétés désormais contraintes de s'énoncer et de se comprendre elles-mêmes dans la syntaxe et les termes de la langue jusqu'alors inconnue du juridisme occidental ; intériorisant petit à petit cette contrainte ; finissant par la trouver légitime (parce que « moderne ») ; devenant au fur et à mesure de plus en plus incapables de se dire et de se penser « comme avant » ; obligés pourtant de s'inventer un nouvel « avant » (parce qu'on ne peut décemment pas ne pas en avoir du tout, et aussi parce qu'il faut bien pouvoir exciper de quelque chose pour négocier les modalités de sa soumission au nouvel ordre civilisé) ; éprouvant tour à tour l'humiliation de la soumission et la fierté d'accéder à l'univers symbolique hautement enviable des nouveaux Maîtres ; sommés d'habiter les formes inédites d'identités hybrides intensément aimées et intensément haïes, mais toujours fatalement bancales et précaires, qui émergent péniblement de ce chaos<sup>17</sup>.

---

Mira Burri-Nenova (eds), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: Legal Protection in a Digital Environment*, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 17-45

<sup>14</sup> Duncan Kennedy, « Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 811 sq.

<sup>15</sup> Sur le cas grec, parmi d'autres, cf. Philomila Tsoukala, « *Marrying Family Law to the Nation* », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 873-910.

<sup>16</sup> Gayatri Chakravorty Spivak, « *Can the Subaltern Speak?* » in Cary Nelson and Larry Grossberg, *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, 1988.

<sup>17</sup> Dans un océan de littérature, Franz Fanon, *Peaux noires, masques blancs*, Paris, Seuil, 1952 ou dans un autre genre, ironique, subtil et désespéré, Junichirô Tanizaki, *L'éloge de l'ombre*, *Œuvres*, Gallimard, Pleiade, 1997, vol. 1.



Ces temps furent ceux, furieux et héroïques, du monde de l'avant du *post* — la Westphalie. On présente ordinairement la Westphalie comme un monde structuré par le binôme États nationaux / droit international inter-étatique. Ce n'est pas faux, à condition de préciser que cette division structurelle se reproduit sous la forme d'un chiasme au sein de chacun des termes du binôme<sup>18</sup> : la souveraineté des États est interne *et* externe, le droit international est le droit inter-étatique qui unit entre elles les nations civilisées (droit international public) *et* l'entrelacs sans nom de rapports juridiques — colonies, protectorats, traités inégaux *etc.* — qui unit les nations civilisées aux nations à civiliser<sup>19</sup>. Dans le droit international public les sujets sont des États libres (souverains) et égaux, unis par des rapports de droit formellement universels et commensurables, par conséquent réversibles<sup>20</sup>. En revanche, l'entrelacs civilisateur sans nom consacre l'inégalité des puissances, en instituant la domination unilatérale des États civilisés sur des entités non étatiques ou incomplètement étatiques ou tout à fait incapables juridiquement. Entre le droit international public et l'entrelacs civilisateur sans nom, les rapports sont de modèle à copie : le destin désiré de l'entrelacs est de se résorber dans le droit international public, une fois que sera réalisée la mission civilisatrice que les nations civilisées se sont dévolues à elles-mêmes<sup>21</sup>.

C'est ce qui se produit avec l'adoption de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, qui marque l'achèvement de la civilisation du monde. Désormais, tous les êtres humains sont des « personnes » juridiquement capables et dignes, à ce titre dotées de droits fondamentaux. Tous les groupes humains sont (au moins formellement) des États ou des parties d'un État, et sont régis à ce titre par une constitution. Le juridisme occidental s'est imposé comme la langue d'une anthropologie sommaire, uniformément généralisée, sous laquelle se laissent néanmoins assez aisément apercevoir les mondes historiques non occidentaux, ou du moins ce qu'ils sont devenus à travers l'épreuve de leur occidentalisation. On ne se précipitera donc pas pour décréter que le juridisme occidental est devenu l'horizon indépassable de l'Histoire de l'Humanité, et encore moins la fin de cette

---

<sup>18</sup> Duncan Kennedy utilise l'expression "nesting" pour décrire le phénomène de reproduction de divisions binaires au sein de chacun des termes de la division. Cf. Duncan Kennedy, « The semiotics of Legal Argument, *Syracuse Law Review*, 1991, vol. 42, pp. 75 sq.

<sup>19</sup> Sur les rapports entre droit international et colonisation, cf. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>20</sup> Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>21</sup> Sur les ambivalences du droit international, cf. Nathaniel Berman, *Passions et ambivalences, le colonialisme, le nationalisme et le droit international*, Paris, Pédone, 2008.

dernière, il se pourrait que les civilisations soient têtues. Il reste que dans cette configuration nouvelle, la structure interne du droit international westphalien s'est effondrée : le versant « droit international public » a perdu son pendant, l'entrelacs civilisateur sans nom qui lui servait de double négatif, et avec lui, il a aussi perdu sa fonction de modèle, puisqu'il n'y a officiellement plus rien à modeler. La dynamique historique qui le portait jusqu'alors s'achève, désormais épuisée<sup>22</sup>. Par commodité de langage, on peut appeler « Droit Global » ce qui advient à partir de là. Et le moins qu'on puisse dire, c'est que ce qui advient n'est pas très clair.

### *Ambiguïté 1 : Droit Global et capitalisme globalisé*

Le Droit Global est souvent associé à la promotion de l'universalité de la dignité humaine, de la propriété et de la liberté contractuelle, à l'uniformisation du monde que consacre la diffusion de la *Common Law*, à la standardisation des pratiques juridiques par les grandes *Law Firms* trans-nationales (contrats types, etc.), au phénomène de *Law Shopping*, au recours à la justice privée (arbitrage, conciliation, médiation) dans les rapports commerciaux internationaux, à la production de règles juridiques par les acteurs privés eux-mêmes. Dans ce sens, le Droit Global signerait le triomphe des intérêts marchands des firmes et/ou le triomphe de la vision managériale du monde et/ou le triomphe de la structure juridique du capitalisme globalisé et/ou le triomphe du libéralisme et/ou le triomphe de l'Empire. Certains s'en réjouissent, parce qu'ils considèrent que l'avènement du Droit Global est propre à réaliser de manière imminente l'avenir radieux de l'humanité, l'ouverture des marchés assurant le développement (soutenable) et la prospérité (environnementale), la douceur du commerce civilisant les mœurs, offrant à tous les bienfaits de la paix, des droits de l'homme, de la démocratie représentative et du gouvernement modéré. D'autres s'en désolent, parce qu'ils associent le Droit Global à l'explosion des inégalités, au pillage systématique des ressources naturelles, aux catastrophes environnementales, à l'effondrement des États, de leurs politiques sociales et de leurs institutions démocratiques, à l'expansion agressive et arrogante de la civilisation occidentale, à l'uniformisation culturelle du monde et à la guerre sans fin.

---

<sup>22</sup> Cf. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations : The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Le Droit Global a indéniablement beaucoup à voir avec tout cela : les intérêts dominants qui s’y manifestent ne sont certainement pas sans liens avec ceux des firmes transnationales, les projets hégémoniques qui s’y énoncent sont généralement très impériaux, les idéologies qui le saturent sont rarement étrangères au libéralisme, la gouvernementalité qui s’y promet est ordinairement managériale<sup>23</sup>. Il reste que le Droit Global engage des dispositifs, des procédures et des arguments juridiques, qui comme tous les dispositifs, procédures et arguments juridiques, sont régis dans une large mesure par une logique qui leur est propre, ne se laissent pas entièrement indexer aux intérêts, projets et idéologies qui les investissent. Le Droit Global désigne un océan de pratiques et de formes juridiques trop complexes, trop contradictoires, trop plein de subtilités métaphysiques, trop ouvert à une multiplicité d’intérêts, de projets, de valeurs et d’idéologies hétérogènes pour qu’il puisse être considéré comme un bloc.

Prenons l’exemple du droit global des biens immatériels. On peut le définir en accord avec l’idéologie qui le domine et le confondre avec le droit global de la propriété intellectuelle, tel qu’il procède de la signature des accords TRIPS (Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights) en 1994. Ces accords ont consacré une conception occidentale et libérale du droit d’auteur et du brevet et posés les bases juridiques du marché mondial des biens immatériels que les firmes transnationales concernées<sup>24</sup> appelaient de leurs vœux. Pourtant, sous la pression de pays du Sud animés de préoccupations de santé publique<sup>25</sup>, ces mêmes accords ont prévu des exceptions et des mécanismes protecteurs comme les licences obligatoires et les importations parallèles. En outre, mis en œuvre par les juridictions nationales des pays signataires, ils ont depuis été interprétés de manière fort diverses selon les pays, au service d’intérêts eux-mêmes fort divers, parmi lesquelles des politiques nationales de santé publique ou de développement industriel. Le droit global de la propriété intellectuelle est une construction idéologique, un instrument de domination, la base d’un ordre marchand mais c’est aussi un champ de bataille, ce qui interdit qu’on lui assigne une destination politique univoque.

Surtout, il est factuellement faux et intellectuellement réducteur de ramener le Droit Global des biens immatériels au Droit Global la propriété intellectuelle, version TRIPS. Des mondes d’initiatives et de communautés, d’institutions et de doctrines sont issus des mouvements de contestation à la propriété intellectuelle (*free software, open source, creative commons etc.*). Ces mondes ne sont ni moins

---

<sup>23</sup> R. Shamir, « Corporate social responsibility: towards a new market-embedded morality? », *Theoretical inquiries in Law*, vol 9, 2008, pp. 371 sq.

<sup>24</sup> Principalement dans les secteurs du luxe, du divertissement, de la pharmacie, de l’informatique.

<sup>25</sup> Au premier rang desquels l’Afrique du Sud, le Brésil ou l’Inde.

juridiques, ni moins globaux que ceux qui procèdent des régimes de propriété intellectuelle. Le Droit Global des biens immatériels est certes d'abord et avant tout le Droit Global de la propriété intellectuelle (version TRIPS) mais c'est aussi et irréductiblement le Droit Global des critiques du droit de la propriété intellectuelle, d'où procèdent ses subversions et ses alternatives<sup>26</sup>.

Plus généralement, le Droit Global ne se laisse pas aisément réduire à l'institution juridique du capitalisme globalisé parce qu'il ne se contente pas d'instituer des marchés mondiaux et des firmes trans-nationales. Depuis l'invention du contentieux international des droits de l'homme, la responsabilité de Total dans les exactions commises par l'armée birmane à l'occasion de la construction d'un gazoduc a pu être engagée ailleurs que devant d'improbables juridictions birmanes et rien n'indique que cette évolution soit pleinement conforme aux intérêts de la firme concernée<sup>27</sup>. Le terme Droit Global désigne encore la possible convergence, à l'échelle planétaire, de catégories et de pratiques administratives dont certains attendent qu'elle renforce la capacité d'action des États<sup>28</sup>. Le droit islamique est en pleine « globalisation », il se présente par certains aspects une alternative culturelle aux institutions du capitalisme globalisé (et s'y marie fort bien par d'autres aspects). L'approche inter-civilisationnelle des droits de l'homme est une critique radicale des biais euro-centristes et de l'approche managériale du Droit Global des droits de l'homme<sup>29</sup>, les projets TWAIL (pour Third World Approches in International Law) accueillent des analyses très ouvertement et très radicalement anticapitalistes<sup>30</sup>. Ces projets ne sont pas moins « globaux » que ce qu'ils critiquent. Tout se globalise, aussi bien les institutions du capitalisme globalisé, que ses critiques et ses alternatives. La question est politique : à ne pas voir que

---

<sup>26</sup> B. De Sousa Santos, C. A. Rodriguez-Garavito, *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>27</sup> Cf note n° 6.

<sup>28</sup> Cf. Benedict Kingsbury, Nico Krisch, and Richard B. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15 sq. ; Sabino Cassese, « Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, vol. 37, p. 663. Pour une critique de ce projet Bhupinder Singh Chimni, « Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 799

<sup>29</sup> Yasuaki Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010.

<sup>30</sup> cf. Bhupinder Chimni, James Gathii, Celestine Nyamu, Vasuki Nesiah, Elchee Noworjee, Hani Sayed, *TWAIL, Vision Statement, working paper*, 1997. Ce texte est disponible dans James Thuo Gathii, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », *International Law Journal*, vol. 41, 2000, pp. 263-275. Cf. aussi B. S. Chimni, « The Past, Present and Future of International Law: A. Critical Third World Approach », *Melbourne Journal of International Law*, 2007, vol. 8/2, p. 499.

les pratiques et formes juridiques que désigne le terme Droit Global joue un rôle déterminant dans l'institution du capitalisme globalisé, on rate à la fois l'arbre et la forêt, mais à vouloir l'y réduire entièrement, on se prive de la possibilité d'en comprendre les contradictions et de peser sur ces dernières.

### *Ambiguïté 2 : Droit Global et obsolescence des États*

La seconde ambiguïté tient au rôle des États dans le développement du Droit Global. On associe souvent, en France du moins, le Droit Global avec la perte d'influence des États. Le Droit Global comprend évidemment une forte dimension *supra-* ou *trans-*nationale non seulement au sens où il se déploie à l'échelle de la planète, mais aussi au sens où il se déploie indépendamment et hors des États. On a parlé avec raison de *Non-State Law*<sup>31</sup>. Il est rare toutefois qu'on parvienne à identifier des phénomènes juridiques tout à fait indépendants des ordres juridiques nationaux. Le cas de figure le plus courant est bien plutôt celui de formes et de pratiques d'origine non étatiques, dans lesquels la place et le rôle des États se trouve transformés sans disparaître pour autant<sup>32</sup>. Du point de vue du droit fiscal global qui procède — *Law Shopping* oblige — de la mise en concurrence des politiques fiscales nationales, la souveraineté des États est une source de droit et d'autorité politique, un réseau complexe de régimes et de traités fiscaux et aussi, éventuellement, une marchandise hautement valorisable<sup>33</sup>. Le droit pénal

---

<sup>31</sup> Entre autres, Gunther Teubner (eds), *Global law without a state*, Dartmouth Pub Co, Aldershot, Brookfield, 1997.

<sup>32</sup> Par exemple, dans le domaine du droit de l'environnement. Les États ont été tenus à l'écart de l'élaboration des programmes de certification environnementale, craignant de voir ces derniers assimilées à des barrières non tarifaires au commerce s'ils en étaient à l'origine (accord TBT dans le cadre de l'OMC). Certains États (en particulier dans le Sud) ont donc soutenu des programmes de certification privée (comme le Forest Stewardship Council par exemple). Certains certificateurs privés ont obtenus la reconnaissance du World Standards Services Network en tant que producteurs de standards internationalement reconnus (art. 2.5 de l'accord TBT). Parmi les critères d'obtention de cette reconnaissance, figure la participation des États à l'élaboration des standards. Cf. E. Meidinger, « Multi-interest self-governance through global product certification programmes », in O. Dilling, M. Herberg et G. Winter, *Responsible business: self-governance and law in transnational economic transactions*, Hart Publishing, 2008, p. 259.

<sup>33</sup> Jean-Philippe Robé, « Conflicting Sovereignities in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System », in Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbasen (eds.), *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner*, Berlin, De Gruyter Recht, 2009, pp. 691-703.

international fait émerger des « États justiciers » (ceux qui se reconnaissent une compétence universelle), des États qui ne jouent pas le jeu (ceux qui ne signent pas les Traités internationaux) voire — figure plus inédite — des « États criminels ». La *lex sportiva* est le produit d'un jeu complexe d'acteurs parmi lesquels les fédérations régionales et internationales ou les acteurs privés (sponsors, médias) mais aussi les États, qui interviennent à la fois en tant que tels, par l'intermédiaire de leurs fédérations nationales, ou via des fédérations régionales et internationales et les acteurs privés, qui leur sont parfois très liés. Tous ces phénomènes ne conduisent pas à la « mort des États », mais à leur réinscription dans un contexte juridique profondément bouleversé qui relativise leurs prérogatives en même temps qu'il leur offre de nouveaux moyens d'action.

