

**Les ordres juridiques transnationaux : conditions et concrétisation des droits
hors de l'État**

Sous la direction de Madame Chloé de Perry-Sibailly

Mémoire du Certificat de Recherche Approfondie

Pierre Auriel

IHEI 2013-2014

Remerciements

Je tiens à remercier Madame Chloé de Perry-Sibailly dont la direction fut une source riche de conseils, d'orientations, de pistes et de corrections qui me furent particulièrement précieux.

Mes remerciements vont aussi à Madame Pascale Martin-Bidou ainsi qu'à Mesdemoiselles Agathe Chossat de Montburon et Margot Patin.

Table des matières

Abréviations juridiques.....	1
Introduction.....	2
Titre 1. L'existence positive des ordres juridiques transnationaux.....	16
Chapitre 1. L'indépendance des droits transnationaux face aux droits étatiques.....	18
Section 1. Les sources non-étatiques des droits transnationaux.....	19
§1. La recherche de l'autonomie formelle du pouvoir normatif.....	19
§2. Des exemples variés de droits transnationaux.....	22
a. Les droits religieux.....	22
b. Les droits à la marge des États.....	26
c. Des droits inadaptés à la sphère étatique.....	29
Section 2. La déconnexion du champ d'application du droit transnational et de celui du droit étatique.....	36
§1. Le dépassement de l'État par les champs d'application des droits transnationaux.....	36
§2. Le cas complexe des liens entre États et shari'a au travers de l'exemple du chiisme.....	41
Chapitre 2. Le fonctionnement autopoïétique des ordres juridiques transnationaux.....	46
Section 1. La clôture autopoïétique des ordres juridiques transnationaux.....	47
§1. Des institutions variées sanctionnant la norme.....	48
§2. L'hétérogénéité des technologies de coercition du sujet de la norme.....	53
Section 2. L'inexistence d'un ordre juridique mercatique unique.....	58
§1. Le rôle discutable des arbitres mercatiques comme appareil de coercition d'un ordre juridique transnational.....	59
§2. L'impossible identification d'un pouvoir de coercition mercatique.....	62
Titre 2. La concrétisation limitée des ordres juridiques transnationaux.....	68
Chapitre 1. L'emprise réduite des communautés non-étatiques sur les sujets de droit.....	70
Section 1. La mainmise étatique sur les sujets de droit.....	71
§1. L'emprise paroxysmique des États totalitaires sur les individus.....	71
§2. Le développement limité des communautés transnationales dans les États libéraux.....	76
Section 2. La structure des communautés non-étatiques nécessaires à la domination des sujets de droit.....	79

§1. La possibilité d'une domination des individus par des communautés non-étatiques.....	79
§2. La faiblesse structurelle de la communauté des marchands.....	83
Chapitre 2. Les espaces interstitiels contrôlés par les ordres juridiques transnationaux.....	88
Section 1. Le déploiement résiduel de communautés transnationales.....	89
§1. La constitution de bulles transfrontalières par des communautés transnationales anciennes.....	89
§2. L'inadaptation du contrôle étatique sur un espace transfrontalier.....	94
Section 2. La perspective hypothétique d'un droit au-delà de l'État.....	98
§1. Une rupture sociologique fragile comme soubassement du droit global.....	99
§2. La concrétisation incertaine de l'ordre juridique global.....	104
Sources des textes officiels utilisés.....	110
Bibliographies.....	113

Abréviations juridiques

AMA	Agence mondiale antidopage
CIAS	Comité international arbitral du sport
CIO	Comité internationale olympique
CIRDI	Centre international de règlement des différends sur l'investissement
FIFA	Fédération international de football Association
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
ICBL	<i>International Campaign to Ban Landmines</i>
ISO	<i>Internet Organization for Standardization</i>
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non-gouvernementale
PAG	Parc amazonien de Guyane
TAS	Tribunal arbitral du sport
TBI	Traité bilatéral d'investissement
UEFA	Union des associations européennes de football

Introduction

« Deux amours ont donc bâti deux cités : l'amour de soi jusqu'au mépris de Dieu, la cité de la Terre, l'amour de Dieu jusqu'au mépris de soi, la cité de Dieu »¹.

Le christianisme a été marqué par un débat profond, celui de la concurrence entre les pouvoirs spirituels et temporels. Débat protéiforme, récurrent au fil des transformations progressives de l'Église et des États jusqu'au XVI^e siècle et la sécularisation du pouvoir. Sur le plan du droit, l'État s'est accaparé progressivement la production juridique et est devenu la seule source du droit : l'Église, les corporations ou les coutumes locales ne sont plus en mesure de produire du droit sans l'État².

Et pourtant, Max Weber affirmant le monopole étatique, constate l'existence d'exceptions : la Camorra napolitaine, la mafia sicilienne et les triades chinoises qui disposent d'un pouvoir battant en brèche ce monopole³. L'Église produit encore du droit canonique codifié en 1917 puis en 1983 ainsi qu'en 1990 avec le Code des canons des Églises orientales⁴. La doctrine s'interroge également sur la production spontanée d'un droit des professionnels du commerce international, la *lex mercatoria*. Enfin, les procédures de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) ont été conçues par les professeurs Calliess et Zumbansen comme la matrice méthodologique d'un droit produit et appliqué hors de l'État⁵. Ces exemples remettent en cause le monopole étatique et interrogent sur l'existence d'ordres juridiques hors de l'État.

¹ Saint-Augustin, *La Cité de Dieu - Tome 2*, Paris : Seuil, 1994, p.191

² Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : P.U.F., 1994, spec. p.62

³ Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIX^e-XX^e)*, Paris : Gallimard, 2014, p.89

⁴ Markhoul Farha, « Les sources du droit canonique latin », in *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris : Société de législation comparée, 2007, p.239 et suiv.

⁵ Voir à ce sujet, Galf-Peter Calliess et Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code, A Theory of Transnational Private Law*, Hardcover : Hart Publishing, 2010, 366 pages

Une position sceptique continue d'affirmer le monopole étatique en déniait à ces ensembles normatifs, la qualité d'ordre juridique. Deux types de critiques sont alors possibles, le premier consistant à refuser à ces normes, la qualification juridique et le second, à considérer que si ces normes sont du droit, elles sont intégrées dans l'ordre étatique et n'appartiennent qu'à lui, niant ainsi l'existence d'ordres juridiques hors de l'État. La première tâche consiste à dépasser ces critiques en définissant ces concepts – droit et ordre juridique – afin de souligner la possibilité d'ordres juridiques non-étatiques.

Prima facies, le droit renvoie ici à un type de normes. Le fait d'utiliser la norme pour appréhender le droit depuis Kelsen⁶, vise essentiellement, à permettre l'élaboration d'une théorie pure du droit⁷: terme technique, dénué de référence historique – à l'inverse de la loi ou des règles –, le mot « norme » était adapté à une construction théorique du droit dénuée de dimension factuelle. Or, pour le juriste de Vienne, la norme n'est pas simplement une prescription : il y a ainsi des normes qui autorisent d'autres autorités à adopter des normes et qui ne sont pas des prescriptions mais des autorisations⁸. La prescription n'est qu'une forme de normes. Il est donc préférable de définir la norme comme « la signification d'un acte de volonté »⁹ créant un devoir-être, un *Sollen* ayant vocation à s'appliquer à l'être, au *Sein*.

Définir le droit comme une norme n'est pas suffisant. En effet, il y a plusieurs types de normes et l'un des objectifs de la doctrine sera de distinguer la spécificité de la norme juridique. Là encore, la théorie kelsenienne est la base de la doctrine dominante. Kelsen relève l'existence de plusieurs ordres normatifs – ordre normatif est ici entendu comme un complexe de normes –, certains d'entre eux ayant vocation à régler « la conduite humaine en tant qu'elle a un rapport à d'autres hommes directement ou indirectement »¹⁰. Ces ordres sont des ordres sociaux. Tous les ordres normatifs ne sont pas des ordres sociaux : la logique par exemple est un ordre normatif mais n'a pas vocation à régler les rapports entre humains¹¹. Au contraire, les normes morales ou juridiques sont organisées en ordres sociaux régissant des rapports interhumains.

⁶ Un choix épistémologique a été fait : adopter pour le raisonnement, un cadre doctrinal classique, celui de Kelsen ou de Weber afin que ses prémisses soient incontestables. Il est évident que des philosophies du droit tels que celle de H.L.A Hart ou de Neil MacCormick et Ota Weinberger faciliteraient cette démonstration mais elle pourrait alors être contestée dans ses prémisses.

⁷ Eric Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2007, p.1 [En ligne] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50552.pdf> [Consulté le 15 juin 2014]

⁸ Eric Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *loc.cit.*, p.2

⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p.13

¹⁰ *Ibid.*, p.32

¹¹ *Idem*

Au sein des ordres sociaux, les normes juridiques se caractérisent par la sanction : le respect des normes juridiques est soumis à des sanctions immanentes – non-transcendantes – et socialement organisées¹². Au contraire, les normes morales sont protégées par des sanctions soit transcendantes – c'est le cas de la morale prescrite par Jésus dans le Sermon sur la Montagne dont le respect donne droit à une récompense dans les Cieux¹³ - soit socialement inorganisées. C'est ainsi que la critique sociale liée à un manquement moral ne saurait être considérée comme une sanction socialement organisée.

Pour Kelsen, le « critérium décisif »¹⁴ couvrant ces deux critères – sanction socialement organisé et immanente – est l'emploi de la force physique pour contraindre l'individu¹⁵. Si les deux critères sont pertinents, il y a lieu cependant de s'interroger sur ce critérium décisif. Il constitue en réalité, une pierre d'achoppement au sens où l'appréciation de ce critère va entraîner une plus ou moins grande extension du concept de droit, crucial pour la question du droit transnational. Une appréciation restrictive de la sanction fondée sur la contrainte physique va en effet, conduire Kelsen à relever que l'État a le monopole de la violence légitime¹⁶, limitant *de facto*, le droit positif, aux droits étatiques : si Kelsen n'exclut pas l'existence d'autres entités pouvant exercer des contraintes, il constate que pour l'heure, l'État est le seul à pouvoir exercer une telle contrainte¹⁷. La conception kelsenienne conduit nécessairement à ramener le droit à sa forme étatique, réduisant le droit transnational à une forme fantomatique.

Il est possible de garder les postulats solides de la définition kelsenienne tout en parvenant à une solution différente. Le caractère immanent et socialement organisé ne souffre pas de contestations. Mais le caractère socialement organisé doit être bien compris. Celui-ci implique en effet, deux critères : la coercition est assurée par une institution distincte des sujets du droit et disposant d'un monopole de la contrainte¹⁸ et la coercition n'est pas soumise à la libre-appréciation des sujets de droit, les sujets de droit ne pouvant y échapper.

Or, Max Weber n'a attribué à l'État que la revendication du monopole de la violence physique légitime : l'État est pour lui, « une entreprise politique de caractère institutionnel lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime »¹⁹. Mais, d'une part, malgré la revendication étatique,

¹² *Ibid.*, p.41

¹³ *Ibid.*, p.35

¹⁴ *Ibid.*, p.42

¹⁵ *Idem*

¹⁶ *Idem*

¹⁷ *Ibid.*, p.44

¹⁸ Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, Paris : Gallimard, 2007, p.25 et suiv.

¹⁹ Max Weber, *Economie et société - Tome 2 : l'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie, op. cit.*, p.57

d'autres organisations peuvent disposer de la violence physique et d'autre part, si la coercition peut reposer sur d'autres formes de contraintes – des formes symboliques ou sociales notamment – alors, d'autres entités pourront disposer de ressources permettant l'exercice d'une coercition sur des individus. Le droit pourrait alors être non-étatique.

Le second niveau de critique consiste à admettre que des droits hors de l'État sont possibles mais qu'ils sont en réalité, intégrés à l'ordre juridique étatique.

Puisque, le droit est défini par sa sanction et par le rapport entre l'autorité éditrice de la règle et le sujet, il ne peut être pensé en dehors d'un ordre juridique : la norme juridique ne se suffit pas à elle-même et ne peut se concevoir que dans une certaine organisation normative. Certains auteurs considèrent alors que les normes produites par des entités non-étatiques sont nécessairement reçues par l'ordre étatique pour devenir effectives. Il faut donc définir l'ordre juridique pour établir qu'il est possible au contraire, d'avoir des ordres juridiques non-étatiques.

Dans l'optique kelsenienne, l'ordre juridique est un complexe de normes hiérarchisées entre elles, chaque norme étant issue d'une autre norme. L'ensemble aboutit alors à la *Grundnorm*, norme hypothétique fondamentale qui vient clore le système sur lui-même. Ainsi, les actes réglementaires sont issus des lois ; les lois, de la Constitution ; la Constitution de cette norme hypothétique fondamentale qu'il faut supposer afin que chaque norme soit effectivement issue d'une autre norme et qu'il n'y ait pas d'interventions d'un fait extérieur venant corrompre la théorie pure du droit. Cette présentation de l'ordre juridique comme complexe de normes, est aussi celle de Max Weber lorsqu'il évoque « un cosmos de normes »²⁰.

A l'évidence, cette présentation de l'ordre juridique comme organisation complexe de normes est un élément central de l'ordre juridique. Mais elle ne saurait être suffisante. Ainsi, Max Weber donne également un sens sociologique de l'ordre juridique. Selon cette seconde définition, l'ordre juridique est « un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme »²¹, soulignant le fait que l'ordre juridique a une fonction sociale d'influence sur le comportement des sujets du droit. La mise en place d'un ordre juridique par une autorité sert à modifier l'activité des sujets du droit et implique une coercition de l'autorité sur le sujet. Or pour parvenir à un tel résultat, il faut un appareil de coercition. Max Weber indique en effet que « nous parlerons d' "ordre juridique" partout où il faut compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconques, physiques ou psychiques, et où cet emploi est entre les mains d'un *appareil* de coercition »²². L'ordre juridique

²⁰ *Ibid.*, p.12

²¹ *Idem*

²² *Ibid.*, p.19 Il y a lieu de relever que cette formule et l'emploi du mot « partout » souligne combien Weber avait conscience du fait que le droit pouvait exister en dehors de l'État. Le droit étatique ne se caractérise chez Weber que par la légitimité légal-rationnelle dont il bénéficie et par le monopole de la contrainte physique : le statocentrisme associé à Weber est donc souvent une mauvaise lecture de son œuvre qui ne nie à aucun moment l'existence de

suppose donc, outre un complexe de normes, un appareil de coercition c'est-à-dire des organes, des moyens et des méthodes permettant la soumission du sujet à la norme.

Ce point rejoint la définition du droit : à partir du moment où la norme juridique suppose une sanction immanente et socialement organisée, cela se traduit par la nécessité d'un appareil mettant en œuvre ces sanctions. Le caractère contraignant de la norme juridique implique l'existence d'un tel appareil. Il y a lieu de relever que la nature de cet appareil peut être variée et n'a pas à être une copie de l'appareil étatique reposant sur des technologies du pouvoir – selon la terminologie foucauldienne – propres. Au contraire, ces méthodes sont variables et le droit international en est une illustration : ne possédant pas d'appareil de coercition centralisé et limité par le principe de souveraineté, le droit international repose sur une coercition exercée par les pairs, entre les États souverains avec le recours aux représailles. Ainsi, à la différence de l'ordre étatique et en raison de l'égalité souveraine des États, la coercition s'exprime par le biais d'une technologie du pouvoir décentralisée et non, centralisée.

L'existence potentielle d'autres technologies coercitives sera décisive au cours de l'identification d'appareils de coercition non-étatiques. C'est à ce titre seulement qu'il sera possible de conclure à l'existence d'ordres juridiques hors de l'État. En effet, les normes produites en dehors de l'État mais appliquées et exécutées par l'appareil de coercition étatique ne sont pas des ordres juridiques réellement transnationaux mais des droits produits par des groupes sociaux distincts de l'État mais qui *in fine*, sont intégrés à l'ordre juridique étatique.

Or cette position s'oppose à celle de Santi Romano qui définissait l'ordre juridique outre comme un complexe de normes – aspect normatif de l'ordre juridique – mais aussi comme une institution, c'est-à-dire comme un phénomène objectif séparé du corps social qu'il contrôle²³. Une telle définition rejoint la présentation wébérienne de l'ordre juridique : l'institution est une entité objective²⁴ distincte des individus et organisés²⁵ chargés de produire les normes et d'en assurer l'application. Partant de cette définition, Santi Romano relève qu'il y a autant d'institutions et de droits que de sociétés : *ubi societa, ibi jus*²⁶. Dès qu'une société est organisée et qu'elle possède une institution chargée d'en faire respecter les règles, Santi Romano conclut à l'existence d'un ordre juridique. Il donne ainsi de nombreux exemples tels que le droit canonique²⁷, le droit international²⁸

sphères juridiques non-étatiques.

²³ Santi Romano, *L'ordre juridique*, 2^e édition, Paris : Dalloz, 2002, p.18 et suiv.

²⁴ *Ibid.*, p.22

²⁵ *Ibid.*, p.18

²⁶ *Idem*

²⁷ *Ibid.*, p.85

²⁸ *Ibid.*, p.83

mais aussi la bande de voleurs²⁹, les ordres disciplinaires privés³⁰, voire les règlements intérieurs des prisons³¹ ou des entreprises³².

Cette inflation s'explique par un principe romanien : un ordre juridique peut être complet et indépendant mais aussi imparfait et dépendant d'un autre ordre juridique³³. Dès lors, toute organisation même inachevée est susceptible d'obtenir la qualification d'ordre juridique. Une telle solution est problématique en ce qu'elle conduit la définition à recouvrir des situations fondamentalement différentes : les règlements intérieurs d'une entreprise et d'une prison voient leurs violations sanctionnées par les juridictions étatiques tandis que les ordres disciplinaires privés tirent leurs pouvoirs d'autorisations conférées par l'État ; au contraire, le droit canonique ou les règles d'une bande de voleurs sont indépendants de l'ordre étatique.

Pour éviter une telle extension de la notion, il faut la notion d'ordre juridique aux hypothèses où l'ordre juridique est parfait et indépendant. Le théoricien allemand Niklas Luhmann a forgé un concept utile pour décrire une telle situation : l'autopoïèse. Selon lui, un système juridique est sous-système social autopoïétique c'est-à-dire que le fonctionnement du système juridique est totalement indépendant d'événements extérieurs à lui-même : il avance d'une opération à une autre, sans intervention extérieure³⁴. Dès lors, tous les éléments de fonctionnement du système – la production de la norme, son application et sa sanction – sont intégrés au système. Ainsi, un système juridique peut-il être qualifié d'autopoïétique quand son fonctionnement n'est pas dépendant d'un autre système juridique. Or, seul un tel système peut être réellement qualifié d'ordre juridique : autopoïétique, le système juridique est alors organisé, clos et donc, nettement distinct des autres systèmes ; c'est un ordre à part et non, une simple extension d'un autre ordre. En effet, les autres systèmes produits par des groupes sociaux particuliers, ne sont pas indépendants et doivent être rattachés à l'ordre juridique dont ils ne sont finalement que des extensions plus ou moins autonomes : certes, ces groupes sociaux organisés produisent leurs propres droits mais l'application de ces règles est dépendante d'un autre ordre juridique en l'occurrence, étatique. Ainsi, le règlement intérieur d'une société ou les règles d'un ordre professionnel ne sauraient être considérés comme des ordres juridiques, mais seulement comme des règles autonomes produites par une partie du corps appartenant à l'ordre juridique étatique puisque leurs applications dépendent de lui. Au contraire, le système juridique ecclésiastique ou celui de la bande de voleurs sont potentiellement autopoïétiques et donc, des ordres juridiques.

²⁹ *Ibid.*, p.89

³⁰ *Ibid.*, p.91

³¹ *Ibid.*, p.92

³² *Ibid.*, p.93

³³ *Ibid.*, p.101 et suiv.

³⁴ Jean Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes*, 1^{ère} édition, Paris : P.U.F, 1997, p.255

Dès lors, s'interroger sur le monopole étatique de la production normative et sur l'existence d'ordres juridiques hors de l'État, c'est s'interroger sur le point de savoir s'il existe des complexes de normes et des appareils de coercitions distincts des ordres juridiques étatiques. C'est à ce titre seulement qu'il sera possible de conclure en l'existence d'ordres juridiques non-étatiques et notamment, transnationaux.

La terminologie dominante retient l'expression « droit transnational » pour qualifier ces ordres juridiques non-étatiques. Pour autant, il y a une instabilité sur ce que recouvre cette expression. Or, une faible partie seulement de la doctrine cherche à définir exactement ce qu'elle entend par « transnational », le reste adoptant une définition considérée comme acquise sans en expliquer la raison³⁵. Toute étude du droit transnational doit au contraire, prendre le temps de choisir une définition selon des critères méthodologiques explicites, afin de préciser les prémisses du raisonnement. Ici, il sera considéré qu'une définition satisfaisante doit parvenir à délimiter un corpus de phénomènes qui soit à la fois, homogène et cohérent. C'est à l'aune de ces deux critères qu'il faut donc opérer un choix entre les différentes définitions proposées.

Un premier point doit être relevé. Le terme « transnational » a été construit en référence à « international » lui-même construit à une époque où l'État et la Nation étaient interchangeables³⁶. Or aujourd'hui, l'État s'est distingué de la nation puisqu'il existe des États à plusieurs nations ou des États sans concept de nation. Si le terme « transnational » était pris au premier degré, il pourrait aujourd'hui recouvrir toute situation où un droit s'applique dans plusieurs nations. Or dans les États plurinationaux, le droit étatique s'applique *ex hypothesis* dans plusieurs nations. Il est donc plus judicieux de considérer que transnational signifie trans-étatique mais que l'habitude ayant été prise, le terme « transnational » doit être utilisé³⁷.

Historiquement, la première définition est celle de Philip C. Jessup qui dans son livre fondateur, *Transnational law* a défini le droit transnational comme le droit qui régleme les phénomènes qui transcendent les frontières nationales³⁸. La définition de Philip C. Jessup conduit donc à regrouper des normes juridiques en fonctions de leur objet, les relations transfrontalières.

³⁵ A titre de contre-exemple, Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.3 et suiv., Marcel Merle, « Le concept de transnationalité », in *Humanité et droit international – Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris : Édition Pedone, 1991, p.223-231, Roger Cotterrell, What Is Transnational Law?, *Law & Social Inquiry*, vol.37, n°2, 2012, p.500-524, et surtout, Philip C. Jessup, *Transnational law*, New Haven : Yale University Press, 1956, p.2

³⁶ Marcel Merle, « Le concept de transnationalité », *loc.cit.*, p.224

³⁷ *Idem*

³⁸ Philip C. Jessup, *Transnational law*, *op.cit.*, p.2

Une telle définition repose sur une situation historique particulière. Philip C. Jessup constate que depuis la fondation du droit international par Suarez, Vitoria ou Grotius, le droit international est un droit s'appliquant uniquement aux relations internationales³⁹. Au contraire, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, les entreprises, les Organisations non-gouvernementales (ONG), voire les individus ont développé des relations transfrontalières indépendantes des relations interétatiques⁴⁰. Or pour Philip C. Jessup, ces relations d'un genre nouveau, sortant du cadre strictement interne sont régies par un corpus de normes qu'il nomme « droit transnational ».

Le coup de force de Philip C. Jessup réside dans l'affirmation de l'existence de nouvelles relations juridiques et d'un droit lui correspondant. C'est donc une prise en compte de l'évolution des relations internationales après la Seconde guerre mondiale, prise en compte qui va profondément influencer les conceptions doctrinales dominantes : la transnationalité devient dans les discussions doctrinales dominantes, *l'alter ego* de la mondialisation⁴¹. Car dans la conception de Philip C. Jessup - conception que la doctrine notamment anglo-saxonne va largement intégrer-, l'affirmation du droit transnational passe par une dissolution du droit international. En déterminant le droit transnational en fonction de son objet - encadrer les relations transfrontalières - au détriment d'une détermination en fonction de ses sources, la définition de Philip C. Jessup octroie au droit international, une fonction marginale : il n'est plus qu'un des types de normes s'appliquant aux relations juridiques transnationales, les relations transfrontalières pouvant aussi être encadrées par le droit des États ou le droit produit par les personnes privées⁴². Il y a chez Philip C. Jessup, l'idée d'une convergence à venir de ces normes autour d'un objet, les relations transfrontalières.

Or cette présentation est problématique. En effet, la perspective de Philip C. Jessup n'a pas été confirmée par la pratique. Le droit international a conservé une logique et une dynamique propres distinctes de celles du droit interne ou du droit produit par les personnes privées. Ces types de droit continuent d'être des phénomènes juridiques indépendants. Les réunir dans une même catégorie autour d'un objet commun, conduirait à ôter au droit transnational toute unité au point de lui retirer tout intérêt doctrinal : cela réduirait le droit transnational à un concept trop large pour supporter une investigation théorique⁴³. Il y a lieu alors, d'adopter une définition plus restrictive du droit transnational.

³⁹ *Ibid.*, p.7

⁴⁰ *Ibid.*, p.8

⁴¹ Par exemple, Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11e édition, Paris : Édition Pedone, 2012, p.287

⁴² Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.207, 1987, p.123

⁴³ Il y a lieu cependant de relever que l'idée d'une convergence des droits se retrouve indirectement dans une nouvelle figure doctrinale, le droit mondial ou global.

La définition de Philip C. Jessup étant trop extensive, une nouvelle définition a été retenue afin de concentrer la notion : le droit transnational serait le droit qui régleme les relations entre un sujet du droit international et une personne privée étrangère⁴⁴.

L'émergence de cette définition est à lier à un autre débat, celui relatif à l'ordre juridique de base des contrats d'États. Au lendemain de la décolonisation, les investisseurs étrangers investissant essentiellement dans les pays nouvellement indépendants, concluaient des contrats avec les États, pour encadrer leurs investissements. L'exemple typique de ces contrats dits d'États était les concessions pétrolières. Le problème était de savoir quel était l'ordre juridique d'où le contrat tirait sa validité. Certes, le plus souvent, ces contrats désignaient une loi applicable. Mais cette loi ne pouvait être celle d'où le contrat tirait sa validité. Autrement, le raisonnement aurait été circulaire : si le contrat est invalide en raison de la loi applicable désignée par la clause du contrat, cette clause était nulle aussi ; si cette clause est nulle, la loi ne s'applique plus au contrat et le contrat ne peut pas être déclaré invalide⁴⁵. Donc cet ordre juridique de base ne peut être la loi désignée par le contrat : sa détermination doit préexister au contrat.

Plusieurs solutions étaient envisageables. La première consistait à donner pour ordre juridique de base, l'ordre juridique interne de l'État dans lequel les investissements avaient lieu. Mais cette solution était problématique aux yeux des investisseurs car elle portait atteinte à leur sécurité juridique. En effet, les États cocontractants auraient alors la mainmise sur les lois fixant la validité de ces contrats capitaux, pouvant échapper à leurs obligations juridiques ou les modifier unilatéralement.

D'autres hypothèses ont été évoquées visant à faire échapper les contrats d'États de l'emprise de l'ordre juridique des États, une partie de la doctrine désignant le droit international comme ordre juridique de base⁴⁶. Mais, cette solution n'a pas convaincu une part substantielle de la doctrine en raison du caractère essentiellement interétatique du droit international : le droit international en principe, ne vise pas directement à encadrer le comportement d'opérateurs privés. Une autre ligne doctrinale à la suite d'Alfred Verdross envisagea l'existence d'un ordre juridique créée *ex nihilo* par les cocontractants, une sorte de *lex contractus* conçue comme un système juridique indépendant⁴⁷. Cette hypothèse était cependant artificielle au sens où il paraît parfaitement arbitraire d'imaginer qu'un ordre juridique puisse être créée par une simple convention.

⁴⁴ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, p.394

⁴⁵ Prosper Weil, « Droit international et contrats d'État », in *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris : Édition Pedone, 1981, p.555

⁴⁶ *Idem*

⁴⁷ Jane Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p.30

Il a alors été proposé de fixer l'ordre juridique de base des contrats d'États, dans un tiers droit, le droit transnational⁴⁸. Conçu comme le droit issu de la pratique économique mondiale, proche de la *lex mercatoria*, ce droit du commerce international est produit par la pratique juridique des opérateurs économiques. A la différence de la *lex contractus*, cette solution ne nécessitait pas d'inventer *ex nihilo* un ordre juridique et par rapport à l'hypothèse internationalisant les contrats d'États, le droit transnational ancrerait ces contrats dans un ordre juridique dont l'objet était déjà d'encadrer le comportement d'opérateurs privés. C'est à partir de cette solution qu'a émergé la définition du droit transnational comme le droit encadrant les relations entre un sujet du droit international et une personne privée étrangère. Concernant en grande partie, le droit de l'investissement, elle s'est fixée dans le langage juridique : désormais, les arbitrages rendus dans les litiges entre des opérateurs étrangers et des États sont appelés « arbitrages transnationaux »⁴⁹. C'est donc une définition qui a rencontré un certain écho parmi les acteurs juridiques.

Pour autant, elle ne saurait être considérée comme satisfaisante à double titre. D'abord, la doctrine relative à l'ordre juridique de base a été vivement contestée. Le professeur Mayer a souligné l'artificialité de ses débats reposant sur une mauvaise compréhension de la notion de loi d'autonomie⁵⁰ et a été remplacée par une construction juridique basée sur les traités bilatéraux d'investissements (TBI)⁵¹. Ces traités sont conclus entre États et comportent des obligations relatives au traitement des investisseurs des États parties ainsi que des clauses organisant les procédures en cas de violation de ces obligations, impliquant généralement un recours à l'arbitrage. Les recours des investisseurs ou des États sont fondés sur ces normes de droit international. La définition du droit transnational perd ainsi l'un de ces principaux éléments puisque désormais, les contrats d'États sont régis au moins en partie, par le droit international. En outre, cette définition conduit à une exclusion de certains phénomènes juridiques, pourtant considérés comme transnationaux tels que la *lex sportiva*⁵² ou les droits religieux⁵³ et qui ne rentrent dans aucune catégorie générale : ni droit interne, ni droit international, ils sont réellement un tiers droit régissant des relations transnationales et apparaissent alors comme des candidats pertinents à la qualification

⁴⁸ Pierre Mayer, « Le mythe de l'ordre juridique de base' (ou *Grundlegung*) » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Melanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.202-203

⁴⁹ Voir par exemple Franck Latty, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 467-512, Franck Latty, « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *Annuaire français de droit international*, 2009, p. 683-726.

⁵⁰ Pierre Mayer, « Le mythe de l'ordre juridique de base' (ou *Grundlegung*) » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Melanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.204 et suiv.

⁵¹ Jane Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p.51 et suiv.

⁵² Franck Latty, « Transnational Sports Law », *International Sports Law Journal*, janvier-juin 2011, n°1-2, p. 34-38

⁵³ Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000, p.19

de droit transnational malgré le fait qu'ils n'encadrent pas les relations entre un sujet du droit international et une personne privée étrangère. La définition retenue est donc trop stricte.

Une troisième définition doit alors être retenue. Les droits transnationaux peuvent être définis comme les droits dont les sources ne sont pas l'État. A la différence des définitions précédentes, le droit transnational n'est pas défini de façon monolithique : il y a ici plusieurs droits transnationaux, dans la mesure où il y a plusieurs sources non-étatiques de droit potentiels. Droits religieux, *lex mercatoria* ou *lex sportiva* sont ainsi autant de droits transnationaux différents. Cette définition qui contrairement aux deux autres, s'écarte de l'objet du droit transnational pour s'intéresser à ses sources, a des conséquences importantes notamment une fragmentation en plusieurs droits transnationaux, ce qui modifie la dynamique de la notion. C'est cette définition qui sera retenue et qui devra être précisée, car elle conduit à délimiter nettement un phénomène en le fondant sur une opposition entre droits étatiques – droits internes et droit international - et non-étatique. En outre, elle saisit des phénomènes qui sans cela, n'auraient appartenu à aucune catégorie : la *lex sportiva* ou le droit canonique ne sont pas des droits étatiques qu'il s'agisse de droits internes ou du droit international. Cette définition permet alors de saisir ces ordres juridiques non-étatiques dans leur spécificité théorique propre : la mise à mal du monopole étatique de la production normative.

Une remarque doit être faite. Les auteurs employant la définition retenue préfèrent souvent mentionner les droits produits par des sources privées plutôt que par des sources non-étatiques⁵⁴. Mais en réalité, cette distinction est sans conséquence : en effet, la notion de personne privée est entendue par opposition à la personne publique c'est-à-dire à l'État ou ses démembrements. Ainsi, Michel Virally parle-t-il dans un même passage, à propos de la *lex mercatoria*, de « tiers droit, créé par des particuliers » ayant un « caractère non étatique »⁵⁵. Source privée ou non-étatique, le résultat est identique. Simplement, l'adjectif « privé » a contre lui d'être conçu dans l'optique de la *lex mercatoria*, le droit des marchands produits par les opérateurs économiques, aisément qualifiables de « privés »⁵⁶. Mais d'autres exemples de droits transnationaux comme le droit canonique seront plus difficiles à qualifier de « privés » : si l'institution ecclésiastique est perçue par les États comme une organisation privée malgré des statuts particuliers, l'Église elle-même ne se conçoit pas comme une organisation privée. Le qualificatif « non-étatique » a l'avantage d'être une description objective qui correspond à toutes les situations. Au surplus, cette qualification fixe

⁵⁴ Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, op.cit., p.3 ou Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », op.cit., p.373

⁵⁵ Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », op.cit., p.373

⁵⁶ D'une façon générale, le droit transnational est pour l'essentiel conçu au travers de la *lex mercatoria* (Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, op.cit., p.12

immédiatement l'attention sur le problème essentiel du droit transnational : son rapport avec la sphère étatique.

Cette définition fondée sur l'opposition aux droits étatiques, a un double intérêt. Théorique d'abord, en ce qu'elle conduit à interroger le monopole étatique sur le droit positif. Pour une partie de la doctrine, il n'y a de « droit positif qu'étatique »⁵⁷: certes, tous reconnaissent l'influence des acteurs non-étatiques sur la production juridique interne ou internationale mais les seuls ordres juridiques positifs c'est-à-dire les seules hypothèses où coexistent un complexe de normes et un appareil de coercition, sont nécessairement étatiques sous la forme de droits internes ou du droit international. Ainsi, a-t-il pu être estimé qu'« en définitive, il n'y a [...] de droit positif qu'étatique, que l'État ait lui-même produit la totalité des éléments dont il se compose, ou qu'il ait incorporé pour les faire siens des éléments dont il n'est pas l'auteur historique mais qui lui deviennent juridiquement imputables par le fait qu'il leur attribue dans son ordre propre une validité qu'ils n'avaient que dans le leur. Ses organes leur assurent la même efficacité qu'à ceux qu'il a lui-même créés : ses tribunaux appliquent les normes qui en résultent, sa force publique garantit leur exécution »⁵⁸. Les sources transnationales produisent un droit dont l'appareil de coercition sera celui des États qui l'accueilleront dans leurs ordres.

Mais cette position a été critiquée et une partie de la doctrine soutient l'existence d'ordres juridiques non-étatiques. Cette doctrine peut être divisée en deux parties. La première issue du droit international, s'est focalisée essentiellement sur la *lex mercatoria* et dans une moindre mesure, la *lex sportiva*. Pour ces auteurs, la *lex mercatoria*, ce droit des marchands né de la pratique commerciale entre les opérateurs économiques internationaux et qui est dit plus adapté à ces pratiques économiques en raison de sa souplesse et de sa connaissance par tous les opérateurs du marché, serait un tiers droit, réellement produit par les marchands et qui alors, constituerait un ordre juridique distinct des droits étatiques – internes ou internationaux. Évidemment, cette position a été critiquée et cette critique a amené une réflexion doctrinale intense sur la *lex mercatoria*. L'article fondateur de Berthold Goldman posait déjà l'une des questions essentielles sous l'angle des frontières du droit. La *lex mercatoria* est-elle un usage entre les opérateurs économiques ou un véritable droit spontané, né de cette pratique⁵⁹ selon la logique théorisée par la thèse de Pascale Deumier⁶⁰. Une fois, ce premier écueil passé, il s'est agi alors de savoir si la *lex mercatoria* constituait un ordre juridique indépendant. Et c'est sur la base de ces questions que les

⁵⁷ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 10^e édition, Paris : Montchrestien, 2012, p.9

⁵⁸ *Idem*. Position que l'on retrouve chez Henri Battifol et Paul Lagarde au début des années 80 (Henri Battifol et Paul Lagarde, *Droit international privé – Tome 1*, 8^e édition, Paris : L.G.D.J., 1993, p.89)

⁵⁹ Berthold Goldman, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », *Archives de philosophie du droit*, vol.9,1964, p.177-189

⁶⁰ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Paris : Economica, 2002, 477 pages

tenants de la *lex mercatoria* ont développé une réflexion contestant alors la mainmise étatique sur la production juridique.

La seconde source de réflexions vient de l'anthropologie juridique. A partir des années soixante et de la décolonisation, un certain nombre d'auteurs se sont interrogés sur la cohabitation de normes coutumières et étatiques et ont relevé l'existence dans les pays décolonisés, d'ordres juridiques distincts de l'État et de ses assises territoriales. Cette étude a alors abouti à une théorisation du pluralisme juridique c'est-à-dire de la possibilité pour une personne d'être sujet de droit, de plusieurs ordres juridiques⁶¹.

Ces deux lignes doctrinales ont ainsi développé un bagage intellectuel s'opposant à la position dominante d'un monopole étatique sur la production juridique. Au travers de la question des ordres juridiques transnationaux, il sera possible d'examiner cette question et d'apporter des éléments de réponse à ces débats.

Mais l'intérêt est aussi pratique. En effet, une autre ligne doctrinale constate la fin du modèle étatique et le passage à une ère post-étatique où l'État doit disparaître pour les plus radicaux ou plus raisonnablement, se muer et perdre ses caractéristiques essentielles. L'un des facteurs de cette évolution est l'émergence de flux transnationaux, d'entités transnationales indépendantes des États et donc, aptes à les concurrencer dans un monde globalisé⁶². Sur le plan juridique, l'État perdrait son monopole juridique et serait remplacé par un monde postétatique de droits éclatés et fragmentés produits par des acteurs transnationaux : dans ce monde où l'État est en crise perpétuelle, ce serait la fin de l'histoire étatique et le passage à un nouveau modèle de distribution du pouvoir au sein d'une société globale avec une privatisation de la production juridique. Cette perspective d'un droit global ou mondial⁶³ trouve à l'évidence, l'une de ses sources dans la *lex mercatoria* puisque les grands acteurs de cette société globale seraient les firmes transnationales et plus généralement, les ordres juridiques transnationaux seraient une sorte de prélude à la grande révolution post-étatique. Interroger les ordres juridiques transnationaux actuels et leurs existences permettra alors sans faire de prospective, d'appréhender ce débat et d'en étudier les possibles développements.

⁶¹ Pour un exemple d'une telle démarche intellectuelle, voir Jacques Vanderlinden, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme » in Étienne Leroy, *Cahier d'anthropologie du droit - 2003 – Les pluralismes juridiques*, Paris : Khartala, 2004, p.21-34. Plusieurs définitions du pluralisme juridique existent et n'est ici retenue que celle visant la situation où un individu est soumis à plusieurs ordres juridiques distincts. Pour la pluralité des définitions, voir Étienne Le Roy, « Éditorial – le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » in Étienne Le Roy, *Cahier d'anthropologie du droit 2003 – Les pluralismes juridiques*, Paris : Khartala, 2004, p.10-11.

⁶² Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, 3^e édition, Paris : Edition Dalloz-Sirey, 1999, p.12

⁶³ C'est-à-dire d'un droit produit par un ensemble d'acteurs publics et privés dans un espace global indépendant des États.

Au fond, la question des ordres juridiques transnationaux c'est-à-dire essentiellement non-étatiques revient en creux à interroger l'État et la pertinence de cette figure ancienne dans le paysage contemporain. Il s'agit en effet de questionner la possibilité pour le droit d'exister hors de l'État et de sa sphère hégémonique : les conditions d'existence d'ordres juridiques transnationaux, c'est-à-dire des conglomérations complexes et organisées de normes disposant d'un appareil de coercition pour faire respecter ces normes, sont-elles réunies pour permettre l'existence de droits indépendants des ordres juridiques étatiques ?

L'examen théorique des conditions d'existence des ordres juridiques transnationaux conduit à affirmer la possibilité d'une telle existence (Titre 1). Mais s'il existe des ordres juridiques transnationaux, ils sont peu nombreux et disposent finalement d'une concrétisation limitée (Titre 2).

Titre 1. L'existence positive des ordres juridiques transnationaux

La thèse ici soutenue est qu'il existe des ordres juridiques transnationaux c'est-à-dire des ordres juridiques réellement indépendants des ordres étatiques. Cette position va à l'encontre du positivisme statocentrique majoritaire pour qui le droit n'existe pas en dehors de l'État. Héritière d'une tradition née au XVI^{ème} consacrée par la Révolution française et la sociologie allemande du XIX^{ème} avec des personnalités comme Norbert Elias ou Max Weber, elle considère que la naissance de l'État est liée à la monopolisation de la production normative entre ses mains. Avant le XVI^{ème} siècle, le droit était fragmenté entre les seigneurs féodaux, le Roi, l'Église, les coutumes locales ou le droit romain redécouvert depuis le XII^{ème} siècle. La construction de l'État par la royauté l'a conduit à mettre fin à ce pluralisme juridique en concentrant le pouvoir de créer du droit entre ses mains, phénomène de concentration incarné par la codification. La Révolution française, le repli de l'Église sur ses fonctions morales et la diffusion du modèle étatique ont alors permis aux théoriciens d'affirmer que l'État détenait un monopole sur le droit.

