

DOCTRINE

929

L'idée sociologique de « connectivité »
et le droit international privé

Poul F. Kjaer, traduit par Louis Hill

Rev. crit. DIP

Revue critique
de droit international privé

JURISPRUDENCE

949

La perte de la nationalité française
pour désuétude en zone de turbulence

Paul Lagarde

982

Taux d'intérêts et contrôle concret de l'ordre
public international

Pascal de Vareilles-Sommières

1002

La charia, le droit successoral
et les droits fondamentaux

Charalambos (Haris) Pamboukis

1031

L'impossible transfert du contrat de travail du
salarié non muni d'une autorisation de travail

Natalie Joubert

ref : 541904



DAJLOZ

Article

L'idée sociologique
de « connectivité » et le droit
international privéVers une architecture constitutionnelle
au-delà de l'État ?Poul F. Kjaer¹

Copenhagen Business School

Traduit par Louis Hill

École de droit de Sciences Po (doctorant)

Résumé

D'un point de vue sociologique, l'architecture du droit global se caractérise par une prééminence des normes de « connectivité », qu'il convient de distinguer des normes de « possibilité » et des normes de « cohérence ». La centralité des normes de connectivité dans cette structure provient de la fonction même du droit global, qui vise à faciliter le transfert de composants sociaux condensés –tels que le capital, les produits économiques, les doctrines religieuses ou les connaissances scientifiques–, d'un environnement juridique à un autre à l'échelle planétaire. Cela se vérifie aussi bien dans le cas du colonialisme et du droit colonial que dans celui, aujourd'hui, des chaînes de valeur globales et des droits de l'homme. Le droit colonial et le droit des droits humains peuvent tous deux être compris comme des moyens de remplir une même fonction constituante de stabilisation et de facilitation de la connectivité. Cette compréhension trouve un écho significatif dans le droit international privé, qui participe de la même fonction.

929

(1) Professeur au sein du département de management, sciences politiques et philosophie à la Copenhagen Business School : Porcelaenshaven 18B, 2000 Frederiksberg, Denmark. Email : pfk.mpp@cbs.dk. Orcid:0000-0002-8027-3601. Ceci est une version traduite et révisée de l'art. suivant : P. Kjaer, *Constitutionalizing Connectivity: The Constitutional Grid of World Society*, *Journal of Law and Society*, 45, 51, 2018, p. 114-134. Des versions antérieures ont été présentées à la conférence intitulée « *Societal Constitutions in Transnational Regimes* » à Cardiff University entre le 30 juin et le 1^{er} juill. 2017 ; et à la conférence intitulée « *The politics of (dis)connectivity* », à la Chinese Academy of Sciences à Beijing entre le 30 nov. et le 1^{er} déc. 2017. La recherche que vient achever ce article fut développée avec le soutien du Conseil européen de la recherche – ITEPE-312331.

Introduction

Le présent article entend développer une nouvelle compréhension des normes juridiques à l'œuvre à l'échelle transnationale, en les concevant comme des instruments de réalisation d'une société globale. Il se situe à cet égard au sein d'un important débat contemporain en sociologie du droit, portant sur la constitutionnalisation de la société indépendamment des États. À cet égard, en sociologie, la notion de société globale – à savoir l'idée selon laquelle il existerait une seule société dans le monde, indépendamment des États – postule l'existence de ce qu'on pourrait appeler une connectivité au sein de celle-ci. Cette dernière notion est fondée originellement sur la notion husserlienne d'horizon d'attente. Ici, il s'agit de contribuer à en affiner le contenu, tout en en retenant une acception beaucoup plus générale². C'est sur ce terrain que se situe un point de rencontre entre la sociologie du droit et le droit international privé à l'ère de la globalisation qui mérite d'être exploré car ce dernier champ disciplinaire repose aussi, bien entendu, sur une certaine vision du monde social au-delà des frontières, ou une certaine conception de son architecture, qui fait appel à une notion très proche de la connectivité au sens sociologique.

En effet, pour les lecteurs de la Revue critique de droit international privé, la notion de connectivité aura une résonance familière, tout au moins si l'on entend cette dernière comme la mise en relation d'environnements juridiques distincts dans un contexte de pluralité ou de diversité normatives. C'est en ce sens que, prenant acte de l'étendue de la littérature relative à la fonction

des normes juridiques, la perspective déployée ici verra dans les normes juridiques des vecteurs de connectivité. Cela est important si l'on veut comprendre la position et la fonction des normes juridiques globales, dès lors que la société globale elle-même est paradoxalement composée d'une pluralité de mondes. Il y a là un phénomène que le droit international privé comprend bien.

La société globale est en effet une société acentrique dans laquelle sont à l'œuvre non seulement une différenciation horizontale entre des domaines délimités fonctionnellement (ou « systèmes »), mais aussi une différenciation verticale entre des processus sociaux reposant sur des principes, locaux, nationaux et transnationaux, d'organisation³. De façon tout aussi paradoxale, une globalisation accrue a généré une augmentation, plutôt qu'une disparition, de la diversité contextuelle. La logique de différenciation de la société acentrique doit par conséquent être complétée par une logique de connectivité. C'est dans un tel cadre que les normes juridiques globales ont vu le jour comme instruments de connectivité.

Outre la fonction traditionnelle de stabilisation des attentes, les normes juridiques globales assurent la structuration des transferts, c'est-à-dire l'extraction, la transmission et l'implantation d'unités de signification (« *Sinnkomponente* ») ou composants sociaux condensés, d'un contexte à un autre. Cela s'applique à l'ensemble des domaines ayant fait l'objet d'une délimitation fonctionnelle, dans la mesure où de tels transferts peuvent être observés en matière de décisions

(2) N. Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 57, 1971, p. 1-35. Réimpr. In N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 2009 [1975], p. 51-71.

(3) S. Sassen, *Territory – Authority – Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2006.

politiques, de décisions de justice, de capital et produits économiques ou encore de connaissances scientifiques. C'est en se consacrant à ces transferts que les normes juridiques globales endossent le rôle d'outils de promotion de la connectivité.

Cela transparait également dans la transformation évolutive des normes juridiques qui visent à stabiliser des processus se déployant à une échelle globale. L'un des bouleversements structurels les plus fondamentaux, si ce n'est le plus fondamental, que le droit contemporain et les sciences sociales tentent encore d'appréhender, est le phénomène, toujours en cours, de décentrement du monde. Celui-ci est le produit de l'implosion du monde eurocentrique et de l'érosion continue du monde occidental-centrique. Cette transformation n'a pas encore été pleinement élucidée, sur le plan empirique comme conceptuel. Le vide qui en résulte continue ainsi à produire d'importantes incertitudes⁴.

En s'intéressant plus particulièrement à l'infrastructure juridique, ancrée institutionnellement, de la société mondiale, ce bouleversement peut être compris comme le passage, sur le plan structurel, du colonialisme à la gouvernance transnationale contemporaine. Si le colonialisme comme la gouvernance transnationale contemporaine vont, tous deux, au-delà de simples considérations économiques, la structuration des transferts économiques reste néanmoins une opération qui leur est centrale⁵. On peut d'ailleurs constater empiriquement la substitution des chaînes de valeur globales au colonialisme, dans sa dimension économique. Cette mutation constitue le changement contemporain le plus profond dans la structuration globale des processus de

transfert économique. Le colonialisme et les chaînes logistiques mondiales s'appuient tous deux sur des instruments juridiques et une hiérarchie des normes qui permettent de faire état de leur constitutionnalisation. Les normes concernées divergent toutefois dans leur substance, ce qui corrobore l'idée selon laquelle le colonialisme et la gouvernance mondiale contemporaine agissent, dans leur dimension économique, comme des équivalents fonctionnels mais non pas normatifs. En d'autres termes, le passage du colonialisme à la chaîne logistique mondiale implique une altération radicale dans l'architecture constitutionnelle de la société mondiale.

