

L'inachèvement du changement de paradigme en droit constitutionnel : l'exemple du droit global

Arnaud MORANDO, doctorant à l'Université d'Aix-Marseille,
ATER à l'Université de Montpellier, CERCOP

L'étude des théories du droit global pour le juriste français risque d'être la source de profondes interrogations au regard du foisonnement des discours relatifs à l'évolution du droit, comme objet et comme discipline scientifique, dans la globalisation. L'inconfort intellectuel face au droit global peut être expliqué par plusieurs paradoxes. En premier lieu, la perception intuitive d'un changement de l'objet « droit » au regard du bouleversement économique, sociologique et politique que constitue la globalisation¹ est troublante. Comment le droit pourrait-il être épargné alors que les autres sciences sociales, y compris dans le monde académique français, semblent avoir largement adopté une approche globale de leur objet²? Un autre paradoxe, politique cette fois, mérite d'être souligné. La souveraineté de l'État semble érodée au point de devoir être rangée dans la catégorie des concepts historiques de la science politique. Sa capacité à répondre aux défis transnationaux apparaît grandement remise en cause. Comment dès lors rendre compte du retour, depuis la présidence Trump jusqu'à l'invasion de l'Ukraine et les menaces militaires chinoises autour de Taïwan, de l'unilatéralisme dans les relations internationales et des mécanismes de *hard power*, attributs premiers de la souveraineté ? Enfin, un frein disciplinaire, plus décisif pour la démonstration qui sera développée ci-après, doit être relevé. Les théories du droit global exposent leurs travaux au sein d'une « conversation savante »³, qu'il est difficile d'ignorer. Cette conversation repose sur les mêmes prémisses que ceux intuitivement perçus par notre juriste classique. La souveraineté de l'État est considérée comme largement contestée voire totalement dépassée. Les acteurs privés transnationaux sont à même de concurrencer ou de supplanter l'État dans son rôle de régulation en adoptant des normes plus efficaces que les siennes. Ce constat implique un programme épistémologique spécifique pour le juriste. La normativité juridique devrait être désormais étudiée en dehors de l'État. Cette approche correspond selon les partisans des thèses juriglobalistes⁴ à un « tournant global »⁵, « cosmopolitique »⁶, un nouvel « état d'esprit »⁷ ou encore un « nouvel agenda académique »⁸. La lecture

¹ Entendue au sens le plus large, tel un phénomène d'« interconnexions croissantes entre les choses qui adviennent dans le monde », GOLDMAN (D.), *Globalisation and the western legal tradition*, Cambridge University Press, 2007, p. 3

² Comme le montrent les ouvrages d'« histoire globale » ou d'« économie globale ».

³ XIFARAS (M.), « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, p. 139

⁴ PFERSMANN (O.), « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in CHEROT (J.-Y.), FRYDMAN (B.) (et alii) *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 320 p., p. 63

⁵ XIFARAS (M.), « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, ou encore dans une autre acception MUIR WATT (H.), et alii. *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, 859 p.

⁶ KUMM (M.), « *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law* », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, Vol. 20 : Iss. 2, Article 4

⁷ KOSKENNIEMI (M.), « *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization* », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 9

⁸ PETERS (A.), « *The Merits of Global Constitutionalism* », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16, n°2, article 2

de la littérature juriglobaliste offre de nombreuses occurrences suggérant plus ou moins directement la mise en mouvement d'une révolution scientifique, par un changement de paradigme⁹, dont les théories du droit global seraient à l'origine ou, à tout le moins, au sein duquel elles s'inséreraient. Ainsi, le concept de paradigme est régulièrement mobilisé, le plus souvent pour qualifier de paradigme « westphalien »¹⁰ ou « statocentré »¹¹ l'ancien cadre d'analyse qui subirait une « crise »¹². L'idée de révolution scientifique, telle que développée par Thomas Kuhn¹³, est déjà présente. Le paradigme juridique moderne, caractérisé selon les théoriciens du droit global par un lien consubstantiel entre l'État et le droit, d'où découle la *summa divisio* entre droit national international, ne serait plus en mesure de rendre compte de la multiplication des phénomènes normatifs transnationaux concurrençant les normes produites par les organes étatiques. La construction d'un nouveau cadre d'analyse devient alors un impératif scientifique et épistémologique pour observer ses situations nouvelles¹⁴. Lorsque ce paradigme parvient à intégrer les cas limites précédents et qu'il fait l'objet d'un consensus scientifique suffisant quant à sa meilleure capacité explicative, celui-ci l'emporte et parachève la révolution scientifique khunienne. Cette description du basculement paradigmatique n'est pas la seule mobilisée par les théoriciens du droit global. Celui-ci est également fréquemment présenté comme le résultat d'un changement d'*épistémè*, au sens de Michel Foucault¹⁵, illustrant l'influence des approches post-modernes au sein de nombreuses théories du droit global¹⁶. Malgré la difficulté induite par la diversité des qualificatifs choisis par les doctrines étudiées¹⁷, il s'agira de démontrer que ce tournant épistémologique perçu par les théoriciens du droit global comme une révolution paradigmatique ne parvient pas à réaliser une telle ambition.