Cette thèse doit être remise en question en ce qu'elle correspond à une présentation quasi-mythique de l'État. Il a toujours existé des ordres juridiques indépendants de l'État même au paroxysme de sa puissance, c'est-à-dire qu'il a toujours existé des corps de règles produites, appliquées et sanctionnées par des appareils de coercitions distincts de l'État. Il s'agira alors ici de montrer que les conditions d'existences de tels ordres juridiques sont remplies dans plusieurs situations pour permettre d'affirmer l'existence positive d'ordres juridiques transnationaux.

Selon la présentation faite des ordres juridiques, deux conditions doivent être remplies pour identifier un ordre juridique autopoïétique : il doit disposer de sources autonomes et d'un « appareil de contrôle et d'exécution forcée »⁶⁴. Concrètement, dans un premier temps, il y aura lieu d'établir l'existence de corps de règles indépendants des droits nationaux, c'est-à-dire l'existence de droits transnationaux indépendants des droits étatiques (Chapitre 1). Mais ces corps de règles ne suffisent pas si l'application de ces droits est dépendante de l'appareil coercition étatique : dans ce cas, il y n'y aura que des droits transnationaux sans ordres juridiques transnationaux. Le second temps consistera alors à prouver que des ordres juridiques transnationaux fonctionnent de manière autopoïétique, c'est-à-dire sans apport extérieur et qui, disposant de leurs propres appareils de coercition, produisent, appliquent et sanctionnent les droits transnationaux sans utiliser l'appareil étatique (Chapitre 2).

⁶⁴ Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris : L.G.D.J., 1960, p.200

Au terme de ce raisonnement, l'affirmation du monopole étatique sur le droit apparaîtra inique. Il y a toujours eu des ordres juridiques en dehors de l'État Mais cette présentation permettra également d'apprécier leurs caractères limités et d'introduire une réflexion sur les conditions de la concrétisation de droits hors de l'État.

Chapitre 1. L'indépendance des droits transnationaux face aux droits étatiques

La première étape pour affirmer l'existence d'ordres juridiques transnationaux est donc d'examiner s'il existe des droits transnationaux. La définition retenue du droit transnational a mis en valeur un premier élément : le fait d'avoir des sources non-étatiques. Mais il n'est pas le seul. Une part de la définition bien que fondamentale, est en effet, souvent ignorée par la doctrine : un droit transnational se définit aussi par son champ d'application qui dépasse le champ d'application étatique. Bien qu'implicitement inclus dans la définition de la transnationalité depuis ses origines jessupiennes, son analyse ne peut être passée sous silence. Un droit transnational se doit donc de remplir deux critères – avoir des sources non-étatiques et un champ d'application dépassant les États – et il va s'agir dès lors, d'examiner si des droits remplissant ces critères existent.

Mais cette analyse a deux autres intérêts. D'abord, elle permettra de lister *prima facie*, les différentes hypothèses de droits transnationaux. Trop souvent réduit à la *lex mercatoria*, le droit transnational recouvre en réalité, des phénomènes très variées allant du droit canonique à la *lex sportiva*. C'est en prenant en compte, la variété de ces systèmes juridiques qu'une analyse complète pourra être réalisée. Ensuite, l'analyse permettra de préciser les éléments de la définition : « droit dont la source n'est pas l'État » et « droit dont le champ d'application dépasse les États » sont des critères schématiques, compris intuitivement mais qui nécessitent d'être explicités afin de bien entendre, ce qu'ils recouvrent exactement.

Ainsi, il apparaîtra que la nécessité pour un droit transnational d'avoir des sources non-étatiques (Section 1) implique l'existence d'un pouvoir normatif formellement autonome par rapport aux États. Ce premier élément de définition montrera la variété des droits susceptibles de rentrer dans cette catégorie. Le second élément de la définition – à savoir le dépassement de l'État – implique une déconnexion entre le champ d'application des droits transnationaux et les États (Section 2). Cette déconnexion permettra de définitivement qualifier de droits transnationaux des phénomènes juridiques précis mais aussi de distinguer le droit transnational, de la supranationalité.

Section 1. Les sources non-étatiques des droits transnationaux

Un droit transnational est donc de prime abord, un droit dont la source n'est pas l'État. Ce caractère non-étatique des sources des droits transnationaux doit être bien compris. En effet, le mot « source » polysémique et métaphorique en droit, est à l'origine d'imprécisions qu'il s'agit de lever en précisant que rechercher des droits dont les sources ne sont pas l'État, revient à rechercher des droits créés par des pouvoirs normatifs disposant d'une autonomie formelle (§1). En disposant de ce critère clair, il sera alors possible de donner des exemples concrets de droits transnationaux révélateurs de leur variété (§2).

§1. La recherche de l'autonomie formelle du pouvoir normatif

L'expression « dont la source n'est pas l'État » est particulièrement équivoque. En effet, si l'idée directrice est aisément compréhensible, son application concrète quant à elle est complexe : l'appréciation exacte de ce qu'elle signifie peut profondément modifier le spectre des phénomènes juridiques pouvant être qualifiés de droits transnationaux. Il faut donc adopter une définition rigoureuse qui cherchera à délimiter un concept homogène et aux contours stables. Une telle recherche permettra d'explicitier le sens de l'expression « dont la source n'est pas l'État » en signifiant qu'il s'agit de rechercher l'autonomie formelle du pouvoir normatif par rapport à l'État.

Classiquement, le terme « source » a en droit deux significations : source matérielle et source formelle. Dans les deux cas, il y a une dépendance entre la source et le droit : c'est la nature de cette dépendance qui varie. Or dans le cadre du droit transnational, ce sont les sources formelles qui doivent servir de critères.

La source matérielle suppose une dépendance factuelle du droit vis-à-vis de cette source⁶⁵. Les sources matérielles sont les éléments de faits qui vont déterminer ou influencer l'existence ou le contenu de la norme. Ainsi, la Convention d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur destruction, signée les 3 et 4 décembre 1997 doit en partie son existence aux ONG qui ont milité pour la création d'une telle convention⁶⁶. Réunis au sein du réseau *International Campaign to Ban Landmines* (ICBL), ces ONG ont développé un lobbying très important pour pousser les États à adopter une telle convention et leur réussite a conduit certains auteurs, à imaginer une transformation de la

⁶⁵ Jean Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel » in Dominique Chagnolaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel- Tome I*, Paris : Dalloz, 2012, p.407

⁶⁶ Jean-Marie Chasles, « D'Ottawa à Dublin : émergence et déclin d'un nouveau modèle de négociations », *Annuaire français des relations internationales*, vol.11, 2010, p.699 et suiv.

production juridique mondiale avec l'apparition d'une société civile globale, participant à l'élaboration des normes : Jody Williams, prix Nobel de la paix en 1997 pour avoir dirigé cette campagne, fit de ce traité, la fondation d'un « model of "citizen diplomacy" »⁶⁷. Il y a eu un impact réel des ONG dans les relations internationales et le droit produit, même s'il semble que ce modèle décline en raison de limites intrinsèques⁶⁸ : malgré l'importance des ONG, le rôle des États-pilotes a été tel qu'il est hautement improbable que cette convention ait vu le jour en leur absence.

Car cet impact fut d'ordre factuel et ne fut qu'une source matérielle de la Convention d'Ottawa. Les sources formelles supposent une autre forme de dépendance, une dépendance légale⁶⁹. Le rapport entre la source et l'existence ou le contenu de la norme doit alors être juridique et non, plus factuel. Ainsi, la Convention d'Ottawa malgré l'influence factuelle des ONG, reste une convention interétatique et la source formelle de cette convention est l'accord entre les États. A l'évidence, les théories objectivistes du droit international dans la lignée de Georges Scelle pourraient servir à contester ce point de vue, en relevant qu'au fond, cette activité des ONG est l'embryon d'une société universelle, productrice de normes. Mais la présentation scellienne s'intéresse aux sources matérielles : même en admettant à sa suite, l'existence ou la constitution d'une société universelle – globale serait un terme plus moderne – il n'empêche que formellement, la Convention d'Ottawa est issue de l'accord entre les volontés des différents États.

Or, c'est ce critère formel qui doit être retenu et non, l'étude des sources matérielles. En effet, le risque d'une approche matérielle des sources, est de conduire à une extension sans limite du droit transnational. Il n'est pas rare que des acteurs non-étatiques – des ONG, des opérateurs économiques ou des célébrités⁷⁰ - s'invitent dans le débat politique qu'il soit interne ou international et retenir l'influence factuelle des acteurs non-étatiques comme critère de détermination de ce qu'est le droit transnational, conduirait à une extension considérable de la notion. Ainsi, le groupe des *Global Elders* fondé en 2007 réunit plusieurs personnalités comme Jimmy Carter, Kofi Annan ou Nelson Mandela, pour résoudre certains problèmes mondiaux d'envergures. Deux d'entre elles, Jimmy Carter et Mary Robinson ont signé une tribune dans le *Huffington Post*, appelant les dirigeants mondiaux à aboutir à un accord ambitieux lors de la conférence sur le climat qui se tiendra à Paris, en décembre 2015⁷¹. Si cet appel devait aboutir, faudra-t-il considérer cet accord comme du droit transnational ? En s'en tenant au critère des sources matérielles, l'appel de ces

⁶⁷ Jody Williams, « Special Comment », *Forum disarmement*, septembre 1999, n°4, p.3

⁶⁸ Jean-Marie Chasles, « D'Ottawa à Dublin : émergence et déclin d'un nouveau modèle de négociations », *loc.cit.*, p.705 et suiv.

⁶⁹ Jean Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.407

⁷⁰ Pierre Grossier, « L'irruption ambiguë des célébrités dans l'arène politique internationale », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.79 et suiv.

⁷¹ Jimmy Carter et Mary Robinson, « Qui prendra les rênes de la lutte contre le changement climatique ? », *Huffington Post*, publié le 22 avril 2014 [En ligne] http://www.huffingtonpost.fr/jimmy-carter/qui-prendra-les-renes-de-la-lutte-contre-le-changement-climatique_b_5173332.html [Consulté le 15 juin 2014]

personnes qui ne sont pas *ex hypothesis* des États, a eu une influence sur l'accord conclu et ce dernier devrait être considéré comme étant du droit transnational. Une telle solution pourrait être répétée dans de nombreux cas et conduirait à l'instar de la solution de Philip C. Jessup, à une extension telle du droit transnational, qu'il perdrait toute homogénéité. Aucune dynamique ou structure interne propre ne pourrait être découverte dans cette notion qui regrouperait aussi bien du droit interne que du droit international ou du droit formellement produit par des acteurs non-étatiques : il ne s'agirait alors que d'une coquille vide, d'une description creuse sans réel impact ni théorique ni pratique. Au contraire, retenir le critère formel permet d'empêcher toute porosité en cloisonnant les ordres juridiques car ultimement, il n'y a qu'une source formelle d'un droit.

Si c'est donc la source formelle du droit qui doit être recherchée pour le qualifier de transnational, encore faut-il s'entendre sur ce que signifie le terme « source ». En effet, une telle présentation n'est pas sans rappeler la pyramide des normes de Hans Kelsen et la *Grundnorm*, cette norme hypothétique fondamentale qui permet à Kelsen de fermer son système, chaque norme découlant ultimement de cette norme fondamentale. L'influence bien que majeure n'implique pas de rechercher la *Grundnorm* des droits considérés : en effet, la construction kelsenienne de la *Grundnorm* est très particulière en ce qu'elle vise à clore le droit sur lui-même afin d'atteindre l'objectif d'une théorie pure du droit. Au contraire, la recherche envisagée ne se situe pas dans un cadre normativiste : le raisonnement n'est pas à la recherche d'une norme – d'un *Sollen* – mais bien d'un pouvoir normatif c'est-à-dire d'une autorité disposant du pouvoir factuel – relevant du *Sein* – de créer une norme. Ce pouvoir normatif sera considéré comme étant une source lorsque le pouvoir de création ne sera pas contraint par une norme issue d'un autre pouvoir normatif. Il s'agit donc de rechercher l'autonomie formelle du pouvoir normatif.

Par exemple, certains ordres professionnels préparent des codes de déontologie qui sont ensuite édictés sous la forme d'un décret en Conseil d'État. C'est le cas des professions médicales ou des pharmaciens selon les articles L4127-1 et L4235-1 du Code de la santé publique. Ces ordres disposent d'un pouvoir normatif mais ne sauraient être considérés comme étant la source des codes de déontologie : en effet, l'édition de la norme est encadrée par l'État qui confère ce pouvoir aux ordres et donnent aux codes édictés une force normative par le biais de décrets en Conseil d'État. Par ailleurs, les entreprises peuvent adopter des règlements intérieurs. Santi Romano considère alors qu'elles sont des ordres juridiques particuliers dont les normes sont concentrées dans le règlement intérieur⁷². Mais dans le contexte juridique actuel, une telle conclusion est impossible. Certes les entreprises disposent du pouvoir de créer des normes et de les appliquer à leurs salariés et à la différence des ordres professionnels, ces normes ne font pas l'objet d'une reprise formelle par les pouvoirs publics : elles sont applicables directement dans l'entreprise. Mais l'entreprise dispose de ce pouvoir parce que l'État le lui confère par le biais des articles L1321-1 et suivant, du Code du

⁷² Santi Romano, *L'ordre juridique, op.cit.*, p.93

travail. L'entreprise ne saurait donc être considérée comme une source formelle autonome du droit et le règlement intérieur n'est pas un droit dont la source n'est pas l'État. Formellement, c'est l'État qui dispose du pouvoir normatif – et cela est d'autant plus vrai que l'article L1321-3 fixe des dispositions du Code que le règlement intérieur doit viser.

L'autonomie formelle du pouvoir normatif vis-à-vis de l'État doit donc être recherchée. Cette définition du droit transnational permet concrètement de procéder à un tri entre des droits réellement transnationaux et des droits qui malgré leurs qualifications de transnationaux, ne sauraient être considérés comme tels. Repérer des droits réellement transnationaux sera alors la première phase de détermination des ordres juridiques transnationaux existants. Le résultat mettra en valeur la variété des phénomènes juridiques pouvant être qualifiés de droit transnational.

§2. Des exemples variés de droits transnationaux

De nombreux droits prétendent à la qualité de droits transnationaux et n'en sont pas. D'autres sont ignorés par la doctrine et pourtant, rentrent très précisément dans cette catégorie. Il faudra procéder à une analyse casuistique et étudier différents phénomènes juridiques afin d'établir leurs transnationalités. D'un point de vue méthodologique, le but n'est pas de déterminer précisément quel est le pouvoir normatif à l'origine du droit considéré mais simplement d'établir, que ce pouvoir est autonome par rapport à l'État.

Il est possible d'organiser cette variété de droits transnationaux en trois catégories : les droits religieux (a), les droits à la marge de l'État (b) et les droits inadaptés à la sphère étatique (c).

a. Les droits religieux

Les droits religieux doivent être soigneusement distingués des obligations morales que les religions peuvent prescrire. La définition kelsenienne permet cette distinction en soulignant que le droit se caractérise par une sanction immanente et socialement organisée. Au contraire, les morales religieuses font reposer la sanction des obligations sur des mécanismes ni immanents ni socialement organisés. L'exemple kelsenien du Sermon sur la Montagne va dans ce sens⁷³.

⁷³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.35

Employant le vocabulaire juridique et commentant la loi mosaïque, Jésus y souligne que le respect des obligations du chrétien sera sanctionné par l'entrée dans le Royaume des cieux. Une telle sanction est donc transcendante puisqu'elle implique une vie après la mort et dès lors, empêche ces normes d'être qualifiées de droit. De même, les obligations dont la violation entraîne une sanction divine dans cette vie ne sont pas du droit. Ainsi, dans l'Ancien Testament bien plus que dans le Nouveau qui a abandonné cette logique d'une justice divine immanente, les exemples prolifèrent : c'est le cas de Sodome et Gomorrhe détruites pour avoir défié l'ordre divin ou du Deutéronome où Moïse liste les bienfaits et la malédiction que Yahvé fera s'abattre sur le peuple hébraïque s'il ne respecte pas ses commandements. Dès lors, les obligations sanctionnées par la justice divine ne sauraient être considérées comme étant du droit mais bien de la morale.

Mais ainsi que le souligne Alexandre Kojève, une partie des obligations religieuses ne sont pas sanctionnées par la puissance divine mais par la communauté des fidèles⁷⁴. Bien sûr, celle-ci prétend agir au nom du ou des dieux qu'elle vénère mais en réalité, la sanction est ici socialement organisée et immanente : elle est la sanction d'une communauté à l'encontre du croyant qui n'a pas respecté ses obligations. Dès lors, ces obligations spécifiques peuvent être considérées comme étant du droit et plus particulièrement du droit religieux. Se pose alors la question de leurs sources non-étatiques et l'examen de quelques droits religieux soulignera l'existence de différentes situations révélatrices de droits transnationaux.

Le droit canonique est l'exemple le plus emblématique. L'histoire des relations entre l'Église et le pouvoir temporel est complexe⁷⁵ mais deux remarques peuvent en être tirées. D'abord, l'analyse de Marcel Gauchet de l'histoire politique des religions l'a conduit à affirmer que l'Église catholique est la fille d'une révolution fondamentale rompant entre l'ici-bas et l'au-delà⁷⁶. Cette révolution a permis à l'Église d'organiser une véritable « police des âmes »⁷⁷ : elle a obtenu un pouvoir normatif concernant les consciences de ses fidèles, interprétant les textes et disposant du monopole de cette interprétation. Certaines de ces règles sont fixées par le code de droit canonique de 1983, dont celles relatives au mariage – canon 1055 et suivant – ou aux funérailles – canon 1176 et suivant. À côté de ces normes portant sur la vie des fidèles existe un autre corps de règles encadrant les obligations des ecclésiastiques et organisant la vie de l'Église : ainsi, les canons 1250 et suivants sont-ils consacrés à l'acquisition des biens par l'Église ou les canons 184 et suivant à la perte de la dignité ecclésiastique. Or ces normes sont soumises à des sanctions organisées par le code de droit canonique de 1983. Le canon 1311 affirme ainsi que « l'Église a le droit inné et propre de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants ». Puis le code

⁷⁴ Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, op.cit., p.74

⁷⁵ Pour une présentation systématique, voir Jean Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris : Edition Montchrestiens, 1994, 740 pages.

⁷⁶ Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris : Gallimard, 2012, p.266

⁷⁷ *Idem*

liste les sanctions qui sont immanentes : pénitences, peines de censures – suspension de la prêtrise par exemple - ou excommunications. Enfin, le livre VII – canon 1400 et suivant – organise le procès canonique, fixe la composition des tribunaux, les délais, les moyens de preuve ou les voies de recours. Les sanctions sont donc socialement organisées par cette institution – au sens romainien – qu'est l'Église. Au surplus, il faut ajouter le code des canons des Églises orientales ainsi que diverses Constitutions apostoliques non codifiées comme la Constitution apostolique *Pastor Bonus* du 25 juin 1988 régissant la curie romaine et visée par le canon 360 du Code de 1983⁷⁸.

Il y a donc un corpus de règles juridiques denses en droit canonique et – et c'est la seconde remarque – à partir du Concile de Trente qui rejette les thèses conciliaires, la source formelle de ce droit est le Pontife⁷⁹. Le canon 331 est explicite en ce sens : « l'Évêque de l'Église de Rome, [...] est le chef du Collège des Évêques, Vicaire du Christ et Pasteur de l'Église tout entière sur cette terre; c'est pourquoi il possède dans l'Église, en vertu de sa charge, le pouvoir ordinaire, suprême, plénier, immédiat et universel qu'il peut toujours exercer librement ».

Ce pouvoir ordinaire qui comporte le pouvoir normatif est autonome : le Pontife exerce sa charge sans être soumis à aucune norme autre que celle des obligations morales de l'Église. Ainsi, le droit canonique contemporain c'est-à-dire pour l'essentiel, le contenu du code de 1983, peut sous l'angle des sources, être considérés comme étant potentiellement du droit transnational.

Le cas du droit islamique est bien plus complexe notamment en raison de la multiplicité des courants internes à l'Islam. Afin de ne pas se perdre dans le raisonnement, il convient de partir des deux courants les plus importants : le sunnisme et le chiisme duodécimain⁸⁰. Des différences profondes séparent ces deux courants notamment dans leur rapport historique à l'État mais concernant les sources du droit islamique, un relatif consensus peut être trouvé : historiquement, le chiisme⁸¹ comme le sunnisme font du droit islamique, un droit produit par des juristes-théologiens indépendants des États.

Pour bien comprendre ce fait, il y a lieu de partir de quelques définitions simples. La *shari'a* est « l'ensemble des valeurs et normes religieuses, morales et juridiques sur lesquelles le croyant doit conformer sa conduite et ordonner toute sa vie courante »⁸². La *shari'a* a donc outre une dimension religieuse et éthique, une dimension juridique intrinsèque : elle est « le principe

⁷⁸ Jean-Paul Durand, Olivier Echappe, Jacques Vernay et Mgr Patrick Valdrini, *Droit canonique*, 2^e édition, Paris : Dalloz, 1999, p.20-21

⁷⁹ Jean Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, op.cit., p.626

⁸⁰ S'il existe d'autres tendances du chiisme, le chiisme duoédécimain sera désigné pour plus de facilités comme étant le « chiisme ».

⁸¹ Cette position historique évolua dans le chiisme avec l'usulisme.

⁸² Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2012, p.7

organisateur de la société dans sa globalité »⁸³ organisant la vie individuelle mais aussi collective grâce au droit. Ses sources sont le Coran et la Sunna c'est-à-dire l'ensemble fixé par les hadiths, des paroles et des actes du Prophète. Évidemment, au fil des siècles, les traditions prophétiques se sont accumulées et l'une des grandes problématiques des théologiens musulmans et notamment sunnites, a été de fixer l'orthodoxie en la matière. Seuls les hadiths authentiques à l'instar du Coran peuvent être considérés comme une source infaillible et authentique⁸⁴. Pour cela, les juristes-théologiens trient les hadiths en fonction de l'existence du nombre et de la qualité des rapporteurs, distinguant la *Sunna Moutawatir* (consécutive) qui « est rapporté par une chaîne ininterrompue de rapporteurs »⁸⁵ et qui a la même valeur que le Coran à la *Sunna Ahad* (isolé) dont la valeur est contestée par les différentes écoles – les *fuqahâ*⁸⁶. Coran et Sunna sont complétés par une troisième source, le *fiqh*⁸⁷ qui est la « science par laquelle on extrait les dispositions juridiques de leurs sources principales et détaillées »⁸⁸. Par définition, le monde évoluant, les règles issues du Coran et de la Sunna peuvent paraître inadaptées aux nouvelles questions juridiques : il faut donc les réactualiser en interprétant les textes, en s'appuyant sur des méthodes souvent issues de la tradition hellénique⁸⁹ comme le raisonnement analogique – le *Qiyas* -, le consensus – l'*Ijima* – ou la présomption de continuité - l'*Al-istishab*. Méthodes extrêmement sophistiquées et conceptualisées qui donnent lieu à des débats juridiques et théologiques considérables et révèlent la nature profonde du droit islamique qui est d'être un droit essentiellement doctrinal⁹⁰ développé par des juristes-théologiens⁹¹ et un droit s'appuyant sur des discussions épistémologiques complexes. Le résultat de ces discussions est l'émergence d'un droit pénal, d'un droit des personnes ou de la famille dans la *shari'a*⁹² qui fait l'objet de sanctions immanentes et socialement organisées incluant notamment le *diya* c'est-à-dire le dédommagement prévu dans le Coran et visant à substituer à une justice privée fondée sur la vengeance physiques, une justice indemnisant les victimes⁹³.

⁸³ Mustapha Al-Zarqua cité par Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2012, p.7-8

⁸⁴ Cheik Mohamed Nokkari, « Les sources du droit musulman dans les écoles jurisprudentielles » in *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris : Société de législation comparée, 2007, p.191

⁸⁵ *Idem*

⁸⁶ *Idem*

⁸⁷ Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, op.cit., 2012, p.7

⁸⁸ Cheik Mohamed Nokkari, « Les sources du droit musulman dans les écoles jurisprudentielles » in *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris : Société de législation comparée, 2007, p.188

⁸⁹ Mohamed Hamouda, « Heurts et bon-heur de la pensée juridique en droit musulman – Voyage à travers les sources du droit musulman » in *Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, p.183

⁹⁰ Hervé Bleuchot, *Droit musulman : essai d'approche anthropologique – Tome 2 : fondements, cultes, droit public et mixte*, Aix-en-Provence : P.U. Aix-en-Provence, 2003, p.479

⁹¹ Mohamed Hamouda, « Heurts et bon-heur de la pensée juridique en droit musulman – Voyage à travers les sources du droit musulman » in *Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, p.184

⁹² Voir pour une présentation positive, Hervé Bleuchot, *Droit musulman : essai d'approche anthropologique – Tome 2 : fondements, cultes, droit public et mixte*, op.cit., p.485 et suiv.

⁹³ Voir à ce sujet, l'étude particulièrement éclairante Ali Kazemi-Rached, *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Genève : Droz, 1990, 148 pages

Le Coran, texte révélé à Muhammad au début du VII^e siècle, en dehors de tout contexte étatique, est à l'évidence une source de droit non-étatique. La Sunna et le *fiqh* sont plus difficiles à appréhender dans la mesure où les relations entre États et clercs notamment dans le chiisme ont évolué jusqu'à la figure de l'État islamique issu de la Révolution de 1979. Mais la doctrine jurisprudentielle des musulmans n'est pas confondue par une majorité de juristes, avec le droit étatique, droit étatique qui peut même être en opposition avec la *shari'a*. Ainsi, la *shari'a* est-elle conçue comme un droit distinct du droit étatique⁹⁴, comme un droit doctrinal produit par des hommes de lois, des juristes privés⁹⁵, des juristes-théologiens appartenant à des écoles jurisprudentielles en principe non rattachées à l'État, même si ce principe a subi de nombreuses évolutions dans la période récente.

Droit divin et doctrinal, le droit musulman est donc un droit dont la source n'est pas l'État. La situation est la même pour le droit hébraïque ou le droit hindou, produits par des communautés de sachants, rabbins ou brahmanes.

b. Les droits à la marge des États

D'autres systèmes de droit peuvent être qualifiés de transnationaux, ceux des sociétés vivant à la marge de la sphère étatique. Max Weber considérait ainsi le droit des mafias comme un droit extra-étatique. A titre liminaire, il faut noter que l'étude des mafias comporte un biais épistémologique majeur : par définition, la connaissance que nous avons d'elles n'est qu'indirecte puisque c'est seulement par le biais des enquêtes judiciaires et des témoignages des repentis que l'on peut les appréhender. Cependant, certains points peuvent être précisés notamment à propos des mafias du sud de l'Italie qui sont les mieux connues. Dès 1838, le procureur général de Trapani soulignait que « ces groupes criminels constituaient de "petits gouvernements dans le gouvernement" »⁹⁶ pointant la faculté de ces groupes à s'extraire et à s'opposer à la sphère étatique. Sur le plan normatif, le résultat de cette situation fut la création de codes de lois dont le plus ancien exemple connu, le *Frieno de la Società dell'Umirtà* date de 1842⁹⁷. D'autres codes furent découverts dont l'un rédigé en 1902 porte un titre particulièrement évocateur : « Statut de la pègre de Catanzaro (*Statuto della malavita catanzarese*) »⁹⁸ Or, le statut initialement renvoie à la règle de

⁹⁴ L'empire ottoman – sunnite - par exemple, distinguait la *shari'a* qui appartenait aux docteurs de la loi et les règles impériales, le *qanun* (Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2e édition, Paris : L.G.D.J., 2011, p.350 et suiv.)

⁹⁵ Ann Black, Hossein Esmaeili et Nadirsyah Hosen, *Modern perspectives of Islamic law*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing Ltd 2013, p.xi

⁹⁶ Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, *op.cit.*, p.40

⁹⁷ *Ibid.*, p.360

⁹⁸ *Ibid.*, p.109

la communauté, à la constitution du groupe : ainsi, le Statut est-il la loi constitutionnelle du Royaume de Sardaigne puis d'Italie⁹⁹. L'emploi de ce terme dans le contexte italien affirme l'existence d'une règle organisant une communauté contre l'État. De plus, ces règles sont protégées par des sanctions socialement organisées avec des tribunaux rudimentaires : ces sanctions appelées *vendetta* étaient cruellement immanentes conduisant souvent à l'exécution du membre déviant¹⁰⁰. Ainsi, les « infâmes », ceux qui avaient parlé aux autorités judiciaires, étaient-ils tués et leurs cadavres laissés sur la place publique, avec leurs parties génitales dans la bouche. La cruauté et l'illégalité de ces pratiques n'ôtent pas à ces codes, leur nature juridique : il s'agit bien de droits – Kelsen, Weber, Romano ou Kojève admettant parfaitement le caractère juridique de la règle des bandes de voleurs - produit *ex hypothesis*, de façon autonome par rapport à l'État qui les condamnait. Identifier alors la source formelle de ces droits est complexe. S'agit-il des *capi*, ces chefs de famille fragmentées et rivales, d'un conseil des *capi*, voire d'un *capo di tutti capi*, sorte de généralissime quasiment légendaire qui unirait les mafias¹⁰¹ ? L'accès à ces informations étant très parcellaire, une réponse satisfaisante est impossible et elle n'est pas nécessaire : la seule existence d'un droit dans une organisation considérée comme illégale par l'État suffit à établir l'autonomie formelle du pouvoir normatif qui l'a établi.

Ce modèle de droit mafieux se retrouve dans d'autres organisations criminelles telle que la mafia albanaise soumise à un code particulier, le *kanùn*¹⁰². Avant l'arrivée de l'empire Ottoman dans les montagnes albanaises, les seigneurs locaux ont codifié les règles coutumières locales¹⁰³. Lorsque le Turc a conquis cette région, il l'a soumise à la *shari'a* tout en tolérant le maintien de ces règles locales qu'il ne parvint pas à supprimer : elles furent appelées *kanùn*¹⁰⁴. Plusieurs variantes de ce code existe, le plus important étant celui de Lek Dukagjin – héros albanais qui combattit avec l'aide de la République de Venise, l'envahisseur ottoman - qui se développa des montagnes de Lezhë jusqu'au Kosovo¹⁰⁵. Ces règles extrêmement violentes sont structurées autour du *gjakmarrja*, la reprise par le sang : à un meurtre doit répondre un meurtre formalisé. Le *gjakmarrja*

⁹⁹ « Statut » in Alfred Mézières (dir.), *Encyclopédie universelle du Xxe siècle. Tome XI*, Paris : Librairie nationale, 1908, p.532

¹⁰⁰ Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, op.cit., p.75

¹⁰¹ *Ibid.*, p.75

¹⁰² *Ibid.*, p.183

¹⁰³ Margaret Hasluck, *The unwritten law in Albania*, Cambridge : University Press, 1954, p.14

¹⁰⁴ Le terme « kanùn » a une histoire particulière. Le mot grec « κανών » signifiant règle et qui est à l'origine, du terme français « canon », est passé dans l'arabe sous la forme « qanûn » que l'on retrouve dans le titre du livre d'Avicenne, le *Kitab Al Qanûn fi Al-Tibb* c'est-à-dire le Livre de la loi concernant la médecine. Pour les juristes arabes et notamment dans l'empire ottoman, le *qanûn* a désigné les règles produites par l'administration impériales par opposition à la *shari'a* produite par la doctrine. Lorsque l'empire envahit les régions albanaises et kosovares, l'administration utilisa naturellement le terme *qanûn* pour désigner les règles qu'elle laissait en vigueur avec la *shari'a*. Les populations locales reprirent alors ce terme pour désigner ces codes anciens (Margaret Hasluck, *The unwritten law in Albania*, op.cit., p.14)

¹⁰⁵ Aa. Vv, « Le Kanun et la vendetta en Albanie – Retranscription de la rencontre entre les parlementaires albanais et le Sénat français », *Le courrier des Balkans*, mise en ligne le 13 février 2003 [En ligne] <http://balkans.courriers.info/article2784.html> [Consulté le 5 juillet 2014]

est précédé d'une annonce, d'une trêve puis l'assassin doit participer aux obsèques et aux repas en l'honneur de sa victime. Enfin, une négociation visant à fixer une compensation financière et une cérémonie d'échange de sang dans la maison de l'assassin closent le processus¹⁰⁶. Autour de cette sanction du meurtre, d'autres pratiques comme les familles cloîtrées ou l'enlèvement d'enfants viennent sanctionner d'autres délits, structurant le groupe autour de la soumission au père, au mari et au clan. Il s'agit donc d'un droit très sommaire, proche de la loi du talion mais qui n'en demeure pas moins un droit pénal puisqu'il s'agit d'une sanction immanente et socialement organisée¹⁰⁷. Ce code sanglant a été repris par les groupes criminels albanais et notamment, les mafias au Xxe siècles, groupes qui apparaissent comme un véritable pouvoir normatif à l'instar des mafias italiennes : le *kanùn* ancien n'est ici qu'une source matérielle, la source formelle de ce droit étant bien ces organisations criminelles qui érigèrent ces règles en code d'honneurs¹⁰⁸.

D'autres groupes sociaux se sont donnés des règles à la marge de l'État. C'est le cas des coutumes communautaires établies au sein de tribus, ethnies ou nations coutumières. Cette catégorie a été longuement étudiée par l'anthropologie juridique notamment dans deux contextes qui peuvent retenir l'attention. En Afrique d'abord où le dessin des frontières étatiques postcoloniales ne correspond pas nécessairement à la répartition des tribus et ethnies. Dans cette situation, si les ethnies possèdent des coutumes, les individus sont soumis à deux corps de règles : celles de leur État et celles de leurs ethnies qui sont alors distinctes des droits étatiques. De la même façon, l'Amérique du Sud est riche d'exemples où survivent deux niveaux d'organisation sociale : communautaire et étatique. Se focaliser sur l'une de ces deux régions facilitera le raisonnement. Or, le cas africain en raison notamment des mouvements de décolonisation puis d'instabilité régionale, est bien plus complexe que la situation sud-américaine. Dès lors, il paraît judicieux de se concentrer sur les coutumes sud-américaines.

Les coutumes ethniques sont une production juridique répondant aux critères de la sanction immanente et socialement organisée. En effet, de nombreux types de sanctions existent, variant en fonction des groupes étudiées mais souvent immanentes et socialement organisées : il n'est pas rare par exemple, que la sanction consiste à s'en prendre aux biens du coupables. Droit sanctionné, la coutume est un phénomène particulier en ce qu'elle est « enfantée par le temps »¹⁰⁹. Elle est alors acceptée par le groupe qu'elle soumet¹¹⁰ en raison de cette inscription dans un passé immémorial voire mythique : les Wayana du bouclier guyanais « entretiennent leur rapport au passé sur le mode

¹⁰⁶ *Idem*

¹⁰⁷ *Idem*

¹⁰⁸ Le *kanùn* est aussi appliqué en dehors du cadre criminel, le phénomène se rapprochant alors des droits coutumiers.

¹⁰⁹ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V République*, Paris : Flammarion, 2006, p.26

¹¹⁰ Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir, et la science au service du droit*, 4^e édition, Paris : Montchrestien, 2006, p.25

du mythe »¹¹¹ et voient dans la pacification d'une guerre immémoriale lors d'une assemblée, l'origine de leurs règles¹¹². Sa source est alors complexe à définir, les mémoires regorgeant de phénomènes distincts : législateur légendaire, dieux ayant donné les lois ou simplement, oubli de l'origine de la règle. Peut-être est-il alors plus juste de fixer la source de ces règles dans l'imaginaire collectif et dans la certitude du caractère obligatoire de la règle¹¹³.

Ce qui compte ici est que cette source soit non-étatique. En effet, cette mémoire et cette croyance appartiennent à des collectivités qui ne sont pas étatiques : les tribus ou ethnies sud-américaines ici considérées, ne se confondent pas avec un État ; il s'agit de systèmes sociaux indépendants des États et donc d'une production normative elle aussi indépendante. Cette indépendance apparaîtra particulièrement lorsqu'il s'agira d'analyser le champ d'application de ces coutumes viscéralement transnationales.

c. Des droits inadaptés à la sphère étatique

Par ailleurs, dans certains cas, la sphère étatique peut être inadaptée pour contrôler certaines activités. Dans ce cas, d'autres organismes prendront le relais pouvant avoir des statuts en droit interne. C'est le cas de *lex sportiva* qui regroupe l'ensemble des droits produits par des organisations sportives pour encadrer les compétitions : il s'agit des organisations sportives régionales – comme l'Union européenne des associations de football (UEFA) avec par exemple, le règlement de la Ligue des Champions¹¹⁴ – ou internationales – comme la Fédération internationale de football association (FIFA) ou le Comité international olympique (CIO) dont l'activité est encadrée par la Charte du Mouvement olympique¹¹⁵. L'Agence Mondiale Antidopage (AMA) est quant à elle dans une situation particulière. Certes, elle a écrit un Code mondial antidopage¹¹⁶ mais ce code n'a pas en soi de valeur juridique. Sa valeur juridique n'apparaît que lorsqu'il est formellement repris par d'autres organisations sportives : c'est le cas par exemple pour le CIO, puisque l'article 43 de la Charte du Mouvement olympique prévoit que « le Code mondial

¹¹¹ Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.175

¹¹² Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.174

¹¹³ A l'instar de la coutume en droit international (Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, op.cit.*, p.67)

¹¹⁴ Règlement de l'UEFA Champion's league – Cycle 2012-2015 – Saison 2013/2014 [En ligne] http://fr.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Regulations/competitions/Regulations/01/94/62/37/1946237_DOWNLOAD.pdf [Consulté le 15 juin 2014]

¹¹⁵ Charte du Mouvement olympique, adopté le 9 septembre 2013 [En ligne] http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf [Consulté le 20 juillet 2014] Le texte original fut adopté par le Comité international olympique en 1909, en reprenant les règles écrites par Pierre de Coubertin en 1899.

¹¹⁶ Code mondial antidopage adopté le 17 novembre 2007 [En ligne] http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf [Consulté le 20 juillet 2014]

antidopage est obligatoire pour l'ensemble du Mouvement olympique ». Dans ce cas, l'AMA n'est qu'une source matérielle, le CIO étant ici, la source formelle. Sur le plan procédural, l'activité du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) créée en 1984 pour régler les litiges dans les compétitions sportives, est encadrée par un statut et un règlement produit par le Comité international arbitral du sport (CIAS)¹¹⁷. Il s'agit donc de droits produits par des organisations privées de façon autonome par rapport aux États. Ce droit particulier a été longuement analysé par la thèse du professeur Latty¹¹⁸ : malgré le fait que ces associations aient des statuts en droit interne – la FIFA est une association de droit suisse par exemple –, leurs pouvoirs normatifs doivent être considérés comme indépendants de l'État. D'autres exemples de ces situations où des entités produisent un droit dont la source n'est pas l'État bien qu'elles possèdent un statut en droit interne, peuvent être trouvés. C'est le cas par exemple du droit de l'ICANN¹¹⁹ ainsi que de la *lex mercatoria*. Il apparaîtra alors que ce statut en droit interne n'a pas d'importance. L'autonomie du pouvoir normatif vis-à-vis de l'État signifie simplement que l'existence et la concrétisation du pouvoir normatif doivent être indépendantes de l'État, l'autonomie statutaire n'étant qu'un indice de cette autonomie normative.

L'ICANN est une association de droit californien créée en 1999 « ayant reçu pour mission d'effectuer la coordination technique des ressources fondamentales d'Internet, tout particulièrement les noms de domaine »¹²⁰. L'ICANN attribue notamment les noms de domaines et établit ainsi des règles pour cette attribution qui doivent être respectées. En cas de non-respect, des sanctions sont prévues : des administrateurs de réseaux – américains ou étrangers – refusant de respecter les règles de l'ICANN peuvent se voir bannir du réseau par le jeu du refus de nom de domaine¹²¹. Les règles produites par l'ICANN, nécessaires pour structurer l'accès à Internet mais inadaptées à la sphère étatique, Internet étant conçu comme un espace de liberté sans État¹²², sont des droits produits par un organisme privé. Plus précisément, une association de droit californien¹²³. La situation semble alors similaire à celle des ordres professionnels ou des règlements intérieurs des entreprises : des entités créées par l'État créent du droit et l'État apparaît alors comme la source du droit en

¹¹⁷ Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport [En ligne] [http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4960/5048/0/Code20201320corrections20finales20\(fr\).pdf](http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4960/5048/0/Code20201320corrections20finales20(fr).pdf) [Consulté le 6 juillet 2014]

¹¹⁸ Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, *op.cit.*

¹¹⁹ D'autres sources de normes pourraient être étudiées notamment celles produites par les entreprises de l'Internet qui adoptent des normes à l'égard de leurs usagés (Franck Latty, « La diversité des sources du droit de l'Internet » in *Internet et le droit international*, Paris : Édition Pedone, 2014, p.59-60) mais le caractère transnational de ces normes pourrait être mise en cause tandis que celui de l'ICANN est clairement ancré dans la littérature. Il semble donc plus prudent de se contenter du droit de l'ICANN.

¹²⁰ Hans Klein, « La gouvernance d'Internet », *Les cahiers du numérique*, 2002, n°2, vol.3, p.95

¹²¹ *Ibid.*, p.124

¹²² Jean-Pierre Chamoux, « Internet : vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et *lex mercatoria* », in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p.283

¹²³ Françoise Massit-Folléa et Julien Nocetti, « Internet se cherche une gouvernance », *Le Monde*, le 23 avril 2014, [En ligne] http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/04/23/Internet-se-cherche-une-gouvernance_4405426_3232.html [Consulté le 4 juillet 2014]

question. Ce lien entre l'État et l'ICANN est d'autant plus important que l'ICANN a été créé suite à une directive du département du commerce américain et qu'un mémorandum de ce Département du 31 décembre 1999 fixe les différentes missions qui lui sont assignées¹²⁴. Pour autant, plusieurs éléments permettent de voir l'ICANN comme la source d'un droit transnational à l'instar des professeurs Calliess et Zumbansen. D'abord, le mémorandum a pris fin le 30 septembre 2009¹²⁵ et les États-Unis ont renoncé en 2014 à contrôler le DNS racine¹²⁶ : ce terme technique implique une prise de distance considérable des États-Unis face à l'ICANN puisqu'il confie à l'ICANN, la gestion totale du cœur névralgique du réseau. Ensuite, l'ICANN en tant qu'organisme privé dispose d'une réelle autonomie juridique et financière vis-à-vis des États américains ou californiens. Enfin, le Conseil d'administration de l'ICANN qui prend les décisions les plus importantes notamment sur le plan normatif, ne se limite pas aux États-Unis mais intègre aussi de nombreux membres de la société civile¹²⁷ selon le modèle du *multi-stakeholder* et la pratique des débats ouverts multipartites confirment cette tendance. S'il y a donc eu une soumission originelle de l'ICANN, l'autonomisation progressive de cette organisation permet de la considérer comme étant désormais une source non-étatique, et ce d'autant plus qu'il semble que l'évolution de l'ICANN tende vers une privatisation de plus en plus poussée¹²⁸.

