

L'émergence d'une discipline: le droit global

Benoit FRYDMAN

Professeur à l'Université libre de Bruxelles, Centre Perelman

I – DE L'USAGE DES QUALIFICATIFS

L'histoire se déroule de nos jours quelque part en Europe. Deux institutions d'enseignement supérieur, de renommée internationale, mettent au point un double *curriculum* pluridisciplinaire. Chaque institution est responsable de son programme. L'une d'elles introduit dans la formation un cours de « droit global ». Le responsable du projet pour l'autre institution, un professeur de droit en l'occurrence, déclare que son institution ne pourra homologuer la formation ni accorder le diplôme en l'état. Interrogé sur le motif de ce refus soudain, il en indique la cause: la présence au programme d'un cours de « droit global ».

« Et alors, lui demande-t-on, quel est le problème ? »

– Et alors ?, répond-il, le droit global, ça n'existe pas ! »

Examinons ensemble la réaction de ce collègue pour tenter d'en comprendre les raisons. Rappelons qu'il s'agit d'un programme pluridisciplinaire qui comporte sans doute beaucoup d'intitulés assez exotiques pour un juriste. Accordons qu'un cours de macroéconomie ou de gouvernance globale n'aurait sans doute provoqué aucune réaction de sa part. Gageons même qu'il n'aurait pas tiqué devant un intitulé comme « Approche globale des super-dérivés sur le climat ». Il est vrai que ces produits financiers existent bel et bien, eux ! Bien évidemment, c'est le fait d'accoler l'adjectif « global » au mot « droit » qui suscite le blocage et menace l'ensemble du programme. Pourquoi ? L'attitude de ce collègue me paraît parfaitement compréhensible. Elle témoigne même d'une louable vigilance et d'une indéniable perspicacité. Il a en effet perçu qu'introduire dans un *curriculum* multidisciplinaire, qui contient notamment des cours de droit, un enseignement intitulé « droit global », reviendrait à reconnaître ou du moins à laisser entendre l'existence du droit global comme discipline juridique. Accepter,

en tant que professeur de droit, de contribuer à un tel programme (même si l'enseignement en question n'est pas délivré par lui, ni sous sa responsabilité, ni dans son institution et qu'il n'a pas à en élaborer ni même à en approuver les contenus et les intitulés), ce serait, d'une certaine manière, entériner voire homologuer le droit global comme discipline juridique. Or, cela ne se peut pas car « le droit global, ça n'existe pas ».

Nous comprenons bien, dans le cadre de cette réflexion collective sur la notion et la fonction des disciplines juridiques, ce que notre collègue veut dire lorsqu'il dénie l'attribut de l'existence au droit global. Non seulement il n'existe pas de discipline de ce type, constituée, reconnue dans le programme classique des études de droit, dans les répertoires de doctrine, les manuels, le programme des concours. Mais plus fondamentalement encore, nous indiquerait-il certainement, si nous lui demandions davantage d'explications en lui montrant, par exemple, l'intérêt de dépoussiérer ou d'actualiser ce programme classique pour l'adapter aux évolutions de la société contemporaine, le substrat qui permettrait d'envisager à terme, fut-ce de manière tout à fait hypothétique, l'apparition d'une telle discipline fait entièrement défaut. En effet, il n'y a ni ordre juridique global ni sources du droit global. Il ne saurait donc y avoir de *corpus* de règles globales¹, ni même de règles de droit global proprement dites, de sorte que l'objet même de la prétendue discipline est un non-être : « le droit global n'existe pas ».

Cette petite anecdote illustre bien les polémiques et les conflits qu'engendrent habituellement les tentatives de création d'une nouvelle discipline juridique. En l'occurrence, la réaction est sévère et non sans effet : l'intitulé d'un cours menace la survie d'un programme d'étude et la collaboration entre deux institutions. Cela ne signifie pas pour autant que cette réaction soit irréfléchie. Ce qui vaut ou non comme discipline dans le monde académique (notamment parce qu'elle s'enseigne comme telle au sein d'un *curriculum*) constitue à l'évidence un enjeu important et potentiellement lourd de conséquences.

Je n'entrerai pas ici dans le fond du débat. Le droit global existe-t-il ? Comment se définit-il ? Quels phénomènes recouvre-t-il ? Doit-il ou non être reconnu comme discipline juridique ? J'ai déjà eu l'occasion d'aborder ces questions ailleurs, et encore tout récemment². Je dirai seulement en manière de boutade : le droit global n'existe pas, et pourtant je l'ai rencontré.

1. Comme le souligne Jacques Chevallier dans sa contribution, la délimitation d'un *corpus* spécifique est généralement considéré comme l'une des conditions nécessaires à l'établissement d'une discipline juridique.

2. Voir récemment : B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'académie en poche, 2014, ainsi que « A Pragmatic Approach to Global Law », in H. Muir Watt and D. Arroyo, *Global Governance Implications of Private International Law*, Oxford UP, 2015, p. 181-200.

Je l'ai même rencontré à plusieurs reprises et je le rencontre de plus en plus souvent³. Plus souvent en anglais qu'en français, il est vrai. Les expressions « *global law* » et « *world law* » ou « *transnational law* » sont aujourd'hui monnaie courante, tant chez les juristes, que dans les milieux d'affaires et les cénacles politiques mondiaux. Leurs équivalents français circulent également, mais beaucoup plus discrètement. Dans les deux cas, leur usage demeure à ce jour nettement moindre que les expressions « *international law* » et « droit international », qui désignent les disciplines juridiques officielles du droit par-delà les frontières des États⁴.