Le titre de cette communication évoque la notion de changement de paradigme constitutionnel développée par Marie Gren¹⁸. Le propos défendu dans ses lignes ne s'inspire que partiellement du cadre posé dans cet ouvrage. Tout d'abord, une différence d'échelle subsiste entre le paradigme constitutionnel, propre à la discipline constitutionnaliste et le paradigme juriglobaliste ambitionnant de révolutionner la science du droit dans son ensemble en modifiant notamment les instruments du droit constitutionnel. D'autre part, Marie Gren rapproche le changement de paradigme constitutionnel de l'analyse de Thomas Kuhn de la *structure des révolutions scientifiques* par un processus dynamique en trois temps. Tout d'abord, la situation de la « science normale » est perturbée par une série d'anomalies scientifiques inexplicables par le paradigme initial (T1). L'étude de ses anomalies et leur intégration dans de nouvelles théories permet

⁹ Voir notamment SOUSA SANTOS (de) (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique, Droit science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, 2004, 720 p.

¹⁰ Pour une définition, voir notamment ASCENSIO (H.), « Du droit international classique au droit global », in CHEROT (J.-Y.), FRYDMAN (B.) (et alii.) *La science du droit dans la globalisation*, op. cit. n°4, p. 131.

¹¹ DOMINGO (R.), « *Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm* », *European Journal of International Law*, Vol. 22 n° 3, p. 627

¹² FRYDMAN (B.), « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, op. cit. n°4, p. 18. L'auteur évoque une « remise en cause profonde » du paradigme dominant de la science du droit : FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), VAN WAEYENBERGE (A.), « De l'étude à l'enseignement du droit global », *Working Paper du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2015/3, p. 3

¹³ KHUN (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 2008, 286 p.

¹⁴ Pour définir le constitutionalisme global, Anne Peters évoque « *a paradigm shift from a law of nations to a global law* » in PETERS (A.), « *Global constitutionalism* », in M.T. GIBBONS (dir.), *The Encyclopedia of Political Thought*, London, Wiley-Blackwell, 2015, p. 1486

¹⁵ FOUCAULT (M.), *Les mots et les choses*, Gallimard, tel, 1990, 406 p. p. 13

¹⁶ ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 1998, Paris, LGDJ, 185 p.

¹⁷ Cette difficulté tient au caractère parcellaire et bien souvent implicite des postulats épistémologiques des théories du droit global. Ce constat peut s'expliquer par des considérations stratégiques – tout discours scientifique prétendument disruptif s'efforce d'abord de démontrer le caractère inopérant de la pensée classique qu'il cherche à renverser – mais aussi théorique.

¹⁸ GREN (M.), *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, 2019, Paris, Dalloz, 482 p.

ensuite la substitution de l'ancienne conception doctrinale par ces nouvelles explications (T2). Le changement de paradigme constitutionnel est parachevé dès lors que ces nouvelles explications théoriques accompagnent ou entraînent une évolution du droit positif (T3). La transposition de ces trois étapes est cependant impossible pour mesurer le degré d'achèvement de la révolution paradigmatique prônée par les théories du droit global. Le droit global n'est pas un corpus de normes de droit positif formellement identifiables. Envisager l'évolution du droit positif à l'aune du droit global pour déterminer l'achèvement de la transition paradigmatique proposée ne peut donc être un critère pertinent. Afin de remédier à cette difficulté, il convient de distinguer l'idée de révolution paradigmatique dans la science du droit de celle de révolution juridique. Quand la seconde implique une rupture fondamentale, violente ou non, du contenu du droit positif à la suite d'un événement factuel illégal ayant acquis une valeur juridique, la première constitue un tournant épistémologique dans l'objet des juristes et les moyens d'en tirer une connaissance scientifique. Dès lors, mesurer l'achèvement d'une révolution paradigmatique épistémologique en droit nécessite de déterminer si le paradigme ancien est disqualifié pour rendre compte des anomalies scientifiques relevées par une partie de la doctrine. En somme, pour qu'une révolution paradigmatique de ce niveau soit achevée, l'émergence d'anomalies scientifiques au sein du discours doctrinal (T1) conduit à proposer des explications concurrentes (T2) jusqu'à former un consensus suffisant pour disqualifier les explications – le paradigme – classique (T3). Il s'agira ici de démontrer que la révolution paradigmatique proposée par les théories du droit global n'a pas achevé ce processus de transition et d'expliquer les raisons de cet échec. La systématisation des éléments des discours scientifiques juriglobalistes visant à abandonner le cadre d'analyse classique de la normativité juridique permet de tracer les lignes de force d'une discussion interne à ces théories quant à la nature de ce changement de paradigme. Le renversement total du paradigme classique et, plus précisément, la place de l'État dans l'étude future de la normativité juridique à l'échelle globale demeure le point d'achoppement principal du débat. Le caractère révolutionnaire du paradigme proposé est contestable au regard notamment de la pertinence des reproches formulés à l'encontre de l'ancien paradigme. Le *global turn* ne représente pas une révolution scientifique mais plutôt une juxtaposition d'explications théoriques. Le renversement du paradigme statocentré ne fait pas l'objet d'une analyse unifiée au sein de la doctrine globaliste (I) et peut être contesté dans son principe même (II).