Pour la *lex mercatoria*, la situation est identique à celle de l'ICANN. En effet, la question des sources de la *lex mercatoria* est présentée de plusieurs manières mais globalement, le pouvoir normatif est placé entre les mains de la société des marchands. De multiples sources matérielles existent : les principes généraux du droit des contrats, les principes UNIDROIT produits par un institut privé¹²⁹, le droit comparé¹³⁰, etc. Mais *in fine*, ce qui ferait le fondement de la *lex mercatoria* est l'existence d'un consensus entre les différents acteurs économiques mondiaux sur les

¹²⁴ Mémorandum of understanding between the U.S Department of Commerce and Internet Corporation for Assigned Names and Numbers du 31 décembre 1999 [En ligne] <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/icann-mou-1998-11-25-en> [Consulté le 13 février 2014]

¹²⁵ [En ligne] <http://www.ntia.doc.gov/category/icann> [Consulté le 13 février 2014]

¹²⁶ Céline Bada, « Gouvernance d'Internet : Le gouvernement des États-Unis décide d'émanciper l'ICANN de sa tutelle », *Sentinelle*, n°384, 2014 [En ligne] http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2014/20140323_bull_384/bulletin_sentinelle_384.php#735 [Consulté le 1^{er} avril 2014]

¹²⁷ Voir sur ce point, ICANN, *Le guide d'initiation à l'ICANN*, 2013 [En ligne] <https://www.icann.org/en/system/files/files/participating-08nov13-fr.pdf> [Consulté le 4 juillet 2013]

¹²⁸ Cependant, les discussions actuelles sur la gouvernance d'Internet tournant autour de trois hypothèses – retour à des rapports interétatiques défendus par la Russie et la Chine, contrôle par l'ONU de la gouvernance d'Internet et privatisation complète défendue par les États-Unis et l'Union européenne – montrent que cette transnationalité de l'ICANN est fragile.

¹²⁹ Bien que Pierre Mayer considère qu'il s'agit de sources authentiques du droit transnational (Pierre Mayer, « Principe Unidroit et *lex mercatoria* », in Philippe Fouchard et Louis Vogel, *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris : Edition Panthéon-Assas, 2004, p.31-36), il ne s'agit que de sources matérielles.

¹³⁰ Eric Loquin, « Où en est la *Lex mercatoria* » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.28 et suiv.

règles minimales à suivre, sur les règles les plus adaptées au commerce international¹³¹. Les États ayant produit peu de règles pour encadrer la vie économique internationale, les acteurs ont pris le relais pour produire leurs propres règles.

Cette présentation dogmatique doit faire face à plusieurs critiques. La première d'entre elles consiste à relever que l'existence d'un consensus entre des acteurs économiques par hypothèse, concurrents est impossible : comment se mettre d'accord sur des règles communes avec son rival¹³² ? Des auteurs comme le professeur Lagarde ont ainsi douté de l'existence d'une *societas mercatorum*¹³³. Un moyen d'éviter ce problème consiste à ne pas étudier une *lex mercatoria* générale mais des lois sectorielles. Ont pu être visées des *lex mercatoria* financières, monétaires, bancaires, dans le domaine pétrolier ou de la construction, voire des règles régionales avec une *lex mercatoria mediterranea* qui émergerait dans le cadre de l'Union pour la Méditerranée¹³⁴. Un consensus sectoriel est alors plus probable dans la mesure où malgré la rivalité, le faible nombre d'opérateurs économiques peut rendre plus facile un rapprochement. Une telle approche permet aussi de répondre à la deuxième série de critiques : son inutilité. Une partie de la doctrine soutient en effet, que la *lex mercatoria* se résume à des règles si générales telles que *pacta sunt servanda* ou *rebus sic santibus*¹³⁵, que l'on n'en voit guère son utilité¹³⁶. Si certains auteurs ont pu essayer de montrer l'existence d'un droit complet et précis valant pour tous les secteurs économiques¹³⁷, en pratique, dans un secteur particulier, il est plus simple d'établir des règles concrètes liées à des problèmes spécifiques.

Dans tous les cas, *lex mercatoria* générale ou sectorielle, la source formelle de ce droit est le consensus entre les opérateurs économiques pour considérer ces règles comme obligatoires selon une logique finalement, proche de la coutume interétatique avec la répétition de la règle et l'*opinio*

¹³¹ *Ibid.*, p.26

¹³² Eric Loquin et Laurence Rabillon, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé » in Catherine Kessedjian et Eric Loquin, *La mondialisation du droit*, Paris : Litec, 2000, p.118 et p.123 et Philippe Khan, « La *lex mercatoria* et son destin », in Philippe Fouchard et Louis Vogel, *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris : Edition Panthéon-Assas, 2004, p.26 et suiv.

¹³³ Paul Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.137

¹³⁴ Sur ce point, voir Louis Marquis, « *Lex mercatoria* et pluralisme normatif : vers un renouvellement ? », in Filali Osman (dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea - Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p.55-72

¹³⁵ Antoine Leduc, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », *Revue juridique Thémis*, vol.35, n°1 et 2, 2001, p.438

¹³⁶ Lord Michael Mustill souligne ainsi que les hypothèses dans lesquelles la *lex mercatoria* s'applique sont limités (Lord Michaël Mustill, « The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Arbitration International*, vol.4, n°2, 1988, p.98)

¹³⁷ La thèse de Simon Hotte tend ainsi à prouver l'existence d'un droit transnational de la rupture du contrat international (Simon Hotte, *La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Paris : Defrénois, 2007, 476 pages)

juris c'est-à-dire la croyance en son caractère obligatoire¹³⁸. Certes, beaucoup d'auteurs ont mis en valeur l'importance des arbitres des litiges transnationaux pour l'élaboration de ce droit transnational¹³⁹. Mais ils ne sauraient être considérés comme étant la source formelle du droit mercatique. En effet, ces arbitres voient leurs pouvoirs juridictionnels attribués par une source extérieure : soit ils sont créés *ad hoc* par une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire ; soit ils préexistent à ces accords – avec le Centre international de règlement des différends sur l'investissement (CIRDI). Mais dans tous les cas, ce sont les accords qui attribuent à ces conventions, le litige. Or, ces accords déterminent le droit applicable par l'arbitre en choisissant la *lex mercatoria*, à charge pour l'arbitre de déterminer le contenu de ce droit mercatique. Dès lors, ces accords entre les parties sont la source du pouvoir juridictionnel et du pouvoir normatif des arbitres qui ne peuvent par exemple, appliquer la *lex mercatoria* que parce que les parties aux litiges l'ont accepté. Donc, si les arbitres sont un élément essentiel du processus de création de la *lex mercatoria*, ils ne sont pas ultimement la source du droit mercatique.

D'autres auteurs ont mis en avant l'importance des codes privés, ces corpus élaborés par des organismes privés visant à créer un droit commun au commerce international. Mais ces corpus n'ont de valeurs effectives que parce que les États ou les opérateurs économiques dans leurs contrats, décident de s'y référer¹⁴⁰. En somme, le pouvoir formel de création de la norme appartient aux États ou aux opérateurs économiques : ces instituts ne sont que des sources matérielles. Dès lors, il apparaît que seule l'idée d'une coutume issue de la pratique des opérateurs économiques est susceptible de permettre d'identifier une source non-étatique de la *lex mercatoria*.

La doctrine n'est pas unanime et d'autres lectures de la *lex mercatoria* existent. A l'opposé de Berthold Goldman, un auteur comme Clive Schmitthoff a pu considérer que cette coutume n'existait pas et que le seul droit commun du commerce international était celui issu des conventions d'harmonisations des lois nationales¹⁴¹ tandis que la thèse du professeur de Ly l'a amené en s'appuyant sur les travaux de Schmitthoff à conclure que *in fine*, la *lex mercatoria* n'était qu'une branche du droit national s'appliquant à des aspects transnationaux¹⁴². Au sein de la doctrine mercatiste, il y a donc des clivages et considérer que la coutume des opérateurs économiques est

¹³⁸Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, op.cit.*, p.66

¹³⁹ Par exemple, Mathias Forteau, « L'ordre public « transnational » ou « réellement international ». - L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, Janvier 2011, 35 pages, [En ligne] http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/01-2011/001_PS_JDI_JDI1101ET00001.htm [Consulté le 29 septembre 2013], Simon Hotte, *La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Paris : Editions Defrenois, 2007, p.9

¹⁴⁰ Gérard Farjat, « Réflexions sur les codes de conduites privées » in Philippe Fouchard, Philippe Khan et Antoine Lyon-Caen, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982, p.58 et suiv.

¹⁴¹ Filip De Ly, *International Business Law and Lex mercatoria*, Amsterdam, Elsevier Science Ltd, 1992, p.37

¹⁴² *Ibid.*, p.258

une source de droit n'est qu'une théorie parmi d'autres qui font de la *lex mercatoria*, un droit issu de conventions internationales (Schmitthoff) donc international ou des droits nationaux (de Ly).

Mais si cette théorie est admise, alors le fait que ces opérateurs économiques aient un statut en droit interne – celui de sociétés anonymes le plus souvent – n'a pas d'incidences sur leurs statuts de sources du droit dans la mesure où leurs statuts internes n'encadrent ni l'existence ni la concrétisation de leurs pouvoirs normatifs : il y a une autonomie de leurs pouvoirs normatifs qui ne sont pas soumis à l'État, permettant de considérer la *lex mercatoria* comme un droit transnational potentiel¹⁴³. Par ailleurs, au vue de l'exemple de l'ICANN et de la *lex mercatoria*, il est possible de préciser la notion d'autonomie du pouvoir normatif en précisant qu'il s'agit d'une autonomie quant à l'existence et à la concrétisation du pouvoir normatif sans que le statut de l'entité détenant ce pouvoir n'ait une incidence sur cette autonomie sachant cependant que l'autonomie du statut par rapport à la sphère étatique est un indice probant de l'autonomie du pouvoir.

Enfin, il faut s'intéresser à toute une série de droits qualifiés de transnationaux mais qui au titre de la définition retenue, ne sauraient être admis comme tels. En effet, certains auteurs utilisant la définition jessupienne qualifient de transnational, ce qui est du droit international. Il s'agit notamment d'hypothèses où le droit international encadre le comportement de personnes privées en fixant certaines obligations. Ainsi a-t-il pu être évoqué un droit transnational pénal¹⁴⁴ ou environnemental¹⁴⁵ en raison de l'existence de normes internationales s'appliquant aux personnes privées. Le droit de l'investissement fixé par des TBI et la convention CIRDI pour ses aspects procéduraux, ne saurait non plus être qualifié de droit transnational même si les expressions de « contrats transnationaux » ou d'« arbitrages transnationaux » font légions. *Idem* pour le droit social produit par l'Organisation internationale du travail (OIT). Même si les normes produites le sont au sein de réunions tripartites – employeurs/employés/États -, l'existence du pouvoir normatif de l'OIT est due au traité de Versailles qui a créé l'organisation et désormais, à la Charte des Nations Unies dans la mesure où l'OIT est une agence spécialisée des Nations Unies : le pouvoir normatif est donc ici produit par des accords interétatiques qui ont sciemment créé cette organisation dans ce but. Dès lors, il s'agit de droit international¹⁴⁶. Dernier exemple très marginal : le droit anglais fait du Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine, l'organe d'appel contre les décisions des Cours de certains

¹⁴³ D'autres critiques sont faites contre la *lex mercatoria*, visant à en nier l'existence. Mais cette critique ne se fait pas au stade des sources du droit mais au stade de l'indépendance des normes produites par rapport à l'ordre juridique étatique et donc, à l'indépendance de l'ordre juridique mercatique. Dès lors, ces critiques seront étudiées ensuite.

¹⁴⁴ Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 301 pages

¹⁴⁵ Peter H. Sand, *Transnational environmental law : lessons in global change*, Boston/La Haye : Kluwer Law International, 1999, 385 pages

¹⁴⁶ Maurice Flory, « Pour un droit social international » in *Humanité et droit international – Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris : Édition Pedone, 1991, p.149-157

pays du Commonwealth¹⁴⁷. Si le droit transnational était analysé – comme le fait une partie de la doctrine – comme le droit encadrant les relations entre des personnes privées et un État étranger, alors cette branche spécifique du droit anglais devrait être qualifiée de droit transnational. Au contraire, selon la définition retenue, ce droit a pour source l'État anglais et est donc, un droit étatique malgré une application à des non-nationaux.

Au terme de ces exemples, tous les cas de droits transnationaux n'ont probablement pas été relevés mais le but de cette approche n'était pas l'exhaustivité. Il s'agissait de présenter la variété des hypothèses pouvant appartenir à cette catégorie trop souvent ramenée à la seule *lex mercatoria*. Les droits transnationaux sont variés : des droits religieux aux droits mercatiques – généraux ou sectoriels – en passant par la *lex sportiva*, le droit des organisations criminelles comme les mafias, de l'ICANN ou encore les coutumes communautaires. Au contraire, certains droits qualifiés de transnationaux n'en sont pas : c'est le cas notamment du droit de l'investissement en ce qu'il est régi par les TBI et la convention CIRDI. Cependant, un autre élément de la définition doit être respecté : le champ d'application de ces droits ne doit pas être dépendant de l'État. Élément implicite, rarement questionné, ce point a cependant des conséquences importantes.

¹⁴⁷ Aujourd'hui, il ne reste pour l'essentiel que des pays caribéens. Mais ce fut le cas jusqu'en 1933 pour le Canada qui profita du Statut de Westminster accordant la souveraineté complète aux dominions de l'Empire britannique, pour abolir ces appels en matière pénale et les transférer à la Cour suprême canadienne. En matière civile, cela ne date que de 1949. L'Australie n'a aboli définitivement ce droit de faire appel devant le Conseil privé qu'en 1985, la Malaisie en 1978 pour la matière pénale et constitutionnelle et en 1985 pour la matière civile. Singapour l'a fait en 1994 et la Nouvelle-Zélande en 2004. C'est donc une réalité ancienne qui conserve une certaine actualité. Voir à ce sujet, Marcelli Czudnowski, *La nature juridique du Commonwealth britannique*, S.I, 1958, 210 pages et Albert K. Fladjoe, *Commonwealth Caribbean public law*, London : Cavendish Pub., 1999, 321 pages

Section 2. La déconnexion du champ d'application du droit transnational et de celui du droit étatique

Le champ d'application des droits transnationaux est un problème rarement envisagé. Le terme « transnational » semble annihiler toute velléité d'analyse : l'emploi de cette expression implique une dimension extra-étatique qui n'est pas interrogée ; il est simplement admis que le champ d'application du droit transnational doit dépasser le territoire étatique. Le professeur Verhoeven souligne ainsi que le droit transnational s'applique à « des espaces soustraits à l'emprise des États »¹⁴⁸ sans pour autant questionner la façon dont sont déterminés les espaces auxquels s'appliquent les droits transnationaux. Or, en réalité, ce champ d'application est capital à double titre. D'abord, parce qu'il est un élément de la définition des droits transnationaux qui permet de les distinguer d'autres phénomènes juridiques et d'isoler ainsi un concept précis et homogène. Ensuite parce que la compréhension de la nature de ces espaces permettra dans un second temps de mieux appréhender l'existence concrète de ces droits transnationaux.

Il apparaîtra qu'il doit y avoir une déconnexion entre l'État et le champ d'application des droits transnationaux. Le droit transnational peut alors réellement se détacher de l'État et constituer un droit ayant une emprise sur un espace sans État. Cela permettra de couvrir l'élément classique du champ d'application des droits transnationaux : le dépassement de l'État par les champs d'application des droits transnationaux (§1). Un cas particulier devra être considéré de façon indépendante : celui de la *shari'a* dans le cadre du chiisme. Ses évolutions depuis le XVIIIème siècle l'intégrèrent dans des cadres transnationaux, supra-constitutionnels et théocratiques. Ces différentes hypothèses liées par une source commune – la *shari'a* est toujours issue de la Révélation et de la réflexion des juristes – peuvent être distinguées par leurs champs d'application (§2).

§1. Le dépassement de l'État par les champs d'application des droits transnationaux

Le champ d'application d'un droit transnational doit dépasser l'État. Cela implique que l'application du droit en question, doit aller au-delà d'un État : elle ne doit pas s'appliquer qu'à ses nationaux ou qu'à son territoire.

La situation d'un droit non-étatique ne s'appliquant qu'aux nationaux ou au territoire d'un État peut être trouvée en Inde. Lorsque les empires britanniques, français et néerlandais s'emparèrent de terres indiennes, ils choisirent de laisser en vigueur les usages et coutumes de leurs

¹⁴⁸ Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000, p.14

castes. L'article 3 de l'arrêté du 6 janvier 1819 précise que « les Indiens, soit chrétiens, soit maures ou gentils, seront jugés comme par le passé, suivant les lois, usages et coutumes de leur caste »¹⁴⁹. Concrètement, les autorités locales laissaient les populations soumises à ces droits non-européens, être jugées par les assemblées de leurs castes¹⁵⁰. Il y avait donc en vigueur deux corps de règles - les règles européennes et les coutumes - et le second était un droit dont la source n'était pas l'État. En effet, si des textes réglementaires encadraient cette pratique, concrètement, ils constataient une situation de fait plutôt qu'ils ne l'autorisaient, le pouvoir normatif appartenant à ces communautés. Mais un problème survint rapidement : pour une partie de l'Inde, le droit local était partagé entre les coutumes tamoules¹⁵¹ et les lois brahmaniques. Ces deux corps de règles pouvaient se contredire¹⁵² à tel point que les juristes de Madras refusèrent d'appliquer les lois brahmaniques en considérant que « *la loi des Smritis [variante des lois brahmaniques] n'a jamais été, si ce n'est avec diverses modifications, la loi des peuples tamouls et ceux de même race.* »¹⁵³. Dans d'autres parties du pays tamoul, les solutions furent différentes. En 1707, dans un district de l'île de Ceylan, un conseil de notables codifia les coutumes dans un recueil appelé *Thessawaleme*¹⁵⁴, code toujours en vigueur à la fin du XIXe siècle, qui s'imposa comme la seule règle alternative à la norme européenne. Dans les territoires anglais, par contre, ce fut la règle brahmanique du dharma qui s'imposa¹⁵⁵. La situation était alors celle-ci : plusieurs corps de règles dont la source n'était pas l'État étaient appliqués en fonction de l'appartenance à une caste – il fallait être tamoul ou hindou – mais aussi en fonction, du fait d'être sous la juridiction de tel ou tel pays. Ces droits potentiellement transnationaux voyaient leurs champs d'application être dépendants des territoires étatiques. Les lois brahmaniques ou les coutumes tamoules ne peuvent dans cette situation, être considérées comme étant des droits transnationaux.

Un autre exemple de droit dont la source n'est pas l'État, appliqué dépendamment de l'État peut être trouvé dans l'Inde contemporaine. Le droit étatique ne régit pas le droit des personnes et notamment, de la famille qui va varier en fonction de l'appartenance religieuse des personnes. Par exemple, si un mariage n'est pas soumis spécifiquement au *Special Marriage Act* de 1954 le mariage sera soumis au droit hindou ou au droit musulman, essentiellement jurisprudentiels. Dans ce cadre, les droits religieux s'appliquent en raison de l'appartenance religieuse mais aussi de l'ordre étatique : le texte constitutionnel accorde cette liberté aux indiens et des possibilités au législateur

¹⁴⁹ Léon Sorg, *Introduction à l'étude du droit hindou*, Pondichéry : Imprimerie du Gouvernement, 1895, p.5

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.7

¹⁵¹ Le pays tamoul recouvre l'actuel État du Tamil Nadu dont la capitale est l'ancienne Madras à l'extrême sud de l'Inde et le Territoire de Pondichéry ainsi que le Sri Lanka.

¹⁵² Léon Sorg, *Introduction à l'étude du droit hindou*, *op.cit.*, p.17

¹⁵³ *Ibid.*, p.19

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.7

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.20 et Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco et Louis Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris : L.G.D.J., 2011, p.377

pour intervenir dans les affaires religieuses¹⁵⁶. Il n'est pas alors possible de parler de droit transnational puisque fondamentalement, ces droits religieux sont intégrés à l'ordre étatique qui prévoit un espace pour ces droits : les droits religieux sont autorisés et encadrés par l'État bien qu'il n'en soit pas sa source, maîtrisant ainsi son champ d'application. Il ne s'agit donc pas de droits en dehors de l'État mais de droits aux sources multiples cohabitant dans l'ordre étatique.

La province d'Aceh en Indonésie est enfin, un dernier exemple d'une telle situation. La guerre d'Aceh (1976-1999) a été provoquée entre autres, par la décision du gouvernement de supprimer les cours chariatiques. Pour arrêter ce conflit, le gouvernement décida de réintroduire dans cette province la *sharī'a* et de mettre en place une police de la *sharī'a*¹⁵⁷. La *sharī'a* dans cette hypothèse, ne s'applique donc que dans ce cadre infra-étatique.

Ces trois exemples très particuliers illustrent des hypothèses où des droits dont les sources ne sont pas l'État ne peuvent être considérés comme des droits transnationaux car en réalité, leur champ d'application est dépendant de l'État. Mais de nombreuses hypothèses contraires existent.

Ainsi, la *lex mercatoria* s'applique-t-elle à toute entreprise sans que la nationalité de celle-ci entre en ligne de compte : du point de vue procédural, Berthold Goldman a popularisé l'idée que les arbitres ont pour for, le monde¹⁵⁸. Point important : certains auteurs intègrent dans la *lex mercatoria*, le régime des contrats d'États. C'est le cas par exemple de la *lex petrolea*, l'une des *lex mercatoria* les plus actives puisqu'elle vient encadrer les contrats d'États visant à accorder à des opérateurs étrangers des concessions sur les réserves de pétrole, nationales¹⁵⁹. Une définition identifiant le droit transnational aux droits régissant les relations entre un État et un opérateur étranger a été exclue et il lui a été préféré une définition plus large. Cette définition élargie n'exclue pas *a priori*, une *lex mercatoria* régissant les contrats d'États et un tel droit mercatique peut exister à trois conditions cumulatives : d'abord, la *lex mercatoria* ne doit pas être issue de traités internationaux et si des traités peuvent régir ces matières – deux corps de règles peuvent régir la même matière –, certaines règles doivent être formellement issues de la coutume née de la pratique des opérateurs économiques ; la *lex mercatoria* régissant ces contrats d'États doit s'appliquer à tous les États sans distinctions, autres que celles fondées sur des critères objectifs ; enfin, la *lex*

¹⁵⁶ Voir notamment Charles H. Alexandrowiz, « La liberté religieuse dans la Constitution de l'Inde », *Revue internationale de droit comparé*, vol.16, n°2, 1964, p.319-330 et Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, *op.cit.*, p.419 et suiv.

¹⁵⁷ Aa.Vv, « La charia appliquée dans la province d'Aceh », *Courrier International*, 12 février 2014 [En ligne] <http://www.courrierinternational.com/article/2014/02/12/la-charia-appliquee-dans-la-province-d-aceh> [Consulté le 14 février 2014]

¹⁵⁸ Berthold Goldman, « Les conflits de loi dans l'arbitrage international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.109, 1963, p.347

¹⁵⁹ Scott Looper, Steven Otilar et Kim Talus, « *Lex Petrolea* and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government Contracts », *Journal of World Energy Law & Business*, vol.5, n°3, 2012, p.181-193

mercatoria doit s'appliquer aussi bien aux États qu'aux opérateurs économiques qui disposent d'un statut formel équivalent – dans le cas contraire, le droit produit serait d'origine étatique. Si ces conditions sont remplies, alors rien ne s'oppose à ce que la *lex mercatoria* c'est-à-dire un droit produit par la coutume économique internationale et non par les TBI, régisse cette matière particulière que sont les contrats d'États.

Les coutumes communautaires sont appliquées en principe – l'Inde a montré la possibilité d'exceptions – en fonction de l'appartenance à une ethnie, à une caste ou à une tribu¹⁶⁰. Or ces ethnies, tribus ou castes ne sont pas dépendantes de l'inscription dans une communauté étatique : au contraire, c'est une forme sociale qui se superpose aux communautés étatiques. Dans le bouclier guyanais, il existe quatorze tribus, chacune possédant son propre droit coutumier s'appliquant, aux membres de la tribu sans considération de la nationalité française, brésilienne, guyanienne ou surinamaïse des membres : ainsi, la population Wayana estimée à 1 500 personnes vit-elle majoritairement en Guyane tandis que le reste vit au Brésil sur le Paru – l'« origine » des Wayana – et l'autre au Surinam¹⁶¹ et l'ensemble de cette population est soumise à une même coutume, leurs nationalités ou leurs localisations étant indifférentes. Les coutumes apparaissent alors comme des droits transnationaux.

La *lex sportiva* n'est pas non plus une exception. L'article 1 du règlement de la Ligue des Champions de l'UEFA s'applique ainsi à tous les participants à la compétition sans considération de leurs nationalités. Le même constat peut être renouvelé pour la FIFA, le CIO ou sur le plan procédural, le statut du TAS : ce dernier prévoit à l'article R27 qu'il s'applique à tous les litiges que les parties ont décidé de soumettre au TAS.

Les droits internes des groupes criminels sont aussi appliqués sans considération liée à la nationalité ou aux territoires des activités criminelles. Ainsi, s'il est vrai que les mafias du sud de l'Italie ont eu du mal à s'implanter autre part que dans leurs terres d'origines, il existe ou a existé des extensions de ces mafias dans d'autres pays où leurs codes d'honneurs étaient appliqués¹⁶². La mafia calabraise, la *Ndrangheta* contrôlait ses succursales américaines depuis ses terres et une organisation mafieuse comme *Siderno group* avait des filiales au Canada ou en Nouvelle-Zélande et faisait appliquer depuis le petit village de Siderno, son code criminel¹⁶³. Même, la mafia sicilienne faisait exécuter par la *Cosa Nostra* américaine, les « infâmes » qui violaient son code et vivaient aux États-Unis et inversement. Qu'importe le territoire ou la nationalité, les organisations criminelles les plus structurées font respecter leurs règles odieuses. Le *kanùn* albanais est lui aussi

¹⁶⁰ Annie Rouhette, « Le rôle des coutumes dans le droit des personnes », *Annales de l'Université de Madagascar*, vol.2, 1965, p.47

¹⁶¹ Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.167

¹⁶² Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, *op.cit.*, p.314

¹⁶³ *Ibid.*, p.132

appliqué en dehors de tout lien avec l'État où demeure le « coupable » : la zone d'influence du *kanùn* de Dukagjin couvre l'Albanie et le Kosovo¹⁶⁴.

Enfin, le droit canon est l'exemple le plus explicite de cette distinction entre champ d'application et État. Le canon 11 du code de droit canonique de 1983 comporte une règle d'application générale en précisant que « sont tenus par les lois purement ecclésiastiques [c'est-à-dire les lois concernant spécifiquement la vie de l'Église par opposition notamment aux obligations morales] les baptisés dans l'Église catholique ou ceux qui y ont été reçus, qui jouissent de l'usage de la raison et qui, à moins d'une autre disposition expresse du droit, ont atteint l'âge de sept ans accomplis ». Cette règle définit un champ d'application *ratione personae* et les critères de cette définition sont anationaux : baptêmes, âge et usages de la raison ne sont pas liés à la nationalité. Il existe des lois particulières ayant un champ d'application *ratione loci* spécifique – mentionnées aux canons 12 et suivant – qui sont des lois territoriales mais ce territoire n'est pas là non plus nécessairement calqué sur les territoires étatiques. Ainsi, les Églises orientales c'est-à-dire les Églises catholiques soumises à l'évêque de Rome mais suivant des rites orientaux comme les coptes, les maronites, etc. sont soumis à un code particulier, le code des canons des Églises orientales de 1990 qui précisent notamment, des points importants concernant le droit liturgique. Or ce code s'applique à des Églises se trouvant dans plusieurs pays : l'Église maronite siège au Liban, l'Église copte en Égypte, l'Église chaldéenne en Irak, l'Église syriaque au Liban, etc. Le droit canonique est donc un droit dont l'application n'est pas dépendant de l'État.

L'un des critères de définition du droit transnational est donc d'avoir un champ d'application dépassant l'État. Le plus souvent, les droits identifiés comme étant des droits dont la source n'est pas l'État remplissent ce critère : c'est le cas de la *lex mercatoria*, du droit canonique, du droit des organisations criminelles ou de la *lex sportiva*. L'Inde et l'application des droits hindous et musulmans, montrent qu'il existe des exceptions. Mais un cas extrêmement complexe doit retenir l'attention : celui de la *shari'a* et de ses liens avec l'État, qui seront saisis au travers de l'exemple du chiisme. En effet, à partir d'une conception identique des sources de la *shari'a*, les ulémas la conçoivent sous une forme transnationale, supraconstitutionnelle ou théocratique.

¹⁶⁴Marjola Rukaj, « En Albanie et au Kosovo, des femmes qui deviennent des hommes », *Le courrier des Balkans*, mise en ligne le 29 mai 2007 [En ligne] <http://balkans.courriers.info/article8354.html> [Consulté le 5 juillet 2014]

§2. Le cas complexe des liens entre États et shari'a au travers de l'exemple du chiisme

En principe, la *shari'a* est applicable dans l'*umma* – ou *umma islamiyya* – c'est-à-dire la communauté des croyants¹⁶⁵ : le critère d'application est alors personnel et non, territorial, cette communauté politique n'ayant pas de frontières physiques. Or la difficulté – comme pour le christianisme – a consisté à articuler cette communauté spirituelle avec le pouvoir temporel. Dans la tradition sunnite, le Calife – littéralement, le *Khalifat Allah* c'est-à-dire le Député de Dieu sur Terre¹⁶⁶ – est le chef d'un État islamique¹⁶⁷ qui a vocation à être un État mondial¹⁶⁸. Le Calife produit alors la loi – en accord avec la volonté de Dieu et de son Prophète c'est-à-dire avec le Coran et la Sunna¹⁶⁹. La *shari'a* dans cette situation, est alors confondue avec le droit étatique de l'État islamique¹⁷⁰. En pratique, le califat a été aboli en 1924 et depuis, le sunnisme a développé des rapports très divers au droit étatique.

Le chiisme a lui connu pendant la période récente, une évolution particulièrement radicale à partir du XVIII^e siècle, qui modifia les rapports de la *shari'a* aux droits étatiques. Cette évolution plus marquée que dans le cadre du sunnisme, a vu la *shari'a* alterner entre ordre transnational, supranationalité et théocratie qu'il s'agit alors de distinguer, alternance qui a eu lieu malgré la constance de la conception des sources.

Selon la conception chiite, depuis la mort du prophète, l'Imam est le « dépositaire de la Loi »¹⁷¹. Désigné par Dieu, il est chargé de guider les croyants, le Coran et la Sunna ne pouvant être des sources exhaustives¹⁷². Douze Imams se sont succédés, disposant des pouvoirs temporels mais aussi sacerdotaux sur l'*umma*¹⁷³. En 874, le Douzième Imam a été occulté par Dieu, aux yeux des hommes et cet événement eu deux effets politiques capitaux. L'absence de l'Imam, attendu par

¹⁶⁵ Ann Black, Hossein Esmaeili et Nadirsyah Hosen, *Modern perspectives of Islamic law, op.cit.*, p.62

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.13

¹⁶⁷ C'est cette figure qui a été adopté par l'État islamique en Irak et au Levant avec la proclamation du califat le 29 juin 2014 par Abou Bakr al-Baghdadi qui s'est proclamé chef de tous les musulmans.

¹⁶⁸ Majid Khadduri, « Islam and the Modern Law of Nations », *American Journal of International*, vol.50, n°2, 1956, p.358

¹⁶⁹ Ann Black, Hossein Esmaeili et Nadirsyah Hosen, *Modern perspectives of Islamic law, op.cit.*, p.14

¹⁷⁰ Il y a lieu de relever une extraordinaire hétérogénéité des positions sunnites sur ce point avec par exemple, des auteurs très importants comme Ghazali, Mawardi ou Ibn Khaldun qui ont proposé des interprétations rationalistes du Califat limitant le pouvoir du Calife (*Idem.*). Voir pour la période allant de l'Hégire au 16^e siècle, Thomas Branquis, « Le monde musulman du IX^e/III^e au XVI^e/X^e siècle », in Jean-Claude Garcin (dir.), *États, sociétés et cultures du monde musulman médiéval X^e-XV^e – Tome 2 : Sociétés et cultures*, Paris : P.U.F., 2000, p.5-81

¹⁷¹ Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIII^e-XXI^e*, *op.cit.*, p.14

¹⁷² *Ibid.*, p.14-15

¹⁷³ *Ibid.*, p.15

les chiites et seule source d'un pouvoir légitime, rendit illégitime tout autre pouvoir et notamment, étatique¹⁷⁴. Surtout, « l'Imam était le chef à la fois spirituel et temporel de la communauté, celui qui interprétait la *shari'a* et était responsable de son application »¹⁷⁵ : absent, les fonctions de pouvoir notamment normatif étaient vacants dans l'*umma*.

A partir du XI^e siècle, les ulémas – les hommes de la Loi, les juristes-théologiens qui étudient le *fiqh* – cherchèrent à obtenir les prérogatives de l'Imam caché au point de devenir un pouvoir effectif sur la communauté chiite¹⁷⁶. A la fin du XVIII^e, le sacre de l'usûlisme entérina le pouvoir des ulémas. Pour les *usûli*, la société devait être divisée en deux groupes : les *mujtahid* – les savants en religion – et les *muqallid* qui devaient imiter les premiers¹⁷⁷. Les *mujtahid* c'est-à-dire les ulémas les plus reconnus pour leurs connaissances de Dieu, étaient aptes à se faire les représentants de l'Imam caché à condition qu'il existe entre eux un consensus – l'*Ijmâ'*- qui permet de s'assurer que les *mujtahid* ne se trompent pas¹⁷⁸. Événement capital, l'usûlisme permet la constitution d'un clergé et d'une hiérarchie au sein de la communauté : les croyants, les ulémas, et parmi eux, les *marja'* les plus savants des hommes de la Loi et à leur tête, le *marja' a'la*. Cette hiérarchie transcendait les clivages étatiques et les interprétations de la *shari'a* par les *marja'* s'imposaient à l'ensemble des chiites qui suivaient leurs exemples, ceux du *marja' a'la* s'imposant à tous les chiites répartis entre l'Iran, l'Irak, le Liban, l'Inde, le Pakistan, l'Afghanistan, les pays du Golfe et l'Arabie Saoudite¹⁷⁹. Surtout, cette hiérarchie fondée en principe sur le savoir amena une concentration de ces savants dans des villes saintes tels que Qôm ou Najaf qui disposaient d'une influence sur l'ensemble de la communauté chiite en raison de leur rayonnement culturel et intellectuel, la plupart des *marja'* y ayant été formée.

A ce stade de son développement, la *shari'a* telle que conçue par le clergé chiite était alors clairement un droit transnational. Produite par des sources non-étatiques – des savants choisis non en raison de leurs attachement à un État mais de leurs connaissances et de leurs écoles : il n'était pas rare qu'un *marja'* iranien ait une influence décisive en Irak et inversement –, elle s'imposait à l'ensemble de la communauté chiite sans utiliser les structures étatiques et même en s'opposant à lui dans le cadre de la lutte contre la colonisation¹⁸⁰. Ainsi, à Sâmarra, Mîraz Shîrâzi pour lutter contre la concession accordée à un britannique sur la culture du tabac en Perse, adopta en décembre 1891

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.16

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.18

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.21

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.30

¹⁷⁸ *Idem*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.41

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.57 et suiv.

une fatwa interdisant aux musulmans de consommer du tabac : cette fatwa s'imposa jusque dans le harem du chah d'Iran¹⁸¹.

Mais à cette première interprétation transnationale de l'usûlisme, une deuxième supraconstitutionnelle vint se superposer. Cherchant à lutter contre le pouvoir absolu de l'empire iranien, les ulémas se firent pour certains défenseurs d'un constitutionnalisme qui intégrait dans certains cas, la *shari'a* comme norme respectée par les lois iraniennes. Cela aboutit à un texte en 1906 qui permettait à des *mujtahid* de s'assurer que les lois iraniennes étaient conformes à la *shari'a*¹⁸². Si ce texte constitutionnel fut un échec, cette logique supranationale fut rééditée par la suite notamment dans le monde sunnite contemporain.

Ce fut le cas explicitement dans la Constitution égyptienne du 11 septembre 1971 dont l'article 2 prévoyait que « l'Islam est la religion de l'État dont la langue officielle est l'arabe ; les principes de la loi islamique constituent une source principale de législation »¹⁸³, article repris dans l'article 2 de la Constitution de la Seconde république d'Égypte du 22 décembre 2012¹⁸⁴ et à nouveau dans l'article 4 de la Constitution de 2014¹⁸⁵. Ce fut le cas aussi dans l'Empire ottoman à partir de 1924, date à laquelle fut abrogé le Califat et adoptée une constitution nationale qui reconnaissait la valeur de la *shari'a*¹⁸⁶. Au Pakistan, à partir de 1985, la Constitution comporta une référence au droit islamique qui devait être respecté. Cette référence a pris de plus en plus de poids au point d'être aujourd'hui contrôlé par la Cour suprême¹⁸⁷. Ces situations sont extrêmement différentes sur un plan historique avec des évolutions souvent complexes. Mais au-delà de cette hétérogénéité, sur le plan formel, ces textes constitutionnels font de la *shari'a*, un droit supranational et non, transnational.

Malgré une confusion des termes, les mots « transnational » et « supranational » ne sont pas équivalents. En effet, les droits transnationaux sont dans une relation horizontale avec les droits nationaux : ils cohabitent sans qu'il y ait une hiérarchie entre eux. Au contraire, le terme « supranational » suppose une supériorité : les droits supranationaux sont les droits qui s'imposent aux droits nationaux¹⁸⁸.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.84

¹⁸² *Ibid.*, p.95

¹⁸³ Constitution égyptienne du 11 septembre 1971 [En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg1971i.htm> [Consulté le 14 juillet 2014]

¹⁸⁴ Constitution de la Seconde république d'Égypte du 22 décembre 2012 [En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg2012.htm#1> [Consulté le 14 juillet 2014]

¹⁸⁵ Constitution de la République arabe d'Égypte du 15 janvier 2014 [En ligne] Constitution de la Seconde république d'Égypte du 22 décembre 2012 [En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg2014.htm#1> [Consulté le 14 juillet 2014]

¹⁸⁶ Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, *op.cit.*, p.10

¹⁸⁷ Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, *op.cit.*, p.365 et suiv.

¹⁸⁸ Robert Kolb, *Théorie du droit international*, 2^e édition, Bruxelles : Bruylant, 2013, p.78 et suiv.

Droit supranational et droit transnational partagent donc un point commun. Ils ne sont pas des droits étatiques et ils appartiennent à la catégorie des droits anationaux c'est-à-dire des droits hors de l'État. Mais ils se distinguent par leurs rapports aux droits étatiques et un bon critère pour les distinguer concrètement est leur champ d'application : en effet, les droits supranationaux voient leurs champs d'application déterminés par les droits nationaux alors que les droits transnationaux ont des champs d'application indépendants des ordres internes. Ainsi, la *shari'a* devenue norme supranationale s'applique indirectement au travers des normes nationales qu'elle contrôle, à tout individu appartenant à la juridiction d'un État ayant reconnu la *shari'a* comme norme supranationale : son champ d'application est donc dépendant de l'État et un non-national musulman ne sera pas soumis à cette norme. *A contrario*, la *shari'a* dans la logique transnationale s'applique à tout musulman indépendamment de sa nationalité.

Une troisième logique émergea avec la Révolution islamique qui est celle de la théocratie. L'ayatollah Khomeyni poussa l'usûlisme jusqu'à son stade suprême, le *velâyat-e faqîh*¹⁸⁹. L'usûlisme avait permis aux ulémas d'affirmer progressivement leur mainmise sur les fonctions spirituelles de l'Imam caché dans l'*umma*. Mais les progressives revendications politiques des ulémas devaient les conduire à s'affirmer aussi comme les leaders temporels de l'*umma*. C'est ce que fit Khomeyni qui en tant que Guide suprême était à la fois, le chef suprême de l'*umma* iranienne - il fut ainsi le premier uléma ayant destitué un autre uléma¹⁹⁰ - et chef de l'État conduisant alors à une fusion du *marja'iyya* et de la sphère étatique¹⁹¹ : le pouvoir politique était placé dans le cadre étatique sous la tutelle du pouvoir religieux¹⁹². Il n'y avait alors plus rien de transnational dans la *shari'a*. Elle était un droit produit par le Guide suprême et la *marja'iyya* qui appartenaient à l'État iranien.

Mais, cette conception fut rapidement intenable après la mort de Khomeyni. Si le Guide de la Révolution islamique possédait le charisme suffisant pour dominer la communauté spirituelle et l'État, ses successeurs n'y parvinrent pas¹⁹³ et désormais, la *marja'iyya* iranienne est distincte de l'État bien qu'encore liée à celui-ci. La logique du chiisme iranien mêle alors transnationalisme et supraconstitutionnalité.