Le propos qui suit débute par un exercice de définition du contexte. Les deux premières étapes viennent ainsi délimiter les contours des notions de société mondiale et de droit global. La partie suivante s'attache à situer l'approche déployée dans le paysage théorique existant, en mettant notamment en exergue l'ambition d'élaborer une troisième voie entre les conceptions unifiantes et les conceptions radicalement pluralistes du droit global. Puis, deux autres étapes concrétisent cette ambition, d'une part en élaborant un concept de norme de connectivité qui se réfère à un type particulier de normes juridiques, qui pour des raisons structurelles, tend à gagner en importance, s'agissant de processus sociaux se déployant à une échelle globale; et, d'autre part, à travers une courte reconstruction des différentes étapes clés marquant le passage du colonialisme, dans sa dimension économique, aux chaînes de valeur mondiales. L'article se conclut par un examen des implications de notre étude en ce qui concerne la nature du constitutionnalisme dans la société mondiale.

(4) H. Brunkhorst, *Constitutionalism and Democracy in the World Society, in The Twilight of Constitutionalism?*, P. Dobner et M. Loughlin, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 179-198, spéc. p. 185.

(5) M. Xifaras, *The Global Turn in Legal Theory, Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXIX 2016, p. 215-243, spéc. p. 219.

I – Le contexte sociétal : l'émergence de la société mondiale

Le concept de société mondiale fut avancé par Niklas Luhmann au début des années 1970, synthétisant alors une série de développements qui, plusieurs décennies après, devinrent les parties intégrantes d'un récit plus large relatif à la mondialisation⁶. Le concept phare qui gît au cœur de la notion de société mondiale selon Luhmann est celui d'horizon d'intentionnalité, introduit par Husserl⁷. Il le détourne légèrement en arguant que, dans la société mondiale, le monde social, dans son ensemble, repose sur une base commune d'expériences possibles. À ce titre, Luhmann semble assimiler l'émergence de la société globale, comme base commune d'expériences possibles, à une fusion des horizons, au sens de Gadamer⁸. De plus, dès lors qu'un horizon possède nécessairement une dimension temporelle, l'émergence de la société mondiale ne peut plus être séparée de l'établissement d'une heure universelle, telle qu'elle fut mise en place dans la seconde moitié du XIX^e siècle, c'est-à-dire d'une unité universelle de temps facilitant la communication à travers le monde⁹.

Il est permis de distinguer trois étapes dans l'émergence historique de la société globale : tout d'abord la découverte par les européens du globe terrestre, dans le sillage des observations effectuées par les scientifiques et les explorateurs des XV^e et XVI^e siècles, ainsi que le développe-

ment correspondant d'un ordre juridique unique, eurocentrique, dont la prétention à la validité concerne le monde dans son entièreté¹⁰. La deuxième étape consiste en l'émergence d'un monde synchronisé qui, comme nous l'avons évoqué plus haut, s'est manifestée à travers la naissance d'une horloge universelle à partir des années 1850. Celle-ci fut permise par une série d'avancées technologiques, relatives, par exemple, au bateau à vapeur, au chemin de fer et au télégraphe, ainsi que par la seconde vague d'expansion de l'impérialisme européen qui livra le globe à des processus interconnectés se déployant à une échelle globale¹¹. Cela se traduit par la globalisation des domaines délimités fonctionnellement, c'est-à-dire des systèmes sociaux relatifs à l'économie, le droit, les médias de masse, la politique ou encore la science. Ce processus de synchronisation du monde se manifesta également dans l'utilisation croissante de termes comme « économie mondiale », « politique mondiale », « littérature globale »¹². La troisième étape décisive dans cette histoire de la société mondiale réside dans l'intensification, à partir des années 1960, des processus, exposés plus haut, de globalisation et de synchronisation. Cela fut rendu possible par l'intensification de la communication globale permise par des innovations technologiques comme la création du porte-conteneur ou l'installation de la

(6) Pour l'approche de la société mondiale développée par l'école de Bielefeld, v. R. Stichweh, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main. En ce qui concerne l'école de Stanford, v. J. W. Meyer, J. Boli, G. M. Thomas et F. O. Ramirez, *World Society and the Nation-State*, *American Journal of Sociology*, 1997, 103, p. 144-181.

(7) N. Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, préc.

(8) H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Gesammelte Werke, Band I*, Morh Siebeck, Tübingen, 1986, p. 310 s.

(9) N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1997, p. 145 s..

(10) P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, Routledge, Abingdon, 2014; C. Schmitt, *Der Nomos der Erde. I^o Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin, 1950.

(11) J. Osterhammel, *The Transformation of the World: A Global History of the Nineteenth Century*, Princeton University Press, Princeton NJ, 2014. Traduit de l'allemand par P. Camiller.

(12) R. Stichweh, *Das Konzept der Weltgesellschaft: Genese und Strukturbildung eines globalen Gesellschaftssystems, Rechtstheorie*, 39, 2008, p. 329-55.

communication satellite et de l'internet. Des changements radicaux dans l'ordonnement juridique et réglementaire, à l'instar de la libéralisation des flux de capitaux au cours de la dernière décennie du xx^e siècle, concourent également à vivifier les échanges sociaux à portée globale.

Toutefois, en dépit de cette histoire, le concept de société mondiale n'a pas fait l'objet d'une détermination totale; il reste sous-déterminé (« *underdetermined* »)¹³. Des domaines ou systèmes délimités fonctionnellement à portée globale existent effectivement aujourd'hui, comme en attestent les systèmes financiers mondiaux et les médias de masse à caractère global. Cela suggère que la différenciation fonctionnelle est devenue le principe d'organisation de la société mondiale. Dès lors, d'autres formes de différenciation, comme la dualité centre/périphérie, la stratification ou la différenciation par segment, ont, quant à elles, été « internalisées », en ce sens qu'elles sont devenues des modes subalternes de différenciation: elles se déploient *au sein* même (et non entre) des domaines délimités fonctionnellement. Par exemple, l'existence de classements globaux (logique de stratification) *au sein* du domaine universitaire en est le reflet. De la même manière, l'opposition entre le centre et la périphérie, qui structure la finance globale autour de la *City* de Londres et de *Wall Street* à New York, n'opère qu'*au sein* même du système économique. Ces exemples corroborent le caractère secondaire des autres processus de différenciation, qui n'œuvrent qu'au sein de domaines déjà

délimités fonctionnellement, ce qui ne manque pas, à l'inverse, de mettre en exergue toute la vigueur de la modernité, entendue comme une forme de société reposant sur la primauté de la différenciation fonctionnelle¹⁴.

Toutefois, l'amplitude ainsi que le degré d'avancement de ce processus de modernisation semblent questionnables. Les contrées dans lesquelles la modernité, telle que nous l'avons définie précédemment, exerce une domination totale, restent limitées. Il s'agit principalement de l'espace nord-atlantique. Si le globe comprend de nombreuses villes mondiales converties à la modernité¹⁵, la différenciation fonctionnelle continue, dans la majeure partie du monde, de se superposer aux autres formes de différenciation signalées plus haut (comme la dualité centre/périphérie ou la différenciation par segment et par stratification). L'universalité de la modernité paraît donc douteuse empiriquement¹⁶. À l'évidence, cela est peut-être simplement une affaire de « causalité dans le Sud »¹⁷. Cependant l'évolution sociale est aveugle et il nous est par conséquent impossible de savoir avec certitude si aura lieu la duplication, dans le reste du monde, de cette modernisation qui s'est déployée en Europe et en Amérique du Nord. Seule la situation présente nous est intelligible. Celle-ci est marquée par un certain « métissage » ou « créolisation », c'est-à-dire par le mélange de différents types de communication, ce qui contredit la thèse d'une communication « pure » ou unidimensionnelle¹⁸. Ainsi, si les domaines délimités fonctionnellement, opérant selon une logique

(13) M. Amstutz et V. Karavas, *Weltrecht: Ein Derridasches Monster, in Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, G.-P. Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch et P. Zumbansen, Walter de Gruyter, Berlin, 2009, p. 645-672.