Tout ceci est assez inédit. Le cartographe du monde d'avant le *post*, c'était Hobbes. La planète était une vaste jungle (« état de nature » en langage philosophique) d'où émergeaient quelques oasis (les ordres juridiques nationaux) liés entre eux par des coutumes, des traités et un peu de *jus gentium*, pour autant qu'ils aient consenti à se lier. De temps en temps, un État concevait le projet de devenir *Dominus Mundi*, et finissait par échouer. La souveraineté était le terme qui désignait la liberté sauvage et absolue (au moins *en droit*) qu'avait chaque État de s'obliger ou pas vis-à-vis des autres États. Ces États se trouvaient regroupés au Centre du monde, c'est-à-dire à l'Ouest. Dans la grande jungle, on avait aussi découvert récemment (en 1492) des entités bizarres (sociétés, nations, tribus, clans, etc.) depuis liées aux États civilisés par un entrelacs sans nom de liens juridiques qui leur étaient imposés (colonie, protectorat, traités inégaux *etc.*). A partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le paysage change en s'étoffant : il y a toujours des États (il y en a même beaucoup plus puisque les entités bizarres revêtent désormais toutes une forme étatique, au moins sur le papier), mais ces États sont désormais inscrits dans un dense réseau d'obligations juridiques diverses, tissé par une myriade d'entités qui se sont autorisés d'elles-mêmes pour produire du droit<sup>34</sup>. Des juges se sont reconnus une compétence universelle, d'autres (ou les mêmes) ont élevé les décisions de leurs collègues en source de droit interne, des arbitres internationaux privés ont fabriqué de considérables

---

<sup>34</sup> « Tout le monde en droit global peut se proclamer législateur. Mais ce n'est pas tout : certains peuvent s'instituer « gendarme » de la mondialisation, pour autant qu'ils disposent d'un moyen effectif de contrôler les actions des autres. Ou plutôt, puisque c'est plus souvent ainsi que cela se passe en pratique, les personnes en situation de contrôle peuvent être investies par d'autres, souvent à leur corps défendant, de la fonction de surveiller et le cas échéant de sanctionner les comportements des agents. Cette mission dont vont ainsi se trouver investis certains acteurs en position de contrôle sera souvent dénommée « responsabilité » aux différents sens que comporte ce terme en français de responsabilité morale (responsability), juridique (liability) et d'obligation de rendre compte (accountability) », Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », *art. cit.*, p. 17.

corps de droit qu'ils s'emploient désormais à codifier, des organisations internationales — y compris les fédérations sportives, les associations humanitaires, les entreprises transnationales<sup>35</sup> ou les institutions religieuses ou les Universités — produisent des règles et des standards qu'ils entendent voir respectés<sup>36</sup>. Si l'on veut continuer à filer la métaphore naturaliste, on peut dire que ce tissu de régimes juridiques est devenu assez dense pour former quelque chose comme un milieu complexe et mouvant qui constitue désormais l'écosystème dans lequel se meuvent les États anciennement ou récemment civilisés. Le monde n'est plus une forêt vierge dans laquelle on apercevait quelques ordres juridiques indépendants mais un enchevêtrement de régimes, institutions, compétences, prérogatives, pouvoirs, immunités, normes, labels, classements, standards, privilèges, doctrines, concepts *etc.* Toujours une jungle si l'on veut, et aussi chaotique, mais de deuxième nature, une jungle urbaine. Le Droit Global comme *Métropolis* juridique planétaire<sup>37</sup>. Le Droit Global est donc post-étatique, non pas parce que les États auraient disparu ou ne serviraient plus à rien (ils n'ont pas disparu et ne servent pas à rien) mais parce qu'il est le milieu juridique dans lequel ces États se meuvent désormais. La souveraineté étatique n'est plus la liberté sauvage de l'état de nature à l'échelle internationale, c'est celle, plus relative et plus contrainte, d'interagir avec d'autres entités (étatiques ou pas) dans l'enchevêtrement de liens juridiques complexes qu'ils habitent désormais. Non pas que la sauvagerie étatique soit désormais impensable, ni même improbable, tant s'en faut, mais son théâtre est désormais relativement plus urbain.

On l'aura compris, ces remarques n'ont pas pour objet de lever les ambiguïtés qui s'attachent au terme Droit Global, mais tout au contraire de les conserver : le Droit Global a partie liée avec le déploiement du capitalisme globalisé comme avec la relativisation de la souveraineté étatique<sup>38</sup>, mais ne s'y laisse pas réduire et ne se laisse donc pas assigner une signification historique ou politique univoque et simple. C'est aussi la raison pour laquelle j'adore le terme Droit Global : il appelle toutes les projections et simplifications possibles, mais il connote des phénomènes qui se révèlent à l'épreuve beaucoup plus obscurs et compliqués qu'on pourrait le croire.

---

<sup>35</sup> Cf. Claire A Cutler, *Private Power and Global Authority, Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003 ; Dan Danielsen, « How Corporations Govern : Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance », *Harvard International Law Journal*, 2005, vol. 46, p. 411.

<sup>36</sup> José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, 2006.

<sup>37</sup> François Schuiten, Benoît Peeters, *Les cités obscures*, Casterman, 1983.

<sup>38</sup> S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

*C) Le Global Turn dans la pensée juridique.*

Aussi prudent que critique, Twining estime encore que le terme « global » peut être à bon droit utilisé dans l'expression « perspective globale », qui désigne le point de vue adopté par la science du droit pour rendre compte de l'ensemble des occurrences d'un phénomène juridique à l'échelle planétaire. On peut faire du droit administratif en se concentrant sur l'étude de l'ordre juridique français (droit interne), on peut encore mettre en miroir deux ou plusieurs ordres juridiques nationaux (droit comparé), on peut enfin chercher à rendre compte de tout ce qui se laisse subsumer sous ce terme *dans le monde entier*. Mêmes objets, mêmes théories, autre échelle : dans un premier sens, sont donc « globales » toutes les théories juridiques qui traitent de phénomènes juridiques considérés *worldwide*.

Ce changement d'échelle ne porte pas *en tant que tel* condamnation de la structure conceptuelle dominante dans le monde de l'avant du *post*, le fameux « Duo Westphalien » (dixit Twining) des ordres juridiques internes et du droit international inter-étatique. Cette structure était déjà « globale » par l'universalité des formes juridiques qu'elle offrait tout comme par son succès planétaire, les premières vagues de globalisation de la pensée juridique occidentale au cours du XIX<sup>e</sup> siècle l'ayant diffusé aux quatre coins du monde<sup>39</sup>. De très nombreux juristes ont par suite interprété les phénomènes juridiques planétaires au prisme de cette structure. On n'est jamais obligé de basculer dans le *post*.

Le terme global pourrait toutefois désigner autre chose qu'un simple changement d'échelle, ou plutôt, il se pourrait que le changement d'échelle induise aussi un changement d'objet. Si l'on accorde que le droit global n'est pas un droit universel indépendant des divers niveaux « sub-globaux » et des flux transversaux et sectoriels, mais plutôt l'interaction de ces niveaux et flux, le changement d'échelle invite à penser ensemble tous ces espaces juridiques ainsi que les modalités éventuelles de leur articulation. Non pas que l'articulation de régimes juridiques à divers niveaux soit inconnue dans les ordres juridiques internes, tant s'en faut, mais les problèmes soulevés trouvent généralement leur solution dans l'unité garantie par l'État, solution qui fait défaut dans la *Métropolis* planétaire.

---

<sup>39</sup> Peut-être le succès paradoxal de cette conception au destin planétaire tenait à ce qu'elle permettait aux États de s'inscrire dans l'Histoire du Monde sans perdre leur indépendance. L'idée est suggérée par Duncan Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 » in David Trubek, Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development, A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, pp. 19 sq.



On peut donc toujours construire tous les objets juridiques dans la grammaire westphalienne. On dira alors que les atteintes aux droits de l'homme au Myanmar relèvent du droit birman, que c'est l'Etat birman et non pas les acteurs privés qui ont la charge de le faire respecter, que les juridictions nationales n'ont pas de « compétence universelle », et qu'en conséquence, il ne devrait pas y avoir « d'affaire Total/Unocal »<sup>40</sup>. On dira que les déclarations publiques de Nike à la presse ne sont pas du droit, qu'elles ne lient pas ceux qui les énoncent au fondement du droit californien de la consommation, et qu'elles ne sauraient être invoquées pour sanctionner les atteintes au droit du travail commises en Asie du Sud-Est par d'autres entreprises, que par suite il ne devrait pas y avoir d'affaire Nike<sup>41</sup>. On dira que seuls les États sont dotés de constitution et que parler de la constitutionnalisation du droit de l'OMC, ou (pire) de l'industrie automobile ou de l'internet relève d'un usage douteux des métaphores<sup>42</sup>. On comprendra les accords de coopération entre grandes métropoles comme une branche du droit administratif (interne) des collectivités territoriales. Vus de Westphalie donc, les éléments constitutifs des phénomènes juridiques globaux se manifestent comme séparés les uns des autres, relevant de sphères séparées du droit et de la pensée juridique. Mais comme, tout de même, il y a un rapport entre tous ces éléments, le passage à l'échelle planétaire incline à les penser ensemble, à les présenter comme des objets juridiques inédits et s'intéresser à la dynamique des relations entre les éléments qui les constituent<sup>43</sup>. Le changement d'échelle invite à changer d'objet. On peut décliner cette invitation, mais on ne saurait s'étonner que nombre de juristes savants fassent le choix de l'honorer.

---

<sup>40</sup> Cf. note n°6.

<sup>41</sup> Après avoir découvert que certains sous-traitants de Nike exploitaient le travail des enfants, en contradiction avec les déclarations publiques de la firme à ce sujet, celle-ci fut assignée devant les tribunaux californiens au fondement du droit de la consommation, pour publicité mensongère. La Cour Suprême de Californie a reconnu le caractère commercial de ces déclarations, et partant leur portée juridique. Nike, Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654, 663 (2003). Sur ce cas, cf. R. M. O'Neil, « Nike v. Kasky--What Might Have Been ... », *Case Western Reserve Law Review*, 2004, vol. 54, p. 259 ; F.-G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Revue des sociétés* 2004 p. 261 ; T. C. Goldstein, « Nike v. Kasky and the Definition of "Commercial Speech" », *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, p. 63. Benoît Frydman, « Stratégies de responsabilisation des Entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. Berns, P.-F. Docquir, Frydman, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz (eds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.1 sq.

<sup>42</sup> Gunther Teubner, « Societal Constitutionalism: Alternatives to State centred Constitutional theory? » in C. Joerges, I.-J. Sand and G. Teubner (eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, Hart Publishing, 2004, p. 3.

<sup>43</sup> Benoît Frydman parle d'« Objets Juridiques Non Identifiés », cf. *Comment penser le droit global ? art. cit.*

Le terme « global » peut donc désigner un changement d'objet. Il arrive encore qu'en changeant d'objet, on ait besoin de nouveaux outils. Qu'on en vienne à se dire que le droit comparé lorsqu'il se contente de comparer les institutions des ordres juridiques nationaux n'est pas adéquat à l'étude des circulations transnationales. Ou que la ferme distinction des régimes juridiques selon qu'ils sont public ou privé ne favorise pas l'identification de phénomènes tels que la production de normes juridiques par les entités privées. Ou que dans la *Métropolis* planétaire, l'articulation des niveaux *infra*-étatiques ne pouvant se soutenir par la force unificatrice des ordres juridiques nationaux, elle soit assurée par des procédés non juridiques, dont l'étude relèverait de savoirs non juridiques. Le changement d'objet pourrait donc bien favoriser quelque chose comme un changement de perspective, voire — comme le suggère Benoît Frydman — de paradigme. Qu'il faille parler, en bon français, de « *Global Turn* » comme on a parlé de « *Linguistic Turn* ».

Il n'y a rien d'étonnant à cela. Si le Droit Global est bien l'enchevêtrement de relations juridiques entre niveaux sub-globaux et flux transversaux et sectoriels associant à l'échelle planétaire des entités de nature juridiquement hétérogènes, et si cet enchevêtrement est devenu assez dense pour constituer le nouvel écosystème dans lequel se meuvent ces nouvelles entités, on imagine mal comment les communautés savantes de juristes, les réseaux et institutions académiques et de recherche qui se donnent la charge de penser le droit, pourraient ne pas appartenir elles aussi à cet écosystème. Si tel est le cas, il y a fort à parier que les conditions empiriques d'observation et de théorisation du Droit Global s'en trouvent elles-mêmes affectées, et qu'il faille en tirer toutes les conséquences épistémologiques. Adopter une « perspective globale » sur le Droit Global ne consiste pas seulement à changer d'échelle, ou même à changer d'objet, mais à adopter sur le Droit Global le point de vue épistémique du Droit Global. Pour distinguer au sein des théories qui s'intéressent aux phénomènes juridiques planétaires celles qui ont adopté ce point de vue, on peut parler de Théories *Globales* du Droit Global (TGDG).

Les juristes savants qui ont pris ce *Global Turn* dans les dernières décennies sont désormais légion. Il n'y a là rien de surprenant, c'est un problème de poules et d'œufs, entre l'émergence d'un objet et celles des cadres conceptuels qui rendent cet objet concevable, ou encore entre l'émergence d'un phénomène juridique et celle de la communauté savante qui le rend pensable. On ne s'étonnera donc pas que l'émergence de régimes et d'organisations *supra*- et *trans*-nationaux soit liée à celle de communautés savantes elles-mêmes *supra*- et *trans*- nationales, dont les membres ne se perçoivent plus eux-mêmes comme les représentants de leur communauté savante nationale, mais comme appartenant à la communauté émergente des juristes qui adoptent la « perspective globale ». Rien de surprenant donc qu'aux côtés des *global lawyers* qui pratiquent leurs diverses

activités juridiques à l'échelle globale, se trouvent aussi des *global professors* qui inscrivent leurs diverses activités pédagogiques, institutionnelles et savantes dans l'après du *Global Turn*.

*Le Global turn est-il l'idéologie du Global Law ?*

Si les TGDG sont solidaires de l'émergence du Droit Global, tout comme les Théories Générales de l'État le furent des États, elles ne le sont pas de la même manière : alors que les TGE s'inscrivent dans le projet politique de constitution et de rationalisation de « leur » État national (celle de Kelsen étant à la fois un cas limite et une sortie du genre<sup>44</sup>), les TGDG sont susceptibles de s'inscrire dans des projets politiques de constitution et de rationalisation du Droit Global, *ou pas*. Cette différence tient à ce qu'est devenue la pensée juridique entre les dernières décennies du XIX<sup>e</sup> siècle et les premières du XXI<sup>e</sup>.

Les « constructions juridiques » ou « Théories Générales », et parmi elles les TGE n'ont pas fait exception, sont nées dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle d'un projet scientifique qu'on peut qualifier de critique — dans le fil d'une tradition qu'on peut faire remonter à Kant — parce qu'elles se donnaient pour ambition de construire leur objet en le justifiant au sens de légitimer (fonder) et de rendre juste (constituer et limiter). Il s'agissait pour ce faire de poser les « principes fondamentaux » de l'État, d'en déduire sa « constitution juridique » et par suite d'établir les limites de sa puissance, parfois en allant jusqu'à reconnaître aux assujettis des droits qui lui seraient opposables. Certaines de ces théories ont ainsi explicitement articulé la production d'un savoir rationnel de l'État et le projet politique de le rationaliser. Aucune cependant, à ma connaissance, n'a jamais conclu que l'institution des États est illégitime ou qu'il n'est pas souhaitable d'affermir leur constitution juridique. Par contraste, et sans doute parce qu'elles portent sur des objets en émergence dont il n'est pas irréaliste de discuter l'existence, on trouve des TGDG qui n'hésitent pas à douter sérieusement de la pertinence ou de la légitimité des régimes ou organisations juridiques qu'elles étudient, et qui se donnent moins pour but de les fonder, de les constituer et de les limiter que de saper leur autorité pour hâter leur disparition<sup>45</sup>. Ces Théories sont critiques dans un sens qui excède largement l'entreprise de justification rationnelle dans laquelle étaient engagés les plus critiques des TGE.

---

<sup>44</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925

<sup>45</sup> Par exemple, et entre autres, en matière de propriété intellectuelle, Brian Martin, « Against Intellectual Property », in Peter Drahos (ed.), *Intellectual Property*, Dartmouth, ILELLT, pp. 517-532.

Cet excès pourrait trouver sa cause dans l'évolution même de la pensée juridique au XX<sup>e</sup> siècle, marquée par la succession (ou la juxtaposition) des TGE (après Laband, Jellinek, puis Kelsen ou encore après Hauriou, Duguit puis Carré de Malberg *etc.*), chacune se présentant comme la critique de la précédente (ou de la voisine), sans acquérir pourtant l'autorité nécessaire pour rendre vaine l'écriture de la suivante (ou d'une autre voisine). Après quelques décennies d'un tel flot, les juristes savants ont hérité d'un somptueux champ de ruines et entamé l'espoir de réaliser jamais une TGE *définitive*. Dès le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la pensée juridique a pris d'autres voies, élaboré d'autres protocoles de pensée, d'autres genres littéraires, parmi lesquels certains n'étaient pas seulement critiques au sens où l'étaient les TGE (légitimer, rendre juste), mais au sens où ils s'appliquaient à penser *contre* leur objet<sup>46</sup>. Les TGDG venant après un long siècle de rongeuse et savante critique interne du droit, c'est-à-dire après que la raison juridique eût fini de se désenchanter elle-même, elles ont acquis la liberté politique de ne pas forcément vouloir le bien des institutions qu'elles se donnent à penser.

On en conclura que les TGDG sont — comme toutes les théories à prétention plus ou moins scientifique — en lutte constante avec l'irréductible dimension idéologique d'elles-mêmes, mais qu'elles ne sont pas toutes et pas nécessairement apologétiques ou justificatrices du Droit Global. On ajoutera encore qu'à n'en pas douter certaines TGDG sont plus idéologiques que d'autres, et qu'une part considérable de la littérature TGDG est apologétique ou justificatrice, mais l'on ne saurait présumer de l'adoption de la perspective globale sur le Droit Global que cette perspective est favorable au Droit Global. Prendre le *Global Turn* est un geste politique au sens où il emporte le refus d'inscrire la pensée juridique dans le seul cadre conceptuel du Duo Westphalien et illustre la décision de changer à la fois le terrain de jeu et les règles, mais pas au sens où il porterait fatalement un engagement en faveur (ou contre) le Droit Global et l'acceptation (ou le rejet) des catégories et protocoles de pensée qui lui sont associées.