¹⁸⁹ Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIIIe-XXIe*, op.cit., p.203

¹⁹⁰ *Ibid.*, p.211

¹⁹¹ *Idem*

¹⁹² Olivier Roy, « Une théocratie constitutionnelle : les institutions de la République islamique d'Iran », *Politique étrangère*, vol.52, n°2, 1987, p.329

¹⁹³ Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIIIe-XXIe*, op.cit., p.217

Il y a donc dans la tradition chiite depuis le XVIII^e siècle, au moins trois conceptions différentes de la *shari'a* : transnationale, supraconstitutionnelle et théocratique. Ces conceptions révèlent l'importance du discours juridique dans la compréhension du droit transnational. La façon de présenter un droit et les techniques juridiques employées ont un sens et ne sont pas que des figures d'apparets. Ainsi, faire de la *shari'a*, un droit repris par les législations nationales est une façon pour les États de contrôler ce droit. C'est eux qui édictent les normes et qui vérifient qu'elles sont conformes à la *shari'a* alors qu'une *shari'a* transnationale non reprise par les États ne peut être contrôlée. Ainsi, en Égypte et au Pakistan, l'intégration de la *shari'a* aux droits étatiques fut une façon pour les États de se l'approprier. Leurs populations respectaient la *shari'a* avant la décolonisation et en intégrant la *shari'a* dans l'ordre interne, ils se donnèrent les moyens de la modifier¹⁹⁴. De la même façon, l'une des raisons de l'opposition d'une partie des ulémas chiites à la logique théocratique, était le refus de voir la *shari'a* contrôlée par un État dont ils se sentaient distincts étant irakiens ou libanais. Dans le droit transnational et le rapport de l'État avec ces normes juridiques, il y a des choix politiques fondamentaux qu'il s'agira alors d'étudier.

La définition des droits transnationaux a donc pu être affinée. *Prima facies* conçus comme des droits dont la source n'est pas l'État, ils peuvent désormais être définis comme étant des droits produits par des pouvoirs normatifs disposant d'une autonomie formelle vis-à-vis de l'État et dont le champ d'application est déconnecté de l'État. Une telle définition a permis alors de mettre en valeur la variété des droits transnationaux qui ne se limitent pas à la *lex mercatoria* : droits religieux, droits des groupes criminels, *lex sportiva*, droit de l'ICANN ou droits coutumiers sont autant d'exemples. Le cas particulier de la *shari'a* a offert aussi la possibilité de distinguer les droits transnationaux de phénomènes similaires et notamment, des droits supranationaux qui se caractérisent par une application au travers des droits internes. Enfin, son application aura permis de montrer qu'il existe des droits transnationaux, des droits produits hors de l'État. Mais cette conclusion n'est que la première étape du raisonnement. En effet, l'objet de l'étude est d'établir l'existence d'ordres juridiques transnationaux c'est-à-dire de systèmes juridiques fonctionnant indépendamment de l'État. Si ces droits transnationaux qui ont été identifiés, sont ensuite intégrés puis appliqués au sein des ordres étatiques, le chemin n'aura été qu'à moitié accompli. Il faut donc encore prouver que ces droits relèvent d'ordres juridiques autopoïétiques, fonctionnant en vase clos sans interférence des ordres étatiques.

¹⁹⁴ Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains, op.cit.*, p.365

Chapitre 2. Le fonctionnement autopoïétique des ordres juridiques transnationaux

Les ordres juridiques ont été essentiellement définis comme un complexe formé de normes et d'un appareil de coercition produisant, appliquant et sanctionnant ces normes. Au sein de cette catégorie, suivant la distinction de Santi Romano, il est possible de distinguer les ordres juridiques parfaits des ordres juridiques imparfaits. Ces derniers sont caractérisés par le fait que l'ensemble des éléments de production, application et sanction de la norme n'appartiennent pas à l'ordre juridique en question mais à un autre. Si Santi Romano considère que cette catégorie d'ordres juridiques n'a pas à être disqualifiée, le problème ici posé nécessite en réalité de les distinguer des ordres juridiques parfaits.

En effet, l'un des arguments les plus convaincants à l'encontre de l'existence positive de droits hors de l'État consiste à reconnaître l'existence de normes produites par des institutions non-étatiques mais à considérer que leur application et leur sanction appartiennent en dernière instance, aux ordres étatiques. Dès lors, l'existence d'ordres juridiques imparfaits ne contesterait pas cette thèse. Mieux, elle la validerait. Par exemple, si un ordre juridique dispose de juridictions mais que les décisions rendues par cette juridiction ne peuvent être exécutées qu'avec le concours des autorités étatiques, alors les négateurs de l'existence d'ordres juridiques hors de l'État pourront affirmer que c'est toujours l'État qui sanctionne le droit. Dans cette situation, l'ordre juridique transnational n'apparaît que comme un élément externe intégré à l'ordre juridique étatique et non, comme un ordre réellement hors de l'État.

Au contraire, désigner des ordres juridiques parfaits, dont le fonctionnement ne nécessite pas de recourir à des mécanismes étatiques établirait l'existence positive d'ordres juridiques hors de l'État et validerait la thèse transnationale. Cette idée d'un ordre juridique parfait peut alors être formalisée à l'aide d'une notion, celle d'autopoïèse développée par Niklas Luhmann qui signifie dans ce contexte, la clôture des ordres juridiques transnationaux (Section 1). Cette analyse mettra en évidence, l'existence d'ordres juridiques transnationaux parfaits et donc, indépendants des ordres juridiques étatiques. Mais un cas restera en suspens, cas qui mérite une attention particulière : celui de la *lex mercatoria* (Section 2). La conclusion à ce sujet, devra être mesurée mais elle penchera plutôt vers le refus de qualifier la *lex mercatoria* d'ordre juridique transnational.

Section 1. La clôture autopoïétique des ordres juridiques transnationaux

La notion d'autopoïèse est issue de la théorie luhmanienne des systèmes sociaux. Pour Luhmann, « tout système qui est capable de faire se suivre deux quelconques de ses opérations par la force d'un lien qui lui est interne, "fait de l'autopoïèse" »¹⁹⁵. Un système autopoïétique est donc un système clos, fermé voire circulaire¹⁹⁶ passant d'un événement à un autre sans interférence extérieure. Appliqué à un ordre juridique, l'autopoïèse permet de décrire un ordre dont l'ensemble des éléments de fonctionnement sont intégrés ou pour reprendre la terminologie wébérienne, dont l'appareil de coercition appartient entièrement à l'ordre juridique considéré. Un ordre juridique autopoïétique est alors un ordre juridique parfait au sens romanien.

Cette figure est cruciale pour l'examen des ordres juridiques transnationaux. L'argument fondamental de la contestation de l'existence d'ordres juridiques transnationaux consiste à considérer que seul l'ordre juridique étatique est complet. Tous les autres systèmes de droit feraient appel aux systèmes étatiques pour leur fonctionnement. Typiquement, l'exécution de la sanction nécessiterait toujours le recours à la violence physique, violence dont le monopole appartient à l'État. Au contraire, s'il est possible de distinguer des ordres juridiques autopoïétiques dont l'ensemble des éléments de fonctionnement appartiennent à cet ordre, alors la déconnexion entre les ordres juridiques examinés et les ordres étatiques ne souffrira pas de contestation. Après avoir identifié des droits transnationaux, il sera alors possible d'affirmer l'existence positive d'ordres juridiques qui les appliquent sans relever des ordres étatiques. Une telle conclusion assierait l'existence positive d'ordres juridiques en dehors de l'État.

Concrètement, le fonctionnement d'un ordre juridique peut être décrit en trois étapes : l'ordre juridique produit des normes ; il sanctionne leur application ; enfin, il contraint les sujets. La production des normes a déjà été envisagée au sens où l'identification de normes aux sources non-étatiques a permis de relever l'existence d'institutions produisant du droit hors de la sphère étatique. Il reste alors la question de l'application et de la sanction de ces normes. L'étude de la sanction des normes montrera l'existence d'institutions notamment juridictionnelles assurant l'application des normes (§1) et l'analyse des différentes technologies de coercition employées montrera qu'au-delà du monopole étatique sur la violence physique, d'autres formes de coercitions sont susceptibles d'assurer la soumission des sujets à la norme (§2).

¹⁹⁵ Jean Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes*, *op.cit.*, p.254

¹⁹⁶ Pierre Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu – Une génération repense le droit*, Paris : L.G.D.J., 2010, p.138

§1. Des institutions variées sanctionnant la norme

L'idée d'application recouvre le fait de s'assurer que les destinataires de la norme produite, appliquent la norme : des institutions sont nécessaires pour obtenir un tel résultat par le biais notamment de sanctions en cas de non-application. C'est donc le plus souvent, des institutions ayant un office juridictionnel qui devront être recherchées même si d'autres modèles peuvent exister. Pour qu'un ordre juridique soit parfait, il est nécessaire que ces institutions appartiennent à cet ordre juridique et dans le cadre des ordres juridiques transnationaux, ils ne doivent pas appartenir aux ordres étatiques. Plusieurs organisations de ces institutions peuvent exister.

L'institution chargée d'appliquer la norme peut être le producteur de la norme. Dans ce cas, cette entité constitue l'alpha et l'oméga de l'appareil de coercition et concrétise à elle seule, l'ordre juridique. Cette entité étant *ex hypothesi* indépendante de l'ordre étatique puisqu'elle est une source non-étatique du droit, alors l'indépendance de l'ordre juridique est réalisée sous réserve de la question de la coercition. C'est le cas dans le droit canonique où le pape est l'autorité produisant la norme et la juridiction suprême en cas de litige.

Ce sont les canons 1401 et suivants qui encadrent l'organisation du procès et la désignation du for compétent en cas de violation des règles canoniques. Le tribunal de première instance est l'Évêque diocésain selon le canon 1419. L'appel contre le tribunal de l'Évêque diocésain se fait devant l'Évêque métropolitain - canon 1438. Enfin, le canon 1442 parachève cet édifice en accordant au Pape, la juridiction suprême : « le Pontife Romain est le juge suprême pour l'ensemble du monde catholique ; il dit le droit par lui-même ou par les tribunaux ordinaires du Siège Apostolique, ou par des juges qu'il a délégués ».

La formule du canon 1442 est particulièrement frappante : le Pontife Romain est un juge suprême ; il ne peut donc être soumis à aucune autre institution. Le canon 1417 réédite cette suprématie pontificale dans le domaine de l'application de la norme en parlant de la primauté du Pontife Romain. Bien sûr, le Pontife n'agit pas seul – le canon 1443 prévoit que le Pontife prend sa décision juridictionnelle dans le cadre d'un tribunal nommé Rote Romaine – mais formellement, c'est le Pape qui dispose de ce pouvoir juridictionnel. Or, cette institution pontificale n'a pas besoin de l'ordre étatique pour exister : elle existe en tant que telle disposant d'une magistrature sur « l'ensemble du monde catholique ». L'autorité pontificale apparaît alors comme indépendante quant à la production de la norme mais aussi quant à son application créant un ordre juridique clos, fermé sur lui-même et indépendant des ordres étatiques.

Une autre hypothèse consiste à créer des institutions distinctes des entités ayant créé les normes, pour les appliquer. Dans ce cas, il s'agira alors de s'assurer que ces institutions

n'appartiennent pas à l'ordre étatique. C'est le cas dans les organisations criminelles puisque les codes criminels sont parfois sanctionnés par des tribunaux qui sont par hypothèse, distincts de l'ordre étatique puisqu'illégal. Le problème est alors de savoir si ces tribunaux sont des simulacres d'institutions ou s'il y a réellement un cadre institutionnel chargé de faire appliquer ces normes criminelles. En l'absence de sources sûres sur ces questions, il est difficile de se prononcer. Cependant, il faut relever une réelle attraction du modèle juridique sur ces organisations très structurées¹⁹⁷. Surtout, le caractère primitif et expéditif des procès n'ôte pas à ces juges mafieux, la qualité de juridiction. Ce qui compte ici est que ces juges agissent en tant qu'institutions – mêmes sommaires ou barbares – et non, en tant qu'individus exploitant les règles d'un code, pour justifier des assassinats. En somme, le problème ici est de savoir si les condamnations brutales de la mafia sont le fait d'acteurs juridiques au nom d'un droit mafieux ou d'individus sous couverts de ce même droit mafieux. Enfin, les études récentes ont montré que les organisations mafieuses n'étaient pas simplement un agrégat d'individus mais des structures permanentes et anciennes avec des rôles sociaux occupés successivement par des individus¹⁹⁸ : il y a de véritables institutions mafieuses qui n'agissent pas en tant qu'individus mais en tant qu'institutions et il n'est donc pas improbable qu'il existe des juridictions mafieuses. Si de telles juridictions existent ainsi que le pensait Santi Romano, alors ces tribunaux constituent des institutions intégrées à l'ordre juridique de ces groupes criminels et indépendants des ordres étatiques.

L'ICANN est dans une situation différente. Il existe une procédure directe devant l'ICANN lorsqu'un individu considère qu'une des décisions de l'ICANN l'affecte (article IV du statut). Dans ce cas, l'ICANN n'est pas une entité étatique malgré son statut en droit californien. En effet, comme pour la production de norme, ce statut n'a pas d'incidences sur l'indépendance de l'entité face à l'ordre étatique américain : en effet, son statut en droit interne n'a aucun rapport avec une fonction d'application de norme, fonction qui doit alors être considérée comme indépendante de l'ordre étatique. Dès lors, l'application des règles de l'ICANN est ici faite par une entité indépendante des ordres étatiques.

Mais, l'ICANN peut aussi déléguer cette application à des bureaux d'enregistrements. En effet, l'ICANN n'attribue pas nécessairement directement les noms de domaine : elle conclue des contrats d'accréditation entre elle et ces bureaux d'enregistrement locaux chargés d'attribuer ces noms. Ces contrats d'adhésion s'apparentent moins à des contrats qu'à des normes unilatérales que les bureaux doivent respecter pour garder leurs accréditations. Il existe ainsi un modèle de contrats

¹⁹⁷ Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, *op.cit.*, p.109

¹⁹⁸ Pour une présentation de ces études institutionnelles qui dépassent la présentation psychologique et individuelle des mafias, voir Paolo Pezzino, « La mafia, l'État et la société civile dans la Sicile contemporaine (XIXe-XXe) », *Politix*, vol.13, n°49, p.15

qui ne sauraient être négociés¹⁹⁹. Ce modèle de contrat prévoit que les bureaux d'enregistrements disposeront d'un pouvoir de suspension, d'annulation ou de transfert du droit accordé au titulaire d'un nom de domaine dans le cadre « d'une spécification ou d'une politique adoptée par l'ICANN » (article 3.7.7.11). Concrètement, les bureaux d'enregistrements sont chargés de suspendre le droit accordé à un individu si ce droit est contraire à une règle de l'ICANN. Ces bureaux agissent alors comme de véritables institutions chargées d'assurer le respect des normes produites par l'ICANN. Mais, ces institutions peuvent voir cette faculté encadrée par les droits internes. Dans ce cas, il faudra étudier au cas par cas s'il s'agit d'institutions appartenant aux ordres étatiques sachant que le seul fait d'avoir une existence en droit interne n'est pas suffisant : il faut que le pouvoir d'appliquer ces normes soit dépendant du droit interne pour considérer l'absence d'autopoïèse.

La *lex sportiva* se trouve dans une situation imparfaite. Généralement, chaque organisation sportive assure l'application des normes qu'elle produit avec des procédures internes en cas de contestation. Ainsi, la Charte du Mouvement olympique prévoit que le CIO est l'organe suprême chargé de mettre en œuvre les règles de cette charte (article 2 de la Charte) et qu'« en cas de violation de la Charte olympique, du Code mondial antidopage ou de toutes autre réglementation », la commission exécutive ou la commission disciplinaire peuvent prendre des sanctions (article 59 de la Charte). Si ces procédures internes ne sont pas suffisantes, un recours peut être formé devant le TAS. Cette institution reçoit la majorité des recours formés contre leurs décisions. Cependant, son indépendance vis-à-vis des États est problématique : certes, son statut est issu d'une source non-étatique, le CIAS mais l'article R45 de ce statut fait référence au droit suisse : « la Formation statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon le droit suisse. Les parties peuvent autoriser la Formation à statuer en équité ».

Il y a une irruption du droit suisse contraignant le TAS en étant une source formelle de ses jugements. Plus généralement, l'ensemble des droits de l'arbitrage impliqués dans les litiges et notamment, ceux du lieu d'exécution des sentences, contraignent les décisions du TAS : en cas de refus du condamné d'exécuter la sentence, l'exécution forcée ne pourra être obtenue que devant un juge étatique qui donnera *l'exequatur* à la sentence et pourra contrôler alors la sentence au regard de son propre droit de l'arbitrage²⁰⁰. Les droits étatiques sont impliqués dans cette dernière phase de l'ordre juridique sportif qu'est l'exécution des décisions du TAS, ce que constate le professeur Latty lorsqu'il relève que « théoriquement, le Tribunal arbitral du sport est [...] encadré par les divers droits étatiques de l'arbitrage susceptibles d'être impliqués ».²⁰¹ Et même s'il constate qu'en

¹⁹⁹ Accord d'accréditation du bureau d'enregistrement [En ligne] <https://www.icann.org/en/system/files/files/raa-17may01-fr.pdf> [Consulté le 20 juillet 2014]

²⁰⁰ Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, op.cit., p.575

²⁰¹ *Ibid.*, p.523

pratique, les droits étatiques laissent une telle liberté que cette contrainte est minimale²⁰², il paraît impossible de totalement oblitérer cette irruption des droits étatiques dans le fonctionnement des ordres juridiques sportifs. Il faut alors conclure à l'instar du professeur Latty qu'il n'y a qu'une autonomisation – au sens d'un progrès vers l'autonomie – et non, une autonomie totale des ordres juridiques sportifs. Cependant, la *lex sportiva* dispose d'une autonomie de plus en plus grande, le TAS promouvant un droit autonome du sport au travers de ses décisions²⁰³. Surtout, la possibilité pour les organisations sportives d'exclure des compétitions les individus, clubs ou fédérations ne respectant pas les arrêts du TAS peut être interprétée comme une autre forme de coercition. L'ordre juridique sportif est donc dans une situation complexe : disposant de formes de coercition, il s'appuie sur les ordres étatiques en dernière hypothèse. Il doit donc être compris comme un ordre juridique imparfait qui ne répond pas au critère de l'autopoïèse, bien que ce soit le dernier stade du fonctionnement de cet ordre qui échappe à son contrôle²⁰⁴.

Une autre organisation possible consiste à désigner pour institution chargée d'appliquer les normes, le chef de la communauté dans laquelle s'applique la norme. Cela survient notamment lorsque l'entité ayant produit la norme n'est pas présente, soit parce qu'elle appartient à un passé très ancien – c'est le cas dans la norme coutumière issue d'un passé immémorial – soit parce qu'elle est divine – c'est le cas dans la *shari'a*. Dans ce cas, il faudra s'assurer que ce chef est indépendant de l'ordre étatique.

L'étude de la situation historique du chiisme a permis de montrer que les ulémas ont progressivement obtenu les prérogatives de l'Imam caché dont celle d'appliquer et de sanctionner la *shari'a*. Dans sa forme transnationale, le chiisme dispose au travers de son clergé c'est-à-dire la communauté des *marja'* et des ulémas qui suivent leurs préceptes, d'institutions sanctionnant la *shari'a*. Le conflit au sein de la *marja'iyya* et le refus de la fusion khomeyniste du clergé et de la sphère étatique ont montré le souci d'indépendance de ses institutions vis-à-vis de l'État. Historiquement, cela s'ancre dans l'origine théologique du chiisme : l'Imam caché, occulté aux yeux des hommes, ne peut légitimer aucun pouvoir étatique ; seuls les ulémas ayant acquis assez de connaissances pour prétendre à le représenter, sont susceptibles d'obtenir cette légitimité. Le sunnisme non-étatisé est dans une situation similaire si ce n'est que le clergé n'est pas uni : chaque communauté désigne un imam qui n'est pas en principe dépendant d'un autre bien que certains

²⁰² *Ibid.*, p.537

²⁰³ *Ibid.*, p.575

²⁰⁴ Cependant, pour le Mouvement olympique, un retour du droit international a pu être constaté (Franck Latty, « Les Jeux olympiques et le droit international. Rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *Annuaire français des relations internationales*, vol. IX2009, p. 956 et suiv.) tandis que le droit de l'Union est parvenu en parti à encadrer la *lex sportiva* (Franck Latty, « L'arrêt, le livre blanc et le traité. *La lex sportiva* dans l'ordre juridique communautaire - développements récents », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 514, 2008, p. 43-52) Le futur de la *lex sportiva* est donc passablement complexe.

disposent d'une plus grande autorité. Cet imam a très tôt disposé de l'autorité nécessaire pour sanctionner la *shari'a*. Ainsi, parmi les qualités nécessaires pour devenir imam, Ibn Khaldûn plaçait les capacités pour appliquer la loi islamique et ses sanctions²⁰⁵. Cependant à la différence des chiismes, le sunnisme a souvent été proche du pouvoir temporel et il faudra alors distinguer les cas où les chefs religieux sunnites sont réellement indépendants des ordres étatiques, de ceux où ils agissent en tant qu'organes des États. Dans le premier cas, il n'y a pas de difficultés à découvrir dans ces chefs religieux des entités distinctes des pouvoirs étatiques.

Concernant les droits coutumiers, en raison de l'hétérogénéité des groupes sociaux considérés, plusieurs modèles peuvent coexister. Par exemple, les règles coutumières peuvent être protégées et sanctionnées par des systèmes juridictionnels très développés. Les Ewés – peuples présents au sud-est du Ghana, au sud du Togo et au sud-ouest du Bénin – tels que décrits par Robert Lowie en 1936, disposaient d'institutions légales très développées impliquant soit le recours à l'ordalie²⁰⁶ soit à un conseil des chefs organisés selon une procédure stricte²⁰⁷. Dans d'autres cas, notamment lorsque les groupes sociaux sont plus réduits, le pouvoir judiciaire peut être concentré entre les mains d'une ou deux personnes. Ainsi, la société wayana dans le plateau des Guyanes est-elle ordonnée autour d'un homme mariant ses enfants pour constituer autour de lui un groupe d'une vingtaine d'individus fondant un village dont il sera le *tamusi*²⁰⁸. Ce chef ne dispose que d'un pouvoir assez limité²⁰⁹ selon le modèle décrit par Pierre Clastres, du chef sans pouvoir²¹⁰. Le pouvoir appartient alors au chamane²¹¹ possédant un pouvoir magico-religieux²¹² qui dérive naturellement, en fonction judiciaire : ses pouvoirs lui permettent de déterminer les culpabilités et de condamner. Ces deux autorités peuvent potentiellement apparaître comme des institutions chargées de faire appliquer les normes coutumières même si pour parvenir à cette conclusion, il faudra analyser la nature de la coercition appliquée et finalement du pouvoir dans ces sociétés : en effet, une partie de la doctrine suivant Pierre Clastres considère que ces sociétés sont caractérisées par un refus de la coercition²¹³ ; si tel devait être le cas, il ne serait plus possible d'affirmer qu'il existe un ordre juridique pour ces droits coutumiers.

²⁰⁵ Ibn Khaldûn, *Al-Muqaddîma - Discours sur l'Histoire universelle*, Paris : Actes Sud, 1997, p.295

²⁰⁶ Robert Lowie, *Traité de sociologie primitive*, p.307 [En ligne] http://classiques.uqac.ca/classiques/lowie_robert/socio_primitive/traite_socio_primitive.pdf [Consulté le 21 juillet 2014]

²⁰⁷ *Ibid.*, p.309

²⁰⁸ Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.167

²⁰⁹ *Idem*

²¹⁰ Pierre Clastres, « Échange et pouvoir : philosophie de la chefferie indienne », *L'homme*, vol.2, n°1, 1962, p.51

²¹¹ Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.168

²¹² Philippe Descola, « La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique », *Revue française de science politique*, vol.38, n°5, 1988, p.823

²¹³ Pierre Clastres, « Échange et pouvoir : philosophie de la chefferie indienne », *loc.cit.*, p.63

Enfin, le cas du *kanùn* est légèrement différent : les sanctions sont exercées par les individus mais elles le sont aussi sous la direction du ou des chefs des communautés concernées. C'est donc une situation hybride mélangeant décentralisation et centralisation du pouvoir de sanction.

Ainsi, à l'exception de la *lex sportiva* – puisque l'exécution forcée des décisions du TAS ne peut être obtenue que sur la base des droits étatiques du lieu d'exécution de la sentence –, tous les droits transnationaux envisagés disposent d'appareils de coercitions indépendants des ordres étatiques. Ces institutions reposent sur des modèles très variés même si le recours aux juridictions est le plus répandu. Cependant, cela est encore insuffisant. En effet, il faut encore montrer que ces appareils de coercition disposent d'un réel pouvoir de coercition permettant d'obliger les sujets des droits transnationaux à respecter des normes. Or l'argument fondamental des partisans du monopole juridique de l'État est de considérer que seul l'État dispose du monopole de la violence légitime permettant cette coercition. Pour dépasser cette difficulté, il faut alors montrer qu'il existe des technologies de coercitions variées, technologies qui ne sont pas l'apanage de l'État.

§2. *L'hétérogénéité des technologies de coercition du sujet de la norme*

L'exemple de la *lex sportiva* et des sentences du TAS qui ont besoin des ordres étatiques pour être exécutées, montrent l'importance pour un ordre juridique de disposer d'un pouvoir de coercition. Un ordre juridique ne saurait être parfait s'il ne peut pas contraindre les sujets relevant de sa juridiction, à respecter les règles qu'il édicte et si l'appareil de coercition chargé de cette mission, n'appartient pas à l'ordre juridique lui-même.

Terme juridique, la coercition renvoie spécifiquement à la contrainte particulière dont dispose l'autorité chargée de faire appliquer la loi. La coercition doit respecter les canons kelseniens de ce qu'est le droit : elle doit être immanente et socialement organisée, ce que le juriste de Vienne ramenait au critérium décisif de l'emploi de la force physique. A sa suite et pour une part importante de la doctrine, la coercition doit être limitée à la possibilité de contraindre physiquement l'individu à se soumettre à la loi. Ces auteurs considèrent que seul l'État dispose d'un pouvoir de coercition puisque lui seul, serait titulaire du monopole de la violence physique légitime selon la formule wéberienne.

Mais une telle présentation est confrontée à deux difficultés importantes. La première consiste à remarquer qu'en pratique, le monopole de la violence physique n'appartient pas seulement à l'État. Max Weber constata qu'il existait à côté de l'État, des structures disposant de la violence physique : les groupes criminels sont aptes à sanctionner physiquement celui qui ne respecte pas ses normes. Chaque groupe dispose de méthodes pour appliquer ces sanctions : des assassinats aux familles cloîtrées, elles démontrent une faculté de coercition particulièrement efficace. Ces groupes disposent alors d'ordres juridiques complètement indépendants de l'ordre étatique, définitivement fermés par ce pouvoir de coercition en dehors de l'État. Mais en dehors de ces ordres criminels – admis dès les thèses de Max Weber, de Hans Kelsen, Alexandre Kojève ou Santi Romano -, d'autres ordres juridiques disposent d'un pouvoir de coercition qui repose sur des formes de violence différentes, de la violence physique : des violences sociales ou symboliques peuvent servir de moyen de coercition.

Ce débat est né dans l'anthropologie politique, à partir notamment de l'œuvre de Pierre Clastres. S'appuyant sur les thèses de Robert Lowie, Pierre Clastres théorisa la figure du chef indien ou amérindien caractérisée par une absence d'autorité²¹⁴. Pour Clastres, ce modèle serait répandu dans toute l'Amérique du Sud qui n'aurait jamais connu de sociétés stratifiées où un chef disposerait d'une autorité sur ses sujets, à l'exception de l'empire Inca et de quelques tribus du nord-ouest de l'Amérique du Sud²¹⁵. Certaines tribus comme les Ona et les Yahgan de la Terre de Feu ainsi que les Jivaro, iraient jusqu'à ignorer l'institution du chef²¹⁶.

Ce chef amérindien sans autorité serait alors caractérisé par trois éléments selon Robert Lowie : il est une instance modératrice du groupe, il est généreux de ses biens et il dispose de la faculté de parler devant le groupe²¹⁷. A ces éléments s'ajoute selon Clastres, la polygamie²¹⁸. Ces caractéristiques permettent alors de dessiner un univers politique rejetant le pouvoir, où le chef serait impuissant²¹⁹, ramené à la simple formule d'un médiateur social chargé d'apaiser les tensions. La raison d'être de ce rejet serait que les sociétés amérindiennes auraient eu une intuition essentielle : « le pouvoir est en son essence coercition »²²⁰. Dès lors, les sociétés amérindiennes refusèrent « le principe d'une autorité extérieure et créatrice de sa propre légalité »²²¹ neutralisant

²¹⁴ Pierre Clastres, « Échange et pouvoir : philosophie de la chefferie indienne », *loc.cit.*, p.51

²¹⁵ *Ibid.*, p.52

²¹⁶ *Idem*

²¹⁷ *Ibid.*, p.53

²¹⁸ *Ibid.*, p.55

²¹⁹ *Ibid.*, p.62

²²⁰ *Ibid.*, p.63

²²¹ *Idem*

alors, « la virulence de l'autorité politique »²²². Cette thèse aboutira alors à l'œuvre majeure de Pierre Clastres, *La société contre l'État*²²³ dans lequel l'auteur considère que la structure des sociétés amérindiennes vise à éloigner la politique conçue comme coercition.

Cette absence de coercition en raison du refus de l'autorité politique est essentielle pour la démonstration de l'existence d'un ordre juridique coutumier : il n'existerait pas d'appareils de coercition pour les droits coutumiers et dès lors, pas d'ordre juridique. Mais cette thèse a été critiquée à triple titre. D'abord, les ethnologues africanistes ont rapidement fait valoir que le modèle de la chefferie amérindienne n'était pas transposable aux chefferies africaines qui disposent de structures très hiérarchisées avec un pouvoir physique concentré entre les mains d'un chef²²⁴. De plus, ce modèle ne peut pas non plus être généralisé à l'ensemble du continent sud-américain : « des centaines de chefferies locales et de petits royaumes théocratiques se sont succédés au cours des siècles »²²⁵ persistant encore aujourd'hui dans de nombreuses tribus²²⁶. Dans ces sociétés disposant d'une autorité, le pouvoir de coercition peut alors être identifié entre les mains du chef et alors, l'existence d'ordres juridiques coutumiers peut être attestée.

Pour autant, le modèle du chef sans pouvoir de Pierre Clastres décrit exactement la situation « sur le bouclier guyanais et le plateau brésilien, dans les plaines et les cordillères méridionales et dans une grande partie du piémont andin »²²⁷. Dans ces tribus, il n'existerait pas alors de pouvoir de coercition et donc, il serait impossible d'identifier un ordre juridique au sens strict : il existerait bien des règles coutumières mais aucun appareil de coercition apte à forcer les individus à les appliquer. Mais cette présentation repose sur un biais fondamental qui est l'identification de la coercition et de la violence physique : en réalité, d'autres formes de coercition reposant sur d'autres types de violence peuvent être identifiées.

Ainsi, dans la tribu Wayana, le chef n'a affectivement aucune autorité mais le chamane lui dispose d'une autorité magico-religieuse prépondérante²²⁸. Or à moins de retenir une position ethnocentriste – dans la mesure où nos sociétés contemporaines caractérisent le pouvoir par son rapport à la violence physique –, le pouvoir peut aussi être identifié à « la capacité d'un individu à agir sur la nature, la surnature ou les hommes par des moyens magico-religieux »²²⁹. Cette

²²² *Ibid.*, p.64

²²³ Pierre Clastres, *La société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique*, Paris : Edition de Minuit, 2011, 185 pages

²²⁴ Voir notamment les contributions à l'ouvrage collectif Jean-Loup Amselle (dir.), *Le sauvage à la mode*, Paris : Le Sycomore, 1979, 262 pages

²²⁵ Philippe Descola, « La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique », *loc.cit.*, p.819

²²⁶ *Idem*

²²⁷ *Ibid.*, p.820

²²⁸ Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.168

²²⁹ Philippe Descola, « La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique », *loc.cit.*, p.822

prérogative des chamanes leur permet d'exercer un pouvoir judiciaire en punissant les contrevenants²³⁰ ou en les désignant à la « vindicte populaire »²³¹.

Il s'agit alors de s'interroger sur le point de savoir si ce pouvoir chamanique de nature magico-religieuse remplit les critères de la coercition juridique c'est-à-dire s'il est immanent et socialement organisé. Le caractère immanent signifie que la violence exercée l'est dans ce monde. Or un pouvoir magico-religieux pour nos esprits matérialistes, est généralement assimilé à un imaginaire. Mais l'évaluation de l'immanence doit se faire du point de vue des sujets du droit considérés. Or, ce pouvoir pour les membres de ces tribus, est bien réel et s'exerce effectivement. Dès lors, il doit être considéré comme immanent. Quant au caractère socialement organisé, il signifie que l'ordre juridique confère à une autorité ce pouvoir et qu'il n'est pas laissé à la libre-appréciation des sujets de droit : l'autorité doit pouvoir imposer sa position sans contestation. Dans le cadre des sociétés coutumières, le pouvoir des chamanes est tel que leurs décisions sont comparables à celles des autorités judiciaires dans les ordres étatiques.

Il apparaît donc que les chamanes dans certaines tribus amérindiennes disposent d'un pouvoir de coercition reposant sur une violence magico-religieuse, pouvoir de coercition au service d'une fonction judiciaire faisant d'eux, les appareils de coercition internes à ces ordres coutumiers. Cette situation doit nécessairement perturber une présentation qui ne retiendrait comme seul moyen de coercition, la violence physique. Au contraire, elle tend à démontrer l'existence d'une pluralité des technologies de coercition, de nombreux biais par lequel l'autorité parvient à imposer aux sujets du droit, le nécessaire respect de la norme juridique.

Outre ce pouvoir magico-religieux, d'autres formes de coercition existent et notamment, l'exclusion de la communauté. La possibilité pour l'institution chargée d'appliquer les règles transnationales, d'exclure de la communauté ayant produit ces règles, le sujet de droit délinquant est une forme particulièrement répandue de coercition : généralement, elle est conçue comme le stade ultime des sanctions, les autres sanctions symboliques ou financières n'ayant pas suffies. Claude Levi-Strauss emploie pour désigner ce phénomène, le terme *anthropémie* (du grec, *émein*, vomir)²³². Il relève que certaines sociétés pratiquent l'anthropophagie à des fins magiques voire judiciaires : afin de neutraliser le pouvoir néfaste de l'individu coupable, le groupe ingère de manière symbolique, de très faibles quantités de chairs au cours de rituels ; le délinquant qui s'est exclu de la communauté, est alors réintégré au corps social. Au contraire, nos sociétés occidentales

²³⁰ *Ibid.*, p.823

²³¹ *Ibid.*, p.824

²³² Claude Levi-Strauss, « Tristes tropiques » in *Oeuvres*, Paris : Gallimard, 2008, p.415

choisissent d'exclure, d'expulser du corps social, les individus délinquants par le biais notamment des prisons : il y a alors anthropémie²³³.

Cette coercition par l'anthropémie est relativement répandue et notamment, dans les communautés religieuses. Ainsi, le droit canon et le *shari'a* prévoient l'excommunication de l'individu coupable lorsque les sanctions précédentes ne sont pas parvenues à le remettre sur le droit chemin. Selon le canon 1311, « l'Église a le droit inné et propre de contraindre par des sanctions pénales les fidèles délinquants ». Cette faculté générale de contrainte peut aller jusqu'à l'excommunication pour les crimes les plus graves tels que la consécration d'un Évêque par un autre Évêque sans autorisation pontificale. Ainsi, le canon 1382 prévoit que « l'Évêque qui, sans mandat pontifical, consacre quelqu'un Évêque, et de même celui qui reçoit la consécration de cet Évêque, encourt l'excommunication *latae sententiae* réservée au Siège Apostolique ». De même, en 1908 alors que le chah de Perse avait supprimé le Parlement, l'un des *marja'* les plus importants, Khurâsâni menaçait le chah d'excommunication²³⁴ : en effet, cette suppression du Parlement allait à l'encontre des principes constitutionnels et de représentations qui étaient selon les religieux constitutionnalistes, intégrés à la *shari'a*. Ces systèmes religieux disposent alors par l'excommunication d'un moyen de coercition inhérent à leur ordre juridique et distinct de l'ordre étatique.

Enfin, cette logique d'exclusion de la communauté peut être trouvée aussi dans l'ordre de l'ICANN dans la mesure où la sanction pour un manquement à ses règles, est le retrait du nom de domaine qui équivaut à une exclusion d'Internet. Enfin, la *lex sportiva* même si elle n'est pas un ordre juridique parfait en raison du rôle des ordres étatiques dans l'exécution des sanctions du TAS, dispose aussi de moyens de coercitions internes au sens où les organisations sportives ont la possibilité d'exclure de la compétition, les individus, clubs ou fédérations s'opposant à leurs normes.

Ces logiques d'exclusions sont une autre forme de coercition, distincte de la violence physique. Bien sûr, ces exclusions ou la coercition magico-religieuse ne sont pas systématiquement utilisées, de la même façon que l'ordre étatique, n'a pas systématiquement recours à la violence physique. La notion de coercition est ce qui permet en dernier lieu à un ordre juridique d'obliger ses sujets à respecter ses normes : d'autres types de sanctions notamment financières, existent dans ces ordres. L'important est que cette coercition soit immanente et socialement organisée afin de répondre aux critères du droit et appartenir à l'ordre lui-même et non, aux ordres étatiques. Ces ordres – même la *lex sportiva* pourtant non autopoïétique – dispose de moyens de coercitions, reposant sur des technologies différentes de la violence physique et constituent ainsi, des ordres

²³³ *Idem*

²³⁴ Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIIIe-XXIe*, op.cit., p.102

juridiques parfaitement autonomes des droits étatiques. Une exception majeure existe cependant : la *lex mercatoria*, archétype de l'ordre juridique transnational, ne saurait être considérée comme un ordre juridique autopoïétique en raison notamment de l'absence de moyens de coercition propres à un ordre mercatique et de la difficulté à qualifier les arbitres, d'appareils de coercition d'un tel ordre.

Section 2. L'inexistence d'un ordre juridique mercatique unique

Parmi tous les ordres juridiques transnationaux, la *lex mercatoria* est celui qui a le plus retenu l'attention, au point parfois de réduire le droit transnational à cet exemple mercatique. Pourtant, la qualification de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique transnational est paradoxalement sujette à controverse. S'il est possible de considérer qu'il existe une coutume des marchands produite par la pratique dans des secteurs marchands particuliers – position qui n'est pas unanimement partagée par la doctrine puisque des critiques à l'instar de celle du professeur Lagarde ne sont pas dénuées de pertinence -, il est encore nécessaire d'établir que cette coutume est appliquée et sanctionnée par un ordre juridique distinct de l'ordre étatique. Sinon, il faudra conclure suivant le professeur Sur que ce droit transnational n'existe réellement que parce qu'il est intégré à l'ordre étatique²³⁵. Or cet ordre juridique distinct est complexe à cerner, au point que son existence soit discutable.

Ainsi, l'institution chargée d'appliquer ces règles est essentiellement les arbitres qui sont particulièrement encadrés par les droits étatiques et que leur hétérogénéité est telle qu'il est difficile de parler d'ordre juridique (§1). Si cette première difficulté peut être dépassée, la question de la coercition est beaucoup plus problématique : sauf à considérer le boycott ou la pression commerciale comme des moyens de coercition, seuls les ordres étatiques peuvent permettre l'exécution des sentences arbitrales (§2). Dès lors, l'idée d'un ordre juridique mercatique doit probablement être écartée car les arbitrages internationaux sont des institutions non-étatiques dont l'existence va s'insérer dans une multitude d'ordres étatiques et non, dans un ordre juridique mercatique distinct et unique.

²³⁵ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, op.cit.*, p.9

§1. *Le rôle discutable des arbitres mercatiques comme appareil de coercition d'un ordre juridique transnational*

Admettons qu'il existe des normes juridiques produites par une coutume mercatique. Si une telle coutume existe, la seule institution pouvant potentiellement remplir le rôle d'appareil de coercition est l'arbitrage transnational. Les partisans de la *lex mercatoria* considèrent que la preuve de l'exigence d'un ordre juridique distinct de l'ordre étatique, réside dans l'existence de tribunaux non-étatiques, les arbitres, chargés des litiges entre opérateurs économiques, autonomes par rapport aux ordres étatiques²³⁶. Mais cette présentation souffre de trois difficultés importantes qui permettraient de nier l'existence d'un ordre juridique unique, et de préférer une présentation multilocalisatrice fondée sur l'inscription de l'arbitrage dans une multitude d'ordres étatiques²³⁷.

D'abord, sur le fond des litiges, les arbitres exploitent souvent les droits étatiques pour rendre leurs décisions soit parce que les parties ont désigné un droit étatique comme droit applicable à leur litige, soit parce que les parties n'ayant désigné aucun droit applicable, les arbitres appliquent la *lex mercatoria* et s'appuient sur le contenu des droits étatiques pour en déterminer la substance. En effet, très souvent, par le jeu du droit comparé, la découverte de la *lex mercatoria* consiste à repérer dans les droits étatiques, la règle la plus adaptée au litige²³⁸. Formellement, la source demeure les conventions d'arbitrage qui ont confié à ces arbitres le soin de régler les litiges mais cela pourrait montrer une volonté de la part des arbitres non de constituer un ordre juridique unique mais de mettre en concurrence, des règles issues des ordres juridiques étatiques.