(14) N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, préc., p. 145 s.

(15) S. Sassen, *The Global City: New York, London, Tokyo*, Princeton University Press, Princeton NJ, 2001.

(16) M. Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Duncker & Humblot, Berlin 1992.

(17) N. Luhmann, *Kausalität im Süden, Soziale Systeme*, 1, 1995, p. 7-28.

(18) M. Amstutz, *Métissage. Zur Rechtsform in der Weltgesellschaft, in Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, A. Fischer-Lescano, F. Rödl et C. U. Schmid, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009, p. 333-351; P. F. Kjaer, *Law of the Worlds - Towards an Inter-Systemic Theory, in Recht zwischen Dogmatik und Theorie. Marc Amstutz zum 50. Geburtstag*, Stefan Keller and Stefan Wipraechtger, Dike Verlag, Zürich, 2012, p. 159-75.

interne spécifique, possèdent une portée globale, ils revêtent, dans la plupart des cas, une faible densité et agissent seulement comme une couche de peinture superficielle recouvrant des formes de communication beaucoup plus profondes¹⁹. Cela est manifeste s'agissant

par exemple des situations post-coloniales, dans le cadre desquelles des espaces intermédiaires entre les structures formalisées imposées de l'extérieur et les logiques d'agencement de la communication préexistantes se sont constitués²⁰.

II – Le contexte juridique : l'émergence du droit global

L'apparition du droit global, comme discipline émergente, a accompagné et est, dans une large mesure, à l'origine de l'essor graduel et de l'intensification des échanges sociaux dans la société mondiale. Le droit global demeure toutefois une discipline simplement émergente, dans la mesure où il demeure « incomplet ». Ce faisant, il constitue davantage un simple phénomène juridique qu'un système juridique à part entière²¹. Cela résulte notamment d'une délimitation floue entre le phénomène du droit global et le droit national, international, transnational ainsi que le droit local, à forte dimension communautaire. Découlant du concept de souveraineté, le droit national a, dans une perspective positiviste, communément été appréhendé comme le droit interne des États-nations. Dans cette même optique, le droit international est traditionnellement compris comme un droit inter étatique. Conceptuellement, cela implique que sont exclus du droit international les ensembles juridiques et les structures normatives analogues, qui n'entrent pas dans ce schéma inter étatique²². Quant au droit transnational, il peut se définir comme l'ensemble des normes qui revêtent une dimension transfrontalière, que ce soit sur le plan juridictionnel

ou en vertu de leurs sources ou effets normatifs. Originellement, il se réfère par conséquent principalement (mais toutefois pas exclusivement) aux effets extérieurs du droit national²³.

C'est dans ce contexte que la notion plus récente de droit global est apparue. La notion de droit global peut, comme l'indique Neil Walker, être employée simplement dans une logique rhétorique. C'est ainsi que l'utilisent par exemple certains grands cabinets d'avocats qui entendent se présenter comme des acteurs globaux. Mais elle peut également se rapporter, plus spécifiquement, à un type de droit ayant une portée quasi globale et notamment aux droits des institutions dont le champ d'action est mondial, comme les Nations Unies ou l'Organisation Mondiale du Commerce. Walker développe, quant à lui, une conception diamétralement opposée. Le droit global comprend, selon lui, tout type de droit, quels que soient son origine ou son domaine d'application, qui possède, *en principe*, une portée, effective ou simplement potentielle, illimitée. Le droit global prétend ou peut donc potentiellement prétendre à la validité, sans qu'aucune référence à de quelconques limites territoriales ou sociétales ne soit

(19) P. F. Kjaer, *Law of the Worlds—Towards an Inter-Systemic Theory*, préc.

(20) M. Amstutz, *Métissage. Zur Rechtsform in der Weltgesellschaft*, préc.

(21) P. Le Golf, *Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, p. 119-145.

(22) J. Klabbers, *Of Round Pegs and Square Holes: International Law and the Private Sector, in Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, P. Jurys, P. F. Kjaer et R. Yurakami, Brill Publishing, Leiden, 2013, p. 29-48.

(23) N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, 2015; P. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven CT, 1956; M. Avbelj, *The Concept and Conceptions of Transnational and Global Law*, WZB Discussion Paper SP IV 2016-801, févr. 2016, p. 9.

faite, même si, pour des raisons matérielles et pratiques, il connaîtra de telles limites dans la plupart des cas²⁴. Dans ce contexte, Walker estime que le droit de l'Union européenne constitue une incarnation exemplaire du droit global, dès lors que non seulement il semble transcender, dans son fonctionnement, toutes délimitations territoriales mais que sa portée semble, de plus, être, en principe, illimitée²⁵. Il y a là une problématique que le droit international privé reconnaîtra aisément.

Si cette dimension universalisante est une composante essentielle du droit global, il convient toutefois de la compléter par deux autres éléments qui dotent le droit global d'une substance plus conséquente : intermédiation (« *in-betweenness* ») et transfert. La structure de base de la société globale comprend des domaines délimités fonctionnellement qui ont une portée globale tout en étant confrontés à une indétermination substantielle, s'agissant de la relation entre les différentes logiques de différenciation, dans la plupart des contrées du globe. Dans les domaines du droit et de la politique (mais pas exclusivement toutefois), cela se tra-

duit par une tridimensionalité du globe. La société globale se caractérise non seulement par une fixation horizontale des domaines délimités fonctionnellement, mais aussi par une superposition entre les processus locaux, nationaux et transnationaux²⁶. C'est dans cette matrice complexe qu'une multitude d'observations, de transferts et de collisions entre des unités contextualisées ont lieu, tant au sein d'une même strate qu'entre celles-ci. Le droit global peut donc se définir comme un phénomène juridique d'intermédiation universellement applicable²⁷, qui vise à faciliter la séparation, la transmission et l'incorporation de composants sociaux d'un contexte, ou ensemble structuré juridiquement, à un autre. Le droit global peut donc également se comprendre comme un phénomène décentré, s'exprimant dans l'interlégalité²⁸. Il revêt une dimension universelle dès lors qu'il peut se manifester dans une infinité de différentes configurations à travers le globe, tout en constituant un type de droit qui produit des effets autonomes sur le monde. Les lecteurs de cette Revue n'auront sans doute aucun mal à y voir une description très juste du conflit de lois !

III – L'approche adoptée : l'élaboration d'une troisième voie entre unification et pluralisme

Le droit global combine et s'appuie sur des éléments appartenant au droit local, national, international et transnational, tout en reproduisant des formes juri-

diques qui lui sont propres. Le droit international public, défini comme l'ensemble des règles et normes guidant les relations entre les différents gouverne-

(24) M. Avbelj, *The Concept and Conceptions of Transnational and Global Law*, préc., p. 9.

(25) N. Walker, *Intimations of Global Law*, préc. Pour une critique du droit sans frontière, v. A. Supiot, *The Territorial Inscription of Laws*, in *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Graf-Peter Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch et P. Zumbansen, préc., p. 375-93.

(26) S. Sassen, *Territory–Authority–Rights: From Medieval to Global Assemblages*, préc.; T. C. Halliday et G. Shaffer (dir.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, New York, 2015.

(27) M. Amstutz et V. Karavas, *Weltrecht: Ein Derridasches Monster*, préc., p. 645-672; B. de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge University Press, 2^e éd., 2002, p. 437.

