

**La production pluraliste du droit transnational contemporain**

**Nelson Arturo OVALLE DIAZ**

**Thèse soumise à la Faculté des Études supérieures et postdoctorales dans le cadre  
des exigences du programme de doctorat en philosophie en droit.**

**Directeur de thèse : François LAROCQUE**

**Faculté de droit**

**Université d'Ottawa**

**© Nelson Arturo OVALLE DIAZ, Ottawa, Canada, 2015**

## Table des matières

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS -----	5
RÉSUMÉ -----	7
ABSTRACT -----	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE -----	9
A. <i>Approche de la thèse, littérature juridique et objet de la recherche</i> -----	9
B. <i>Contexte sociohistorique, intérêt du sujet et problématique juridique</i> -----	21
C. <i>Cadre conceptuel et méthodologique</i> -----	40
1. Hypothèse -----	40
2. Nos définitions de travail -----	41
3. Distinction interdisciplinaire pour ce qui est de l'utilisation de la théorie du pluralisme juridique -----	43
3.1 Distinction anthropologique -----	44
3.2 Distinction sociologique -----	45
3.3 Distinction politologique -----	47
3.4 Distinction juridique -----	49
4. Types de pluralisme juridique -----	52
4.1 Pluralisme juridique minimaliste ou le quasi-pluralisme -----	53
4.2 Pluralisme juridique intermédiaire ou semi-autonome -----	57
4.3 Pluralisme juridique maximaliste, approfondi ou autonome -----	59
5. Critères pour déterminer le type de pluralisme juridique -----	62
6. Méthodologie -----	63
7. Division de la thèse -----	64
8. Portée et profondeur de la thèse -----	67
CHAPITRE I. LE PLURALISME JURIDIQUE DANS LE CONTEXTE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE INTERNATIONALE : LA DIVERSITÉ DES ORDRES JURIDIQUES TRANSNATIONAUX -----	71
<i>Introduction du chapitre</i> -----	71
A. <i>Le triomphe et le déclin du positivisme juridique</i> -----	74
1. La chute du droit naturel -----	76
2. La montée du positivisme juridique -----	77
3. La critique du positivisme juridique -----	82
a. Le volontarisme étatique est incapable d'expliquer la totalité du droit en vigueur -----	82
b. La certitude juridique sacrifie la justice fondamentale -----	88
c. Le droit positif manque de légitimité démocratique à l'époque de la mondialisation -----	91
d. Le positivisme juridique manque de longévité -----	100
B. <i>Le développement du pluralisme juridique : la fin d'un monopole</i> -----	103
1. Le pluralisme juridique pré-étatique : la culture ou le droit -----	111
2. La modernité : le pluralisme juridique à l'ère de l'État-nation -----	117
a. L'internationalisation de la souveraineté externe de l'État -----	118
b. La communauté interétatique remplace provisoirement l'État-nation -----	123
c. Le pluralisme juridique dépasse le concept de communauté interétatique -----	130
3. La postmodernité : le pluralisme juridique extrême ou radical des acteurs non étatiques -----	133
a. Les nouveaux acteurs internationaux et le nouveau droit international -----	135
b. L'initiative autorégulatrice des acteurs non étatiques -----	139
c. Les citoyens-consommateurs et les espaces publics planétaires -----	143
C. <i>Les tendances théoriques du pluralisme juridique : la nouvelle doctrine juridique</i> -----	148
1. Le droit constitutionnel commun de l'humanité et le concept de marge d'appréciation de la diversité culturelle -----	151
2. Le droit décentralisé : les théories tiers-mondistes contemporaines en droit international -----	159
3. Le droit objectif : le droit s'érige sur les nécessités sociales -----	174
4. Le droit polycentrique : la diversité de sources normatives -----	178
5. La réflexivité du droit systémique : la théorie autopoïétique du droit -----	182
<i>Conclusion du chapitre</i> -----	186