Nous savons cependant que « droit international » est un néologisme de l'ère contemporaine, que nous devons à l'esprit particulièrement créatif de Jérémie Bentham⁵. Les termes en usage pour désigner la discipline juridique étaient à l'époque le « droit des gens » (lat. *ius gentium*; ang. *law of nations*) que le « droit international » mettra un siècle à supplanter⁶. Le changement de dénomination emportait à l'époque un véritable changement de définition et de philosophie. Défini comme « *ius inter gentes* », le droit international réduisait en effet drastiquement, par opposition au droit de la nature et des gens, le nombre et la capacité des sujets de droit, en considérant les États souverains comme seuls sujets actifs du droit par-delà les frontières et en confiant à l'autonomie de leurs volontés le pouvoir d'en modifier les règles existantes ou d'en établir de nouvelles.

Les termes « droit mondial » ont fait leur apparition dans la doctrine juridique précisément au moment où le terme « droit international » réussissait à s'imposer à la fin du XIX^e siècle. Déjà en 1888, Ernst Zitelmann, alors professeur de droit à Bonn, consacre un article à « La possibilité d'un droit mondial » (*Die Möglichkeit eines Weltrechts*)⁷ et en 1923, Henri Levy-Ullmann, le fondateur avec Henri Capitant de l'Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, publie un ouvrage intitulé *Vers le droit*

3. Jusque et y compris dans le cadre du présent ouvrage sur les disciplines juridiques. Voyez ainsi, outre la présente contribution, celle d'Horatia Muir Watt sur l'incidence des objets globaux et celle de Daniel Jutras sur la déterritorialisation du droit.

4. Sur Google (requêtes effectuées le 20 janvier 2015), les requêtes « *global law* » donnent 533 000 résultats, « *transnational law* » 317 000, « *world law* » donnant 481 000 soit 1 300 000 au total, à comparer à 31 millions pour « *international law* ». En français: « droit global » donne seulement 8 590 résultats et « droit transnational » 12 000, « droit mondial » donnant 13 000, soit un total de 33 590 contre 6,8 millions pour « droit international ».

5. Publié pour la première fois dans *Principles of Moral and Legislation* en 1789.

6. Si on prend comme critère de mesure le nombre d'ouvrages publiés qui contiennent ces termes dans leur titre, le croisement des courbes ne s'effectue qu'en 1876 en français et en 1890 en anglais. Recherche effectuée par le moyen de l'outil statistique *Ngram Viewer* de Google, consulté en janvier 2015.

7. E. Zitelmann, « Die Möglichkeit eines Weltrechts », *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 39, 1888, p. 193-208.

*mondial du XX^e siècle*⁸. Dès cette époque, le droit international est critiqué et ses fondements remis en cause, en particulier la souveraineté absolue des États et leur monopole sur la création, l'interprétation et l'exécution du droit à l'échelon supranational⁹. Cette contestation était à l'époque portée notamment par le mouvement nommé paradoxalement « internationaliste » qui défendait, contre l'impérialisme et le nationalisme belliciste des États souverains, un agenda promouvant la création d'institutions mondiales dans les domaines politique, économique et social¹⁰.

L'expression « droit transnational » (ang. *transnational law*) apparut plus tardivement, dans les années 1950, sous la plume du professeur américain Philip Jessup¹¹, pour désigner des phénomènes juridiques, qui ne peuvent être appréhendés correctement dans les cadres étatiques ou interétatiques de l'ordre juridique national ou international. Elle accompagne le renouveau des échanges économiques et culturels, après la seconde guerre mondiale, dans le sillage des entreprises « multinationales », principalement sous contrôle américain à l'époque, que l'on en viendra à désigner elles aussi comme des compagnies « transnationales » et « globales »¹².

L'usage des termes « droit global » et « droit transnational », en croissance depuis la fin de la seconde guerre mondiale, connaît une courbe exponentielle depuis les années 1990, illustrant dans le domaine juridique le « tournant global des sciences sociales » en général¹³. Aujourd'hui ils se partagent le champ, avec l'expression plus ancienne « droit mondial », de manière encore indécise, même si l'expression « *global law* » tient la corde

8. H. Levy-Ullmann, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*, Paris, Rousseau et cie., 1923.

9. V. sur les débats qui traversent la doctrine internationaliste M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. V. également pour les dimensions plus politiques B. C. Schmidt, *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of International Relations*, New York, State University of New York Press, 1998.

10. Voyez, par exemple, l'Union des associations internationales de Lafontaine et Otlet, récompensée en la personne de Lafontaine par l'attribution du Prix Nobel de la Paix en 1913. Paul Otlet est par ailleurs l'inventeur du terme « mondialisation », attesté pour la première fois en français dans son ouvrage *Les problèmes internationaux et la guerre, les conditions et les facteurs de la vie internationale*, Genève, 1916, p. 337.

11. Ph. Jessup, *Transnational Law*, New-Haven, Yale University Press, 1956. Cet ouvrage reproduit un ensemble de conférences données par l'auteur à Yale en 1956. Jessup avait auparavant mené une carrière de diplomate. Membre de la délégation américaine à la conférence de Bretton Woods, il avait été désigné par le Président Truman comme représentant des États-Unis aux Nations Unies.