(28) G. Palombella, *Global Law and the Law on the Globe. Layers, Legalities and the Rule of Law Principle*, Italian Journal of Public Law, 2, 2012.

ments et entités étatiques, tout comme le droit international privé, compris comme l'ensemble des règles dédiées à la sélection du droit applicable et du tribunal compétent dans des litiges relatifs à des situations transfrontalières²⁹, constituent, tous deux, des vecteurs possibles de structuration du droit global. Il en va également ainsi du droit comparé. S'articulant autour de la comparaison des différents systèmes juridiques, cette discipline offre une base pour penser les divergences que le droit international public et le droit international privé prennent pour objet. En ce sens, elle est susceptible de venir appuyer n'importe quel effort d'harmonisation. Ainsi, le droit comparé, comme discipline académique, semble produire des effets performatifs qui sont essentiels au droit global. Le droit international économique, défini comme l'ensemble des normes gouvernant les transactions économiques transfrontalières, et comprenant aussi les sous-branches que sont le droit commercial et le droit des investissements, ainsi que le phénomène controversé de la *lex mercatoria*, parfois considéré comme un ensemble des principes gouvernant la conduite du commerce transfrontière, fournissent également un matériau viable pour la construction du droit global. Malgré une telle centralité du droit économique, la notion de droit global s'élargit toutefois. Elle ne se réfère plus exclusivement aux transactions économiques mais prévoit plutôt une influence, non seulement sur des logiques économiques, mais, plus généralement, sur la « société en tant que telle ».³⁰

En mettant en exergue l'universalité décentrée du droit global, une alternative aux conceptions dominantes développées jusqu'à présent se constitue entre les conceptions pluralistes et unificatrices, ou thèses de convergence et de divergence. C'est en droit international public que la perspective unifiante a été développée avec le plus de clarté. Celle-ci a consisté à souligner l'existence d'une hiérarchie des normes à l'échelle de la société mondiale, en s'appuyant notamment sur le droit des Nations Unies et, plus précisément, en appréhendant la charte des Nations Unies comme « la constitution du monde »³¹. L'idée d'un *jus cogens* n'est pas loin. À l'évidence, cette conception repose sur une prétention à la singularité normative. Une autre déclinaison de cette perspective unifiante peut être identifiée dans la thèse selon laquelle le monde comprend un seul système juridique. Forte de ce constat, la dimension (internationale) publique du système juridique se voit conférer un caractère fondationnel, comme méta-système constituant la société³². Pareillement, en droit privé, cette conception unifiante se manifeste dans les importants efforts d'harmonisation tels qu'ils s'expriment par exemple dans le projet d'un code civil européen³³ ainsi que dans la volonté de constituer un code commercial mondial³⁴. À l'inverse, les perspectives pluralistes ont, quant à elles, mis en lumière la nature acentrique et non hiérarchique du droit dans la société mondiale, en avançant une théorie du conflit de lois adaptée à un monde fragmenté³⁵ et en mettant en exergue

(29) V., P. Le Golf, *Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, préc., p. 122 s.

(30) P. Le Golf, *Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, préc., p. 122 s.

(31) V. C. Thornhill, *A Sociology of Transnational Constitutions: The Social Foundations of the Post-National Legal Structure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

(32) *Ibid.*

(33) C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 2, Sellier, Munich, 2009.

(34) O. Lando, *A Global Commercial Code*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* [R.I.W.], 50, 2004, p. 161.

(35) A. Fischer-Lescano et G. Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2006; M. Koskeniemi, *Legal Fragmentation(s) – An Essay on Fluidity and Form*, in *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, G.-P. Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch et P. Zumbansen, préc., p. 795-810. V. aussi, C. Joerges, P. F. Kjaer et T. Ralli, *A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation*, *Transnational Legal Theory*, 2, 2011, p. 153- 65.

la dimension politique de la diversité juridique³⁶.

Le paradoxe de l'unité de la diversité ou de l'universalité décentrée du droit global, exposé plus haut, mis en lumière par l'opposition entre les approches pluralistes et unifiantes, peut être résolu par le recours à l'histoire, c'est-à-dire par l'étude de l'évolution progressive du droit global et des normes juridiques globales. Cela entre dans l'office de la sociologie historique du droit³⁷, qui tente d'analyser « l'attraction fonctionnelle »³⁸ par laquelle les normes juridiques globales émergent, ainsi que d'une approche évolutionniste rendant compte de la transformation graduelle de celles-ci et de leurs effets internes et externes. Une telle perspective historique montre que les normes juridiques mondiales, dans leur forme impériale, c'est-à-dire transcendantale et universelle, préexistaient au droit Westphalien des États-Nations³⁹. Fort de cette perspective historique, il apparaît également que le droit moderne des États-nations

et le droit moderne de la gouvernance transnationale ont émergé conjointement, dans le cadre d'un processus dialectique de renforcement réciproque, s'étalant sur un siècle⁴⁰. Ce développement peut être découpé en deux étapes. La première est constituée par l'émergence progressive d'États territoriaux en Europe occidentale à partir du XVI^e siècle ainsi que par la construction simultanée de vastes empires coloniaux avec une portée globale reposant sur un droit colonial mondial. La deuxième étape se réfère à la globalisation du mode de structuration de l'être-ensemble que constitue l'État moderne. Celle-ci résulte de la transformation structurelle initiée par la chute des empires d'Europe centrale et de l'Est à la fin de la Première Guerre mondiale, et de sa diffusion mondiale à travers le phénomène de décolonisation à partir du milieu du XX^e siècle. Ce processus fut parachevé par le remplacement concomitant du colonialisme et du droit colonial par la gouvernance mondiale et le droit global⁴¹.

IV – Le problème : l'apport des normes globales

La structure de la société et du droit global, telle que nous l'avons exposée plus haut, nous invite à envisager la question sociologique classique (« comment la société est-elle possible ? »⁴²) avec un

œil nouveau. Le décentrement progressif du monde eurocentrique puis, dans un second temps, du monde occidental-centrique signifie, paradoxalement, que la mondialisation a accentué plu-

(36) N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

(37) Pour en savoir plus sur la notion de sociologie historique du droit, v. M. Rask Madsen et C. Thornhill, *Introduction: Law and the Formation of Modern Europe—Perspectives from the Historical Sociology of Law, in Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Sociology of Law*, M. Rask Madsen et C. Thornhill, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; pour une réflexion plus approfondie sur l'aspect méthodologique de la sociologie historique du droit en droit constitutionnel, v. C. Thornhill, *A Sociology of Transnational Constitutions: The Social Foundations of the Post-National Legal Structure*, préc., p. 12 s.

(38) Dans le texte original: « the functional pull ».

(39) Pour en savoir plus à ce sujet, v. en particulier H. Brunckhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, Bloomsbury, Londres, 2014. Neil Walker identifie également un ensemble d'approches « historico-discursives » (*historical-discursive approaches*) du droit global mais il se contente d'y inclure les débats relatifs au constitutionnalisme global, à la constitutionnalisation du droit international et du droit administratif mondial tout en rejetant essentiellement toute perspective historique sur le temps long du droit global. V., N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 86 s.

(40) P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, préc., p. 31 s.

(41) *Ibid.*, 17 s..

(42) G. Simmel, *Wie ist Gesellschaft möglich*, 22–30, in *Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, G. Simmel, Duncker et Humboldt, Berlin, 1908. Disponible ici : http://socio.ch/sim/soziologie/soz_1_ex1.htm

tôt qu'atténué le caractère décentré de la société mondiale⁴³. Par conséquent, la question de la connectivité dans la société mondiale décentrée est devenue une question décisive, voire la plus décisive de notre époque. Cette évolution peut être comprise comme le passage d'une société dans laquelle les logiques de différenciation sont prépondérantes à une société dans laquelle cette centralité est occupée par une logique de connectivité, c'est-à-dire une logique inter systémique⁴⁴. Il convient toutefois de s'interroger : comment la probabilité de la connectivité peut-elle être accrue, eu égard à des processus globaux se caractérisant par une indétermination s'agissant du principal mode de différenciation globale dans la majeure partie du globe, et en particulier dans des situations dans lesquelles est requise une connectivité entre différentes composantes communicationnelles ancrées dans des contextes disparates, marqués par différentes constellations et hiérarchies entre divers modes de différenciation ?

