

**DE LA POSSIBILITÉ D'APPRÉHENDER LE DROIT  
INTERNATIONAL DE MANIÈRE CRITIQUE : RÉFLEXIONS  
À PARTIR DE « GRÁINNE DE BÚRCA, CLAIRE KILPATRICK  
ET JOANNE SCOTT, DIR, *CRITICAL LEGAL PERSPECTIVES  
ON GLOBAL GOVERNANCE: LIBER AMICORUM DAVID M  
TRUBEK, OXFORD, HART, 2014* »**

*Vincent Chapaux\**

*Critical perspectives on Global Governance* est un *liber amicorum* dédié au professeur David Trubek, professeur à l'Université du Wisconsin-Madison et Senior Research Fellow à la Harvard Law School<sup>1</sup>. Durant sa longue carrière, David Trubek a abordé de nombreux sujets : droit du travail, droit du développement, sociologie du droit, nouvelle gouvernance, etc. Son profil se teinte d'une approche critique assumée. David Trubek est en effet l'un des organisateurs de la première conférence consacrée aux *Critical Legal Studies* (CLS) à Madison en 1977<sup>2</sup>.

Pour compiler les vingt-et-une contributions que compte cet opus, trois directrices se sont mises à la tâche. Gráinne de Búrca<sup>3</sup> est actuellement professeure à la New York University School of Law et spécialisée dans l'étude des droits de l'homme et de l'Union européenne. Elle est en particulier l'auteure d'un essai remarqué qui remet en perspective les prétentions actuelles en matière de droits humains de l'Union européenne au regard de ses prétentions historiquement plus ambitieuses<sup>4</sup>. Claire Kilpatrick<sup>5</sup> est professeure de droit social et de droit du travail européen et international. Elle enseigne actuellement à l'Institut universitaire européen de Florence. Joanne Scott<sup>6</sup> est professeure de droit européen au University College de Londres. Elle était déjà l'éditrice, avec Gráinne de Búrca, de *Law and New Governance in the EU and the US*<sup>7</sup> paru en 2006. Elle est aussi spécialisée dans le droit du changement climatique.

---

\* Vincent Chapaux est chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles (ULB), Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international.

<sup>1</sup> « David Trubek », en ligne : University of Wisconsin Law School <<http://law.wisc.edu/profiles/dmtrubek@wisc.edu>>.

<sup>2</sup> Gráinne de Búrca, Claire Kilpatrick et Joanne Scott, dir, *Critical Legal Perspectives on Global Governance. Liber Amicorum David M Trubek*, Oxford, Hart, 2014 à la p 3 [De Búrca, Kilpatrick et Scott].

<sup>3</sup> « Gráinne de Búrca », en ligne : University of New York Law School <<https://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/profile.cfm?personID=31563>>.

<sup>4</sup> Gráinne de Búrca, « The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor » (2011) 105:4 *Am J Int'l L* 649 aux pp 649-693.

<sup>5</sup> « Claire Kilpatrick », en ligne : European University Institute <<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/People/Professors/Kilpatrick.aspx>>.

<sup>6</sup> « Joanne Scott », en ligne : University College London <<http://www.laws.ucl.ac.uk/people/joanne-scott/>>.

<sup>7</sup> Joanne Scott et Gráinne de Búrca, dir, *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 2006 [Scott et De Búrca].

L'ouvrage a pour ambition d'être « *an exploration of the emergence of global critical discourse on law and its application to processes of global governance*<sup>8</sup> ». Les directrices attendaient donc clairement des contributeurs qu'ils dépassent une approche formaliste du droit et offrent des études qui se penchent sur les rapports politiques et de pouvoir. Et ce, soit en travaillant à « révéler » la charge politique d'institutions et de règles présentées comme « neutres », soit, de manière plus ambitieuse, en procédant à une véritable sociologie du droit. Dans ce cas, les directrices invitaient à réfléchir, en amont, au rôle des rapports de force dans la création des institutions internationales et, en aval, à l'effet concret de ces institutions et règles dans la pérennisation ou la reproduction des rapports de force<sup>9</sup>. *Critical Perspectives on Global Governance* a-t-il tenu son pari? A-t-il réussi à offrir des études de science juridique qui refusent de se centrer sur les antiennes habituelles selon lesquelles « *law is vital, legal processes are neutral and rational, legal scholarship authoritative*<sup>10</sup> »?

Pour y répondre, il convient de passer en revue les contributions qui composent cet opus. L'ouvrage est divisé en six parties. La première d'entre elles s'intitule « *Critical Pathways in Law* » et est en réalité consacrée à l'héritage intellectuel de David Trubek lui-même. Quatre contributeurs y décrivent l'importance et la signification de ses travaux.

Dans une première contribution, Duncan Kennedy revient sur le mot « critique », notion que l'un des pères fondateurs du mouvement CLS est évidemment bien placé pour décrire. L'auteur souligne la polysémie du terme, qui s'entend d'abord comme un positionnement politique. Critique signifie être « de gauche », c'est-à-dire en lutte avec les ordres légaux considérés comme conservateurs pour favoriser des structures plus communautaires, égalitaires et participatives<sup>11</sup>. Mais le terme « critique » renvoie aussi à un ensemble de présupposés théoriques liés à des auteurs européens, c'est-à-dire à certains tenants du marxisme ou de l'école de Francfort en passant par Foucault et Derrida<sup>12</sup>. Duncan Kennedy expose ensuite sommairement dans quelle mesure, selon lui, les travaux de David Trubek s'insèrent dans ce courant critique, à la fois sur le plan conceptuel et sociologique, dans la réalité sociale, politique et académique du XX<sup>e</sup> siècle.

William H Simon continue l'ouvrage en essayant de saisir l'essence des travaux de David Trubek. Sa contribution s'articule en deux temps. Il détermine dans un premier temps ce que le terme « critique » signifie. Selon lui, il s'agit d'une approche théorique qui refuse de croire que l'on peut atteindre une réalité qui serait, par hypothèse, située au-delà de notre propre construction (*anti-foundationalism*). Mais il s'agit aussi d'une approche anti-déterministe fondée sur l'idée que la société peut prendre théoriquement un nombre infini de formes. En ce sens, l'approche

<sup>8</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p vi.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> David Trubek et John M Esser, « *Critical Empiricism and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box* » (2011) 12 *German Law Journal* 115 à la p 119.

