



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Le Droit sans le Territoire – Globalisation et postmodernité juridiques », in Michel Troper et *alii*, *Le territoire*, Jurisdoctoria, 2013, p. 47 s.

*manuscrit de l'auteur*



Les frontières politiques demeurent au cœur des luttes et des enjeux les plus intenses<sup>1</sup>. Chaque année, il en est tracé de nouvelles à travers le monde et les philosophes les plus écoutés – qui hier plaidaient pour leur abolition – en font désormais l'éloge<sup>2</sup>. Toutefois, en termes juridiques, les frontières – et le territoire qu'elles circonscrivent – ne seraient plus le cadre incontournable qu'elles étaient depuis le XVII<sup>e</sup> siècle et les traités de Westphalie. La globalisation, phénomène principalement économique et culturel, les effacerait et induirait une globalisation du droit concomitante qui, sans être pour l'heure précisément décrite et encore moins communément acceptée, n'en correspondrait pas moins à la réalité normative du XXI<sup>e</sup> siècle. « Le territoire est l'espace sur lequel les hommes se représentent en tant que société ou comme pouvoir politique »<sup>3</sup> ; or, puisque de Bogota à New Delhi l'on boit les mêmes sodas, cet espace serait aujourd'hui le monde. Partant, sans contester le fait que « le territoire est l'une des conditions de l'existence du droit [parce qu'] il détermine les limites à l'intérieur desquelles s'exerce un ordre juridique et politique »<sup>4</sup>, dès lors que ledit territoire est mondial et qu'il n'existe qu'un ordre juridique planétaire unifié, ce critère devient inutile et la théorie du droit peut l'effacer et se concentrer sur d'autres concepts davantage en adéquation avec le droit global. C'est en tout cas ce que soutiennent de plus en plus d'auteurs qui annoncent « la fin des territoires »<sup>5</sup>. Aussi la présente étude se propose-t-elle de présenter, loin de tout présupposé théorique et axiologique, ce courant postmoderne dont la congruence par rapport à la pratique quotidienne des juristes est loin d'être avérée mais dont l'influence croît irrésistiblement. Le droit sans le territoire, est-ce vraiment possible ?

La réponse à cette question dépend en premier lieu des présupposés théoriques et épistémologiques retenus par celui qui la formule. Il va de soi que le normativiste, pour qui il ne saurait exister de droit autre qu'étatique, n'observera jamais l'avènement de sources transétatiques – donc trans-territoriales – de juridicité ; tandis que le sociologue du droit, qui s'intéresse davantage à l'effectivité des règles qu'à leur validité formelle, conclura à un pluralisme normatif et donc à un effacement partiel de l'État et des frontières. Le concept de droit – et particulièrement la différence entre norme juridique et norme sociale non-juridique – est irrémédiablement relatif ; car « qu'est-ce donc au fond que le droit ? Je le sais bien sûr, quelle évidence pour un juriste ! Mais si je souhaite l'expliquer à quelqu'un

<sup>1</sup> Cf. M. FOUCHER, *L'obsession des frontières*, Perrin, coll. « Tempus », 2012, 248 p., *passim*.

<sup>2</sup> R. DEBRAY, *Éloge des frontières*, Gallimard, coll. « Blanche », 2010, 104 p.

<sup>3</sup> Jurisdoctoria, « Appel à contribution de jeunes chercheurs pour le numéro 10 », en ligne : <[http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero10/N%C2%B010\\_APPEL.pdf](http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero10/N%C2%B010_APPEL.pdf)>.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Réf. à B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1995, 276 p.

qui me le demande, alors soudain je l'ignore »<sup>1</sup>. La définition du droit n'est sans doute guère une « entreprise désespérante »<sup>2</sup>, ni une « difficulté quasi-insurmontable »<sup>3</sup>. Mais le gouffre qu'elle creuse en plein cœur de la connaissance provoque, chez celui qui s'en approche, un véritable « vertige sémantique »<sup>4</sup> ; et il n'est surtout pas lieu d'imaginer permise une description du phénomène juridique revêtant « la précision, la clarté et la cohérence »<sup>5</sup> propre à toute vérité scientifique.

Aussi semble-t-il justifié, à l'heure où la sphère juridique connaît certainement de profondes mutations, d'adopter une *conception pragmatique du droit*<sup>6</sup>, soit de considérer que toutes les normes sont juridiques mais qu'une norme d'origine étatique possède une pleine juridicité tandis qu'un code de conduite privé ne revêt qu'une juridicité faible ou moyenne. Partant, s'il existe différents degrés de juridicité, deviennent envisageables, d'une part, un pluralisme quantitatif (différentes sources de droit) et, d'autre part, un pluralisme qualitatif (différentes forces juridiques). Un paradigme – soit une grille de lecture – doit cheminer aux côtés d'une seule ambition : proposer la représentation la plus proche du réel ; c'est à ce titre que plaide une conception pragmatique du droit. Toute appréhension manichéenne doit être écartée. Le droit que mettent en œuvre les praticiens se nourrit en différentes auberges et, si certaines servent des plats plus appétissants que d'autres, la vérité ne saurait appartenir à un seul homme, une seule école ou un seul courant de pensée. Il faut donc, avant de se risquer dans le tumulte des normes, s'armer d'objectivité, de prudence et de modestie.

En raison de l'influence irrésistible de grandes plumes comme Kelsen, Hart ou Bobbio<sup>7</sup>, le droit est traditionnellement pensé comme un produit standardisé de l'État, ce dernier ayant pour élément constitutif, parmi d'autres, l'existence d'un territoire au sein duquel il est souverain. Seulement, si les faits engendrent logiquement la théorie, imaginer que de la théorie peuvent émerger des faits est

<sup>1</sup> Cette tirade est empruntée à Saint Augustin qui disait à propos du temps : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; si je souhaite l'expliquer à quelque un qui me le demande, je l'ignore ». *Confessions*, XIV, p. 17.

<sup>2</sup> M. VIRRALY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 1.

<sup>3</sup> F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 5.

<sup>4</sup> S. GOYARD-FABRE, « Le droit, tâche infinie », *Droits*, vol. 11, 1990, p. 25.

<sup>5</sup> L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit. Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1978, p. 9. Cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 269.