La réponse réside dans l'émergence de nouveaux types d'intermédiaires fondés notamment sur une structure en réseau et recourant à des instruments juridiques de stabilisation⁴⁵. Les chaînes logistiques mondiales, les régimes juridiques des droits de l'homme et du changement climatique constituent des exemples de ces structures d'intermédiation. Stratégiquement, elles tendent à opérer au sein d'un domaine ou d'un système comme la sphère économique, juridique ou celle, imaginaire mais tout aussi ancrée socialement, de l'environnement écologique⁴⁶, tout en ayant une raison d'être plus large. Celle-ci est

double. Il s'agit tout d'abord de produire de la cohérence et de la connectivité interne, c'est-à-dire au sein de leurs propres espaces délimités fonctionnellement à une échelle globale. Elles visent ensuite à assurer une connectivité et cohérence externe, c'est-à-dire entre différents composants internes recontextualisés dans le cadre de leur transfert, d'un domaine par exemple marqué par la primauté de la différenciation fonctionnelle à un domaine dans lequel celle-ci n'est pas manifeste, et *vice versa*. Leur fonction est donc de reproduire l'unité paradoxale entre les domaines fonctionnels, ainsi que les multiples contextes sociaux, tout en facilitant le transfert de composants sociaux condensés entre ces contextes.

Dans la société mondiale, l'enjeu de la connectivité est donc une question de transfert. Conformément aux indications de Rudolf Stichweh, le transfert de composants sociaux condensés ou unités de signification (« *Sinnkomponente* »), possède, comme le suggère également l'état de l'art en la matière, au moins, les cinq caractéristiques suivantes :

- en premier lieu, les objets transférés constituent des unités de sens compactes et distillées (comme des décisions politiques et bureaucratiques, des décisions de justice, des produits économiques, du capital économique, ainsi que de la connaissance scientifique ou technologique) qui sont clairement délimitées et qui revêtent une dimension fonctionnelle apparente.
- deuxièmement, un acte de transfert implique que l'unité ou les unités transférées possèdent une valeur informative

(43) P. F. Kjaer, *Facilitating Transfers: Regulatory Governance Frameworks as "Rites of Passage"*, *Contemporary Politics*, 24, 5, 2008, p. 507-523.

(44) P. F. Kjaer, *Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate*, *Ancilla Iuris*, 2006, p. 66-77, spéc. p. 77.

(45) P. F. Kjaer, *The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space*, *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489-533.

(46) N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, VS Verlag, Wiesbaden, 2004.

significative qui est susceptible d'être reconnue et de produire un effet dans le contexte de réception.

- troisièmement, le transfert exige le franchissement de frontières, dans la mesure où l'expédition d'unités de sens d'un contexte à un autre est perçue comme telle par les entités expéditrices et réceptrices.

- quatrièmement, la notion de transfert implique une distance, sur le plan spatial et/ou temporel.

- cinquièmement, une certaine pérennité, fondée typiquement sur la répétition, sur le temps long, des processus d'envoi et de réception des mêmes unités de sens condensées ou de composants similaires, ou, au moins, susceptibles d'être considérées comme tels, doit être à l'œuvre⁴⁷.

Outre ces cinq éléments, il paraît censé d'ajouter la thèse en vertu de laquelle la présence de normes de transfert et de connectivité augmente la probabilité de succès du transfert. En avançant le concept de société mondiale, Luhmann formula « l'hypothèse spéculative », selon laquelle l'émergence de la société globale impliquerait une réduction relative de la centralité des anticipations normatives au profit de l'augmentation relative de la centralité des anticipations cognitives. Selon lui, les phénomènes et processus sociaux fondés sur des attentes normatives, comme le droit, la politique ou la morale, devraient perdre en importance alors que les domaines de l'économie, de la technologie et de la science, qui s'appuient plutôt sur des attentes cognitives, tendront, progres-

sivement, à occuper une place centrale⁴⁸. Les attentes normatives sont ici appréhendées comme des anticipations qui sont maintenues, même si elles ne se sont pas vérifiées. Elles constituent par conséquent des attentes stabilisées contre factuellement. À l'inverse, les attentes cognitives sont comprises comme des attentes qui sont révisées lorsqu'elles ne sont pas satisfaites⁴⁹. Vingt ans avant la publication de *Entre faits et normes* (« *Faktizität und Geltung* ») par Jürgen Habermas, qui, comme le titre original le suggère, s'écarte de la distinction entre le factuel et le normatif, Luhmann avait déjà explicitement rejeté la distinction en préférant l'opposition entre attentes normatives et cognitives. L'un des principaux avantages d'une telle substitution est qu'elle montre que les anticipations contrefactuelles normatives sont aussi réelles que les anticipations cognitives. Le monde social se caractérise par un dédoublement de la réalité (*Realitätsverdopplung*) entre le monde existant factuellement, d'une part, et les (tout aussi réelles) visions (articulées communicativement) du monde tel qu'il devrait être⁵⁰.

Sans abandonner les idées relatives au dédoublement du monde réel et à la réalité du monde de la communication normative, il paraît, toutefois, possible de remettre en question la validité empirique de la thèse de Luhmann s'agissant, plus précisément, de la réduction de la centralité de la normativité dans la société globale. Les processus se déployant à une échelle globale s'appuient tout autant sur des normes que ceux qui se déploient à une échelle locale ou nationale⁵¹. Mais ils se fondent

(47) R. Stichweh, *Transfer in Sozialsystemen: Theoretische Überlegungen, in Rechtstransfer in der Geschichte*, V. Duss et N. Linder et al., Martin Meidenbauer, Munich, 2006, p. 1-13. Pour une analyse plus détaillée sur la question des transferts, v. P. F. Kjaer, *Facilitating Transfers: Regulatory Governance Frameworks as "Rites of Passage"*, préc.

(48) N. Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, préc.

(49) N. Luhmann, *Rechtssoziologie Auflage: 4*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008 [1972], p. 40 s.

(50) N. Luhmann, *Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas Legal Theory*, 1996, *Cardozo Law Review*, 17, p. 883-899.

(51) Pour plus d'informations à ce sujet, v. P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, préc., p. 43 s.

sur un autre type de normes que les processus locaux et nationaux.

Du point de vue de la philosophie analytique, la question centrale de la normativité est celle de la validité des normes, c'est-à-dire de savoir si une norme donnée est correcte ou non⁵². Toutefois, dans une perspective sociologique, la question de la validité des normes est secondaire. Depuis cette perspective, on peut plutôt identifier deux conceptions alternatives des normes, auxquelles il faut en ajouter une dernière qui est d'importance s'agissant des processus se déployant à une échelle globale.

Les normes de cohérence: dans une perspective sociologique « traditionnelle », les normes tendent à être appréhendées comme des « instruments à la disposition de la collectivité », qui ont pour fonction d'établir une cohérence au sein du groupe (tribu, nation) en prescrivant certains comportements, considérés comme désirables par les membres du groupe, et dont la non-observation sera sanctionnée par une injonction, c'est-à-dire une sanction visant à augmenter la probabilité d'observation future de la norme⁵³.

Les normes de possibilité: selon cette conception, une norme crée un dédoublement de la réalité. En s'opposant à la réalité sociale existante telle qu'elle peut être perçue dans un contexte donné, elle introduit une perspective contre factuelle. Contrairement aux normes de cohérence, ces normes sont donc des instruments par lesquels des alternatives à la réalité sociale sont déployées. Ce faisant, ces normes rendent possible une pluralité de futurs, ce qui contribue à donner une certaine porosité à l'avenir

plutôt que de l'enfermer dans une seule réalité⁵⁴.

Les normes de connectivité: c'est en opposition aux deux conceptions des normes exposées plus haut qu'on peut ajouter un troisième type de normes particulièrement adaptées aux circonstances globales, combinant des éléments des deux modèles précédents tout en les dépassant. Ce modèle envisage les normes comme des outils permettant l'extraction, la transmission et l'incorporation de composants sociaux ou unités de sens d'un contexte à un autre. Les normes de connectivité ont pour fonction d'extraire les composants sociaux de leur contexte social d'origine, de faciliter leur transmission, en établissant certains principes directeurs, et, enfin, d'incorporer ces composants dans un autre contexte. Afin d'augmenter contre factuellement la probabilité de succès des transferts, ces normes s'appuient sur des sanctions et génèrent des mécanismes d'apprentissage réflexifs à destination des acteurs de différents contextes sociaux. Le modèle intellectuel du conflit de lois vient très naturellement à l'esprit...