En outre, la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958²³⁹ signée par la majorité des États ayant une importance économique significative oblige les États contractants à s'assurer que ces sentences soient reconnues (article II) et exécutées (article III) au même titre que les sentences nationales. *A priori*, cette convention semble offrir à l'arbitrage commercial, une réelle autonomie par rapport aux droits nationaux. Mais, la Convention de New-York ne fait qu'aligner le régime des sentences arbitrales étrangères sur celui des sentences nationales : elle ne supprime pas la mainmise des ordres étatiques sur les sentences

²³⁶ Par exemple, cette position est conforme à la perception des arbitres pensant statuer au nom de la communauté internationale et non, d'un État en particulier (Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.60)

²³⁷ Pour une présentation théorique de cette position multilocalisatrice, voir Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, p.46 et suiv.

²³⁸ Eric Loquin, « Où en est la *Lex mercatoria* » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, *loc.cit.*, p.28 et suiv.

²³⁹ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signé à New-York : le 10 juin 1958 [En ligne] http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf [Consulté le 20 juillet 2014]

arbitrales²⁴⁰. En effet, les sentences nationales sont soumises à un régime en droit interne pour leur reconnaissance et leur exécution : même si ce régime est souvent libéral, les sentences arbitrales sont alors dépendantes de ces droits étatiques. C'est parce que les droits étatiques reconnaissent et exécutent facilement ces sentences arbitrales que la contrainte étatique est faible²⁴¹. Ainsi, la plupart des États exigent le respect d'un certain nombre de règles minimales d'objectivité et d'impartialité pour que la sentence soit reconnue puis exécutée²⁴². En cas de non-respect de ces règles, celui qui aura succombé à la sentence pourra contester l'exécution de ces sentences dans l'ordre interne afin d'éviter l'exécution forcée conditionnant ainsi, l'exécution au respect de normes internes.

Dès lors, l'application de ces sentences ne se fait pas dans un ordre juridique mercatique unique mais dans une multitude d'ordres étatiques. Au fond, à la différence d'une conception qui reconnaîtrait l'existence d'un ordre juridique mercatique dans lequel existerait la sentence arbitrale, il est peut-être plus logique de considérer que la sentence arbitrale existe dans une multitude d'ordres étatiques : la sentence arbitrale « doit être [appréhendue] à travers la multiplicité des droits qui convergent à [la] reconnaître »²⁴³. La Convention de New-York ne fait que s'assurer que cette multitude de droits dans lequel s'insère la sentence traite de la même façon les sentences nationales et étrangères. Elle ne détache pas les sentences arbitrales étrangères des ordres internes, elle encadre cette intégration et le fait que cet encadrement soit issu de conventions interétatiques et non, de sources non-étatiques confirment la prégnance des droits étatiques sur l'arbitrage international.

Enfin, la notion d'ordre juridique semble supposer une certaine cohérence. Au contraire, les sentences arbitrales ne sont pas unies et peuvent se contredire. Il n'y a pas de juridiction suprême chargée d'harmoniser les sentences et si les arbitres se prévalent souvent de jurisprudences antérieures²⁴⁴, les sentences peuvent se contredire. L'absence d'unité fragilise un peu plus l'idée d'un ordre juridique unique.

Pour autant, ces difficultés peuvent être dépassées, un certain nombre d'auteurs continuant d'affirmer à la suite de Berthold Goldman, l'existence d'un ordre juridique distinct. L'utilisation par les arbitres internationaux du droit étatique comme source d'inspiration, n'est pas en soi

²⁴⁰ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, p.52

²⁴¹ Ainsi, Antoine Kassis démontre-t-il que le droit français encadre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales et ne laisse qu'une autonomie très relative aux sentences arbitrales (Antoine Kassis, *L'arbitrage commercial international : le droit français en question*, *op.cit.*)

²⁴² Martin Hunter et Alain Redfern, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2^e édition, Paris : L.G.D.J, 1998, p.348

²⁴³ Emmanuel Gaillard, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, vol.134, n°4, 2007, p.1172 et suiv.

²⁴⁴ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, p.153 et suiv.

problématique dans la mesure où les arbitres ne font que puiser dans ces droits, des solutions qu'ils adaptent. Le professeur Loquin préfère alors parler d'« enrichissement par le droit comparé »²⁴⁵ : la *lex mercatoria* est pauvre en règles précises et le fait de recourir au droit comparé permet grâce à des initiatives privées comme UNIDROIT²⁴⁶ de donner à la *lex mercatoria*, un contenu précis. Ce qui compte dans l'analyse formelle adoptée ici, est la source formelle du droit mercatique, non ses sources d'inspirations. Or, le fait pour les arbitres de s'inspirer des droits étatiques, ne donnent pas à ces droits, la valeur de sources formelles. Il est encore possible de considérer que la source formelle du droit mercatique est la coutume née de la pratique économique, coutume qu'identifieraient les arbitres en choisissant le droit étatique le plus propice à cette pratique économique. Il faudrait alors avoir recours à une fiction selon laquelle les opérateurs économiques étant rationnels, ils adoptent par la coutume, la règle la plus propice à leur activité, règle qui pourrait être identifiée dans les ordres étatiques : la construction est osée mais n'est pas indéfendable.

Ensuite, l'absence d'unité de l'ordre juridique n'est pas en soi, non plus, une difficulté irréductible. D'abord, parce que les arbitres font référence aux sentences antérieures et que la doctrine s'efforce de reconstituer des unités jurisprudentielles, permettant alors d'identifier un droit unique. Ensuite, parce qu'en dehors des arbitrages *ad hoc*, il existe des centres d'arbitrages comme le CIRDI, la Chambre de commerce internationale de Paris, la Chambre arbitrale maritime de Paris, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm ou encore, la Cour permanente d'arbitrage de la Haye qui disposent de voies de recours internes et d'une certaine unité dans la jurisprudence. Enfin, parce que le fait d'être fragmenté n'ôte pas en soi toute existence à un ordre juridique : le droit islamique dans la tradition sunnite, en est un exemple puisque les imams sunnites peuvent se contredire tout en disposant d'un appareil de coercition faisant d'eux, des membres d'un ordre juridique.

En outre, l'existence de règles étatiques encadrant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales peut être interprétée de manière à confirmer l'existence d'un ordre juridique mercatique. En effet, les droits internes prévoient aussi des règles pour encadrer la reconnaissance et l'exécution des décisions des juridictions étrangères – l'exemple-type de ces mécanismes étant le règlement Bruxelles 1. Pour autant, personne ne soutient que ces ordres juridiques étrangers ne sont pas indépendants de l'ordre juridique étatique : le fait que les décisions des juridictions d'un ordre étatique A aient besoin des règles d'un ordre juridique B pour s'appliquer dans la juridiction de l'ordre juridique B, ne permet pas de conclure que l'ordre juridique A n'existe pas. Cette conclusion peut être exportée à l'ordre juridique mercatique : le fait que les décisions de ses juridictions

²⁴⁵ Eric Loquin, « Où en est la *Lex mercatoria* », *loc.cit.*, p.34

²⁴⁶ *Ibid.*, p.35

s'appliquent dans les ordres étatiques et aient besoin des règles de ces ordres, ne permet pas de conclure à l'inexistence de cet ordre.

Dès lors, s'il est vrai que le statut des arbitrages internationaux et leurs rapports aux ordres étatiques peuvent être interprétés de manière à considérer que les arbitres n'existent pas dans un ordre juridique unique mais doivent s'appréhender dans la multitude des ordres étatiques dans lesquels leurs sentences s'appliquent. Pour autant, ce statut peut aussi être intégré dans l'idée d'un ordre juridique mercatique. L'analyse des institutions de l'ordre juridique ne permet pas de trancher de manière décisive. C'est alors l'analyse des modalités d'exécution des sanctions et donc, d'expression du pouvoir de coercition qui permet de définitivement rejeter la théorie d'un ordre juridique mercatique, à moins de modifier de façon profonde, la notion de sanction pour y intégrer le boycott commercial.

§2. *L'impossible identification d'un pouvoir de coercition mercatique*

La théorie considérant qu'il existe un ordre juridique mercatique distinct de l'ordre étatique souffre d'un handicap considérable : l'impossibilité d'identifier un pouvoir de coercition mercatique c'est-à-dire un pouvoir apte à contraindre les sujets du droit mercatique à respecter les règles et notamment, les sanctions issues des sentences arbitrales. La seule figure qui pourrait alors être satisfaisante est celle du boycott par les pairs de l'opérateur économique sanctionné. Mais il est impossible d'identifier cette pression comme une coercition socialement organisée apte à remplir les critères de la sanction juridique. Dès lors, le seul pouvoir de coercition restant, est celui des ordres étatiques.

La *lex mercatoria* est un droit censé être issu de la société des marchands. Dès lors, rechercher un pouvoir de coercition propre à un ordre juridique mercatique, revient à rechercher un pouvoir de coercition appartenant à cette société des marchands, société composée de pairs puisqu'il a été relevé que dans l'hypothèse où la *lex mercatoria* régirait des relations entre États et opérateurs économiques notamment dans le cas des contrats d'États, ils auraient le même statut formel pour que cette *lex mercatoria* ne soit pas qualifiée de droit étatique. Dans une telle situation, il est impossible d'identifier une entité disposant d'une supériorité, d'une capacité de domination sur ces opérateurs : les arbitres sont issus de la volonté des opérateurs économiques, sont dépendants de leurs respects des procédures de l'arbitrage et enfin, ne disposent pas de mécanismes permettant de forcer l'exécution de leurs décisions. Puisqu'il n'existe pas d'entités supérieures au sein du groupe, seul le groupe lui-même peut détenir un moyen de coercition de ses membres.

Concrètement, seul le boycott pourrait remplir un tel office : les opérateurs économiques constatant que l'un des leurs se refuse à respecter la *lex mercatoria* et notamment, les sentences arbitrales, pourraient l'exclure des transactions commerciales. Dans le cadre d'une *lex mercatoria* sectorielle, une telle sanction aurait d'autant plus d'effets que le groupe en question est restreint. Par exemple, il a été envisagé l'existence d'une *lex petrolea* à partir des années 70²⁴⁷ et ce droit ne peut concerner qu'un faible nombre d'États et d'opérateurs économiques. Le pétrole est une ressource rare, produit par quelques pays : l'Organisation des pays exportateurs de pétrole n'a que douze pays membres²⁴⁸ et la puissance économique pétrolifère est placée entre les mains des « sept soeurs », les sept grandes compagnies pétrolières occidentales jusqu'en 1959²⁴⁹ avant de se disperser sans jamais totalement cessée d'être concentré entre les mains de quelques-unes en raison de l'importance de la masse critique nécessaire pour être actif dans l'extraction et la distribution du pétrole. Dans un tel contexte, il serait alors possible d'imaginer un système de boycott lorsque l'un des partenaires ne respecte pas la *lex mercatoria*.

Mais outre le fait qu'il serait extrêmement difficile de mettre en œuvre un tel mécanisme, il ne pourrait être assimilé à une sanction juridique. En effet, une sanction juridique doit être immanente et socialement organisée et si l'immanence d'un boycott ne fait aucun doute, son caractère socialement organisé ne peut être constaté. En effet, la contrainte du boycott n'est pas monopolisée par une institution qui suppose une différenciation entre les sujets et l'institution²⁵⁰ mais au contraire, laissée à la libre-appréciation des membres de la communauté marchande. L'institution monopolisant la coercition peut être le groupe lui-même mais pour que cela soit le cas, il faut que le groupe opère de façon distincte des volontés de chaque acteur. Or, ici, ce n'est pas le cas : les sentences arbitrales ne prévoient et n'ordonnent pas de telles sanctions ; rien ne contraint les tiers au litige à boycotter celui qui le perd et s'ils le font, c'est en raison soit d'un calcul rationnel qui leur indique que tels opérateurs ne respectent pas les règles du jeu et qu'il faut dès lors, éviter de faire des affaires avec eux, soit en raison d'une forme de réprobation au sens où le groupe réprouvant le comportement d'un pair, refuse de maintenir des relations avec cette entité stigmatisée, connue pour sa déloyauté. Dès lors, elle ne saurait être considérée comme socialement organisée et revêtir le caractère d'une sanction juridique : il s'agit plutôt d'une sanction proche de la réprobation sociale qui frappe celui qui manque aux règles morales.

Le boycott ne peut convenir en tant que moyen de coercition pour l'exécution de la *lex mercatoria* et aucun autre moyen interne au groupe des marchands ne donne satisfaction. L'absence

²⁴⁷ Alfredo De Jesús, « The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society », *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, vol. 1, n° 1, 2012, p.5 [En ligne] <http://www.adejesus.com/pdfs/DE%20JESUS%20O.%20Alfredo%20-%20The%20Prodigious%20Story%20of%20the%20Lex%20Petrolea%20and%20the%20Rhinoceros.pdf> [Consulté le 22 juillet 2014]

²⁴⁸ [En ligne] http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.html [Consulté le 12 décembre 2014]

²⁴⁹ Georges Corm, *Le Proche-Orient éclaté (1956-2007)*, Paris : Gallimard, 2007, p.315

²⁵⁰ Max Weber, *Economie et société - Tome 1 : les catégories de la sociologie*, Paris : Plon, 1985, p.72

d'entités disposant d'une prévalence sur la société des marchands est-elle problématique pour qualifier l'ordre mercatique d'ordre juridique transnational ? Il n'existe pas de technique d'exécution forcée en droit international²⁵¹ puisque les États souverains sont aussi égaux entre eux et qu'il n'y a pas d'institution centrale dans l'ordre juridique international. Pour autant, cela n'a pas empêché Santi Romano dont la thèse institutionnaliste repose sur la prééminence de l'institution sur le groupe, d'admettre l'existence d'un ordre juridique international²⁵². L'ordre mercatique pourrait être dans la même situation et l'absence de technique d'exécution forcée ne serait pas alors problématique en soi.

Cependant, l'ordre juridique mercatique est dans une situation différente de l'ordre international à double titre. D'abord, le droit international général ne dispose pas d'une institution centralisée capable de mettre en œuvre une exécution forcée des obligations des membres de la communauté internationale mais possède cependant, des moyens de coercition au sens où les techniques des représailles ou des contre-mesures sont des biais par lequel la communauté internationale parvient – en principe du moins – à obliger les États à respecter le droit international²⁵³. Or, ces techniques sont à la différence du boycott commercial, socialement organisées au sens où des règles indépendantes des États en tant que telles, viennent encadrer et organiser la coercition. C'est le cas au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) puisque l'article 22§1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends prévoit que :

« La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable »²⁵⁴.

Ici, les mesures visant à contraindre l'État récalcitrant à respecter le droit de l'OMC sont organisées par des règles qui en confèrent le monopole aux États et à l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui doit prendre des décisions ou des recommandations avant une mise en œuvre de la coercition. Il y a donc des règles qui organisent ce monopole et que l'on retrouve dans le droit international général : il y a une canalisation des contre-mesures, le droit international général fixant des conditions pour les utiliser²⁵⁵ tandis que certains auteurs voient dans la

²⁵¹ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e édition, Paris : LG.D.J., 2009, p.102 et Raphaël Rivière, *Droit international public*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2013, p.12 et suiv.

²⁵² Santi Romano, *L'ordre juridique, op.cit.*, p.83

²⁵³ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, op.cit.*, p.210 et suiv. et Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p.1058

²⁵⁴ Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends [En ligne] http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf [Consulté le 22 juillet 2014]

²⁵⁵ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public, op.cit.*, p.221 et suiv.

responsabilité la sanction du droit international, sanction qui pourrait alors reposer sur des juridictions²⁵⁶.

Cette organisation du monopole de la coercition ne se retrouve pas dans l'ordre mercatique puisque le boycott est laissé à la libre-appréciation des opérateurs économiques. Il n'y a donc pas de pouvoir de coercition autonome qui permettrait de faire respecter les règles mercatiques. Or l'existence d'une coercition est l'une des conditions d'existence d'un ordre juridique selon la définition wébérienne. Donc, il faut conclure à l'inexistence d'un ordre juridique propre à la *lex mercatoria*.

La seconde différence réside dans le fait que l'intégralité des exécutions forcées des sentences arbitrales passent par les ordres étatiques puisque les entreprises ou les États font exécuter les sentences arbitrales dans les ordres étatiques notamment par la saisie de bien. Au contraire, le droit international dispose en son sein, des moyens de sanctionner ses normes. Cela signifie que l'appareil de coercition chargé de faire respecter la *lex mercatoria* est celui des ordres étatiques, l'appareil de coercition étant alors à l'extérieur de la communauté marchande. Il n'est en soi pas déterminant que les sentences arbitrales aient besoin de règles des ordres étatiques pour être appliquées²⁵⁷. Il est par contre beaucoup plus problématique, de constater que le supposé ordre juridique ne dispose pas en son sein, des moyens de faire respecter ses règles et doivent faire appel à l'appareil de coercition étatique. Dès lors, il faut rejoindre la conclusion du professeur Sur : il y a bien des règles produites par des entités non-étatiques mais celles-ci sont réceptionnées puis sanctionnées au sein des ordres étatiques sans qu'il soit possible d'identifier un ordre mercatique distinct. Cela conforte l'interprétation de la *lex mercatoria* comme un corps de règles existant dans une multitude d'ordres étatiques²⁵⁸.

²⁵⁶ Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, *op.cit.*, p.486 et suiv. et Emmanuel Decaux et Olivier de Frouville, *Droit international public*, 8^e édition, Paris : Dalloz, 2012, p.107 et suiv.

²⁵⁷ *cf.i infra*

²⁵⁸ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, p.9-10

Si la *lex mercatoria* symbole des thèses transnationalistes ne parvient pas à se constituer comme un ordre juridique parfait, autopoïétique et ainsi, indépendant des ordres étatiques, d'autres ordres transnationaux y parviennent : les droits religieux comme le droit canonique ou la *shari'a* ; les droits de groupes criminels particulièrement structurés comme les mafias du sud de l'Italie ou albanaise ; les droits coutumiers notamment sud-américains ; l'ICANN qui dispose d'un système de droit complet, lui permettant d'influer sur l'ensemble du réseau Internet ; la *lex sportiva*, enfin, qui malgré un défaut dans l'exécution des sentences du TAS, est en voie d'autonomisation.

L'ensemble de ces ordres repose sur un droit produit par des sources non-étatiques et s'appliquant en dehors des frontières des États ainsi que d'un appareil de coercition lui aussi, indépendant des ordres étatiques. Ils constituent donc, des atteintes positives au monopole étatique sur la production normative : le droit ne saurait être réduit à l'État dans le contexte transnational.

Mais dans ce paysage de droit hors de l'État, un point apparaît : l'échec de la *lex mercatoria* à constituer un ordre juridique parfait, réduit considérablement la portée de ces ordres transnationaux. Très localisés – c'est le cas des droits coutumiers -, ne concernant que des aspects spécifiques de la vie commune – la *lex sportiva* ou le droit de l'ICANN - ou ne touchant qu'une portion nécessairement congrue de la société comme celui des groupes criminels, ces ordres ont une portée réduite. Seuls les droits religieux constituent une véritable concurrence aux droits étatiques en détenant un corpus de normes allant du droit de la personne au droit pénal et en touchant un nombre important de fidèles. Si le monopole étatique sur la production normative est une fiction, il n'en demeure pas moins que la mainmise de l'État sur le droit reste prégnante.

Surtout, dans un contexte censé voir disparaître l'État, dans une ère post-étatique où émergerait un droit global issu de la société civile, ce sont les droits les plus anciens, ceux qui historiquement ont toujours concurrencé l'État qui sont de véritables alternatives aux droits étatiques : la *lex mercatoria* ou la *lex sportiva* n'ont pas leurs propres moyens de coercition tandis que les droits religieux, coutumiers ou criminels sont eux aptes à contraindre leurs sujets à respecter leurs normes. Seul, le droit de l'ICANN, embryon d'une *lex digitalis*, parvient à une telle autonomie grâce à une rupture progressive avec les États-Unis²⁵⁹. L'émergence d'un droit global ayant dépassé les États est peut-être un phénomène limité.

Ces deux perspectives complémentaires – maintien du droit étatique et émergence limitée du droit global – nécessitent d'être interrogées : partant de l'existence positive des ordres juridiques transnationaux, c'est la réalité limitée de ceux-ci qui doit être questionné. Si les conditions d'existence ont pu être établies, c'est désormais celles de leur concrétisation qui doivent être envisagées.

²⁵⁹ Cependant, les discussions sont ouvertes concernant la gouvernance d'Internet entre une renationalisation et une privatisation complète, renationalisation qui pourrait remettre en cause ce schéma transnational.

Titre 2. La concrétisation limitée des ordres juridiques transnationaux

L'une des thèses les plus actives au sein de la pensée politique et juridique est celle d'un déclin de l'État et de son droit et de l'émergence d'autres logiques non plus verticales et autoritaires mais horizontales et coopératives. Une telle tendance conduirait à la profusion des droits transnationaux issus de groupes sociaux transétatiques produits par la mondialisation : du rapprochement des individus, de l'accélération des communications et de la multiplication des contacts internationaux émergeraient des droits nés dans ces nouvelles communautés.

Cette thèse soutenue depuis plusieurs années ne semble pas parvenir à se concrétiser : le livre de référence des professeurs Ost et Van de Kerchove annonçant un chevauchement des paradigmes juridiques date déjà de 2002²⁶⁰. Le réseau global ne parvient pas entièrement à s'écarter de la puissance étatique puisque la *lex mercatoria*, embryon de la thèse globalisante²⁶¹ n'est pas encore parvenue à obtenir un moyen de coercition propre. Enfin, l'émergence de citoyennetés post-étatiques est affirmée depuis les années 90²⁶² et pourtant, les individus restent pour l'essentiel soumis aux ordres étatiques.

Face aux États, les organisations les plus structurées – clergés religieux et groupes criminels – sont aussi les plus anciennes tandis que les organisations coutumières ont tendance à se disloquer. En effet, les identités collectives bien que protégées, paraissent²⁶³ : les grandes sociétés coutumières décrites par Robert Lowie en 1936 dans son *Traité de sociologie primitive*, ont intégré pour une large part, la sphère étatique et sont désormais, des réalités communautaires au sein des États²⁶⁴. *A contrario*, le rapport plus distancié des États à la gouvernance d'Internet peut laisser croire à une évolution vers plus de transnationalité.

²⁶⁰ François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pages

²⁶¹ Il n'est pas neutre que cela soit chez les spécialistes de la *lex mercatoria* qu'a pu apparaître dans le droit international, la thématique du pluralisme juridique déjà présent chez les spécialistes de l'anthropologie juridique. Voir par exemple Philippe Khan, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » in Philippe Fouchard, Philippe Khan et Antoine Lyon-Caen, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982, p.97-107.

²⁶² Par exemple, Jean-Marc Ferry « Souveraineté et représentation » in Mario Telo (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles : 1995, p.93

²⁶³ En 1955, dans *Tristes tropiques*, Claude Lévi-Strauss relatant ses expéditions en 1935 et 1938-1939 constatait la désagrégation de ces structures coutumières (Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, *op.cit.*, p.362)

Le droit transnational n'est pas un droit inexistant et réduire le droit à l'État ne saurait être admis. Mais c'est un droit au périmètre limité, parfois peu consistant. Il faut donc interroger cette consistance et les raisons de cette limitation face aux perspectives globalisantes d'un droit émergent de la société civile globale. La question centrale est alors de savoir pourquoi les droits transnationaux ne parviennent pas à se développer au-delà d'une réalité limitée, pourquoi leurs concrétisations restent réduites à une portion congrue en analysant notamment, les facteurs de cette concrétisation.

Or, la clef de voûte de cette dynamique réside dans la restriction de la concrétisation des ordres transnationaux aux interstices laissés par les droits étatiques. D'abord, l'un des éléments essentiels pour permettre la constitution d'ordres transnationaux est l'existence de communautés non-étatiques disposant d'une emprise suffisante sur ses membres pour les soumettre à une norme juridique : or ces communautés ne peuvent disposer que d'une emprise réduite sur les sujets de droit (Chapitre 1) en raison de l'importance de l'emprise étatique notamment ainsi que de leurs structurations déficientes. Une fois, cette première condition acquise qui dépend déjà de la puissance étatique, ces communautés doivent se déployer dans des espaces transfrontaliers pour qu'ils puissent s'agir d'ordres transnationaux. Ces espaces apparaissent alors comme interstitiels (Chapitre 2), ce qui permet d'interroger le discours relatif à l'émergence d'un droit global et au dépassement des États.

²⁶⁴ Il est vrai cependant que la situation de l'Afrique saharienne et sahélienne et la déréliction des États face à des mouvements transfrontaliers dans ces zones, peuvent être interprétées comme des signes d'une nouvelle transfrontalité. Le cas de l'Union des tribunaux islamiques puis d'Al-Shabbad est éclairant : si ces organisations s'inscrivent dans une tradition ancienne – celle de la *shari'a* –, leurs existences et leurs organisations sont récentes. Il est cependant pour l'instant difficile de savoir si ces mouvements transfrontaliers ont vocation à maintenir leurs transfrontalité ou à fonder leurs propres États sur le modèle de l'État islamique. En effet, dans ce cas, il ne s'agirait pas d'un renversement du paradigme étatique mais d'une tentative de remplacer des États par un autre, confirmant au contraire, ce paradigme.

Chapitre 1. L'emprise réduite des communautés non-étatiques sur les sujets de droit

Ubi societas, ibi jus. Principe fondamental et récurrent des doctrines transnationalistes ou pluralistes, l'équation liant l'existence d'une société à celle d'un droit conduit à considérer qu'à partir du moment où une communauté non-étatique existe, un ordre juridique émerge. Mais cette affirmation simplifiée à outrance, une problématique complexe qu'il faut explorer. En effet, toute communauté n'est pas apte à produire un ordre juridique parfait, autopoïétique : la *lex sportiva* ou *mercatoria* en sont des contre-exemples. Approfondir cette relation entre communauté et droit est donc nécessaire.

Deux constats peuvent servir de point de départ du raisonnement. D'abord, l'existence d'un ordre juridique autopoïétique suppose notamment, l'existence d'un appareil de coercition intégré à cet ordre juridique. Il est donc nécessaire que la communauté d'où émerge l'ordre juridique détienne une certaine emprise sur les individus qui la composent et qui seront les sujets de droit de cet ordre juridique. Ensuite, les ordres juridiques étatiques sont les ordres juridiques les plus développés, détenant les appareils de coercition les plus perfectionnés et à la juridiction la plus étendue et devraient donc disposer de la domination, la plus large. Pour être exact, toute personne physique ou morale est sujette d'au moins un ordre étatique et donc, par hypothèse, est soumise à la domination d'au moins une communauté étatique.

Ces deux constats admis, ils impliquent que l'existence d'ordres juridiques non-étatiques suppose la soumission de personnes à des ordres étatiques et transnationaux, en même temps et que dès lors, des communautés non-étatiques parviennent à se développer et à soumettre des personnes, malgré la présence de l'État. La possibilité de cette soumission pluraliste des personnes apparaît alors comme un facteur essentiel de la concrétisation d'ordres juridiques non-étatiques et notamment, transnationaux.

Le problème est alors de savoir comment s'articule cette relation entre dominations étatiques et non-étatiques et notamment, si les communautés non-étatiques parviennent à une domination suffisante à la mise en place d'un appareil de coercition.

Face à cette interrogation, un premier élément doit être relevé : globalement, sans exercer un monopole, l'État détient une mainmise sur les sujets de droit (Section 1). Pourtant, dans sa forme libérale, l'État laisse des espaces de libertés aux activités humaines, espaces dans lesquels peuvent prospérer les communautés non-étatiques. Pour autant, pour qu'elles puissent mettre en œuvre des ordres juridiques, encore faut-il qu'elles soient suffisamment structurées pour dominer les individus (Section 2). Cette double condition – liberté laissée par l'État et structure des

communautés non-étatiques – explique alors en partie, la faiblesse du développement d'ordres juridiques non-étatiques et notamment, transnationaux.

Section 1. La mainmise étatique sur les sujets de droit

L'État a laissé une plus ou moins grande liberté aux activités des personnes physiques ou morales. Cette variation est alors l'une des conditions de concrétisation des ordres transnationaux : plus l'État laisse des activités loin de son emprise, plus les ordres non-étatiques et en particuliers transnationaux peuvent se développer. Ce lien entre emprise étatique sur le sujet de droit et développement de droits non-étatiques peut être étudié au travers de la figure paroxysmique de l'État totalitaire (§1). Aujourd'hui, l'État dans sa forme libérale contemporaine, laisse une part de libertés aux individus permettant le développement de communautés non-étatiques, qui n'est cependant que limitée (§2).

§1. L'emprise paroxysmique des États totalitaires sur les individus

L'analyse arendtienne du système totalitaire caractérise ces systèmes par leur vocation à modifier l'être humain de manière à ce qu'il devienne le vecteur de la loi de la Nature ou de l'Histoire²⁶⁵. Une telle vocation oblige l'État totalitaire à se saisir de chaque aspect des êtres humains par le biais d'une domination totale : elle implique de contrôler les activités publiques de l'homme mais aussi sa vie privée, ses pensées ou sa conscience grâce à l'endoctrinement idéologique et à la terreur²⁶⁶.

Une telle présentation a subi des critiques importantes qui cherchèrent à nuancer l'analyse en soulignant la distance entre le discours idéologique et le comportement des acteurs mais elle permet de décrire efficacement la propension des régimes totalitaires à s'infiltrer dans chaque aspect des vies humaines.

Ainsi, parmi les trois lois de Nuremberg, les lois sur la citoyenneté du Reich et pour la protection du sang allemand et de l'honneur allemand du 15 septembre 1935 et leurs décrets d'application furent la conséquence des conceptions raciales et eugénistes du régime nazi²⁶⁷. Ces textes définirent la notion de Juif, encadrèrent les règles du mariage en fonction de la race et

²⁶⁵ Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme – Le système totalitaire*, Paris : Gallimard, 2002, p.284 et suiv.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.242

prohibèrent certaines relations sexuelles entre un Juif et un membre de la race aryenne²⁶⁸. De telles dispositions supposent un contrôle très poussé des États puisqu'elles impliquent de contrôler la généalogie des individus ainsi que leurs vies intimes.

D'autres dispositions allèrent plus loin : les régimes totalitaires développèrent des dispositions pénales sanctionnant les pensées des individus au sens où la simple croyance en des opinions pouvaient justifier une condamnation. Hannah Arendt remarque ainsi que les lois des régimes totalitaires se faisaient l'expression des lois de la Nature ou de l'Histoire à la base des idéologies totalitaires : dès lors, le coupable est celui qui s'oppose à ces lois et à leurs mouvements, même s'il ne s'agit que de ses pensées²⁶⁹. Ainsi, l'État stalinien lors de la Grande Terreur de 1930-1934 opéra une purge des instances étatiques et du parti éliminant toute forme d'oppositions politiques par le biais des procès de Moscou où fut sanctionnée toute pensée anti-soviétique²⁷⁰ tandis qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, furent envoyés dans les camps, les citoyens soviétiques espérant une amélioration du régime en raison de la victoire²⁷¹, la sanction ne concernant là encore qu'une pensée.

Ces dispositions n'étaient pas littéralement appliquées au sens où elles servirent souvent à sanctionner puis à éliminer des opposants au régime et notamment, certains de ses hiérarques sans preuve de fautes de conscience. Mais malgré cette utilisation distincte de l'objectif initial, l'existence d'une telle législation démontre au moins sur le plan idéologique – et le problème est alors de comprendre la distance qui pouvait exister entre le discours totalitaire et la réalité de ces États – que le système totalitaire cherche à appréhender le moindre aspect de l'individu et constitue alors une expérience politique totale d'emprise du système sur l'individu visant à sa destruction. C'est cette volonté de contrôle et de destruction de l'être humain jusque dans ses retranchements les plus intimes qui constitue l'essence selon l'analyse arendtienne, du système totalitaire.

Cette situation des régimes totalitaires a des conséquences au regard de la problématique des droits hors de l'État. Ordres recherchant le contrôle systématique de l'individu, les systèmes juridiques de ces régimes ne peuvent accepter la compétition d'autres ordres : ils doivent être la seule norme contrôlant la vie individuelle. Ainsi, alors que les régimes libéraux avaient peu ou

²⁶⁷ Cornelia Essner, « Qui sera Juif ? La classification "raciale" nazie des "lois de Nuremberg" à la "conférence de Wansee" », *Genèse*, vol.21, 1995, p.4

²⁶⁸ Roderick Stackelberg et Sally A. Winkle, *The Nazi Germany Sourcebook : an Anthology of Text*, Abingdon : Routledge, 2002, p.185 et suiv.

²⁶⁹ Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme – Le système totalitaire*, *op.cit.*, p.289

²⁷⁰ Voir à ce sujet, Michel Heller et Aleksandr Nekrich, *L'utopie au pouvoir – Histoire de l'U.R.S.S. de 1917 à nos jours*, Paris : Calmann-Levy, 1982, p.251-258

²⁷¹ *Ibid.*, p.410

prou, ignoré les mafias dans le sud de l'Italie, l'État mussolinien ne pouvait accepter une telle situation : « comme tout régime totalitaire, le régime fasciste ne pouvait tolérer qu'une organisation privée concurrence l'État sur son propre territoire »²⁷². Se développa alors sur cette base, une propagande particulièrement redoutable affirmant la volonté du nouvel État de supprimer ces organisations. Si malgré cette propagande la réussite du projet fasciste d'éradication des mafias ne fut pas à la hauteur²⁷³, il n'empêche qu'elle traduit un élément cardinal des régimes totalitaires : en tant qu'expériences politiques totales, visant à contrôler l'intégralité des vies humaines, ils ne peuvent accepter le rattachement de leurs sujets à d'autres communautés telles que les organisations criminelles. Le sujet de droit d'un régime totalitaire ne peut appartenir qu'à une seule communauté, celle de son État, ce qui se traduit concrètement par la multiplication des groupes auxquels ses citoyens doivent allégeance – organisation de jeunesse, partis uniques, etc.

Les ordres religieux subirent le même sort dans les systèmes totalitaires. Les Églises s'opposèrent à ces systèmes et furent combattues : du nazisme au stalinisme, les communautés religieuses ne pouvaient être tolérées en ce qu'elles permettaient à l'individu d'échapper à la mainmise de l'État²⁷⁴.

L'un des exemples concrets de cette situation peut être trouvé dans la Révolution française. Très rapidement, la Révolution eut pour objectif central de régénérer l'homme, de former un nouvel homme²⁷⁵. Une telle prétention conduit le régime qui se la donne, à légiférer pour contrôler jusqu'aux pensées privées des individus et c'est l'un des objets de la loi des suspects qui inaugure la Terreur. L'article 2 de ce décret du 17 septembre 1793 déclare suspect ceux

« qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme et ennemis de la liberté, ceux qui ne pourront pas justifier, de la manière prescrite par le décret du 21 mars dernier, de leurs moyens d'exister et de l'acquit de leurs devoirs civiques ; ceux à qui il a été refusé des certificats de civisme, les fonctionnaires publics suspendus ou destitués de leurs fonctions par la Convention nationale ou par ses commissaires et non réintégrés, ceux des ci-devant nobles, ensemble les maris, femmes, pères, mères, fils ou filles, frères ou sœurs, et agents d'émigrés, qui n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la Révolution, ceux qui ont émigré dans l'intervalle du 1er juillet 1789 à la publication du 30 mars - 8 mars 1792, quoiqu'ils soient rentrés en France dans le délai prescrit par ce décret ou précédemment ».

²⁷² Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, op.cit., p.126

²⁷³ *Idem*

²⁷⁴ Pour un exemple de la lutte d'un État totalitaire contre l'Église, voir Michel Heller et Aleksandr Nekrich, *L'utopie au pouvoir – Histoire de l'U.R.S.S. de 1917 à nos jours*, op.cit., p.113-119

²⁷⁵ Mona Ozouf, « La Révolution française et la formation de l'homme nouveau », in Mona Ozouf, *L'homme régénéré – Essais sur la Révolution française*, Paris : Gallimard, 1989, p.116. Point important, il y a lieu de relever que cette prétention concerne la doctrine la plus radicale de la Révolution, celle notamment de la Terreur et que des différences sensibles ont existé selon les époques et les régions concernées.

Ces suspects qui finalement sont « le royaliste, le violent, la « sangsue du peuple », le factieux, l'indifférent »²⁷⁶ peuvent être arrêtés et condamnés sans preuve matérielle : la simple expression – voire la non-expression dans le cas de l'indifférent – légitime la condamnation. La Terreur est ensuite institutionnalisée au printemps 1794 avec la loi du 22 Prairial : son article 4 confère au Tribunal, la fonction de « punir les ennemis du peuple »²⁷⁷ : punir les ennemis du peuple, c'est alors prétendre entrer dans les consciences de chacun pour juger leurs pensées ou pour reprendre le mot de Saint-Just : « Vous avez à punir non seulement les traîtres mais les indifférents même ; vous avez à punir quiconque est passif dans la République et n'a rien fait pour elle »²⁷⁸.

L'objet de cette Terreur était bien sur, de lutter contre les ennemis de la Révolution mais aussi d'accélérer la régénération de l'homme²⁷⁹. Or un discours politique relatif à l'homme régénéré, tend vers un contrôle total des individus : l'homme nouveau ne peut être qu'un citoyen de la République et ne peut plus appartenir à des communautés particulières notamment religieuses; il n'est plus catholique, protestant, noble, du tiers, breton ou bourguignon, il doit être citoyen. Cette volonté d'unité apparaît sur le plan constitutionnel : tous les constitutions révolutionnaires (1791, 1793, an III²⁸⁰) ainsi que la Déclaration de la Convention nationale du 25 septembre 1792²⁸¹ déclarent la République une et indivisible. Cette formule de l'unicité et de l'indivisibilité dont les constitutions postérieures ont hérité, traduisait une volonté d'uniformité des citoyens²⁸² qui était absente des Déclarations des droits américaines²⁸³.

²⁷⁶ Antoine Boulant, « Le suspect parisien de l'An II », *Annales historiques de la Révolution française*, vol.280, n°2, 1990, p.187

²⁷⁷ François Furet, « La Terreur » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.160

²⁷⁸ Louis-Antoine de Saint-Just, « Rapport fait au nom du Comité de salut public par le citoyen Saint-Just sur la nécessité de déclarer le gouvernement provisoire de la France révolutionnaire jusqu'à la paix. 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793). », *Le droit politique* [En ligne] <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article115> [Consulter le 12 décembre 2014]

²⁷⁹ A ce sujet, voir Mona Ozouf, « La régénération » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.821-831

²⁸⁰ Voir le Préambule et le Titre 1er de la Constitution du 3 septembre 1791 (Constitution du 3 septembre 1791 in Stéphane Rials, *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.4), l'article 1er de la Constitution du 24 juin 1793 (Constitution du 24 juin 1793 in Stéphane Rials, *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.15) et l'article 1er de la Constitution du 5 Fructidor an III (Constitution du 5 fructidor an III in Stéphane Rials, *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.19).

²⁸¹ Déclaration de la Convention nationale du 25 septembre 1792, in Jean-Marie Carbasse et Guillaume Leyte, *L'État royal, XIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris : P.U.F., 2004, p.246

²⁸² Benjamin Constant, « De l'uniformité » in Jean-Marie Carbasse et Guillaume Leyte, *L'État royal, XIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris : P.U.F., 2004, p.247

²⁸³ L'article 1er de la Déclaration des droits de l'État de Virginie du 12 juin 1776 prévoit que les hommes sont libres et indépendants et n'ont donc pas à être uniformes (Déclaration des droits de l'État de Virginie du 12 juin 1776 in Julien Boudon et Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.26) tandis que le préambule de la Déclaration d'Indépendance des États-Unis laisse les hommes libres de rechercher le bonheur, là encore sans que l'État ne puisse s'immiscer dans ces questions (Déclaration de l'Indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 in Julien BOUDON et Stéphane RIALS, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.25) et que le *Bill of Rights* notamment le Premier Amendement avec la liberté de conscience garantit la non-immixtion de l'État dans la vie privée des individus (Constitution du 17 septembre 1787 in Julien Boudon et Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.35-53). Pour la différence entre les Révolutions françaises et américaines sur ce point et notamment la dimension totalitaire de la Révolution

Pour atteindre ce vœu d'uniformité, il faut contrôler les actes mais aussi, les pensées des individus : être capable de le forger en chaque instant pour être l'homme tel que conçu par la Révolution. Cette logique explique l'importance que pris la question de l'école et de l'enseignement dans le discours révolutionnaire²⁸⁴ mais aussi l'opposition à l'Église. La communauté républicaine doit contrôler la conscience de l'individu qui doit être formé – ou qui est formé par la Révolution selon la conception du temps adopté par les révolutionnaires²⁸⁵ - et la France pour appartenir entièrement à cette communauté, doit être déchristianisée²⁸⁶. Cette déchristianisation traduit un point capital pour une partie de la doctrine révolutionnaire : l'identité de l'individu doit être réduite à sa citoyenneté et ne peut alors, appartenir à une autre communauté telle que l'Église qui le définirait en tant que baptisé ; cette exclusion de la communauté catholique – au moins de principe puisqu'en pratique, les différences au sein de la Révolution entre les régions et les périodes furent très importantes – conduit alors *de facto*, à une suppression du droit canonique qui ne peut plus prétendre régenter les vies individuelles.

Cette situation particulière des États totalitaires ou ayant vocation à contrôler chaque aspect de la vie individuelle montre le lien entre acceptation de la pluralité des communautés et ordres juridiques non-étatiques. En définissant totalement l'individu qui n'a plus alors qu'une identité – celle que lui confère son État -, l'État élimine toute appartenance à une autre communauté et est alors un facteur de suppression des ordres juridiques transnationaux, la communauté sur laquelle celui-ci se fonde n'ayant plus d'existence concrète. Sans être une condition d'existence des droits transnationaux – pour le droit canonique, les citoyens baptisés et soumis à un régime totalitaire, étaient encore soumis au droit canonique -, cette mainmise étatique est un facteur essentiel de leur concrétisation. Cependant, il importe de relever que cette mainmise n'est pas nécessairement concrétisée. Le maintien des mafias malgré la propagande mussolinienne ou des prêtres non soumis à la République, montre l'écart qu'il existe entre le discours et la réalité de la soumission totale de l'individu. De même, à l'époque contemporaine, la Corée du Nord qui a un discours totalitaire, tolère la présence de l'Eglise catholique avec une association des catholiques nord-coréens et une

française, voir Hannah Arendt, « De la Révolution », in *L'Humaine Condition*, Paris : Gallimard, 2012, p.325-585

²⁸⁴ A ce sujet, voir Mona Ozouf, « La régénération », *loc.cit.*, p.825 et suiv.

