

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

UNE POSSIBLE HISTOIRE DE LA NORME : LES NORMATIVITÉS ÉMERGENTES DE LA MONDIALISATION*

par Geneviève DUFOUR**

Karim Benyekhlef signe ici un ouvrage colossal tant du point de vue formel que substantif. Si, à première vue, le lecteur peut anticiper la longueur du texte, ce dernier se lit tout compte fait comme un roman. On peut ainsi dire que, mis à part quelques erreurs éditoriales tantôt remarquées dans le corps du texte, mais plus souvent au niveau des références infrapaginales qui présentent certaines inexactitudes, le pari – ambitieux et courageux – est gagné.

Recourant à la mondialisation comme paradigme de recherche, Karim Benyekhlef trace l'histoire de la norme à travers le temps et l'utilise comme prétexte pour discuter très largement des effets de la mondialisation sur le droit et le politique dans sa fonction normative. Ainsi, Karim Benyekhlef s'interroge sur la capacité de l'État à dire le droit en cette ère de mondialisation. Sa conclusion est cinglante à l'égard du système existant, «le droit moderne». Mais à l'inverse d'un nombre incalculable d'auteurs dont les recherches ont permis d'arriver aux mêmes conclusions, l'auteur offre des alternatives en proposant divers modèles de gouvernance globale, qui constituent, en quelque sorte, les bases d'un système en gestation, «le droit postmoderne».

Concrètement, l'ouvrage est divisé en trois parties.

* . Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

** . Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteure peut être jointe à l'adresse suivante : Genevieve.Dufour2@USherbrooke.ca.

La norme moderne

D'abord, l'auteur aborde le système actuel sous l'angle d'une étude des caractéristiques de la norme moderne. Critiquant la modernité juridique, dont les principaux avatars seraient le positivisme juridique¹ et le monisme juridique², Karim Benyekhlef privilégie le pluralisme – «matrice théorique» du livre³ et concept-clé du droit postmoderne⁴, capable de «mieux saisir les réalités normatives»⁵ émergentes – et l'internormativité, «deuxième concept-clé d'une conception postmoderne du droit»⁶. Selon l'auteur, la mondialisation rendrait les États incapables d'appréhender les phénomènes qui en découlent, opposerait une limite à la norme moderne et conduirait inévitablement à l'adoption d'un nouveau système. À cet égard, l'auteur illustre son propos en recourant au droit de la globalisation⁷ – qui régit les dimensions économiques – et au droit mondialisé⁸ – qui sécrète des valeurs communes puisées principalement dans les droits et libertés de la personne; deux thèmes imposant une réflexion sur l'internormativité⁹ et nécessitant une approche intégrée.

L'exercice a le mérite de bien schématiser ces deux thèmes même s'il semble que la réflexion en matière de droit de la personne ait été plus poussée que celle relative au droit

-
1. Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, à la p. 23 («le positivisme juridique récuse toute référence aux valeurs, au bien, au juste, ou à un idéal de justice pour concentrer sa quête sur une pure description du droit tel qu'il existe»).
 2. *Ibid.* à la p. 43 (le monisme juridique considère l'État comme seul auteur du droit).
 3. *Ibid.* à la p. 55.
 4. *Ibid.* à la p. 43. Voir aussi Boaventura de Sousa Santo, «Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit» (1988) 10 *Dr. et Soc.* 363, à la p. 382.
 5. *Supra* note 1 à la p.55.
 6. De Sousa Santo, *supra* note 4 à la p. 49.
 7. *Supra* note 1 aux pp. 252 à 398.
 8. *Ibid.* aux pp. 116 à 246.
 9. *Ibid.* aux pp. 86 à 91, 95 à 111 (Cyberespace), 112 à 115 (Bibliographie).

international économique et au droit transnational. Cela s'explique probablement par la densité de la matière appréhendée.

La norme prémoderne

Ensuite, Karim Benyekhlef nous offre un voyage historique au cœur du Moyen Âge, «période clé pour la science juridique»¹⁰ et époque de la norme prémoderne. Les similitudes entre les époques de la norme prémoderne et postmoderne sont frappantes : «environnement décentralisé, centrifuge, fragmenté, non territorial et pluraliste» donne lieu à une «confrontation ponctuelle des pouvoirs» et à une «concurrence des normativités»¹¹. L'étude de ce «creuset de la tradition juridique occidentale»¹² permet d'abord de relativiser le caractère inéluctable et éternel du système actuel et de mieux appréhender les défis à venir. Cela permet surtout de poser les balises nécessaires de manière à évaluer ce que pourrait être le droit, celui de la norme postmoderne.

La norme postmoderne

Finalement, prenant appui dans les constatations précédentes, l'ouvrage offre des solutions à ce monde en mutation. Il s'agit de la pièce maîtresse de l'ouvrage. Si le concept de l'État demeure, celui de souveraineté est ébranlé¹³ et reçoit un nouvel éclairage, celui de la gouvernance globale, capable de mettre en place le dialogue et la discussion propres à créer le consensus¹⁴. On cherche ainsi à trouver de nouvelles techniques de gouvernement¹⁵, à atteindre la «souveraineté collective»¹⁶, bref, la véritable démocratie compte tenu du contexte mondial actuel. Karim Benyekhlef a ainsi choisi de nous présenter quelques modèles de gouvernance globale «représentatifs des principaux

10. *Ibid.* à la p. 400.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

13. *Ibid.* à la p. 637.