<sup>6</sup> Cf. B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2012, pp. 96 s.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1960), 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. EISENMANN, LGDJ-Montchrestien, coll. « La pensée juridique », 1999, 367 p. ; H. L. A. HART, *Le concept de droit* (1961), trad. M. VAN DE KERCHOVE, 2<sup>e</sup> éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2006, 344 p. ; N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit* (recueil d'articles), trad. M. GUÉRET, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, 286 p.

utopique. Or, lorsque ces précieux auteurs écrivent, au cœur du XX<sup>e</sup> siècle, prévaut encore la vision du monde juridique de Hobbes, Descartes et Montesquieu : simple, rationnel, ordonné et mécanique. Nul ne songe à contester l'omnipotence de l'ordre juridique étatique et la pyramide des normes est une image parfaitement conforme à la réalité normative. Idéal régulateur, l'État se présente alors – schématiquement – comme « un ensemble de formes institutionnelles de gouvernement qui maintient un monopole administratif *sur un territoire aux limites bien définies*, sa domination étant consacrée par la loi et le contrôle direct des instruments de violence intérieure et extérieure »<sup>1</sup>. La validité des règles dépend de frontières fortes et fixes, ce qui ne peut qu'inviter les théoriciens à en rendre compte d'une certaine manière.

Partant, le droit – « instrument principal du contrôle social »<sup>2</sup> – se définit comme l'ensemble « [d]es règles qui sont, dans un certain pays, imposées par la contrainte, sous le contrôle des Cours de justice »<sup>3</sup>. Le droit est un « ordre immanent de contrainte » ; et seul l'État, « ordre de contrainte centralisé et *limité dans son domaine de validité territorial* »<sup>4</sup>, est susceptible d'offrir pareil caractère – d'ailleurs, dans la pensée kelsenienne, droit et État en finissent par se confondre –. Le droit ne saurait donc être qu'étatique, soit strictement territorialisé.

Cette doctrine positiviste-normativiste a entendu, à travers une approche pyramidale et verticale, produire de la simplicité à partir du complexe des normes. Seulement, alors que la globalisation vient « complexifier ce complexe », ces schémas mythiques perdent sans doute au moins une part de leur pertinence. Souverain à l'intérieur de frontières qui deviennent peut-être aujourd'hui sa faiblesse, l'État a longtemps joué le premier rôle, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre externe. « Réduisant les autres acteurs au rang de figurants, il récitait un grand texte d'auteur, celui de la raison d'État souveraine qui semblait n'avoir été écrit que pour lui »<sup>5</sup>. Mais, dans le « village global »<sup>6</sup>, il semble que les seconds couteaux normatifs aient affuté leurs lames et soient entrés sur le grand marché du droit, où ils lassèrent le monopole étatique. Dès lors que les règles de droit surgissent de partout, à tout moment et en tous sens, les pierres angulaires de l'édifice kelsenien s'effritent dangereusement, risquant d'emporter l'effondrement du monument dans son ensemble.

La globalisation est un phénomène complexe, dépourvu de points de départ et d'arrivée, dont les facteurs et les mouvements sont multiples et désordonnés. Par

<sup>1</sup> A. GIDDENS, *The Nation-state and violence*, Polity Press, Cambridge, 1985, p. 121 (nous soulignons). Traduit et cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>2</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>3</sup> R. DAVID, « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 93.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 73 (nous soulignons).

<sup>5</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>6</sup> Célèbre métaphore de M. MC LUHAN, *Message et Massage, un inventaire des effets*, Pauvert, 1968, 158 p.

essence pluriel, il est donc délicat à définir, à présenter. Il est principalement commandé par les marchés et par la communication, lesquels profitent de l'incroyable progrès technologique dans les domaines de l'information et des transports. Ainsi le XXI<sup>e</sup> siècle est-il celui des sociétés, des économies, des cultures, des politiques et *des droits* globaux. Les problèmes comme les solutions se trouvent déterritorialisés<sup>1</sup>. Les activités économiques, financières, communicationnelles, environnementales ou encore criminelles ignorent les frontières géographiques comme politiques. La notion de territoire s'habille d'un certain archaïsme tant, désormais, « l'usage d'aérosol en Europe peut causer des cancers de la peau en Amérique du Sud ; une mauvaise récolte en Russie peut signifier davantage de faim en Afrique ; la récession en Amérique du Nord peut supprimer des emplois en Asie, mais la vigueur de l'économie en Asie de l'Est peut protéger l'emploi aux États-Unis ; un conflit en Afrique peut entraîner une augmentation des demandeurs d'asile en Europe »<sup>2</sup>. Des conséquences de taille sur l'origine, la nature et les caractères des règles de droit applicables sont inévitables. Encore faut-il, ensuite, pouvoir rendre compte de ces conséquences à la fois sans fébrilité et sans exagération. Les États ne sont plus les Léviathan d'autrefois mais des acteurs plus ou moins affaiblis, concurrencés, insérés dans des mouvements d'interdépendance, contraints de négocier et ne pouvant plus guère imposer<sup>3</sup>. Les territoires et leurs frontières se floutent ; l'espace étatique s'internationalise et l'espace international se désétatise.

Suivant le mot de Giddens, l'État est aujourd'hui « trop petit pour les grands problèmes de la vie et trop grand pour les petits problèmes », telle serait l'une des « conséquences de la modernité »<sup>4</sup>. Concernant la théorie du droit, il est préférable de recourir à l'expression « postmodernité » afin de désigner le courant de pensée, de plus en plus dense, qui voit le droit bien au-delà de l'État et du territoire<sup>5</sup> (I). Et l'observation de pratiques juridiques transfrontières permet de confirmer le passage à la postmodernité par le truchement de la globalisation du droit (II).

<sup>1</sup> Cf. A. EPINEY, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in C.-A. MORAND, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 149 s.

<sup>2</sup> A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, p. 50.

<sup>3</sup> Cf. J. CHARPENTIER, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in *L'État souverain à l'aube du 21<sup>e</sup> siècle*, Pedone, 1994, pp. 34 s.

<sup>4</sup> A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, trad. O. MEYER, L'Harmattan, 1994, p. 71.

<sup>5</sup> La modernité juridique, à l'inverse, désigne les auteurs qui, de Rousseau à Kelsen, ont confondu droit et État, en faisant deux réalités consubstantielles l'une à l'autre.

## I. — Le dépassement du territoire dans la pensée du droit global

Dans la théorie moderne, l'État est l'unique source, le critère exclusif de toute manifestation juridique. Il crée le droit directement par ses organes ou habilite des personnes ou institutions extérieures à le faire. Ce caractère absolu du monopole étatique sur le droit est la marque et le moyen principal de la souveraineté, cette dernière s'exerçant sur un territoire et vis-à-vis d'autres territoires. Le défi à relever par la conception postmoderne du droit est, tout d'abord, de mettre en évidence l'existence de sources de normes indépendantes des États et des territoires et, ensuite, de convaincre que ces normes peuvent être appelées « droit ». Alors que de plus en plus d'auteurs s'émancipent des chemins convenus du positivisme juridique et de la volonté souveraine de l'État pour constater l'existence de formes de régulation par le droit tout à fait originales (A), une thèse rencontre tout particulièrement le succès auprès de ses auditeurs : celle du « réseau de normes » des Professeurs Ost et van de Kerchove (B).