12. L'expression « *transnational corporations* » est devenue courante mais talonnée par « *global corporations* ». En français, on rencontre aujourd'hui davantage les « entreprises globales » que « multinationales » ou « transnationales ».

13. A. Caillé et S. Dufoix (dir.), *Le tournant global des sciences sociales*, Paris, La Découverte, coll. « Bibliothèque du MAUSS », 2013, 350 p.

en anglais, langue qui véhicule la majeure partie de la littérature académique et des débats sur ce thème au niveau planétaire¹⁴.

II – « GLOBAL PROFESSORS » ET « GLOBAL LAWYERS »

Au-delà des mots, tentons à présent d'identifier certains phénomènes significatifs auxquels on peut relier ces nouveaux usages sémantiques et tentons d'évaluer leur influence quant à l'émergence éventuelle d'une nouvelle discipline.

Un premier phénomène, finement capturé et décrit par Mickaël Xifaras, consiste en l'apparition d'une nouvelle espèce de professeurs de droit, minoritaires mais en nombre croissant, qu'il appelle les « *global professors* »¹⁵. Ceux-ci forment une communauté circonscrite, mais ouverte d'académiques qui, bien qu'attachés à une institution particulière, effectuent une sorte de tournée permanente, qui les conduit de villes globales en universités plus ou moins prestigieuses, pour évoquer et débattre du devenir du droit dans une société mondialisée et dans une perspective globale. Ces *global professors* tissent entre eux et leurs centres de recherches respectifs, voire parfois entre les écoles ou les facultés dont ils relèvent, des liens multiples d'invitations croisées et de collaborations privilégiées dans les domaines tant de l'enseignement que de la recherche et se retrouvent, tout au long de l'année, à l'occasion de certains forums¹⁶. Ce réseau en expansion se compose d'un mélange hétéroclite de comparatistes, de spécialistes

14. En anglais, l'expression « *world law* », longtemps et de loin la plus usitée, est en chute libre et dépassée depuis 2008 par « *transnational law* » et « *global law* », en croissance depuis les années 1960, accentuée depuis la fin des années 1990. Entre ces derniers, le sort est indécis même si « *global law* » semble l'emporter. Il en va autrement en français où « droit mondial » est préféré (sans doute aussi en raison de la distinction conceptuelle proposée entre « globalisation » et « mondialisation » qu'ignore l'anglais). L'expression « droit transnational » semble également mieux acceptée que « droit global », peut-être parce qu'elle comporte encore la mention des « nations », même si c'est pour en transgresser les frontières.

15. Voyez le très bel article de M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8 : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>.

16. Les grandes réunions de l'Institute for Global Law & Policies à Harvard Law School (<http://iglp.law.harvard.edu/iglp-june-2015/>) en constituent le prototype, de même que les colloques du mouvement Global Administrative Law à la NYU (<http://www.iilj.org/gal/NYUGALconference2005.asp>). Sont apparus plus récemment des « *Global Law Week* » à New York et à Bruxelles, ainsi qu'un « *Global Law Summit* » à Londres. S'il s'agit d'une réunion de professionnels du droit organisé par le barreau à New York (<https://www.nysba.org/globallawweek2015/>) et d'une manifestation politico-juridique à Londres, associant les professionnels à des figures politiques de premier plan (<http://globallawsummit.com>), la « *Global Law Week* » bruxelloise, organisée par le Centre Perelman, est une réunion

de droit international et de droit des affaires, où se glissent également des praticiens, et aussi en grand nombre des philosophes, théoriciens et sociologues du droit. Constitué en Occident, il tend rapidement à se diversifier et à s'étendre à toutes les régions du monde.

Ce réseau doctrinal ne se limite pas à l'échange d'idées et de discours ou de textes. Il se montre productif sur le plan institutionnel et investit les formes les plus classiques de la vie académique¹⁷. Les revues spécialisées en droit global ou transnational se multiplient dans les Universités occidentales¹⁸ et au-delà¹⁹. De nombreux centres de recherche se créent qui leur sont spécifiquement consacrés²⁰. Le domaine de l'enseignement se trouve également fortement investi. De nouveaux diplômes et formations voient le jour, au niveau de la maîtrise et parfois même de la licence, et pas seulement dans le monde anglo-américain²¹. De toutes parts, les initiatives foisonnent et le mouvement s'accélère de manière assez impressionnante.

On peut donc être tenté de voir dans le droit global ou transnational une création ou une invention purement doctrinale²². Le constat est indéniable si on entend souligner par-là, en se plaçant sur le terrain classique des sources du droit, que le concept a été créé et est développé essentiellement par la doctrine et la théorie du droit, plutôt que dans la jurisprudence ou dans la législation au sens large et dans les Conventions internationales. Le

principalement académique, même si elle associe largement des praticiens, selon la tradition bien établie de l'École de Bruxelles (<http://www.philodroit.be/-BGLW2015->).

17. Nous reprenons ici les informations données dans B. Frydman, G. Lewkowicz et A. Van Waeyenberge, « De l'étude à l'enseignement du droit global », in Pascal Ancel et Luc Heuschling (dir.) *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, Larcier, 2016, p. 241-254.

18. Voir *inter alia* les revues américaines et britanniques suivantes : *Global Studies Law Review* (Washington U.), *Global Law Review* (Harvard Law School), *Global Business Law Review* (Cleveland State University), *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *Suffolk Transnational Law Review*, *Columbia Journal of Transnational Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, etc. Le mouvement n'a pas encore atteint le monde francophone.