Les normes de connectivité ouvrent des possibilités en ce qu'elles permettent aux transferts d'avoir lieu tout en garantissant la compatibilité de phénomènes se déployant dans des contextes différents. La compatibilité ici invoquée requiert de donner la priorité à la stabilisation des opérations de transfert, plutôt qu'à l'ouverture à de nouveaux horizons. Elle ne consiste donc pas à créer de la cohérence *au sein* d'une collectivité. Cependant, la référence à la collectivité reste cruciale, dans la mesure où l'augmentation de la probabilité de

(52) V. par ex. C. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, New York, 1996.

(53) J. Blake et K. Davis, *Norms, Values and Sanctions*, in *Handbook of Modern Sociology*, Robert E. L. Faris, Rand McNally, Chicago IL, 1964, p. 456-84; H. Hydén, *Normvetenskap*, *Lund Studies, in Sociology of Law*, Lund University, Lund, 2002, 96ff; T. Parsons, *The Structure of Social Action: A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, Free Press, New York, 1968 [1937].

(54) N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1974; Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015, p. 13 s.

transfert exige que soient développés, dans le contexte de réception comme d'expédition, des images internes, des imaginaires et des conceptions de la collectivité. Ces images internes sont typiquement à l'œuvre dans les constructions juridiques de la collectivité qu'incarment par exemple les concepts juridiques de « nation » ou de « communauté », qui agissent alors comme les destinataires desdits transferts.

Ces trois différentes dimensions de la norme peuvent être envisagées comme les traductions, sur le plan normatif, des trois dimensions qui composent le sens des processus sociaux, à savoir le substantiel, le temporel et le social⁵⁵. Cela corrobore l'idée selon laquelle, si les trois dimensions sont toujours présentes dans une norme donnée, leur importance diffère en fonction du type de processus social et du contexte concerné. En pratique, les trois dimensions de la norme alimentent trois différents types d'intentionnalité, tels qu'ils s'expriment dans les objets visés par les normes, à savoir des collectivités, des futurs possibles et des actes de transfert. Simultanément, ces différentes normes s'appuient sur différents types d'instruments dans leur volonté de réconcilier le factuel et le non-factuel : la punition, des programmes formulant des futurs possibles, ainsi

que des processus de maintien de la connectivité.

Voir la figure 1 ci-dessous.

Dans la mesure où les normes juridiques globales assurent une prestation (« *Leistung* ») de connectivité, c'est-à-dire qu'elles ont vocation à augmenter la probabilité des actes de transfert, elles constituent, en vertu de ce qui précède, des normes de connectivité. Cela est par exemple le cas s'agissant de la construction, du point de vue micro économique, de l'Union européenne, c'est-à-dire de la constitution du marché intérieur⁵⁶. Le marché intérieur peut se comprendre comme un exemple paradigmatique de la construction juridique d'un processus social substantiel (dans ce cas, les échanges économiques) promouvant la connectivité économique, entre divers contextes juridiques retranchés, par l'introduction d'une hiérarchie des normes telle qu'elle s'exprime dans les quatre libertés, en droit de l'Union européenne, à savoir la libre circulation des biens, des capitaux, des services et des personnes. Cette construction n'est par ailleurs pas cantonnée à un territoire strictement délimité, comme le soulignent l'inclusion en son sein de l'espace économique européen (Islande, Lichtenstein, Norvège) ainsi que l'inclusion partielle d'une série d'autres juridictions.

Figure 1 : les trois dimensions de la norme

Dimensions des normes	Cohérence	Possibilité	Connectivité
Types de sens	Substantiel	Temporel	Social
Objets d'intention	Collectivités	Futurs possibles	Actes de transfert
Instruments de réalisation	Punition	Programmes	Processus

(55) N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1984, p. 112 s.

(56) K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 13 s.

V – Du colonialisme à la chaîne logistique mondiale

La réalisation du marché intérieur, tout d'abord établie par le traité de Rome en 1957, est intrinsèquement liée à l'implosion des empires européens continentaux et d'outremer ainsi qu'au décentrement progressif du monde eurocentrique qui en résulta⁵⁷. C'est donc sans surprise que l'entité que nous connaissons aujourd'hui sous le nom d'Union européenne se voit octroyer le statut de prototype du droit global contemporain⁵⁸. Malgré son *avant-gardisme*, le droit européen ne représente toutefois qu'une seule espèce de droit global. On peut en effet observer l'existence de normes de connectivité ancrées dans un contexte juridique à travers l'ensemble de la société globale. Des phénomènes aussi divers que la « communication écologique » (relative par exemple au changement climatique), que les migrations et la gestion de la santé à une échelle globale (relative par exemple aux épidémies), que l'infrastructure du tourisme global ou les infrastructures globales en général⁵⁹ (relatives par exemple aux télécommunications, à l'Internet, ou à l'aviation et la logistique d'expédition), sont en effet tous imbriqués dans des normes de connectivité et dans le droit global.

La chaîne de valeur globale et le droit global des droits de l'homme (« *global human rights regime* ») constituent deux autres exemples de droit global. Alors que la chaîne logistique mondiale est principalement liée au droit (international) privé, le droit des droits de l'homme provient plutôt du droit (international) public. Ce qui rend toutefois le droit global des droits de l'homme si distinctif ne réside pas, comme la der-

nière partie de cet article le montrera, dans la particularité de son origine publiciste mais plutôt dans sa façon de générer une constitution autoréflexive du droit global.

La chaîne de valeur globale est devenue une pièce maîtresse de l'infrastructure de l'économie mondiale. Elle est communément définie comme « l'ensemble, des processus et des informations associés en vue de l'approvisionnement, la détention, la circulation et la mise à disposition des produits depuis leur conception jusqu'au client final »⁶⁰. Cette notion implique de surcroît que la chaîne soit transfrontalière. À partir des éléments susmentionnés, la définition peut être reformulée de la sorte :

« un réseau, allant du fournisseur au consommateur, consacré à l'extraction, la transmission et l'intégration de composants sociaux condensés, c'est-à-dire de capital, de produits et de personnes, d'un contexte sociétal à un autre, situé en amont ou en aval, ou les deux simultanément, et impliquant un élément transfrontalier dans le cadre de la production de processus économiques ainsi que la *reproduction* des conditions sociétales rendant possible la production de processus économiques. »

Le phénomène des chaînes de valeur se distingue, de surcroît, de la gestion de la chaîne logistique mondiale, qui peut se définir comme la stabilisation dynamique de second ordre des chaînes logistiques mondiales réalisée par le biais d'instruments organisationnels, managériaux et juridiques visant à augmenter la probabilité de l'extraction, de

(57) H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, Bloomsbury, Londres, 2014; J. E. Fossum et A. J. Menéndez, *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham MD, 2011.

(58) N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 110 s.

(59) B. Larkin, *The Politics and Poetics of Infrastructure*, *Annual Review of Anthropology*, 42, 2013, p. 327-43.

(60) https://en.wikipedia.org/wiki/Supply_chain

la transmission et l'incorporation, d'un contexte social à un autre, de composants sociaux condensés revêtant une dimension économique. Le terme de « stabilisation dynamique » est d'importance, dès lors qu'il implique que la couche de sédimentation résultant de la stabilisation de second ordre est elle-même en mouvement. Ce mouvement est toutefois plus lent que celui des processus primaires que la stabilisation de second ordre prend pour objet. La distinction entre les chaînes de valeur et la gestion (« *management* ») des chaînes logistiques est donc étroitement liée à la distinction entre structures d'anticipations cognitives et normatives, dans la mesure où les attentes cognitives sont constamment en changement alors que les anticipations normatives se caractérisent par une plus grande stabilité. Si, contrairement à la thèse de Luhmann relative à la constance, ou invariabilité, des anticipations normatives, il convient de reconnaître leur mutabilité, celles-ci changent néanmoins à une vitesse plus lente que les anticipations cognitives. Dans la modernité, la fonction des constitutions réside par conséquent dans leur capacité à combler la faille temporelle qui sépare les anticipations cognitives, de premier ordre, et les anticipations normatives, de second ordre ⁶¹.