I. Le renversement du paradigme statocentré discuté au sein des théories du droit global.

Les théories du droit global partagent la critique du paradigme juridique westphalien, liant la norme juridique à l'État, et le constat de sa remise en cause profonde à l'aune de la globalisation. En effet, les phénomènes globalisés font l'objet de tentatives de régulation par des normes dont le caractère juridique est contesté et dont la production, l'application et la sanction échappent en tout ou partie aux autorités étatiques. Les acteurs exerçant de telles fonctions sont bien souvent des personnes privées (ONG, entreprises multinationales) opérant au sein d'un espace qui n'est ni national, ni international, mais régional ou transnational. L'État voit son *leadership* politique contesté et sa capacité d'action par le droit grandement réduite. Ces normes de droit global, concurrençant celles produites par les États, auraient pour elles l'avantage de l'efficacité, justifiant en partie leur juridicité. L'apparition de telles normes représente autant d'anomalies scientifiques pour le paradigme westphalien, excluant leur qualification de normes juridiques. Dès lors que ces normes semblent plus efficaces et régulent des enjeux globaux, les théories du droit global considèrent que l'appréhension classique du droit à travers le prisme étatique ne constitue plus un outil

scientifique pertinent (A). La place de l'État dans le nouveau paradigme global de la normativité juridique demeure toutefois discutée parmi ces théories (B).

A. La globalisation, source d'anomalies scientifiques pour le paradigme statocentré

Selon le processus dynamique des révolutions scientifiques décrit par Thomas Kuhn, un paradigme est tout d'abord partagé par une communauté des chercheurs donnée dans une situation de « science normale ». Les résultats des recherches innovantes sont alors prévisibles au regard des connaissances précédentes établissant ledit paradigme. Lorsque la prévisibilité des découvertes n'est plus assurée par la multiplication d'anomalies scientifiques, c'est la structure même du paradigme qui est remise en cause¹⁹. Un tel schéma, propre à l'épistémologie des sciences dures, n'est que partiellement transposable aux sciences humaines. Cependant, les théories du droit global, en dépit de leur grande diversité²⁰, partagent le constat de l'insuffisance du paradigme westphalien pour rendre compte des nouveaux phénomènes normatifs assurant la régulation des enjeux globalisés. Dès lors, le point de rencontre de l'ensemble de ces théories se trouve dans la distinction opérée entre droit et cadre normatif de l'État-Nation. Le droit devrait être recherché en dehors²¹ ou au-delà de l'État²².

La faible capacité explicative de l'étude des normes juridiques étatiques pour rendre compte du droit dans la globalisation repose sur un postulat politique. La globalisation, comme phénomène économique et social, remet en cause la capacité des États à assurer la régulation des nouveaux faits sociaux par le droit. D'autres organes, tels que des organisations internationales sectorielles ou des entreprises transnationales, exerceraient en pratique un pouvoir de régulation normative, dans leurs secteurs, supérieur à celui des États²³. Ces nouvelles formes de pouvoirs normatifs extra-étatiques, ne pourraient être utilement étudiées en conservant les outils conceptuels et méthodologiques fondant le paradigme juridique classique. De telles situations constitueraient des anomalies scientifiques motivant l'abandon de ce paradigme au profit de nouvelles approches globales. Deux types d'anomalies principales sont distinguées par les partisans des théories du droit global pour justifier un tel constat. En premier lieu, en considérant que l'action de l'État est concurrencée par de nouvelles normes extra-étatiques, les juristes seraient nécessairement tenus d'étudier celles-ci pour rendre compte de l'effectivité de la régulation des comportements des acteurs globalisés²⁴. En somme, il s'agirait de regarder ailleurs, là où les normes les plus efficaces sont produites, afin de garantir l'utilité du discours doctrinal. Développant une approche pragmatique, ces théories privilégient l'étude des normes, sans considération de leur critère formel de production, dès lors qu'elles assurent des effets de régulation. L'intérêt de la distinction entre normes juridiques et extra-juridiques est

¹⁹ KUHN (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.* n°13, p. 83

²⁰ TUSSEAU (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du droit constitutionnel global », in CHEROT (J.-Y.), FRYDMAN (B.) (et alii) *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.* n°4., p. 182

²¹ SANTOS de SOUSA (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique, Droit science et politique dans la transition paradigmatique*, *op. cit.* n°9 estime par exemple que pour « dé-penser le droit dans une période de transition paradigmatique, droit et État doivent être découplés. » p. 122 Ce découplage étant vue comme « une condition nécessaire mais non suffisante pour la récupération du potentiel émancipateur du droit ». p. 123

²² CASSESE (S.), *Au-delà de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 235 p.