#### *D) Géographie sommaire du Global Turn.*

Il est difficile de proposer une carte exhaustive des TGDG. Certaines sont l'œuvre d'individus relativement isolés, d'autres sont des entreprises collectives,

---

<sup>46</sup> Dans le domaine, on a rarement fait mieux que Jerome Franck, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950.

voir même institutionnelles<sup>47</sup>. Certaines consistent dans l'élévation d'un domaine classique de la pensée juridique au « global » (« *global constitutionalism* »<sup>48</sup>, « *Global Administrative Law* »<sup>49</sup>, « *Global Private Law* »<sup>50</sup> etc.), d'autres ont proliférées le long d'objets juridiques inédits qui ont émerger dans la *Métropole* planétaire (propriété intellectuelle<sup>51</sup>, responsabilité environnementale<sup>52</sup>, santé<sup>53</sup>, villes<sup>54</sup> etc.). Le droit international public a peut-être pris le *Global Turn* en s'intéressant à ce que faisaient les acteurs non étatiques, particulièrement dans le domaine des droits de l'homme<sup>55</sup> ou en s'interrogeant sur le devenir de la « *Global Governance* » et la place qu'y occupe leur discipline<sup>56</sup>, comme c'est

---

<sup>47</sup> Le projet GAL est porté par NYU, les projets TWAIL's ont été associés, au moins à l'origine, à la Harvard Law School.

<sup>48</sup> Sur le constitutionalisme global, J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (ed.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009 ; Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational. Constitutionalism – International and European. Perspectives*, Cambridge University Press, 2007 ou encore Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, Virginia Law Review 1997, vol. 83, p. 771.

<sup>49</sup> Cf. note n° 28.

<sup>50</sup> Harm Shepel, *The Constitution of Private Governance*, Hart Publishing 2005 ; Annelise Riles, « The Anti-Network : Global Private Law, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State » *American Journal of Comparative Law*, vol. 56/3, 2008.

<sup>51</sup> Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *Intellectual Property and Human Rights*, WIPO, 1999. Suzan Sell, *Private power, public law — the Globalization of Intellectual Property rights*, Cambridge 2003.

<sup>52</sup> T. Yang, R. V. Percival, « The Emergence of Global Environmental Law », *Ecology Law Quarterly*, 2009, vol. 36, p. 615.

<sup>53</sup> Taylor, A.L. 2002. « Global Governance, International Health Law and WHO: Looking Towards the Future », *Bulletin of the World Health Organization* vol. 2005, 80/12, pp. 975-980 ; L.O. Gostin « World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century » *Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics*, 2005 vol. 5/1, pp. 413-424. ; L.O. Gostin and A.L. Taylor, « Global Health Law: a definition and grand challenges », *Public Health Ethics* 2008 vol. 1/1, pp. 53-63.

<sup>54</sup> G. Frug, D. Barron, « International Local Government Law », *Urban Lawyer*, 2006, vol. 38, pp. 1-62 ; Y. Blank, « Localism in the New Global Legal Order », *Harvard International Law Journal*, 2006 vol. 47/1, pp. 263-281 ; Y. Blank, « The city and the world », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 44/3, pp. 875-939.

<sup>55</sup> Cf. Jean-Marc Coicaud, Michael W. Doyle, Anne-Marie Gardner, *The Globalization of Human Rights*, United Nations University Press, 2003 ; Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994.

<sup>56</sup> David Kennedy, « The Forgotten Politics of International Governance », *European Human Rights Law Review* 2001, vol. 2, p. 117 sq ; David Kennedy, « The Mystery of Global Governance », *Ohio Northern University Law Review*, 2008, vol. 34, pp. 827-860 ; Anne Marie Slaughter, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, 2003, vol. 44, p. 191 ; Anne Marie Slaughter, *A New World Order: Government Networks and the Disaggregated State*, Princeton University Press, 2004 ; Martti Koskeniemi, *The politics of International Law*, Hart Publishing, 2011.

sans doute le cas pour le droit international privé<sup>57</sup>. Le droit comparé est devenu global en s'attachant aux phénomènes de circulation (diffusion et réception) transnationale(s)<sup>58</sup>.

On peut encore chercher à présenter les TGDG selon les protocoles de pensée et les modes de raisonnement qu'elles mobilisent : certaines s'inscrivent dans la tradition du réalisme juridique<sup>59</sup>, d'autre font massivement appel à l'analyse économique du droit<sup>60</sup>, d'autres au langage des droits de l'homme<sup>61</sup>, d'autres encore à l'interprétation doctrinale la plus classique<sup>62</sup>, mais aussi aux théories systémiques<sup>63</sup>, aux études post-coloniales<sup>64</sup> et à tant d'autres choses que le seul intérêt de cette énumération est d'illustrer que le genre littéraire « TGDG » ne se

---

<sup>57</sup> Par exemple, Robert Wai, « Transnational Private Litigation and Transnational Governance », in P. Mueller, M. Lederer (eds.), *Criticizing Global Governance*, London, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 243 sq. ; Christian Joerges, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in C. Joerges, E.-U. Petersmann (ed), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011 p.413 ; Ralf Michaels, « The Re-Statement of Non-State Law : the State, Choice of Law and the Challenge of Legal Pluralism », *Wayne Law Review* 2005, vol. 51, pp. 1209 sq.

<sup>58</sup> Alan Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimbourg, Scottish Academic Press, 1974 ; Ugo Mattei, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System », *The American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45 ; Pier Guiseppe Monateri, « Eléments de comparaisons des études comparatives », in Pierre Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolutions*, Paris, PUF, 2009, p. 69 ; Pierre Legrand, Roderick Munday, *Traditions and transitions*, Cambridge University Press, 2003.

<sup>59</sup> Par exemple, Peer Zumbansen, « Transnational law, evolving », Osgoode CLPE Research Paper No. 27/2011.

<sup>60</sup> Par exemple, à propos du droit international, Joel Trachtman, *The Economic Structure of International Law*, Harvard University Press 2008, ou en matière de droit commercial Jens Dammann & Henry Hansmann, « Globalizing Commercial Litigation », *Cornell Law Review*, Vol. 94, No. 1, 2008, ou encore, à propos de droit de la concurrence, Einer Elhauge, Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007. Pour des vues critiques sur la globalisation, du point de vue du *Law and Economics*, Eric Posner, *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, 2009.

<sup>61</sup> Par exemple, Lawrence M. Friedman, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, New Orleans, Quid Pro Books, 2011. Ou encore Mireille Delmas Marty, *Pour un droit commun*, *op. cit.*

<sup>62</sup> Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2003 ou encore Armin Von Bogdandy, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, 2006, 47/1, pp. 223-242.

<sup>63</sup> G. Teubner, Alberto Febbrajo, *State, Law and Economy as Autopietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Guiffre, Milano 1992 ; G. Teubner, Andreas Fischer-Lescano, « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law* 2004, vol. 25, pp. 999-1046.

<sup>64</sup> Cf. le projet collectif TWAIL, note infra n°30.

laissent réduire à aucune école, mouvement, ou méthode. On préférera donc esquisser une géographie sommaire des conditions de production et de circulation des TGDG.

La Westphalie était un monde constitué d'un Centre, ou plus exactement d'un Centre des Centres, de périphéries et de semi-périphéries<sup>65</sup>. Le Centre des Centres était constitué de la Conférence des communautés nationales savantes des nations civilisées, qui fut peut-être, au moins dans l'esprit de ses promoteurs, quelque chose comme la version juridique de la République des lettres<sup>66</sup>. La dynamique des rapports entre les Centres et les Périphéries était celle du devenir-monde de l'Europe, ou encore de la *diffusion* du juridisme occidental (dans ses diverses versions) à partir du Centre des Centres vers des Périphéries et des semi-Périphéries (occidentales ou non occidentales), ces semi-Périphéries étant des Périphéries pour le Centre, mais des Centres pour celles des Périphéries qui étaient encore plus périphériques qu'elles<sup>67</sup>. Dans le monde du *post*, il y a toujours des centres et des périphéries, mais ce n'est plus la même carte.

Prendre le *Global Turn*, c'est adopter une perspective épistémologique globale sur des objets juridiques globaux considérés à l'échelle globale. Cette perspective épistémologique est celle de la production de théories juridiques par des communautés académiques, des institutions et des réseaux d'experts et de savants juristes eux-mêmes globalisés. Les premières communautés académiques et réseaux de juristes savants globaux sont nés au sein des communautés savantes nationales de l'avant du *post*. Certaines de ces communautés, ou plus souvent certaines fractions de ces communautés se sont engagées dans des activités scientifiques qui les ont conduites, pour des raisons diverses, à prendre ce tournant. Des réseaux académiques *trans-* et *supra-* nationaux, parfois même entièrement déterritorialisés, ont vu le jour : des universités<sup>68</sup>, des revues<sup>69</sup>, des instituts de recherche des programmes d'enseignement et de recherche<sup>70</sup> se

---

<sup>65</sup> Sur l'analyse Centres / Périphéries, Immanuel Wallerstein, *Geopolitics and Geoculture: Essays on the Changing World-System*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

<sup>66</sup> Raymond Saleilles, dans le sillage de Jhering et Savigny, a de jolies formules sur le sujet. Cf. Mikhail Xifaras, « La *Veritas Iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme » *Droits*, vol. 47, 2008, pp. 77 sq.

<sup>67</sup> Cf. Ainsi, dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le Japon est une périphérie des puissances occidentales, mais un centre de diffusion du juridisme en Chine, à Taiwan *etc.* De même la Russie pour ses marges caucasiennes ou d'Asie centrale.

<sup>68</sup> Singapour, Jindal, UCL, Tilburg *etc.*

<sup>69</sup> Global Studies Law Review, Global Constitutionalism, Global Jurist, Global Business Law Review, Indiana Journal of Global Legal Studies, *etc.*

<sup>70</sup> Pour n'en citer que quelques uns, parmi ceux qui ont le terme global dans le titre : The Hauser Global Law School Program, The Institut for Global Law and Governance à Harvard Law School, L'Institut of Global Law de UCL, en France, le réseau « Global

définissent désormais explicitement comme « globaux ». De nouvelles communautés académiques sont bien en train d'émerger au versant savant de la *Métropolis* planétaire.

Il se pourrait que ces nouvelles communautés aient d'abord vu le jour dans celles des communautés savantes nationales qui se percevaient comme périphériques et dominées en Westphalie, ayant de ce fait beaucoup à gagner et peu à perdre en jouant le « global » contre les puissances nationales et régionales qui occupaient une place centrale dans le monde d'*avant*<sup>71</sup>. Par ailleurs, il est vraisemblable que les communautés savantes et institutions académiques états-uniennes aient très tôt joué la carte de la « sphère globale » dans la mesure où elles cultivent raisonnablement l'espoir d'en être le centre<sup>72</sup>. Notons encore que les puissances juridiques moyennes — surtout celles qui furent un jour les plus centrales — sont peut-être celles qui ont le plus tardé à comprendre la nouveauté et l'importance des transformations en cours. Peut-être payent-elles déjà au prix fort la nostalgie désarmée de leurs hégémonies mortes.

Les communautés savantes globales recrutent leur membres dans les communautés savantes nationales, généralement dans leurs marges, particulièrement du côté de ceux qui s'intéressaient déjà aux phénomènes *supra-* et *trans-* nationaux dans le monde d'avant : les internationalistes et les comparatistes bien sûr, les théoriciens souvent, mais aussi les spécialistes de domaines fortement « globalisés » comme l'arbitrage, le droit économique, les droits de l'homme, le développement, l'environnement *etc.*

Ces communautés ont sans doute commencé par éprouver la solitude enivrante des *avants gardes*. Elles sont désormais situées au centre de la production et de l'expansion de l'espace intellectuel et culturel que constitue les TGDG, tandis que les communautés savantes nationales qui n'ont pas pris le *Global Turn*, ou qui l'ont pris moins profondément, ou plus lentement, sont désormais « importatrices » de TGDG qu'elles ne produisent pas (ou peu)<sup>73</sup>.

---

Legal Studies Network — mondialisation du droit » de la MSH ou le cycle d'enseignement Global Studies à l'École de droit de Sciences po.

<sup>71</sup> Ainsi des philosophes du droit de Belgique ou des constitutionnalistes d'Amérique Latine.

<sup>72</sup> Par exemple, M. Shapiro, « The globalization of law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, 1993 pp. 37-64 R. B. Stewart, « US administrative law: a model for global administrative law ? », *Law and contemporary problems*, vol. 68, n°3, 2005, p. 63.

<sup>73</sup> Il arrive que ces communautés « importatrices » perçoivent les TGDG comme des produits « étrangers » à leur tradition culturelle et vivent cette importation comme une violence, qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler, sous certains aspects, la violence du décentrement consécutif à l'acculturation forcée des mondes historiques non européens au juridisme occidental.



De ceci, il résulte que la *Métropolis* planétaire est elle-même composée de centres (et d'une Conférence des centres), de périphéries et de semi-périphéries. (Il en résulte aussi que les communautés nationales sont désormais divisées en fractions centrales et périphériques, *du point de vue de la Métropolis planétaire*). Cette nouvelle carte des flux dans le monde de la pensée juridique n'a plus grand chose à voir avec les paysages westphaliens. L'Université Nationale de Singapour ou des Instituts de recherche déterritorialisés hier inconnus sont sans doute aujourd'hui très centraux, d'autrefois illustres établissements et sociétés savantes du Japon ou de France sont désormais, *du point de vue de la Métropolis planétaire*, d'obscures et lointaines périphéries.

Comme à chaque fois qu'apparaît un nouveau paradigme dans un domaine de la science donnée, le *Global Turn* est un tournant qu'on prend ou pas, et qu'on prend plus ou moins. Ainsi, quelle que soit la place qu'une communauté nationale savante (ou une de ses fractions) occupe dans la nouvelle hiérarchie qui organise la *Métropolis* planétaire, mêmes les plus « périphériques » se trouvent désormais directement ou indirectement affectées par la globalisation du droit et de la pensée juridique. Les juristes savants, qu'ils se situent au Centre ou à la marge de leur communauté, qu'ils soient plus ou moins exposés à des phénomènes incontestablement *supra-* ou *trans-*nationaux, ou qu'ils soient spécialistes de branches réputées plus « internes » de leur droit national, se trouvent désormais tous dans l'obligation de tenir compte de l'émergence du Droit Global. Et comme les transformations du droit ne vont pas sans celles de la pensée juridique, tous se trouvent confrontés aux TGDG, contraints d'en penser quelque chose, et doivent affronter la possibilité, au moins abstraite, de prendre eux-mêmes le « *Global Turn* ».

Il en résulte que tous les juristes savants, qu'ils soient nationaux ou globaux, centraux ou marginaux (dans la *Métropolis* planétaire), ont à négocier pour eux-mêmes, leurs travaux et leurs enseignements, la place que va y occuper la perspective globale, la manière dont ils vont articuler (ou pas) cette perspective à celle, nationale (ou régionale, ou infra-nationale) d'où ils procèdent, tant pour ce qui regarde la définition de leur objet que pour choisir le point de vue épistémique qu'ils adoptent et les arènes auxquelles ils souhaitent s'adresser<sup>74</sup>. Il existe une infinité de manières de négocier cette articulation quelque part entre ceux qui s'engagent résolument et complètement dans le *Global Turn* et ceux qui refusent de prendre cette possibilité au sérieux. Bien entendu, au premiers temps de la globalisation juridique, ce refus pouvait revêtir la signification d'une préférence politique en faveur du Monde de l'avant du *post*, le choix raisonnable de rester en Westphalie. Mais le développement continu et (semble-t-il) irréversible du Droit Global, son impact toujours plus profond sur les droits internes, fait

---

<sup>74</sup> Cf. W. Twining, *op.cit.*

progressivement perdre toute pertinence politique à un tel refus, et lui donne des allures de déni.

Prendre le « *Global Turn* » revient à exercer sa profession de savant et d'enseignant de manière passablement différente. Tout d'abord, et pour quelques temps encore (mais peut-être pas si longtemps que ça) on s'adresse en anglais à des étudiants et des collègues qui n'ont parfois pas du tout la même éducation juridique, n'éprouvent donc pas forcément les mêmes joies à l'évocation cryptique de précieux arrêts du Conseil d'État, n'ont pas forcément lus les mêmes livres, ne raisonnent d'ailleurs pas nécessairement de la même manière et n'ont pas forcément les mêmes préoccupations pratiques. La réglementation nationale des marchés publics ou les règles de l'expropriation intéressent les acteurs qui passent des marchés publics et les propriétaires qui pourraient être expropriés, mais aussi les juristes qui cherchent à construire un corps de droit administratif cohérent pour constituer juridiquement l'État national compris comme appareil administratif. Mais dans les arènes globales, les questions de droit administratif de « mon pays » ne présentent, *en tant que telles*, qu'un intérêt très limité, quelque chose comme 1/200 des réglementations existantes en matière de marchés publics ou d'expropriation (si tant est qu'il y ait 200 États dotés de telles réglementations de part le monde, ce qui dépend de la décision d'inclure ou pas les états fédérés dans le dénombrement). Il ne s'ensuit pas que, *du point de vue des TG DG*, l'étude de tels objets perde fatalement toute signification, mais cette signification ne peut pas être présumée, et la question posée aux juristes savants qui prennent le *Global Turn* est celle de savoir comment les rendre intéressantes dans les diverses arènes globales. Faire de la science juridique dans un tel contexte conduit à se demander *sérieusement* ce qui serait susceptible d'intéresser les collègues qui peuplent les diverses communautés savantes globales. (L'effort à fournir peut s'avérer immense, si l'on veut bien songer que pour comprendre ce qui intéresse quelqu'un, il est préférable de bien le connaître).