L'intérêt pour les chaînes de valeur globales est classiquement compris comme un phénomène d'après-guerre s'intensifiant tout particulièrement à partir des années 1980 par le biais d'une reconceptualisation. Celle-ci requérait en effet une formalisation plus grande ainsi que l'émergence de formations (auto)réflexives, c'est-à-dire de pratiques éducationnelles, légales et organisationnelles portant spécifiquement sur les chaînes logistiques mondiales. L'invention d'après-guerre des chaînes

logistiques mondiales constituait toutefois, avant tout, une réinvention. De la même façon que les chaînes logistiques sont, à l'évidence, des éléments constitutifs du commerce depuis ses débuts, les chaînes logistiques mondiales commencèrent à opérer dès l'émergence du colonialisme européen à la fin du xv^e siècle. Le commerce d'esclaves en provenance d'Afrique, à l'œuvre dans le monde arabe et dans les Amériques, reposait sur des chaînes logistiques complexes ⁶². La dimension organisationnelle du colonialisme peut être envisagée comme une forme de gestion de la chaîne logistique mondiale (« *global supply chain management* ») dès lors que l'extraction, la transmission et l'incorporation de composants sociaux condensés possédant, principalement mais pas exclusivement, une valeur économique, constituaient les objectifs fondamentaux du colonialisme. La principale transformation sociétale relative à l'émergence des chaînes de valeur globales, dans leur forme moderne, réside par conséquent dans le passage d'un colonialisme s'articulant autour de la dualité centre/périphérie à un système économique global structuré en différents régimes sectoriels différenciés.

Dans ce contexte, des ensembles normatifs de second ordre, résolument tournés vers la chaîne de valeur globale, ont émergé. « L'approche, fondée sur des principes, de faire des affaires », qu'esquissent les dix principes du pacte mondial des Nations Unies, et qui traite de questions relatives aux droits de l'homme, au travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption ⁶³, a constitué un point focal important. La CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement) et l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) ont

(61) P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, préc., p. 45 et 66 s.

(62) P. Manning, *The Slave Trade: « The Formal Demographics of a Global System », in The Atlantic Slave Trade: Effects on Economies, Societies and Peoples in Africa, the Americas, and Europe*, Joseph E. Inikori et Stanley L. Engerman (dir.), Durham NC: Duke University Press, 1992, p. 117-44.

(63) <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>

développé des cadres normatifs similaires. De même, les organisations non-gouvernementales (ONG) ainsi que les firmes multinationales, elles-mêmes impliquées dans les chaînes logistiques mondiales, ont également mis en place des cadres normatifs conséquents visant à réguler et stabiliser les processus y afférents ⁶⁴.

L'équivalence fonctionnelle ⁶⁵ mise en avant par Luhmann, qui ne doit aucunement être assimilée au fonctionnalisme classique selon Durkheim, Malinowski, Merton ou Parsons, signifie : a) qu'il existe une pluralité de solutions pour un problème donné ; b) que le problème principal auquel font face les processus sociaux qui revêtent une certaine systématité est celui de relier leurs opérations présentes à la prochaine opération future ; c) que les domaines fonctionnels fondés sur des logiques systématiques ont tendance à s'étendre, c'est-à-dire à universaliser leur portée. De ce point

de vue, si l'on considère le colonialisme et les chaînes logistiques mondiales comme des structures d'intermédiation dont l'objet est de trouver une solution au problème de la reproduction de la chaîne d'extraction, de transmission et d'incorporation, alors, en œuvrant à la résolution du même problème, ils apparaissent comme des structures équivalentes fonctionnellement. C'est dans le sillage de la décolonisation que les chaînes de valeur globales, dans leur forme contemporaine, venues suppléer les formes d'extraction, de transmission et d'incorporation déployées par le colonialisme, sont apparues. L'existence d'une asymétrie entre flux amont et flux aval dans les deux configurations corrobore cette idée. La notion de flux amont désigne un mouvement en direction du récepteur, à savoir le consommateur de composants sociaux, lesquels font alors l'objet d'une condensation accrue. La notion de flux aval se réfère au mouvement inverse.

VI – Du droit colonial aux droits de l'homme : la constitutionnalisation de la connectivité

Des variations considérables distinguent les fondations juridiques des différents systèmes juridiques coloniaux, comme les droits coloniaux belge, britannique, danois, néerlandais, français, allemand, espagnol ou portugais. La création d'une nouvelle sous-branche du droit colonial comparé, consacrée à une telle comparaison, ne paraît donc pas dénuée de sens ⁶⁶. La réalisation d'une stabilisa-

tion normative de second ordre, c'est-à-dire juridique, à travers les principes de *dominium* (propriété), de *ius gentium* (droit des peuples) et de *bellum iustum* (guerre juste), constitue toutefois un dénominateur commun à toutes ces différentes formes de colonialisme ⁶⁷. L'élément central du colonialisme, dans sa dimension économique, est le développement d'un réseau horizontal de

(64) V. par ex., L. C. Backer, *Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator*, *University of Connecticut Law Review*, 37, 2007, p. 1739-1784.

(65) Pour une explication très pédagogique du concept d'équivalence fonctionnelle, v. M. Hanna, *Between Law and Transnational Social Movement Organizations: Stabilizing Expectations of Global Public Goods*, *Journal of Law and Society*, 44, 2017, p. 345-3, p. 352 s. ; plus généralement, v. aussi N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973 [1968] ; v. aussi Stichweh, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, préc.

(66) O. Le Cour Grandmaison, *L'exception et la règle : sur le droit colonial français*, *Diogenes*, 212, 2005, 42 ; M. Koskenniemi, *Colonial Laws: Sources, Strategies and Lessons ?*, *Journal of the History of International Law*, 18, 2016, p. 248-277.

(67) M. Koskenniemi, *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, *University of Toronto Law Journal*, 61, 2011, p. 1-36.

dominium s'articulant autour de contrats et de droits de propriété, opposables à travers le globe, en plus d'un principe, tout aussi mondial, de libre accès aux ressources et de commerce sans entrave. Cette configuration du flux économique amont était complétée en aval par un principe d'accès sans entrave bénéficiant aux activités missionnaires chrétiennes. Ce n'est donc pas l'annexion de territoires mais les échanges capitalistes mondiaux et la transmission de valeurs religieuses qui ont constitué les fondations juridiquement structurées du colonialisme. Le droit, garanti en amont comme en aval, d'extraction, de transmission et d'incorporation, sur la base de normes de connectivité, est, ce faisant, devenu le principe fondamental sur lequel reposent les échanges mondiaux⁶⁸. Toutefois, en reconduisant la distinction entre chrétiens et non-chrétiens, ces normes de connectivité génèrent et renforcent des échanges asymétriques.