### 1) L'avènement d'une doctrine postmoderne

Qui s'ouvre à la possibilité que « le changement de structure de la société se traduit par un changement du droit lui-même »<sup>1</sup> s'interroge nécessairement quant à la nature de ce « nouveau droit » et entre dans le cercle postmoderne<sup>2</sup>. Il n'est guère d'autre critère, au-delà du refus de l'étato-centrisme moderne, permettant de caractériser ce courant de pensée juridique éclectique et encore en gestation. Néanmoins, quelques lignes de force se dessinent, spécialement autour de l'observation de la globalisation du droit. Le premier trait caractéristique de la mouvance postmoderne est donc négatif : il réside dans le rejet du lien historique droit-État (a). Positivement, les auteurs qui étudient le droit global le caractérisent en premier lieu par une intégration normative à l'échelle mondiale qui retire aux États une large part de leur pouvoir normatif discrétionnaire<sup>3</sup>. La globalisation accélère les interrelations entre ordres juridiques jusqu'à provoquer leur fusion, en tout cas dans certains matières par nature transfrontières. Mais les sources du droit global – tantôt publiques, tantôt privées ; tantôt internationales, tantôt transnationales – sont multiples et ce dernier est essentiellement pensé autour du paradigme du pluralisme. Avec l'intégration, le pluralisme et divers autres concepts

<sup>1</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. Ch. BOUCHINDHOMME, R. ROCHLITZ, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997, p. 422.

<sup>2</sup> Cf. D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la post-modernité », in E. SERVERIN, A. BERTHOUD, dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, L'Harmattan, 2000, pp. 69 s.

<sup>3</sup> Cf. M. DELMAS-MARTY, dir., *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004, 320 p., *passim*.

novateurs, c'est tout un vocabulaire spécifique qui vient forger la spécificité et l'autonomie du droit postmoderne<sup>1</sup> (b).

### a) La fin du monopole étatique de la production juridique

En bon sociologue du droit, le doyen Carbonnier soulignait qu'« entre le fait et le droit, c'est le droit qui a tort »<sup>2</sup>. Pour décrire la réalité de ce dernier, il faut donc en premier lieu s'attacher aux faits, lesquels peuvent s'inscrire aussi bien dans la continuité que dans la rupture. Actuellement, l'approche empirique mène à observer qu'à l'instar de la société qu'il est censé régir, le droit se désétatise, se privatise, s'internationalise, se globalise. Il devient alors possible de soutenir l'existence d'un « droit sans l'État »<sup>3</sup> et donc d'un droit sans le territoire. En même temps que le territoire, c'est la souveraineté de l'État qui pâtit des mutations des formes de la juridicité. Ainsi, ce « concept-clé ayant présidé la construction du droit moderne [...], non seulement n'a jamais suffi à rendre compte des différentes dimensions du phénomène juridique, mais encore il tend à perdre de plus en plus de sa substance du fait de l'évolution du droit en cours dans les sociétés contemporaines »<sup>4</sup>. Il serait donc pressant de se libérer du paradigme classique qui lie le droit à l'État et au principe de territorialité. En particulier, il faudrait appréhender le droit non plus selon son organisation territoriale mais selon son organisation fonctionnelle<sup>5</sup>. Le territoire n'est plus un critère de normativité justifié<sup>6</sup> et certaines sources transétatiques tout autant que les sources étatiques sont légitimes à fabriquer le droit.

Les frontières ne remplissent plus le rôle de barrière permettant à l'État de contrôler les phénomènes juridiques ayant effet sur son sol. Les phénomènes transnationaux requièrent une régulation transnationale, c'est un aphorisme. Partant, la conception moniste du droit étant devenue incapable de rendre justice à la réalité des normativités, elle apparaît périmée, ce qui ne remet nullement en cause son succès passé. Le droit tel que la globalisation le façonne est multiple et hétérogène ; le droit de la famille français n'a que peu de caractères en commun avec la *lex mercatoria*. Ce n'est plus la pyramide étatique uniforme, totalisante et homogène d'autrefois. Pour certains, celle-ci n'a même en aucun cas pu être vérifiée factuellement car « l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et

<sup>1</sup> Cf. B. BARRAUD, « Dictionnaire du droit postmoderne », in *Repenser la pyramide...*, op. cit., pp. 305 s.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 407.

<sup>3</sup> Réf. à L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Quadrige-Essais débats », 2007, 273 p.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, « Souveraineté et droit », in D. M. DESGRÉES DU LOÛ, dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, p. 203.

<sup>5</sup> C. F. ALGER, « L'organisation internationale vue sous l'angle du fonctionnalisme et de l'intégration », in G. ABI-SAAD, dir., *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, 1980, p. 133.

<sup>6</sup> Cf. J.-M. PONTIER, « La problématique du territoire et du droit », in M. DOAT, J. LE GOFF, P. PÉDROT, dir., *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, 2007, pp. 39 s.

à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il a toujours été pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation »<sup>1</sup>. En outre, dès lors que le divorce entre droit et territoire est consommé, le droit global oblige à s'écarter de la distinction méthodologique classique entre droits interne et externe<sup>2</sup>.

## b) Les concepts de la postmodernité juridique

De tout temps, le droit n'est apparu guère « donné et hiérarchisé », mais davantage « construit et capillaire »<sup>3</sup>. Si les faits se chargent de construire les normes postmodernes, reste à la doctrine le soin de proposer les concepts aptes à les synthétiser et à les expliquer convenablement. Le premier terme cardinal dans la description du droit global est celui d'intégration, laquelle peut être ascendante ou descendante. Selon le Professeur André-Jean Arnaud – qui intitule symptomatiquement son ouvrage « Gouvernants sans frontières » –, la première hypothèse correspond à une « globalisation *from below* »<sup>4</sup>. Dans ce cas, certaines catégories juridiques, relevant historiquement d'un système national, se voient empruntées par d'autres systèmes juridiques et finissent par être utilisées dans l'ensemble des systèmes juridiques. Quant à l'intégration descendante, elle traduit une élaboration des principes au niveau supranational puis leur imposition au sein des ordres nationaux qui, matériellement, ne font plus qu'un. Il s'agit cette fois de « globalisation *from above* »<sup>5</sup>. La globalisation du droit correspond donc à pareil mouvement : des ensembles de normes qu'il faut qualifier de « droits » pénètrent dans les ordres nationaux « en passant tout simplement par la porte qui leur est ouverte par les phénomènes transnationaux »<sup>6</sup>. Toutefois, le Professeur Mireille Delmas-Marty précise que l'intégration normative ne signifie pas uniformisation. C'est davantage d'une « recherche d'un droit commun [...] qui permettrait de communiquer et d'échanger, de “commercer”, dans tous les sens du terme, sans exclure la multiplicité des systèmes juridiques nationaux »<sup>7</sup>, qu'il s'agit. Son objet

<sup>1</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2008, p. 123.