Cette question est d'autant plus difficile que les *global professors* ne se meuvent pas (en tout cas pas tous) dans la sphère supposée homogène d'une culture juridique universelle, et ce pour la bonne raison que cette culture juridique n'existe vraisemblablement pas. A l'image du Droit Global qui n'est pas global au sens où il serait universel, mais au sens où il engage à l'échelle planétaire un complexe tissu de relations juridiques articulant divers niveaux et flux, la pensée juridique globale n'est pas un espace conceptuel homogène indépendant des traditions, cultures et contextes nationaux (ou régionaux, infra-nationaux, transversaux *etc.*). Les revues, universités et instituts « globaux », même les plus déterritorialisés, procèdent d'une ou plusieurs traditions juridiques nationales ou régionales qui déterminent pour une large part la perspective qu'ils adoptent sur le Droit Global. Quant bien même ils auraient pris le *Global Turn*, les juristes globaux ont généralement subi leur éducation juridique et font carrière au sein de

communautés savantes qui restent nationales (ou régionales *etc.*). On ne cesse donc pas d'être français, indien ou chinois en devenant un *global professor*. Pour le dire autrement, il se pourrait que l'espace intellectuel que construisent les TGDG soit profondément fragmenté, qu'en deçà des objets d'étude et des flux de circulation communs, se fasse sentir la prégnance des « mondes historiques »<sup>75</sup> de l'avant du *post*, que ces mondes impriment leur marque aux institutions, règles et catégories juridiques issues du juridisme occidental, allant jusqu'à faire émerger au sein même de la *Métropolis* planétaire des cultures juridiques hybrides inédites.

Il reste qu'à des degrés divers les juristes savants engagés dans le *Global Turn* n'éprouvent plus (ou moins, et plus de la même manière) le sentiment d'appartenir à leur communauté savante nationale. Ils restent largement tributaires du contexte, de la tradition, de la culture juridique d'où ils procèdent, mais n'en sont pas les représentants officiels au sein de la communauté nouvelle qui les accueille. Ils sont devenus des *global professors* d'*ascendance* française, indienne ou chinoise. Les arènes du Droit Global sont peuplées d'immigrés récents, qui partagent la condition et les problèmes de tous les immigrants récents, particulièrement celui d'avoir eu à négocier l'arrachement à leur communauté juridique d'origine, et l'appartenance simultanée à cette communauté et à celle du Droit Global. C'est pourquoi devenir un *global professor* conduit souvent à adopter des identités professionnelles multiples, fait émerger des formes inédites de multi-linguisme juridique et promeut d'épineux problèmes linguistiques et conceptuels de traduction dans les échanges académiques entre savants, mais aussi au sein de chacun des savants qui se trouve engagés dans ces échanges.

Notons que tout ceci est parfois un peu moins vrai pour les professeurs à qui est offerte la possibilité de croire qu'ils sont des *global professors* parce qu'ils voyagent beaucoup, quand bien même ils se contentent, ce qui arrive parfois, de promener le point de vue inchangé de leur communauté juridique nationale *worldwide*. Il me semble, mais je peux me tromper, que ce luxe n'est aujourd'hui accessible qu'aux professeurs de certaines institutions états-uniennes et européennes prestigieuses, et encore, dans le risque grandissant du ridicule (qui tue d'ailleurs aussi peu dans la *Métropolis* planétaire qu'ailleurs). Mais comme en matière de *Global Turn* il est toujours question de plus ou moins, et qu'on échappe jamais tout à fait à soi-même, à sa formation et à ses expériences initiales, il serait vain de chercher à élaborer des critères objectifs pour discriminer à coup sûr les théories authentiquement globales de celles qui se contentent de projeter sur les objets globaux des schémas conceptuels et des modes de raisonnement trop ancrés dans leur expérience nationale d'origine pour s'en distinguer vraiment. Dans cette zone grise, tout est affaire de nuances (plus

---

<sup>75</sup> L'expression est de Fernand Braudel.

ou moins) et d'ambivalences (ceci sous cet aspect, cela sous cet autre), les TGDG se situant à peu près toutes (et parfois contradictoirement) quelque part entre l'adoption récente d'une perspective authentiquement globale et le reliquat plus ou moins impensé de perspectives nationales hypostasiées à l'échelle planétaire<sup>76</sup>. La distribution de labels de « globalité authentique » est donc une entreprise vaine. Il reste (sur le mode du « *je ne sais pas ce que c'est mais je le reconnais quand je le vois* ») que certaines TGDG sont, tant par leur forme et leur contenu, spectaculairement moins globales que d'autres. C'est sans doute que la globalité des théories qui se prétendent globales est une qualité contestée qui ne se décrète pas, mais se perd ou se conserve dans l'âpreté et la pertinence des disputes scientifiques<sup>77</sup>.

Quoiqu'il en soit, le *Global Turn* est désormais une possibilité théorique qui s'offre à tous. On peut le prendre ou pas, le prendre plus ou moins franchement, avec plus ou moins de réussite, mais ce qui est vraiment nouveau et qui change à peu près tout, c'est qu'on ne peut plus sérieusement nier la possibilité de le prendre. Je vais maintenant essayer d'en préciser les contours en développant les trois intuitions suivantes : des TGE aux TGDG, on ne s'intéresse plus aux mêmes choses (1), l'esthétique des théories n'est plus la même (2), les modes de raisonnement non plus (3).

---

<sup>76</sup> On peut ainsi interpréter la promotion du « Global Constitutionalism » ou du « Societal Constitutionalism » comme une nette rupture avec le modèle westphalien, dans lequel il n'y a de constitution qu'étatique, mais on peut aussi y voir la reconduction à l'échelle globale de l'idée, très ancrée dans l'histoire nationale des puissances occidentales, que la « constitutionnalisation » est forcément la meilleure réponse possible à tous nos problèmes juridiques et politiques, ou encore y voir la projection planétaire de l'expérience européenne du droit de l'UE. Cf. David Kennedy, *The mystery of Global Governance*, art. cit. De même, dans un article précité, Bruce Ackerman décrit « son » *Global Turn* dans ces termes : « *If anything, American practice and theory have moved in the direction of emphatic provincialism. (...) We must learn to look upon the American experience as a special case, not as the paradigmatic case. (...) I have tried to be faithful to this precept in the speculations that follow. Rather than ruminate upon two centuries of American history, I have fixed my eyes firmly on the last half-century of world history and have allowed the American story to enter only as a source of supplementary insight* », Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, art. cit. On ne saurait mieux dire le geste de sortie d'une perspective strictement nationale pour penser les phénomènes globaux, mais tout de même, cette « World History » d'où parle désormais l'auteur, c'est l'histoire de *qui* ?

<sup>77</sup> Il s'est d'ailleurs trouvé un ami relecteur pour estimer, avec d'excellentes raisons à l'appui, que le présent article était, sous certains aspects, typique du statocentrisme de la doctrine juridique française.

### III. Première intuition. A quoi s'intéressent les TGDG ?

*Fondations, constructions, limites.*

Au début de mon intervention, j'indiquais que les TGE se donnaient comme ambition de constituer juridiquement et de rationaliser l'État ou encore de le justifier dans le double sens de légitimer et de rendre juste.

La dimension de légitimation consiste dans l'établissement des « fondations » de l'État, c'est-à-dire à découvrir et énoncer ses « principaux fondamentaux ». Les candidats sont fort bien connus (la conscience du peuple, la puissance du souverain, la volonté générale, la liberté politique, le service public etc.), nous les connaissons d'ailleurs tellement bien que la lassitude qui nous étreint à l'énoncé de la liste pourrait suggérer l'épuisement de la question.

La dimension de construction est essentielle parce que les théories de l'État ne sont pas n'importe quelles théories, ce sont des théories *juridiques*, au sens très précis que l'expression « Théorie Générale » ou encore « Construction Juridique » a pu revêtir entre la fin seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup>, principalement en Europe continentale. Les TGE ne sont pas, en tant que théories, différentes par nature des théories générales du contrat ou de la prescription acquisitive, elles ont en partage les mêmes attributs, tout particulièrement celui de *produire leur objet*, ou encore de déduire des « principes fondamentaux » un ensemble de standards et de règles juridiques assez précis et assez cohérent pour constituer « ordre juridique » déterminé. Ces théories sont donc *dogmatiques*, au sens où elles sont le modèle (principe de production et reflet idéal) du droit public, compris comme l'articulation des droits administratif et constitutionnel<sup>78</sup>.

Ces théories comprennent enfin une dimension critique, qui se confond souvent avec la portée politique de la théorie, qui consiste dans l'énoncé des limites juridiques à l'extension et aux usages des prérogatives et compétences échues aux organes souverains de l'État. En effet, tous les juristes engagés dans l'entreprise TGE ont eu à se poser la question inévitable et lancinante du despotisme et parce qu'ils ont cherché à y répondre en explorant les inclinations modératrices du droit (il y a eu des exceptions bien sûr, elles sont connues, les

---

<sup>78</sup> Cf. M. Xifaras, « *La veritas iuris* selon Raymond Saleilles ... » *art. cit.*

noms qui s'y attachent sont restés dans l'histoire en tant que *salauds*<sup>79</sup>). Limiter par le droit donc, domestiquer le monstre froid en le juridicisant.

Comme on l'a vu, il est toujours possible d'appréhender les phénomènes juridiques planétaires avec les conceptions en vigueur dans l'avant du *post*. C'est effectivement ce qui se passe, la conversation sur le Droit Global est saturée de discours sur les principes universels, les fondements d'une constitution mondiale, la construction d'ordres juridiques transnationaux et les limitations de la souveraineté mondiale. Dans cette littérature, on trouve aussi des théories élaborées une fois pris le *Global Turn*, les TGDG. Ce qui suit ne concerne que ces dernières, et non — tant s'en faut— l'ensemble des théories disponibles dans les arènes globales.

Parce qu'elles revendiquent une perspective globale sur le droit global, les TGDG s'intéressent assez peu aux fondements, aux constructions et aux limitations, mais plutôt, pour des raisons sur lesquelles je reviendrai, à la genèse et aux effets imputable à l'existence d'institutions et de régimes juridiques qu'elles appréhendent comme *inédits*. Dans le *Global Turn* on s'intéresse au nouveau, à ce qui se passe, c'est-à-dire à ce qui émerge et à ce qui circule.

### *Ce qui émerge.*

Le Droit Global se présente comme un ensemble de phénomènes inédits, surprenants, qui viennent faire dérailler les certitudes, les conceptions établies, les théories dominantes. Dans le monde du *post*, il y a du droit sans État<sup>80</sup>, du droit international public hors de l'État<sup>81</sup>, des constitutions sans État<sup>82</sup>, du droit sans sanction<sup>83</sup>, peut-être même du droit sans règles de droit<sup>84</sup>, voire du droit sans juristes, au moins dans une certaine acception du terme<sup>85</sup>. Les distinctions du droit

---

<sup>79</sup> Sur les juristes nazis, cf. Olivier Jouanjan, « Justifier l'injustifiable », *Astérian*, n° 4, avril 2006, pp. 123 sq.

<sup>80</sup> G. Teubner, *Global Law without a State*, *op. cit.*

<sup>81</sup> B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 77, 2009, p. 73.

<sup>82</sup> Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds) *Ruling the World ? op. cit.* ; P. Dobner et M. Loughlin, *The twilight of constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010.

<sup>83</sup> Cf. T. Berns et L. Blesin, « Le devenir contractuel du Global Compact », in Gregory Lewkowicz et Mikhail Xifaras. (eds.), *Repenser le Contrat*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 245 sq.

<sup>84</sup> Le Top 500 world university rankings élaboré par le CWCU of Shanghai Jiao Tong University (Academic Ranking of World Universities est-il du droit ?

<sup>85</sup> Cf. W. Twining, *op.cit.*

interne et du droit international ou du droit public et du droit privé y perdent beaucoup de leur pertinence<sup>86</sup>. Le Droit Global se présente donc un peu comme le réel chez Lacan, ce qui déborde notre capacité de symbolisation à force de ne pas entrer dans les catégories et divisions classiquement admises. C'est bien pourquoi, ce qu'il y a de vraiment global dans le Droit Global, c'est qu'il se manifeste *en émergeant*. C'est pourquoi, depuis maintenant plusieurs décennies, les Théories Globales du Droit Global n'ont eu de cesse — pour se constituer en théories *globales* — de justifier l'irréductibilité de leurs objets aux cadres conceptuels westphaliens, à souligner donc l'importance de ce qui émerge en les débordant : est-ce que la Charte de l'ONU est *vraiment* une constitution<sup>87</sup> ? Est-ce que les déclarations publiques de Nike ont vraiment eu une portée juridique<sup>88</sup> ? Est-ce que la *Lex Mercatoria* est *vraiment* du droit<sup>89</sup> ? Quid des *ratings* des agences de notation<sup>90</sup> ou des critères de classements des Universités<sup>91</sup> ? Est-ce que les

---

<sup>86</sup> Sur la distinction public / privé dans le droit transnational, Horatia Muir Watt, « Private International Law Beyond the Schism » *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2/3, pp. 347-427 et A Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009.

<sup>87</sup> Michael W. Doyle, « The UN Charter – A Global Constitution ? », in J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (ed.), *Ruling the World*, *op. cit.* pp.113-132.

<sup>88</sup> Après avoir découvert que certains sous-traitants de Nike exploitaient le travail des enfants, en contradiction avec les déclarations publiques de la firme à ce sujet, celle-ci fut assignée devant les tribunaux californiens au fondement du droit de la consommation, pour publicité mensongère. La Cour Suprême de Californie a reconnu le caractère commercial de ces déclarations, et partant leur portée juridique. Nike, Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654, 663 (2003). R. M. O'Neil, « Nike v. Kasky--What Might Have Been ... », *Case Western Reserve Law Review*, 2004, vol. 54, p. 1259; F.-G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Revue des sociétés*, 2004, p. 261 ; T. C. Goldstein, « Nike v. Kasky and the Definition of “Commercial Speech” », *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, p. 63. Benoît Frydman, « Stratégies de responsabilisation des Entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. Berns, P.-F. Docquir, Frydman, B. Frydman, L. Hennebel, G. Lewkowicz (eds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, coll. « Penser le Droit » - No. 6, Bruylant, 2007, pp.1 sq.

<sup>89</sup> G. Teubner, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society », in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, *op.cit.*, pp. 3-28.

<sup>90</sup> T. Sinclair, *The New Masters of Capital. American Bond rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Cornell University Press, 2005.

<sup>91</sup> « La recherche et l'identification de « points de contrôle » ou de « garde-barrière » précède souvent la détermination du contenu des normes. Autrement dit, le gendarme et le juge précèdent en quelque sorte le législateur, ce qui ne surprendra guère d'ailleurs les historiens du droit et de l'État. Dans plusieurs secteurs, on voit ainsi apparaître ou se développer, sous diverses formes, des dispositifs de surveillance, d'évaluation et de contrôle, qui tendent à assumer ou à être investis d'une fonction ou d'une mission « quasi-régulatoire » de « monitoring global ». Tel est de manière spectaculaire le cas des agences de notation dans le domaine des marchés financiers, mais aussi de certains

accords-cadres mondiaux sont *vraiment* de nouvelles manières de promouvoir le droit international du travail<sup>92</sup> ? Les TGDG dépensent beaucoup d'énergie à répondre à ce genre de question.

L'étude de l'émergence de phénomènes juridiques perçus comme inédits diffère grandement de ce qu'était l'étude de l'origine d'une institution juridique donnée dans le monde de l'avant du *post*, aux plus belles heures des TGE. Ces Théories se présentaient comme le système articulé et cohérent des institutions juridiques constitutives de l'État, et depuis Savigny, on savait que pour saisir l'essence (ou la « nature juridique ») des institutions de droit, il convenait de remonter à leur origine, souvent romaine mais pas toujours, pour y découvrir leur principes constitutifs fondamentaux, tels qu'ils se donnaient à voir dans la fraîcheur de leur état premier, pour interpréter ensuite leur évolution comme le développement organique de ce germe originaire, dont la propriété essentielle était précisément de conserver les mêmes principes en se développant<sup>93</sup>. C'est bien pourquoi, aux côtés du droit comparé, l'histoire du droit était le savoir auxiliaire par excellence des TGE. C'est dans l'histoire qu'on pouvait trouver les principes des institutions actuelles débarrassés des scories et interpolations postérieures. Et comme l'origine valait aussi fondement, on y trouvait aussi leur pleine justification. On comprend que ces Théories aient été contemporaines des grands projets historiens, et là encore, l'affaire était principalement mais pas exclusivement allemande.

