

Trans  
continentales

## Transcontinentales

Sociétés, idéologies, système mondial

7 | 2009  
Varia

---

# Les instituts français de recherche à l'étranger au cœur d'une nouvelle « alliance » entre droit et sciences sociales

*The New Alliance Between Law and the Social Sciences and the Key Role of Instituts français de recherche à l'étranger (IFRE)*

Gilles Lhuilier et Leïla Choukroune

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/transcontinentales/380>

ISBN : 978-2-7351-1559-4

ISSN : 1775-397X

### Éditeur

Editions de la maison des sciences de l'homme

### Édition imprimée

Date de publication : 30 juin 2009

Pagination : 129-146

ISBN : 978-2-200-92512-3

ISSN : 1950-1684

### Référence électronique

Gilles Lhuilier et Leïla Choukroune, « Les instituts français de recherche à l'étranger au cœur d'une nouvelle « alliance » entre droit et sciences sociales », *Transcontinentales* [En ligne], 7 | 2009, document 7, mis en ligne le 30 mars 2011, consulté le 28 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/transcontinentales/380>

---

Tous droits réservés

# Les instituts français de recherche à l'étranger au cœur d'une nouvelle « alliance » entre droit et sciences sociales

Gilles Lhuilier et Leïla Choukroune

Bousculés par la mondialisation, les droits nationaux se trouvent aujourd'hui confrontés à une révolution épistémologique sans précédent. Sources traditionnelles et acteurs du droit sont remis en question par une globalisation de savoirs et de pratiques qui ne sont plus seulement exportés d'un « ordre » juridique à un autre, mais progressivement déterritorialisés en autant de sphères singulières et constitutives d'espaces hybrides, pluriels et dynamiques. Voici quelques exemples récents de ces mutations : aux États-Unis, des associations d'anciens déportés français se tournent vers le juge pour obtenir réparation d'un préjudice financier causé soixante ans plus tôt pendant l'occupation nazie; plusieurs organisations non gouvernementales portent devant les tribunaux américains la question du travail des enfants chez les sous-traitants du géant Nike en Asie; des entreprises multinationales chinoises, soutenues financièrement par l'État, investissent massivement en Afrique ou en Amérique latine sur la base d'un savant mélange entre droit continental et *common law*, droit international et droit chinois; la complicité de l'entreprise Total avec la junte birmane fait l'objet de trois procès quasi simultanés aux États-Unis, en Belgique et en France; les normes et labels privés se multiplient pour garantir la bonne gouvernance environnementale et sociale d'entreprises transnationales bien plus puissantes que bon nombre d'États; les accords d'investissements bilatéraux Sud-Sud se développent pour exploiter les richesses agricoles de pays qui, dans le même temps, refusent la libéralisation des échanges prônée par

Gilles Lhuilier : Professeur de droit privé (université de Bretagne Sud), *fellow* de l'Institut d'études avancées de Nantes et expert auprès de l'Union européenne pour ce qui concerne l'Afrique.

Leïla Choukroune : Docteur en droit (Paris-I), avocat, *Lecturer* en droit international à la faculté de droit de l'université de Maastricht et ancienne chercheuse du Centre d'études français sur la Chine contemporaine de Hong Kong (CEFC).

l'Organisation mondiale du commerce; en Belgique, un dictateur africain, émigré au Sénégal, est poursuivi au nom de la loi de compétence universelle, etc.

Ces mouvements d'un droit désormais nomade, entre « contradictions systémiques » et « conflits de loi », intensifient le rôle de la règle de droit tout autant qu'ils la fragilisent. Face à tant d'incertitudes, la doctrine semble comme désespérée, perdue dans son attachement à l'idée de systèmes de droit, de pyramides des normes, de sécurité par la loi, en bref d'« ordre » juridique. N'y aurait-il donc pas véritablement de droit « chinois » ou de droit « africain » ? La frontière entre un droit « continental » et une *common law* exportée à grand renfort de diplomatie juridique serait-elle plus ténue dans la pratique des affaires qu'il n'y paraît dans les écrits de la doctrine ? Comment penser alors un droit international que l'on voudrait universel et qui ne l'a évidemment jamais été ? Ces questions sont – parmi bien d'autres – exemplaires de l'actuelle crise de la doctrine juridique et de ses difficultés à penser la mondialisation. L'idée selon laquelle seule une nouvelle alliance – entre droit et sciences sociales bien entendu, mais aussi entre différents « continents de la pensée juridique », c'est-à-dire née d'un dialogue enfin international – permettra de répondre à ces interrogations semble toutefois partagée dans le monde désormais globalisé de la pensée juridique.

Or, cette crise intellectuelle de la doctrine juridique est exactement contemporaine de la réforme institutionnelle de la recherche en France, réforme qui atteint de plein fouet les institutions nationales traditionnelles de la pensée juridique. La réforme de la recherche universitaire réalisée par le gouvernement de Dominique de Villepin, qui avait pour but, comme le soulignait le Premier ministre, de déterminer des thèmes de recherche et de regrouper autour d'eux des moyens exceptionnels afin qu'ils deviennent « le fer de lance de la recherche française », en est un exemple parmi d'autres. Le gouvernement de l'époque a en effet retenu treize projets dits de Réseaux thématiques de recherche avancée (RTRA) qui couvrent les principaux champs thématiques de recherche sur l'ensemble du territoire. Ces RTRA regroupent aujourd'hui 5 900 chercheurs et 40 institutions d'enseignement supérieur et de recherche. La mise en place de ces réseaux a en effet pour ambition, dans un contexte concurrentiel de plus en plus international, d'améliorer l'attractivité et la visibilité de la recherche française en rassemblant, dans des pôles de recherche, une masse critique de chercheurs de très haut niveau, fédérés autour d'un objectif scientifique commun. Sur les treize regroupements qui ont été créés, dix concernent les sciences de la nature et deux les sciences économiques. Le droit a donc disparu de la recherche française ! Parmi ces RTRA, le Réseau français des instituts d'études avancées (RFIEA), dédié aux sciences humaines et sociales, associe l'Institut d'études avancées de Nantes (avec la Maison des sciences de l'homme Ange-Guépin en première ligne), l'Institut d'études avancées de Paris (avec la Fondation Maison des sciences de l'homme comme acteur central), l'Institut méditerranéen de recherches avancées d'Aix-en-Provence (avec la Maison méditerranéenne des sciences de l'homme comme chef de file), le Collegium de Lyon (avec l'École nationale supérieure comme leader). Ces instituts se veulent des lieux d'accueil et d'échanges entre chercheurs venus de tous horizons scientifiques et nationaux,

organisés autour de programmes interdisciplinaires contribuant à l'émergence d'une réflexion commune sur les grandes interrogations de notre temps. Ainsi, la pensée juridique française tend désormais à se développer en dehors des facultés de droit, dans des lieux plus internationaux et ouverts, tels les nouveaux instituts d'études avancées, les maisons des sciences de l'homme, l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ)...