<sup>11</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p 5.

<sup>12</sup> *Ibid.*

s'oppose au déterminisme marxiste. L'approche est aussi anti-idéologique dans la mesure où elle refuse de privilégier le statu quo sans réfléchir au sens de cette immobilité. Enfin, il s'agit d'une approche qui rejette le discours de séparation des pouvoirs. Les pouvoirs peuvent être séparés de manière idéale-typique, mais les frontières seront toujours sociologiquement poreuses<sup>13</sup>. William Simon cherche ensuite à établir le modèle politique idéal qui ressort — implicitement — des écrits de David Trubek. Selon lui, il s'agit d'une société qui pratique la délibération consensuelle, qui met en scène le caractère construit (et non donné) de ses politiques publiques, qui favorise la compétition des modèles pour assurer le changement et qui crée des institutions conçues pour être modifiables et non réifiées<sup>14</sup>.

Ruth Buchanan poursuit cette partie consacrée aux travaux de David Trubek en étudiant la postérité d'un article que David Trubek a publié avec Marc Galanter en 1974 : « *Scholars in Self-Estrangement: Some reflexions on the Crisis in Law and Development Studies in the United States* ». Il s'agit d'un article visant à exposer comment le monde académique étasunien du *Law and Development* était à l'époque dans une impasse. Cherchant à comprendre comment le paradigme libéral légaliste pouvait aider les pays en développement, ce courant académique oubliait trois réalités sociologiques fondamentales. Premièrement, les sociétés fonctionnent en réalité de manière très différente de ce que la loi prévoit (dans les pays développés comme en développement). Deuxièmement, une modification du droit peut ne pas avoir d'influence en pratique. Enfin, il est possible que les changements normatifs proposés aient un effet négatif sur les sociétés récipiendaires de l'aide<sup>15</sup>. Alors que ces conclusions étaient destinées à un monde académique situé dans le temps et dans l'espace, Ruth Buchanan constate qu'elles ont touché un auditoire beaucoup plus large et que le recours à la bibliométrie permet d'ailleurs à l'auteure « d'objectiver ». L'auteure arrive au constat paradoxal que le texte est à la fois très influent, mais qu'à l'échelle de la sous-discipline *Law and Development*, ses enseignements sont tout de même restés le plus souvent lettre morte.

Enfin, Mario Shapiro et Diogo Coutinho concluent cette partie par un article qui ne traite de son héritage que de manière implicite. L'article a l'ambition d'offrir au premier chef une description de l'évolution normative du Brésil en matière de politique économique publique. Les auteurs soulignent que le Brésil est passé par trois phases : la première très interventionniste, la deuxième très libérale (dans les années quatre-vingt-dix) et la dernière recentrée sur l'État et la redistribution des richesses<sup>16</sup>. Les auteurs proposent ensuite de s'interroger sur le rôle du droit dans l'encadrement de ces politiques publiques. Selon les auteurs, le droit économique brésilien devrait remplir trois fonctions. La première serait sélective et permettrait de choisir les secteurs dans lesquels l'État intervient. La fonction de légitimation permettrait de convaincre les citoyens du bien-fondé des interventions. Enfin, la fonction de gouvernance faciliterait la coordination de toutes ces interventions.

---

<sup>13</sup> *Ibid* aux pp 16-18.

<sup>14</sup> *Ibid* aux pp 19-21.

<sup>15</sup> *Ibid* aux pp 28-29.

<sup>16</sup> *Ibid* aux pp 50 et s.

La deuxième partie de l'ouvrage rassemble deux contributions. Elle est consacrée aux « transformations dans la gouvernance globale ».

Le premier essai est signé David Kennedy. L'auteur part d'un triple constat. Premièrement, il souligne que la majorité des sociétés ne parvient pas à répartir équitablement les richesses. Les politiques publiques sont le plus souvent instrumentalisées au profit d'intérêts économiques particuliers<sup>17</sup>. Au lieu de lier les *wINNERS* et les *losERS* de l'économie dans un cercle vertueux, la majorité des politiques visent à encourager les *wINNERS* et pénaliser les *losERS*<sup>18</sup>. Deuxièmement, il remarque que le droit a contribué à séparer la politique de l'économie et à mettre cette dernière en dehors de tout mécanisme de contrôle. Enfin, l'auteur souligne que les juristes, en tant que groupe social, en ne remettant pas en cause ces catégories, contribuent à les reproduire et à pérenniser les inégalités<sup>19</sup>. Son ambition est dès lors de proposer un changement dans la manière d'étudier le droit. Selon lui, l'étude du droit doit être basée sur la notion de centre et de périphérie. Toute norme de droit s'inscrit dans le rapport de force et c'est donc comme telle qu'elle doit être étudiée. Cette notion de « centre-périphérie » doit permettre de fournir un outil qui permette de penser en permanence le droit non comme un système (ou comme un proto-système évoluant vers un « vrai système »), mais comme une structure oscillant entre deux idéaux-types : le centre et la périphérie. C'est l'idée de penser la politique économique comme un balancier entre un centre et une périphérie afin de remettre au cœur du système, le conflit, la domination et la hiérarchie<sup>20</sup>.

Dans une seconde intervention, Peer Sumbansen se donne pour objectif de comprendre dans quelle mesure les discours globaux sur la « justice transitionnelle », la « condition humaine » et la « connaissance » doivent être déconstruits. L'article se présente comme une histoire de la prise de conscience du caractère non « évident » de toutes ces notions à travers notamment l'apport des approches liées au pluralisme juridique<sup>21</sup>.