14. *Ibid.* à la p. 631.

15. *Ibid.* à la p. 627.

16. *Ibid.* à la p. 632.

courants doctrinaux qui agitent les débats relatifs à la place de l'État et du droit dans le contexte postmoderne¹⁷ : le cosmopolitisme, le constitutionnalisme et le réseau.

Le cosmopolitisme¹⁸, favorisant la paix, l'égalité et l'altérité, et privilégiant l'harmonisation à l'uniformisation, pourrait ainsi offrir les bases d'une constitution mondiale et d'une nouvelle manière de réaliser l'État de droit. À partir des grands penseurs du cosmopolitisme – entre autres, Beck, Held, Kant et Habermas – et compte tenu des nécessités provoquées par la mondialisation, Karim Benyekhlef propose sa définition du droit cosmopolitique, lequel :

est formé de règles émanant d'une pluralité de sources et comprend, 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. Dans tous les cas, les sujets de droit sont les seuls individus, titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. [...] Les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont préséance sur tous les autres types de normes nationales, internationales, transnationales¹⁹.

L'Europe offre des signes de cosmopolitisation certaine. Le système des Nations Unies aussi. Il s'agit maintenant, selon l'auteur, d'institutionnaliser le système afin de donner un statut et une voix juridiques à l'individu²⁰ et d'élever les principes fondamentaux des droits de la personne au rang de normes suprêmes.

Le constitutionnalisme, compris dans le cosmopolitique, en tant qu'option proposant un modèle d'exercice du pouvoir²¹,

17. *Ibid.* à la p. 637.

18. *Ibid.* aux pp. 638 à 691.

19. *Ibid.* à la p. 691.

20. *Ibid.* à la p. 679.

21. *Ibid.* à la p. 715.

pourrait aussi être à même de répondre aux défis d'une gouvernance globale. Parce que rien ne contraint le constitutionnalisme à s'associer au contexte national, Karim Benyekhlef le considère comme une option plausible de gouvernance globale²². Il constate d'abord que le constitutionnalisme subit lui aussi une crise, «résonance des phénomènes de la mondialisation»²³. Les diverses solutions proposées, par exemple, pour répondre au besoin criant de discipliner les entreprises transnationales, acteurs importants dont les activités influencent le quotidien des individus, ne s'avèrent pas satisfaisantes dans le cadre interne²⁴. Dans cette optique, l'auteur évalue la possibilité que l'adoption d'une constitution globale puisse être utile en tant que réponse à la «fragmentation du droit international»²⁵. Il existe bien nombre de principes fondamentaux, consacrés pour la plupart dans le cadre d'instruments conventionnels, formant ainsi une matrice capable de fonder l'orientation d'une constitution globale²⁶. Karim Benyekhlef demeure toutefois réaliste et conçoit les obstacles, tels la fragmentation actuelle du droit international, le recours croissant à la *soft law* et la multiplication des instances judiciaires²⁷.

Le réseau, «figure analogique»²⁸ à celle du filet servant de support au principe d'une gouvernance globale, sert à illustrer les «liens normatifs qui se tissent entre les acteurs multiples souvent inégaux et des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions»²⁹. Ce modèle rejette évidemment le paradigme dominant de la norme moderne, la pyramide de Kelsen, et se caractérise par la mobilité, la plasticité et l'ouverture. À l'instar de la vie cellulaire, le réseau constitue un système complexe qui se

22. *Ibid.* aux pp. 692 et 704 et ss.

23. *Ibid.* à la p. 694.

24. *Ibid.* aux pp. 701-704.

25. *Ibid.* à la p. 705.

26. *Ibid.* à la p. 707.

27. *Ibid.* aux pp. 711 à 714.

28. *Ibid.* à la p. 715.

29. *Ibid.* à la p. 716.

reproduit sans cesse, un processus qui se renouvelle et se transforme au niveau de la structure, mais qui conserve sa forme³⁰. Propulsé par les technologies de l'information, qui ont facilité la coordination des flux informationnels et organisé autour d'un projet commun, le réseau émerge en raison de l'incapacité de l'État à résoudre les problèmes transnationaux. Dans cette optique, l'État devient un simple acteur, un des nœuds du filet parmi les autres. Il doit dès lors accepter une nouvelle façon de faire, une nouvelle gouvernance³¹. Le transgouvernementalisme, «complément utile, voire nécessaire aux rapports intergouvernementaux»³², mais qui relève encore pour l'heure davantage de la théorie descriptive que prescriptive³³, constitue une illustration du réseau. Suivant ce modèle, il ne s'agit plus de concevoir le système international comme un système d'États, mais de laisser place à une intervention de «plusieurs réseaux de fonctionnaires représentant différentes administrations ou agences de réglementations [...], de magistrats, de législateurs (députés) provenant d'une pluralité de nations»³⁴. Le transgouvernementalisme fait non pas interagir des États, mais des parties d'eux³⁵. Flexibles, informelles et adaptables, les normes de *soft law* deviennent «l'ingrédient normatif essentiel du transgouvernementalisme»³⁶. Conscient des critiques à l'égard de ce modèle, parfois vu comme symbolisant une technocratie globale, relevant d'une gouvernance secrète opérée par des acteurs non élus et offrant un accès difficile aux pays en voie de développement dont la structure gouvernementale n'apparaît pas aussi développée, l'auteur réfère aux pistes de solution apportées par Anne-Marie Slaughter³⁷, susceptibles d'assurer que le