Dans cette recomposition de la recherche française où la pensée juridique n'existe plus si elle n'est pas internationale et pluridisciplinaire, le réseau des instituts français de recherche à l'étranger (IFRE) peut aujourd'hui jouer un rôle clé. Constitués en adéquation avec les phases de développement de la recherche internationale en sciences sociales, les 27 établissements français implantés sur quatre continents dans quelque 37 villes ont, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avec l'École française de droit du Caire, prêté une attention toute particulière à la pensée juridique. Leur ancrage profond dans le terrain et leur méthode de travail fondée sur la mobilité de chercheurs français déterminés à s'engager dans une recherche pluridisciplinaire en font un outil inégalé dans la compréhension d'une mondialisation qui se pense tout autant à l'échelle globale qu'à l'échelle locale. Pour reprendre les mots de Catherine Bréchignac, présidente du CNRS, lors des dernières journées du réseau des IFRE les 28 et 29 janvier 2009 : « la science est internationale » et il nous faut travailler « en réseau pour résoudre des problèmes communs [...] en synergie »<sup>1</sup>. Ce réseau, animé par le ministère français des Affaires étrangères, se constitue peu à peu en unités mixtes de recherche CNRS et a désormais naturellement vocation à accompagner l'émergence de cette pensée juridique enfin ouverte aux sciences sociales et aux dialogues intercontinentaux, que l'on pourrait donc désigner par le terme *Global Legal Studies (GLS)*. Ces GLS peuvent être définies comme relevant de ce champ du droit positif comprenant par exemple la circulation mondiale des marchandises ou la constitution de l'ordre juridique pénal international. Mais les GLS sont aussi exemplaires de l'évolution de la pensée juridique contemporaine mondiale qui se caractérise par l'abandon – par une partie de la doctrine seulement – du positivisme et l'émergence d'une pensée ouverte dite « *Law and...* ».

Afin de contribuer à une réflexion sur le rôle que la pensée juridique française pourrait jouer dans les IFRE, il nous est apparu nécessaire de revenir sur une tentative de décloisonnement du droit déjà tentée il y a près de vingt ans – et sur les difficultés rencontrées alors dans sa mise en œuvre –, puis d'évoquer certains des axes de la pensée juridique mondiale en cours d'élaboration, à travers quelques exemples pris plus particulièrement dans la région asiatique.

---

1 – Voir <http://www.ifre.fr/ifre-journees-reseau.html>.

## L'«alliance» entre droit et sciences sociales en 1989 La revue des *Annales* et le CNRS

Il y a près de vingt ans, les historiens de l'école des *Annales* lançaient un appel pour de «nouvelles alliances» entre sciences sociales, un appel pour une ouverture méthodologique notamment entre l'histoire et le droit, en écho au geste épistémologique d'«ouverture» qui fut à l'origine de cette école de pensée<sup>2</sup>.

Certains juristes ont répondu à cet appel et ont en effet conclu de «nouvelles alliances», pour reprendre les termes de la revue des *Annales*, avec l'anthropologie, l'histoire, la psychanalyse, la linguistique, la philosophie, la littérature<sup>3</sup>. Et le *Courrier du CNRS* consacrait alors un excellent numéro spécial au droit dont le sommaire permet de souligner l'actualité de ce qui était alors nommé le «renouveau» du droit au sein des sciences sociales<sup>4</sup>.

Ces deux documents (l'appel des *Annales* et le numéro spécial du *Courrier du CNRS*) forment sans doute un point d'entrée privilégié dans l'histoire récente de la pensée juridique française. Vingt ans après cette première tentative de décloisonnement du droit, il est particulièrement intéressant de s'arrêter sur l'intention des auteurs et les directions proposées pour ce qui apparaissait déjà comme une petite révolution épistémologique. Force est de constater que la triple «ouverture» du droit aux nouveaux «espaces» géographiques, aux nouveaux «objets» et aux nouveaux liens entre sciences sociales eut des fortunes diverses.

### L'«ouverture» du droit aux nouveaux «espaces» géographiques

Dans l'éditorial et l'avant-propos du numéro spécial du *Courrier du CNRS*, Jacques Lautman et Jean Hilaire esquissaient une tentative de délimitation des «terrains nouveaux» de la recherche juridique. Et la première partie de la revue, introduite par Jean-Robert Henry, était (déjà...) consacrée au droit dans un monde pluriculturel. Raymond Verdier liait espaces géographiques et espaces scientifiques, ouvrant ainsi le droit à la diversité des espaces géographiques et mêlant droit et anthropologie. Dans son article dont le titre valait proclamation de la révolution épistémologique en cours («De l'histoire du droit à l'histoire des hommes»), il notait déjà : «Ce n'est pas un être abstrait, mais un homme enraciné dans des lieux – bioécologiques, sociaux, culturels – que font apparaître la recherche de l'expression du droit dans toute société et la comparaison des cultures juridiques

---

2 – Voir par exemple P. Fridenson, «“Un nouvel objet” : les organisations», *Annales ESC*, 44<sup>e</sup> année, n° 6, novembre-décembre 1989, p. 1461-1477, ici p. 1474.

3 – Voir par exemple le dialogue entre histoire, droit et littérature : G. Lhuilier, «Les juristes et l'entreprise (l'entreprise dans les discours des juristes)», *Annales ESC*, n° 2, mars-avril 1993, p. 329-358, et le numéro spécial de la revue des *Annales* sur le droit («Histoire du droit», 57<sup>e</sup> année, n° 6, 2002).

4 – Voir «Les sciences du droit, le droit dans un monde pluriculturel», *Le Courrier du CNRS*, n° 75, avril 1990, et notamment l'avant-propos de Jean Hilaire sur «Les nouveaux terrains de la recherche juridique».

de l'humanité.» Pierre Magnant étudiait, quant à lui, le droit dans l'aire africaine, et ce qui est aujourd'hui l'une des questions les plus importantes de la pensée juridique, les métissages : «L'Afrique voit s'opposer les pratiques populaires nées du droit précolonial et les droits modernes venus d'Europe. Cette opposition est-elle définitive?» Jean-Robert Henry, bien sûr, retraçait le parcours du droit dans les pays arabes et ses rapports avec la «modernité»: «Le droit fait l'objet d'une réflexion doctrinale intense dans les pays arabes, preuve qu'il est désormais perçu comme la pointe dure du discours social, et plus seulement comme l'instrument neutre d'un projet de modernisation conduit par l'État.» Éric Seizelet consacrait son article au droit japonais et à la mise en question de la notion de «tradition»: «Le conservatisme juridique des Japonais tient peut-être moins à des facteurs culturels objectivés comme "traditions nationales" qu'à une politique délibérée d'occultation des conflits de la part des autorités en place.» Jean-Pierre Cabestan étudiait, à son tour, le droit chinois et ce qui reste encore impensable par les juristes positivistes – un droit non réductible aux sources identifiées par les juristes occidentaux, un droit ouvert à d'autres catégories, que le juriste occidental, pris dans sa tradition, ne peut que qualifier de «moral» ou de politique: «Une société largement attachée à des valeurs traditionnellement non communistes, un pouvoir arrimé aux dogmes du marxisme-léninisme: un hiatus flagrant pour le juriste occidental qui constate la préséance de la morale et du politique sur le droit.» Michel Lesage intitulait son article «Les prémices de la confédération européenne» – ce qui avec le recul semble un brin optimiste –, estimant que les bouleversements politiques dans les pays de l'Est ouvraient désormais la perspective de la construction d'une grande Europe avec la mise en place de nouveaux mécanismes juridiques effectifs et crédibles visant à transformer les institutions. C'était sans imaginer la profonde crise qui affecterait la construction européenne vingt ans plus tard. Nadine Marie, dans «Droit et *perestroïka*», posait la question suivante: «Quels sont les changements apportés par la *perestroïka*? La volonté déclarée d'édifier un État de droit, c'est-à-dire un État qui garantisse le respect des droits de l'homme» et le prisme des droits fondamentaux semblait en effet un axe d'analyse privilégié pour comprendre le «continent russe». Jacques Faget, enfin, décrivait avec finesse la mutation des droits ibériques, défendant l'idée de la «pétrification du droit»: «Après avoir servi de modèle à l'Amérique latine, les législations espagnole et portugaise ont été pétrifiées par des décennies de dictature. Le retour à la démocratie et la perspective de l'Europe de 1993 ont entraîné des mutations juridiques importantes, mais peut-être moins profondes qu'on le pense.»