La troisième partie de l'ouvrage est consacrée au droit du travail. La contribution d'Harry Arthurs l'introduit. Elle est construite sur ce que l'auteur considère comme la première grève de l'histoire : celle qui opposa les Israélites au pharaon d'Égypte et qui se solda par un épisode bien connu : l'exode. Selon l'auteur, comme le pharaon de la Bible, les gouvernements nationaux de ces quarante dernières années ont soit cessé de croire en des politiques progressistes en matière de travail, soit ont renoncé à les mettre en œuvre<sup>22</sup>. Selon lui, ce changement dans le droit du travail est bien sûr explicable par les intentions ultralibérales de certains acteurs, mais surtout par un fait sociologique nouveau : la disparition des masses de travailleurs qui avaient créé les conditions de mobilisation propres à la période industrielle. La majorité de ces travailleurs sont aujourd'hui remplacés par des robots. La disparition

---

<sup>17</sup> *Ibid* à la p 67.

<sup>18</sup> *Ibid* à la p 69.

<sup>19</sup> *Ibid* à la p 82.

<sup>20</sup> *Ibid* à la p 79.

<sup>21</sup> *Ibid* aux pp 106 et 112.

<sup>22</sup> *Ibid* à la p 131.

de cette classe de travailleur implique selon lui de repenser le travail et le droit (national et international) qui le régit<sup>23</sup>. Le droit est sur ce point tout à fait mou. Face à un droit du commerce et des affaires très efficace et très précis, le droit du travail, lui, n'a en effet cessé de s'effriter<sup>24</sup>. La solution, selon lui, passe par un travail sur des catégories aujourd'hui non efficaces qui divisent les travailleurs (employés, ouvriers, indépendants, etc.) au lieu de les réunir, et qui empêchent de voir le travail comme un problème de justice globale et invitent au contraire à l'envisager comme un problème technique de protection de certains travailleurs<sup>25</sup>. L'auteur plaide pour la création d'un droit de la subordination et de la résistance économique qui rassemblerait le droit du travail et le droit économique<sup>26</sup>.

Lance Compa s'intéresse pour sa part aux liens entre les accords commerciaux internationaux et la promotion internationale du droit des travailleurs. L'auteur montre comment certains militants américains des années 1980 ont forcé leur gouvernement à ajouter des dispositions relatives au droit du travail dans ses accords commerciaux. Ces clauses ont d'ailleurs été mobilisées pour suspendre des relations commerciales notamment avec le Chili, le Costa Rica ou le Guatemala<sup>27</sup>. Au final, par intimidation commerciale, les États-Unis ont forcé certaines évolutions en droit du travail en imposant aux pays tiers des standards qui, souvent, n'étaient même pas respectés aux États-Unis mêmes. Selon l'auteur, ces pressions ont eu aussi pour résultat de forcer la création de plates-formes transnationales de négociation des conditions de travail<sup>28</sup>.

Katherine Stone s'interroge pour sa part sur la possibilité de maintenir une classe moyenne dans le cadre d'une économie internationale basée sur le libre marché. Celui-ci n'implique-t-il pas obligatoirement une détérioration globale des conditions de travail? Après avoir fortement nuancé les arguments ricardiens, en général optimistes quant aux promesses du libre-échange, pour les droits des travailleurs<sup>29</sup>, l'auteure se penche sur les approches qu'elle estime les plus réalistes et montre comment une combinaison de différentes stratégies (la course au sommet, l'agglomération d'industries et l'innovation) peut permettre d'espérer un maintien de conditions de travail décentes.

La contribution suivante est signée Kerry Rittich. Elle part du constat que le travail a globalement changé et que les travailleurs sont maintenant le plus souvent hors de la sphère couverte par le droit du travail, en partie à cause de la dérégulation du marché du travail et de la place de plus en plus importante du travail informel<sup>30</sup>. Selon elle, il faut que les spécialistes du droit du travail se concentrent sur l'objet social « travail » et non sur le droit du travail en tant que source, au risque de passer à

---

<sup>23</sup> *Ibid* à la p 134.

<sup>24</sup> *Ibid* à la p 137.

<sup>25</sup> *Ibid* aux pp 138-139.

<sup>26</sup> *Ibid* à la p 141.

<sup>27</sup> *Ibid* aux pp 148-149.

<sup>28</sup> *Ibid* à la p 161.

<sup>29</sup> *Ibid* aux pp 165-171.

<sup>30</sup> *Ibid* à la p 186.

côté de la majorité du phénomène social. Il convient en particulier de se pencher sur la politique fiscale des États et sur leur politique monétaire, deux champs considérés comme très éloignés du droit du travail, mais dont la récente crise en a révélé la pertinence pour les travailleurs. L'auteure souligne que les experts du droit du travail peuvent s'interroger sur la volonté des États — en particulier européens — de placer le service de la dette au-dessus de tout autre objectif depuis 2008. La restructuration de la dette était une autre option, pourtant jamais considérée sérieusement<sup>31</sup>. L'auteure souligne aussi que la politique monétaire a eu un impact direct sur les emplois. La volonté de préserver une stabilité des prix s'est faite au détriment d'une politique d'emploi qui a augmenté le chômage de manière radicale alors que le revenu moyen des ménages a pour sa part diminué de plus de 40 % en moyenne aux États-Unis, le ramenant à des niveaux connus dans les années 1970<sup>32</sup>. Selon l'auteure, il faut construire une meilleure image du service public. Pour cela, il faut lutter contre la croyance que la flexibilité du marché du travail est une bonne chose et de manière plus générale que le droit du travail est forcément le lieu de résolution d'une crise, alors qu'il est essentiellement dû à des mécanismes financiers et à la gestion du secteur de la dette<sup>33</sup>. Une réforme des règles liées au secteur privé est aussi nécessaire. L'auteure prend comme exemple le cas de ces entreprises qui font de gros profits, mais qui dans le même temps font du chantage à la délocalisation pour faire baisser les salaires, comme l'entreprise Caterpillar en Ontario en 2011<sup>34</sup>.