<sup>2</sup> J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Systèmes-droit », 2010, spéc. p. 53

<sup>3</sup> M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de sciences humaines », 1994, p. 583.

<sup>4</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ-Montchrestien, coll. « Droit et société », 2003, p. 40.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> M. DELMAS-MARTY, « Introduction », in *Critique de l'intégration normative...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in P. BOURGINE, D. CHAVALARIAS, C. COHEN-BOULAKIA, dir., *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, La découverte, coll. « Recherches », 2008, p. 103.



étant « d'éviter la fragmentation qui accompagne généralement le pluralisme »<sup>1</sup>, l'intégration suppose seulement un système ordonné.

Le Professeur Karim Benyekhlef place au cœur de la postmodernité juridique – à laquelle il a consacré, en 2008, un ouvrage colossal<sup>2</sup> – les notions d'« internormativité » et de « pluralisme ». Il recourt également aux idées de « cosmopolitisme », de « gouvernance globale » ou de « souveraineté collective »<sup>3</sup>, autant de noumènes chargés de marquer à la fois une rupture avec le passé et une certaine continuité, notamment de la démocratie et du gouvernement. L'internormativité, tout d'abord, désigne, dans le sillage de l'intégration, les processus d'échanges et d'emprunts entre ordres juridiques qui tendent vers l'homogénéisation. Quant au cosmopolitisme, il s'agit d'un « ensemble de règles émanant d'une pluralité de sources et [comprenant], d'une part, des normes visant à réguler les activités transnationales, et d'autre part, des normes qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne. [...] Les individus sont titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence »<sup>4</sup>.

Également, le terme « gouvernance » – on ne peut plus polyphonique – est désormais régulièrement employé<sup>5</sup>. Mais c'est surtout le « pluralisme » et la « complexité » qui tendent à s'imposer comme les concepts-clés de la vision postmoderne du droit<sup>6</sup>. Le droit postmoderne se caractérise ainsi par une complexité qui découle principalement – mais pas uniquement – de son caractère pluriel. Si le droit étatique n'a pas disparu – et il faut s'en réjouir –, il se retrouve banalisé, fondu parmi des ensembles de normes aux origines diverses et aux forces juridiques variables. À l'État souverain a succédé l'État concurrencé. Le droit suit et subit la complexification du monde, lequel, à l'heure de l'internet, est marqué par « les interdépendances, les discontinuités, les interactions, l'instabilité [et] l'imprévisibilité »<sup>7</sup>. Selon le Professeur Mireille Delmas-Marty, « tous ces traits marquent le passage d'une structure simple à la structure complexe qui caractériserait le droit dit "postmoderne" »<sup>8</sup>. Dans ce contexte fait de foyers de

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, 937 p.

<sup>3</sup> *Ibid.*, spéc. pp. 631-632.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 691.

<sup>5</sup> Cf. J.-Ch. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, 3<sup>e</sup> éd., La découverte, coll. « Repères », 2010, 125 p., *passim* ; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 312 p., *passim*.

<sup>6</sup> B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, p. 403.

<sup>7</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n° 3, 1998, p. 671.

<sup>8</sup> M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », précité, p. 102.

juridicité qui se démultiplient, il est urgent que les scientifiques se dotent des outils et des lunettes adéquats.

Alors que Santi Romano avait un temps fait prospérer une première doctrine pluraliste<sup>1</sup>, c'est principalement la théorie sociologique du droit qui l'a replacée au premier plan en admettant l'existence de normativités parallèles au droit étatique et, plus encore, de normativités juridiques parallèles au droit étatique<sup>2</sup>. Il est certain qu'il est plus difficile pour un normativiste de concéder la congruence, par exemple, du constat de « souverainetés fragmentées »<sup>3</sup>. De plus, le pluralisme juridique ne se limite pas à un pluralisme formel – pluralisme des sources –, il s'étend à un pluralisme matériel – pluralisme des modes de régulation – et à un pluralisme qualitatif – pluralisme des forces juridiques –. Et certains de privilégier, sans que cela ait de grandes conséquences au-delà du sémantique, l'expression « polycentricité », laquelle désigne le fait que « l'État n'est pas au centre de toute la vie juridique, et [que] tout droit n'est pas nécessairement un système hiérarchisé de normes, de type pyramidal »<sup>4</sup>.

Parmi les quelques monographies qui, depuis l'an 2000, ont contribué à l'émergence et à la consolidation de la doctrine postmoderne, l'un d'elles – même si elle ne se réfère jamais expressément à l'idée de postmodernité, privilégiant celle de dialectique – doit être préférablement présentée. La thèse qui s'y trouve défendue s'inscrit en effet parfaitement – bien que ses auteurs s'en défendent – dans le mouvement révolutionnaire qui imprègne la théorie juridique.

## 2) Le succès de la théorie du droit en réseau

L'une des expressions les plus travaillées<sup>5</sup> de la mise en doute de la confusion droit-État se situe dans l'ouvrage par lequel les Professeurs François Ost et Michel van de Kerchove<sup>6</sup> ont théorisé et – littéralement – vulgarisé l'idée de droit en réseau<sup>7</sup>. Or cette nouvelle approche de la juridicité a rencontré un grand succès, en particulier auprès des étudiants, contribuant à renforcer le sentiment selon lequel il serait utile de posséder une alternative solide face au positivisme classique. Aux

<sup>1</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1918), 2<sup>e</sup> éd., trad. L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Dalloz, 1975, 214 p.

<sup>2</sup> Cf. L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 127 s.

<sup>3</sup> A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation...*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>5</sup> Il ne fait aucun doute qu'il en existe d'autres tout autant travaillées.

<sup>6</sup> De ces auteurs, voir également *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, 602 p. ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988, 256 p. ; *L'accélération du temps juridique*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, 931 p.

<sup>7</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, *passim*.

côtés d'une perspective « pluraliste et relativiste »<sup>1</sup>, les deux auteurs appliquent la « théorie des révolutions scientifiques » de Thomas Kuhn<sup>2</sup>. Cette dernière permet de démontrer que, lorsque des méthodes jusque-là dominantes et même parfois acceptées machinalement se retrouvent soudain confrontées à des difficultés – voire des crises – qu'elles ne parviennent plus à contrôler, lorsque les circonstances changent et que les perceptions scientifiques évoluent, de nouvelles méthodes sont susceptibles de supplanter les premières et de bouleverser la connaissance. Il y a alors « changement de paradigme ». En l'occurrence, la « pyramide » kelsenienne, centrée sur le territoire et délimitée par les frontières, laisserait place au « réseau », lequel transcende les frontières et ignore les territoires.