Il me semble que le repérage et l'étude de l'émergence des phénomènes juridiques relève d'un genre passablement différent qui renvoie plutôt à ce que Foucault lecteur de Nietzsche appellerait une généalogie du contemporain<sup>94</sup> : il ne s'agit plus vraiment d'histoire monumentale et l'origine ne délivre plus de fondement. Dans l'entreprise généalogique, on ne cherche plus à retracer la continuité d'une institution juridique de sa naissance à nos jours dans le but

---

*dispositifs de classement ou « rankings », dans des domaines très divers qui vont de la qualité des universités au niveau de respect par les États des droits de l'homme ou de l'État de droit (« rule of law »)», Benoît Frydman, *Comment penser le droit global*, référence, p. 18.*

<sup>92</sup> A. Sobzak, « La responsabilité sociale de l'entreprise : menace ou opportunité pour le droit du travail », *Relations industrielles/Industrial Relations*, 2004, p. 26 ; A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541 ; I. Daugareilh, « La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observations sur une normativité à vocation transnationale », in M.A. Moreau, F.Caffagi et F.Francioni, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, éd. PUAM, Aix-Marseille, 2007, p.275.

<sup>93</sup> Savigny, *Traité de droit romain*, trad. fr. Guenoux, Paris, Firmin Didot, 1855-1860.

<sup>94</sup> Michel Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, P.U.F., 1971, pp. 145-172.



d'asseoir l'identité et la continuité de l'essence de cette institution dans les diverses étapes de son évolution, mais plutôt à souligner les discontinuités et les bifurcations, la contingence des rencontres d'où procèdent de nouvelles lignées, et par suite, à constituer ce qui apparaît en *événement*<sup>95</sup>.

Non pas que ce qui émerge en débordant nos cadres conceptuels (si cette expression a un sens) soit forcément nouveau. L'ancien, le même revenant, le permanent, le sempiternel jusqu'alors occultés se présentent aussi en émergeant. Mais parce que les phénomènes juridiques globaux émergent, qu'ils soient anciens ou nouveaux, ils se donnent à ceux qui les observent comme inédits, incompréhensibles, étonnants. Ceux des juristes savants qui le souhaitent pourront toujours s'exercer à les inscrire dans une Histoire Monumentale et disposent d'ailleurs pour ce faire, au choix, de la Grande Geste du triomphe du libéralisme, de l'expansion du capitalisme, de l'approfondissement de la démocratie, ou encore de l'universalisation de la culture des droits de l'homme. Mais ceux qui inclinent à constituer ce qui émerge en événements se trouveront mieux disposer à faire droit aux contingences, bifurcations et discontinuités temporelles dont s'occupent les généalogistes. Ajoutons que si rien n'oblige à faire un choix plutôt qu'un autre, les histoires monumentales, même purgées de leurs très nombreuses prémisses métaphysiques originelles, postulent un régime d'historicité relativement homogène dont la crédibilité est mise à mal par la fragmentation des visions du monde et des temporalités dans la *Métropolis* planétaire<sup>96</sup>. C'est pourquoi il me semble, mais je peux me tromper, que l'approche généalogique, qui n'est aujourd'hui revendiquée que par un petit nombre d'historiens de la globalisation juridique, pourrait bien avoir l'avenir devant elle.

Dans la perspective généalogique, les récits de l'émergence des objets du Droit Global sont pleins de ces contingences, ruptures et bifurcations, qui offrent en retour à celui qui entreprend de raconter leur genèse un nombre indéfini de récits possibles<sup>97</sup>. On dira l'affaire Nike en retraçant le rôle de la réputation dans l'effectuation des normes juridiques, en racontant le devenir de la métaphore anthropomorphe appliquée aux personnes morales, en évoquant ce que furent les prérogatives juridiques des premières Compagnies commerciales ou en s'intéressant aux transformations des conditions du travail des enfants dans le

---

<sup>95</sup> Sur la notion d'événement, Gilles Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968.

<sup>96</sup> Sur la notion de régime d'historicité, François Hartog, *Régimes d'historicité. Présentisme et expérience du temps*, Paris, Le Seuil, 2003.

<sup>97</sup> Duncan Kennedy utilise la métaphore d'un arbre sans tronc, dont le dernier descendant est issu d'une série indéfinie de croisements entre un nombre toujours plus grand de lignées que le généalogiste remonte librement. Cf. Duncan Kennedy, « Savigny's Family/Patrimony Distinction ... » *art. cit.* p. 831.

tiers-monde. Tous ces récits généalogiques disent en effet quelque chose de l'affaire Nike.

Dans l'histoire monumentale comme dans l'entreprise généalogique, le point de départ est le présent dans lequel se produit l'événement, et l'on s'attache à en retracer la genèse, mais alors que la quête des origines prétend décrire un processus historique unique et nécessaire et remonter jusqu'à une origine véritable et fondatrice, ce qui revient à faire la part du passé dans le présent, la généalogie s'emploie à rendre le passé contemporain, en faisant du présent le point de convergence d'une pluralité de devenirs possibles, qui ne s'ordonnent en récits que sous la plume du généalogiste. Cette manière de rapporter le passé au contemporain rappelle les histoires philosophiques qui avaient cours aux premières heures de la mondialisation, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, avant que l'histoire ne devienne la discipline qu'on connaît. Ces histoires étaient philosophiques au sens où l'étaient ces *french philosophes* qui de Montesquieu à Raynal ou Diderot<sup>98</sup>, étaient écrites contre les Histoires du Monde universelles des théologiens, ne prétendaient pas dégager de causalités linéaires, faisaient lourdement appel aux *exempla* et aux *topoi*, et pour reprendre une formule de Paul Veyne, estimaient qu'expliquer plus, c'était raconter mieux<sup>99</sup>. Les TGDG se sont déjà constitué leur répertoire de cas exemplaires (Nike, Pinochet, Bohpal (Union Carbide), Yahoo !, Chevron, Trafigura ...) et de lieux communs, elles présentent des histoires de la globalisation juridique qui ne sont ni l'Histoire du Monde, ni celle de l'Humanité, mais le récit édifiant des relations juridiques significatives et intéressantes qu'entretiennent entre elles diverses puissances et forces, à l'échelle de la planète. Ce n'est guère qu'une intuition, mais le rapprochement est tentant : si les TGDG ont un régime d'historicité propre, il se pourrait que ce soit celui là.

Ajoutons que de tels récits ne sont pas forcément moins informés ou moins érudits que ceux offerts par l'histoire monumentale, bien qu'ils se fassent un point d'honneur à cultiver l'esprit plutôt que la raison, et à sacrifier le moins possible au culte de l'érudition, ils doivent cependant assumer leur propre contingence, exposer les raisons qui les conduisent à élire une généalogie plutôt qu'une autre parmi toutes celles qui sont disponibles, se donner donc pour une intervention ou pour une performance plutôt que pour le reflet fidèle de la vraie nécessité historique.

---

<sup>98</sup> Cf. Kenta Ohji, « Civilisation et naissance de l'histoire mondiale dans *l'Histoire des deux Indes* de Raynal », *Revue de synthèse*, 2008, tome 129, 6<sup>e</sup> série, n° 1, pp. 57-83.

<sup>99</sup> Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, p. 111.

*Ce qui circule.*

Le Droit Global est le produit de l'intensification de la circulation des concepts, des techniques, des arguments, des règles et des méthodes, aussi bien que des juristes eux-mêmes. Etudier un phénomène juridique, ce n'est pas forcément creuser profond en remontant vers ses bases ou son passé, c'est étudier des glissements de surface, retracer les trajectoires, les échanges, les emprunts, les transplants. Une des dimensions privilégiées par les TGDG pourrait être l'examen des conditions et modalités de diffusion et de réception de tel ou tel objet juridique, les problèmes de traduction afférents, et conduire à la cartographie des itinéraires empruntés, au relevé des voies et des aires de circulation, ainsi qu'au relevé des malentendus et trahisons qui sont l'ordinaire de ce genre de voyages. On ne se demandera plus comment telle ou telle institution juridique antique dit la vérité de nos institutions politiques contemporaine<sup>100</sup>, on ne disputera pas non plus de savoir si ces essences sont d'origine romaine, canonique ou encore germanique<sup>101</sup>, on se demandera plutôt par quels canaux telle institution a bien pu passer pour qu'elle prenne la forme qu'elle a désormais acquise en Chine, après qu'elle a été mal traduite en japonais, puis exportée telle qu'elle à Taiwan, où elle est devenue autre chose. Un savoir des mouvements de surface donc, des flux horizontaux et transnationaux, ou encore un savoir cartographe des circulations, que certains appellent *généalogies transnationales*<sup>102</sup>.

On peut interpréter tout ceci comme une revanche de la géographie sur l'histoire, et se demander si le Droit Global n'est pas ce qui vient *après* l'histoire, non pas au sens où il ne se passerait désormais plus rien (la fin des temps), non pas non plus au sens de l'achèvement du processus historique de constitution de l'Humanité en Sujet de l'Histoire, mais peut-être au sens de l'épuisement de la croyance dans la vérité de ce processus, et plus certainement encore de celle des

---

<sup>100</sup> Exemples : le mandat civil, vérité du gouvernement représentatif (Pierre Legendre, « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons* vol. 30 (1973) pp. 7-35) ; la gestion d'affaire, vérité du rapport constitutif des organisations (Maurice Hauriou, *La gestion administrative: étude théorique de droit administratif*, Paris : L. Larose, 1899) ; la personnalité morale vérité de la constitution juridique des États, et plus généralement des groupes (E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies : A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957)

<sup>101</sup> Cf. pour une bonne description, la Grande et passablement Vaine Querelle sur les origines de la propriété et de la possession, Paul Ourliac et Jehan De Malafosse, *Histoire du Droit privé*, tome 2 : les biens, Paris, PUF, 1971.

<sup>102</sup> Duncan Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill, *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 185 sq.

récits historiens du monde. L'« Histoire du droit » pourrait y perdre les disciplines ordinaires qui lui confèrent les traits qu'on lui connaît aujourd'hui, la science juridique pourrait alors y perdre certaines des versions les plus familières de sa « science auxiliaire » préférée, elle pourrait alors s'adjoindre les services de la géographie conceptuelle et dynamique des mouvements de circulation des règles, catégories et modes de raisonnement qui circulent à la surface du globe.

L'État des TGE évoluait, se transformait, se développait mais soit qu'il évoluait très lentement, soit que depuis Tocqueville on ait pris l'habitude de ne plus trop croire à ces changements à force d'apercevoir des continuités dans leur dos, il présentait la particularité notable de toujours rester à la même place, au point d'offrir un cadre fixe assez pérenne pour que s'y établissent les communautés savantes chargées de raconter son histoire. Le Droit Global, lorsqu'il est conçu du point de vue du *Global Turn*, n'évolue pas vraiment, et ne se développe pas non plus, il surgit, se disperse et mute. Les vieux sages pourront expliquer que ces mouvements de surface ne sont que des mouvements de surface, que toute mutation indique la présence d'un cycle, que ce qui se présente sous les yeux comme inédit est en fait fort bien connu depuis fort longtemps (au moins des vieux sages). Ils pourraient n'avoir pas tort, comme on a l'a vu, rien ne permet de penser que tout ce qui émerge est nouveau. Mais d'autres, moins vieux et moins sages peut-être, hésitent à sous-estimer les failles et les butées qui viennent interrompre la continuité des cycles et des évolutions, ne trouvent pas que la nouveauté soit fatalement une faute de goût, se réjouissent qu'il puisse arriver que des choses se passent, et estiment qu'elles méritent d'être pensées comme telles, dans la fraîcheur de l'étonnement<sup>103</sup>.

#### **IV. Intuition 2. L'esthétique des théories globales du Droit Global**

On l'aura compris, ce qui distingue d'abord et avant tout les TGE des TGDG, c'est une affaire de style. Il est d'usage chez les juristes de ne pas accorder beaucoup d'importance aux questions esthétiques, elles pourraient s'avérer être assez importantes pour ne pas devoir être tout à fait délaissées. Pour développer cette seconde intuition, je vais m'appuyer entièrement sur un magnifique article

---

<sup>103</sup> Sur la fraîcheur dans l'étude du droit on se reportera à Louis Assier Andrieu glosant Karl Llewellyn, cf. Louis Assier Andrieu, Introduction à H. Adamson et K. Llewellyn, *La voie Cheyenne, Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Bruylant/LGDJ, 1999.

de Pierre Schlag — *The Aesthetics of Law*<sup>104</sup>, que je vais brièvement résumer avant d'en proposer une lecture, aussi subjective que le reste de cet article<sup>105</sup>.

### A) Les esthétiques du Droit selon Pierre Schlag

Pierre Schlag utilise le terme « esthétique » au sens large, désignant non pas les seules activités artistiques, mais le mode sensible d'appréhension des objets extérieurs. Selon lui, le droit est une « entreprise esthétique », dans le sens où les théories et les discours juridiques font appel et promeuvent un certain mode de perception sensible du monde et de ses objets. Sans trop entrer dans les détails, ses travaux portent sur les théories et discours du droit américain, qui seraient selon lui solidaires de quatre esthétiques distinctes.

La première serait une esthétique du *maillage* (*grid aesthetic*) en ce qu'elle présente le droit dans un espace à deux dimensions, divisé par des aires contiguës et bien délimitées<sup>106</sup>. Cette esthétique a le souci constant de distinguer rigoureusement les régimes juridiques, les actes, les organes, les fonctions et de produire des critères identifiables de ces distinctions, offrant ainsi une représentation du droit faite de lignes claires et d'espaces clairement définis.

La seconde esthétique serait une esthétique de l'énergie (« *energy aesthetic* »), tournée vers les forces, leurs rapports, et leurs conflits, le mouvement, la dynamique et les flux que ces rapports et conflits engendrent<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Pierre Schlag, « The Aesthetics of American Law », *Harvard Law Review*, 2001-2002, vol. 115, pp. 1048 sq.

<sup>105</sup> Je remercie très vivement Pierre Schlag pour la généreuse discussion qu'il m'a offerte à propos de cet article que j'interprète très librement.

<sup>106</sup> « *In the grid aesthetic, law is pictured as a two-dimensional area divided into contiguous, well-bounded legal spaces. These spaces are divided into doctrines, rules, and the like. Those doctrines, rules, and the like are further divided into elements, and so on and so forth. The subjects, doctrines, elements, and the like are cast as "object-forms." They exhibit the characteristic features of objects: boundedness, fixity, and substantiality. They have insides and outsides that are separated by well-marked boundaries. The resulting structure — the grid — feels solid, sound, determinate. Law is etched in stone. The grid aesthetic is the aesthetic of bright-line rules, absolutist approaches, and categorical definitions* », p. 1051.

<sup>107</sup> « *In the energy aesthetic, law is cast in the image of energy. Conflicting forces of principle, policy, values, and politics collide and combine in sundry ways. Precedents expand or contract in accordance with the push and pull of policy and principle. Legal rules, principles, policies, and values have magnitudes that must be quantified, measured, and compared. Movement and flux are the orders of the day* », p. 1051.

Dans cette esthétique, le Droit est en marche, il avance, *il progresse*<sup>108</sup>. Cette marche, ces avancées, ces progrès peuvent être mesurés, quantifiés, et par suite balancés. Pierre Schlag associe cette esthétique aux écoles nées dans le sillage du New Deal quand apparut l'idée d'un État perpétuellement « *on the move* ». L'esthétique de l'énergie est celle du management de la Réforme permanente, elle repose sur la possibilité de quantifier des magnitudes.

La troisième esthétique est le perspectivisme (« *perspectivist aesthetic* »), qui offre une représentation du droit qui varie selon la situation de celui qui l'observe<sup>109</sup>. Le perspectivisme renonce à adopter le point de vue du narrateur omniscient, assume le caractère situé des théories juridiques qu'il interprète comme des projets, admet leur caractère politique, reconnaît leurs prémisses constructivistes et embrasse leur scepticisme. Les pionniers de cette esthétique seraient Robert Hale ou Charles Reich, mais on la trouve surtout développée par la reconstruction féministe et les approches identitaires du droit<sup>110</sup>. L'esthétique perspectiviste est une esthétique de la relation, dont elle présuppose la stabilité (par exemple : les hommes sont distincts des femmes, les hommes dominent toujours les femmes, et il convient d'y remédier par le droit)<sup>111</sup>.

La quatrième et dernière esthétique est dite dissociative (« *dissociative aesthetics* »). C'est une radicalisation (ou une dissémination) du perspectivisme, dès lors que les phénomènes juridiques ne sont plus appréhendés dans la perspective unique adoptée par le juriste savant qui les observe, mais à partir de la multiplicité des perspectives qu'adoptent l'ensemble des observateurs du droit, y compris les acteurs et le juriste savant qui produit la théorie<sup>112</sup>. Cette

---

<sup>108</sup> « *The great appeal of Law as energy is the sensation that things are happening: Law is on the march. It is progressing. Wealth is being maximized. Accidents are being deterred. Reform is on the way. The kettle is boiling. Legal professionals feel that they are part of an enterprise that is going somewhere or doing something. Law has power; it's charged* », pp. 1071-1072.