Un regard sur ces travaux permet de mieux comprendre qu'en dépit de leur importance, ils ne s'intéressaient pas à l'étrange étranger si ce n'est comme un objet complètement extérieur (Japon, Chine) et donc sans influence sur l'évolution du droit français ou disons européen. Il est assez frappant de voir qu'ils sont encore très ancrés dans un «nous et l'autre» assez confortable, allant jusqu'à inventer les catégories très problématiques que sont les «identités culturelles» (chinoise, japonaise... européenne!). Or l'histoire du droit de ces vingt dernières années a pourtant tenté d'étudier comment l'«autre» a investi la norme nationale (le «nous») et pourquoi il est désormais impossible de penser le droit autrement

que dans sa globalité de matières et d'espaces, bref « d'interrelations » et non plus d'identités... Le plus étonnant n'est pas d'être passé à côté de cela, il y a vingt ans – les interrelations étant déjà existantes évidemment –, mais que la recherche juridique hésite toujours beaucoup à abandonner – ou à redéfinir – les traditionnelles « aires culturelles »...

## L'ouverture du droit aux « nouveaux objets » Économie et nouvelles technologies

Cette ouverture à de nouveaux objets, en écho à l'ouverture de l'école des Annales à de nouveaux objets tels les « mentalités », fait la part belle à l'économie et à la science. La seconde partie du numéro spécial du *Courrier du CNRS* était consacrée au droit et à l'économie, le courant *law and economics* ayant été pour beaucoup dans le renouveau du droit, spécialement aux États-Unis. Philippe Kahn résumait ses travaux sur les contrats internationaux, espaces déterritorialisés de droit où les parties jouissent d'une liberté quasi absolue, ce qui en explique l'immense succès. Maurice Flory, dans un article dont le titre apparaît aujourd'hui un peu naïf – mais sans doute était-ce volontaire – « Du droit au développement au droit du développement », décrivait une belle fable : « En prenant conscience que la paix c'est aussi le développement, les États ont cherché à promouvoir de nouvelles règles dans leurs relations économiques. » Marie-Angèle Perot-Morel, plus sobre, étudiait comment technologies modernes et échanges internationaux conditionnent l'évolution d'un droit de la propriété industrielle dont la finalité et les objectifs sont souvent antinomiques. Antoine Jeammaud, sous le titre un peu paradoxal « Droit et pratiques dans l'entreprise », retraçait en réalité – dans ce qui reste une contribution majeure à l'épistémologie du droit – l'essentiel du nouveau débat entre droit et sciences sociales dans l'entreprise. L'entreprise, nouvel objet commun aux juristes et aux économistes, a été sans doute l'un des seuls espaces qui ait permis un réel dialogue inter-disciplines, les économistes dits « des conventions » empruntant très largement au droit et aux réflexions sur la procéduralisation, et la sociologie juridique bénéficiant ainsi grandement de ces échanges. Robert Kovar, plus positiviste (« L'Europe et le droit communautaire ») affirmait que le droit des Communautés européennes proposait aux chercheurs un champ d'investigation exceptionnel car c'était un ordre juridique nouveau, en formation, devant exprimer à la fois la nature propre de la Communauté et les influences des systèmes juridiques nationaux. Cependant, il ne convoquait aucune des théories et savoirs « extérieurs » au droit communautaire, notamment les savoirs que les ethnologues avaient accumulés sur les sociétés plurales, manifestant ainsi l'une des faiblesses constantes de cette branche du droit en construction, son goût pour un positivisme un peu sec.

La troisième partie était consacrée aux liens entre droit, sciences et technologies. Mais des catégories très traditionnelles de la doctrine juridique voisinaient avec de « nouveaux objets », tels la bioéthique, la dématérialisation de l'information, voire, dans la partie suivante, la « famille déconstruite », le « genre » ou « l'image du droit ». Certes Pierre Beurier et Jean-Pierre Queneudec étudiaient le nouveau droit de la mer, Claude-Albert Colliard, le droit de l'espace et des grands fonds

marins, et Alexandre Kiss esquissait une analyse du droit de l'environnement, Pierre Strohl définissant les contours du droit nucléaire... Mais Marie-Angèle Hermitte dans «Le vivant et le droit» ouvrait l'un des plus grands chantiers de la pensée juridique contemporaine : «On prend des brevets sur un micro-organisme, une plante, un animal. Pour l'Homme, comment doit-on traiter un embryon, une cellule, un gène? Le débat est ouvert.» Isabelle de Lamberterie posait elle aussi les jalons d'une des plus importantes questions de la science juridique, l'émergence d'un droit de l'informatique, ou mieux, d'un droit de l'information : «On ne peut plus aujourd'hui dissocier l'étude des conséquences juridiques de l'information de celle du droit de l'information, que celle-ci soit véhiculée, traitée ou commercialisée.»