Le réseau est un mode d'organisation comme d'analyse qui présente des avantages décisifs – flexibilité et adaptabilité<sup>3</sup> – au sein d'un univers global qui évolue constamment et de plus en plus rapidement. Consistant en un ensemble de nœuds interconnectés<sup>4</sup>, il ne connaît aucun point privilégié ou subordonné par rapport à un autre. Ainsi le réseau se présente-t-il comme une image tout à fait appropriée pour désigner un ensemble de normes s'apparentant à un ensemble de mailles ou de nœuds reliés tel un filet ou une toile. Il s'agit cependant d'un véritable « sac à métaphores »<sup>5</sup> et le mot revêt une profonde polysémie. Il se trouve aujourd'hui employé dans tous les champs et dans tous les sens, notamment en matières philosophique, sociologique, informatique, astronomique, biologique ou encore militaire. Il faut désormais ajouter une acception théorico-juridique.

Le réseau de normes se construit en opposition par rapport à la mythique pyramide des normes kelsenienne ; cela bien que, là encore, ses auteurs le réfutent. Là où la hiérarchie des normes envisage le droit en tant que succession linéaire et arborescente de règles, le réseau ne connaît nulle base, nul sommet, nul centre, nulle périphérie. Au contraire du paradigme moderne qui pêche par trop de formalisme, le paradigme postmoderne permet d'aborder les « liens normatifs qui se tissent entre des acteurs multiples souvent inégaux et des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions »<sup>6</sup>. En outre, étudier le droit à l'échelle de l'ordre juridique, soit de l'État et de son territoire, devient inconséquent dès lors que cohabitent de multiples systèmes entretenant des rapports complexes et égalitaires. Le droit réseautisé est négocié et non imposé ; il se renouvelle sans cesse, si bien que ses caractères sont la pluralité, la complexité, la plasticité et la mobilité ; et ses sources sont à la fois hétérogènes et dispersées.

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>2</sup> Cf. Th. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1991, spéc. pp. p. 10 s.

<sup>3</sup> Cf. P. MUSSO, *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, PUF, 1997, spéc. p. 53.

<sup>4</sup> Cf. M. CASTELLS, *La société en réseau, l'ère de l'information*, Fayard, 2001, spéc. pp. 576 s.

<sup>5</sup> P. MUSSO, *Télécommunications et philosophie...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>6</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire...*, p. 716.

Mais mieux vaut laisser le soin aux Professeurs Ost et van de Kerchove de présenter leur paradigme : « Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté [...] ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme [...] ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi [...]) ; les systèmes juridiques [...] s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique [...], se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée que d'axiomes *a priori* ; la justice, enfin, [...] s'appréhende en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables »<sup>1</sup>. Plus loin, les auteurs évoquent la « vision du monde sous-jacente au réseau », dénombrant les valeurs à elle associées (« créativité », « souplesse », « apprentissage », « douceur » et « pluralisme ») afin de les opposer à celles intrinsèques à la pyramide (« cohérence », « stabilité », « sécurité » et « obéissance »)<sup>2</sup>.

Dans le réseau, État et territoire ne sont donc plus qu'une maille du filet parmi tant d'autres. Dans le long métrage de la gouvernance, les pouvoirs étatiques demeurent acteurs, mais le premier rôle ne leur est plus confié comme au temps du gouvernement ; et d'aucuns recourent à la notion de « transgouvernementalisme »<sup>3</sup>. Le Léviathan de Hobbes, le contrat social de Locke et Rousseau et leurs lois générales, impératives et impersonnelles paraissent implorer ou s'évaporer, laissant libre cours à une organisation horizontale dans laquelle les sujets de droit définissent eux-mêmes les règles auxquelles ils se soumettent volontairement. Et les diverses sources des normes, dont les pouvoirs et l'influence paraissent *a priori* nécessairement inégaux, produisent des règles qui, paradoxalement, se caractérisent par l'absence de subordination entre elles<sup>4</sup>. À l'instar de Michel Foucault, il faut alors affirmer que le pouvoir ne disparaît pas et ne disparaîtra pas ; il ne faut simplement « plus le chercher dans un foyer unique de souveraineté d'où rayonneraient des formes dérivées et descendantes », mais davantage « dans la multiplicité des rapports de force qui sont immanents aux domaines où ils s'exercent »<sup>5</sup>.

Néanmoins, si l'État n'est plus qu'un maillon de la chaîne du droit, alors c'est bien qu'il demeure présent et que de fortes résurgences pyramidales peuvent être constatées. C'est pourquoi les Professeurs Ost et Van de Kerchove proposent non pas de s'adonner à une instruction à charge contre la postérité kelsenienne mais à un exercice dialectique consistant en l'écoute simultanée des discours de la pyramide et

<sup>1</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>3</sup> K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire...*, pp. 747 s.

<sup>4</sup> Cf. L. M. DUONG, « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.*, 2010, pp. 790 s.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, pp. 121-122. Cité par K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire...*, *op. cit.*, p. 726.

du réseau<sup>1</sup>. Seulement il aurait été peut-être plus juste d'intituler l'ouvrage « Entre la pyramide et le réseau » plutôt que « De la pyramide au réseau ? »<sup>2</sup>. D'un point de vue épistémologique, le pragmatisme, la neutralité axiologique et l'empirisme sont sans doute les trois principaux axes à emprunter par qui entend proposer une approche postmoderne du droit postmoderne. Partant, la conjoncture juridique actuelle est certainement très alambiquée et le changement de paradigme ne peut faire l'économie du passage par un stade « préparadigmatique »<sup>3</sup>. Si l'État n'est assurément plus le foyer unique de la souveraineté, il en demeure un ; si le territoire n'est plus le critère unique de la validité, il en demeure un ; si la validité n'est plus le critère unique de la juridicité, elle en demeure un.

Que le droit, parce qu'il devient global, soit de plus en plus indépendant du territoire et de l'État n'est pas un sombre mirage qui prospérerait dans la pensée de nombreux auteurs, c'est aussi et surtout une réalité qui peut être observée.

## II. — La transparence du territoire dans la pratique du droit global

En voulant épurer le « vrai droit » du « non-droit » et du « mi-droit », le positivisme juridique a évincé d'office de la sphère juridique tout acte n'étant pas *jus positum*. À l'inverse, la doctrine postmoderne, qui refuse tout a priori et qui, à la suite du courant sociologique, tend à confondre normativité et juridicité, libère la voie à une concurrence entre sources publiques et privées du droit. Or, de plus en plus, de nombreux domaines, du commerce à l'environnement en passant par le sport, s'abandonnent à des régulations privées qui n'ont que peu d'égard pour les territoires et peu en commun avec la régulation étatique. Il en résulte un droit trans-territorial (1). Nonobstant le fait tautologique qu'une activité déterritorialisée requiert un cadre juridique déterritorialisé, le retrait des normes publiques ne saurait être total ; les institutions internationales – ou *a minima* régionales – ont évidemment un rôle central à jouer dans la construction d'un droit supra-territorial (2). Ce dernier se présente comme la seule réponse publique satisfaisante face à l'expansionnisme privé.