La dernière contribution relative au droit du travail est proposée par Alvaro Santos. L'auteur cherche à y proposer, à partir de l'exemple mexicain, des questionnements transposables dans d'autres régions et en particulier dans l'Union européenne. Selon lui, le Mexique a développé une narration de son modèle social fondé sur deux mythes. Le premier est que le modèle social mexicain est un modèle particulier à cet État, lié à son histoire et donc son identité. Le second est que le système social mexicain est par nature progressiste. Comme le montre l'auteur, ces deux assertions sont réfutables. Le système social mexicain est en effet largement influencé par des idées extérieures au Mexique et a été depuis le début un lieu de compromis entre diverses forces sociales<sup>35</sup>. L'auteur explique le hiatus entre la narration et la réalité par l'intérêt qu'avaient les professionnels et universitaires à donner de la légitimité à cette branche du droit ainsi que par un projet à tendance nationaliste<sup>36</sup>. Selon l'auteur, l'étude du cas mexicain peut permettre de mieux penser la situation européenne. Sur le vieux continent, le système social est tout aussi indéterminé et influencé par les questions d'identité nationale<sup>37</sup>. L'auteur montre également que les droits sociaux européens, confrontés à la libre circulation des biens et des personnes et aux politiques d'austérité de l'UE, n'ont — le plus souvent — pas su résister. Selon lui, l'Europe est en train de créer une spirale négative des droits du

---

<sup>31</sup> *Ibid* à la p 194.

<sup>32</sup> *Ibid* à la p 198.

<sup>33</sup> *Ibid* à la p 201.

<sup>34</sup> *Ibid* à la p 204.

<sup>35</sup> *Ibid* aux pp 209-228.

<sup>36</sup> *Ibid* aux pp 228-232.

<sup>37</sup> *Ibid* à la p 232.

travail<sup>38</sup>. Il propose dès lors d’embrasser la flexibilité proposée par les tenants de dérégulations, mais en la mobilisant au service de travailleurs<sup>39</sup>.

La quatrième partie du livre est consacrée à l’Union européenne et s’ouvre par une contribution de Kenneth Armstrong. Il revient sur le concept de « nouvelle gouvernance européenne », promu notamment par David Trubek. L’auteur s’interroge sur ce que cette nouvelle gouvernance « fait » au droit. D’autant que, comme il le souligne, ces nouveaux mécanismes de gouvernance ne font pas jeu à somme nulle<sup>40</sup> avec les mécanismes plus classiques de gouvernance. Les mécanismes peuvent au contraire s’additionner et se compléter<sup>41</sup>. Or, selon lui, peu de gens s’intéressent à l’interaction entre ces mécanismes et en particulier à l’influence de ces nouvelles manières de gouverner sur la place et la fonction de la norme juridique<sup>42</sup> et quand ils le font ils ont tendance à associer « droit » et « hiérarchie » ainsi que « nouvelle gouvernance » avec « manière non-hiérarchique de gouverner ». Ce qui, selon l’auteur, est une manière incorrecte de décrire la réalité :

*The difficulty starts with the tendency to treat law as a proxy for hierarchy and new governance as synonym for non-hierarchical modes of governance. What appears to be a concern with the relationship between law and new governance may be better understood as the relationships between different “modes” of governance — hierarchy, competition, self-regulation — expressed in different instruments or even with the same governance instrument [...]. Thus, the idea that law and new governance ‘rival’ or ‘complement’ one another as means for societal coordination may mischaracterize what are essentially two plausible interpretations of relationships within governance rather than between law and governance.<sup>43</sup>*

Norbert Reich poursuit cette partie en proposant une étude des moyens techniques les plus efficaces pour aider la Commission européenne à mettre en œuvre son projet actuel de droit commun européen de la vente (*Common European Sales Law*). L’auteur fait la liste des différentes techniques disponibles pour atteindre cet objectif. Il invite à se détacher d’une approche purement législative pour se diriger vers d’autres notions régulatrices telles que la gouvernance contractuelle (« *contract governance*<sup>44</sup> »).

Christian Joerges et Maria Weimer concluent cette partie consacrée à l’Union européenne en offrant une étude critique des travaux des théoriciens de la nouvelle gouvernance. En se basant sur les travaux de Gráinne de Búrca et Joanne Scott<sup>45</sup>, ils soulignent la tendance contemporaine à favoriser les nouveaux moyens de gouverner au détriment des manières passées, considérées par principe, moins

---

<sup>38</sup> *Ibid* à la p 239.

<sup>39</sup> *Ibid* à la p 240.

<sup>40</sup> *Ibid* à la p 252.

<sup>41</sup> *Ibid* à la p 255.

<sup>42</sup> *Ibid* à la p 263.

<sup>43</sup> *Ibid* à la p 264.

<sup>44</sup> *Ibid* à la p 292.

<sup>45</sup> Scott et De Búrca, *supra* note 7.

efficaces<sup>46</sup>. Cette tendance, selon eux, ne repose sur aucune étude objective. Le rôle des chercheurs n'est pas de créer du nouveau pour du nouveau, mais d'évaluer des méthodes, anciennes ou nouvelles, à l'aune de valeurs externes comme l'État de droit ou la démocratie. Faute de situer ces nouveaux mécanismes de gestion par rapport à ce genre de valeurs, les théoriciens et praticiens de ces nouvelles techniques de gouvernance risquent de tomber dans le managerialisme autoritariste<sup>47</sup> qui invite à la :

*transformation of the EU and its core legal principles into a managerial regime of the state emergency (Ausnahmezustand), which not only breaks away from democratic and rule-of-law principles in the traditional sense, but is also hardly a realisation of experimentalist democratic ideals*<sup>48</sup>.

Pour éviter cet écueil, les auteurs proposent une méthode alternative qu'ils dénomment *conflict-law-constitutionalism* à même, selon eux, d'éviter les écueils décrits dans la première partie de leur étude. Ce modèle est basé sur un constat : les citoyens européens, bien qu'interagissant de manière intensive, ne souhaitent pas, à ce stade, agréger leurs systèmes politiques de manière totale. Plutôt que de trouver des moyens d'imposer ses vues sans l'avis des citoyens, l'Union européenne devrait se poser en gestionnaire des conflits<sup>49</sup>.