²⁸⁵ Mona Ozouf, « La Révolution française et la formation de l'homme nouveau », *loc.cit.*, p.132 et suiv.

²⁸⁶ Sur les étapes de ce processus et les différents événements l'ayant marqué, voir Mona Ozouf, « Déchristianisation » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.51-62

liberté religieuse reconnue en principe²⁸⁷ : s'il y a des persécutions, cela montre aussi l'incapacité d'un régime totalitaire à parvenir à son objectif de contrôle total.

A partir de ces singularités historiques, il faut se concentrer sur la forme de l'État libéral. En effet, les régimes totalitaires définissent chaque parcelle de l'homme et donc lui interdisent toute appartenance à une autre communauté, ce qui en droit se concrétise par des lois s'insérant dans les intimités et par une faiblesse des droits non-étatiques liée à un affaiblissement des communautés non-étatiques. L'État libéral opposé à l'État totalitaire, se définit au contraire, par les limites de son action, limites qui permettent le maintien d'autres communautés notamment transnationales, qui pourront alors émettre des normes. Mais malgré cette liberté, ce développement n'est que limité et les États continuent de disposer d'une mainmise sur les individus.

§2. *Le développement limité des communautés transnationales dans les États libéraux*

La figure de l'État libéral a fait l'objet d'une importante littérature qu'il ne s'agit pas ici de reprendre. Plus simplement, il faut partir d'un constat : l'État tel que conçu dans une grande partie des États contemporains – et tel que le discours officiel dans une autre partie des États le conçoit – ne régleme pas toutes les activités humaines. Cette limitation peut exister au nom d'un libéralisme politique – la logique des droits de l'homme commande notamment, le respect d'une sphère de liberté individuelle face à la puissance étatique – ou économique puisque des pans entiers de l'économie ne sont pas réglementés par les États et notamment, les activités économiques internationales. L'État libéral permet alors un pluralisme sociologique, une appartenance plurale de l'individu à des communautés offrant un cadre à l'émergence de droits non-étatiques.

Ces zones de libertés ont une conséquence : en leurs seins, les personnes physiques ou morales sont libres d'appartenir à des communautés qui les régletteront, permettant ainsi l'émergence de normes non-étatiques et notamment, transnationales. Plusieurs exemples de ce lien peuvent être trouvés. Le fait que les mafias italiennes se soient développées à partir de 1860 sur la base de la fin de la féodalité, du capitalisme et du libéralisme politique²⁸⁸ en est un : le libéralisme en ce qu'il contrôle moins l'activité humaine, permet aussi le développement de structures

²⁸⁷ Dorian Malovic, « En Asie, le pape pasteur et diplomate. Vu de Pyongyang. La Corée du Nord, un désert religieux », *La Croix*, publié le 18 août 2014 [En ligne] <http://www.la-croix.com/Archives/2014-08-18/En-Asie-le-pape-pasteur-et-diplomate.-Vu-de-Pyongyang.-La-Coree-du-Nord-un-desert-religieux-2014-08-1193616>[Consulter le 12 décembre 2014] De la même façon, la Corée du Nord voit ses noms de domaine gérés par l'ICANN (Sébastien Seibt, « Extensions, Internet : l'Icann à la rescousse de l'Iran, la Syrie et la Corée du Nord », *France 24*, publié le 1er août 2014 [En ligne]<http://www.france24.com/fr/20140801-icann-iran-syrie-coree-nord-nom-domaine-extension-attentat-justice-internet-familles-victimes/> [Consulter le 12 décembre 2014])

²⁸⁸ Jean-Yves Frégné, *Histoire de la Sicile : de l'origine à nos jours*, Paris : Fayard, 2009, p.369

criminelles disposant de règles privées. Les droits fondamentaux consacrent la liberté de conscience, l'État ne pouvant pénétrer dans ces aspects privés : dès lors, les communautés religieuses peuvent exister pour diriger les consciences de leurs fidèles et les droits religieux sont alors libres de se développer. Deux exemples peuvent cependant retenir l'attention : celui des droits coutumiers amérindiens et celui de la *lex mercatoria*. Ces exemples permettent de montrer un phénomène essentiel : si le libéralisme contemporain permet effectivement l'existence de communautés et de relations transnationales, facteur de l'émergence de droits transnationaux, il n'en demeure pas moins que l'État conserve le contrôle des sujets de droit dans la majorité de leurs activités.

La relation entre les autorités étatiques françaises et les droits coutumiers en Guyane est remarquablement instructive quant au rapport entre un État libéral et des communautés coutumières. Cette relation a évolué traversant des phases de découvertes, de conflits ou des politiques d'assimilation mais aujourd'hui, elle s'est stabilisée. L'État, ses représentants ainsi que ses démembrés ne nient pas l'existence de communautés coutumières et ne cherchent plus à les supprimer en intégrant chacun de ses membres dans une identité nationale unique largement mythifiée. Au contraire, une politique de protection de ces communautés notamment amérindiennes a été mise en place dans le cadre du Parc amazonien de Guyane (PAG). Par exemple, lorsque l'Office nationale de la chasse et de la faune sauvage a mené des contrôles dans le territoire amérindien, des pratiques de chasse illégales – notamment, la chasse d'animaux protégés – sont apparues. Le PAG a alors répondu en soulignant que ces pratiques correspondaient à des traditions culturelles et en militant pour une évolution de la réglementation intégrant la protection des coutumes²⁸⁹. À côté de ce relâchement de la politique d'identité unique, les identités locales – amérindiennes, créoles, noirs marrons, voire « guyanaise »²⁹⁰ - se manifestent de plus en plus et tentent de s'intégrer dans le jeu politique local pour modifier les politiques étatiques. Il y a donc, une admission de cette pluralité des identités individuelles et une intégration au sein de l'État de cette réalité. Cette situation est rendue possible par le libéralisme de l'État. En effet, les idées libérales laissant l'individu s'auto-organiser en communauté et considérant que plusieurs identités et plusieurs appartenances communautaires sont admissibles, sont au fondement du multiculturalisme qui émerge dans la société guyanaise²⁹¹. Cela permet l'existence de ces communautés coutumières

²⁸⁹ Aa. Vv. « PAG : des contrôles "inopportuns" », *France-Guyane*, n°7784, édition du samedi 16 août et dimanche 17 août 2014, p.6

²⁹⁰ Gérard Collomb et Marie-José Jolivet, « Introduction - Entre affrontement et "communauté de destin" : les voies du multiculturalisme » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.8 et suiv.

²⁹¹ Voir à ce sujet Gérard Collomb, « Les avatars du "multiculturalisme" » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.22-24

transnationales puisque l'individu outre son rattachement à l'État par le biais de la citoyenneté peut appartenir à d'autres groupes transnationaux qui pourront alors lui appliquer leurs propres jeux de normes.

Deux remarques sont indispensables après ce constat global. D'abord, cette situation multiculturelle a des conséquences juridiques. Ne niant plus l'existence de communautés coutumières, l'État est soumis à une pression importante pour accepter ces normes coutumières ainsi que le conflit autour de la chasse coutumière le montre puisque la position du PAG vise à faire reconnaître dans la réglementation, cette liberté. Deux possibilités sont alors ouvertes à l'État : indifférence face à l'existence de la norme coutumière et confrontation lorsque la norme coutumière s'oppose à la norme étatique. En pratique, il apparaît que l'indifférence est la situation la plus répandue, ce qui permet le maintien de ces coutumes et de ce droit transnational.

La confrontation est d'autant plus réduite – et c'est la seconde remarque – que ces coutumes sont généralement limitées à une portion congrue, en raison de la déliquescence des communautés coutumières. Claude Levi-Strauss constatait la perte de consistance des tribus amérindiennes qui, de grands ensembles constitués de plusieurs milliers de personnes, avaient évolué vers des groupes de quelques dizaines d'individus.

« Les civilisations que [ceux qui mirent le pied sur le territoire brésilien il y a quatre cents ans] furent les premiers à considérer s'étaient développées selon d'autres lignes que les nôtres, elles n'en avaient pas moins atteint toute la plénitude et toute la perfection compatible avec leur nature, tandis que les sociétés que nous pouvons étudier aujourd'hui [...] ne sont plus que des corps débiles et des formes mutilées »²⁹².

Ces sociétés déstructurées²⁹³ ne sont plus capables de produire des normes et s'en remettent à des règles ancestrales sans qu'un pouvoir de coercition réellement efficace ne puisse s'exercer : si le pouvoir magico-religieux des chamanes continue d'être une réalité, il perd de plus en plus de sa consistance ; les coutumes sont de plus en plus ignorées par la jeunesse ou alors, sont revendiquées non en raison de leurs anciennetés mais à cause des avantages qu'elles procurent. Pour autant, des traditions coutumières se maintiennent et il n'y a pas tant de disparition des communautés, que d'un processus de déstructuration avec des tentatives de maintenir cette vie communautaire par le biais notamment de revendications identitaires de plus en plus fortes. Pour autant, cet affaiblissement permet aux États concernés de ne pas laisser totalement échapper à leurs emprises, les individus vivant dans ces communautés : les communautés ne sont plus assez structurées pour assurer seules le contrôle social nécessaire à la vie en société et malgré le libéralisme, l'État peut donc participer à ce contrôle.

²⁹² Claude Levi-Strauss, « Tristes tropiques », *loc.cit.*, p.342

²⁹³ Philippe Descola, « La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique », *loc.cit.*, p.819

La *lex mercatoria* est un autre exemple du lien entre libéralisme et droit non-étatique. En effet, l'une des raisons justifiant l'existence d'un ordre mercatique serait le caractère inadapté des droits étatiques au commerce international et le fait que les États préfèrent laisser les entreprises économiques, s'auto-gérer. Le libéralisme économique des États deviendrait ainsi, un des facteurs de l'émancipation des entreprises face au droit étatique. La réalité est cependant bien plus nuancée. Les États produisent du droit pour réglementer ces activités : droits internes ou conventions internationales à l'instar de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises signée à Vienne, le 11 avril 1980. Il serait erroné de prétendre que les États ne cherchent pas à encadrer ces activités, le libéralisme économique s'exprimant plutôt dans le fait que les normes produites par les États laissent une grande liberté aux entreprises.

Une présentation plus radicale de la *lex mercatoria* affirme que les entreprises s'émancipent volontairement de la juridiction des États. Constituant de véritables pouvoirs économiques privés décrits par le professeur Farjat²⁹⁴, ces grandes multinationales disposeraient d'un pouvoir de confrontation avec les États, le libéralisme économique n'étant qu'une justification *a posteriori* d'un droit conquis par les entreprises. Là encore, une telle présentation ne correspond pas exactement à la réalité : il a en effet, été montré que les États continuent de disposer de la coercition nécessaire à l'application des règles mercatiques, les entreprises ne parvenant pas à se détacher de l'emprise des ordres étatiques. Les entreprises sont donc encore soumises aux États malgré le libéralisme économique dominant et la multiplication des règles étatiques en matière financière au lendemain de la crise économique et financière de 2008 confirme cette logique, l'une des raisons essentielles de cette situation étant le caractère profondément déstructuré de la communauté mercatique.

L'analyse de la situation des États libéraux est donc complexe. Il y a une liberté laissée aux personnes pour s'organiser en raison d'une logique économique ou politique. Cette liberté permet alors la création de communautés distinctes de l'État, ce que refuse un État totalitaire. Pour autant, malgré cette liberté, l'individu reste pour l'essentiel soumis aux États, les communautés coutumières ou mercatiques constituant des exemples de la difficulté pour les personnes physiques ou morales d'échapper à cette emprise. Mais cette difficulté n'est pas une impossibilité : dans certains cas, des communautés non-étatiques notamment transnationales détiennent un certain pouvoir sur l'individu. Cette possibilité suppose une structuration de ces communautés.

²⁹⁴ Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, Paris : P.U.F., 2004, p.68 et suiv.

Section 2. La structure des communautés non-étatiques nécessaires à la domination des sujets de droit

La logique libérale contemporaine permet donc, de créer des interstices dans lesquels les communautés non-étatiques peuvent se développer. Mais ce constat n'est pas suffisant : il ne suffit pas que l'État relâche son emprise pour qu'une communauté non-étatique mette en place un ordre juridique ; il est nécessaire que les communautés non-étatiques disposent de structures permettant la domination, facteur essentiel de la mise en œuvre d'un ordre juridique (§1). Lorsque la communauté est inapte à dominer ses membres, aucun ordre juridique ne peut émerger : c'est le cas de l'ordre mercatique dont les difficultés sont liées à sa faiblesse structurelle (§2).

§1. La possibilité d'une domination des individus par des communautés non-étatiques

Les États contemporains laissent une marge de liberté aux individus pour appartenir à des communautés non-étatiques. Encore faut-il que la communauté en question soit suffisamment structurée pour que l'individu puisse y être soumis et permettre ainsi, la mise en place d'ordres juridiques reposant sur la coercition. Or le fait qu'il puisse y avoir une telle domination des individus par des communautés est dû à la mise en œuvre de plusieurs stratégies par ces communautés non-étatiques permettant de les structurer : légitimation de la domination, mise en place d'institutions ou contrôle de l'identité des individus, par exemple.

La notion de soumission des individus à une ou des communautés est une question essentielle des premiers temps de la sociologie. Deux grandes figures y consacreront une partie de leurs réflexions : Émile Durkheim et Max Weber. Le second eut un impact important par le biais de son analyse de la domination et de la pluralité des légitimations de cette domination.

Selon Weber, la domination est « toute chance qu'a un individu de trouver des personnes déterminables prêtes à obéir à un ordre de contenu déterminé »²⁹⁵. Ce pouvoir contraignant peut avoir trois formes de légitimation : rationnelle, traditionnelle ou charismatique²⁹⁶. Si la première est une prérogative de l'État moderne, il apparaît que l'ensemble des communautés d'où ont émergé des ordres transnationaux utilisent une voire plusieurs de ces formes de légitimation.

²⁹⁵ Max Weber, *Economie et société - Tome 1 : les catégories de la sociologie, op.cit.*, p.285

²⁹⁶ *Ibid.*, p.72

Ainsi, les droits religieux reposent sur des légitimités traditionnelles mais aussi charismatiques voire rationnelles notamment, lorsqu'ils disposent d'un clergé structuré. L'existence d'un individu disposant d'une autorité suprême sur l'appareil ecclésiastique et d'un fort charisme augmente la prégnance de la communauté religieuse sur les individus : l'exemple typique est l'ayatollah Khomeyni dont l'impact charismatique fut tel sur la communauté chiite – allant parfois jusqu'à être identifié à l'Imam caché²⁹⁷ - qu'il put faire basculer le chiisme d'une logique transnationale, à une forme étatique, structurant à ce point le clergé qu'il devint un appareil d'État. La légitimation légalo-rationnelle peut aussi être utilisée par le biais par exemple, de codification du droit canonique qui donne à la structure juridique de l'Église, une valeur et une fonction proches des lois dans l'État tandis que l'organisation bureaucratique des clergés tend à les rapprocher des administrations étatiques²⁹⁸.

De la même façon, les sociétés mafieuses s'appuient sur des légitimités traditionnelles n'hésitant pas à faire remonter leurs organisations à des sociétés très anciennes pour justifier leurs existences : c'est le cas du *kanûn* écrit au XIIe siècle ou des mafias italiennes qui se seraient façonnées en réaction à l'absence ou à l'injustice des pouvoirs publics dans l'Italie pré-unification. Il n'est pas anodin que les mafias albanaises et italiennes s'appuient sur des épisodes traduisant une résistance face à l'opresseur – Turc en Albanie, Français, Espagnol ou des royaumes du Nord, en Italie du Sud – pour créer des mythes liées à leurs naissances : cela permet d'ancrer les mafias dans un humus historique noble²⁹⁹. L'existence de chefs charismatiques n'est pas non plus ignorée puisque la figure du *capo de tutti capi* permet de donner à la mafia sicilienne, une forme de structures particulièrement aboutie ; dépassant les rivalités claniques, légitimant ainsi le pouvoir mafieux en le séparant des contingences des luttes claniques.

Ne pouvant reposer sur une logique charismatique – en l'absence de leader marqué de cette organisation caractérisée par un souci d'indépendance, voire de libertarianisme -, l'ICANN s'appuie sur une légitimation traditionnelle et rationnelle : traditionnelle parce que malgré sa jeunesse, l'ICANN existe depuis 1999, faisant figure de structure ancienne dans cet univers nouveau ; rationnelle car l'ICANN est censé être le meilleur moyen d'assurer l'indépendance de l'attribution de ressources essentielles d'Internet.

Enfin, la *lex sportiva* est intéressante ici car l'un des facteurs de sa difficulté à obtenir un pouvoir de coercition autonome étatique réside dans la difficulté pour les organisations sportives, d'obtenir une légitimation efficace. Ces organisations ne disposent pas de leaders charismatiques et les scandales liés à la corruption ou au dopage, rendent impossibles une légalité rationnelle. Seule,

²⁹⁷ Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIIIe-XXIe*, op.cit., p.222

²⁹⁸ Historiquement, l'organisation du clergé a même été une source d'inspiration pour les administrations royales puis étatiques.

²⁹⁹ Jean-Yves Frégné, *Histoire de la Sicile : des origines à nos jours*, op.cit., p.369

l'ancienneté du CIO, de la FIFA ou de l'UEFA créés respectivement en 1894, 1904 et 1964, est susceptible de constituer une légitimité au sens où les clubs, les individus ou les fédérations se tournent naturellement vers ces structures historiques pour organiser des compétitions, rendant très difficiles la constitution d'organisations parallèles. Mais ce caractère traditionnel des organisations sportives est mis à mal et les critiques se multiplient à l'instar de celles liées à l'organisation des Jeux Olympiques ou de l'attribution de la Coupe du Monde de Football à la Russie ou au Qatar ainsi que par la mise en place de structures parallèles comme l'*International Premier Tennis League* concurrençant l'*Association of Tennis Professionals*.

Outre la légitimation, une communauté est structurée par l'existence d'individus aptes à générer des normes. Howard S. Becker employa l'expression « entrepreneurs de morale » pour désigner ces individus qui cherchent à imposer certaines normes³⁰⁰. Ils sont essentiels à la soumission des individus à la communauté puisqu'ils permettent de produire des normes qui contraindront les comportements et révèlent l'importance de la notion de pouvoir dans la mise en place de normes³⁰¹. Mais ces entrepreneurs de la morale ne peuvent établir que des normes morales qui, si elles disposent de formes de contrainte, ne sont pas sous-tendues par un appareil de coercition qui caractérise le droit. Dès lors sur un plan sociologique, pour qu'une communauté dispose d'un tel pouvoir de coercition, un moyen consiste à institutionnaliser ces entrepreneurs de la morale, qu'ils deviennent des institutions agissant non plus à titre individuels mais selon une dynamique propre en étant des instances spécialisées. L'existence d'institutions au sein de la communauté cherchant à mettre en place des normes est alors un élément essentiel de la structuration de cette communauté de manière à ce qu'elle puisse soumettre ses membres par le biais d'ordres juridiques. Ainsi, l'ensemble des communautés disposant d'un ordre juridique dispose de telles institutions : imams, clergés chiites et catholiques, *cappo* ou chefs coutumiers sont des expressions typiques de telles institutions. Le cas chiite est ici, encore particulièrement évocateur : les *marja'* étant choisis en principe en fonction de leurs savoirs pour représenter l'Imam caché sur terre, c'est bien en raison de leur vocation d'entrepreneurs de morale qu'ils finirent par obtenir, un pouvoir institutionnel.

Enfin, une dernière stratégie pour dominer un individu consiste à définir son identité : l'identité personnelle peut en effet, être un facteur essentiel du contrôle social³⁰². Définir l'identité pour la communauté, c'est affirmer sa supériorité sur l'individu. Dans les communautés

³⁰⁰ Howard S. Becker, *Outsiders – Études de sociologie de la déviance*, Paris : Editions Métailié, 1985, p.171 et suiv.

³⁰¹ Voir à ce sujet Irving Horowitz et Martin Liebowitz, « Social Deviance and Political Marginality : Toward a Redefinition of the Relation Between Sociology and Politics », *Social Problems*, vol.15, 1968, p.280-296

³⁰² Erving Goffman, *Stigmate – Les usages sociaux des handicaps*, Paris : Les Éditions de Minuit, 2012, p.74 et suiv.

transnationales, une telle méthode est particulièrement répandue : les individus sont alors confrontés à des rites initiatiques dans les communautés mafieuses, coutumières ou religieuses ; de nouveaux noms peuvent leur être donnés, des noms liés à une activité criminelle³⁰³ ou à un rite de passage par exemple. D'une manière plus radicale, les noms donnés dans les communautés monacales sont censés dépouiller l'individu de tout rattachement à sa vie passée. Ces méthodes consistent en des abandons des rôles extérieurs offrant la possibilité de créer de nouvelles identités. Il existe ainsi des identités non-étatiques : le libéralisme des États modernes permet aux hommes d'obtenir de telles identités et certaines communautés parviennent à l'imposer à leurs membres qui apparaissent alors comme ayant une identité plurale, se superposant à un continuum biographique unique³⁰⁴ : malgré l'unité de l'individu, plusieurs identités liées à une pluralité de communautés lui sont appliquées.

La mise en œuvre de l'ensemble de ces stratégies permet à des communautés non-étatiques de dominer un individu, domination qui sera alors un facteur essentiel de l'émergence d'ordres juridiques non-étatiques. Une telle situation n'est possible que parce que l'État moderne le permet. La dimension résiduelle des ordres non-étatiques devient donc un élément important de la concrétisation limitée des ordres transnationaux. Il faut cependant, aller plus loin car les ordres transnationaux ne sont qu'une catégorie des ordres non-étatiques : ils se caractérisent par une juridiction s'étendant sur des phénomènes transfrontaliers. Dès lors, il devient nécessaire que les communautés transnationales soient aptes à se déployer dans des espaces transfrontaliers.

Mais avant cela, il faut s'attarder sur deux situations particulières. La première est celle des communautés amérindiennes. Ces communautés mettent en place plusieurs stratégies pour asseoir leur domination sur les individus : légitimité traditionnelle par le biais d'une inscription des normes dans un temps ancestral et charismatique grâce à la puissance du chamane ; existence d'institutions disposant d'un pouvoir de coercition, distincts des individus et identification des membres de la communauté par le biais d'un système spécifique de lignages ou de noms. Malgré cela, la déstructuration de ces communautés a été soulignée. Il est impossible de se prononcer sur l'avenir de ces communautés en raison de la complexité des situations particulières. Il faut simplement relever que la déstructuration progressive des communautés amérindiennes est parallèle à l'affaiblissement des droits coutumiers montrant ainsi le lien entre communautés transnationales et ordres juridiques transnationaux.

Le second cas mérite de plus longs développements en raison de son lien avec le cœur des doctrines globales : c'est celui de la *lex mercatoria*. La faiblesse structurelle de la communauté des marchands doit être directement liée à l'impossibilité de faire émerger un ordre juridique

³⁰³ *Ibid.*, p.76

³⁰⁴ *Ibid.*, p.80

mercatique. Un tel exemple permet alors d'asseoir définitivement le facteur lié à la communauté pour expliquer l'existence d'ordres juridiques transnationaux.

§2. La faiblesse structurelle de la communauté des marchands

Les entreprises internationales ne parviennent pas à se détacher des ordres juridiques étatiques. Malgré une doctrine libérale dominante, les États ne laissent pas totalement libres les entreprises. Surtout, cette société des marchands dont doit être issu l'ordre mercatique n'est pas assez structurée. Cette absence de structuration a alors pour conséquence, d'empêcher la domination des entreprises économiques par une communauté.

Un parallèle doit ici, être fait avec les conclusions de l'anthropologie relatives aux sociétés coutumières. Pierre Clastres a souligné que l'absence de structure par la différenciation des institutions - c'est-à-dire le fait d'apparaître comme des entités distinctes du groupe - dans certaines sociétés, est liée à l'absence de pouvoir de coercition³⁰⁵ et si certaines de ses conclusions peuvent être contestées, force est de constater qu'une société totalement déstructurée ne peut avoir un appareil de coercition apte à faire appliquer des normes juridiques : la domination nécessaire à l'expression de la coercition a besoin d'une structure minimale. Dans une société baignant dans un anarchisme plus ou moins pacifié par l'existence de certaines conventions sociales et intérêts communs, la coercition est impossible.

Or la situation est identique dans la *societas mercatorum* : société anarchique, dominée par la concurrence, cette communauté ne dispose pas d'une cohérence et d'une structure, suffisantes pour créer un ordre juridique. Ce constat décrit par le professeur Lagarde a pour conséquence, l'absence de pouvoir de coercition : s'il y a une sanction pour la violation de la *lex mercatoria*, elle ne pourra venir que de l'ordre étatique – c'est-à-dire d'un ordre produit par une communauté structurée et organisée et donc pouvant disposer d'un pouvoir de coercition – ou d'une forme de boycott qui ne sera qu'une pression sociale laissée à la libre appréciation des opérateurs économiques.

Les raisons de cette absence de structure sont multiples. L'égalité au moins formelle des opérateurs ainsi que la compétition économique qui règnent entre eux sont des facteurs. En outre, les sociétés multinationales ne sont pas réellement détachées de leurs États d'origines. Plus

³⁰⁵ Pierre Clastres, « Échange et pouvoir : philosophie de la chefferie indienne », *loc.cit.*, p.60

précisément, la communauté transnationale des opérateurs économiques n'existe pas ou n'a pas de cohérence car les opérateurs économiques n'ont pas une identité transnationale mais des identités nationales qui s'expriment dans des espaces transfrontaliers. Ne disposant pas d'identité communes, la convergence des intérêts est alors beaucoup plus difficile à réaliser et l'émergence d'une communauté distincte des États impossible.

Cette analyse va à l'encontre de celles qui au contraire, soutiennent que le nouvel ordre mondial est un ordre où les firmes transnationales s'opposent aux États, disposant de logiques propres et permettant alors une privatisation du droit et du pouvoir³⁰⁶. Or force est de constater qu'en réalité, la proximité entre États et firmes multinationales est bien plus grande que ce que pressentent ces présentations, puisque la logique de la confrontation est dépassée par la symbiose des intérêts. Il n'est en effet, pas rare de constater que les firmes mondiales servent très souvent, les intérêts des États dans le cadre de diplomatie aux canaux d'influences variés : les firmes russes ou chinoises choisissent leurs investissements en fonction des intérêts de leurs pays³⁰⁷ ; la puissance des grandes capitalisations boursières américaines sert un *soft power* américain³⁰⁸, utilisant le marché et l'innovation pour s'imposer³⁰⁹ ; la conclusion de contrats par des entreprises suite à une visite officielle, permet d'établir des partenariats stratégiques. Les présidents ou directeurs généraux de ces entreprises, loin d'être détachés des États³¹⁰, y sont intimement liés et le cas des dirigeants français énarques et membres de l'administration en disponibilité en est un bon exemple. Bien sûr, la relation entre les États et ses firmes fonctionnent en sens inverse, les États pouvant leur concéder des avantages importants ou laisser complètement hors de contrôle des pans entiers de leurs

³⁰⁶ Voir par exemple, Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retour du monde. Sociologie de la scène internationale*, op.cit., p.40 et suiv., Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, 2^e édition, Paris : L.G.D.J, 2004, p.107 ou Jean-Marc Sorel, « La constitutionnalisation du droit international : conflits et concurrence des sources du droit ? Fausse querelle, mais vraies questions » in Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.24

³⁰⁷ Voir par exemple, Wladimir Andreff, « Deux types de capitalisme d'État : les firmes transnationales russes et chinoises », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.56-63

³⁰⁸ Il n'est pas inintéressant de constater que la notion de *soft power* s'est imposée dans le cadre du débat de la fin des années 80 et du début des années 90 relatif au déclin des États-Unis. Tandis que de nombreux auteurs « declinists » à la suite du livre de l'anglais Paul Kennedy, *The Rise and Fall of Great Powers* considéraient qu'à l'instar de l'empire britannique au début du XXe, les États-Unis étaient condamnés à décliner, des auteurs « revivalists » essayèrent d'établir qu'en redéfinissant le pouvoir, il était possible de montrer que les États-Unis ont conservé un leadership important. Ainsi, Joseph S. Nye établit-il que les États-Unis ne disposaient plus du *hard power* - c'est-à-dire du pouvoir de contrainte pure – mais d'une influence réelle et effective, le *soft power* (Joseph S. Nye, *Bound to lead. The changing Nature of American Power*, New-York : Basic Books, 1990, p.22). Ce débat a un double mérite. D'une part, il souligne que les thèses relatives au déclin des États sont des thèses anciennes et que la vérification historique des projections montre souvent une incapacité des auteurs à prédire exactement les évolutions géopolitiques. D'autre part, il montre la variété des modalités de la contrainte, la contrainte physique n'étant que l'une d'entre elles.

³⁰⁹ Sur l'importance des intérêts économiques pour la stratégie des États et les relations entre intérêts des États et des entreprises notamment dans les pays émergents, voir Patrick Allard, « Pour une approche stratégique des intérêts économiques », *Revue française d'économie*, vol.23, n°3, 2009, p.161-179

³¹⁰ Voir à ce sujet Antoine Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.185-197

activités³¹¹. Mais ce qui apparaît alors n'est pas une relation d'opposition voire de domination, entre États et multinationales mais celles d'une coopération visant des intérêts communs : les firmes loin de se détacher des États fonctionnent alors sur un mode symbiotique conservant des identités nationales sans parvenir à une identité transnationale.

Cette absence d'identité transnationale est un premier facteur empêchant la constitution d'une communauté transnationale. Un deuxième réside dans la notion même de pouvoir économique. L'idée de pouvoir économique vise à montrer que certaines entités plus ou moins formalisées disposent d'une influence contraignante sur d'autres entités³¹². Or ce pouvoir économique est trop fluctuant pour structurer la société des marchands. Le pouvoir politique capable de produire des normes juridiques, est distinct du pouvoir économique ou pour reprendre la formule de Jürgen Habermas, « le pouvoir politique ne se remplace pas aisément par de l'argent »³¹³. Il y a dans le pouvoir politique, une verticalité opposée à la logique horizontale de la *lex mercatoria* en ce qu'il suppose une différenciation et une permanence des rôles sociaux³¹⁴ que n'est pas capable de produire le monde des entreprises par lui-même.

Il suffit d'observer les variations rapides des positions économiques pour s'en convaincre : les évolutions technologiques, les découvertes de nouvelles ressources, les mouvements financiers ou les changements politiques peuvent faire basculer ces pouvoirs économiques. Ainsi, en raison de nouvelles technologies, des entreprises se développent, s'effondrent et s'absorbent à une vitesse extrême : Kodak, Nokia ou Blackberry, mastodontes économiques avant l'avènement de la photographie numérique ou des smartphones ne sont plus que l'ombre d'eux-mêmes ; Facebook et Google ne sont vieux que d'un peu plus de dix ans tandis qu'Apple, longtemps réduit à des marchés de niches, est devenu la première capitalisation boursière devant Exxon ; les États-Unis en raison de l'exploitation des ressources gazières et pétrolières de leurs territoires, devenues disponibles suites à des évolutions technologiques et des prix du pétrole, ont modifié le paysage énergétique mondial, etc.. Il est vrai cependant que certains secteurs démontrent une plus grande stabilité notamment ceux qui supposent une importance masse critique avant de pouvoir être acteur

³¹¹ C'est le cas du *shadow banking* qui est le fait pour des acteurs non bancaires, d'avoir des activités bancaires de financement. Ces activités ne sont pas alors soumises aux réglementations frappant les acteurs bancaires constituant un système bancaire parallèle en expansion exponentielle (Jean-Pierre Allegret, « Les acteurs financiers de la mondialisation », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.48-49) et sont l'exemple typique d'activités échappant totalement au contrôle étatique. Sur le *shadow banking* voir notamment Tobias Adrians, Adam Ashcraft, Hayley Boesky et Zoltan Pozsar, « Shadow banking », *Revue d'économie financière*, vol.105, mars 2012, p.157-171 et Yamina Tadjeddine, « Le *shadow banking* » in Christian de Boissieu et Jézabel Couppey-Soubeyron (dir.), *Les systèmes financiers – Mutations, crise et régulations*, 4^e édition, Paris : Economica, 2013, p.102-120.

³¹² Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, op.cit., p.68-69

³¹³ Jürgen Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, op.cit., p.78

³¹⁴ *Idem*, p.79

important tels que les filières du nucléaire civil ou des transports. Mais l'exemple des compagnies *low cost* qui en quelques années, ont modifié le paysage des compagnies aériennes dans un marché où pourtant la masse critique est essentielle, montre que la concurrence empêche la permanence nécessaire au pouvoir. Pour mettre en place une domination, il est nécessaire de disposer d'une réalité suffisamment permanente pour pouvoir s'imposer. Ainsi, ces entreprises instables ne peuvent malgré leurs puissances considérables, structurer une communauté économique rendant complexe la constitution d'un ordre juridique.

Non-structurée, la société mercatique est alors dans l'incapacité, de dominer les individus qui la composent et d'imposer une coercition. Un exemple inverse peut servir à illustrer ce point. L'une des manières de légitimer la *lex mercatoria* consiste à la comparer à la loi des marchands des grandes foires du Moyen-Âge³¹⁵: des règles propres à ces foires, distinctes des droits environnants – seigneuriaux ou locaux – permettaient leur développement. Mais à la différence de la *lex mercatoria* moderne, ces droits médiévaux dépendaient des pouvoirs publics : ce sont les seigneurs ou le roi qui accordaient à ces foires, la faculté de mettre en place leurs propres règles³¹⁶. Cette faculté était un élément de stabilité et de verticalité, permettant l'émergence de corporations ou d'organisations stables pouvant structurer la communauté des marchands : ces organisations avaient une existence distincte de ces membres et étaient aptes à permettre la mise en place d'ordre juridique. Les marchands étaient alors dominés par ces communautés avec des juridictions corporatives³¹⁷ et des processus d'exclusions et surtout, d'identification par l'appartenance à la corporation³¹⁸ : c'est parce que le marchand appartenait à ces groupes sociaux qu'il pouvait participer à ces foires et celui qui n'en respectait pas les règles, pouvait être contraint de s'y soumettre grâce à une forme de coercition. La situation est radicalement différente dans le cadre de la *lex mercatoria* moderne : la communauté des marchands non-structurée n'a pas une existence distincte de ses membres puisqu'elle n'est *de facto*, qu'un groupe composé de membres aux intérêts hétérogènes, instable, aux rapports de pouvoirs fluctuants. Aucune institution telle que les corporations marchandes, ne parvient alors à dominer ces individus et ne permet pas la mise en place d'un ordre juridique.

³¹⁵ Pour une telle comparaison, voir par exemple, Philippe Khan, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *Revue de droit McGill*, vol.37, n°2, 1992, p.416

³¹⁶ Jean Bart, « La *Lex Mercatoria* au Moyen âge : mythe ou réalité » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.9-22, spec. p.18

³¹⁷ *Ibid.*, p.19

³¹⁸ L'identification par le biais de la communauté est en effet, un des éléments essentiels de la domination.

Ainsi, il existe une possibilité pour les communautés non-étatiques de dominer des individus, possibilité nécessaire à la mise en place d'un ordre juridique non-étatique. Cette possibilité ne se réalise que dans les espaces laissés vacants par le contrôle étatique et que si la communauté en question est suffisamment structurée. Outre ces deux facteurs de la faiblesse des ordres transnationaux, un autre élément est à prendre en compte : les ordres juridiques transnationaux se caractérisent par une juridiction s'étendant à un ensemble de phénomènes transfrontaliers. Dès lors, la communauté transnationale à la base d'un tel ordre, doit contrôler un espace transfrontalier. La difficulté pour mettre en œuvre cette condition explique là aussi, la faiblesse des ordres transnationaux, puisque ceux-ci ne peuvent finalement contrôler que des espaces interstitiels, délaissés par les ordres étatiques.

Chapitre 2. Les espaces interstitiels contrôlés par les ordres juridiques transnationaux

Lorsque les États leur laissent cette possibilité, des communautés non-étatiques peuvent s'organiser et mettre en œuvre des droits non-étatiques. Mais outre leur source non-étatique, les droits transnationaux se caractérisent également par un champ d'application indépendant des États. Cette juridiction des ordres juridiques sur des phénomènes transfrontaliers a un lien avec la nature des communautés dont elles sont issues : ces communautés doivent se déployer dans un espace transfrontalier.

Or, cette condition doit être liée avec les thématiques relatives à l'émergence d'un droit global. En effet, pour une partie de la doctrine suivant l'exemple de Philip C. Jessup, la mondialisation a permis l'émergence de phénomènes transfrontaliers, émergence qui a permis de mettre en place des droits transfrontaliers. Certains vont plus loin et suggèrent que l'évolution rapide du monde contemporain dans une interpénétration réciproque des sociétés civiles, conduit à la création d'une société globale ou d'un village global. Ce « retournement du monde »³¹⁹ sociologique se traduirait sur le plan juridique, par la mise en place d'un droit global.

Or, au contraire, les relevés relatifs aux ordres transnationaux ont montré d'une part que les ordres existant étaient anciens et constants et d'autre part, que la *lex mercatoria*, embryon de ce retournement puisque liée à l'émergence d'une société des marchands contre l'État, n'est pas un ordre distinct des ordres étatiques. L'idée d'un espace global dans lequel serait en train de se déployer une société globale doit être questionnée au regard de ces constats.

Ces questions amènent à observer que les communautés transnationales se déploient de façon résiduelle (Section 1) : les espaces dans lesquels elles se déploient sont des espaces qui ont pu se constituer contre les États ou parce que ces États les ont laissé faire. Dès lors, la constitution d'un espace global dépassant l'État à court ou moyen terme, apparaît comme une perspective hypothétique (Section 2).

³¹⁹ Selon le titre de Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, *op.cit.*, 238 pages

Section 1. Le déploiement résiduel de communautés transnationales

Un ordre juridique transnational suppose l'existence d'une communauté transnationale. Mais l'examen des ordres existants montre leurs limites et par suite, celles de telles communautés transnationales. Plus exactement, les espaces contrôlés par les communautés transnationales puis les ordres juridiques transnationaux, sont des résidus laissés par les États, soit parce que l'ancienneté de ces communautés a permis la constitution de bulles transfrontalières (§1), soit parce que l'action étatique est inadaptée pour contrôler ces espaces (§2). Dans tous les cas, les ordres juridiques transnationaux qui se fondent sur ces communautés, ne peuvent avoir qu'une concrétisation limitée : c'est alors le dernier facteur expliquant cette existence limitée des ordres transnationaux.

§1. La constitution de bulles transfrontalières par des communautés transnationales anciennes

L'examen des ordres juridiques transnationaux montre qu'à l'exception du droit de l'ICANN, l'ensemble de ces ordres sont anciens, confirmant ainsi que le monopole étatique de la production normative est une fiction. Surtout, il apparaît que cette ancienneté a permis aux communautés qui les composent de se forger à des moments où les États étaient plus faibles, voire inexistants. Cet instant critique de leurs formations a conduit à la création de bulles transfrontalières, d'espaces que les États n'ont jamais réussi à totalement contrôler.

Les ordres coutumiers sont l'exemple le plus net de ce rôle de l'ancienneté. Dans les continents africains ou sud-américains, les tribus et ethnies existèrent avant la colonisation par les États européens. Bien que les recherches archéologiques dans ces pays soient dans une large mesure, incomplètes, l'Afrique eut une histoire politique riche, disposant de structures politico-juridiques complexes. L'empire du *Monomotapa* couvrait une grande partie du sud-est africain du XVe siècle³²⁰ et se délitait jusqu'au XIXe siècle³²¹ tandis que le Royaume du Congo avait des institutions fondées sur une tradition immémoriale lorsqu'ils rencontrèrent les Portugais au XVe³²².

³²⁰ William G. L. Randles, « La fondation de l'empire de *Monomotapa* », *Cahiers d'études africaines*, vol.14, n°54, 1974, p.235

³²¹ Voir à ce sujet, William G. L. Randles, *L'empire du Monomotapa du XVe au XIXe siècle*, Paris-La Haye : Mouton, 1975, 167 pages

³²² Voir à ce sujet, William G. L. Randles, *L'ancien Royaume du Congo, des origines à la fin du XIXe siècle*, Paris : Éditions de l'EHESS, 2002, 275 pages

De même, l'Amérique centrale et du Sud jusqu'à la colonisation connut des empires gigantesques dont les formes les plus abouties furent les empires Inca et Aztèque³²³. Progressivement, ces organisations complexes se délitèrent en raison des vicissitudes historiques internes propres à chaque civilisation mais aussi des contacts puis des affrontements avec les colonisateurs. L'histoire de la colonisation puis de la décolonisation fit l'objet de nombreuses études au point qu'il n'est pas besoin de la rappeler. Seul doit compter ce constat : le fait que de telles organisations coutumières existent encore malgré la pression et la violence auxquels elles furent soumises. Les exemples africains et sud-américains doivent être distingués puisque les processus historiques de colonisation/décolonisation furent très différents. Notamment, en Amérique du Sud, les communautés coutumières – amérindiennes essentiellement – sont minoritaires et leur population est désormais insignifiante comparée aux hispaniques. Désormais, ces communautés souvent déstructurées ne sont plus que l'ombre des tribus et ethnies anciennes, déréliction que décrivait Claude Lévi-Strauss lors de ces explorations dans les années 30. Cette déliquescence a conduit à la disparition de nombreuses communautés coutumières amérindiennes mais certaines se maintiennent et continuent d'avoir un droit coutumier propre et des organisations coutumières sur des assises territoriales transfrontalières. Ces communautés coutumières se fondent sur la référence à un passé immémorial, mythifié au sens où il est placé en dehors de l'histoire notamment occidentale, pour fonder et organiser leurs communautés³²⁴ : la résistance à l'intégration dans les différents États et au contrôle étatique est alors basée sur l'ancienneté de la communauté et c'est cette ancienneté qui permet le maintien de bulles transfrontalières.