<sup>109</sup> « *In the perspectivist aesthetic, the identities of law and laws mutate in relation to point of view. As the frame, context, perspective, or position of the actor or observer shifts, both fact and law come to have different identities. Accordingly, the social or political identity of the legal actor or observer becomes the crucial situs of law and legal inquiry* », p. 1052.

<sup>110</sup> Ainsi, le féminisme juridique adopte le point de vue de l'émancipation des femmes sur le droit, comprend par suite le système juridique comme une institution patriarcale et cherche à mettre en évidence les effets structurels de la domination masculine, principalement dans le droit de la famille et de la sexualité. Ce faisant, il élabore une représentation féministe du droit *en général*, le droit tel qu'il est vu depuis la perspective féministe.

<sup>111</sup> Sur cette définition minimale du féminisme juridique, Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton University Press, 2008.

<sup>112</sup> « *The dissociative aesthetic is a radicalization of perspectivism. In its weak form, perspectivism depicts a legal artifact — say, for example, a law — as meaning different*

démultiplication des perspectives interdit de donner aux phénomènes juridiques une définition stable ou même une forme précise, ces phénomènes étant toujours en même temps « ceci » et « cela », parfois même « un peu ceci et un peu cela »<sup>113</sup>. L'esthétique dissociative étend le scepticisme à la position même de l'énonciateur de la théorie, renonce par là même à proposer une reconstruction du droit, fut-elle partielle et située. C'est une esthétique des multiplicités et des variations qui propose une appréhension *liquide* du droit<sup>114</sup>. Elle s'illustre fort bien dans certaines versions post-modernes des *Critical Legal Studies*.

### B) *Les esthétiques des théories globales du Droit Global*

J'en viens maintenant à ma deuxième intuition : ce qui précède se présente comme une histoire esthétique des théories juridiques dominantes aux États-Unis le siècle dernier : du formalisme au réalisme, du réalisme aux politiques de l'identité (*identity politics*), des politiques de l'identité aux versions post-modernes des *Critical Legal Studies*). Tout ceci offre une passionnante ressource pour faire l'histoire de la pensée juridique américaine, ce n'est cependant pas à cette fin que je voudrais en faire usage.

Il me semble — bien que Schlag ne le dise pas — qu'il est aussi possible

---

*things depending upon one's perspective. Hence, in a weak perspectivism, a law appears to mean different things depending upon whether it is perceived from the vantage point of a judge, a litigator, a client, an enforcement official, and so on. What makes this perspectivism "weak" is that even as the meaning of the law changes depending upon the perspective, the identity of the law remains the same. In a stronger perspectivism, a law is itself always a construct of a variety of perspectives - each of which is in part a reflection of the others. In this stronger perspectivism, the meaning of a law for one party (for example, the judge) is at least in part what it means for another party (for example, the lawyer), which in turn ... and so on and so forth. An even more radicalized perspectivism (and this brings us to the dissociative aesthetic) dissolves stable identities. Not only is the image of a stable identity independent of perspective gone (strong perspectivism), but the multiplicity of perspectives no longer seems to cohere sufficiently to produce stable identities. With the advent of this dissociative aesthetic, we experience the dissipation of form and the dissolution of identity. », pp. 1092-1093.*

<sup>113</sup> P. Schlag, *art. cit.*, p. 1096.

<sup>114</sup> « *In the dissociative aesthetic, identities collapse into each other. Nothing is what it is, but is always already something else. Any attempt to refer to X is frustrated, as even the most minimal inquiry reveals that X is an unstable glomming-on of many other things that cannot be subsumed or stabilized within any one thing. The crucial contributions of the prior aesthetics - the grid (and its fixed identities), energy (and its quantifiable magnitudes), and perspective (and its identifiable relations) - have all collapsed. No determinable identities, relations, or perspectives survive », p. 1052.*

d'interpréter ces quatre esthétiques comme deux binômes faisant structure<sup>115</sup>. L'esthétique de l'énergie, parce qu'elle est une esthétique du mouvement, du déplacement des frontières et du chevauchement des divisions, se présente comme la critique interne de l'esthétique du maillage. L'esthétique dissociative est très explicitement la radicalisation de l'esthétique perspectiviste. Le premier binôme est celui du couple statique / dynamique, le second du couple totalité / multiplicité. Dans ces couples, le second est la critique interne du premier, et présuppose son hégémonie relative.

Mon intuition serait que l'esthétique des TGE relève *plutôt* du premier couple (maillage/énergie), et celle des TGDG *plutôt* du second (perspective / dissociation). Ainsi, le basculement dans le *post* marquerait un changement d'esthétique, les TGDG, comme les TGE en leur temps, étant intimement associées à une structure esthétique (et non pas à une esthétique) précise.

On comprend l'attrait du couple maillage / énergie pour l'élaboration des TGE. Ces dernières doivent en effet constituer leur objet (l'État) en le délimitant dans l'océan de ce avec quoi on pourrait le confondre, et en donnant une représentation dont la possibilité repose sur l'existence d'un cadre fixe (la communauté savante nationale), dont le socle est en l'espèce fournit par leur objet même (l'État). De manière assez naturelle, leur critique interne consiste à mettre tout cela en mouvement. Parce que les TGDG se donnent pour objet ce qui émerge et ce qui circule et se comprennent comme inscrites dans ces flux, la question de savoir d'où la théorie est énoncée devient préalable et impose le choix d'une perspective déterminée, le plus souvent articulée à un projet politique et/ou épistémologique. De manière non moins naturelle, la critique interne de ces théories repose sur leur relativité et les effets d'annulation réciproques que produit la confrontation des diverses perspectives existantes.

Pour prendre les choses dans l'autre sens, lorsqu'on inscrit sa démarche scientifique dans le cadre fixe d'une communauté savante nationale, on est pas obligé de se demander d'où l'on parle et à qui, parce qu'on peut prétendre parler au nom de l'universalité de la science et de la rationalité de l'État, parce qu'on s'adresse à des gens qui ont l'habitude de se parler entre eux, parlent à peu près la même langue, apprise dans la fréquentation des mêmes bibliothèques, et qu'ils sont enclins à penser que cette manière de parler est la seule, ou la seule disponible, ou du moins la meilleure.

Dans la *Métropole* planétaire, c'est tout autre chose, on parle à des *global professors* qui ont en commun d'avoir eu à négocier leur arrachement (au moins partiel) à la communauté savante nationale d'où ils sont issus, d'être tous des

---

<sup>115</sup> Claude Levi Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, nouv. éd. revue, La Haye-Paris, Mouton, 1968.



immigrés de fraîche date qui portent encore les marques de leur ascendance, sans pour autant que cette communauté d'expérience leur permette de partager un socle culturel, dès lors que la signification et la manière de négocier cet arrachement varient considérablement selon la communauté d'où l'on s'arrache, et selon le degré d'arrachement auquel on est parvenu. Il y a autant de manières de devenir un *global professor* que de modalités de diffusion des diverses versions du juridisme occidental et de leur réception au sein de cultures et dans des contextes historiques singuliers. La reconnaissance de cette multiplicité d'expériences appelle et nourrit le perspectivisme (et sa critique interne dissociationniste).

Il est vrai que la *Métropolis* planétaire a certainement un centre (ou une conférence des centres), des périphéries et des semi-périphéries, que plus on est situé au centre de cette *Métropolis*, plus on est enclin à oublier sa propre situation et à considérer cette dernière en surplomb, comme si l'on pouvait s'en abstraire. Plus on se trouve au centre (ou dans l'un des centres) de la *Métropolis* planétaire, plus le Droit Global apparaît sous la forme d'un droit uniforme et universel indifférent aux conditions et aux contextes de sa production, une sphère sans bords. Dans l'ère du *post*, l'ethno-centrisme ne disparaît pas, il se transforme en quelque chose comme un *globo-centrisme* qui reconduit fidèlement sa forme et ses aveuglements. Dans l'avant du *post*, l'ethno-centrisme théorique se devait de fournir des efforts considérables pour occulter tout ce qui aurait pu suggérer l'existence et la valeur d'autres univers symboliques et modes de pensée que « le mien ». Dans le *post*, le globo-centrisme dépense plus d'énergie encore à essayer d'oublier que ce qu'il appelle la sphère globale est fragmentée, traversée de frontières et de lignes de faille au point d'ailleurs de n'être pas une sphère. Et comme ces frontières et ces lignes de faille sont têtues, le perspectivisme (et sa critique dissociationniste) sont des candidats idéaux à fournir les esthétiques dominantes des TGDG, *même au centre*.

## V. Intuition 3. Les rationalités du Droit Global

### *Le regard éloigné*

Parce que les TGDG cherchent à appréhender les phénomènes juridiques à l'échelle planétaire, les objets pertinents dont elles s'occupent doivent se voir de loin. Sans doute est-ce un effet du changement d'échelle, mais là où les TGE s'attachent à la construction précise et minutieuse de doctrines juridiques assez compréhensives pour rendre compte dans le détail d'un ordre juridique interne

donné, les TGDG ont tendance à aborder les choses « en gros », à un degré de généralité qui laisse parfois peu de place aux subtilités techniques. On comprend pourquoi : dans le Droit Global, les choses ne sont intéressantes que lorsqu'elles se voient de loin. Vu de Chine, Duguit ressemble beaucoup plus à Hauriou que vu de Toulouse ou de Bordeaux. Vu du Soudan, la composition du Conseil constitutionnel français ne diffère pas tant que ça de celle de la Cour Suprême américaine. On se découvre des similitudes dans le regard éloigné, on perd en sophistication et en précision — c'est le règne des grandes synthèses et des raccourcis stratégiques.

On perd aussi en complétude : lorsqu'on fait une étude sur la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'expropriation, on peut encore espérer proposer à ses lecteurs une bibliographie complète, et la liste exhaustive des arrêts pertinents, mais lorsqu'on travaille sur le droit administratif global de l'expropriation, ne pas lire le japonais ou le chinois interdit d'accéder à une foule d'études et de cas qui intéressent directement le sujet. Faut-il pour autant renoncer à traiter la question ? La masse de textes et les obstacles linguistiques ont transformé l'idéal d'exhaustivité en rêve inaccessible ou en symptôme névrotique. On peut le regretter, y voir le triomphe du flou, du journalisme et des idées vagues. Il est vrai (on y reviendra) que le rôle privilégié de la technique dans le mode de théorisation propre aux TGE s'en trouve affaibli, et que la technique reste largement ce qui fait la noblesse et la robustesse des théories juridiques dans nombre de communautés savantes nationales (mais pas dans toutes). Le basculement dans le *post* serait synonyme d'un affaïssement de la rigueur et du sérieux qui sied à toute pensée juridique digne de ce nom.

On peut cependant aussi considérer que ce qui se joue dans le *Global Turn* est moins l'affaïssement de la rigueur et du sérieux que leur transformation, les TGDG produisant les standards et les critères de nouveaux modes de raisonnement fondés sur l'acuité stratégique, l'originalité des thèses, la clarté de la synthèse, la puissance prospective, la fécondité des perspectives de recherche et l'intérêt des projets rendus pensables. On interprètera alors le *Global Turn* comme l'émergence de nouvelles formes de rigueur et de sérieux dans la pensée juridique.

Je n'ai pas les compétences requises pour disserter de la question de savoir s'il existe une « logique juridique », si cette « logique juridique » est propre à la science juridique ou si ce n'est que l'application d'une logique universelle aux phénomènes juridiques, et si l'idée d'une « logique nouvelle » est un monstre logique ou pas. Je voudrais toutefois suggérer, dans cette troisième partie, qu'on ne raisonne et n'argumente pas tout à fait de la même manière dans les TGE et dans les TGDG. Le sujet est vaste, il me dépasse largement, je me contente de jeter quelques pistes de réflexion.

### *Pluralisme normatif*

Qu'on le fasse au fondement de l'autonomie du droit, de son caractère autotélique et auto poïétique, ou en invoquant la circularité herméneutique, on s'accorde en général à considérer le droit comme un système plus ou moins clos au sein duquel les arguments ne sont pertinents que lorsqu'ils sont eux-mêmes reconnus comme juridiques. On peut certes se prévaloir de considérations politiques ou de valeurs de justice, mais ces dernières doivent être traduites *juridiquement*. Devant un juge, on n'attend pas des parties qu'elles excipent de la supériorité de leur statut social ou de l'impolitesse de la partie adverse, le dernier mot est réputé revenir à des arguments *juridiques*<sup>116</sup>. En conséquence de quoi, c'est du point de vue interne au droit que les juristes opèrent le départ entre droit et non droit, à travers la reconnaissance par le système juridique de la juridicité des compétences, faits, règles, concepts ou arguments en cause<sup>117</sup>. C'est pourquoi, lorsque les TGE ont voulu être des Théories *juridiques* de l'État, elles ont eu pour ambition de tracer avec le maximum de précision la frontière qui sépare l'État compris comme système de normes juridiques de l'État entendu comme phénomène sociologique ou psychologique, ou encore comme puissance politique. Pour ce faire, ces TGE se sont attachées, de diverses manières, à *réduire* les phénomènes offerts à leur sagacité à des phénomènes proprement *juridiques* et à donner à ces derniers une forme spécifiquement *juridique*. Les deux opérations principales de ce mode de théorisation ont été la *réduction* du chaos de la vie du droit à quelques types d'objets clairement identifiés (des normes bien sûr, mais parfois aussi, selon l'ontologie adoptée, des concepts, des idées forces, des actes, des organes *etc.*) et la *formalisation* de ces objets juridiquement qualifiés, à l'aide de catégories reconnues pour être juridiquement significatives, puis systématiquement classés dans des taxinomies reconnues comme juridiquement pertinentes. Je vais beaucoup trop vite, mais je crois que tout le monde voit à peu près de quoi il est question<sup>118</sup>.

Il me semble, mais ce n'est qu'une intuition, qu'un des traits caractéristiques du Droit Global, c'est de nous proposer des phénomènes qui sont du droit *en un certain sens*, mais qui ne peuvent pas être correctement décrits ou *a fortiori*

---

<sup>116</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia, op. cit.*

<sup>117</sup> Mikhail Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2011, vol. 3, pp. 451 sq.

<sup>118</sup> Pour un examen plus précis des opérations menées par les « Théories générales », cf. M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles », *art. cit.*

expliqués dans le cadre d'une épistémologie qui se voudrait strictement juridique, au sens des opérations de réduction et de formalisation que je viens d'évoquer. Le code de bonne conduite d'une grande entreprise multinationale n'est pas un texte juridique de portée normative quand il sert d'argument marketing sur un site web, il le devient lorsqu'il est invoqué devant un juge qui y voit le fondement d'obligations juridiques. Les référentiels établis et adoptés volontairement par des acteurs privés ne sont pas du droit, mais ils le deviennent lorsqu'un acheteur conditionne la passation du marché à l'existence et à la continuation de la certification des activités de son co-contractant. On a essayé de dire cette difficulté en parlant de *soft law*. Il me semble que cette *softness* est un des attributs courant du Droit Global, largement constitué de ces normativités hybrides qui sont et ne sont pas du droit, selon ce qu'on en fait et le point de vue à partir duquel on les considère<sup>119</sup>.

En s'inspirant des travaux de l'anthropologie juridique, on a cherché à rendre compte de ces hybrides en évoquant le « pluralisme juridique »<sup>120</sup>. L'expression désigne ordinairement la coexistence de normes positives (au sens du droit étatique) et de normes non positives, issues du droit vivant (Ehrlich) ou du droit social (Gurvitch)<sup>121</sup>. Ce pluralisme là est qualifié de *juridique* dans la mesure où ces théories cherchent à établir la reconnaissance de la juridicité de règles non étatiques, dans le but de contester la réduction du droit au droit positif de l'État. Il reste que même les ordres juridiques nationaux les plus centralisés ont toujours reconnu l'existence, au sein du système juridique, de règles d'origine non étatique (les coutumes ou les usages professionnels par exemple) et qu'en pratique l'État n'a jamais prétendu sérieusement au strict monopole de la production normative, mais bien plutôt à la *prévalence* du droit étatique sur le droit vivant (ou social)<sup>122</sup>. Dans ce sens, il se pourrait que le pluralisme du Droit Global excède largement ce qu'on entend ordinairement par l'expression « pluralisme juridique ». En parlant de « droit vivant » ou de « droit social » à propos des règles produites par d'autres institutions que par l'État, on s'offre de dissocier le droit du droit de l'État, de reconnaître un droit non étatique et de concevoir des hybrides droit positif / droit social, mais on ne se met pas en position de penser l'articulation entre des normativités juridiques et non juridiques au sein d'hybrides droit/non droit.

---

<sup>119</sup> Pour une superbe analyse de normativités hybrides, Karl Marx, articles sur les vols de bois, édités en français par P. Lascoumes et H. Zander : *Marx, du vol de bois à la critique du droit*, Paris, P.U.F., 1984.

<sup>120</sup> Par exemple, B. De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, London, Butterworths, 2002 ; Paul Schiff Berman « Global Legal Pluralism », *Southern California Review*, Vol. 80, 2007, p. 1155. Cf. aussi G. Teubner, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, 1992, vol. 13, p. 1443.