Henry Steiner ouvre la cinquième partie de l'ouvrage consacrée aux droits humains. Dans son intervention, l'auteur se penche sur la controverse du foulard dans les législations — en particulier européennes — et l'accueil que ces législations ont reçu, en particulier devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le texte se focalise en particulier sur la marge d'appréciation que la Cour s'arroge dans son évaluation des actes normatifs nationaux relatifs aux signes religieux.

Tamara Hervey enchaîne avec un article fascinant. L'auteure part d'un constat simple. Dans le cadre des politiques néolibérales actuelles et en particulier dans le cas de l'Union européenne,

*free trade is the central value and social rights, and other "local" preferences, are constructed as protectionist exceptions to the rules on free movement of commodities and services and fair competition*<sup>50</sup>.

« Mais si ce n'était pas le cas? », se demande, l'auteure. Si le juge européen, en interprétant le droit de l'Union, adoptait une autre approche « *where human rights is embedded in the Treaty rules of freedom of movement*<sup>51</sup> ». Que se passerait-il? Serait-il possible d'arriver, avec les mêmes textes, à une protection bien supérieure des droits sociaux? Et si oui, comment? Pour répondre à cette question, l'auteure adopte une technique aussi originale que convaincante : la jurisprudence imaginative (*imaginative jurisprudence*). L'auteure propose la réécriture d'un jugement particulier

<sup>46</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p 296.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid* à la p 318.

<sup>49</sup> *Ibid* aux pp 320 et s.

<sup>50</sup> *Ibid* à la p 345.

<sup>51</sup> *Ibid* à la p 354.



de la Cour de Justice des Communautés européennes (l'*Affaire Kohll*<sup>52</sup>). En retirant certaines parties du raisonnement et en ajoutant d'autres, l'auteure imagine concrètement ce que pourrait donner le jugement d'un tribunal qui utiliserait, en particulier dans ses interprétations téléologiques, le respect des droits humains et sociaux et non seulement la poursuite de la libéralisation des marchés.

Cette partie sur les droits humains se conclut par une intervention de Helena Alviar García qui cherche à remettre en cause le narratif habituellement favorable dans lequel sont placés les jugements de la Cour constitutionnelle colombienne. L'auteure montre que l'impact prétendument progressiste de la Cour en matière de droit au logement et de droit à la santé est en réalité très théorique. Dans les faits, ces jugements n'ont, selon elle, eu aucun impact.

La dernière partie de l'ouvrage, intitulée « Legal Profession and Globalisation » est ouverte par un article de deux des plus grands spécialistes de cette question : Yves Dezalay et Bryant Garth.

Dans leur contribution, les auteurs utilisent une logique bourdieusienne afin d'expliquer l'étrange mobilisation des sciences sociales (et en particulier de Bourdieu) dans le champ juridique académique anglo-saxon<sup>53</sup>. Ils se focalisent au départ sur le mouvement *Law and Society*. Les auteurs partent du constat que les théories bourdieusiennes, bien que très souvent mentionnées dans les écrits de ce courant, semblent, en réalité, le plus souvent dénuées du potentiel radical de remise en cause des structures légales et politiques qui se trouve pourtant au centre des travaux du sociologue français. Les auteurs cherchent l'explication de ce phénomène en pensant le légal comme un champ dans lequel le recours à la sociologie est un capital mobilisé à des fins précises. Selon les auteurs, la révolution réaliste aux États-Unis et l'émergence du mouvement *Law and Society* dans les années 1960 peuvent se comprendre par l'étude des personnes qui ont mobilisé ces outils et, en particulier, de la place qu'ils occupaient dans le champ juridique au moment où ils l'ont fait. Ainsi, selon Dezalay et Garth, la révolution réaliste est aussi (et surtout) un mouvement stratégique du monde académique visant à délégitimer les élites traditionnelles du champ juridique (membres du barreau et juges) qui se présentaient jusqu'alors comme les seules « bouches » légitimes de la loi<sup>54</sup>. Le recours à la sociologie a permis de dénoncer l'impossible objectivité des juges et de délégitimer une classe sociale présentée comme fondamentalement au service du pouvoir. Ce changement de représentation profitait directement aux membres du monde académique<sup>55</sup>. Il ne s'agissait donc pas de remettre en cause le système en tant que tel, mais de transférer du pouvoir symbolique à de nouveaux acteurs se mouvant au sein d'un système laissé intact. Ce qui peut être dit du courant réaliste peut aussi être constaté dans le cadre du mouvement *Law and Society*. Les « membres » de ce courant oscillent en effet entre deux extrêmes : le pôle régulateur (qui conseille le pouvoir) et le pôle émancipateur (qui cherche à conseiller ceux qui visent à faire changer les choses). Dans les deux

---

<sup>52</sup> *Raymond Kohll c Union des Caisses de Maladie*, C-158/96, [1998] ECR I-01935.

<sup>53</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p 385.

<sup>54</sup> *Ibid* à la p 399.

<sup>55</sup> *Ibid.*

cas, cependant, il ne s'agit pas de remettre en cause le système. Les tenants du premier pôle se battent pour obtenir le soutien de l'État, les autres pour maintenir leur droit d'être les représentants légitimes des groupes sociaux défavorisés<sup>56</sup>.

La deuxième contribution de cette dernière partie est signée Mihaela Papa et cherche à comprendre le rôle que peuvent jouer les BRICS<sup>57</sup> dans la réforme potentielle de l'ordre (économique) mondial. Sont-ils des acteurs de changement ou non? Pour tenter de le comprendre, l'auteure choisit un laboratoire : le contentieux relatif aux investissements<sup>58</sup>. Elle y étudie le positionnement des BRICS par rapport aux *Bilateral Treaty Agreements* et leur comportement dans les différents forums internationaux en la matière (G7, G8, G20 ou CNUCED). Elle conclut qu'il est peu probable que les BRICS représentent une coalition à même de changer l'ordre économique mondial en matière d'investissement dans un futur proche. D'une part, parce que les BRICS ne sont pas politiquement coalisés sur cette question. D'autre part, parce que lorsqu'on observe leur comportement individuel, on constate qu'ils poursuivent des objectifs politiques distincts, certains se calquant sur le modèle des grandes puissances, d'autres cherchant à remettre en cause le modèle dominant<sup>59</sup>.