²³ L'exemple des organisations sportives telles que la FIFA ou le CIO dans le développement de la *lex sportiva* est souvent mobilisé. Sur ce point, MAISONNEUVE (M.), « L'autonomie des ordres juridiques sportifs transnationaux. Le sport au cœur des rapports normatifs », in BONNET (B.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, 2016, LGDJ, 1825 p., p. 1227

²⁴ Certains auteurs qualifient d'objets juridiques non identifiés ces nouvelles normes régulant les phénomènes globalisés. L'utilisation d'une telle formule est significative de la volonté de démontrer l'incapacité du cadre d'analyse classique d'étudier ces nouveaux objets. FRYDMAN (B.), « Comment penser le droit global ? », *op. cit.* n°12, p. 20

alors largement remis en question, permettant ainsi aux juristes d'intégrer l'ensemble des phénomènes normatifs dans leur objet d'étude. Pour cette raison, ces approches pragmatiques du droit global ont pu être qualifiées de « panjuridiques »²⁵ ou panomiques²⁶. Dès lors, le paradigme juridique statocentré, fondé notamment sur le concept d'ordre juridique, se révèle inopérant et présenterait une capacité explicative trop limitée.

En second lieu, des anomalies scientifiques qualifiables d'idéologiques sont relevées par les théories du droit global. La concurrence exercée par les acteurs transnationaux vis-à-vis de la souveraineté étatique bouleverserait l'exercice réel des pouvoirs au sein de la globalisation. Le droit, notamment le droit constitutionnel, ne parviendrait plus à accomplir sa finalité historique d'assurer le respect des principes du constitutionnalisme par la séparation des pouvoirs et les mécanismes de protection des droits et libertés. Penser le droit en dehors de l'État permettrait d'institutionnaliser la globalisation, de la constitutionnaliser ou d'encadrer les processus normatifs transnationaux. Le discours sur le droit global développe dans ce cas une approche instrumentale du droit²⁷, dans le sillage notamment des théories critiques, afin d'influencer axiologiquement la formation et l'évolution des normes régulant les phénomènes transnationaux. Le constitutionnalisme global est ainsi qualifié par certains de ses partisans comme « un outil analytique et un projet normatif »²⁸ ou « un programme de régénération morale et politique »²⁹. De telles conceptions de la finalité du droit et de l'office des juristes face aux phénomènes globalisés qu'ils observent s'inscrivent en faux du paradigme westphalien. Plus largement, ces théories du droit global perçoivent avant tout la globalisation comme un rapport de force. En ce sens, la doctrine globaliste dite du Sud, emmenée notamment par les professeurs Santos de Sousa et Rodriguez-Garavito, définit la globalisation comme « le processus par lequel une situation ou une entité locale donnée réussit à étendre sa portée à toute la planète et, ce faisant, développe la capacité de qualifier une situation sociale ou une entité rivale de locale »³⁰. Celle-ci serait dès lors « toujours la globalisation triomphante d'un localisme donné. »³¹ Face à des institutions hégémoniques promouvant notamment la logique du marché capitaliste, des interactions transnationales croissantes permettraient, en réaction, le développement de formes contre-hégémoniques de globalisation, dite « cosmopolitique »³². En somme, le paradigme westphalien ne permettrait ni d'observer la régulation effective des phénomènes transnationaux, ni d'assurer « la lutte pour le droit »³³ dans la globalisation. Le constat partagé de la nécessaire déconstruction du paradigme statocentré n'écluse cependant pas le hiatus profond, parmi les théories globalistes, sur la place à accorder à l'État dans la construction des nouvelles propositions paradigmatiques.

²⁵ ST-HILAIRE (M.), « Le constitutionnalisme mondial comme pratique non-homogénéisante du savoir juridique, réponse à Marie-Claire Ponthoreau », *RIDC*, 2020, n°4, p. 1040.

²⁶ FRYDMAN (B.), « Comment penser le droit global ? », *op. cit.* n°12.

²⁷ RESTREPO AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès », in BRICTEUX (C.), FRYDMAN (B.), *Les défis du droit global*, Bruylant, Bruxelles, 2018, 274 p, p. 251.