<sup>1</sup> Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, pp. 37 s.

<sup>2</sup> En définitive, le recours au point d'interrogation, en introduisant une part de doute et en supprimant toute sensation d'impérialisme, permet de produire un effet similaire. Et cela vaut *a fortiori* pour le sous-titre : « Pour une théorie dialectique du droit ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 14.

## 1) L'affirmation d'un droit trans-territorial

« La plus belle des ruses du diable est de vous persuader qu'il n'existe pas »<sup>1</sup>. Certes, le droit d'origine purement privée n'est pas le diable, mais il est certain qu'il peut se cacher derrière les présupposés positivistes pour étendre sereinement et sans contestation son empire de fait. Muni de jumelles postmodernes – dont les brevets ont été déposés par les Professeurs Ost et van de Kerchove et par d'autres –, il semble désormais possible d'envisager « toute la création sombre du droit »<sup>2</sup>.

Déjà dans un avis consultatif de 1949, la Cour internationale de Justice, avec prescience, soulignait l'influence des « exigences de la vie internationale et [de] l'accroissement progressif des activités collectives », ainsi que le surgissement d'« actions exercées sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États »<sup>3</sup>. Les entités auxquelles il est fait allusion sont principalement les firmes transnationales – « nouveaux pouvoirs qui dominent le monde »<sup>4</sup> –, lesquelles édictent et s'imposent des codes de conduite où ne figurent pas des régimes juridiques pleins et suffisants mais plutôt des standards et des normes éthiques<sup>5</sup>. Cette autorégulation est évidemment une forme de production du droit parfaitement symptomatique de la globalisation juridique et de l'effondrement des frontières.

Si ce sont d'abord des organisations internationales telles que l'OIT ou l'OCDE qui ont poussé à la rédaction de pareils codes privés par les multinationales, celles-ci, sous la pression des investisseurs, des consommateurs ou des ONG, se sont rapidement imposés, en particulier afin de susciter la confiance dans les domaines des droits de l'homme, du travail et de l'environnement. Au-delà, lesdits codes permettent de formaliser certaines pratiques professionnelles transnationales et, surtout, ils offrent l'avantage de la flexibilité : ils peuvent être construits progressivement et révisés dès que les circonstances le justifient. Appréhendés sous l'angle normativiste, ces instruments ne présentent nul caractère obligatoire ; en revanche, ils revêtent une intense force de persuasion morale et, même, économique<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Charles Baudelaire, *Le Spleen de Paris (Petits Poèmes en prose)* (1862), Librairie générale française, 2003, p. 150.

<sup>2</sup> F. OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 209. Cité par R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse Université de Rennes 1, 2004, p. 253.

<sup>3</sup> Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1949, p. 178. Néanmoins, cette prescience doit être relativisée ; les entités évoquées étaient sans doute davantage les organisations internationales.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 138.

<sup>5</sup> Cf. P. MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 416 p.

<sup>6</sup> Cf. G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. CLAM, G. MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 164 s.

Dans le processus de globalisation en général et dans celui de globalisation du droit spécifiquement, les ONG occupent une place cardinale du fait de leur « capacité de déterritorialisation »<sup>1</sup>. Leurs activités et les normes qu'elles « proposent » s'inscrivent dans un mouvement mondial débordant allègrement territoires et frontières et elles cherchent à répondre essentiellement à des problèmes par nature transfrontaliers. Considérées à présent en tant que « vrais acteurs de la diplomatie moderne »<sup>2</sup>, les ONG forment des réseaux au sein desquels la réflexion sur la juridicité globale est favorisée.

La régulation privée – si ce n'est l'autorégulation – s'impose aujourd'hui en de nombreuses matières : droit social, droit financier, droit économique international avec la fameuse *lex mercatoria*. Le droit de l'internet est également un exemple topique dès lors qu'il requiert « la flexibilité d'une normativité auto-produite et auto-contrôlée [s'adaptant] à une conjoncture à la fois ultra spécialisée et instable »<sup>3</sup>. Il n'est alors guère surprenant de trouver, en annexe des manuels spécialisés, la « nétiquette »<sup>4</sup> et les « conditions générales d'utilisation de *Firefox, Yahoo !, Gmail, Facebook* et *Canalblog* » reproduites dans leur intégralité, alors que le « tableau des lois applicables » ne vient qu'ensuite et est contenu en une maigre page<sup>5</sup>. Quant au droit de la publicité, il est depuis toujours privé et n'a connu d'immixtions étatiques que très ponctuelles. Cette privatisation du droit peut d'ailleurs être jugée positivement par un État pragmatique, comme en matière de vente à distance ; mais, le plus souvent, elle traduit l'insaisissabilité d'un domaine dans lequel la technologie se fait reine et où les acteurs souhaitent exister en vase clos, en n'ayant à appliquer que les règles qu'ils jugent légitimes, soit celles qu'ils ont eux-mêmes établies<sup>6</sup>. Plus encore, ce phénomène s'explique par le besoin que ressentent les acteurs économiques de posséder un bagage minimum de normes pour régler leurs activités ; cela alors que, dans le même temps, « l'État n'a ni le temps, ni la volonté d'élaborer tout le droit nécessaire à la satisfaction des besoins de chacun »<sup>7</sup>. L'élaboration des règles par des acteurs privés serait donc indispensable pour espérer profiter d'une « granularité fine et ajustable » du droit<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> A. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement : contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010, p. 71.

<sup>2</sup> Ph. RYFMAN, *Les ONG*, 2<sup>e</sup> éd., La découverte, coll. « Repères », 2009, p. 104.

<sup>3</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « L'autorégulation. Rapport de synthèse », in *L'autorégulation*, Bruylant, Bruxelles, 1995. Cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 109.

<sup>4</sup> Il s'agit d'un code de bonne conduite en ligne rédigé par les internautes à l'intention des internautes.

<sup>5</sup> J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, coll. « Manuel », 2011, pp. 335 s.

<sup>6</sup> Cf. L. PECH, « Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit », Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, 2004, en ligne : <<https://depot.erudit.org/id/002271dd>>.

<sup>7</sup> S. GUINCHARD, « La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American Law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *D.*, 2003, p. 2184.

<sup>8</sup> I. FALQUE-PIERROTIN, « Internet et le droit », Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008, en ligne : <<http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/falque-pierrotin.htm>>.