19. Par exemple : *Peking University Transnational Law Review* et *Jindal Global Law Review*.

20. Voir *inter alia* l'*Institute for Global Law & Policy* (Harvard), l'*Institute for Global Law* (University College London), le *Dickson Poon Transnational Law Institute* (King's College London), le *Centre for Transnational Law* (Cologne).

21. À titre d'exemple, un étudiant en droit peut aujourd'hui obtenir un *Bachelor in Global law* à l'Université de Tilburg (Pays-Bas), un *Master in Global Law* à l'Université de Sydney (Australie), un *LL.M. in Law in a European and Global Context* à l'Universidade Católica Portuguesa (Portugal) ou encore un *Master in Global Business Law and Governance* à l'École de droit de Science Po à Paris.

22. La notion de « droit mondial » et ses équivalents allemands (« WeltRecht ») et anglais (World Law) relèvent sans doute davantage d'un usage philosophique, mais sont néanmoins encore utilisés par la doctrine et la théorie du droit contemporaine, par Günther Teubner par exemple.

fait ne serait pas nouveau²³ et confirmerait le rôle majeur, sinon exclusif, de la doctrine dans la sélection, la définition et l'établissement des disciplines juridiques. Il faut se garder pourtant de considérer le *corpus* académique comme une production hors sol, suffisant aux besoins d'une communauté académique vivant en autarcie et ignorant avec la suprême indifférence d'une science pure et désintéressée les contingences et les pressions du monde extérieur. Ni les études contemporaines sur la fabrication des sciences ni les observations que chacun d'entre nous peut tirer de sa pratique quotidienne au sein du monde universitaire n'inclinent en ce sens. De sorte qu'il est souhaitable d'élargir la perspective pour considérer d'autres phénomènes, en particulier du côté des pratiques du droit, plus prosaïques certes, mais très significatifs du développement du vocable « global law » et des activités qu'il recouvre.

L'implantation et le développement partout dans le monde, notamment sur le continent européen, de cabinets d'avocats qui se qualifient eux-mêmes de « *global law firms* » est à cet égard l'un des plus remarquables. Ces cabinets d'affaires ne sont pas, du moins pour les plus grosses structures, le produit d'une création *ex nihilo*, mais plutôt d'un changement de dénomination qui manifeste l'évolution de leur organisation et de leur stratégie commerciale, mais aussi des services qu'ils proposent à leurs clients. Ils mettent en avant leur implantation dans toutes les places importantes ainsi que leur capacité à fournir l'ensemble des services juridiques, quel que soit l'endroit de la planète et le droit concernés, grâce à leurs nombreux collaborateurs de tous pays, leurs succursales et les cabinets locaux avec lesquels ils entretiennent des relations de réseau ou de correspondance.

Ces cabinets globaux (*global law firms*) se transforment rapidement en véritables entrepreneurs de droit global (*global law firms*), à la demande pressante de ces mêmes clients²⁴. Ceux-ci ne se contentent plus en effet d'adapter leurs politiques aux règles locales, ni même de jouer sur les différences et la concurrence entre les ordres juridiques étatiques pour pratiquer un *forum shopping* opportuniste à l'aide de montages plus ou moins sophistiqués. Ils souhaitent en outre et sont incités pour diverses raisons²⁵ à produire eux-mêmes ou à se rallier à des régimes normatifs

23. Voyez par exemple, dans la conclusion de notre étude précitée « De l'étude à l'enseignement du droit global », *op. cit.*, le rapprochement avec la création du *ius publicum universale* en Allemagne au XVIII^e siècle, en considérant toutefois les limites que nous indiquons de cette comparaison.

24. Voy. G. Lewkowicz et A. Van Waeyenberge, « La montée en puissance des avocats et la formation d'un droit global », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2010-5, 2200 à 2212.

25. En particulier, la coordination normative au niveau mondial. Voir à ce sujet et avec différents exemples : B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Réguler par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

globaux dans les différents domaines de leur activité, notamment financier, commercial, social, environnemental, logistique, mais aussi en matière de gouvernance, de contrôle de la qualité des services et produits, de protection de la propriété intellectuelle, de respect des droits de l'homme par et au sein de l'entreprise, etc.

Les « *global lawyers* » ne se limitent pas d'ailleurs à peupler les grandes structures, mais habitent également des « cabinets de niche » et forment même des cabinets individuels ou des microstructures très spécialisées. On les trouve également en grand nombre dans les organisations et les associations, publiques et privées, à vocation régionale ou globale²⁶, en particulier celles qui, pour différents motifs politiques, économiques ou stratégiques, poursuivent des objectifs de régulation, de coordination et de normalisation. Tous ceux-ci élaborent ou contribuent à de nouveaux instruments comme des codes de conduite et des codes de gouvernance, des normes techniques, mais aussi des clauses standards²⁷ et des contrats types, ainsi que des dispositifs d'ingénierie juridique et des mécanos institutionnels, mis au point dans leurs bureaux, soit sur mesure, soit en série²⁸. Certaines de ces productions deviennent d'ailleurs des « standards de marché », qui s'imposent de fait à toutes les parties qui entrent dans une certaine opération²⁹.