La famille était en cours de déconstruction : Jean Bart étudiait l'œuvre révolutionnaire – et sa postérité – dans le domaine du droit de la famille; Leah Otis-Cour revisitait la question de la prostitution dans la société médiévale. Hughes Fulchiron trouvait une clé de lecture dans le droit positif pour comprendre les nouvelles formes de vie familiale : «À chacun sa famille, à chacun son droit. Le législateur admet la pluralité des modèles de vie familiale et concentre ses efforts sur ce qu'il considère comme l'essentiel : assurer l'éducation des enfants.» Irène Théry étudiait plus précisément le rôle de l'expert dans le divorce et l'autorité parentale, pour y trouver la même clé de lecture : «l'intérêt de l'enfant» est au centre du débat dans les procédures de divorce. Quel est le poids de l'avis de l'expert dans la décision prise par le juge? Jacqueline Costa-Lascoux, dans un esprit assez proche, examinait un cas concret de pluralisme, celui des familles immigrées, cas type de pluralité – et conflit de normes : «Les remous médiatiques provoqués par le port du foulard islamique à l'école ont souligné la complexité de la vie quotidienne des familles immigrées : un équilibre difficile entre des normes culturelles et législatives souvent conflictuelles.» Évelyne Serverin étudiait le renouveau des obligations alimentaires familiales, qui rendait plus opaque les limites même de la famille : «Au-delà des relations interpersonnelles nouées entre les personnes à l'intérieur de la famille, la solidarité familiale est aujourd'hui mise à l'épreuve par des tiers, organismes sociaux et prestataires de soins, qui exercent des recours contre ses membres au titre de leur obligation alimentaire.» Michèle Bordeaux abordait, quant à elle, la question qui transformait les départements de littérature et de droit des universités américaines, «le genre», en des termes très européens de déconstruction d'identités, alors même que les *genders* commençaient à penser la part du sujet dans l'identité assignée : «De la condition féminine aux discriminations, du sexe au genre, le démantèlement de l'objet-femme se poursuit.» Jacques Commaille, Antoine Garapon, et Étienne Le Roy, dans un article commun («Formes de justice et famille»), posaient une autre question traditionnelle au pluralisme juridique, la question de l'adaptation du droit au fait : «Les transformations de la famille intervenues dans les dernières décennies exigeaient une évolution de la justice. Comment celle-ci s'est-elle faite, et en fonction de quelles causes?» Chantal Kourilsky, enfin, posait la question théorique importante de l'image du droit en cherchant à savoir «Que représente le droit pour les 11-18 ans?»



## L'ouverture du droit aux « autres sciences »

Cette ouverture à la pluridisciplinarité, qui est sans doute l'apport le plus important de l'école des Annales, était très inégalement réalisée en 1990. Pour Jean Hilaire, dans la seconde partie du numéro spécial du *Courrier du CNRS*, les rapports entre droit et histoire demeuraient très traditionnels, spécialement en droit commercial ou le travail de l'historien reste une « science auxiliaire du droit » en ce qu'il limite son objet à l'amélioration du travail du législateur... La cinquième partie du numéro, consacrée à « justice et juridiction », était introduite par Jean-Pierre Royer, mais dominée par des travaux historiques. Michel Humbert présentait « La justice dans l'Antiquité » : « En Orient, en Grèce, à Rome, de nouvelles pistes s'ouvrent, capables de modifier notre vision de pans entiers de l'organisation de la justice, de la défense ou de l'assistance judiciaire. » Robert Jacob retraçait les méthodes et perspectives de l'histoire judiciaire : « Les immenses séries d'archives judiciaires de l'Ancien Régime défient les chercheurs. De leur capacité à les maîtriser dépend notre intelligence de la mémoire juridique de l'Europe. » Il introduisait ainsi un thème à l'époque important, celui des statistiques et de l'informatique au service du droit. Jean-Louis Bilon et Vincente Fortier, plus concrets, étudiaient ainsi l'informatique au service du droit. Danièle Bourcier examinait les systèmes des experts juridiques alors que Philippe Robert soulevait la question désormais très polémique des statistiques des juridictions pénales : « Parmi les plus anciennes et longtemps les meilleures du monde, les statistiques des juridictions pénales ont nourri une tradition de recherches qui persiste, au moins dans son volet rétrospectif, malgré l'appauvrissement de l'appareil statistique. » Evelyne Serverin continuait elle aussi ses travaux de méthode et de recherche appliquée en examinant, parmi les outils de la connaissance des contentieux judiciaires civils, le système statistique du répertoire civil mis en place en 1981, et plus généralement comment répondre aux besoins de connaissance de l'activité des tribunaux. Pierre Lascoumes, ouvert aux pratiques – et lui aussi, mais à sa manière, aux études juridiques empiriques – étudiait « De nouveaux lieux pour le règlement des conflits » : « Médiation, conciliation, l'intérêt s'est porté depuis vingt ans sur ce qu'on appelle la "justice informelle". Ces pratiques se révèlent sans doute illusoire quant à leur nouveauté, leur simplicité et leur efficacité. »

La question des « fondements » du droit était sans doute la plus traditionnelle dans cette présentation de la recherche en droit. Louis Favoreu, entre science et doctrine, affirmait l'importance du rôle du juge – thème assez traditionnel – et plus spécialement de la justice constitutionnelle : « C'est la justice constitutionnelle qui a permis, en France comme ailleurs, de conférer force et vigueur aux déclarations des libertés et des droits fondamentaux. »

La dernière partie était consacrée à la philosophie et la théorie du droit ; introduite par Stamatiou Tzizis, elle était en quasi total décalage avec ce qui se pensait dans le reste du monde. Georges Kalinowski exposait une tradition qui a depuis presque totalement disparu de la pensée du droit. Dans « Le fondement du droit : une nouvelle approche », il affirmait que l'analogie entre les règles métasystémiques en droit et les règles métasystémiques en logique déductive permettait de renouveler,

en les rendant en même temps plus explicites et plus précises, les manières respectives de poser le problème du fondement du droit et d'en chercher la solution. Paul Amselek étudiait lui aussi, en logique, les fondements ontologiques de la théorétique juridique à défaut desquels le juriste théoricien se condamne, selon lui, à des impasses et à de purs verbalismes, et ce alors que la logique juridique et la logique déontique étaient en cours de disparition sur la planète du droit. Michel Troper retraçait, un peu abusivement, les orientations actuelles de la philosophie du droit, en affirmant que le vieux débat sur la théorie de la science du droit entre jusnaturalistes (pour qui le droit a une origine divine ou rationnelle) et juspositivistes (pour qui le droit n'est qu'une technique qui exclut par exemple tout rapport avec la morale) s'était modifié et adapté à l'évolution générale de la philosophie des sciences. Ce faisant, il réduisait au positivisme cette évolution, alors même que les années 1980 marquaient la fin du paradigme positiviste dans la philosophie des sciences et l'émergence du paradigme herméneutique au cœur même des sciences « dures », telle par exemple, la philosophie de la réception. Il « oubliait » ainsi tout un pan de la philosophie du droit telle qu'elle se pratiquait dans le reste du monde. La métaphysique se portait très bien, Jean-Marc Trigeaud affirmant « la nécessité d'une onto axiologie du juste », c'est-à-dire la nécessité d'un renouvellement du droit par le juste, de la technique et de la théorie par une réflexion à caractère métaphysique. Christian Atias, dans un article d'épistémologie d'une réelle force philosophique, même si son style restait celui d'un juriste (« Des fondements aux fondations du droit »), affirmait que le renouveau de la pensée juridique pourrait venir non pas de la recherche de justifications rationnelles (c'est-à-dire les fondements métaphysiques moraux de la tradition), mais de la réflexion sur les fondations, c'est-à-dire les racines du savoir des juristes. André-Jean Arnaud retraçait, lui, la grande tradition pluraliste ou « cohérentiste » qui commençait à triompher à l'étranger. Dans « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », il écrivait : « Au droit rigide fondé sur la toute-puissance de la loi, philosophes, théoriciens et sociologues du droit s'efforcent actuellement de substituer un droit souple, qui tienne compte du relativisme, du pluralisme et du pragmatisme caractéristiques de l'époque post-moderne. »