Enfin, parmi toutes les normes trans-territoriales qui viennent prendre le relai du droit étatique territorialisé – ou le concurrencer –, sans doute la plus puissante n'est-elle pas privée mais naturelle : il s'agit de la « "loi" du marché ». Désormais, « l'économie est aux postes de commande et les États suivent »<sup>1</sup>. Et, « comme tout pouvoir, le pouvoir économique, qui a pris la succession de Dieu et de l'État, est appelé à s'autoréguler pour perdurer »<sup>2</sup>. Alors que de plus en plus de milieux tendent, suivant le vent du droit commercial, vers l'autorégulation en se dotant de chartes déontologiques et autres codes de conduite, sans doute faut-il élargir l'analyse, propre aux conventions collectives de travail, de Gérard Lyon-Caen : « cette réglementation négociée ne se contente plus de compléter la législation : elle la concurrence, elle la devance, elle l'ignore »<sup>3</sup>.

Si l'internationalisation du droit s'oppose à sa privatisation en ce que la première possède des fondements publics quand la seconde a des fondements privés, en revanche toutes deux se rejoignent en ce qu'elles s'avèrent symptomatiques de la globalisation du droit et du dépassement des cadres territoriaux.

## 2) La confirmation d'un droit supra-territorial

Le phénomène est ici à la fois plus ancien et moins nié que celui précédemment décrit – déjà Kelsen le disséquait – ; aussi faut-il préférablement parler de « confirmation » plutôt que d'« affirmation ». Il relève de l'évidence que, pour qui plaide tant pour la déterritorialisation des normes applicables aux activités transnationales que pour la republicisation du droit, l'unique échappatoire réside dans la création d'institutions inter- ou supra-étatiques.

En ce sens, la création le 25 mars 1957 des communautés européennes et leur profonde et constante évolution depuis cette date est évidemment une illustration patente. En vertu des principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire, les individus se trouvent gouvernés par des normes publiques extra-territoriales<sup>4</sup>. L'effet direct se voit d'ailleurs doublement renforcé par rapport au droit international général. Tout d'abord, il s'applique non seulement aux traités constitutifs, mais aussi au droit dérivé dont la production se fait à travers ses institutions et échappe à la maîtrise des États membres. Ensuite, son respect au sein des ordres juridiques internes est assuré – mais en tolérant une marge nationale d'appréciation parfois large – par un contrôle attentif de la Cour de Justice de l'Union européenne.

---

<sup>1</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », précité, p. 164.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> G. LYON-CAEN, *Le droit conventionnel du travail*, Dalloz, 1963, p. 15. Cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>4</sup> Pour être plus précis – mais moins polémique –, il faudrait davantage écrire « extra-nationales ».



Par ailleurs, le droit communautaire dispose d'une structure profonde relativement conforme aux propositions postmodernes et qui est sans doute une raison essentielle de son efficacité<sup>1</sup>. L'identité organisationnelle de l'Union européenne apparaît fondée sur des notions ou principes tels que la complexité, la procéduralisation, l'universalité ou le pluralisme – ainsi qu'en témoigne sa devise : « l'union dans la diversité » –<sup>2</sup>. Recherchant « la conjugaison des stratégies d'intégration et de coopération »<sup>3</sup>, l'Union recourt à des outils à tendance réseautique qui mènent certains à évoquer un « jeu des compétences exclusives / partagées / concurrentes / retenues / réservées / impliquées »<sup>4</sup> qui correspond bien aux cadres postmodernes. Et la directive – instrument privilégié du droit européen – de reposer intimement sur l'internormativité.

Quant au livre blanc consacré par la Commission européenne, en 2001, à la « Gouvernance européenne », il se révèle particulièrement significatif des mouvements intenses qui affectent la structure du droit, spécialement sa déhiérarchisation et sa mise en réseau. En effet, parmi les « pistes d'action » évoquées, nombreuses sont celles qui semblent pétries par les idées d'égalité, de participation et de partenariat. Entre autres, la Commission imagine appliquer une « approche qui parte davantage de la base que du sommet »<sup>5</sup>, cela après avoir effectué le constat selon lequel « le modèle linéaire consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux, et sur une consultation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur application »<sup>6</sup>. Tenant à exploiter le potentiel révolutionnaire de la communication en ligne, la Commission propose de s'adresser régulièrement à la société civile en lui offrant « un canal structuré pour ses réactions, ses critiques et ses protestations »<sup>7</sup>. L'un des premiers objectifs des institutions communautaires – mieux relayer les aspirations, préoccupations et opinions des associations et des citoyens – pourrait ainsi être atteint.

Cependant, l'Union européenne produit un droit régional qui, en conséquent, ne se trouve nullement dépourvu de territorialité. Le territoire est simplement étendu de l'échelle nationale à l'échelle continentale ; et les frontières, abolies en interne, sont maintenues – bien qu'elles s'essoufflent – par rapport à l'extérieur. Partant, les activités qui, par exemple, empruntent les autoroutes de l'internet, lesquelles font fi du territoire européen tout autant que des territoires étatiques, conduisent à la

<sup>1</sup> Cf. M. DELMAS-MARTY, « L'espace juridique européen, laboratoire de la mondialisation », *D.*, 2000, pp. 421 s.

<sup>2</sup> Cf. R. BERTHOU, *L'évolution de la création du droit...*, *op. cit.*, pp. 443-478.

<sup>3</sup> J.-L. QUERMONNE, *Le système politique européen. Des communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 1993, p. 14.

<sup>4</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, p. 131.

<sup>5</sup> Commission européenne, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », Bruxelles, 25 juill. 2001, p. 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 18.

création un droit mondial au sein duquel les institutions publiques internationales prennent de plus en plus de place. La prolifération de ces organisations (la CNUDCI, l'OMC, l'OCDE, l'OMPI, l'OMS, l'UNESCO, l'OIT, l'ISO...) <sup>1</sup> et l'ampleur de leur tâche occupent une fonction centrale dans le phénomène de globalisation juridique en le renforçant et en le publicisant. Toutefois, puisque la réalité de ladite fonction n'est guère discutée, il n'apparaît pas nécessaire de l'exposer plus avant.

Reste seulement à observer combien le droit global implique également un approfondissement du droit international privé. À mesure que surgissent des situations de droit privé comportant – quasi-systématiquement en certaines matières – des éléments d'extranéité, la possibilité de recourir à un complet bagage de droit international privé devient capitale. Enfin, avec le Professeur Mireille Delmas-Marty, il faut encore souligner que les normes globales édictées par les institutions internationales s'organisent pour beaucoup autour des droits de l'homme, ce qui amène cet auteur à conclure que « le droit ne tourne plus autour de l'État mais autour de l'homme » <sup>2</sup>. Nul doute qu'il tourne tout autant autour des marchés et des échanges.