John Ohnesorge offre l'avant-dernière contribution de l'ouvrage. Il s'intéresse à la protection nationale du marché de l'expertise légale. Le plus souvent, les États réservent en effet le marché de l'expertise légale aux personnes formées dans leurs systèmes éducatifs. Du point de vue des firmes qui se spécialisent dans l'expertise légale au niveau transnational, ce type de structures s'assimile à du protectionnisme<sup>60</sup>. L'auteur cherche à déterminer si l'ouverture de ce marché à la concurrence internationale serait, ou non, une « bonne politique publique<sup>61</sup> ». L'auteur conclut que c'est bien le cas moyennant certains aménagements<sup>62</sup>.

Enfin, l'ouvrage se conclut sur un article de David Wilkins, qui souligne les grands apports de la pensée de David Trubek. Selon l'auteur, David Trubek a apporté trois éléments. Premièrement, il a amené l'idée qu'une approche critique n'est en rien contradictoire d'une approche empirique<sup>63</sup>. Son autre grande réalisation est le projet GLEE (*Global Lawyers in Emerging Economies*), une étude des professions juridiques dans les pays émergents. Enfin, il laisse aussi une idée importante : pour comprendre les systèmes, il faut souvent regarder là où personne ne regarde<sup>64</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibid* à la p 401.

<sup>57</sup> Brazil, Russia, India, China, South Africa (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud).

<sup>58</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p 406.

<sup>59</sup> *Ibid* à la p 407.

<sup>60</sup> *Ibid* à la p 426.

<sup>61</sup> *Ibid* à la p 437.

<sup>62</sup> *Ibid*.

<sup>63</sup> *Ibid* à la p 441.

<sup>64</sup> *Ibid* à la p 449.

\*\*\*

Nos remarques sur ce *liber amicorum* seront de trois ordres. Nous aborderons dans un premier temps le cœur de l'ouvrage en tentant de répondre à la question suivante : dans quelle mesure *Critical Legal Perspectives on Global Governance* a-t-il réussi à produire des approches critiques de la gouvernance internationale? (I). Une deuxième série de remarques portera sur les forces et les faiblesses méthodologiques des contributions réunies dans l'ouvrage (II). Nous prendrons enfin le temps de décrire les grands enseignements que l'on peut retirer de ce livre en ce qui concerne à la fois l'état actuel des rapports de force internationaux et les pistes de solutions dégagées pour en diminuer la verticalité (III).

## I. Du caractère critique de l'ouvrage

Même si l'on peut s'interroger sur le caractère critique de trois de ces vingt-et-une contributions, il ne fait pas de doute que l'ouvrage dans son ensemble réussit le pari de fournir des textes « critiques » tel que ce terme est défini dans l'introduction de l'ouvrage<sup>65</sup>. C'est-à-dire des textes capables de révéler les rapports de forces cachés sous le glacis des catégories présentées comme naturelles ou d'expliquer, par une étude de la société, les rapports de forces qui président à la création de ces catégories ou résultent de leur application. Le plus souvent, les textes poursuivent tous ces objectifs à la fois.

Il en résulte une sorte d'homogénéité des approches à travers ce qui constitue pourtant un gigantesque *patchwork* de contributions portées par des personnes d'horizons assez divers et travaillant sur des objets d'études pour le moins variés. La déconstruction du familier commence avec David Kennedy : droit, politique et économie sont selon lui des catégories à déconstruire. Le droit se présente comme hors des rapports de pouvoir alors qu'il est instrumentalisé par les puissants; l'économie se présente comme hors du politique alors qu'elle en est le cœur. Selon lui, tout cela constitue une construction sociale qu'il faut dépasser pour ramener le rapport de force (ou la tension centre-périphérie comme il l'appelle) au centre de l'attention. Kerry Rittich mène le même combat. Les sources du droit, présentées comme de simples divisions administratives, contribuent en réalité à définir la norme du travail du juriste. Par ce biais, le spécialiste du droit du travail étudie de moins en moins de choses puisque le travail est dérégulé. Il faut, selon elle, repartir du social (le travail en tant que tel) et étudier les normes qui s'y appliquent et non l'inverse. Encore une fois, il s'agit de déconstruire les catégories « neutres » pour y faire revenir le rapport de force. Harry Harthurs va dans le même sens et souligne que le problème est plus large. Ce qu'on construit comme « droit du travail » est en réalité artificiellement séparé, non seulement du droit économique, mais aussi du droit monétaire et financier. Comme David Kennedy, il propose de remettre le rapport de

---

<sup>65</sup> *Ibid* à la p vi.

force au centre du droit et de son étude (proposition de créer un « droit de la subordination et de la résistance économique »). Ces tendances à la déconstruction du familier et à la révélation du rapport de force se constatent aussi dans la partie consacrée au droit européen. Kenneth Armstrong déconstruit la notion de nouvelle gouvernance et montre qu'elle est présentée comme étant fondamentalement nouvelle et plus horizontale que les notions de gestion anciennes comme « le droit ». Encore une fois, l'auteur invite à dépasser cette construction. Qu'on utilise le droit ou de « nouveaux outils de gouvernance », les rapports de force restent les mêmes. Le droit peut promouvoir l'égalité comme les nouveaux outils peuvent favoriser la verticalité. Face aux problèmes soulevés, Kenneth Armstrong, Christian Joerges et Maria Weimer proposent une solution (*conflict-law-constitutionalism*) qui s'envisage comme une révélation du rapport de force. La partie de l'ouvrage consacrée aux droits humains va d'ailleurs dans le même sens. Tamara Hervey s'applique, par exemple, à déconstruire la « neutralité » du travail des tribunaux et montre que le rapport de force est présent avant, après, mais aussi pendant l'application du droit. Enfin, dans une sorte de conclusion métathéorique, Yves Dezalay et Bryan Garth rappellent que le rapport de force est aussi au cœur du monde académique « critique » qu'il ne s'agirait pas de présenter comme neutre pour la simple raison qu'il contribue à révéler les rapports de force des autres secteurs de la société.