Les droits religieux ont aussi été mis en place à des époques où les emprises étatiques étaient moins développées. L'Église catholique a jusqu'aux Temps moderne et l'avènement progressif d'États souverains, constitué un contre-pouvoir temporel. A partir de cette date, la puissance temporelle ecclésiastique a décliné face aux États qui ont commencé à produire un droit complet³²⁵ concurrençant et renversant le droit canonique qui jusqu'alors, encadrait la majorité des aspects de la vie physique et spirituelle des fidèles³²⁶ mais l'ancrage de l'Église a permis le maintien de son emprise sur une communauté transfrontalière à double titre. Sur la communauté catholique en général, d'abord. A l'exception de l'idéal des États totalitaires, la plupart des États ne veulent pas contrôler les consciences de leurs sujets. L'Église catholique est alors libre de déployer

³²³ Geoffrey W. Conrad et Arthur A. Demarest, *Religion and Empire : The dynamics of Aztec and Inca expansionism*, Cambridge : Cambridge University Press, 1984, spec. p.45 et suiv. et p.85 et suiv.

³²⁴ C'est le cas par exemple des Wayana ou des Auluku. Cf. Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », *loc.cit.*, p.174 et suiv.

³²⁵ Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Église et autorités – Études d'histoire du droit canonique médiéval*, Limoges : Presse université de Limoges, 2006, p.266

³²⁶ *Ibid.*, p.260 et suiv.

son emprise sur les consciences de ses 1,196 milliards de fidèles baptisés³²⁷, répartis dans le monde entier et contrôle alors une communauté transnationale qui est soumise au droit canonique. Sur les clercs de l'Église, ensuite. En 2010, il y avait 412 236 prêtres³²⁸, nombre auquel il faut ajouter les évêques, les diacres permanents, les séminaristes et le clergé régulier. Ces clercs sont présents sur l'ensemble des continents et constituent alors une population transfrontalière que l'Église catholique et son droit canon contrôlent. Fondamentalement, l'ancienneté de l'Église catholique lui a donné une assise sociale importante ainsi qu'une faculté de pénétration prodigieuse - il n'était pas rare que les missionnaires de l'Église pénètrent dans les territoires avant les envoyés des États européens – au point de faire d'elle, une communauté que les États ne pouvaient réduire facilement et qui pouvaient maintenir son emprise, sur ses membres malgré l'opposition de nombreux États.

La *shari'a* a eu un destin plus troublé en raison notamment de la division de la communauté musulmane en de nombreux mouvements, chacun organisant différemment ses rapports avec les États. Cependant, le monde musulman fut souvent une force de contestation à l'encontre de l'État. Dans le cadre du chiisme, les raisons théologiques de cette opposition ont été rappelées : l'Imam occulté aux yeux des croyants, aucun pouvoir temporel ne pouvait s'accaparer sa légitimité et les *marja'* furent libres de critiquer les pouvoirs temporels perses, turcs, irakiens ou occidentaux. Ancien, ayant des membres respectés et imités par les fidèles, le clergé chiite avait à l'instar de l'Église catholique, une emprise sur la communauté qui lui permit de s'opposer aux États. De cette opposition découla une indépendance face à eux, un rapprochement entre des communautés appartenant à des États différents et la constitution d'espaces transfrontaliers.

Pour le sunnisme, la situation est complexifiée par la disparité des situations politiques et des rapports entre les théologiens et le pouvoir temporel au fil des siècles et des pays. Les situations issues des Printemps arabes sont cependant un bon révélateur. En Égypte, depuis la chute du régime de Moubarak, plusieurs acteurs notamment les Frères musulmans³²⁹ militent pour une application de la *shari'a*. Cette application ne reposerait pas sur un modèle transnational mais supra-constitutionnel avec une référence à la *shari'a* dans les constitutions³³⁰. Indépendamment de ce point, la légitimité des Frères musulmans est liée à leur contestation de longues dates du régime qui cherchait à mettre en œuvre une sécularisation forcée. En tant que religion ancienne, ancrée dans les populations de l'Afrique du Nord, l'Islam véhiculé par le discours des Frères musulmans contestait Nasser, Sadate puis Moubarak. Le discours religieux s'opposait politiquement à la sphère étatique et séduisait les populations en raison de sa confrontation avec le régime en place mais

³²⁷ En 2010. [En ligne] <http://www.Église.catholique.fr/vatican/statistiques-de-lÉglise-dans-le-monde/> [Consulté le 13 août 2014]

³²⁸ *Idem*

³²⁹ Créé en 1928, ce mouvement égyptien a essaimé et est devenu l'origine de la plupart des partis islamistes de gouvernement. Il a rejeté la théocratie en 2000 (Mathieu Guidère, *Le printemps islamiste – Démocratie et charia*, Paris : Éditions Ellipse, 2012, p.37)

³³⁰ Mathieu Guidère, *Le printemps islamiste – Démocratie et charia*, *op.cit.*, p.76

aussi de sa présence ancienne dans la population : malgré la violence des régimes égyptiens à leur rencontre – nombre d'entre eux furent envoyés dans des camps de concentration ou exilés -, les Frères musulmans surent conserver une place importante dans la population égyptienne.

Pour le sunnisme comme pour le chiisme, la logique du maintien de ces communautés religieuses est toujours la même : leur ancrage dans les populations leur permettent de se maintenir et, malgré les pressions étatiques en période de colonisation ou post-colonisation, d'être capables de mobiliser des individus. Or, il apparaît que comme pour le christianisme, le chiisme et le sunnisme se sont développés à des périodes où les États étaient faibles ou contestés notamment quand ils étaient dominés par des États étrangers : ainsi, le clergé chiite utilisa la lutte contre les occidentaux pour augmenter son pouvoir, fortifiant sa mainmise sur la communauté. S'appuyant sur cette ancienneté et cet ancrage, ils sont capables de demeurer des communautés indépendantes des États et de constituer des ordres juridiques autonomes.

Concernant les droits religieux, il y a lieu cependant d'opérer une précision très importante : il est usuel pour une communauté religieuse de se développer non en s'opposant aux États mais en s'appuyant sur eux. La relation entre princes et clercs n'est pas nécessairement une opposition. Ainsi, l'Église s'allia souvent à des États qui faisaient du catholicisme, leurs religions d'États ou plus simplement, la soutenaient : ce fut le cas en Europe mais aussi en Amérique du Sud où de nombreuses dictatures telles que celles de Trujillo en République Dominicaine³³¹ se réclamèrent de l'Église. L'Islam aussi fut une source de soutien aux États se diffusant en même temps que les conquêtes du pouvoir temporel ou devenant religion d'États comme ce fut le cas avec la dynastie Séfévides qui fit du chiisme, la religion officielle de la Perse. Dans ces cas, les États participent à la diffusion et l'ancrage de la religion dans leurs populations mais c'est réellement l'opposition aux États qui permet de prendre la mesure de l'existence d'une communauté transfrontalière.

Enfin, les droits mafieux sont aussi des droits anciens constitués à une époque où les États étaient plus faibles. La faiblesse des États ou de l'État italien après la réunification, a permis la constitution des mafias : trop faible pour faire respecter leurs lois, les pouvoirs temporels laissèrent prospérer des organisations qui purent progressivement s'ancrer dans les populations par le biais d'un jeu de menaces et de protections ainsi qu'une corruption et une intégration des élites politiques et économiques³³². Dès lors, lorsque l'État veut combattre ses mafias, il n'y parvient pas car leurs anciennetés les ont trop profondément ancrés dans la population. De même en Albanie, le *kanùn* constitué par des seigneurs de guerre albanais s'est maintenu après l'invasion ottomane parce que

³³¹ *La Fiesta del Chivo* de l'écrivain hispano-péruvien Mario Vargas Llosa décrit notamment cette relation de soutien entre la dictature et l'Église jusqu'au mois de décembre 1960 où l'Église devint une opposition au régime, opposition d'autant plus efficace qu'elle bénéficiait d'un fort ancrage dans la communauté et de soutiens dans les pays étrangers (Mario Vargas Llosa, *La fête au Bouc*, Paris : Gallimard, 2004, 581 pages)

³³² Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, op.cit., p.370

l'empire n'était pas capable de contrôler la population locale³³³. La géographie escarpée des montagnes albanaises et kosovares fut un facteur déterminant. Quand l'empire ottoman envoyait des colonnes répressives, les paysans se réfugiaient dans les montagnes où la répression ne pouvait les atteindre³³⁴ et quand des taxes étaient réclamées, les envoyés du pouvoir ottoman étaient renvoyés sans ménagement³³⁵. Dans ce contexte, les lois ottomanes – fiscales, pénales ou même administratives – n'avaient aucune influence et le *kanùn* put se maintenir et s'ancrer dans un espace transfrontalier. Cette ancienneté due à la faiblesse de l'empire ottoman fut l'une des raisons de sa persistance, son renouveau est lié aux mafias qui prospèrent cette fois-ci, avec la chute d'un autre empire, l'empire soviétique.

Donc qu'il s'agisse des droits coutumiers, religieux ou mafieux, le développement de communautés transnationales repose toujours sur le même modèle : en raison de la faiblesse des pouvoirs temporels, des communautés non-étatiques se développent par delà les frontières ; puis une fois, ancré dans la population, les communautés et les droits produits par elles se maintiennent malgré parfois les pressions étatiques. Un contre-exemple permet d'étayer ce modèle. La *lex sportiva* a vu ses principales organisations – CIO, FIFA, etc. - se mettre en place à la fin charnière des XIXe et XXe siècles à une époque où les États européens principaux concernés, étaient particulièrement forts : c'était alors la consécration de l'État-nation disposant d'une souveraineté interne et externe absolue selon la logique post-westhalienne. Or, ces mouvements transnationaux se développèrent mais sans jamais parvenir à s'écarter totalement des ordres étatiques : la puissance des États à l'instant critique de cette création, empêcha l'adhésion des individus, clubs ou fédérations à ces communautés transnationales. Malgré la relative ancienneté de ces organisations, elles ne parvinrent pas à se détacher des États car ces communautés sportives naquirent à un âge où l'État était trop important.

Ainsi, l'une des raisons de l'émergence d'espaces transfrontaliers contrôlés par des communautés non-étatiques est l'ancienneté de ces communautés nées à des époques où les États étaient faibles ou incapables de pénétrer ces espaces. Ce critère a une conséquence directe sur les chances de concrétisation des ordres juridiques transnationaux : par définition, il faudrait attendre que les États s'affaiblissent pour voir émerger de nouveaux ordres, affaiblissement postulé par les théoriciens post-étatiques du droit global. Cependant, un autre élément peut permettre une émergence : l'inadaptation de l'action étatique à un espace transfrontalier.

³³³ Margaret Hasluck, *The unwritten law in Albania*, *op.cit.*, p.9

³³⁴ *Idem*

³³⁵ *Idem*

§2. L'inadaptation du contrôle étatique sur un espace transfrontalier

Le contrôle étatique n'est pas un absolu. Certaines activités humaines et espaces échappent à ce contrôle. L'une des raisons peut être le fait que le contrôle étatique n'est pas adapté à ces espaces. Lorsque cela est le cas, ces activités peuvent alors être contrôlées par des communautés transnationales. A la différence des droits mafieux³³⁶ et des droits religieux³³⁷, les droits coutumiers et de l'ICANN se maintiennent en raison de cette inadaptation. Un tel critère conforte le fait que les droits transnationaux ne peuvent se développer que dans les espaces laissés libres par les États.

Les ordres coutumiers se sont développés et maintenus en raison de leurs ancrages sociaux profonds. Cependant, l'inadaptation de l'action étatique est au moins à titre complémentaire, un autre élément poussant à leurs maintiens. Ainsi, les droits coutumiers étudiés – essentiellement amérindiens mais aussi africains – persistent dans des zones où le contrôle étatique n'est pas adapté aux populations. En Amérique du Sud, l'omniprésence de la forêt rend extrêmement difficile le contrôle des États. Le bouclier guyanais est un territoire immense recouvrant une partie du Venezuela, du Guyana, du Surinam, de la Guyane française et des États du Nord du Brésil. Autour des villes importantes - Georgetown, Panamaribo, Cayenne, Manaus ou Macapa – et au centre, une des dernières forêts primaires non-soumises à la déforestation. Territoires inaccessibles mais traversés par des voies d'eaux qui sont autant de routes permettant l'échange de culture et de population et qui font fies des frontières étatiques. Une telle situation géographique favorise la constitution et le maintien de groupes sociaux restreints disposant d'un contrôle social propre, loin du contrôle étatique réduit le plus souvent à la présence de quelques gendarmes³³⁸. En Afrique, c'est le tracé des frontières ainsi que la situation de nombreux États africains qui expliquent l'inadaptation : les frontières tracées selon des logiques coloniales séparant des communautés antérieures, renforcent la faiblesse d'États qui ne sont plus aptes à mettre en œuvre un contrôle réel sur les populations, les communautés transfrontalières pouvant se développer librement.

³³⁶ *Ex hypothesis*, les activités illégales peuvent être contrôlées par un État puisque celui-ci les interdit, même s'il faut relever que le maintien de telles activités peut prouver une certaine inadaptation de la présence étatique sur ces milieux.

³³⁷ Les droits religieux comportent souvent des obligations couvrant des domaines relevant aussi des droits étatiques tels que le droit des personnes, de la famille ou le droit pénal, l'inadaptation du contrôle étatique ne peut être montrée.

³³⁸ Récemment, des amérindiens isolés – c'est-à-dire n'ayant pas eu de contact avec d'autres populations – sont apparus à la frontière brésilienne fuyant des massacres au Pérou. Ces amérindiens vivaient dans une communauté ignorant totalement la puissance étatique. (Aa.Vv., « D'autres Amérindiens isolés fuient les attaques au Pérou », *France-Guyane*, n°7784, édition du samedi 16 août et dimanche 17 août 2014, p.14)

Pour l'ICANN, le critère de l'inadaptation des droits étatiques est décisif dans la mesure où c'est cette inadaptation qui justifie l'autonomisation de cet organisme pour devenir une source réellement non-étatique. En effet, contrairement aux autres ordres, l'ICANN ne peut s'appuyer sur son ancienneté pour exister en dehors des États puisqu'elle a été créée en 1999 – bien qu'à l'échelle d'Internet, quinze ans soit un âge canonique - et c'est donc nécessairement d'autres mécanismes qui permirent l'émergence d'une communauté transnationale. L'inadéquation des méthodes étatiques avec la tâche de contrôler et d'attribuer ces ressources essentielles que sont les adresses IP et les DNS, outre le fait que la technicité de ces questions les empêche de relever de l'expertise habituelle de la plupart des administrations, est due à plusieurs raisons qui rendent rétifs le Web à se soumettre à des frontières étatiques. Outil désormais répandu dans la majorité des pays, sa virtualité en fait un espace d'échanges difficilement contrôlables par les États. Si certains s'essayent à un tel contrôle, les utilisateurs peuvent toujours passer au travers de la censure par l'utilisation de proxy situé à l'étranger – c'est-à-dire en faisant transiter leurs connections par le biais de serveurs situés dans un autre pays et non soumis à la censure³³⁹ - ou les réseaux sociaux – Twitter fut ainsi très utilisé lors des soulèvements post-électorales de 2009 en Iran³⁴⁰. La transfrontalité du Web s'appuie sur la virtualité de l'espace numérique, sa décentralisation – et donc sa dissémination transfrontalière empêchant le contrôle d'un État – ainsi que sur la doctrine libertaire et collaborative qui sous-tend le discours d'une partie des défenseurs d'Internet et du monde numérique – avec cette forme particulièrement radicale que constitue le monde du logiciel libre puisqu'il repose sur une négation de la propriété et de la verticalité des États et une prévalence des rapports horizontaux³⁴¹.

Dans un tel contexte, il est difficile pour les États d'avoir prise sur ce monde virtuel et l'autonomisation progressive de l'ICANN en est un exemple. Cependant, il ne s'agit que de facteurs et les États peuvent encore décider de maintenir un contrôle étatique sur cet espace. L'exemple le plus radical fut la création d'un DNS racine par la Chine. Cette ressource essentielle – dont la gestion a été abandonnée par les États-Unis – permet la séparation du Web chinois de l'ensemble du réseau mondial en affranchissant la Chine de la gestion par l'ICANN des noms de domaines. Cette solution permet alors de ramener l'ensemble des questions juridiques liées à ces noms dans le giron du droit étatique chinois et d'empêcher l'ordre juridique de l'ICANN de s'appliquer en Chine. Cet exemple permet aussi de montrer l'une des difficultés pour le contrôle étatique de s'établir : le refus par les autres États de voir une ressource aussi essentielle que le Web être soumise au contrôle d'un

³³⁹ Lara Farrar et Cui Jia, « U.S testing new system to bypass Web filters in China », *The China Post*, mise en ligne le 16 août 2009 [En ligne] <http://www.chinapost.com.tw/china/national-news/2009/08/16/220678/U.S.-testing.htm> [Consulté le 14 août 2014]

³⁴⁰ Sylvain Mouillard, « Iran, la révolution Twitter ? », *Libération.fr*, mise en ligne le 15 juin 2009 [En ligne] http://www.liberation.fr/monde/2009/06/15/iran-la-revolution-twitter_564866 [Consulté le 14 août 2009]

³⁴¹ En tant que manifeste de cette doctrine, voir Richard M. Stallman, *Free software, free society : Selected essays of Richard M. Stallman*, 2e édition, Boston : Free software foundation, 2010, 266 pages

autre État notamment des États-Unis et leur tentative soit de contrôler eux-mêmes le Web, soit – solution plus réaliste – de laisser son contrôle à une entité indépendante des États.

Dès lors, afin de pousser plus en avant la transnationalisation d'Internet et donc de l'ordre juridique lié, certains proposent de modifier la structure de l'ICANN pour en faire une organisation totalement privée. C'est le cas de l'Union européenne qui depuis le 1er octobre 2009, date d'expiration du mémorandum liant l'ICANN au Département américain milite pour le détachement total de cet organisme de tous les États. Rendre totalement privé l'ICANN est généralement lié à la volonté d'en faire une émanation de la société civile dans une logique proche de la démocratie participative dont se réclame l'ICANN : chacun peut apporter des éléments à la discussion et permettre l'amélioration de ses mécanismes par le biais de son modèle multipartite de débat ouvert³⁴². Ces questions sont en cours d'évolution et il est impossible d'identifier aisément les perspectives d'avenir de l'ICANN même si semble dominer un consensus tendant vers sa séparation totale des États – le fait que les États-Unis aient abandonné la gestion du DNS racine étant un élément crucial en ce sens - et un appui plus important sur la société civile avec un refus des américains de voir l'ICANN passer sous le contrôle onusien. Cependant, la Russie et la Chine militent pour une renationalisation de l'Internet avec un retour à des rapports internationaux, retour qui nierait la transnationalité qui c'est ici développer. Pour autant, malgré les tentatives des États, il semble qu'Internet ne soit pas adapté à un contrôle étatique et c'est ce fait qui a permis l'émergence d'un droit transnational lié à l'ICANN.

Enfin, l'un des arguments les plus souvent employés par les partisans de la *lex mercatoria* dans les années 80 est l'inadaptation des droits étatiques aux pratiques de la communauté internationale, bien qu'il semble que cet argument soit désormais dépassé, des techniques plus subtiles de justifications étant élaborées³⁴³. Ces droits sont inadaptés à un ensemble de phénomènes transfrontaliers en raison de la mondialisation qui permet l'explosion des échanges commerciaux. Cette liaison entre mondialisation et transnationalisation est mise en lumière dès les premiers travaux de Philip C. Jessup qui partit du constat après la Seconde Guerre mondiale que les échanges augmentaient pour identifier un nouveau corps de règles chargé de leurs régulations. Au contraire, la *lex mercatoria* reposant sur un principe de non-territorialité³⁴⁴ serait à même de s'appliquer à ces flux transfrontaliers tout en favorisant le commerce. En effet, à la différence des droits étatiques, la *lex mercatoria* serait identifiée par les arbitres, aux règles les plus adaptées au

³⁴² [En ligne] <https://www.icann.org/en/system/files/files/governance-06feb13-fr.pdf> [Consulté le 14 août 2014]

³⁴³ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.75 et suiv.

³⁴⁴ Alain Pellet, « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 57 et suiv.

commerce international. Ce point peut cependant être discuté. D'une part, les arbitres n'hésitent pas à utiliser les normes internes ou internationales pour déterminer le contenu de la *lex mercatoria* soulignant alors que certaines normes étatiques peuvent être adaptées au commerce transfrontalier. D'autre part, dans les autres cas, le contrôle étatique n'était pas adapté aux espaces transfrontaliers, ce qui est un phénomène objectif : les difficultés géographiques des droits coutumiers ou la virtualité du Web sont des faits bruts. Au contraire, affirmer que des normes ne sont pas adaptées, est plus complexe puisque cela suppose une évaluation de ces normes et donc, une détermination des critères : est-ce qu'il faut considérer que la norme permettant le développement de ce commerce est la plus adaptée ? Ou à l'inverse, estimer que la norme restreignant ces échanges est la meilleure ? Dès lors, il apparaît qu'un tel argument est largement contestable même s'il montre que l'inadaptation des ordres étatiques peut être un facteur expliquant le développement d'un ordre juridique transnational dans la mesure où c'est vers cet argument que les défenseurs de l'ordre mercatique se tournent pour expliquer l'émergence de cet ordre. Ce constat vaut aussi pour la *lex sportiva*, dans la mesure où le refus de laisser le sport être contaminé par les enjeux nationaux, est utilisé pour justifier la nécessité de mettre en place un droit distinct des droits étatiques³⁴⁵.

Ainsi, deux séries d'éléments peuvent permettre la constitution de bulles transfrontalières dans lesquelles des communautés non-étatiques peuvent se déployer et mettre en place des ordres juridiques transnationaux : l'ancienneté de cette formation, à un stade du développement des États où ils étaient fragilisés ou inexistantes ainsi que l'inadaptation des droits étatiques pour contrôler ces espaces. Dans un cas comme dans l'autre, la concrétisation d'un droit transnational ne peut avoir lieu que dans des espaces résiduels, dans les espaces laissés par le contrôle étatique. Ces conditions sont alors le dernier élément expliquant la faiblesse des ordres juridiques transnationaux constatés en même temps que pouvaient être affirmées leurs existences positives : ces espaces existent mais ils sont peu nombreux et réduits aux miettes laissées par les États. Est-ce à dire que des ordres juridiques transnationaux ne peuvent plus émerger et sont condamnés à périr au fur et à mesure que les ordres étatiques reprennent le contrôle de ces espaces ? Ce serait une erreur. En effet, si ces ordres sont anciens, ils n'en sont pas moins encore vivaces : les droits religieux s'affirment dans un monde où la *shari'a* est devenue un concept-clef du débat politique, tour à tour réclamée, affirmée ou condamnée tandis que l'Église voit le nombre de ses fidèles augmenter³⁴⁶ ; les organisations mafieuses sont une réalité tenace et immanente à la vie politique et économique, utilisant la mondialisation pour progresser comme elles utilisèrent la privatisation des terres dans le sud de l'Italie pour s'implanter ; les communautés coutumières si elles sont affaiblies, sont aussi mieux

³⁴⁵ Franck Latty, « Les Jeux olympiques et le droit international. Rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *loc.cit.*, p. 951

³⁴⁶ Le nombre de baptisés a augmenté de 1,3% entre 2009 et 2010 [En ligne] <http://www.Eglise.catholique.fr/vatican/statistiques-de-lEglise-dans-le-monde/> [Consulté le 13 août 2014]

protégées ; la *lex sportiva* dispose pour l'heure, d'un ordre juridique pratiquement autopoïétique ; et enfin, le droit de l'ICANN est la démonstration de la possibilité d'une émergence récente d'un droit transnational. Se maintient donc une réalité ancienne – l'absence de monopole de l'État dans la production du droit – dans des situations qui ne parviennent pas à être totalement absorbées par les États. De nouveaux ordres peuvent-ils alors émerger ? Le droit de l'ICANN, structure créée en 1999, semble le prouver et cela est possible soit en s'appuyant sur une communauté ancienne qui parviendrait à se structurer et à faire émerger un ordre juridique – et c'est les hypothèses désormais anciennes de l'ordre mercatique ou de la *lex sportiva* -, soit en raison de la création ou de l'identification de nouveaux espaces non-adaptés aux contrôles étatiques.

Une autre solution plus radicale existe qui consiste à postuler le dépassement de l'État dans le cadre d'une nouvelle phase historique et le remplacement progressif de celui-ci par une société globale, transfrontalière en un sens plus agressif puisqu'elle serait une dissolution des frontières. Cette thèse permet alors de constater ou d'imaginer la création d'un droit global émanant de cette société civile. Mais ce droit au-delà de l'État reste une perspective hypothétique.

Section 2. La perspective hypothétique d'un droit au-delà de l'État

Il ne s'agit pas ici de rendre compte de toutes les thèses relatives au droit global qui sont variées, complexes et parfois contradictoires mais simplement de discuter une idée présente dans plusieurs d'entre elles et qui viendrait contredire la démonstration précédente : le dépassement de l'État dans la production juridique. Pour une partie de la doctrine³⁴⁷, l'État n'est plus la « composante exclusive et souveraine du système international »³⁴⁸. L'accroissement des flux transnationaux caractérisé par Philip C. Jessup et la crise de l'État conduisent à son dépassement comme notion centrale du droit international en faisant émerger à côté du monde inter-étatique, un

³⁴⁷ Voir par exemple, Amin von Bogdandy, « Pluralisme, effet direct et ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne », in Hélène Ruiz Fabri, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.75-92, Andrea Hamann et Hélène Ruiz Fabri, « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », in Hélène Ruiz Fabri, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.175-204, Sol Picciotto, « Constitutionnaliser la gouvernance à niveaux multiples » in Hélène Ruiz Fabri, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.93-142 ou Michel Rosenfeld, « Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », in Hélène Ruiz Fabri, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.93-142

³⁴⁸ Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, op.cit., p.12

monde multi-centré, pulvérisé³⁴⁹ et postnational reposant sur la société civile³⁵⁰. Or ce nouveau monde a des ressources de plus en plus grandes permettant aux communautés qui émergent de concurrencer les États³⁵¹ et ainsi, de faire émerger un droit global. Les thèses envisagées voient dans l'évolution des relations internationales, un dépassement de l'État – non, une négation puisqu'aucun auteur ne prétend à une dissolution des États – par des communautés non-étatiques issues de la société civile globale, dépassement qui conduit à un renversement du paradigme selon lequel les États disposent d'une mainmise sur la production juridique, le droit transnational étant ramené à des espaces résiduels. Au contraire, le droit transnational désormais droit global, serait en train de devenir le cadre de référence du droit.

Une telle thèse ne fait pas l'unanimité et doit être examinée car elle conduirait à une rupture historique du modèle d'existences d'ordres juridiques transnationaux et de leurs concrétisations limitées.

Il est possible pour cela de procéder en deux temps. D'abord, il faut examiner les soubassements sociologiques de cette rupture : l'examen montrera une certaine fragilité de ces postulats (§1). Sans nier une évolution de la situation internationale, il est difficile de caractériser une rupture. Quant à la concrétisation de ce droit global, elle souffrira d'un manque de réalisations effectives (§2). Au terme de cette analyse, il apparaîtra que le droit global est pour l'essentiel, un discours doctrinal qui est admis ou rejeté en bloc sans autre justification que des postulats philosophiques.

§1. Une rupture sociologique fragile comme soubassement du droit global

Il ne s'agit pas ici de contester les soubassements du droit global mais de montrer que ces soubassements sont constitués par deux évolutions sociologiques – la mondialisation et la crise de l'État – et que l'analyse de ces phénomènes, adoptée par les partisans du droit global repose sur un dogme : celui de la rupture du continuum historique dans le monde contemporain. Or si la base d'une théorie telle que le droit global n'est pas factuelle mais dogmatique, il est possible d'inverser ces dogmes en considérant qu'il n'y a pas de rupture mais continuité du monde tel qu'il était. Il

³⁴⁹ Certains auteurs considèrent cependant que malgré l'émergence chaotique de ces flux et de leurs régulations propres, des formes de méta-régulation sont possibles. Voir par exemple, Jacco Bomhoff et Anne Meuse, « The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation », *Journal of Law and Society*, vol. 38, n°1, p. 138-162

³⁵⁰ Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale, op.cit.*, p.65

³⁵¹ *Ibid.*, p.71

s'agira alors d'analyser ces deux évolutions sociologiques pour montrer la possibilité d'une telle inversion.

Le premier phénomène favorisant l'émergence d'un droit global est la mondialisation. Suivant l'analyse de Philip C. Jessup lorsqu'il établit la notion de droit transnational, de nombreux auteurs considèrent que l'explosion des flux transnationaux conduit à un dépassement des États en raison notamment de l'émergence de communautés transnationales indépendantes des États. Or ce postulat peut être contesté au sens où il est possible de soutenir que la mondialisation n'est pas une différence de nature avec le passé des relations internationales mais de degré car ainsi que l'admettent les professeurs Badie et Smouts³⁵², des flux transnationaux ont toujours existé et des communautés transnationales avec des droits propres ont toujours pu émerger sur cette base.

Outre les ordres juridiques transnationaux qui s'appuient sur des communautés anciennes, la route des foires médiévales – de la Hollande à l'Italie du Nord en passant par la Champagne et la vallée du Rhône – vit des marchés organisés selon des règles précises par des corporations faisant de cette loi des marchands, le modèle historique – bien que faux - de la *lex mercatoria* moderne. Les relations financières entre les banquiers d'États différents ne sont pas le propre de l'époque moderne. Entre autres innovations financières, les lettres de changes nées là encore dans le commerce entre la Hollande et l'Italie du Nord, furent perfectionnées et « automatisées » par les banquiers d'Anvers au XVIe et XVIIe siècle : la recharge immédiate, le crédit intérieur, le crédit de foire en foire, etc³⁵³ firent naître des relations financières considérables. Ce fut alors de véritables ordres financiers qui étaient en place, concurrençant les systèmes étatiques puisqu'essentiellement fondés sur des normes privées produites par les banques elles-mêmes.

Le poids de ces banquiers fut tel qu'ils firent le sort des monarques les plus puissants : Philippe II d'Espagne lors du Siècle d'or espagnol, qui vit l'or affluer des Amériques et la flotte espagnole écraser le Turc à Lépante, dépendit des banquiers génois puis anversois pour maintenir ses armées³⁵⁴. Ainsi, le commerce et les intérêts privés permirent dès avant la mondialisation, de mettre en place des réseaux informels, distincts des intérêts étatiques et même capables de s'y confronter. Philippe II dut composer avec les banquiers des principales places européennes mais aussi avec les villes italiennes dont la riche Venise. Le quadrilatère dessiné par Fernand Braudel dans cette Méditerranée de Philippe II – Gênes, Milan, Venise, Florence³⁵⁵ - était le centre de la Mer

³⁵²*Ibid.*, p.69

³⁵³Hermann van der Wee, « Anvers et les innovations de la technique financière au XVIe-XVIIe », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, vol.5, n°2, 1967, p.1068

³⁵⁴Pierre Chaunu, « Les Pays-Bas dans l'empire de Charles Quint et de Philippe II », *Histoire, économie et société*, vol.12, n°3, 1993, p.416

³⁵⁵Fernand Braudel, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II- Tome 1*, Paris : Armand Colin, p.354

intérieure. Dans ces villes, « il n'est guère question de grande politique »³⁵⁶ et l'on ne se préoccupe que de l'économie : l'empire ottoman ou Philippe II ne sont pas des menaces tant ces villes et notamment Venise, sont sûres de leurs supériorités économiques³⁵⁷. A l'instar des firmes multinationales d'un monde globalisé, ces villes dirigées par des marchands peuvent ignorer la volonté d'empires entiers pour augmenter leurs richesses.

Des exemples de conglomérats, de réseaux et de puissances transnationales se structurant hors des États et contre eux peuvent être trouvés dans chaque siècle. Le XVI^e et le XVII^e virent la force des commerçants et banquiers italiens et hollandais. Au XVIII^e, les jésuites dont la règle écrite par Ignace de Loyola s'appliquait dans tous le réseau des jésuites disséminés en Europe, en Asie, en Afrique ou dans le Nouveau Monde, furent expulsés du Portugal, de France, d'Espagne, de Naples, des Siciles et de Parme en raison de leurs poids économiques et de leurs allégeance au Saint-Siège leur permettant de s'opposer aux États. Au XIX^e puis au XX^e, les grandes masses capitalistiques nées de la révolution industrielle firent ployée de grandes puissances : les empires perse et ottoman concédèrent ainsi d'importantes concessions économiques à des individus tels que Paul Reuter, concessions qui leurs permettaient d'influencer la politique de ces pays.

Sur la base de ces exemples, il est possible de soutenir que la mondialisation n'est pas en soi, une rupture mais le développement de phénomènes anciens. Les deux positions – rupture et continuité historique – reposent sur des postulats, sur une certaine façon de lire le monde, ce qui fragilise la position du droit global en maintenant la possibilité d'un discours alternatif : si la mondialisation n'est pas une rupture, les communautés transnationales ne dépassent plus nécessairement les États qui peuvent alors demeurer l'élément central des communautés transnationales.

La crise de l'État est la seconde évolution sociologique sur laquelle repose la théorie du droit global : l'État dépassé par la mondialisation, est fragilisé sur le plan interne et son droit n'est plus alors le cadre des activités humaines. Or, les phénomènes contemporains peuvent être appréciés de manière à considérer que si l'État est affaibli, il n'en demeure pas moins le point de référence des activités humaines. Là encore, deux positions dogmatiques sont opposables permettant deux lectures différentes des phénomènes actuels.

La notion de crise de l'État est difficile à caractériser : elle recouvre des facteurs politiques - crise de la représentation -, économiques - crises financières et économiques ou des finances publiques - ou sociaux - crise de l'État-providence - qui varient au cours du temps mais qui se singularisent par leurs constances. En effet, la crise de l'État est un leitmotiv du débat public depuis

³⁵⁶ *Ibid.*, p.355

³⁵⁷ *Idem*

les années 80 : *La crise de l'État-providence* du professeur Rosanvallon fut publié pour la première fois en 1981 et soulignait déjà le triptyque des crises – légitimité, finance et efficacité – qui frappent l'État³⁵⁸ ; la fin de l'État fut envisagée dès 1985 par Pierre Birnbaum avec la pénétration des intérêts privés dans la plupart des États du monde³⁵⁹ et la constellation postnationale habermasienne envisagée au début des années 2000³⁶⁰. Si cette thématique de la crise de l'État appartient d'abord à des penseurs essentiellement libéraux, elle relève désormais de tout le spectre politique³⁶¹, certains la liant désormais à la fin de l'autorité de l'État et à l'insécurité – avec l'émergence de mouvements terroristes transnationaux -, d'autres à la fin de sa souveraineté en raison de la montée en puissance d'acteurs non-étatiques dont l'Union européenne ou la finance internationale, finance internationale qui fut pourtant toujours un acteur essentiel de la vie des États. De cette crise émergerait alors une constellation post-nationale : la souveraineté étatique n'existerait plus et les centres de pouvoirs seraient décentralisés, diffusés dans l'ensemble de la communauté mondiale en raison de l'éclatement en une multitude de communautés non-étatiques appartenant à la société civile.

Pourtant, cette permanence de la crise de l'État depuis trente ans interroge et la société civile mondiale, le passage à la logique post-nationale se font attendre³⁶². Au contraire, malgré les flux transnationaux, les acteurs non-étatiques et les crises à répétition, les États se maintiennent et continuent d'être les acteurs essentiels des relations internationales. « L'État, toujours »³⁶³ ou plutôt toujours l'État ? Les conflits actuels – Ukraine, Syrie, bande de Gaza, Irak et Kurdistan – mettent aux prises des États et des mouvements qui s'opposent aux États, au nom de la liberté des peuples à se diriger eux-mêmes, de prétentions de peuples sur des terres ou de principes religieux, logiques constantes dans l'histoire des relations internationales. La crise économique et financière a poussé les États à améliorer la gouvernance interétatique sans recourir à la société civile et des États comme les États-Unis ou les membres de l'Union européenne ont mis en place des règles visant à encadrer les activités des multinationales financières. Le modèle d'une nouvelle diplomatie citoyenne qui aurait du naître avec la Convention d'Ottawa a fait long feu, la mobilisation de la société civile n'ayant pas entraîné depuis, la production de textes aussi ambitieux. Les États demeurent malgré leurs crises perpétuelles, les principaux acteurs de la vie mondiale et le monde

³⁵⁸ Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Paris : Le seuil, 1981, 194 pages

³⁵⁹ Pierre Birnbaum, « La fin de l'État ? », *Revue française de science politique*, vol.35, n°6, 1985, par ex.p.994

³⁶⁰ Jürgen Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris : Fayard, 2000, 149 pages

³⁶¹ Ainsi, Dov Zerah milite pour l'émergence d'une gouvernance mondiale pour permettre malgré la faiblesse de nombreux États, un développement économique mondial équilibré (Dov Zerah, *L'exigence d'une gouvernance mondiale*, Paris : L.G.D.J., 2013, 204 pages).

³⁶² Ce dépassement de l'État comme forme historique de l'unité politique était annoncée dès la *Théorie du partisan* de Carl Schmitt en 1963 (Carl Schmitt, « Théorie du partisan » in *La notion de politique – Théorie du partisan*, Paris : Flammarion, 2009, p.202-305)

³⁶³ Selon le titre d'Alain Dejammet, « L'État, toujours », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.14-22

s'ennuie³⁶⁴ en attendant une révolution de la société civile, véritable arlésienne des relations internationales.

Mondialisation qui est moins une rupture qu'une accentuation, crise de l'État qui n'est toujours pas remplacé par la société civile, etc., les évolutions sociologiques du monde qui sous-tendent le droit global peuvent être ainsi lues au travers de dogmes différents pour établir que l'État demeure l'élément central des relations et du droit international. Il y a donc une opposition possible entre les dogmes statocentristes et globalisants et le point de fracture réside dans la notion de rupture : pour les tenants du droit global et du retournement du monde, les phénomènes contemporains sont une rupture dans le continuum historique qui commence avec la création des États et s'achèvent par leurs dissolutions. Il y aurait ainsi un glissement des paradigmes politiques fondamentaux, un dépassement du modèle politique traditionnel³⁶⁵. Certains annoncèrent même à la fin du siècle dernier, que ce nouveau millénaire serait celui du droit global³⁶⁶.

Or ce dogme de la rupture pose un problème épistémologique majeur qui est la prédictibilité des évolutions du monde. La totalité des auteurs considèrent que cette évolution vers un droit global est un processus en cours. Mais ces prédictions ne sont pas réalistes. En raison de la complexité des relations internationales contemporaines, la compréhension des mécanismes à l'oeuvre est devenue une tâche ardue. Le monde n'est plus unipolaire, bipolaire ou multipolaire mais a-polaire ou zéro-polaire pour reprendre l'expression du ministre des Affaires étrangères, Laurent Fabius : la puissance qui était un facteur d'ordre et de logique, est devenue une source de désordre. En dehors de cette caractéristique du monde contemporain, l'expérience montre la portée limitée de toute prédiction : Alfred Verdross crut déceler dans le Pacte Briand-Kellogg, les premiers temps d'une constitution universelle et d'un encadrement juridique de la guerre³⁶⁷ ; au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, Guy Héraud annonçait la création d'un ordre global avec une constitution mondiale³⁶⁸ ; Francis Fukuyama imagina que la *pax americana* des années 90 après la chute du Mur de Berlin, était la fin de l'Histoire. Toutes ces prédictions furent renversées par les atrocités de la Seconde Guerre mondiale, par la Guerre froide ou par les événements du Proche et du Moyen-Orient. Dès lors, le dogme de la rupture – ainsi que celui de la continuité statocentrique – souffre de cette faiblesse épistémologique qui réside dans le caractère illusoire de toute prévision.

³⁶⁴ Selon le titre de Serge Sur, « Acteurs et figurants : le monde s'ennuie », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.4-11

³⁶⁵ Sabino Cassese « L'ordre juridique global » in Nicole Belloubet-Fier, Spyridon Flogaitis, Pascale Gonod et Etienne Picard (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p.9

³⁶⁶ Harold J. Berman, « World law », *Fordham International law review*, vol.18, n°5, 1995, p.1617

³⁶⁷ Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.297, 2000, p.228

³⁶⁸ Guy Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1946, p.178

Les soubassements sociologiques du droit global reposent donc sur un dogme, celui de la rupture avec le modèle politique antérieur. Ce dogme peut être renversé et les phénomènes qui sous-tendent, le droit global, analysés de manière à refuser de croire en une globalisation du monde. Outre ce caractère dogmatique, le droit global est mis en difficulté par la contestabilité de ses concrétisations : elles sont incertaines et n'emportent pas la conviction de ceux qui maintiennent un discours statocentriste.

§2. La concrétisation incertaine de l'ordre juridique global

Pour les partisans des thèses globales, la situation sociologique contemporaine entraîne la création de multiples communautés transnationales structurées. Ces communautés pourraient alors – selon le modèle des ordres juridiques transnationaux classiques – disposer d'une domination sur leurs membres, cette domination permettant la mise en place d'ordres juridiques. Ces ordres juridiques feraient exploser la hiérarchie traditionnelle au sommet de laquelle se trouvait les États souverains et participeraient à l'émergence d'une hétéarchie polycentrée dans lequel chaque individu appartenant à plusieurs communautés – étatiques et globales – reconstruiraient la hiérarchie des normes en fonction du contexte. Le professeur Teubner parle alors de déconstruction des hiérarchies du droit vers un « droit polycontexturel »³⁶⁹. Or l'analyse factuelle montre que ce discours repose là encore sur des choix épistémologiques et philosophiques : il est en effet toujours possible d'appréhender les preuves de l'ordre juridique global pour dénier l'existence de ces ordres.