<sup>121</sup> John Griffiths, « What is legal pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, pp. 1 sq.

<sup>122</sup> Cf. le dernier chapitre de H. Adamson et K. Llewellyn, *La voie Cheyenne*, *op. cit.*

Parler de « droit social » à propos des règles de bon voisinage d'origine non étatique n'a de sens que parce que ces règles sont quelque chose comme un droit latent en attente de reconnaissance par le droit positif dans un contexte institutionnel où ce dernier prévaut. C'est d'ailleurs sans doute la prévalence du droit étatique dans un contexte social donné qui explique que les normes sociales puissent être appréhendées dans des schèmes de pensée et des catégories homologues à celles que véhicule le droit étatique, et ramenées à du droit latent. L'analyse juridique se saisit des règles de négociation amiable en cas de divorce et les traite comme des règles de *droit en action* parce que ces négociations se produisent à *l'ombre du droit*<sup>123</sup>, c'est-à-dire dans un contexte institutionnel où le conflit qui naîtrait de leur échec se réglerait devant un juge, au fondement des dispositions du droit positif de la famille. Ce pluralisme là est bien *juridique* dans le sens où les normativités qui régissent effectivement les comportements en cause prolongent et complètent un mode *juridique* de règlement des conflits assez dominant dans ce contexte social donné pour modeler ces normativités, et les régir en dernière instance. Les règles de civilité entre voisins ou de négociation au sein des couples mariés se trouvent ordonnées à un mode de fonctionnement, des procédures, des catégories et des protocoles de pensée qui sont ceux du droit et de sa pensée. La proximité et la prévalence du juridisme les constituent en ordres normatifs *auxiliaires* ou *quasi-juridiques*. La notion de pluralisme juridique ne désigne pas une sortie de l'horizon du juridisme, ni même sa mise en danger, mais bien plutôt l'extension de ses marges, la constitution de la société et de son droit en double inversé de l'État. Elle repose sur la prévalence incontestée du droit, qu'elle comprend soit comme un axiome indiscutable illustrant une croyance sans faille dans l'universalité anthropologique du juridisme et de ses catégories (tout ordre normatif est du droit, il y a donc de la propriété chez les Cheyennes presque comme chez nous, ou vraiment pas comme chez nous, ce qui est encore plus amusant) soit parce que la prévalence du droit est inscrite dans la définition même du droit entendue comme « ordre normatif prévalent dans un contexte donné ». Ainsi, l'ordre normatif qui fonctionne au juridisme occidental devient « notre » droit, les ordres normatifs prévalant chez les autres sont « leur » droit, et fonctionnent autrement (il n'y a donc pas de propriété chez les Cheyennes, mais leur ordre normatif est du droit puisqu'il prévaut chez eux). Dans un cas comme dans l'autre, on manque de mots pour distinguer au sein des ordres normatifs qui prévalent dans leur contexte, ceux qui fonctionnent au juridisme occidental et les autres.

On pourrait avoir besoin de ce genre de mot pourtant, parce qu'au sein des hybrides normatifs qui peuplent le Droit Global, il se pourrait que la part du droit

---

<sup>123</sup> Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, « Bargaining in the *Shadow of the Law*: The Case of Divorce », *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, pp. 950 sq.

ne soit pas toujours prévalente, que par suite le droit ne soit pas en mesure de constituer les normativités auxquelles il s'articule en ordres normatifs auxiliaires ou *quasi*-juridiques (comme il a l'habitude de le faire avec le droit social), mais qu'à l'inverse, ce soit le droit, ses règles, ses procédures et ses catégories qui se trouvent ordonnés à d'autres normativités, dont le fonctionnement est étranger au juridisme.

Les règles édictées par le Mimpo en matière de règlement de conflits de voisinage sont applicables sur tout le territoire japonais, et il arrive parfois qu'on y recoure, il se pourrait cependant que dans nombre de communes rurales la signification et l'usage de ces règles soient ordonnés au *jôshiki* qui prévaut dans cette communauté et commande ordinairement la manière dont s'y résolvent les conflits, en intégrant au besoin les dispositions du Mimpo dans cet ordre normatif.

Lorsque Yahoo ! a été condamné par un tribunal français pour incitation à la haine raciale après qu'aient été échangés des insignes nazis sur un de ses sites d'enchères marchandes, cette décision était destinée à rester lettre morte, le site incriminé n'étant pas localisé en France. Yahoo ! a cependant retiré les objets en cause, non pas tant pour satisfaire une obligation juridique qui ne la liait pas, mais pour préserver son image de marque dans un dispositif communicationnel mondial puissamment normatif où la valeur qui s'échange est la réputation<sup>124</sup>.

La China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) reconnaît aux parties la possibilité de chercher à régler leurs différends à travers une procédure mixte de « conciliation » et d' « arbitrage » dite « Med-Arb ». A rebours des principes d'impartialité généralement admis ailleurs<sup>125</sup>, parmi lesquels l'interdiction faite au juge d'avoir eu à connaître antérieurement du litige dont il est saisi, la CIETAC (ainsi que la chambre d'arbitrage de Hong Kong) n'interdit pas que le conciliateur se fasse arbitre en cas d'échec de la conciliation<sup>126</sup>, soulevant la délicate question de savoir si les informations échangées lors de la phase de conciliation peuvent être prises en compte au cours de la procédure d'arbitrage<sup>127</sup>. Si l'arbitre international ressemble moins à un juge

---

<sup>124</sup> Benoît Frydman and Isabelle Rorive, « Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A. », *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, vol. 23, Heft 1, pp. 41-59.

<sup>125</sup> Aussi bien les règles édictées par UNCITRAL que par l'ICC, la ICSID ou la LCIA cf. Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and practice of International commercial arbitration*, Thomson, 3<sup>e</sup> édition, 1999, pp. 211-212.

<sup>126</sup> CIETAC Arbitration Rules, art. 45 : « *If both parties have a desire for conciliation or one party so desires and the other party agrees to it when consulted by the arbitration tribunal, the arbitration tribunal may conciliate the case under its cognizance in the process of arbitration* ».

<sup>127</sup> Cf. Dejun Cheng, Michael J. Moser, Shengchang Wang, *International arbitration in the People's Republic of China*, Butterworths Asia, 1995.

privé mais impartial qu'à un médiateur recherchant fermement un « compromis amical » entre les parties (CIETAC Arbitrations Rules, art. 48-49), sommes-nous toujours en face de la version chinoise d'une procédure juridique relativement fidèle aux principes de la *Rule of Law* ou déjà dans l'inscription d'une procédure juridique (l'arbitrage) dans un mode de résolution des conflits gouverné par le principe du *li*<sup>128</sup> ?

On pourrait trouver de tels exemples d'indexation du droit, de ses règles, de ses procédures et de ses concepts à des ordres normatifs non juridiques (le *jôshiki*, la *com'*, le *li* etc.) dans les ordres juridiques internes, d'où l'exemple japonais qui précède est d'ailleurs tiré. Il se pourrait toutefois que de tels exemples soient autrement plus nombreux et plus significatifs dans les hybrides *supra-* et *trans-*nationaux, dont la production est à la fois moins surdéterminée par les institutions étatiques, plus poreuse aux logiques marchandes et plus exposée aux cosmologies non occidentales. Le pluralisme de ces hybrides là pourrait ne pas être principalement ou centralement juridique. Il pourrait donc être plus pertinent de parler de « *pluralisme normatif* »<sup>129</sup>, ce qui conduirait à se demander si le droit reste du droit lorsqu'il ne prévaut pas, ou encore si le Droit Global est toujours du droit, au sens courant qu'on donne généralement à ce terme.

### *Eclectisme disciplinaire*

Du point de vue des TGE, rien de tout ceci n'est très nouveau, ni très intéressant. Personne n'a jamais prétendu réduire vraiment l'État à son droit, tout le monde accorde l'intérêt d'étudier les autres normativités à l'œuvre dans son fonctionnement. Tous les faits, actes, normes et concepts juridiques liés à l'action de l'État sont et ont toujours été juridiques sous un certain aspect, et beaucoup d'autres choses sous d'autres aspects. Le décret nommant Dupont à la tête de tel Etablissement public est un acte juridique sous l'aspect de la théorie des actes administratifs, c'est aussi un acte psychologique (le président aime bien Dupont), politique (Dupont est de droite), sociologique (Dupont et le président allait au

---

<sup>128</sup> Carlos de Vera, « Arbitrating Harmony: 'Med Arb' and the Confluence of Culture and Rule of Law in The Resolution of International Commercial Disputes in China », *Columbia Journal of Asian Law*, 2004, vol. 18/1, pp. 149-194.

<sup>129</sup> On trouve l'expression chez Twining, *normative and legal pluralism: a global perspective*, the Seventh Annual Herbert I. Bernstein Memorial Lecture in International and Comparative Law, as held at Duke University School of Law, April 7, 2009. Il me semble toutefois que j'utilise cette expression dans un sens assez différent. En tout état de cause, la question invite à des développements théoriques que je réserve pour une autre publication.

même cours de judo quand ils étaient petits) *etc.* Mais précisément, ce qui intéresse la théorie *juridique* de l'État, c'est l'aspect *juridique* de ce que fait le président<sup>130</sup>. De même, rien dans le caractère ontologiquement hybride du Droit Global ne devrait interdire d'en faire la théorie *juridique*. Il n'y a rien à objecter à cela, le Droit Global ne charrie pas des normativités hybrides *per se*, c'est l'adoption de la perspective globale sur le Droit Global qui conduit à ne plus vouloir faire une théorie spécifiquement juridique du Droit Global, à trouver réducteur et formaliste de ne s'intéresser qu'à la dimension purement juridique des phénomènes étudiés, et à ne plus vouloir s'en contenter.

Pour le dire autrement, la TGE conçoit le dispositif des savoirs juridiques comme la juxtaposition de perspectives scientifiques distinctes et complémentaires au sein du concert des sciences sociales (le sociologue nous apprend que Dupont et le président faisait du judo ensemble, le politiste que Dupont est de droite, le psychologue que le président aime bien Dupont *etc.*). Dans ce concert, il revient au juriste de produire le savoir qui porte spécifiquement sur la juridicité du phénomène considéré (Dupont est nommé par décret en conseil des ministres, ce décret n'est valide que s'il est signé de telle et telle manière, il est susceptible de recours sous certaines conditions *etc.*). A l'inverse, le *Global Turn* invite à la production d'un savoir éclectique qui cherche à penser *ensemble* (et dans leurs relations) les diverses dimensions des phénomènes qu'il étudie, dans l'indifférence relative à l'origine et à la cohérence disciplinaire des outils théoriques mobilisés dans ce but. Les communautés savantes qui s'adonnaient à la production de TGE voulaient être des communautés de « juristes » et se reconnaissaient mutuellement comme telles. On trouve certes un nombre considérable de juristes savants dont le projet est de construire des communautés savantes de « juristes » à l'échelle globale, mais ce projet se laisse interpréter comme la simple reconduction à l'échelle planétaire de ce dont ils procèdent à l'échelle nationale ou régionale. D'autres juristes savants ont pris plus franchement le *Global Turn* et cherchent à adapter la nature de leur savoir à la nouveauté des objets qu'ils se donnent à penser. La tâche est facilitée pour ceux d'entre eux qui ont fait leurs études dans une ou deux (ou trois) disciplines données (pas toujours le droit), mais qui ont acquis, d'une manière ou d'une autre, une certaine connaissance des objets juridiques (ce qui donne matière à réflexion sur l'avenir des formations juridiques<sup>131</sup>). Ces *global professors* ne tiennent pas particulièrement à revendiquer le statut de « juriste », et ne prétendent pas produire un savoir spécifiquement « juridique ». A dire vrai, ils trouvent les distinctions disciplinaires ennuyeuses, elles connotent un peu trop le monde de

---

<sup>130</sup> Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant/LGDJ, 2007.

<sup>131</sup> Christophe Jamin, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso, 2012.



l'avant du *post*. Ce qui compte pour eux, c'est la pertinence et le sérieux avec lesquels sont mobilisés les outils théoriques requis. Lorsqu'ils parlent de Foucault, et il arrive qu'ils en parlent, ce qui compte n'est pas tant qu'ils fassent vraiment de la philosophie, mais qu'ils en aient lu assez pour que ce qu'ils en disent soit intéressant. Lorsqu'ils procèdent à une analyse économique, ce qui leur arrive encore plus souvent, il suffit à leur bonheur de ne pas trop se tromper dans le maniement des concepts fondamentaux, d'éviter les erreurs de calcul et ne pas choisir des modèles statistiques trop mauvais. Et bien sûr, lorsqu'ils étudient la légalité d'un phénomène, ce qui leur arrive tout le temps, ils ont le souci de ne pas confondre les textes en vigueur, de qualifier juridiquement les faits de manière à peu près crédible, de mobiliser les catégories et raisonnements juridiques de sorte qu'on y reconnaisse du droit. *Etc.*

On trouvera peut-être que cet éclectisme disciplinaire est une régression du point de vue l'élaboration de savoirs critiques sur le droit. Si (avec Kant) l'on entend par critique un savoir qui prend en charge ses propres conditions de possibilité et déduit de ces conditions les modalités de construction de l'objet étudié, en régime critique, ce sont les protocoles constitutifs des savoirs disciplinaires qui déterminent les objets de ces savoirs. Dans l'avant du *post*, et particulièrement dans les TGE qui revendiquaient ce criticisme, la science juridique s'intéressait donc à ce qu'elle pouvait connaître *en tant que science juridique*. Dans la *Métropolis* planétaire en revanche, les « objets » sont dictés par les enjeux de la vraie vie, c'est-à-dire par la manière dont diverses communautés d'acteurs et d'experts comprennent et construisent ces enjeux, ou encore par les diverses entreprises et projets que poursuivent ces acteurs et ces experts. Ces entreprises et projets ne sont pas tous, tant s'en faut, « juridiques » et ne se posent que rarement la question des conditions de possibilité des connaissances qu'ils produisent. Le Droit Global du développement est le versant juridique des projets que les acteurs et experts en développement élaborent en réponse aux problèmes globaux du développement. Le Droit Global de l'environnement est le versant juridique des projets que les acteurs et experts en environnement élaborent en réponse aux problèmes globaux d'environnement. *Etc.*

De la diversité de ces communautés d'acteurs et d'experts, de la multitude d'entreprises et de projets qui émane de ces communautés, il résulte que les phénomènes juridiques globaux se manifestent le plus souvent sous des formes élaborées par d'autres savoirs, d'autres protocoles de pensée, d'autres projets disciplinaires que ceux portés par les juristes savants. Tout ceci était déjà largement vrai lorsque la science juridique se pratiquait à l'échelle nationale mais le changement d'échelle, la multiplication des acteurs et la complexité affolante des enjeux qui s'ensuit (comment freine-t-on le réchauffement climatique ?) ont sans doute rendu plus difficile la croyance dans la prééminence d'un point de vue épistémique unique pour comprendre et résoudre les problèmes globaux. La

compétition ouverte entre les divers types d'expertises et de savoirs qui en procède nourrit à son tour la relativisation de l'autorité des savoirs scientifiques en général (pour traiter le problème de la faim dans le monde, faut-il demander aux économistes, aux agronomes ou aux climatologues, et est-ce bien la question à poser ?). Peut-être enfin, les conditions concrètes dans lesquelles se sont opérées les premières globalisations ont-elles donné à d'autres qu'aux juristes le premier mot (mais c'est encore une affaire de poule et d'œuf, les juristes courent après les marchands et les ingénieurs, mais il faut quelque chose comme du droit pour qu'il y ait du commerce et de l'ingénierie). Quoiqu'il en soit, les forums globaux ne favorisent pas l'*isolierung* du droit, on y a plutôt tendance à consacrer les perspectives épistémiques qui entremêlent sans trop de vergogne des savoirs hétérogènes, souvent mâtinés de considérations politiques. Le savoir/pouvoir s'y présente plus volontiers *sans fard*<sup>132</sup>.

### *Du Tout au Tas ...*

Dans le Droit Global, et c'est sans doute le contraste le plus frappant avec ce que furent les TGE, on ne saurait rapporter ce que font les institutions et organes juridiques à une subjectivité politique unique et originaire — qu'on l'appelle Peuple, Nation ou Pouvoir Constituant. Les subjectivités qui s'y manifestent ne sont pas forcément moins politiques mais elles prennent la forme de réseaux d'acteurs et d'experts. La question de l'articulation entre droit et politique s'en trouve fermement déplacée. Dans les TGE, les forces politiques se trouvaient à la tête de l'État (les organes souverains), et parfois à sa base (les citoyens). Dans ce sens, on peut interpréter les TGE comme l'entreprise (politique) visant à soumettre la politique (entendue comme l'arbitraire du Prince et parfois des foules) aux règles et procédures du droit (techniques). L'essentiel de l'entreprise consistait donc à séparer parmi les acteurs et leurs actions ceux qui relevaient du politique et ceux qui relevaient du juridique, ce dernier étant préalablement réputé technique donc politiquement *neutre*, tout en faisant néanmoins procéder les acteurs juridiques et leur actions de la subjectivité politique souveraine. Le politique (la volonté ou la puissance des organes souverains) était donc la source

---

<sup>132</sup> « Il n'y a pas de relations de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir (...). Ces rapports de "pouvoir-savoir" ne sont donc pas à analyser à partir d'un sujet de connaissance qui serait libre ou non par rapport au système de pouvoir ; mais il faut considérer au contraire que le sujet qui connaît, les objets, sont autant d'effets de ces implications fondamentales du pouvoir-savoir... » Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 32.

du droit mais les opérations de ce dernier étaient dépolitisées par leur soumission à des règles et procédures techniques, donc neutres. Les acteurs juridiques (et leurs actions) pouvaient donc se présenter comme les agents passifs de l'effectuation de la subjectivité originaire souveraine et se payaient en retour d'avoir été politiquement neutralisés par la prétention (de plus en plus insistante au cours du XX<sup>e</sup> siècle) à soumettre les organes politiques aux règles et procédures techniques dont ils étaient les maîtres. Je ne discuterai pas ici de savoir si cette entreprise s'est réalisée autrement qu'en théorie, ni même si elle fut jamais réalisable. Je me contente de noter que la question se pose désormais de manière très différente dans le Droit Global, précisément parce qu'y fait défaut la subjectivité politique originaire d'où il devrait procéder.