La dimension profondément critique de l'ouvrage n'est donc pas à mettre en doute, pas d'avantage que la capacité de cette école de pensée à fournir des études profondément originales.

Presque toutes ces études critiques partagent toutefois une sorte de tendance : celle de ne pas se situer dans le champ — pourtant foisonnant — des études critiques déjà existantes ce qui rend l'évaluation de l'originalité de la description du réel comme de solutions proposées par les auteurs difficiles à évaluer. Prenons l'exemple de David Kennedy. L'auteur est manifestement influencé par différents courants. Sa tendance à considérer le droit comme étant aux mains des puissants<sup>66</sup> rappelle les approches marxistes, sa déconstruction du langage du droit rappelle évidemment les philosophes du langage (Foucault, Derrida, Austin, etc.) et son insistance sur le fait que les divisions des champs de compétences de l'État (droit, politique, économie, etc.) sont, en soit, des lieux de pouvoir rappelle Wallerstein<sup>67</sup>. Pourtant, l'auteur ne prend pas la peine de resituer sa pensée concrète (et en particulier sa proposition de penser le droit en terme de centre-périphérie) dans un panorama conceptuel ne serait-ce qu'en droit international, qui est sa spécialité. C'est d'autant plus étonnant que l'auteur a contribué à cartographier la théorie du droit international<sup>68</sup>. On se demande par exemple en quoi sa proposition s'éloigne ou au contraire s'identifie aux CLS en général ou à la pensée de l'École de Reims par exemple, qui soulignait l'importance de penser le rapport de force avant, pendant et après l'adoption des normes. De

<sup>66</sup> *Ibid* à la p 67.

<sup>67</sup> Voir par exemple Immanuel Wallerstein et al, *Ouvrir les sciences sociales. Rapport de la Commission Gulbenkian pour la restructuration des sciences sociales présidée par Immanuel Wallerstein*, Paris, Descartes, 1996.

<sup>68</sup> David Kennedy, « The Disciplines of International Law and Policy » (1999) 12:1 *Leiden J Int'l L* 9.

manière générale les « solutions » offertes par les auteurs semblent être présentées comme étant originales alors qu'elles s'insèreraient dans une histoire idéale plus large. On peut également le constater dans la manière dont Christian Joerges et Maria Weimer présentent leur *conflict-law-constitutionalism*.

Notons pour terminer que trois études tranchent avec le style général de l'ouvrage et peuvent difficilement être considérées comme critiques. Il s'agit d'abord de celle de Norbert Reich qui cherche les moyens « les plus efficaces » pour que la Commission européenne puisse mettre en œuvre le droit commun européen de la vente. L'article cherche explicitement à faire du « *better law making*<sup>69</sup> », postulant qu'il existe une manière objectivement « meilleure » sur le plan technique de mettre en place une législation. Il est de ce fait en porte-à-faux avec toutes les études précédemment citées qui insistent sur le fait qu'un tel projet est irréalisable parce que les rapports de force — langage technique ou non — restent centraux et qu'aucune solution n'est dès lors « objectivement meilleure ». John Ohnesorge est l'auteur de la seconde étude très éloignée du style général de l'ouvrage. Pour rappel, l'auteur cherche à déterminer « la meilleure politique publique » en matière d'ouverture des marchés de l'expertise légale. Comme dans l'article précédent, l'auteur postule qu'il existe une solution « objectivement » et non « subjectivement » meilleure à ce problème, ce qui l'écarte en soi du reste des auteurs du livre. Plus fondamentalement, son projet s'inscrit dans une logique que d'autres auteurs du livre dénoncent. Travailler à l'homogénéisation du marché de l'expertise légale c'est ne pas remettre en cause, comme le dénonçait Tamara Hervey que

*free trade is the central value, and social rights, and other “local” preferences are constructed as protectionist exceptions to the rules on free movement of commodities and services and fair competition*<sup>70</sup>.

Enfin, l'intervention de Henry Steiner, consacrée aux législations relatives au foulard devant la Cour européenne des droits de l'homme, se présente comme une simple étude technique des marges d'appréciation de la Cour, tranchant là encore avec le reste de l'ouvrage. Néanmoins, cet ouvrage reste toutefois globalement fidèle à l'approche critique qui faisait son ambition.

## II. Des questions de méthode

On sait que les approches critiques entretiennent avec la méthodologie une relation compliquée. Si l'on définit la méthodologie comme l'ensemble des méthodes par lesquelles un chercheur ou une chercheuse construit et explicite le rapport qu'il ou elle entretient avec la réalité qu'il ou elle cherche à observer, on comprend tout de suite où se situe le problème. D'un point de vue critique, en effet, la réalité est inaccessible parce qu'il est conceptuellement impossible de la séparer de nos propres constructions du réel<sup>71</sup>. Cette inaccessibilité n'entraîne toutefois pas de conclusions de

<sup>69</sup> De Búrca et Kilpatrick, *supra* note 2 à la p 294.

<sup>70</sup> *Ibid* à la p 345.

<sup>71</sup> Voir le texte de William Simon dans De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 aux pp 16-18.

type normatif sur l'attitude que doit embrasser le chercheur, lequel peut choisir l'abandon complet de toute recherche de type scientifique ou au contraire travailler à des méthodes toujours plus fines qui réduisent de manière asymptotique la distance par rapport à un réel toujours fuyant. Confronté à cette alternative, David Trubek, tenant de l'empirisme juridique (*legal empiricism*), choisirait sans conteste la seconde branche comme d'autres qui semblent considérer que le relativisme radical en sciences sociales a fait son temps<sup>72</sup>.

Sur le plan de la méthode, l'ouvrage (mais peut-être est-ce l'ensemble du courant critique) semble plus hésitant. Certaines contributions fondent leur description du réel sur des références factuelles convaincantes, d'autres non. Certains auteurs défendent leurs positions à l'aide de solides appareils normatifs, d'autres pas.