²⁸ PETERS (A.), « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », *Jus Politicum*, n° 19. n°34, p. 60. L'auteur précise que « le constitutionnalisme global est un programme doctrinal politique qui identifie et plaide en faveur de l'application des principes constitutionnalistes dans la sphère internationale dans le but d'améliorer l'effectivité et la justice de l'ordre juridique international », in PETERS (A.), « *The Merits of Global Constitutionalism* », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16, n°2, article 2, p. 397,

²⁹ KOSKENNIEMI (M.), « *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization* », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 18

³⁰ SANTOS de SOUSA (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique, Droit science et politique dans la transition paradigmatique*, *op. cit.*, n°9, p. 287

³¹ *Ibid.*

³² SANTOS (B.), & RODRÍGUEZ-GARAVITO (C.) : « *Law, politics, and the subaltern in counter-hegemonic globalization* » in, *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, p. 1-26. Cambridge University Press, 2005

³³ FRYDMAN (B.), *et alii*, « De l'étude à l'enseignement du droit global », *op. cit.* n°12, p. 6

B. L'État, élément controversé du nouveau paradigme globaliste

Malgré le relatif consensus, parmi les théories du droit global, sur l'insuffisance du paradigme westphalien pour rendre compte des phénomènes juridiques dans la globalisation, opérer une réelle transition paradigmatique impliquerait l'émergence d'une explication commune pour intégrer les anomalies scientifiques. Cet élément fait encore défaut aux discours doctrinaux juriglobalistes. La question fondamentale de la place de l'État dans la construction d'un paradigme juridique global demeure source d'opposition. Les réponses à cette question peuvent être classées selon une certaine gradation. Les positions les plus radicales en la matière considèrent que le droit global peut et doit être pensé « sans l'État »³⁴. Le constitutionnalisme sociétal développé par Gunther Teubner, inspiré par la théorie des systèmes de Luhmann³⁵, en est l'exemple le plus connu et construit. Selon lui, « le droit global émergent est un ordre juridique à part entière qui ne doit pas être évalué selon les standards des systèmes juridiques nationaux.³⁶ » Ainsi, la fragmentation fonctionnelle au sein de la sphère internationale a « donn[é] naissance à des institutions autonomes non étatiques de grande échelle – les nouveaux pouvoirs intermédiaires – et soulev[é] (...) de sérieux problèmes constitutionnels qui ne pouvaient être résolus de façon satisfaisante par les constitutions étatiques »³⁷. Les organisations transnationales sectorielles constitueraient de véritables ordres normatifs autonomes, auto-organisés et auto-constitutionnalisés³⁸ « avant que les États puissent se mobiliser afin de réguler ces questions. »³⁹ L'autonomisation des constitutions sociétales est caractérisée, pour Teubner, par leur capacité à concurrencer les constitutions nationales et à primer sur ces dernières. L'exemple des statuts de la FIFA est souvent mobilisé⁴⁰. L'article 62 de ce texte prévoit la compétence exclusive du Tribunal arbitral du sport (TAS) pour connaître des litiges relatifs à l'organisation des compétitions de football professionnel, selon une procédure régie par des règles produites par le TAS lui-même. Les juridictions étatiques sont donc évincées de ces processus de régulation au profit d'instances juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles privées et transnationales.

Une autre position, moins radicale et plus largement partagée au sein des théories du droit global, ne disqualifie pas totalement l'État dans la production du droit global tout en relativisant son rôle et son influence régulatrice. L'État aurait certes perdu son monopole dans la production du droit mais demeurerait un acteur important de la régulation des phénomènes globalisés⁴¹. D'autre part, l'État est perçu par ces théories juriglobalistes comme une institution politique, certes concurrencée, mais susceptible d'œuvrer pour la convergence matérielle des normes juridiques par la coopération régionale ou par la circulation des solutions juridictionnelles. En ce sens, « si le droit global est un droit sans souverain, ce n'est pas un droit sans État. S'ils ont perdu de leur superbe, les États n'ont pas disparu pour autant. Ils ont même un rôle de premier plan à jouer dans la construction du droit global »⁴². De même, bien qu'il plaide pour le découplage du droit et de l'État-Nation, Santos de Sousa concède que « ce

³⁴ TEUBNER (G.), *Global law without a state*, Dartmouth, 1997, 305 p.

³⁵ LUHMANN (N.), *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale* (traduction par Lukas K. Sosoe), Québec : Presses de l'Université Laval, coll. « Intersophia », 2010, 569 p.

³⁶ Traduction libre. TEUBNER (G.), *Global Bukovina : Legal pluralism in the World Society*, in *Global law without a state*, Dartmouth, 1997, p. 2

³⁷ TEUBNER (G.), « Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciulli », *Jus Politicum*, n° 19 p. 72

³⁸ *Ibid.* p. 81

³⁹ TUSSEAU (G.), « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du droit constitutionnel global », *op. cit.* n°20, p. 201

⁴⁰ *Ibid.* p. 202

⁴¹ Le Professeur Jean-Bernard AUBY consacre ainsi des développements au « maintien de la fonction régulatrice de l'État », in AUBY (J.-B.), *La globalisation, le droit et l'État*, 2010, 2^e édition, Paris, LGDJ, 154 p., p. 140-143.

⁴² FRYDMAN (B.), *Petit manuel pratique de droit global*, Académie Royale de Belgique, 2014, 124 p., p. 50

découplage est relatif (...), il n'entre pas en collision avec la reconnaissance du caractère central du droit étatique »⁴³. Enfin, certaines approches du droit global, principalement du constitutionnalisme global, proposent en réalité de transposer les attributs de l'État à l'échelle supranationale. La Charte des Nations-Unies a ainsi pu être vue comme les prémisses d'une Constitution globale⁴⁴.