Quel bilan faire de cette première « alliance » ? Dans cette « ouverture » du droit, si sociologues ou anthropologues se sont saisis du droit, les juristes – au sens institutionnel – n'ont que peu répondu à l'appel de la revue des *Annales*, s'ouvrant parfois à de « nouveaux objets » et « territoires », mais selon un traitement qui reste très positiviste, c'est-à-dire limité aux règles et méthodes de la tradition juridique française formaliste et légaliste. Le plus bel exemple est celui de Mireille Delmas Marty qui, dans ce numéro du *Courrier du CNRS*, s'engageait dans le chantier droit et identité *versus* droit et aires culturelles, avec un article intitulé « Justice pénale et droits de l'homme » : « À travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se dégage un modèle auquel peu de secteurs de la justice pénale échappent. Peut-on parler d'une "identité juridique européenne" ? » L'exemple est parfait car la « qualité » de la recherche et de la chercheuse est évidemment incontestable. Ce sont seulement les catégories utilisées, telles les fameuses « aires culturelles » et les « identités juridiques », qui datent car elles ne renvoient qu'à la tradition juridique, ignorant superbement les sciences sociales alors même que

l'auteur a toujours manifesté la plus grande attention à la pluridisciplinarité. Et depuis vingt ans, le mouvement progressif de la pensée juridique française et de la recherche internationale est lié à une évolution française de plus en plus positiviste au double sens technique propre aux juristes. D'une part, spécialisation en tel ou tel droit positif (voir les épreuves du concours de l'agrégation). D'autre part, positivisme théorique, en raison de la forte présence en France des néo-normativistes par définition hostiles aux sciences sociales (réduisant le droit à une technique d'agencement des normes excluant par exemple la politique de son champ; voir Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*<sup>5</sup>).

Le numéro spécial du *Courrier du CNRS* de 1990 gagne à être confronté au livre de Philippe Jestaz et Christophe Jamin qui décrit l'état actuel de la doctrine universitaire française, voir à n'importe quel sommaire de la plus prestigieuse revue des juristes, la *Revue trimestrielle de droit civil*. Le paradoxe s'énonce ainsi : alors que les *french studies* – c'est-à-dire une certaine philosophie française des années 1970 – sont en grande partie à l'origine de la mutation mondiale actuelle de la pensée juridique, en France, la pensée juridique est de plus en plus déconnectée des sciences sociales. Intellectuellement décalés, peu d'universitaires français participent aux congrès mondiaux ou publient dans les revues étrangères, notamment américaines. Quelques personnalités d'exception vivent des aventures singulières (Pierre Legendre, par exemple) ou construisent des réseaux mondiaux personnels (Alain Supiot). Mais cette pensée juridique mondiale est très peu représentée en France. La pensée juridique française positiviste dominante – tout au moins dans les universités de droit – apparaît ainsi très à l'écart de la pensée juridique mondiale telle que les congrès mondiaux et les grandes revues (notamment anglophones) la reflètent. Cette pensée juridique universitaire persiste en effet à se poser en « modèle » d'une conception « théologique » du droit dont le culte est celui de la raison classique. Elle se pense elle-même comme singulière, ce qui explique en partie son effacement dans la réorganisation actuelle de la recherche française. Une rapide histoire contemporaine des idées juridiques dans le monde montre en effet l'apparition d'une pensée juridique mondialisée de plus en plus interdisciplinaire (*genders, critical legal studies, law and...*, identités et cultures), l'émergence d'espaces de pensées (*law and economics, law and literature...*) qui sont aussi des continents de la pensée juridique (espace nord-américain, pensée sud-américaine, asiatique). La pensée juridique dans le « monde » de la théorie se caractérise désormais par la fin de la « pureté » du droit telle que la concevait le positivisme juridique. Un très fort courant « cohérentiste » reconstruit une pensée du droit selon un même modèle théorique issu de la sémiologie, en dépit de l'extrême diversité des emprunts, comparaisons et montages théoriques réalisés. Cette pensée juridique aujourd'hui dominante manifeste une réelle ouverture aux sciences sociales (*law and...*).

---

5 – Voir P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz (Méthodes du droit), 2004.

## L'«alliance» entre droit et sciences sociales en 2009 La «globalisation» et les IFRE

Une véritable pensée juridique « mondiale » est désormais en cours d'élaboration, cette pensée juridique trans-continentale étant parfois désignée en anglais par des termes qui délimitent non plus une zone géographique, mais un nouveau champ scientifique : les *Global Legal Studies (GLS)*. Une pensée juridique qui s'émanciperait des cadres nationaux voir des traditionnelles « aires culturelles » continentales (*Common law*, Europe, Afrique, Asie...) des juristes comparatistes, et s'intéresse à la circulation des idées et des règles de droit.

La nécessité – en France – d'une (nouvelle?) alliance stratégique entre le droit et les sciences sociales n'en est donc que plus urgente, l'enjeu étant désormais tout simplement la provincialisation de la recherche juridique française. Arrêtons-nous un instant sur certaines des manifestations récentes d'un droit global dans une Asie qui, par sa multiplicité et sa complexité, apparaît comme l'un des laboratoires privilégiés du renouveau de la pensée et de la pratique juridiques en direction d'une approche pluridisciplinaire. Cet examen permet de mettre en lumière certaines des lacunes de la recherche française, qui résultent de son éloignement grandissant de la recherche dans le monde, au risque de désormais ne plus pouvoir communiquer avec elle, mais il souligne aussi certaines tentatives prometteuses, à l'image de l'étude des articulations et circulations entre traditions et aires culturelles, la médiation opérée désormais par les juges par exemple. Les deux axes les plus importants d'une redéfinition d'une politique scientifique pour le droit pourraient en effet être une « globalisation » (internalisation) de la pensée juridique c'est-à-dire la capacité de renouer les liens avec les grands courants de la pensée juridique mondiale, mais aussi une « localisation » de la recherche sur certains objets qui manifestent l'actuelle circulation des règles et institutions entre « aires culturelles ».

### Les écarts conceptuels et l'exemple du courant « droit et développement »

Dès le milieu des années 1970 David Trubek et Mark Galanter publiaient un article retentissant qui concluait à l'échec du *Law and Development Movement*, initiative lancée, une décennie auparavant, par l'Agence américaine pour le développement international (USAID), la Ford Foundation, et un certain nombre d'autres institutions privées, dans le but de promouvoir la réforme des systèmes juridique et judiciaire des pays en développement d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine<sup>6</sup>. Le droit devait être conçu à la fois comme un instrument du développement économique nécessaire au bon fonctionnement du marché, et comme le guide d'une évolution politique vers une démocratie libérale préservée des dérives arbitraires,

---

6 – Voir D. Trubek et M. Galanter, « Scholars in self-estrangement : some reflections on the crisis in law and development studies in the United States », *Wisconsin Law Review*, n° 4, 1974, p. 1062-1102. et J. H. Merryman, « Comparative law and social change : on the origins, style, decline & revival of the Law and Development Movement », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, 1977, p. 457-483.

car elle-même soumise à la loi. La réalisation de cet objectif ambitieux passait par la *formation de professionnels du droit, et bien évidemment de juges*, capables d'entraîner l'ensemble de la société vers un paradigme différent. L'exportation de ce *legal liberalism*, dont bon nombre d'éléments rappellent les fondements de l'État de droit tel qu'il a pu être diversement développé par les démocraties occidentales, se heurta cependant à un principe de réalité et fut sévèrement critiquée par ses propres promoteurs comme un modèle ethnocentrique et naïf, incapable de s'adapter à une altérité trop complexe.