Cette activité d'entrepreneur normatif global ne se limite pas cependant à la rédaction ou à la généralisation de certaines règles juridiques, loin s'en faut. Elle se prolonge, de manière très considérable dans le volume des activités, par la mise au point et la participation à d'innombrables dispositifs de mise en œuvre et de contrôle de l'application des normes, qui incluent notamment toutes les procédures de « *compliance* » (conformité),

26. Ou mêmes internes, mais qui visent des objectifs à l'échelle régionale ou mondiale.

27. Les emprunts d'État constituent une illustration frappante de ce phénomène. Leur régime est désormais fixé essentiellement sur une base contractuelle, dont les clauses standardisées sont mises au point, formulées et révisées par certains cabinets d'affaire spécialisés, spécialement le cabinet Cleary-Gottlieb. Voyez sur le sujet la thèse de Caroline Lequesne, *L'évolution du régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, Bruxelles, 2015 en particulier le chapitre préliminaire de la 1^{re} partie sur le rôle des cabinets d'avocats, ainsi que les nombreuses références citées.

28. Voy. l'analyse détaillée d'une série d'exemples dans D. Wielsch, « Global Law's Toolbox: How Standards Form Contracts », in H. Eidenmüller, *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München, C.H. Beck, 2013, p. 71-111.

29. C'est clairement le cas de l'*ISDA master agreement*, qui règle en pratique par un contrat uniforme les modalités juridiques de 90 % de toutes les opérations sur dérivés de gré à gré au niveau mondial, pour un montant total de plus de 600 000 milliards de dollars selon l'évaluation de la Banque des règlements internationaux en 2014 (Bank for International Settlements, *Statistical release: OTC derivatives statistics at end-June 2014*, Nov. 2014). Voy. également l'analyse de cette institution comme un régime de droit transnational proposée par J.-P. Braithwaite, « Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets », *The Modern Law Review*, vol. 75, 5, 2012, p. 779 et s.

destinées à assurer la mise en œuvre effective et uniforme des normes au sein de l'entreprise, du groupe, de la filière ou du secteur, tout au long de la chaîne et dans tous les établissements disséminés partout dans le monde. Les *global lawyers* se trouvent d'ailleurs sur ce terrain particulier, comme d'ailleurs de manière générale sur le marché du droit global, en concurrence très dure avec les cabinets d'audit internationaux. Ils sont également confrontés à de nouveaux venus, qui émergent dans les secteurs spécifiques, comme celui des réseaux de communication par exemple, à la faveur de l'émergence de nouvelles institutions et protocoles de régulation à vocation globale³⁰. Ces acteurs participent au développement et à la consolidation de systèmes divers et variés de notation, de classement, de labellisation, mais aussi d'arbitrage et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges, qui produisent en pratique des effets incitatifs et contraignants sur les opérations et les opérateurs, bien au-delà et indépendamment des cadres étatiques et interétatiques habituels.

Tous ces dispositifs, insistons-y, ne se limitent pas au droit des affaires ou à ce qu'il est encore convenu d'appeler « le droit du commerce international », mais affectent pratiquement toutes les branches du droit en ce compris le droit social, le droit familial³¹, les droits de l'homme et de manière générale les branches du droit public, en ce compris le droit constitutionnel³².

On peut ainsi tracer un parallèle entre le développement sur le terrain des « *global lawyers* » et celui des « *global professors* » dans le monde académique. Il faut cependant se garder d'établir entre le premier et le second un lien de causalité en vertu d'une sorte de déterminisme automatique de la pratique du droit sur la théorie et la doctrine, que ni l'observation ni plus largement l'histoire des idées juridiques ne confirment. Il est d'ailleurs remarquable que, hormis le rôle charnière (à vrai dire très important) que jouent les praticiens-enseignants, les deux groupes s'ignorent plus ou moins et en tout cas ne se fréquentent guère, ne se mélangent pas et ne se réunissent que rarement en tant que groupes³³. Il est encore plus frappant

30. Comme l'ICANN par exemple dans le domaine de l'Internet. Voir à ce sujet les études consacrées par Caroline Bricteux, chercheuse au Centre Perelman, à cette institution et aux instruments normatifs et de contrôle produits dans son sillage (cf. http://www.philodroit.be/_Bricteux-Caroline_?detail=publications&lang=fr).

31. En particulier dans les domaines patrimoniaux des successions et des donations, mais aussi au niveau du règlement des divorces, en ce compris les questions relatives à la garde des enfants (v. E. A. O'Hara et L. E. Ribstein, *The Law Market*, Oxford, Oxford University Press, 2009, spéc. Chapitre 8).

32. M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (dir.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

33. Ainsi, la *Global Law Week* de New York réunit des professionnels du droit; le *Global Law Summit* de Londres ces mêmes praticiens avec des acteurs du monde politique et

que, si la doctrine globale émergente s'appuie, plus ou moins selon les courants, sur l'observation des phénomènes issus de la pratique pour forger ses théories sur le droit global, les praticiens eux-mêmes, au moins certains d'entre eux, se montrent très réticents à voir appliquer ces concepts à leurs activités, de peur que la légitimité de celles-ci soient mise en question ou contestée. Ils préfèrent dès lors se raccrocher à la théorie du droit la plus classique, voire la plus éculée à laquelle ils ne manquent pas de réitérer leur allégeance³⁴. Ils font ainsi du droit global sans le dire et presque sans le savoir, en tout cas sans trop vouloir y penser³⁵.