D'autres auteurs, influencés par le projet kantien de droit cosmopolite et de paix perpétuelle⁴⁵, développent la thèse de la Constitution universelle. Selon Habermas, les institutions supranationales, telles que l'Organisation des Nations-Unies ou encore l'Union européenne, pourraient être le réceptacle de cet idéal d'une Constitution cosmopolite. Leur manque de légitimité démocratique mais surtout l'absence de pouvoir de contrainte des États d'exécuter leurs décisions et de sanctionner leur non-respect permettrait seulement de qualifier le droit international de « proto-constitution »⁴⁶. L'usage de la terminologie constitutionnelle chez certaines de ces théories semble ici stratégique. Le lexique du droit constitutionnel est mobilisé afin de légitimer l'action des institutions supranationales participant à la gouvernance globale, ainsi que le discours doctrinal qui l'étudie, en profitant de la connotation positive attachée au constitutionnalisme⁴⁷. La démarche est alors performative. Qualifier certaines normes internationales ou transnationales en des termes constitutionnels permettrait d'opérer leur transformation en normes constitutionnelles globales. Les théories du droit global partagent donc le constat de la nécessaire déconstruction du paradigme westphalien sans pour autant parvenir à reconstruire un nouveau consensus scientifique susceptible de constituer une alternative suffisante. Cette discussion interne met en échec l'ambition révolutionnaire du droit global. Même sans faire cas d'une telle difficulté, la révolution paradigmatique globale peut être également contestée en interrogeant les arguments mobilisés pour disqualifier le cadre d'analyse statocentré.

II. Le renversement du paradigme statocentré à l'aune du droit global contesté.

Les discussions internes aux théories du droit global sur l'étendue de la transformation paradigmatique nécessaire pour appréhender les normes transnationales permettent de remettre en cause la nature révolutionnaire de cette proposition épistémologique. Une telle démonstration peut être renforcée en interrogeant la pertinence des critiques formulées par les théories du droit global pour disqualifier le paradigme classique. Le lien entre État et droit est perçu comme le problème central du paradigme classique dominant, nécessitant son renversement. Cette critique mérite d'être largement atténuée en ce qu'elle se fonde sur une définition non-juridique de l'État entraînant une appréciation imparfaite et incomplète du paradigme westphalien (A). Si l'achèvement d'une révolution scientifique semble exclu, l'apport des théories du droit global met en lumière une situation de juxtaposition des paradigmes dans la science du droit (B).

⁴³ SANTOS de SOUSA (B.), *Vers un nouveau sens commun juridique, Droit science et politique dans la transition paradigmatique*, op. cit. n°9, p. 123

⁴⁴ Voir notamment FASSBENDER (B.), « *The United Nations Charter as a constitution of international community* », *Columbia Journal of transnational law*, 1998, p. 529

⁴⁵ KANT (E.), *Essais philosophiques sur la paix perpétuelle*. Fischbacher, Paris, 1880, 65 p.

⁴⁶ HABERMAS (J.), « *Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance ?* », in HABERMAS (J.), CRONIN (C.), (edited and translated), *The Divided West*, Cambridge, Polity Press, 2006, 224 p, p. 133

⁴⁷ PETERS (A.), « *Compensatory constitutionalism : the function and potential of fundamental international norms and structures* », *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, p. 581 ».

A. Une disqualification globaliste imprécise et non-juridique du concept d'État.

Assurer une révolution paradigmatique implique de parvenir à déceler des anomalies scientifiques, développer une ou plusieurs propositions alternatives satisfaisantes puis démontrer que l'une d'elles disqualifie le cadre précédent dans sa portée explicative. Ce troisième point mérite cependant d'être discuté dans le cas de la révolution scientifique globaliste. Pour pouvoir déterminer qu'un paradigme est disqualifié ou inopérant, il est nécessaire, au préalable, d'avoir suffisamment défini et identifié le paradigme à renverser, ses fondements et ses limites. Les théories du droit global caractérisent le paradigme westphalien par l'identification du droit aux normes étatiques, expliquant sa faible capacité à rendre compte des phénomènes globalisés transnationaux. Cette identification ne repose cependant sur aucune définition construite et explicite de l'État, ni même du droit. Renoncer, en tout ou partie, à l'étude des normes produites par les organes étatiques impliquerait également pour le juriste d'abandonner le concept d'ordre juridique, l'idée de hiérarchisation des normes juridiques et plus largement toute conception formelle de la normativité juridique au profit d'une approche exclusivement matérielle. Là encore, les écrits relatifs au droit global n'offrent aucune définition claire de la hiérarchie des normes ou de l'ordre juridique, concepts désormais prétendument inopérants. Ce flou conceptuel rend difficile la discussion scientifique des idées globalistes et la distinction des niveaux de discours⁴⁸. En l'absence de définitions, la remise en cause du paradigme westphalien par les globalistes est-elle une critique de sa capacité à décrire son objet (domaine de la description) ? Ou bien s'agit-il d'une critique du maintien du lien entre droit et État comme obstacle à une plus grande justice sociale à l'échelle globale (domaine de la prescription) ? Ou encore, s'agit-il d'une analyse prospective sur l'avenir de la globalisation et de son étude ? L'intrication de ces niveaux de discours comme l'opacité des définitions utilisées rend difficile l'évaluation de la pertinence scientifique et de la cohérence interne des théories du droit global. Dès lors, selon un constat sévère, le « droit global pourrait être réduit à l'intuition qu'il provoque »⁴⁹, certes séduisante mais encore peu justifiée. Un tel manque de précision des concepts est d'ailleurs assumé par une partie de la doctrine juriglobaliste elle-même. Le discours sur le droit global a pour ambition de convaincre et rassembler des chercheurs provenant de disciplines diverses, de traditions culturelles et scientifiques différentes, mais aussi de modifier politiquement les phénomènes transnationaux. Il « 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 »⁵⁰. Le basculement d'une démarche scientifique rigoureuse, cherchant l'approfondissement de la connaissance, vers une approche stratégique du discours, consacrerait ainsi « le règne des grandes synthèses et des raccourcis stratégiques »⁵¹ parmi ces théories.