Ce débat passionné sur le *legal liberalism* perdit de sa virulence à partir de la seconde moitié des années 1970. Il faut dire que, dans le même temps, une autre réflexion de fond, menée par les pays en développement dans le cadre de la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED), allait bouleverser la conception du droit international classique par la proclamation « d'un droit *du et au* développement ». Cette revendication en faveur d'une plus grande équité, passant pour les pays en développement par un droit à commercer au même titre, mais différemment, que les États développés (*Trade not Aid* : le commerce, pas l'aide au développement), aboutit à l'adoption, par l'Assemblée générale des Nations unies, des fameuses résolutions 3201 et 3202 (S-VI) proclamant et instaurant un programme d'action pour un « nouvel ordre économique international ». Elle devait également beaucoup aux théories de la dépendance d'inspiration marxiste qui soulignèrent que la fin de la décolonisation n'avait pas pour autant mis un terme à l'exploitation du Tiers Monde par l'Occident capitaliste aidé dans cette entreprise par les élites locales.

Vingt ans plus tard, au moment de la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le nouvel ordre économique international n'apparaissait plus que comme un ensemble de dérogations aux principes du libéralisme. Les États en développement, soumis aux conditionnalités du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale, recevaient à nouveau une assistance juridique technique qu'ils avaient été parfois contraints de solliciter pour adapter leur système juridique aux impératifs du marché.

Depuis la fin des années 1990, un petit groupe d'auteurs, très largement américains ou formés dans les facultés de droit des universités américaines et notamment à Harvard, se sont à nouveau emparés de cette question. Leur approche tient compte de l'héritage des années 1970 tout en s'en distanciant. Ils associent généralement le renouveau du *law and development* à la promotion de la bonne gouvernance et de l'État de droit par les grandes organisations internationales et les États, qu'ils soient ou non occidentaux.

Ainsi, en réaction à la publication de rapports comme le fameux *Doing Business* de la Banque mondiale qui a par exemple stigmatisé les pays de droit civil comme moins performants économiquement, ou dans la continuité de la réflexion menée par les intellectuels américains dans l'après-seconde guerre d'Irak, un certain nombre de manifestations ont été organisées aux États-Unis, débouchant parfois sur des publications. On peut notamment citer deux conférences organisées à

Cornell et Harvard en 2004 et 2005, la publication chez Cambridge University Press fin 2006 d'un ouvrage qui se veut marquant, co-dirigé par Alvaro Santos et David Trubeck<sup>7</sup>, ou plus généralement les travaux de David Kennedy.

Moins doctrinale, plus pragmatique, leur approche tient compte de l'évolution de l'État et du droit international ainsi que de l'apparition d'une multitude de fournisseurs d'assistance juridique (voir l'article d'Isabelle Giraudou sur l'assistance japonaise p. 47-68), mais reste marquée par une assez grande uniformité de pensée et gagnerait sans doute à se confronter, si ce n'est à une école française ou européenne comparable puisque celle-ci reste largement inexistante, du moins à une vision différente et sans doute complémentaire des normes et de leur rôle dans le développement économique.

Une critique de la critique, informée par le terrain et donc véritablement comparative, pourrait être ainsi entreprise. Et pourtant, la France – plus précisément ses juristes –, qui était déjà passée à côté de la première phase de réflexion, n'est toujours pas présente dans ce débat. La simple évocation du *Law and Development Movement* suscite généralement la même réaction mi-naïve, mi-hautaine : « Vous voulez parler du droit au développement !? » Ces deux courants de pensée, certes cousins éloignés, n'ont pourtant pas grand-chose en commun. L'un s'intéresse au rôle du droit dans le développement économique, et par conséquent exerce une influence sur la construction politique et sociale – c'est notre propos –, l'autre, issu de la décolonisation et donc marqué par le besoin de souveraineté des États nouvellement indépendants, mettait l'accent sur l'appropriation des ressources économiques et l'indépendance politique en se fondant sur une vision d'inspiration marxiste.

Marquée par l'idée « du droit au développement » à laquelle elle a activement contribué et dont elle a finalement constaté l'échec, la pensée juridique française d'aujourd'hui tient formellement à se désolidariser de l'héritage tiers-mondiste et refuse ainsi d'entreprendre une vraie réflexion multidisciplinaire sur la place du droit dans les processus de développements économiques (plus aucune formation académique, ni aucun centre de recherche de premier plan n'y est désormais réellement consacré). Ce constat d'échec participe également d'un désintérêt visible pour les États du Sud et – nous l'avons évoqué plus haut – du relatif isolement international d'une pensée juridique française positiviste parfois trop inscrite dans ses certitudes pour s'ouvrir à une altérité perturbatrice.

Le tableau n'est pourtant pas si noir. Dans le même temps en effet, certains juristes français, en marge de l'institution – ce qui les autorise à adopter une démarche originale –, s'intéressent à de nouvelles manifestations concrètes de ces interactions entre droit et développement à l'image du rôle du juge dans la réception

---

7 – A. Santos et D. Trubek, *The New Law and Economic Development Movement. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

et l'utilisation du droit international et étranger<sup>8</sup>. Reste désormais à ouvrir ces réflexions à d'autres sphères, celles des États émergents et en développement toujours largement ignorés par un comparatisme centré sur l'Occident.

## Les interrelations entre aires culturelles L'exemple du juge au cœur de la mondialisation

À l'avant-poste de la mondialisation des normes, le juge joue en effet, dans les pays émergents sans doute de manière encore plus intéressante que dans les pays développés, un rôle singulier. Un bref retour en arrière nous permet de comprendre l'ampleur de cette transformation à laquelle rien ne préparait le juriste.

Il y a encore peu de temps, la très grande majorité des tribunaux nationaux partageaient la plus grande réticence à l'égard du droit international et comparé, une quelconque référence à ces « autres » sources de droit apparaissant bien hasardeuse<sup>9</sup>. La situation a clairement évolué en direction d'un plus grand – si ce n'est systématique – usage du droit international et comparé par le juge<sup>10</sup>. Bien que progressivement intéressée par ces changements dans les démocraties libérales<sup>11</sup>, la doctrine internationaliste a été jusqu'à présent peu désireuse, et peut-être incapable, de les penser dans le cadre des pays dits émergents ou en développement, où le droit international n'est pas seulement « nationalisé », mais surtout utilisé comme un formidable instrument de renforcement d'un processus démocratique ainsi protégé des pressions politiques internes.