Quels qu'en soient les motifs, il faut être affligé d'une myopie singulière pour ne pas pouvoir regarder ensemble ces deux phénomènes simultanés. Si on peut les interpréter comme deux manifestations distinctes de l'esprit du temps, mais aussi comme autant de signes de l'évolution de la vision du droit³⁶, ils se trouvent également reliés par des connexions plus prosaïques, qui affectent tant les filières d'enseignement que celles de la recherche académique.

C'est ainsi que les *global law firms* et les autres structures mentionnées qui recourent aux services de *global lawyers*, soumises à la pression générale sur les coûts et les rendements, cherchent à recruter, parmi l'élite des étudiants, ceux qui disposent non seulement d'une solide formation juridique classique, mais aussi qui ont été initiés, dès le début de leur formation ou lors d'une spécialisation, à envisager le droit dans une perspective globale et, de préférence, formés aux nouveaux métiers de l'avocat et aux nouveaux instruments du droit global³⁷. Cette demande ou du moins ce besoin suscite effectivement des réponses plus ou moins élaborées de la part des organismes qui dispensent des enseignements et des formations et délivrent des diplômes au niveau supérieur.

économique principalement. Par ailleurs, les réseaux et les rencontres, comme ceux organisés par l'*Institute for Global Law & Policy* de Harvard, rassemblent essentiellement des académiques et des chercheurs, mais très peu de praticiens. La *Global Law Week* de Bruxelles invite et tente de faire dialoguer ensemble théoriciens et praticiens du droit global.

34. Je me réfère ici à mon expérience personnelle lors de diverses discussions avec des représentants des *global law firms*, qui se montrent particulièrement sur la défensive et craignent visiblement de voir l'ensemble de leurs activités assimilées aux montages fiscaux qui sont, à juste titre d'ailleurs, sous le feu des critiques.

35. On peut rapprocher ce phénomène de la notion de « méconnaissance » en psychanalyse (Freud parle de « déni » ou de « dénégation »). L'ambiguïté et le glissement sémantique insensible de l'expression « *global law firms* » manifestant ici en quelque sorte le refoulé de l'inconscient juridique.

36. Sur la notion de « vision du droit », voir B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011.

37. Voyez le cycle de conférences 2014 du Centre Perelman, consacrés aux *Nouveaux métiers de l'avocat* et notamment aux « Global Law Firms », disponibles sur <https://www.youtube.com/user/centreperelman>.

Le développement de ces programmes semble obéir, en France du moins, à un mouvement concentrique, qui initié en dehors des facultés de droit ou dans leur périphérie atteint désormais le cœur du dispositif classique. Les premières formations ont été proposées dans des filières non juridiques, notamment économique, politique et financière, sous les termes généraux de « gouvernance » et de « régulation » ou dans le cadre d'approches sectorielles pointues³⁸. Puis les grandes écoles s'en sont emparées et ont proposé des mastères ou des LLM³⁹. Enfin, certaines universités, usant de l'élargissement de leur autonomie, et leurs facultés de droit commencent, non sans hésitation ni réticence, à suivre le mouvement et à se positionner sur ce nouveau créneau considéré comme « porteur », notamment dans le cadre de co-diplômation avec des établissements étrangers ou spécialisés dans d'autres disciplines. Le mouvement est bien plus avancé ailleurs en Europe et dans le monde où ces programmes sont désormais légion.

Ils rencontrent d'ailleurs un intérêt marqué de la part des étudiants, qui répond non seulement et sans aucun doute à des considérations de carrière, mais également à une véritable appétence intellectuelle qui, au-delà de l'effet de mode, attire les nouvelles générations vers les évolutions qui affectent le droit contemporain et qui reflètent les transformations d'un monde qui est le leur et sur lequel elles désirent à la fois exercer leur réflexion et imprimer leur action. Le contingent des étudiants attirés vers les études globales est dès lors bien plus important et diversifié que ceux qui se destinent au droit des affaires et aspirent à rejoindre les cabinets du « *magic circle* ». Cet intérêt des étudiants est d'autant moins à négliger que les programmes de formation spécialisés, notamment en droit, sont principalement financés par les étudiants eux-mêmes et leurs familles, souvent à grands frais. L'Europe elle-même fait de moins en moins figure d'exception suite aux changements de politique publique au niveau national et supranational et à l'ouverture du marché mondial de l'éducation supérieure⁴⁰. L'offre de formation, rendue beaucoup plus sensible à la demande, y évolue en conséquence rapidement dans un secteur qui est désormais entré dans une phase de restructuration intense. Il me semble donc que ce sont les étudiants qui font office, malgré eux sans doute, de courroie de transmission entre le monde académique et

38. Par exemple les nouvelles technologies, le réchauffement climatique, la responsabilité sociale des entreprises, etc.

39. Voyez, par exemple, l'École de droit de Sciences Po qui propose, sous la direction d'Horatia Muir Watt, un master de « Global Governance Studies », qui constitue l'une des sections du master en droit économique.

40. Pour une analyse approfondie de la question et de ces répercussions en France, voyez l'étude très informative proposée par Anna Vinokur, « La normalisation de l'Université » in B. Frydman et A. Van Waeyeberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013, ch. 7, p. 235-261.

celui de la pratique, la transmission étant d'ailleurs destinée à opérer dans les deux sens, de manière cumulative.