Parmi les interventions qui ancrent leurs assertions de manière solide, on retrouve par exemple celle de Ruth Buchanan. Pourtant invitée à écrire dans un *liber amicorum* dédiée à David Trubek où il semble de bon ton de postuler l'influence majeure du récipiendaire, Ruth Buchanan propose une étude soignée de certaines idées de David Trubek, prenant le temps d'étudier la bibliométrie de ses articles et leur influence réelle. Ses conclusions nuancées sur les travaux de Trubek sont d'ailleurs très stimulantes. Lance Compa adoptera une méthode d'établissement des faits aussi rigoureuse bien que portant sur un tout autre sujet. Ce n'est qu'à la suite d'une étude détaillée du contenu de l'utilisation pratique des accords commerciaux étasuniens qu'il tire des conclusions nuancées par rapport à leur influence. L'étude systématique de Mihaela Papa de la position des BRICS en matière de régulation internationale des investissements rentre dans la même catégorie d'études.

Ces contributions tranchent avec un ensemble de textes à la méthodologie moins explicite. C'est le cas de certaines contributions, davantage écrites sur le ton du billet à un ami et qui semblent simplement sacrifier au style du *liber amicorum* (Duncan Kennedy, William Simon et David Wilkins). Plus problématiques sont des textes comme celui d'Helena Alviar García. L'auteure cherche à prouver que la jurisprudence progressiste de la Cour constitutionnelle colombienne n'a pas eu d'effets progressifs en pratique. Pourtant, dans sa contribution, aucune référence à la réalité sociale colombienne ne permet de confirmer ou d'infirmer la thèse. Lorsqu'elle prétend, par exemple, que les jurisprudences relatives au logement n'ont en rien amélioré la situation immobilière des plus démunis<sup>73</sup>, le lecteur, dépourvu de protocole de recherche ou même de source à même de justifier le propos, est forcé de croire l'auteure sur parole. D'autres auteurs créent le même malaise lorsqu'ils échouent à identifier l'appareil normatif sur lequel ils basent leur raisonnement. C'est le cas de Mario Shapiro et Diogo Coutinho qui cherchent à isoler les trois fonctions que « devrait » remplir le droit économique brésilien. La position normative qu'ils adoptent fait certes partie d'un « *ongoing research agenda*<sup>74</sup> », mais n'est tout de même basée sur aucun appareil normatif, en tous les cas explicite. Dans le même sens,

<sup>72</sup> Voir par exemple Paul Boghossian, *Fear of Knowledge: Against Relativism and Constructivism*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

<sup>73</sup> De Búrca, Kilpatrick et Scott, *supra* note 2 à la p 379.

<sup>74</sup> *Ibid* à la p 61.

lorsque John Ohnesorge prétend que la protection de l'expertise légale est une « bonne politique publique<sup>75</sup> », aucun appareil normatif ne vient renforcer l'idée que cette évaluation est fondée sur davantage que la conviction propre de l'auteur, alors que les théories de politique publique ne manquent pas.

### III. De nouvelles leçons

Malgré les critiques destinées à l'évaluation de l'ouvrage sur le plan de son ambition et de sa méthode, la lecture des 450 pages qu'il compte reste extrêmement stimulante. La variété des sujets qu'il aborde, miroir de la curiosité de David Trubek, mettra forcément le lecteur en position d'étudiant dans un ou plusieurs sujets. Il est en effet peu probable que le lecteur soit à la fois expert de l'œuvre de David Trubek (Partie I) des mécanismes de gouvernance globale (Partie II) du droit global du travail (Partie III) du droit européen (Partie IV) du droit international des droits humains (Partie V) et de la sociologie de professions légales (Partie VI).

Cette recension se conclura par trois enseignements tirés de la lecture de ce livre. Ils concernent trois espaces différents : la théorie, les faits et l'action.

L'enseignement théorique a déjà été largement commenté plus haut et consiste en un appel à remettre le rapport de force et la politique au centre du débat. Ils sont au centre des actes sociaux et doivent donc être également au cœur des disciplines sociales qui les étudient.

Le deuxième enseignement concerne l'état actuel de notre société et la place laissée à l'utopie. À la lecture de l'ouvrage, il est flagrant de constater combien l'heure est au pessimisme en particulier en ce qui concerne la répartition des richesses. « Les politiques publiques sont le plus souvent instrumentalisées au profit d'intérêts économiques particuliers », nous dit David Kennedy<sup>76</sup>. « Les gouvernements de ces quarante dernières années ont soit cessé de croire en des politiques progressistes en matière de travail soit ont renoncé à les mettre en œuvre », souligne Harry Harthurs<sup>77</sup>. Avaro Santos souligne pour sa part que les droits sociaux européens n'ont le plus souvent pas résisté aux politiques libérales de l'Union européenne<sup>78</sup>. Et ce pessimisme ne vaut pas uniquement pour le passé et le présent, mais aussi pour l'avenir. Ainsi les auteurs ne proposent pas de changement radical. Katherine Stone, qui cherche à améliorer la répartition des richesses, commence dans son article par rejeter les deux propositions les plus ambitieuses (régime international de protection et harmonisation internationale des standards de travail) au nom de leur « irréalisme<sup>79</sup> ». Pareillement, Alvaro Santos considère que changer le système n'est pas vraiment réalisable et qu'il vaut mieux, pour favoriser une meilleure répartition des richesses, « *empower workers under conditions of global economic competition*<sup>80</sup> ».

---

<sup>75</sup> *Ibid* à la p 437.

<sup>76</sup> *Ibid* à la p 67.

<sup>77</sup> *Ibid* à la p 131.

<sup>78</sup> *Ibid* à la p 239.

<sup>79</sup> *Ibid* à la p 165.

<sup>80</sup> *Ibid* à la p 246.

Enfin, le dernier enseignement concerne l'action. À une petite échelle, Tamara Hervey a en effet montré comment une jurisprudence tournée vers la libéralisation des échanges pouvait être transformée, sans toucher à la législation applicable, en une décision favorisant les droits humains. Ceux qui cherchent une inspiration pour rendre le monde plus conforme à leurs valeurs trouveront notamment dans cette contribution un souffle d'optimisme.