---

8 – Voir notamment A. Garapon et J. Allard, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil (Républiques des idées), 2005.

9 – Voir le débat passionné et controversé aux États-Unis avec la décision *Roper v. Simons*, 543 US 551 (2005) et le virulent article de Roger P. Alford, « Misusing international sources to interpret the Constitution », *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 1, janvier 2004, p. 57-69; J. Resnik, « Law's migration : american exceptionalism, silent dialogues, and federalism's multiple ports of entry », *The Yale Law Journal*, vol. 115, mai 2006, p. 1564-1670; mais aussi V. Jackson, « Constitutional comparisons : convergence, resistance, engagement », *Harvard Law Review*, vol. 119, n° 1, novembre 2005, p. 109-128; R.A. Posner, « The Supreme Court 2004 term – Foreword : a political court », *Harvard Law Review*, vol. 119, n° 1, novembre 2005, p. 31-102; M.A. Waters, « Creeping monism : the judicial trend toward interpretive incorporation of human rights treaties », *Columbia Law Review*, vol. 107, n° 3, avril 2007, p. 628-705.

10 – Pour une perspective générale : B. Conforti, *International Law and the Role of the Domestic Legal Systems*, Kluwer Law International, 1993; R. Higgins, *Problems and Process, International Law and How to Use It*, Oxford, Clarendon Press et New York, Oxford University Press, 1994. International Law Association, *Third Report of the Committee on International Law in Domestic Courts*, in *Report of the sixty-eight Conference*, 1998, <http://www.ila-hq.org/en/index.cfm>.

C'est également l'un des thèmes majeurs de recherche de l'American Society of International Law. Voir <http://www.asil.org/issues-overview.cfm> et pour une illustration concrète <http://www.asil.org/insigh10.cfm>.

11 – La littérature sur le sujet est désormais assez riche. Voir D.J. Bederman, *International Law. A Handbook for Judges*, Washington, American Society of International Law, 2003. F. Shaheed, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005; et pour une contribution récente : André Nollkaemper, *Domestic Courts and the Rule of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Mais aussi les lectures du British Institute of International Law (<http://www.biicl.org/ildc/>), et les travaux des juges américains et canadiens à Brandeis, en novembre 2008 (voir <http://www.brandeis.edu/ethics/news/2008/2008.Nov.12.html>).

Cette question particulièrement complexe de l'application d'un droit international et comparé lui-même transformé par la globalisation des normes et pratiques est généralement présentée par la doctrine au travers d'un paradigme assez simpliste permettant de distinguer les États « monistes » des États « dualistes »<sup>12</sup>. La thèse moniste contemple le droit international et comparé comme la manifestation d'une même réalité qu'est le droit. En tant que tel, le droit international pourrait être appliqué directement par le juge. Par contraste, les pays dits « dualistes », comme l'Inde ou la Chine, feraient un usage modéré d'un droit international que l'on se doit tout d'abord d'incorporer en droit interne. Les traités internationaux seraient ainsi dotés d'une force « persuasive » plus que d'une force obligatoire. Ce paradigme dominant est pourtant largement critiqué à l'aune d'une réalité nettement plus complexe où droits international, comparé et national sont imbriqués dans une troublante globalisation politique et économique, comme le souligne avec force A. K. Ganguli, *senior advocate*, auprès de la Cour suprême indienne :

L'effectivité du droit international ne dépend pas uniquement de la volonté des États, mais aussi de la nature de la répartition constitutionnelle des pouvoirs entre les différentes approches méthodologiques de mise en œuvre des traités internationaux par les États partis dans leurs sphères externes et internes de souveraineté [...]. Le droit international contemporain soulève le voile traditionnel de la souveraineté étatique et pénètre alors dans quasiment tous les domaines de la vie de la nation, le tout en raison d'un ensemble de facteurs globaux, politiques, économiques et historiques. Les conceptions traditionnelles sur les relations entre droit international et droit interne ont été radicalement transformées, soulignant ainsi les difficultés à évaluer les manifestations nouvelles de l'intégration du droit international en droit interne<sup>13</sup>.

Les approches moniste et dualiste se révèlent donc bien trop simples dans la mesure où elles ne rendent pas compte des multiples possibilités désormais offertes aux juges pour « informer » leurs raisonnements par la pratique d'autres juges. Les références au droit international, dépassant l'idée de persuasion, deviennent alors créatrices de droits. Cet activisme judiciaire, décrit comme stratégique par certains

---

12 - Ce débat est toujours très vif en Inde, en Chine ou en Russie. Voir par exemple, B.N. Patel (éd.), *India and International Law*, Leyde-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005-2008 ; J. Escarra, *La Chine et le droit international*, Paris, Pedone, 1931 et Li Zhaojie, « Legacy of modern chinese history : its relevance to the chinese perspective of the contemporary international legal order », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, n° 5, 2001, p. 314-326 ; Wang Tiewa, « International law in China : historical and contemporary perspectives », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1990-II, t. 221 ; S. Sun, « The understanding and interpretation of the ICCPR in the context of China's possible ratification », *Chinese Journal of International Law*, février 2007 ; S. Yu. Marochkin, « International law in the courts of the Russian Federation : practice of application », *Chinese Journal of International Law*, juin 2007.

13 - « The effectiveness of international law not only depends upon the will of the States but also upon the nature of the constitutional distribution of power between the different levels of governmental methodology of implementation of international treaties by states parties in their external and internal sovereign spheres. [...] Contemporary international law penetrates, due to a variety of global, political, economic, and historical factors, the traditional stone walls of sovereignty of states in almost every aspect of their national lives. The traditional notions about the relationship between international law and municipal law have undergone radical transformation underscoring the difficulties in assessing the emerging patterns of integration of international law into the internal legal regime of the states. » (A. K. Ganguli, « The interface between international law and municipal law : role of the indian judiciary », in B.N. Patel (éd.), *India and International Law*, op. cit., p. 11-47, notre traduction)



observateurs éclairés, trouve une illustration évidente dans la pratique de la Cour suprême indienne en matière de droit international des droits de l'homme<sup>14</sup> ou de droit de l'environnement, mais aussi dans les références des tribunaux chinois à un droit commercial international pensé comme libérateur. Ce « dialogue des juges », pour reprendre l'expression d'Antoine Garapon, est lui-même influencé par le récent débat sur la justice transnationale.