Du point de vue des rapports entre droit et politique, le Droit Global apparaît comme un entrelacs de régimes, de dispositifs et d'institutions qui se présentent parfois comme purement techniques, parfois comme explicitement politiques et parfois les deux à la fois : les lois du marché, les systèmes informatiques, les normes techniques ou comptables ne prétendent pas manifester une volonté ou une politique arbitraire qu'il conviendrait de limiter, mais se donnent comme des dispositifs techniques articulés à des savoirs objectifs, politiquement neutres. C'est sans doute la raison pour laquelle on a pu penser que la globalisation juridique était « post-politique » au sens où elle aurait consacré le triomphe des experts et sonner le glas de la politique telle qu'on la connaissait jusqu'à présent (la souveraineté). Cette vision doit être balancée par la considération d'autres régimes, organisations et dispositifs juridiques *supra-* ou *trans-* nationaux qui se donnent explicitement comme la réalisation de projets politiques : le droit de l'environnement a d'abord été promu par ceux qui entendaient préserver l'environnement, le droit international des droits de l'homme a d'abord été promu par ceux qui faisaient du respect des droits de l'homme une priorité politique, le droit du développement a d'abord été promu par ceux qui croyaient avoir des solutions aux problèmes du sous-développement. *Etc.* D'autres institutions, organisations et dispositifs ne sont présentés comme techniques dans leur fonctionnement mais à politiques dans leur finalité (on défend mieux les droits de l'homme en les présentant comme objectifs et neutres).

Le Global Law se présente donc comme une mixture juridique de technique et de politique qui rend assez vaine leur séparation stricte, et invite plutôt à penser leur tension permanente, à tous les niveaux<sup>133</sup>. Le dépassement du cadre national ne signe donc pas la mort de la politique dans le droit, mais bien plutôt sa dissémination à chaque intersection, à chaque frontière, à chaque ligne de faille de

---

<sup>133</sup> Pour le droit international, cf. Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, *op. cit.*

l'enchevêtrement<sup>134</sup>. Le politique se trouve dans les ambivalences de chaque arbitre, dans les dénis de chaque bureaucrate, dans les déchirements éthiques de chaque expert, partout où le droit se fait et se pense. Tout ceci n'était peut-être pas moins vrai à l'échelle nationale, ou dans le monde de l'avant du *post*, mais il était beaucoup plus facile de simplifier le tableau en isolant le politique à la tête de l'État (et parfois à sa base), et d'ailleurs, c'est pour ça qu'on y a cru.

Cette dissémination est peut-être l'indice d'une mutation plus profonde. L'impossibilité d'imputer l'origine du Droit Global à une subjectivité unique rend plus difficile sa totalisation (la seule candidate serait l'Humanité elle-même mais le Droit Global ne ressemble ni de près ni de loin à un droit universel de l'Humanité). Les TGE visent toutes, sans exception me semble-t-il, à rendre compte de l'État comme d'un Tout articulé, cohérent et dynamique. Ces considérations sont massivement présentes dans la conversation sur le Droit Global, mais il me semble que prendre franchement le *Global Turn* invite à renoncer à ce genre d'aspirations, non pas tant parce que le matériau proposé serait trop hétérogène, ou trop fragmenté, ou trop variable, ou trop disséminé (encore que rien de tout cela ne simplifie les choses), mais parce que l'aspiration à la totalité avait tout à voir avec le projet d'unification politique du droit dans sa subsumption à une subjectivité originaire souveraine et que celle-ci fait défaut. Redisons-le, la *Métropolis* planétaire n'est pas une sphère, le Droit Global ressemble bien plus comme un Tas qu'à un Tout, et rien n'indique que son destin soit d'en devenir un. Le projet cosmopolitique n'est, dans les arènes globales, qu'un projet parmi d'autres, ses partisans se recrutent souvent dans les communautés nationales ou régionales qui se rêvent en Empires, sans avoir toujours pris la mesure de l'hétérogénéité du matériau qu'elles auraient à traiter pour y parvenir.

### *Essences, formes et modèles*

Comme on l'a vu, Les TGE sont une espèce particulière du genre des « théories générales », très en vogue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Ces théories, et avec elles les TGE étaient d'une grande diversité méthodologique, mais avaient en commun de vouloir, à propos d'une institution de droit donnée, subsumer des faits observés (les règles en vigueur) sous une idée juridique (l'essence ou la nature juridique de l'institution) d'où procédaient des principes généraux, à partir

---

<sup>134</sup> G. Barzilai, « Beyond relativism: where is political power in legal pluralism ? », *Theoretical Inquiries in Law*, 2008, vol. 9, p. 395.

desquels on pouvait déduire des règles, qui si elles étaient adoptées par les autorités compétentes, permettraient la rationalisation progressive des faits observés (le droit en vigueur).

Dans sa dimension immédiatement politique, l'entreprise de rédaction des TGE était soutenue par la prétention des juristes savants à se constituer en organe de la science et à se placer en tant que tel en position de législateur matériel de leur communauté nationale, usant de l'autorité que confère le prestige scientifique pour énoncer les principes généraux gouvernant l'État (ici, la TGE de Kelsen n'est pas seulement un cas limite et une sortie du genre, c'est un contre-exemple)<sup>135</sup>. L'efficacité du dispositif reposait (entre autre) sur les deux conditions suivantes : qu'il soit possible dégager au sein des juristes savants quelque chose comme une *opinio juris* commune, *modulo* les disputes inhérentes à l'activité scientifique et que ces opinions soient énoncées dans un idiome assez voisin de celui pratiqué par les institutions et organes en charge de la production des règles de droit, faute de quoi il eût été difficile à ces derniers de s'en inspirer.

Je ne sais pas évaluer la portée pratique des TGE, il est bien possible que ces conditions n'aient jamais été remplies, ou qu'elles l'aient été mais qu'autre chose ait manqué, en sorte que le rôle de la dogmatique dans la constitution juridique des États — sauf le respect dû aux grands maîtres — ait été marginal, voire nul<sup>136</sup>. Ce qui est certain, c'est que dans le Droit Global, ces conditions ne sont pas réalisables, ce qui rend le projet d'en écrire sa « théorie générale » politiquement vain. Les juristes savants ne peuvent pas se constituer en organes scientifiques de leur communauté politique, puisqu'en l'absence de subjectivité originaire et totalisante, une telle communauté n'existe pas dans la *Métropole* planétaire.

L'absence de communauté politique mondiale n'interdit pas seulement de concevoir une appartenance commune à une même totalité, elle signale parmi les acteurs, les experts et les savants du Droit Global l'absence d'une commune vision du monde, ou même d'un commun partage du monde sensible qui permettrait de s'assurer qu'on parle bien de la même chose au sein des diverses

---

<sup>135</sup> « Ces théories sont dotées par leurs auteurs des qualités *d'expressivité* (elles expriment la réalité sociale qui se manifeste à travers les faits considérés), de *complexité* (elles articulent logiquement des dimensions contradictoires de la réalité sociale), *d'unité* (elles associent une idée juridique unique à chaque institution de droit), *de systémativité* (elles garantissent, du point de vue théorique, l'absence de contradiction entre les idées juridiques et, du point de vue pratique, la cohérence des règles qui procèdent de chacun des principes généraux) et d'élégance (elles sont écrites dans le style de la législation qu'elles prétendent orienter », M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles », *art. cit.* pp. 91 sq.

<sup>136</sup> C'est l'opinion de James Q. Whitman pour l'Allemagne, cf. sa conclusion dans *The Legacy of Roman law in the German Romantic era – historical vision and legal change*, Princeton University Press, 1990.

arènes globales. Ce pluralisme là va bien au delà de l'incroyable diversité des opinions, des valeurs, des projets, des cultures et des approches théoriques en présence, il porte sur la perception d'un réel commun<sup>137</sup>. C'est, me semble-t-il, l'humaine condition, mais dans le Droit Global, on peine à discerner une ontologie assez dominante pour nous la faire oublier.

Faute de pouvoir asseoir ses convictions scientifiques sur la croyance partagée dans une commune réalité, chacun peut vouloir imposer unilatéralement ses propres convictions, fondées sur ses propres croyances, au titre qu'il les trouve bonnes et pense avoir la force de les imposer, ou — dans une version plus pathétique mais très répandue — parce qu'il les croit universelles, n'ayant pas perçu que ceux à qui il s'adresse ne les partagent pas (exemple : le projet de diffusion *worldwide* de la version posnerienne du *Law and Economics* dans les années 90). On peut aussi prendre la mesure l'hétérogénéité des croyances, des idéologies, des visions du monde et des mondes vécus qui fragmentent les arènes globales, et chercher sur le mode pragmatique à articuler en tâtonnant des propositions et des projets qui sont parfois hétérogènes au point de ne pas pouvoir être énoncés dans la même langue (ce collègue japonais à l'anglais hésitant qui assiste à votre congrès de droit constitutionnel, avez-vous *vraiment* compris pourquoi il est là et ce qu'il en pense ? Ces indiens qui ne veulent pas qu'on touche à leurs plantes pour en faire des médicaments, avez vous vraiment compris ce qu'elles représentent pour lui ?). De manière assez naturelle, quand on peine à se comprendre vraiment, on s'attelle à réaliser des choses concrètes, on négocie sans chercher à convaincre, on bricole. On aura donc tendance à s'intéresser moins à la vérité des théories juridiques qu'à leurs conséquences pratiques, à l'essence des choses qu'à ce que ces choses *font*<sup>138</sup>.

C'est peut-être la raison pour laquelle, avec le *Global Turn*, prospèrent des modes de raisonnement qu'on peut qualifier de pragmatiques au sens courant du terme comme le *policy analysis* et la *proportionnalité*<sup>139</sup>, dès lors qu'elles se présentent moins comme la recherche d'une vérité que comme l'élaboration pratique de solutions acceptables ou comme la promotion de projets politiques réputés légitimes. Ce tournant là contribue à substituer dans le raisonnement

---

<sup>137</sup> Cf. Mikhail Xifaras, « Fictions juridiques ... », *art. cit.*

<sup>138</sup> Félix Cohen, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, pp. 809 sq.

<sup>139</sup> Sur ce point, cf. Duncan Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought », *art. cit.*

juridique la mesure et la balance des intérêts ou l'analyse distributionnelle<sup>140</sup> à la déduction conceptuelle et au syllogisme juridique.

C'est aussi la raison pour laquelle on préférera les modélisations qui assument leurs prémisses constructivistes à la production de « théories générales » dont les prétentions sont explicitement dogmatiques. On n'y verra pas un déclin du formalisme en général, les modélisations en question pouvant obéir à des standards très exigeants de formalisation (qu'on pense au *Law and Economics*, aux diverses variantes de théories de la décision ou aux *empirical studies*). On y verra plus sûrement le déclin du formalisme associé à la production des théories générales. (Mais on n'y verra pas forcément non plus le triomphe du néo-formalisme, tant les TGDG sont aussi traversées de courants intellectuels puissamment anti-formalistes, voire irrationalistes)<sup>141</sup>.

Sans doute l'ambiance de pragmatisme qui entoure le *Global Turn* produit-elle un contexte favorable au développement du discours des droits (particulièrement des droits de l'homme, mais de tous les droits subjectifs en général), si propice à l'expression d'aspirations politiques et idéologiques, surtout lorsque ces aspirations s'inscrivent dans des projets de reconnaissance d'identités — *identity politics*. Ce discours connaît un tel succès dans les arènes globales, qu'on a pu affirmer du couple droits / identités qu'il était une des marques distinctives de la grammaire juridique propre au *Global Turn*<sup>142</sup>. Je ne sais pas si le *Global Turn* permet d'identifier des méthodes ou même une grammaire dominante, qui serait celle de la pensée juridique globale. Il me semble plutôt que dans les communautés savantes du Global Law règne l'éclectisme des méthodes et la diversité des langues juridiques (discours des droits, mais aussi discours de l'efficacité économique, de la constitutionnalisation, de la codification *etc.*). La langue des droits y occupe une place de choix bien sûr, mais jamais assez pour prétendre victorieusement à l'hégémonie, ou pouvoir se garder efficacement des interpolations. Ces langues s'interpénètrent, se colonisent et se chevauchent, elles sont toutes à la disposition des acteurs, mais peuvent y recourir au sein du même raisonnement juridique, quand bien même ils auraient leurs préférences personnelles. Le *Global Turn* me semble moins désigner une théorie ou une méthode juridique donnée que des manières diverses de mobiliser méthodes et théories, manières qui ne me paraissent se dire dans une langue juridique unique,

---

<sup>140</sup> Par exemple, dans le domaine du droit alimentaire, Olivier De Schutter, Kaitlin Y. Cordes, *Accounting for Hunger: The Right to Food in the Era of Globalisation*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

<sup>141</sup> Selon Duncan Kennedy, le néo-formalisme est un des traits constitutifs du Global Turn, cf. « Three Globalization ... », *art. cit.*

<sup>142</sup> Cf. Duncan Kennedy, « Three Globalizations ... », *art. cit.*

mais tout au plus renvoyer à quelque chose comme une humeur ou une atmosphère, qui a parfois été désignée comme une « conscience juridique »<sup>143</sup>.

## **Conclusion**

Je viens de présenter trois intuitions relatives à ce que serait la pensée juridique une fois pris le *Global Turn*. Je ne sais pas ce qu'elles valent, et ne peux en aucun cas prétendre qu'elles soient nouvelles. En regardant autour de moi, il me semble que je peux nommer quelques dizaines de collègues qui se décriraient volontiers eux-mêmes comme des *global professors*. Sans doute ce qui précède est-il trop intimement lié à la manière dont je négocie moi-même la tension entre mon appartenance à une communauté savante nationale et des communautés savantes globales. Peut-être d'autres manières de négocier cette tension auraient conduit à d'autres intuitions. On peut donc aussi lire ce qui précède comme un témoignage.

Il reste, on l'aura compris, que de ces intuitions procède une thèse : le temps des TGE est terminé, une nouvelle manière de théoriser l'État et ses relations avec son environnement juridique est en train d'émerger, le Droit Global désigne aussi bien ce nouvel environnement que la manière de le concevoir. Cette thèse est fragile. Elle pourrait être fautive, ou n'être que le reflet d'un moment transitoire. Il se pourrait que par une ultime ruse de l'Histoire, la signification historique de l'émergence du Global Law soit de préparer celle de l'État Mondial et Homogène<sup>144</sup> et avec lui, forcément, le retour triomphant du genre des TGE, appliquées cette fois-ci à ce qui serait le Méga État Global, la totalité cosmopolitique enfin réalisée. Pour ma part, je ne crois pas trop dans l'Histoire, ce scénario me paraît plausible, aussi plausible que certains scénarii très différents, et un peu moins que d'autres, parce que sa réalisation se heurterait à des projets et des intérêts qui me paraissent vraiment très puissants. Il est vrai qu'il n'y a rien à objecter à une ruse de l'Histoire, puisque c'est une ruse. Disons alors seulement que, pour l'heure, cette hypothèse n'est pas très utile : elle ne permet pas de penser l'enchevêtrement des réseaux et des flux, le pluralisme normatif ou la fragmentation des visions du monde et des mondes vécus au sein de la *Métropolis* planétaire. Peut-être un jour l'État Mondial et Homogène

---

<sup>143</sup> Cf. Duncan Kennedy, « Three Globalizations ... », *art. cit.* Les rapports entre structure, langue et parole, conscience juridiques me semblent devoir être considérés avec plus d'attention que ne le permet le format de cet article.

<sup>144</sup> Alexandre Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Gallimard, 1947, pp. 284 sq.



trionphera-t-il, mais cette idée vient soit trop tard, soit trop tôt, aujourd'hui, elle ne sert à rien. Après les TGE, les TGDG donc et non pas la Théorie Générale du Méga État Global. Et d'ici à ce que l'État Mondial et Homogène émerge du Droit Global, on aura tout le temps d'oublier puis de réinventer les TGE, le jour venu, si besoin est.

**Mikhail Xifaras**

Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris (EA 4461),  
membre junior de l'Institut Universitaire de France