Ce phénomène est sans aucun doute encouragé par les partenariats avec le privé, le parrainage, les dons, les bourses et les subsides. C'est cependant surtout au niveau de l'orientation de la recherche que l'on peut constater les effets les plus visibles de ces modes de financement ciblés. Les pouvoirs publics eux-mêmes, qui financent les projets de recherche, développent un intérêt soutenu pour les questions relatives à la globalisation sous tous ses aspects, y compris juridiques. Pour eux, le droit global ou la mondialisation du droit apparaissent comme l'un des compartiments de la gouvernance globale et, à ce titre, comme l'un des facteurs du développement économique et de l'influence politique. Le phénomène n'est pas neuf⁴¹. Il n'est pas sans effet sur le monde académique dans la mesure où les instituts qui financent la recherche, dépendants des gouvernements nationaux et plus encore des organismes internationaux et supranationaux, orientent les subsides et par conséquent les recherches vers ces questions, tout comme d'ailleurs les fondations et les partenaires privés⁴². Ces types de financement et les dispositifs d'évaluation et de contrôle qui les accompagnent, influencent de fait la recherche universitaire, qui a toujours davantage besoin d'argent frais à mesure que les financements structurels se réduisent comme peau de chagrin. Ces incitations favorisent aussi la multiplication des instituts de recherche en droit global et en droit transnational, que nous avons déjà mentionnée.

III – DU PARADIGME À LA DISCIPLINE

Un réseau de professeurs globaux et d'instituts de recherches en droit global, une masse de cours et de programmes de formation, souvent inter voire trans-disciplinaires, le développement de revues spécialisées : beaucoup d'ingrédients qui entrent dans la préparation d'une nouvelle discipline dans la cuisine du droit semblent ici réunis. Mais ces moyens, sans doute

41. Pour ma part, j'avais déjà eu l'occasion de le mentionner dans un article publié il y a une dizaine d'années : « Coregulation: a Possible Model for Global Governance », in B. De Schutter and J. Pas eds., *About Globalisation, Views on the Trajectory of Mondialisation*, Brussels, VUB Brussels University Press, 2004, p. 227-242.

42. C'est ainsi qu'en Europe, pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres, l'agenda 2020 de l'Union européenne a lancé un appel à projets, ouvert notamment aux juristes, intitulé « *Europe in a Value Based Global Order* ». Le descriptif de l'appel parle de « *global justice* », de « *global governance* » et de « *transnational actors* ». Voyez l'appel à contributions sur le site de l'Union européenne <http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/opportunities/h2020/topics/1055-int-03-2015.html>.

indispensables à la réussite d'une discipline, sont-ils véritablement suffisants pour la constituer ? Non, répondrons de très nombreux sceptiques qui ne manqueront pas de relever le défaut de définition, de précision, de clarté et de rigueur requis pour l'élaboration d'une discipline universitaire digne de ce nom, voire même l'absence d'un quelconque substrat juridique de nature à lui donner corps. On ne peut pas tout à fait leur donner tort. Les spécialistes autoproclamés du droit global ne s'accordent en effet ni sur le nom ni sur la chose. Ils ne partagent ni le même concept ni la même théorie du droit. Ils ne s'accordent pas davantage quant à la délimitation d'un *corpus* de sources ni sur les « objets » ou les types d'objets à subsumer sous la catégorie droit global.

Tout ceci est exact, mais ne semble pas faire obstacle au développement des travaux, bien au contraire. Comme l'écrit Mickaël Xifaras, « [l]e 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 »⁴³.

Xifaras a raison de souligner la nature paradigmatique du « global ». Or l'histoire moderne de l'organisation des savoirs a bien montré la puissance créatrice des paradigmes, qui ont bouleversé l'économie des structures scientifiques et souvent donné naissance à de nouvelles disciplines⁴⁴. On en trouve d'ailleurs plusieurs précédents dans l'histoire moderne des idées juridiques, en particulier la révolution du droit naturel moderne aux XVII^e et XVIII^e siècles et le mouvement du droit social à la fin du XIX^e et au XX^e siècles. Ces deux épisodes critiques ont provoqué bien des changements au niveau des instruments de la connaissance du droit, en ce compris l'organisation académique et la définition des disciplines juridiques⁴⁵.

Ainsi le droit naturel moderne n'est identifiable ni à une école, ni à une philosophie (et certainement pas le jusnaturalisme). Avant de devenir une branche du droit, il se présentait davantage comme un champ de bataille épistémologique, le théâtre d'opération d'un débat intense et polyphonique qui, sous l'étendard de la science nouvelle, a réussi à inscrire, dans la théorie

43. M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8 : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>.

44. M. Foucault en a fait la plus belle démonstration dans *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

45. Pour une analyse plus approfondie de ces deux épisodes de l'histoire de la raison juridique, je me permets de renvoyer le lecteur intéressé à mon ouvrage *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011, ch. 5 et 7.

et la pratique du droit et dans la longue durée, des concepts opératoires et des méthodes d'importance majeure : notamment une théorie subjectiviste des droits de l'homme, entrée depuis lors dans l'ordre du droit positif avec les effets que l'on sait, mais aussi un nouveau système des relations juridiques entre les États avec la discipline renouvelée du « droit de la nature et des gens » et jusqu'au concept central d'ordre juridique sur le socle duquel ont été construits les droits nationaux modernes, à commencer par le droit français lui-même.