Au-delà de l'absence de définitions claires des concepts au fondement du paradigme westphalien, nuanciant le caractère scientifique de la critique globaliste, le lien opéré entre État et droit pour le décrire mérite d'être reconsidéré. Les théories du droit global considèrent que ce lien est contingent au

⁴⁸ Pour une analyse détaillée de ce point : HOCHMANN (T.), « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n° 19, p. 31

⁴⁹ ROUVIÈRE (F.), « La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile », in *La science du droit dans la globalisation*, *op. cit.* n°4, p. 115.

⁵⁰ XIFARAS (M.), « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *op. cit.* n°5, p. 54 « 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, 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. »

⁵¹ *Ibid.* p. 42

développement de l'État en tant qu'organisation politique hégémonique. L'identification du droit et de l'État serait ainsi liée à l'émergence et au développement historique de ce dernier, défini comme institution socio-politique. La concurrence politique exercée par des acteurs non étatiques dans le cadre de la globalisation démontrerait désormais l'obsolescence du cadre d'analyse étatique du droit. Les faits auraient ainsi disqualifié tout paradigme identifiant, selon un critère formel, le droit aux normes étatiques. Outre la difficulté scientifique que représente la volonté de contredire une théorie analytique par des faits, les théories du droit global ne mobilisent pas d'éléments empiriques précis pour mesurer cette concurrence normative que subiraient les États. Au-delà, le problème principal de la critique globaliste du paradigme statocentré consiste dans l'erreur d'appréciation de la nature du lien entre droit et État. Les théories globalistes lient le droit à l'État, entendu au sens socio-politique comme un gouvernement souverain sur un territoire et sur une population. Elles renient l'approche formelle développée dans le paradigme juridique classique où le droit est identifié à l'ordre juridique étatique, dès lors que celui-ci est l'ordre juridique globalement efficace, « relativement centralisé et soumis au seul droit international »⁵². Le lien entre État et droit dans la pensée juridique formaliste n'est donc ni essentialisé ni politique mais seulement méthodologique. L'étude de l'ordre juridique étatique s'explique car celui-ci constitue bien souvent l'ordre juridique le plus élaboré, le plus structuré et le plus efficace. L'État n'est cependant pas le seul ordre juridique envisageable dans le paradigme formaliste. Pour qu'un ordre normatif soit considéré comme juridique selon le cadre d'analyse classique, celui-ci doit être suffisamment sanctionné et globalement efficace. En suivant cette définition, le caractère juridique des ordres normatifs globalisés peut être envisagé, si tant est que ces derniers remplissent le double critère de l'efficacité globale et de la sanction. Rien n'exclut cependant par nature la qualification d'ordres juridiques pour des ordres normatifs extra-étatiques tels que la *lex mercatoria* ou la *lex sportiva*. En développant une définition formelle de l'État en tant qu'ordre juridique, le paradigme classique rend donc possible, conceptuellement, l'étude d'ordres juridiques extra- mais aussi infra- ou supra-étatiques⁵³. En remettant ainsi en cause la limitation du droit à l'État au sens socio-politique, les tenants du paradigme global ne critiquent pas réellement les fondements du paradigme westphalien qu'ils cherchent à supplanter et ne peuvent dès lors prétendre opérer une révolution scientifique. La critique globaliste du paradigme juridique classique semble correspondre davantage à une reformulation de l'analyse pluraliste.