\*

\* \*

Ne pouvant affronter la configuration postmoderne de la société mondiale, caractérisée notamment par la complexification des rapports spatiaux, la relation entre pouvoir et territoire doit être repensée. En effet, la disjonction semble évidente entre l'organisation politique de l'espace et la géographie économique, sociale et culturelle contemporaine, ce qui oblige à remettre en cause la validité conceptuelle du territoire. Aussi, alors que le droit ressemble chaque jour un peu plus aux montres molles de Salvador Dali <sup>3</sup>, il ne paraît plus juste de suivre Kelsen lorsqu'il affirme, sans autre forme de procès : « c'est l'État qui crée le droit » <sup>4</sup>. Ce dernier est forcément le fruit d'interactions normatives et institutionnelles entre niveaux national, régional et international, et entre sphères publique et privée. Pareille gouvernance globale annonce bel et bien la fin des « stratégies territoriales » <sup>5</sup> et conduit à la condamnation de « la liaison monolithique entre ordre juridique et

<sup>1</sup> Il faut ici concéder que la réunion de ces diverses institutions, dont les statuts varient largement, sous une même bannière est assez arbitraire, si ce n'est contestable.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. t.1 : Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2004, p. 55.

<sup>3</sup> Allégorie empruntée à M.-C. SMOUTS, « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », in *Les nouvelles relations internationales, pratiques et théories*, Dalloz, 1998, p. 108. Cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 165.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 315.

<sup>5</sup> K. BENYKHELF, *Une possible histoire...*, op. cit., p. 610.

territoire »<sup>1</sup>. Mais, plutôt qu'une excessive « fin des territoires »<sup>2</sup>, il faut envisager une conception nouvelle du territoire ouvrant la voie à « une vision plus fluide et dynamique des espaces [...], moins enfermée dans des frontières juridiques qu'ouverte aux multiples flux et réseaux des régulations concurrentes »<sup>3</sup>.

Malgré le constat indiscutable d'une globalisation du droit – seul l'état d'avancement ou d'achèvement du processus peut être sujet à débat –, il n'est en aucun cas acquis que l'avenir résidera en une quelconque « démocratie post-étatique » dans laquelle les citoyens participeraient, par l'intermédiaire de leurs représentants, à l'exercice du « pouvoir politique supranational »<sup>4</sup>. Certains peuvent imaginer la constitution d'un parlement mondial conçu sur le modèle délibératif et garantissant une représentation des peuples « en tant que totalité des citoyens du monde »<sup>5</sup>; la vérité de la démocratie demeurera encore longtemps celle des parlements nationaux. Bien sûr, dès lors que Kelsen n'a nécessairement jamais été en mesure d'appréhender son objet d'étude à l'aune de sa globalisation, le moindre bon sens conduit à concéder que l'actualité de sa théorie mérite – à tout le moins – d'être vérifiée. Mais encore faut-il parvenir à dominer l'attirante « loi de la bipolarité des erreurs »<sup>6</sup>, cette sorte de balancier intellectuel qui ne permet à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements qu'en succombant aussitôt à d'autres excès. Des observations empiriques et une approche pragmatique autorisent à parler de « globalisation du droit » (mouvement en cours combinant modernité et postmodernité) plus qu'à évoquer un « droit global » (mouvement achevé tendant à l'hégémonie de la postmodernité). Il convient en conséquence de se satisfaire d'un étrange équilibre parmi le droit laissant s'exprimer les sources globales déterritorialisées tout autant que les sources étatiques territorialisées.

À la question « le droit sans le territoire, est-ce vraiment possible ? », il faut donc répondre que « tout le droit sans le territoire, ce n'est qu'un rêve ou un cauchemar »; en revanche, « du droit sans le territoire et du droit avec le territoire, telle est la réalité normative de ce début de XXI<sup>e</sup> siècle ».

<sup>1</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 388.

<sup>2</sup> Réf. à B. BADIE, *La fin des territoires*, op. cit.

<sup>3</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 130.

<sup>4</sup> J. HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, trad. R. ROCHLITZ, Cerf, 1997, p. 77. Cité par B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2001, p. 155.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20. Cité par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau...*, op. cit., p. 37.

**RÉSUMÉ :**

*Selon des auteurs de plus en plus nombreux – et qu'il est possible de regrouper sous la bannière encore floue de la « postmodernité » – le territoire ne serait plus, aujourd'hui, une figure centrale de la juridicité. La globalisation économique-culturelle, phénomène profond et irréversible, provoquerait fatalement une globalisation du droit concomitante et, partant, le dépassement ou même l'effacement des frontières. Seulement, pour aboutir à pareille conclusion, ces observateurs se départissent des présupposés normativistes qui, pour l'heure, imprègnent encore largement l'esprit d'une majorité de juristes. Dès lors que le droit au sens kelsenien ne joue plus qu'un second rôle parmi la réalité des normativités, il est sans doute temps de proposer de nouvelles approches théoriques et épistémologiques. En particulier, il paraît utile de suivre la trace sociologique, laquelle – parce qu'elle se concentre davantage sur l'effectivité des règles que sur leur validité – perçoit mieux que toute autre l'avènement de sources trans-territoriales et/ou privées de normes. Reste ensuite à savoir si ces normes peuvent être appelées « droit » et si, donc, la juridicité peut se passer de la territorialité.*

**SUMMARY:**

*Territory and Global Law — According to more and more authors (the “postmodern” thought), the territory would not be any more a central figure of law. The global phenomenon would cause inevitably a globalization of law and, therefore, the disappearance of the borders. To end in this conclusion, these authors forget the Kelsen's theory that, today, occupies still strongly a majority of jurists. If the classic law have not more than a partial role compared with others sources of rules, it is necessary to propose new theoretical and epistemological approaches. Especially, it seems required to have a sociological approach. Because it concentrates more on the effectiveness of the rules than on their validity, it brings to light the development of trans-territorial and private rules.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE :**

- ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ-Montchrestien, coll. « Droit et société », 2003, 433 p.
- AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Systèmes-droit », 2010, 264 p.
- BADIE B., *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1995, 276 p.
- BARRAUD B., *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2012, 398 p.
- BENYEKHEF K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, 937 p.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUÉRET, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, 286 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2008, 226 p.
- CLAM J., MARTIN G., dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, 454 p.
- COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Quadrige-Essais débats », 2007, 273 p.
- DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, 198 p.
- FOUCHER M., *L'obsession des frontières*, Perrin, coll. « Tempus », 2012, 248 p.
- GRZEGORCZYK C., MICHAUT F., TROPER M., dir., *Le Positivism juridique*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1993, 536 p.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, 2<sup>e</sup> éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2006, 344 p.
- Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. EISENMANN, LGDJ-Montchrestien, coll. « La pensée juridique », 1999, 367 p.
- MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F., BEHAR-TOUCHAIS M., dir., *Les mutations de la norme*, Economica, coll. « Études juridiques », 2011, 328 p.
- MOCKLE D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 312 p.
- MORAND C.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit international », 2001, 478 p.

- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.

- ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard, E. Matzner, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, coll. « La Pensée juridique », 2004, 232 p.

- SERVERIN E., BERTHOUD A., dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et société civile*, L'Harmattan, 2000, 314 p.

- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 360 p.