Durant la première phase du colonialisme, qui s'étend du xv^e siècle jusque, à la fois, la nationalisation de la *Dutch East India Company* en 1800, la conquête de l'Algérie par la France, à partir de 1830, et la nationalisation de la *British East India Company* en 1858, les principes du droit commercial ont fourni les soubassements normatifs du colonialisme. La transformation progressive du colonialisme en un ensemble de pratiques à l'initiative des États altéra toutefois graduellement ce *statu quo*, en faisant du colonialisme davantage une affaire de conquête et de domination territoriale. La série de guerres entre 1821 et 1895, par laquelle la *Dutch East India* passa, d'une collection de comptoirs d'échanges plus ou moins stables, à une

entité dont la caractéristique principale résidait dans l'exercice d'un contrôle territorial diffus, en était par exemple le reflet. Parmi les autres manifestations de cette évolution, il convient également de mentionner la consolidation, directe et indirecte, de la domination britannique sur l'Inde, ainsi que la colonisation de l'intérieur de l'Afrique à partir des années 1870, laquelle, en donnant un premier élan au développement du droit international moderne, offrit de nouveaux fondements normatifs à la connectivité mondiale, tout en parachevant les principes du colonialisme privé établis précédemment. Ce changement impliquait de mettre un accent plus important sur la mission civilisatrice du colonialisme, ne se cantonnant plus à un droit à l'évangélisme, mais s'articulant plutôt autour des idées de « progrès sociétal » et de « modernisation »⁶⁹.

C'est uniquement avec la troisième phase de la mondialisation, qui émerge durant l'après-guerre, que le couple chaîne de valeur mondiale et droits de l'homme en vient à constituer l'infrastructure factuelle et contrefactuelle du commerce mondial. L'histoire du droit global des droits de l'homme (« *global human rights* ») est une longue histoire qui, dans sa version moderne, débute avec les « révolutions atlantiques », c'est-à-dire cette vague de révolutions frappant l'Europe ainsi que l'Amérique du Nord et du Sud au cours de la fin du xix^e siècle et du début du xx^e siècle⁷⁰. S'agissant plus précisément de la portée mondiale des droits de l'homme, certains ont mis en exergue le rôle central joué par les mouvements d'opposition à la traite des esclaves⁷¹, alors que d'autres tendent à le nier en s'attardant plutôt sur le changement fondamental, produit

(68) *Ibid.*, p. 32 s.

(69) Pour une reconstruction faisant référence, v. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

(70) H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, Bloomsbury, Londres, 2014, p. 233 s..

(71) J. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

de la décolonisation, dans la nature et la configuration des droits de l'homme, qui eut lieu au cours de la seconde moitié du xx^e siècle ⁷².

Si l'histoire du droit global des droits de l'homme peut donc être considérée comme une histoire marquée par des continuités et des discontinuités, le débat y afférent a pour l'instant été mené par des historiens du droit et ce avec une attention limitée à l'égard des études en sociologie du droit, portant sur le changement de statut des droits de l'homme au cours de la troisième phase de la mondialisation. Au sein de démocraties bien établies et stables sur le plan institutionnel, les droits fondamentaux garantis constitutionnellement sont des droits intrinsèquement liés à leur réalisation opérationnelle au sein du système juridique, sur la base de la fonction duale consistant à assurer à la fois une différenciation fonctionnelle et l'autonomie individuelle ⁷³. Le droit global des droits de l'homme remplit une autre fonction duale qui peut être appréhendée en termes de droit constitutionnel :

- premièrement, il garantit la stabilisation, et donc la légitimation, des régimes de transfert, à une échelle mondiale. Les approches micro (internes aux entreprises ⁷⁴) et macro (fondées sur un régime juridique à part entière ⁷⁵) des droits de l'homme, telles qu'elles sont déployées dans le cadre de stra-

tégies de promotion de la responsabilité sociale des entreprises, en constituent des cas typiques. Ces stratégies visent à généraliser la communication qui transcende les frontières contextuelles. Elles rendent donc possible un enracinement multi contextuel, c'est-à-dire la compatibilité simultanée de composants sociaux condensés avec les multiples environnements sociaux qui jalonnent le fonctionnement de la chaîne logistique. Les dix principes des Nations Unies et les cadres normatifs analogues sont destinés à assurer la stabilisation, d'ordre secondaire, de la configuration juridique et managériale de processus économiques se déployant à une échelle mondiale. Cette destination leur confère le statut de principes constitutionnels établissant une hiérarchie des normes en matière de processus économiques se déployant à une échelle globale.

- deuxièmement, contrairement aux formes coloniales antérieures de justification et de stabilisation normative, les formes contemporaines propres aux droits de l'homme ne reposent pas formellement sur une distinction asymétrique, à l'instar de la distinction coloniale entre chrétiens et non-chrétiens. Factuellement, elles sont toutefois intrinsèquement marquées par des asymétries dans la capacité à développer et à opérer l'articulation entre des valeurs et les directions stratégiques y afférentes ⁷⁶. Cela donne au droit global des droits de l'homme une fonction à

(72) S. Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2010; v. aussi, P. Alston, *Does the Past Matter? On the Origins of Human Rights An Analysis of Competing Histories of the Origins of International Human Rights Law*, Harvard Law Review, 126, 2013, p. 2043-81; N. Walker, *Intimations of Global Law*, préc., p. 73 et s.; v. enfin, S. L. B. Jensen, *The Making of International Human Rights: The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

(73) N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1965; G. Verschraegen, *Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory*, *Journal of Law and Society*, 29, 2002, p. 258-281; G. Verschraegen, *Systems Theory and the Paradox of Human Rights*, in *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications* Michael King and Chris Thornhill, Hart Publishing, Oxford-Portland OR, 2006, p. 101-125.

(74) K. P. Japp, *Zur Funktion der Menschenrechte in der Weltgesellschaft – Niklas Luhmanns "Grundrechte als Institution" Revisited*, in *Menschenrechte in der Weltgesellschaft, Deutungswandel und Wirkungsweise eines globalen Leitwerts*, Bettina Heintz et Britta Leisering, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2015, p. 65-97.

(75) K. Buhmann, *Business and Human Rights: Understanding the UN Guiding Principles from the Perspective of Transnational Business Governance Interactions*, *Transnational Legal Theory*, 6, 2015, p. 399-434.

(76) P. F. Kjaer, *The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space*, *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489-533.

laquelle aspirer dans un contexte sociétal plus large comme dans un cadre strictement juridique, s'agissant de son propre accomplissement. Sur le plan sociétal, le droit global des droits de l'homme peut être appréhendé comme un vecteur de différenciation fonctionnelle et d'autonomisation individuelle dans les segments du monde marqués par le métissage et la créolisation. D'un point de vue juridique, il agit comme un cadre général pour le *transfert de transferts*, dès lors que sa fonction est de permettre le transfert de normes juridiques qui, précisément, visent, quant

à elles, à faciliter le transfert d'éléments sociaux, de quelque nature que ce soit (de nature économique ou religieuse par exemple). Cette fonction lui confère une position capitale sur le plan constitutionnel. En d'autres termes, la destination contrefactuelle du régime mondial des droits de l'homme réside dans la transposition des normes juridiques d'origine occidentale au globe, c'est-à-dire dans l'universalisation du système juridique propre au droit occidental⁷⁷, constitutionnalisant, de ce fait, la propre connectivité globale du système juridique.

Conclusion

La thèse centrale de cet article a consisté à affirmer que la configuration juridique globale est marquée par une prédominance relative des normes de connectivité, par opposition aux normes de cohérence et de possibilité. Les normes de connectivité visent à faciliter les transferts de composants sociaux condensés d'un contexte structuré juridiquement à un autre. La prédominance de ces types de normes se vérifie dans le colonialisme comme dans la gouvernance mondiale contemporaine. Si ces systèmes accomplissent ou accomplissaient ainsi une même fonction de transfert, ils reposent ou reposaient toutefois sur des para-

mètres normatifs différents. Ils peuvent donc se comprendre comme des équivalents fonctionnels mais pas comme des équivalents normatifs. Alors que le colonialisme reposait sur des distinctions extrêmement asymétriques, comme la distinction entre chrétiens et non-chrétiens, la gouvernance mondiale effectue des distinctions symétriques telles qu'exprimées dans le régime global des droits de l'homme, qui se voit conférer une fonction de constitutionalisation de second ordre en facilitant le transfert du droit lui-même. Il y a là un schéma que l'éclairage du droit international privé permet de comprendre facilement.

(77) A. Supiot, *The Labyrinth of Human Rights. Credo or Common Resource?*, *New Left Review*, 21, mai-juin 2003, p. 118-136.