B. Vers une simple juxtaposition des paradigmes ou le droit global comme nouveau pluralisme

L'ambition révolutionnaire des théories juriglobalistes n'est pas accomplie en raison de l'absence d'unité suffisante du nouveau cadre d'analyse proposé mais également de l'échec dans la disqualification du paradigme classique. Toutefois, le développement de discours doctrinaux sur le droit global ne peut être nié et mérite d'être plus justement qualifié. Les théories du droit global ne parviennent pas à renverser le paradigme westphalien mais propose en réalité une nouvelle approche largement inspiré du pluralisme. À la différence des premières analyses pluralistes, telles que celle développée par Santi Romano⁵⁴, analysant le lien de « relevance »⁵⁵ entre les ordres normatifs extra étatiques et les normes juridiques étatiques, le

⁵² KELSEN (H.), « Théorie du droit international public », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 84, 1953, p. 85.

⁵³ Sur ce point : MAGNON (X.), « Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen », in *Un classique méconnu: Hans Kelsen*, Mare & Martin, 2019, p. 405.

⁵⁴ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, (1918) trad. FRANCOIS (L.), GOTHOT (P.), Dalloz, Paris, 2002, 176 p.

⁵⁵ *Ibid.* plus particulièrement le chapitre 2, §34

droit global propose d’embrasser l’ensemble des normes transnationales dès lors qu’elles sont effectives. La distinction entre le droit et le non-droit ne présente alors plus aucun intérêt. Le droit global se résume à ce qui régule effectivement les phénomènes globalisés. Le droit est donc ce qui est. Cette approche pragmatique et empirique conduit les juriglobalistes à étudier l’ensemble des normes quelles que soit leurs origines, les règles relatives à leur production ou à leur sanction. En cela, le droit global va au-delà d’un simple pluralisme juridique pour proposer une forme chaotique de pluralisme normatif. Face au désordre des normes transnationales, les globalistes déclarent impossibles ou irréalistes les tentatives d’organisation formalisée et hiérarchique de ces dernières et privilégient des configurations souples, malléables et peu définies rapprochant leur discours des approches du droit en réseau⁵⁶, ou du pluralisme ordonné⁵⁷. Une autre conséquence de la multiplicité des phénomènes normatifs observés dans la globalisation, dès lors que toute norme effective est juridique, consiste dans la difficulté de classer, d’éclairer et de définir les phénomènes observés. Définir, construire un concept implique d’exclure certains phénomènes pour rendre compte du réel avec la plus grande pertinence possible. Toutefois, définir et exclure conceptuellement ne permettrait pas de rendre compte de la réalité du désordre des phénomènes globalisés étudiés. Le réel considéré ne se prêterait pas à la théorisation⁵⁸. Le scepticisme théorique de ces théories du droit global les conduit à renoncer en tout ou partie à une démarche pleinement scientifique.

Certains auteurs analysant le droit global et le *global turn* comme paradigme semblent conclure à l’existence d’une juxtaposition de paradigmes. Il serait toujours possible de continuer à voir le droit à travers le prisme étatique à condition de renoncer à vouloir comprendre l’intégralité des effets de la globalisation sur la régulation des comportements. Ainsi, une norme de droit global pourrait être rattaché à l’ordre juridique de l’État ou de l’organisation internationale au sein duquel elle s’applique, ou même être qualifié de norme non juridique⁵⁹. Une telle qualification ne permettrait cependant pas de rendre compte de l’ensemble des éléments relatifs à son origine matérielle, ni de ses potentiels effets extra étatiques en cas de reprise par d’autres acteurs transnationaux. L’extension du droit à l’échelle globale impliquerait dès lors un changement d’objet pour les juristes et la juxtaposition non seulement de deux paradigmes mais aussi de deux disciplines, le droit étatisé et le droit global. L’intérêt politique et la capacité explicative de ces deux disciplines pour rendre compte des phénomènes globalisés rendrait cependant la seconde beaucoup plus pertinente et utile que la première. En somme, bien que le droit global ne constitue pas une révolution scientifique disqualifiant l’approche classique du droit. Ces nouveaux discours invitent la science du droit à réinterroger la pertinence explicative de leur concept et la spécificité de la science du droit au sein des sciences humaines. Ces discours souffrent toutefois, pour le moment, d’un manque d’unité et se contentent de déconstruire les cadres d’analyse classiques sans parvenir à proposer d’alternatives satisfaisantes.

⁵⁶ OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 596 p.

⁵⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 304 p.

⁵⁸ En ce sens, BERGÉ (J.-S.), « L’application du droit dans un contexte global, question de méthode », *Les Cahiers de droit*, p. 190, où l’auteur considère que la globalisation oblige les juristes à envisager « un pluralisme juridique mondial appliqué ». Selon lui, ce pluralisme « demeure, à ce jour, rétif à toute explication de portée générale et abstraite ». L’auteur précise ne pas croire à « l’émergence d’une analyse — une théorie par exemple — qui s’imposerait à l’ensemble des acteurs juridiques mondiaux en leur permettant d’appréhender, par des méthodes et des solutions préalablement posées, en nombre sans doute limité, la variété des situations de pluralisme juridique mondial appliqué. »

⁵⁹ En ce sens, XIFARAS (M.), « Après les Théories Générales de l’État : le Droit Global ? », *op. cit.* n°5, p. 17