30. *Ibid.* aux pp. 719 à 720.

31. *Ibid.* aux pp. 721 à 725.

32. *Ibid.* à la p. 744.

33. *Ibid.* à la p. 747.

34. *Ibid.* à la p. 734.

35. *Ibid.* à la p. 747.

36. *Ibid.* à la p. 748.

37. *Ibid.* aux pp. 751 à 753 (cette auteure est connue pour ses écrits sur le transgouvernementalisme [government networking]). Voir entre autres : Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, et Anne-Marie Slaughter, «Global Government

transgouvernementalisme devienne une «réponse pleine de promesses à la mondialisation»³⁸. L'auteur en est conscient, beaucoup de chemin reste à faire : «la tâche est formidable»³⁹.

Le dernier chapitre explore les normes produites par les modèles de gouvernance globale, les normativités émergentes de la mondialisation, les normes «alternatives» et la relation que ces dernières entretiennent avec les normes étatiques classiques. Parce que la catégorie de «normes alternatives» est impossible à définir, l'auteur illustre le concept en abordant d'abord les techniques de production de ces normes et en esquivant ensuite leur contenu. Empruntant à la classification européenne⁴⁰, l'auteur considère deux techniques de production : l'autorégulation – la régulation par le marché – et la corégulation – la régulation avec le marché. Pour définir son contenu, il répertorie le tout en quatre catégories : les normes techniques (comme celles adoptées dans le cadre d'ISO), les normes contractuelles (ce qui recouvre par exemple les principes UNIDROIT et les contrats types émanant des organisations professionnelles ou commerciales comme la Chambre de commerce internationale), les normes comportementales (comme le Pacte mondial ou les codes de conduite, dont l'OCDE et l'OIT, par exemple, ont fait usage à l'égard des multinationales) et les normes informatives (on peut penser à la prolifération des normes en matière d'étiquetage, surnommées les labels de qualité). Dès lors que la norme alternative existe, l'auteur se questionne sur sa juridicité au regard du droit positif⁴¹ et sur sa validité⁴². Cette réflexion l'amène à une réflexion plus large sur une théorie du droit global. C'est ici qu'il pose les éléments finaux de sa réflexion

Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy», dans Karl-Heinz Ladeur, dir., *Public Governance in the Age of Globalization*, Burlington, Ashgate, 2004.

38. *Ibid.* à la p. 753.

39. *Ibid.* à la p. 757.

40. *Ibid.* à la p. 765. Voir Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris Presses de Sciences-Po, Dalloz, 2004, aux pp. 488 et ss.

41. *Supra* note 1 aux pp. 809 à 820.

42. *Ibid.* aux pp. 821 à 828.

sur le droit postmoderne. Malgré un parti pris pour le pluralisme juridique, l'auteur met en garde contre une vision extrême de considérer toute norme alternative, non étatique, comme possédant la même valeur et produisant le même effet⁴³ :

Un pluralisme juridique tous azimuts, qui n'accorderait aucun statut particulier à la norme étatique en raison, d'abord, de son évidente centralité normative et, ensuite, dans les sociétés démocratiques, de sa qualité démocratique, nous mènerait vers des difficultés normatives encore plus grandes que celles dénoncées jusqu'ici⁴⁴.

De ce fait, l'auteur refuse de «jeter dans les poubelles de l'histoire certains traits caractéristiques du droit»⁴⁵. Certes, la mondialisation provoque des changements, – entre autres le paradigme de la pyramide laisse plus de place à celui du réseau – mais la conception démocratique de la norme, encore assurée par l'État, apparaît comme un élément utile et positif de la modernité. Dès lors, les juristes font face à un défi de taille : ils doivent élaborer une définition du droit susceptible d'assurer «une reconnaissance relative aux autres normativités tout en permettant la mise en place d'un réel dialogue internormatif»⁴⁶. En conséquence, il s'agit «d'harmoniser un droit pluriel, tout en sachant la centralité symbolique et effective du droit étatique, dans un monde qui devient global», de «bâtir une normativité globale postmoderne, alors que [nos] prédécesseurs [ont construit] une normativité nationale pour un État moderne»⁴⁷.

43. *Ibid.* aux pp. 834 à 836.

44. *Ibid.* à la p. 836.

45. *Ibid.* à la p. 837.

46. *Ibid.* à la p. 838.

47. *Ibid.* à la p. 842.