Depuis quelques années en effet, les discussions sur l'émergence d'une justice dite « transnationale » ont enrichi la doctrine internationaliste d'une alternative originale<sup>15</sup>. Souvent fondées sur une approche critique (*critical legal theory*) elle-même pétrie de sciences politiques, sociologie et philosophie d'influence souvent néo-marxiste, ces nouvelles analyses se concentrent sur le rôle de l'individu et des acteurs extérieurs au processus judiciaire (ONG, entreprises, *lobbies*). Elles prennent tout particulièrement en compte les expériences pratiques des autres juridictions. La justice transnationale se fonderait ainsi sur un certain nombre de décisions relatives au règlement de litiges entre États, mais aussi entre États et individus et entre entités privées. Un litige qui ne pouvait jusqu'à maintenant qu'être porté devant la justice interne d'un État peut être aujourd'hui traité, de manière simultanée ou décalée, par une multiplicité de juridictions nationales, régionales ou internationales (pensons par exemple au système européen de la Cour de justice des communautés et de la Cour européenne des droits de l'homme). Ce phénomène trouve bon nombre d'explications : la thèse constructiviste voit les migrations normatives comme une résultante de la mondialisation économique et des nouveaux équilibres de pouvoir, alors que la thèse néo-libérale met l'accent sur la coopération et la diffusion progressive de valeurs communes poussant les États à adopter des normes obligatoires internationales créatrices d'harmonisation. Les deux écoles se rejoignent néanmoins sur le rôle déterminant des acteurs nationaux, et des juges en particulier. Au-delà des frontières de la souveraineté, c'est donc un singulier dialogue des juges qui résonne aujourd'hui.

Ce modèle de communication transnationale est souvent associé aux travaux d'Anne-Marie Slaughter<sup>16</sup>, qui a certainement popularisé ces concepts, tout

---

14 – Voir A. K. Ganguli, « Public interest litigation », *Annual Survey of Indian Law*, New Delhi, The Indian Law Institute, 2007.

15 – Voir H. Hongju Koh, « Transnational public law litigation », *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 2347 et 2360-2366 ; E. Benvenisti, « Judicial misgiving regarding the application of international law : an analysis of attitudes of national courts », *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, p. 159-183 ; R. Seinhardt, « Human rights litigation and the "One Voice" orthodoxy in foreign affairs », in M. Gibney (éd.), *World Justice? US Courts and International Human Rights*, Boulder, Westview Point, 1991.

16 – Voir A.-M. Slaughter : « A typology of transnational communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p. 99-137, p. 103-106 ; « Judicial globalization », *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, p. 1103 (2000) ; avec W. Burke-White, « The future of international law is domestic », in A. Nolkaemper et J. Nijman (éd.) *New Perspectives on the Divide Between International and National Law*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2007.

Voir aussi, Karen Knop, « Here and there : international law in domestic courts », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n° 2, 2000 p. 501-536 ; Michael Kirby, *International Law – The Impact on National Constitutions*, American Society of International Law, Seventh Annual Grotius Lecture, 2005 ; A. Reinisch, « The international relations of national courts : a discourse

comme aux décisions récentes de la Cour suprême américaine. D'un point de vue assez largement sociologique, le professeur Slaughter a en effet noté l'émergence d'une sorte de forum judiciaire transnational réunissant tribunaux internes et internationaux. Cette proposition, fondée sur l'observation d'un phénomène naissant de citations croisées de la jurisprudence, renforcerait l'acceptation et la force des normes internationales en droit interne (affaire Pinochet, utilisation de l'*Alien Tort Claim Act*<sup>17</sup> dans des affaires de non-respect des droits sociaux par les multinationales implantées en dehors des États-Unis). Et le futur du droit international de devenir ainsi national !

### Au-delà du politique, l'activisme judiciaire comme ferment d'une démocratisation par l'internationalisation

Le postulat serait donc clair : à la faveur de l'effacement des frontières normatives, le juge national, travaillant en réseau, serait désormais capable de dépasser ses propres limites intellectuelles pour intégrer les « meilleures pratiques » internationales, le tout contribuant à dynamiser et recentrer le processus démocratique en renforçant et légitimant par ailleurs les normes internationales par une effectivité nouvelle. Dans un récent article de l'*American Journal of International Law*, le professeur Eyal Benvenisti montrait en effet : « Les références au droit international [...] renforcent en réalité le processus démocratique et permettent de reprendre le contrôle d'une souveraineté étatique diminuée par les différentes forces de la globalisation<sup>18</sup>. »

Cette conception, encore assez critiquée en occident, n'est *a priori* pas si facile à exporter à des États en développement et non démocratiques<sup>19</sup>. Dans ce cas en effet, le juge verrait une incomparable expansion de son mandat : il ne servirait plus seulement d'intermédiaire dans la transmission des normes, mais occuperait un rôle politique de création d'obligations parfois en contradiction directe avec les orientations affichées du régime. Politique et résistant à sa manière, le juge jouerait de son indépendance quitte à entretenir le mythe de l'arrogance judiciaire en agissant contre l'État.

---

on international law norms on jurisdictional and enforcement immunity», in A. Reinisch et U. Kreibbaum (eds.), *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Publishers, 2007.

17 – Datant de 1789 ce texte permettait à l'origine de poursuivre les actes de piraterie sur des fondements d'un droit international quasi coutumier. Il a ensuite été retrouvé, il y a une trentaine d'années, pour poursuivre devant les juridictions américaines des auteurs étrangers de violations du droit international des droits de l'homme (*Filartiga v. Pena-Irala*), et est maintenant utilisé, notamment depuis l'affaire UNOCAL-TOTAL, dans la poursuite des multinationales.

18 – « *Citing international law [...] actually bolsters domestic democratic processes and reclaims national sovereignty from the diverse forces of globalization.* » (E. Benvenisti, « Reclaiming democracy : the strategic uses of foreign and international law by national courts », *American Journal of International Law*, vol. 102, n° 2, 2008, notre traduction)

19 – Voir le projet, soutenu par Oxford University Press, « International Law in Domestic Courts » : <http://www.jur.uva.nl/aciluk/research.cfm/D62231EB-1321-B0BE-68108463DDB4C93B>.

Et c'est ici que réside tout l'intérêt de l'étude de ces mouvements de droit dans le cadre d'États complexes et en transition, mais aussi décomplexés de certains formalismes. Dans quelques pays en développement, à l'image de la Chine et de l'Inde, le droit international et comparé est parfois utilisé de manière ouvertement critique à des fins émancipatrices. Il agit alors comme le ferment d'une justice sociale (Inde) réclamée par la population ou l'engin d'une ouverture économique porteuse de promesses politiques (Chine)<sup>20</sup>.

Comment étudier ces mutations si ce n'est en étant sur le terrain de leurs réalisations et en adoptant une approche pluridisciplinaire? Avec leurs réseaux sur quatre continents et leur méthodologie ouverte, les IFRE sont le lieu privilégié de cette rencontre tant espérée entre droit et sciences sociales. Réseau de veille de la pensée juridique transcontinentale en cours de formation, mais aussi réseau de chercheurs – et de juristes – français présents sur le terrain, les IFRE peuvent être le vecteur de l'internationalisation de la pensée juridique française, c'est-à-dire d'une nouvelle alliance, désormais globale, entre droit et sciences sociales.

---

20 – Une étude comparée Chine-Inde a été réalisée à ce sujet par Leïla Choukroune avec le soutien du Centre d'études français sur la Chine contemporaine de Hong Kong et du Centre de sciences humaines de Delhi. Les résultats de ces travaux menés notamment dans le cadre de deux conférences internationales organisées à Hong Kong en novembre 2007 et Delhi en décembre 2008 seront publiés sous la forme notamment d'un ouvrage collectif en préparation.