Que l'évolution des flux transnationaux favorise la création de communautés transnationales ne saurait être nié mais ces communautés ne sont pas nécessairement aptes à faire émerger des ordres juridiques. Deux conditions sont nécessaires : la production de normes et l'existence d'un appareil de coercition propre à l'ordre en question. Or, ces conditions sont rarement remplies. L'exemple de la *lex mercatoria* est révélateur. Ce droit a été présenté comme l'exemple-type du droit global au sens où les multinationales désormais arrachées aux sols étatiques, produiraient et sanctionneraient leurs normes grâce à des organes privés et pourtant. Pourtant, en pratique, ces droits ont besoin des ordres étatiques pour obtenir une sanction effective. La *lex mercatoria* en tant qu'ordre purement transnational, ne peut être qu'une anticipation, anticipation qui *de facto*, n'est pas nécessaire mais soumise aux contingences historiques. La *lex sportiva* est soumise aux mêmes difficultés dans la mesure où le professeur Latty a pu souligner que le droit international et le droit

³⁶⁹ Gunther Teubner, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in Marie-Jeanne Campana (dir.) *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris : Editions Frison-Roche, 1999, p.320

de l'Union développent des règles visant à encadrer ces organisations privées³⁷⁰ tandis que les débats relatifs au boycott des Jeux olympiques de Pékin ont révélé des fissures dans la *lex olympica* : le non-respect par la Chine de la Charte olympique en raison de son non-respect des droits de l'homme et de la démocratie et la non-sanction de cette violation ont discrédité l'efficacité et la légitimité de la *lex olympica*³⁷¹ justifiant alors, un retour des États sous la forme notamment du droit international.

Des communautés nées dans les flux de la mondialisation, ne sont pas non plus capables de se structurer au point d'échapper entièrement à la présence des ordres étatiques. La société civile globale composée des ONG transfrontalières et des mouvements internationaux qui peuvent se développer sur Internet, ne pèse pas tellement dans la production juridique contemporaine. Outre la Convention d'Ottawa et le droit de l'ICANN déjà mentionnés, les enceintes globales où peuvent s'exprimer cette société civile, ne produisent finalement que peu de normes contraignantes et effectivement appliquées. Par exemple, le Conseil mondial de l'eau crée en 1996 à la suite de réflexions dans les enceintes onusiennes, cherche à rassembler les spécialistes – publics et privés – de l'eau et des enjeux mondiaux liés à cette ressource. Ce Conseil repose sur un principe démocratique – un membre, un vote – et constitue donc, la forme aboutie de la société civile globale puisqu'ouverte à toute participation. Pourtant, ce Conseil n'est parvenu à aucun résultat formel – à l'exception du pacte d'Istanbul signé par mille collectivités locales - et se contente d'une influence matérielle sur les politiques en matière d'eau³⁷². Fondamentalement, ce Conseil ne peut qu'influer les États, les pousser dans une certaine direction, ces derniers conservant la mainmise sur la production juridique.

D'autres communautés disposent de structures et produisent des normes. Mais ces normes sont généralement des normes-cadres dans le sens où ces structures ne visent qu'à faire converger matériellement les normes internes entre elles et n'ont de valeurs que parce que des ordres étatiques les ont intégrés formellement. C'est le cas par exemple des standards établis par la Commission *Codex alimentarius* qui n'ont une valeur que parce que l'OMC les a reconnus³⁷³. Certaines enfin, sont capables de produire des normes directement applicables. C'est le cas de l'*International Organization for Standardization* (ISO) souvent citée³⁷⁴ comme exemple de la globalisation du

³⁷⁰ Franck Latty, « Les Jeux olympiques et le droit international. Rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *loc.cit.*, p. 956 et suiv., Franck Latty, « L'arrêt, le livre blanc et le traité. *La lex sportiva* dans l'ordre juridique communautaire - développements récents », *loc.cit.*, p. 43-52

³⁷¹ Franck Latty, « Le boycott des Jeux olympiques à l'épreuve du droit », *Gazette du Palais*, nos 293-295, Supplément droit du sport n° 2, 2008, p. 16-22

³⁷² [En ligne] <http://www.worldwatercouncil.org/fr/presentation/activites/> [Consulté le 16 août 2014]

³⁷³ Sabino Cassese, « La globalisation du droit » in *La conscience du droit – Mélange en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p.118

³⁷⁴ Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, *op.cit.*, p.108-109

droit dans la mesure où il s'agit d'une ONG dont les membres appartiennent à 162 pays³⁷⁵. Or, outre le fait que les membres de cette association peuvent dépendre de l'État – c'est le cas de l'Association française pour la normalisation qui a été agréée par l'État pour élaborer des normes en France et participer à la convergence mondiale³⁷⁶ - la violation de ces normes n'est pas sanctionnée par un organisme propre à l'ISO : c'est l'appareil de coercition étatique qui sera chargé de cette sanction. Enfin, les cours globales tels que présentée par les auteurs, sont généralement des cours issues de traités comme l'Accord de libre-échange nord-américain ou les juridictions du CIRDI³⁷⁷.

Le problème est alors le suivant. Il y a bien des flux transnationaux de plus en plus, denses qui permettent de faire émerger des communautés transnationales. Le monde juridique est à l'évidence de plus en plus complexe : les processus d'harmonisation des législations, de superposition des organisations internationales et régionales et les interactions entre elles, la complexification des rapports internationaux et des techniques du droit international sont autant de facteurs de complexification. Mais il demeure difficile de trouver des communautés transnationales disposant d'une véritable domination sur leurs membres et donc, une concrétisation de ce droit global. Dès lors, choisir de voir dans les phénomènes actuels, une rupture historique du modèle étatique vers un modèle post-étatique relève du choix et non, de l'analyse factuelle. A l'instar de ce que le professeur Gaillard souligne à propos de la *lex mercatoria*³⁷⁸, le fait d'admettre la création d'ordres globaux et d'un droit « au-delà de l'État »³⁷⁹ repose sur des postulats philosophiques non justifiés objectivement. Plus généralement, toute théorie du droit et de ses sources repose ultimement sur un dogme qui exclut « toute démonstration d'ordre rationnel, historique ou sociologique »³⁸⁰ et les positions statocentriques reposent sur des postulats inverses.

Ainsi, les auteurs statocentristes affirment-ils que l'État demeure, le « sujet "fondamental" et principal producteur des normes »³⁸¹. Les conséquences de la mondialisation seraient « grandement exagérées »³⁸² en raison d'un « nouvellisme »³⁸³ car il n'y a pas de renversement

³⁷⁵ [En ligne] <http://www.iso.org/iso/fr/home/about.htm> [Consulté le 16 août 2014]

³⁷⁶ [En ligne] <http://www.afnor.org/groupe/a-propos-d-afnor/qui-sommes-nous> [Consulté le 16 août 2014]

³⁷⁷ Sabino Cassese, « La globalisation du droit », *loc.cit.*, p.122 et suiv. Voir aussi Horacio A. Grigera Neron, « Enforceability of Awards based on Transnational Rules under the New-York : Geneva and Washington Convention » in Emmanuel Gaillard (dir.), *Transnational Rule in International Commercial Arbitration*, Paris : International Chamber of Commerce, 1993, p.89-100

³⁷⁸ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, p.23 et suiv.

³⁷⁹ Sabino Cassese, *AU-delà de l'État*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 235 pages

³⁸⁰ Bruno Oppetit, « La notion de source de droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, vol.27, 1982, p.46

³⁸¹ Mireille Delmas-Marty, « La grande complexité juridique du monde » in Nicole Belloubet-Frier, Spyridon Flogaitis, Pascale Gonod et Etienne Picard (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p.89

³⁸² Marco Cesa, « La vecchia novità della globalizzazione », *Rivista italiana di scienza politica*, n°3, 2002, p.417 [Traduction libre]

³⁸³ *Idem*

complet des règles du jeu. Pour ces auteurs, le centre du pouvoir demeure l'État car il dispose de la domination suprême sur les individus, cette puissance de l'État théorisée par Jean Bodin au XVI^e siècle³⁸⁴. Or une telle analyse est sous-tendue là aussi, par des postulats non-interrogés et notamment, celui qui tend à l'identification de la puissance et de la violence physique et qui conduit nécessairement à la confusion du droit et de l'État.

Entre ces deux positions extrêmes – transnationalisme globalisant et stato-centrisme absolu -, la plupart des auteurs choisissent des voies médianes, Sabino Cassese chantre du droit global reconnaissant ainsi qu'il faut se méfier du transnationalisme dans la mesure où les États demeurent des acteurs essentiels de la globalisation³⁸⁵. Mais quelque soit la position adoptée, elle repose nécessairement sur un postulat idéologique, sur une façon d'appréhender les évolutions du monde et de son droit. Pour l'heure, il est impossible de trancher ces débats et il faut probablement se contenter de la position insatisfaisante mais réaliste, consistant à considérer que des ordres juridiques transnationaux existent et que leur portée à venir reste pour une large part, inconnue.

³⁸⁴ Voir à ce sujet, Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : P.U.F., 1994, 512 pages

³⁸⁵ Sabino Cassese, « La globalisation du droit », *loc.cit.*, p.116

Droits religieux, droits mafieux, droits coutumiers et droit de l'ICANN sont autant d'exemples d'ordres juridiques transnationaux. Ces ordres sont totalement indépendants des ordres étatiques : leurs sources sont non-étatiques, leurs champs d'application dépassent celui des États et leurs fonctionnements sont autopoïétiques en disposant de moyens de coercitions propres. Certains ordres habituellement considérés comme transnationaux comme la *lex mercatoria* ou la *lex sportiva* ne répondent pas à ces critères et, ce faisant, la portée de ces ordres transnationaux se voit considérablement limitée.

Les raisons de cette limitation peuvent être trouvées dans la mainmise de l'État sur les individus. En effet, il est extrêmement difficile de trouver des communautés non-étatiques suffisamment structurées pour disposer de moyens de domination propre à soumettre les individus sous la forme d'un ordre juridique. Lorsque c'est le cas, encore faut-il qu'elles puissent se déployer dans des espaces transnationaux et elles ne peuvent le faire qu'en raison de leur ancienneté ou de l'inadaptation des ordres étatiques.

Cependant, un discours doctrinal existe croyant en un renversement de ce paradigme : les thèses globales croient en l'existence d'un dépassement de l'État et d'une multiplication des corps du roi pour reprendre l'expression du professeur Teubner, en raison d'une déconstruction des rapports de domination suite à l'émergence de communautés transnationales structurées. Les conséquences concrètes de cette évolution sont cependant difficiles à saisir et d'autres auteurs maintiennent un statocentrisme radical. Entre les deux, il est possible de soutenir que le droit a toujours existé hors de l'État mais que les États demeurent les acteurs essentiels de la production juridique.

Cette étude n'a pas eu la prétention de pas répondre à toutes les questions relatives aux ordres transnationaux. Il s'agissait plutôt d'un essai de systématisation des données produites par la doctrine pour établir l'existence et la concrétisation du droit hors de l'État. L'une des premières choses à faire consisterait à poursuivre l'analyse en confrontant d'autres ordres juridiques aux critères retenus. Mais le point d'achoppement essentiel est le discours global relatif au dépassement de l'État. La discussion qui n'a ici été qu'esquissée, est fondamentale car sa conclusion pourrait renverser le paradigme actuel des relations internationales fondé sur l'État en raison d'un développement considérable des droits transnationaux. Aucune réponse ne peut être pour l'instant apportée. Pour l'heure, une analyse concrète et systématique manque, et que sans cela, l'analyse ne peut rester qu'au stade du discours et non des faits.

Une troisième question doit enfin être envisagée, question rejoignant les deux premières : l'Union européenne. L'Union européenne est parfois présentée comme étant un ordre transnational. Or dans, la mesure où le champ d'application de l'ordre juridique de l'Union est lié à celui des États membres, il ne saurait s'agir d'un ordre transnational, mais supranational. Une telle qualification est

encore sujette à caution : la supranationalité suppose à l'instar de la transnationalité, que le droit en question soit un droit dont la source n'est pas l'État – donc, un droit qui ne serait pas international. Les éléments développés ici à propos des ordres transnationaux, pourraient servir à une telle étude.

Enfin, une quatrième question doit être posée : celle des rapports entre ces ordres transnationaux et entre eux et les ordres étatiques. Ce problème des rapports de système ramènerait alors la question du pluralisme juridique et du pluralisme des dominations : en cas de compétition de ces ordres qui risquent en raison du totalitarisme intrinsèque d'un ordre - chaque ordre a une tendance à vouloir soumettre tous les aspects des activités humaines qu'il régit à son droit – de rentrer en compétition³⁸⁶, l'individu devrait alors définir une hiérarchie de ses appartenances à un ordre, définition dont les mécanismes sont peu étudiés à l'exception des thèses sur les droits polycontexturels.

³⁸⁶ Jacques Vanderlinden, « Pluralisme juridique radical, révélation et common law anglaise » in *Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, p.585

Sources des textes officiels utilisés

I. Droits étatiques

II. Droits transnationaux

I. Droits étatiques

- Constitution du 3 septembre 1791 in Stéphane Rials, *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.4-14
- Déclaration de la Convention nationale du 25 septembre 1792, in Jean-Marie Carbasse et Guillaume Leyte, *L'État royal, XIIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris : P.U.F., 2004, p.246
- Constitution du 24 juin 1793 in Stéphane Rials *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.15-18
- Constitution du 5 fructidor an III in Stéphane RIALS, *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.19-22
- Arrêté du 25 juin 2012 désignant l'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet correspondant au « .fr », *JOFR*, n°0149, 28 juin 2012, p.10578

- Déclaration des droits de l'État de Virginie du 12 juin 1776 in Julien Boudon et Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.26-28
- Déclaration de l'Indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 in Julien Boudon et Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.25-26
- Constitution du 17 septembre 1787 in Julien Boudon et Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, 13^e édition, Paris : P.U.F., 2009, p.35-53
- Mémoire d'entente entre le Département américain du Commerce et Internet Corporation for Assigned Names and Numbers du 31 décembre 1999
[En ligne] <https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/icann-mou-1998-11-25-en> [Consulté le 13 février 2014]

- Constitution égyptienne du 11 septembre 1971
[En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg1971i.htm> [Consulté le 14 juillet 2014]
- Constitution de la Seconde république d'Égypte du 22 décembre 2012
[En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg2012.htm#1> [Consulté le 14 juillet 2014]

- Constitution de la République arabe d'Egypte du 15 janvier 2014
[En ligne] <http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg2014.htm#1> [Consulté le 14 juillet 2014]
- Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signé à New-York : le 10 juin 1958
[En ligne] http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf [Consulté le 20 juillet 2014]
- Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
[En ligne] http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf [Consulté le 22 juillet 2014]
- Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/09/696, du 4 mai 2009, « Gouvernance de l'Internet: la commissaire européenne Viviane Reding demande la privatisation complète et l'entière responsabilité de l'ICANN à partir du 1er octobre »
[En ligne] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-696_fr.htm?locale=en [Consulté le 14 août 2014]

II. Droits transnationaux

- Code de droit canonique du 25 janvier 1983
[En ligne] http://www.vatican.va/archive/FRA0037/_INDEX.HTM [Consulté le 15 janvier 2014]
- Charte du Mouvement olympique, adopté le 9 septembre 2013
[En ligne] http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf [Consulté le 20 juillet 2014]
- Code mondial antidopage adopté le 17 novembre 2007
[En ligne] http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf [Consulté le 20 juillet 2014]
- Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport
[En ligne] [http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4960/5048/0/Code20201320corrections20finales20\(fr\).pdf](http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4960/5048/0/Code20201320corrections20finales20(fr).pdf) [Consulté le 6 juillet 2014]
- Règlement de l'UEFA Champion's league – Cycle 2012-2015 – Saison 2013/2014
[En ligne] http://fr.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Regulations/competitions/Regulations/01/94/62/37/1946237_DOWNLOAD.pdf [Consulté le 15 juin 2014]
- Règlement disciplinaire de l'UEFA – Saison 2013/2014
[En ligne] http://fr.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/01/95/84/22/1958422_DOWNLOAD.pdf [Consulter le 15 juin 2014]
- Statut de l'ICANN tel que modifié le 7 février 2014
[En ligne] <https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-en> [Consulté le 5 juillet 2014]
- Accord d'accréditation du bureau d'enregistrement

[En ligne] <https://www.icann.org/en/system/files/files/raa-17may01-fr.pdf> [Consulté le 20 juillet 2014]

Bibliographies

I. Ouvrages

II. Articles et contributions

III. Ressources de presse

I. Ouvrages

- Aa.Vv., *Le guide d'initiation à l'ICANN*, 2013
[En ligne] <https://www.icann.org/en/system/files/files/participating-08nov13-fr.pdf> [Consulté le 4 juillet 2013]
- Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.207, 1987, 463 pages
- Jean-Loup Amselle (dir.), *Le sauvage à la mode*, Paris : Le Sycomore, 1979, 262 pages
- Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme – Le système totalitaire*, Paris : Gallimard, 2002, 380 pages
- Hannah Arendt, « De la Révolution », in *L'Humaine Condition*, Paris : Gallimard, 2012, p.325-585
- Saint-Augustin, *La Cité de Dieu - Tome 2*, Paris : Seuil, 1994, 368 pages
- Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Église et autorités – Études d'histoire du droit canonique médiéval*, Limoges : Presse université de Limoges, 2006, 496 pages
- Bertrand Badie et Marie-Claude Smouts, *Le Retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, 3^e édition, Paris : Dalloz-Sirey, 1999, 238 pages
- Henri Battifol et Paul Lagarde, *Droit international privé – Tome 1*, 8^e édition, Paris : L.G.D.J., 1993, 656 pages
- Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris : P.U.F., 1994, 512 pages
- Howard S. Becker, *Outsiders – Études de sociologie de la déviance*, Paris : Métailié, 1985, 248 pages
- Ann Black, Hossein Esmaeili et Nadirsyah Hosen, *Modern perspectives of Islamic law*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing Ltd 2013, 330 pages
- Hervé Bleuchot, *Droit musulman : essai d'approche anthropologique – Tome 2 : fondements, cultes, droit public et mixte*, Aix-en-Provence : P.U. Aix-en-Provence, 2003, 368 pages

- Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law*, Oxford : Oxford University Press, 2012, 301 pages
- Fernand Braudel, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II- Tome 1*, Paris : Armand Colin, 588 pages
- Graf-Peter Calliess et Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code, A Theory of Transnational Private Law*, Hardcover : Hart Publishing, 2010, 366 pages
- Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V République*, Paris : Flammarion, 2006, 276 pages
- Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11^e édition, Paris : Édition Pedone, 2012, 733 pages
- Sabino Cassese, *Au-delà de l'État*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 235 pages
- Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, 2^e édition, Paris : L.G.D.J, 2004, 226 pages
- Jean Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann – La contingence des normes*, 1^{ère} édition, Paris : P.U.F, 1997, 337 pages
- Pierre Clastres, *La société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique*, Paris : Édition de Minuit, 2011, 185 pages
- Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 10^e édition, Paris : Montchrestien, 2012, 822 pages
- Geoffrey W. Conrad et Arthur A. Demarest, *Religion and Empire : The dynamics of Aztec and Inca expansionism*, Cambridge : Cambridge University Press, 1984, 266 pages
- Georges Corm, *Le Proche-Orient éclaté (1956-2007)*, Paris : Gallimard, 2007, 1128 pages
- Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2004, 452 pages
- Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^e édition, Paris : L.G.D.J., 2011, 507 pages
- Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e édition, Paris : LG.D.J., 2009, 1709 pages
- Filip De Ly, *International Business Law and Lex mercatoria*, Amsterdam, Elsevir Science Ltd, 1992, 361 pages
- Emmanuel Decaux et Olivier de Frouville, *Droit international public*, 8^e édition, Paris : Dalloz, 2012, 512 pages
- Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Paris : Économica, 2002, 477 pages
- Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.297, 2000, 489 pages
- Jean-Paul Durand, Olivier Echappe, Jacques Vernay et Mgr Patrick Valdrini, *Droit canonique*, 2^e édition, Paris : Dalloz, 1999, 696 pages
- Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, Paris : P.U.F., 2004, 209 pages
- Albert K. Fladjoe, *Commonwealth Caribbean public law*, London : Cavendish Pub., 1999, 321 pages

- Jean-Yves Frétigné, *Histoire de la Sicile : des origines à nos jours*, Paris : Fayard, 2009, 477 pages
- Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 240 pages
- Antonio Gambaro, Rodolfo Sacco et Louis Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris : L.G.D.J., 2011, p.377
- Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris : Gallimard, 2012, 457 pages
- Jean Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris : Monschretien, 1994, 740 pages
- Jean Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir, et la science au service du droit*, 4^e édition, Paris : Montchrestien, 2006, 389 pages
- Erving Goffman, *Stigmate – les usages sociaux des handicaps*, Paris : Les Éditions de Minuit, 2012, 175 pages
- Berthold Goldman, « Les conflits de loi dans l'arbitrage international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.109, 1963, 485 pages
- Mathieu Guidère, *Le printemps islamiste – Démocratie et charia*, Paris : Éditions Ellipse, 2012, 259 pages
- Pierre Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu – Une génération repense le droit*, Paris : L.G.D.J., 2010, 508 pages
- Jürgen Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris : Fayard, 2000, 149 pages
- Margaret Hasluck, *The unwritten law in Albania*, Cambridge : Cambridge University Press, 1954, 285 pages
- Michel Heller et Aleksandr Nekrich, *L'utopie au pouvoir – Histoire de l'U.R.S.S. de 1917 à nos jours*, Paris : Calmann-Levy, 1982, 655 pages
- Guy Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1946, 490 pages
- Simon Hotte, *La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Paris : Defrénois, 2007, 476 pages
- Martin Hunter et Alain Redfern, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2^e édition, Paris : L.G.D.J, 1998, 574 pages
- Sélim Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2012, 366 pages
- Philip C. Jessup, *Transnational law*, New Haven : Yale University Press, 1956, 113 pages
- Ibn Khaldûn, *Al-Muqaddîma - Discours sur l'Histoire universelle*, Paris : Actes Sud, 1997, 1152 pages
- Antoine Kassis, *L'arbitrage commercial international : le droit français en question*, Paris : L'Harmattan, 574 pages
- Ali Kazemi-Rached, *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Genève : Droz, 1990, 148 pages
- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles : Bruylant, 1999, 367 pages

- Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, Paris : Gallimard, 2007, 586 pages
- Franck Latty, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 849 pages
- Claude Levi-Strauss, « Tristes tropiques » in *Oeuvres*, Paris : Gallimard, 2008, p.1-461
- Robert Lowie, *Traité de sociologie primitive*, 345 pages
 [En ligne] http://classiques.uqac.ca/classiques/lowie_robert/socio_primitive/traite_socio_primitive.pdf
 [Consulté le 21 juillet 2014]
- Pierre-Jean Luizard, *Histoire politique du clergé chiite – XVIIIe-XXIe*, Paris : Fayard, 2014, 325 pages
- Alfred Mézières (dir.), *Encyclopédie universelle du XXe siècle. Tome XI.*, Paris : Librairie nationale, 1908, 772 pages
- Joseph S. Nye, *Bound to lead. The changing Nature of American Power*, New-York : Basic Books, 1990, 307 pages
- Jane Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 402 pages
- Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris : L.G.D.J, 1992, 515 pages
- François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pages
- William G. L. Randles, *L'empire du Monomotapa du XVe au XIXe siècle*, Paris-La Haye : Mouton, 1975, 167 pages
- Raphaël Rivière, *Droit international public*, 2^e édition, Paris : P.U.F., 2013, 751 pages
- Jean Robert, *Le phénomène transnational*, Paris : L.G.D.J. / Editions de l'A.F.A., 1988, 60 pages
- Santi Romano, *L'ordre juridique*, 2^e édition, Paris : Dalloz, 2002, 174 pages
- Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Paris : Le Seuil, 1981, 194 pages
- Jacques de Saint-Victor, *Un pouvoir invisible – Les mafias et la société démocratique (XIXe-XXe)*, Paris : Gallimard, 2014, 424 pages
- Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 1198 pages
- Peter H. Sand, *Transnational environmental law : lessons in global change*, Boston/La Haye : Kluwer Law International, 1999, 385 pages
- Carl Schmitt, « Théorie du partisan » in *La notion de politique – Théorie du partisan*, Paris : Flammarion, 2009, p.202-305
- Roderick Stackelberg et Sally A. Winkle, *The Nazi Germany Sourcebook : an Anthology of Text*, Abingdon : Routledge, 2002, 496 pages
- Richard M. Stallman, *Free software, free society : Selected essays of Richard M. Stallman*, 2e édition, Boston : Free software foundation, 2010, 266 pages

- Léon Sorg, *Introduction à l'étude du droit hindou*, Pondichéry : Imprimerie du Gouvernement, 1895, 61 pages
- Ireneu Strenger, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 355 pages
- Mario Vargas Llosa, *La fête au Bouc*, Paris : Gallimard, 2004, 581 pages
- Alfred Verdross, « Règles générales du droit international de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol.29, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1929, p.271-518
- Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000, 864 pages
- Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris : L.G.D.J., 1960, 225 pages
- Max Weber, *Economie et société - Tome 1 : les catégories de la sociologie*, Paris : Plon, 1985, 411 pages
- Max Weber, *Economie et société – Tome 2 : l'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris : Plon, 1995, 425 pages
- Dov Zerah, *L'exigence d'une gouvernance mondiale*, Paris : L.G.D.J., 2013, 204 pages

II. Articles et contributions

- Tobias Adrian, Adam Ashcraft, Hayley Boesky et Zoltan Pozsar, « Shadow banking », *Revue d'économie financière*, vol.105, mars 2012, p.157-171
- Charles H. Alexandrowiz, « La liberté religieuse dans la Constitution de l'Inde », *Revue internationale de droit comparé*, vol.16, n°2, 1964, p.319-330
- Patrick Allard, « Pour une approche stratégique des intérêts économiques », *Revue française d'économie*, vol.23, n°3, 2009, p.161-179
- Jean-Pierre Allegret, « Les acteurs financiers de la mondialisation », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.46-52
- Wladimir Andreff, « Deux types de capitalisme d'État : les firmes transnationales russes et chinoises », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.56-63
- Céline Bada, « Gouvernance d'Internet : Le gouvernement des États-Unis décide d'émanciper l'ICANN de sa tutelle », *Sentinelle*, n°384, 2014
[En ligne] http://www.sentinelles-droit-international.fr/bulletins/a2014/20140323_bull_384/bulletin_sentinelle_384.php#735 [Consulté le 1^{er} avril 2014]
- Jean Bart, « La *Lex Mercatoria* au Moyen âge : mythe ou réalité » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.9-22
- Harold J. Berman, « World law », *Fordham International law review*, vol.18, n°5, 1995, p.1617-1622
- Pierre Birnbaum, « La fin de l'État ? », *Revue française de science politique*, vol.35, n°6, 1985, p.981-998
- Armin von Bogdandy, « Pluralisme, effet direct et ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne » in Hélène RUIZ FABRI (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.75-92
- Jacco Bomhoff et Anne Meuse, « The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation », *Journal of Law and Society*, vol. 38, n°1, p. 138-162
- Antoine Boulant, « Le suspect parisien de l'An II », *Annales historiques de la Révolution française*, vol.280, n°2, 1990, p.187-197
- Thomas Branquis, « Le monde musulman du IX^e/III^e au XVI^e/X^e siècle », in Jean-Claude Garcin (dir.), *États, sociétés et cultures du monde musulman médiéval X^e-XV^e – Tome 2 : Sociétés et cultures*, Paris : P.U.F., 2000, p.5-81
- Jimmy Carter et Mary Robinson, « Qui prendra les rênes de la lutte contre le changement climatique ? », *Huffington Post*, publié le 22 avril 2014

[En ligne] http://www.huffingtonpost.fr/jimmy-carter/qui-prendra-les-renes-de-la-lutte-contre-le-changement-climatique_b_5173332.html [Consulté le 15 juin 2014]

- Sabino Cassese « L'ordre juridique global » in Nicole Belloubet-Fier, Spyridon Flogaïtis, Pascale Gonod et Etienne Picard (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p.7-10
- Sabino Cassese, « La globalisation du droit » in *La conscience du droit – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p.113-128
- Marco Cesa, « La vecchia novità della globalizzazione », *Rivista italiana di scienza politica*, n°3, 2002, p.389-424
- Jean-Pierre Chamoux, « Internet : vers une véritable information sans frontière ? Nouvelles technologies et *lex mercatoria* », in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p.281-297
- Sabino Cassese « L'ordre juridique global » in Nicole Belloubet-Fier, Spyridon Flogaïtis, Pascale Gonod et Etienne Picard (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p.7-10
- Pierre Chaunu, « Les Pays-Bas dans l'empire de Charles Quint et de Philippe II », *Histoire, économie et société*, vol.12, n°3, 1993, p.403-418
- Jean-Marie Chasles, « D'Ottawa à Dublin : émergence et déclin d'un nouveau modèle de négociations », *Annuaire français des relations internationales*, vol.11, 2010, p.695-708
- Pierre Clastres, « Échange et pouvoir : philosophie de la chefferie indienne », *L'homme*, vol.2, n°1, 1962, p.51-65
- Gérard Collomb, « Les avatars du "multiculturalisme" » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.22-24
- Gérard Collomb et Marie-José Jolivet, « Introduction - Entre affrontement et "communauté de destin" : les voies du multiculturalisme » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.7-21
- Jean Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel » in Dominique Chagnolaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel - Tome I*, Paris : Dalloz, 2012, p.405-440
- Benjamin Constant, « De l'uniformité » in Jean-Marie Carbasse et Guillaume Leyte, *L'État royal, XIIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris : P.U.F., 2004, p.247
- Roger Cotterrell, What Is Transnational Law?, *Law & Social Inquiry*, vol.37, n°2, 2012, p.500-524
- Marcelli Czudnowski, *La nature juridique du Commonwealth britannique*, thèse soutenue à l'Université de Droit de Paris : 1958, 210 pages
- Alfredo De Jesús, « The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society » , *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, vol. 1, n° 1, 2012, 52 pages
[En ligne] <http://www.adejesus.com/pdfs/DE%20JESUS%20O.%20Alfredo%20-%20The%20Prodigious%20Story%20of%20the%20Lex%20Petrolea%20and%20the%20Rhinoceros.pdf> [Consulté le 22 juillet 2014]
- Alain Dejammet, « L'État, toujours », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.14-22

- Mireille Delmas-Marty, « La grande complexité juridique du monde » in Nicole Belloubet-Frier, Spyridon Flogaitis, Pascale Gonod et Etienne Picard (dir.), *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p.89-105
- Philippe Descola, « La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique », *Revue française de science politique*, vol. 38, n°5, 1988, p.818-827
- Francis Dupuy, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni » in Gérard Collomb et Marie-José Jolivet (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Amérindiens, Créoles et Noirs marrons en Guyane*, Paris : Édition du Comité des travaux historiques et scientifiques, 2008, p.165-201
- Cornelia Essner, « Qui sera Juif ? La classification "raciale" nazie des "lois de Nuremberg" à la "conférence de Wansee" », *Genèse*, vol.21, 1995, p.4-28
- Makhoul Farha, « Les sources du droit canonique latin » in *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris : Société de législation comparée, 2007, p.233-243
- Gérard Farjat, « Réflexions sur les codes de conduites privées » in Philippe Fouchard, Philippe Khan et Antoine Lyon-Caen, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982, p.54-78
- Jean-Marc Ferry « Souveraineté et représentation » in Mario Telo (dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles : 1995, p.91-98
- Maurice Flory, « Pour un droit social international » in *Humanité et droit international – Mélange René-Jean Dupuy*, Paris : Édition Pedone, 1991, p.149-157
- François Furet, « La Terreur » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.156-170
- Emmanuel Gaillard, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, n°4, 2007, p.1162-1173
- Berthold Goldman, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », *Archives de philosophie du droit*, vol.9, 1964, p.177-189
- Horacio A. Grigera Neron, « Enforceability of Awards based on Transnational Rules under the New-York : Geneva and Washington Convention » in Emmanuel Gaillard (dir.), *Transnational Rule in International Commercial Arbitration*, Paris : International Chamber of Commerce, 1993, p.89-100
- Pierre Grossier, « L'irruption ambiguë des célébrités dans l'arène politique internationale », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.75-82
- Andrea Hamann et Hélène Ruiz Fabri, « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme » in Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.175-204
- Mohamed Hamouda, « Heurts et bon-heur de la pensée juridique en droit musulman – Voyage à travers les sources du droit musulman » in *Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, p.183-208
- Guy Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originare*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1946, 490 pages
- Irving Horowitz et Martin Liebowitz, « Social Deviance and Political Marginality : Toward a Redefinition of the Relation Between Sociology and Politics », *Social Problems*, vol.15, 1968, p.280-296

- Majid Khadduri, « Islam and the Modern Law of Nations », *American Journal of International*, vol.50, n°2, 1956, p.358-372
- Philippe Khan, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » in Philippe Fouchard, Philippe Khan et Antoine Lyon-Caen, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982, p.97-101
- Philippe Khan, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *Revue de droit McGill*, vol.37, n°2, 1992, p.413-427
- Philippe Khan, « La *lex mercatoria* et son destin », in Philippe Fouchard et Louis Vogel, *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris : Edition Panthéon-Assas, 2004, p.25-29
- Hans Klein, « La gouvernance d'Internet », *Les cahiers du numérique*, 2002, n°2, vol.3, p.91-128
- Paul Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.125-150
- Franck Latty, « L'arrêt, le livre blanc et le traité. La *lex sportiva* dans l'ordre juridique communautaire - développements récents », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 514, 2008, p. 43-52
- Franck Latty, « Le boycott des Jeux olympiques à l'épreuve du droit », *Gazette du Palais*, n°s 293-295, Supplément droit du sport n° 2, 2008, p. 16-22
- Franck Latty, « Les Jeux olympiques et le droit international. Rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *Annuaire français des relations internationales*, vol.9, 2009, p. 945-964
- Franck Latty, « La diversité des sources du droit de l'Internet » in *Internet et le droit international*, Paris : Édition Pedone, 2014, p.49-64
- Antoine Leduc, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs au commerce international : thèse et antithèse », *Revue juridique Thémis*, vol.35, n°1 et 2, 2001, p.428-451
- Eric Loquin et Laurence Rabillon, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé » in Catherine Kessedjian et Eric Loquin, *La mondialisation du droit*, Paris : Litec, 2000, p.91-128
- Étienne Le Roy, « Éditorial – le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » in Étienne Le Roy, *Cahier d'anthropologie du droit 2003 – Les pluralismes juridiques*, Paris : Khartala, 2004, p.7-20
- Scott Looper, Steven O'tillar et Kim Talus, « *Lex Petrolea* and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government Contracts », *Journal of World Energy Law & Business*, vol.5, n°3, 2012, p.181-193
- Antoine Lyon-Caen, « Observations sur les dirigeants des entreprises transnationales » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.185-197
- Louis Marquis, « *Lex mercatoria* et pluralisme normatif : vers un renouvellement ? », in Filali Osman (dir.), *Vers une lex mercatoria mediterranea - Harmonisation, unification*,

codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée, Bruxelles : Bruylant, 2012, p.55-72

- Pierre Mayer, « Le mythe de l'«ordre juridique de base' (ou *Grundlegung*) » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Melanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris : Litec, 2000, p.199-216
- Pierre Mayer, « Principe Unidroit et *lex mercatoria* », in Philippe Fouchard et Louis Vogel, *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*, Paris : Edition Panthéon-Assas, 2004, p.31-36
- Marcel Merle, « Le concept de transnationalité », in *Humanité et droit international – Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris : Édition Pedone, 1991, p.223-231
- Eric Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2007, 6 pages
[En ligne] <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50552.pdf> [Consulté le 15 juin 2014]
- Lord Michael Mustill, « The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years », *Arbitration internationale*, vol.4, n°2, 1988, p.86-119
- Cheik Mohamed Nokkari, « Les sources du droit musulman dans les écoles jurisprudentielles » in *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris : Société de législation comparée, 2007, p.187-200
- Bruno Oppetit, « La notion de source de droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, vol.27, 1982, p.43-53
- Mona Ozouf, « Déchristianisation » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.51-62
- Mona Ozouf, « La régénération » in François Furet et Mona Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris : Flammarion, 1988, p.821-831
- Mona Ozouf, « La Révolution française et la formation de l'homme nouveau », in Mona Ozouf, *L'homme régénéré – Essais sur la Révolution française*, Paris : Gallimard, 1989, p.116-157
- Alain Pellet, « La *lex mercatoria*, « tiers ordre juridique »? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » in Charles Leben, Eric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 53-74
- Sol Piciotto, « Constitutionnaliser la gouvernance à niveaux multiples » in Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.145-171
- William G. L. Randles, « La fondation de l'empire de *Monomotapa* », *Cahiers d'études africaines*, vol.14, n°54,, 1974, p.211-236
- Michel Rosenfeld, « Repenser l'ordonnancement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique » in Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p.93-142
- Annie Rouhette, « Le rôle des coutumes dans le droit des personnes », *Annales de l'Université de Madagascar*, vol.2, 1965, p.31-57

- Olivier Roy, « Une théocratie constitutionnelle : les institutions de la République islamique d'Iran », *Politique étrangère*, vol.52, n°2, 1987, p.327-338
- Louis-Antoine de Saint-Just, « Rapport fait au nom du Comité de salut public par le citoyen Saint-Just sur la nécessité de déclarer le gouvernement provisoire de la France révolutionnaire jusqu'à la paix. 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793). », *Le droit politique*
[En ligne] <http://www.droitpolitique.com/spip.php?article115> [Consulter le 12 décembre 2014]
- David Seidl, « Luhmann's theory of autopoietic social system », 28 pages
[En ligne] http://www.zfmg.bwl.uni-muenchen.de/files/mitarbeiter/paper2004_2.pdf [Consulté le 15 juillet 2014]
- Serge Sur, « Acteurs et figurants : le monde s'ennuie », *Questions internationales*, n°63, 2013, p.4-11
- Yamina Tadjeddine, « Le *shadow banking* » in Christian de Boissieu et Jézabel Couppey-Soubeyron (dir.), *Les systèmes financiers – Mutations, crise et régulations*, 4^e édition, Paris : Economica, 2013, p.102-120
- Gunther Teubner, « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in Marie-Jeanne Campana (dir.) *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris : Éditions Frison-Roche, 1999, p.307-329
- Hermann Van der Wee, « Anvers et les innovations de la technique financière au XVI^e-XVII^e », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, vol.5, n°2, 1967, p.1067-1089
- Jacques Vanderlinden, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme » in Étienne Leroy, *Cahier d'anthropologie du droit - 2003 – Les pluralismes juridiques*, Paris : Khartala, 2004, p.21-34
- Jacques Vanderlinden, « Pluralisme juridique radical, révélation et *common law* anglaise » in *Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, p.583-598
- Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » in Philippe Foucgard, Philippe Khan et Antoine Lyon-Caen, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris : Litec, 1982, p.373-385
- Prosper Weil, « Droit international et contrats d'État », in *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris : Édition Pedone, 1981, p.549-582
- Jody Williams, « Special Comment », *Forum disarmement*, septembre 1999, n°4, p.3-5

III. Ressources de presse

- Aa.Vv., « Le Kanun et la vendetta en Albanie – Re transcription de la rencontre entre les parlementaires albanais et le Sénat français », *Le courrier des Balkans*, mise en ligne le 13 février 2003
[En ligne] <http://balkans.courriers.info/article2784.html> [Consulté le 5 juillet 2014]
- Aa.Vv., « La charia appliquée dans la province d’Aceh », *Courrier International*, 12 février 2014
[En ligne] <http://www.courrierinternational.com/article/2014/02/12/la-charia-appliquee-dans-la-province-d-aceh> [Consulté le 14 février 2014]
- Aa.Vv. « PAG : des contrôles "inopportuns" », *France-Guyane*, n°7784, édition du samedi 16 août et dimanche 17 août 2014, p.6
- Aa.Vv., « D'autres Amérindiens isolés fuient les attaques au Pérou », *France-Guyane*, n°7784, édition du samedi 16 août et dimanche 17 août 2014, p.14
- Lara Farrar et Cui Jia, « U.S testing new system to bypass Web filters in China », *The China Post*, mise en ligne le 16 août 2009
[En ligne] <http://www.chinapost.com.tw/china/national-news/2009/08/16/220678/U.S.-testing.htm> [Consulté le 14 août 2014]
- Françoise Massit-Folléa et Julien Nocetti, « Internet se cherche une gouvernance », *Le Monde*, le 23 avril 2014
[En ligne] http://www.lemonde.fr/idees/article/2014/04/23/Internet-se-cherche-une-gouvernance_4405426_3232.html [Consulté le 4 juillet 2014]
- Sylvain Mouillard, « Iran, la révolution Twitter ? », *Libération.fr*, mise en ligne le 15 juin 2009
[En ligne] http://www.liberation.fr/monde/2009/06/15/iran-la-revolution-twitter_564866 [Consulté le 14 août 2009]
- Marjola Rukaj, « En Albanie et au Kosovo, des femmes qui deviennent des hommes », *Le courrier des Balkans*, mise en ligne le 29 mai 2007
[En ligne] <http://balkans.courriers.info/article8354.html> [Consulté le 5 juillet 2014]
- Sébastien Seibt, « Extensions Internet : l'Icann à la rescousse de l'Iran, la Syrie et la Corée du Nord », *France 24*, publié le 1er août 2014
[En ligne] <http://www.france24.com/fr/20140801-icann-iran-syrie-coree-nord-nom-domaine-extension-attentat-justice-internet-familles-victimes/> [Consulter le 12 décembre 2014]