Quant au « droit social », il désignait à l'origine une conception générale et transversale du droit dans son ensemble, comme phénomène social et comme science sociale, qui a donné lieu à des controverses politiques et juridiques extrêmement violentes. Les effets de ce mouvement ne se limitent pas au domaine de la sociologie juridique dans lequel les facultés de droit ont tenté de le réduire et de l'isoler. Le droit social a véritablement bouleversé l'économie du droit par l'établissement bien sûr d'une nouvelle branche du droit porteuse de l'ordre juridique contemporain et de la discipline académique officielle qui en a la charge, mais aussi en important dans le domaine du droit positif toutes les institutions, les instruments, les concepts et les méthodes qui ont permis et accompagné la transformation profonde de l'État libéral en État social.

Le droit « naturel » et le droit « social » ont eux aussi été des notions vagues et confuses, objet d'intenses controverses et de terribles querelles. Ce qui ne les a pas empêchés de transformer en profondeur le droit positif et de contribuer à la naissance de nouvelles disciplines et plus fondamentalement encore de nouvelles conceptions du droit. Le droit « global » présente avec ces deux prédécesseurs plus d'une affinité. Pour le dire ici très vite, du droit naturel, il retrouve l'horizon d'universalité, déjà repris du reste par le social, présenté comme une seconde nature. Avec ce dernier, il affirme la prévalence des conditions politiques, économiques et sociales sur les formes et les règles du droit et par conséquent la nécessité d'adapter celles-ci à l'évolution des circonstances et des besoins. Le droit global n'est peut-être que leur double, le nouveau visage sous lequel se présentent à l'intérieur du droit les forces de la contestation et du changement⁴⁶.

Car le « droit global » est indéniablement et ouvertement investi d'une forte charge polémique. Il rompt à grand bruit avec le nationalisme méthodologique dans le domaine juridique⁴⁷ et conteste en conséquence

46. J'ai développé cette thèse plus amplement dans « Les métamorphoses d'Antigone », textes des conférences de la chaire Michel Villey 2015, *Droit et Philosophie*, vol. VIII, Dalloz, 2017, p. 111-167.

47. Voyez sur cette question et sur les autres transformations qu'induit le paradigme « global », mon étude « Comment penser le droit global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-48.

radicalement le monopole que les États souverains avaient réussi à se conférer à eux-mêmes, dans le courant du XIX^e siècle, sur l'élaboration, l'application et l'exécution des principales règles de droit. De ce point de vue, le concept de « droit global » s'oppose aux principes fondateurs du droit international public, tout comme ce même droit international s'était opposé lui-même, victorieusement d'ailleurs, à ceux du droit de la nature et des gens. Le contexte est favorable et son heure peut-être venue. Il remet en cause le concept même de souveraineté que les réalités de la pratique du droit ont vidé peu à peu de sa substance. Il participe à la réflexion sur la refondation du droit international privé, dont les principes ont été complètement subvertis par le libre jeu des actions opportunistes en milieu global. Dans sa conception pragmatique, il remet en cause la primauté des concepts fondamentaux d'ordre juridique et de sources du droit auxquels il tente de substituer d'autres logiques⁴⁸. Il ébranle ainsi le soutènement du tracé entre droit et non-droit que la théorie du droit classique avait pour fonction de garder, en intégrant d'autres formes de normativités, de nouvelles institutions et des dispositifs opératoires de mise en œuvre et d'exécution qui montent en puissance et concurrencent les règles et les institutions juridiques classiques.

Si on ne peut que deviner, de manière incertaine, ce que le paradigme du « global » apportera de nouveau à la théorie et à la pratique du droit, il devient difficile de soutenir que les changements considérables qui affectent, sur les plans politique, économique, social et bien sûr technologique, notre environnement et que l'on désigne sous le terme commode et vague de « mondialisation » et de « globalisation » n'appelleront pas des transformations ou des évolutions considérables dans les institutions et les règles du droit, y compris au niveau de l'organisation des savoirs. Si bien que ce n'est pas faire preuve d'une trop grande audace que d'entrevoir, dans les débats très vifs et houleux, notamment idéologiques et politiques, qui mobilisent intensivement la philosophie du droit et la doctrine, les prémices d'une nouvelle discipline en gestation. Le défaut d'unité dans l'appellation et la définition, la manque de précision quant aux objets et au champ investi, la nouveauté des programmes d'enseignement et de recherches et des structures qui les abritent ne doivent pas inquiéter outre mesure à cet égard. Car, au contraire de plusieurs auteurs qui se penchent sur ces questions, je ne pense pas que l'univocité de la définition, la rigueur des notions et la délimitation du *corpus* soient des conditions ni même des signes de l'émergence d'une discipline nouvelle. Je pense plutôt, de manière pragmatique, qu'ils en sont bien davantage la conséquence. Ainsi le droit global, inexistant ou très contesté aujourd'hui, se fera-t-il peut-être, dans la lutte, sa place au soleil

48. « Comment penser le droit global », *op. cit.*, p. 21 et s.

dans le panthéon académique des disciplines. Il perdra alors en ouverture et en souplesse ce qu'il gagnera en rigueur et sans doute en rigidité. Il aura lui aussi, à n'en pas douter, ses gardiens et ses thuriféraires. Tel est en effet le lot fatal de tout discours prétendant au savoir qui se constitue en discipline et s'institutionnalise au sein de l'Académie.