CHAPITRE II. LA DÉCENTRALISATION DE LA COMPÉTENCE SOUVERAINE : LE PARTAGE DE COMPÉTENCES ENTRE L'ÉTAT ET LES AUTRES ACTEURS <i>INFRA, SUPRA</i> ET <i>EXTRA</i> ÉTATIQUES -----	192
<i>Introduction du chapitre</i> -----	192
A. <i>La compétence des réseaux autonomes des pouvoirs gouvernementaux nationaux : la reconnaissance de la compétence souveraine internationale des institutions gouvernementales infra-étatiques</i> -----	200
1. L'intégration et la coopération normative, régulatrice et judiciaire entre les unités administratives spécialisées : la souveraineté élargie -----	203
a. Les juges se mettent en réseaux : l'interprétation judiciaire croisée -----	205
b. Les technocrates accordent la réglementation transnationale : la gouvernance internationale hors du système interétatique traditionnel -----	212
c. Le cas de réseaux mondiaux de politique publique : la gouvernance internationale au-delà des relations diplomatiques interétatiques -----	216
2. L'intégration transnationale et la coopération économique entre les unités administratives sous-étatiques : la souveraineté fractionnée -----	220
a. Les États fédérés, confédérés et les territoires autonomes : la renonciation à la souveraineté absolue en échange du partage de compétences -----	223
b. Les métropoles : l'archipel des villes globales hors de la portée des États -----	227
c. Les régions économiques transnationales : la désagrégation de la souveraineté étatique -----	237
B. <i>La compétence des réseaux d'organismes internationaux : la reconnaissance de la compétence internationale des organismes supra-étatiques</i> -----	242
1. Les relations entre les organisations internationales et les États : la reconnaissance implicite d'une compétence dérivée -----	247
a. Le Conseil de sécurité et son rôle de législateur et de policier mondial -----	248
b. Les organisations continentales et leur rôle de législateurs régionaux : les acteurs complémentaires là où les États cèdent partiellement leur souveraineté -----	252
c. L'expertise des organisations internationales dans les affaires publiques : elles font de la gouvernance là où elles ne peuvent pas gouverner -----	255
2. Les relations entre les organisations internationales et les autres acteurs non étatiques : la reconnaissance mutuelle -----	258
a. Les acteurs non étatiques : la personnalité juridique internationale en droit international classique -----	260
b. La personnalité juridique internationale en droit international nouveau : une espèce en voie de propagation -----	261
c. La reconnaissance à la pièce faite par les organismes internationaux : l'alliance entre les organisations intergouvernementales et la société civile -----	263
i. Les organes judiciaires transnationaux reconnaissent la capacité juridique internationale aux personnes morales privées au cas par cas -----	266
ii. Les organismes gouvernementaux transnationaux reconnaissent la capacité juridique internationale aux personnes morales privées au cas par cas -----	269
C. <i>La compétence souveraine des acteurs non étatiques : la gouvernance par les groupes d'intérêts extra-étatiques</i> -----	273
1. La religion : le droit canonique et le droit musulman -----	279
2. Le sport : la <i>lex sportiva</i> -----	284
3. Le droit des peuples autochtones : l'autodétermination pour 370 millions d'indigènes et d'autres communautés dans le monde -----	288
4. Les normes de protection de l'environnement : la participation des ONG et la responsabilisation des acteurs non étatiques -----	296
5. Le commerce : la <i>lex mercatoria</i> -----	304
6. Le droit du travail transfrontalier : l'externalisation à l'étranger de services personnels -----	308
7. Les normes techniques et de standardisation : la compétence souveraine de la connaissance technoscientifique -----	313
<i>Conclusion du chapitre</i> -----	317
CONCLUSION GÉNÉRALE -----	325

BIBLIOGRAPHIE -----	342
<i>NORMATIVITÉ JURIDIQUE</i> -----	342
<i>JURISPRUDENCE</i> -----	352
<i>DOCTRINE : MONOGRAPHIES</i> -----	357
<i>DOCTRINE : ARTICLES</i> -----	384
<i>AUTRES SOURCES</i> -----	394
ANNEXE 1 : TABLEAU CONCEPTUEL DE LA THÈSE -----	405

## Liste des sigles et abréviations

AMA	Agence mondiale antidopage
ANACDE	Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement
CCE	Commission de coopération environnementale
CCI	Chambre de commerce internationale
CCPM	Comité consultatif public mixte
CIAS	Conseil international de l'arbitrage en matière de sport
CIJ	Cour internationale de justice
CIO	Comité international olympique
CIRC	Comité international de la Croix-Rouge
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CPI	Cour pénale internationale
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
DI	Droit international
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
GECT	Groupement européen de coopération territorial
IASB	International Accounting Standard Board
IAS	International Accounting Standards
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IDI	Institut de droit international

IFAC	International Federation of Accountants
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
INECE	International Network for Environmental Compliance and Enforcement
IOPS	International Organisation of Pension Supervisors
ITIE	Initiative pour la transparence des industries extractives
ISO	Organisation internationale de normalisation
OÉA	Organisation des États américains
OI	Organisation internationale
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OT	Organisation transnationale
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
RDC	Republique Démocratique du Congo
RDTS	Recherche et développement technoscientifique
TAS	Tribunal arbitral du sport
TIC	Technologies de l'information et la communication
TWAIL	Third World Approaches to International Law
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
USADA	Agence antidopage des États-Unis

## Résumé

Parallèlement aux États, qui monopolisent le système interétatique, il existe une myriade d'acteurs non étatiques qui se déploie et exerce certaines compétences, telles que l'établissement de normes et la résolution de conflits sur la scène internationale. Or, le droit international classique, admettant peu de sujets en son sein, refuse de reconnaître pleinement le rôle joué par les acteurs non étatiques. Il se trouve par conséquent que le droit international classique n'arrive ni à décrire de manière appropriée, ni à expliquer adéquatement la gouvernance mondiale de la société internationale dans toute sa complexité contemporaine.

Notre thèse a pour but de démontrer l'importance de la perte ou du gain de légitimité démocratique résultant de la participation des acteurs *infra*, *supra*, et *extra* étatiques aux relations transnationales. Elle met en évidence les rapports verticaux et horizontaux qu'entretiennent les États avec les autres entités juridiques à des degrés minimalistes ou maximalistes de partage de compétences.

Notre thèse qualifie cette situation de phénomène concret de la réalité actuelle. Afin de décrire les tenants et aboutissants de cette situation, nous traçons les grandes lignes d'une nouvelle théorie de droit transnational adaptée aux nouvelles conjonctures contemporaines, fondée non pas sur le positivisme westphalien, mais sur le pluralisme juridique.

## Abstract

Parallel to states, which monopolize interstate system, there are non-state actors who exercise legislative and judiciary powers which are unfolding on the international scene. Nevertheless, traditional international law does not recognize many subjects and refuses to fully recognize the role played by non-state actors. Hence, traditional international law can neither adequately describe nor explain global governance of the international society in its current complexity.

Our thesis is intended to demonstrate the importance of the loss or the gain of democratic legitimacy that originates from the participation of *infra*, *supra* and *extra*-state actors in transnational relations. It highlights the vertical and horizontal relationships that states maintain with other legal entities at a minimalist and maximalist level of competence-sharing.

Our thesis describes this situation as a concrete phenomenon of current reality. In order to describe the ins and outs of this situation, this thesis outlines a new theory of transnational law adapted to the new contemporary circumstances that are not based on Westphalian positivism, but on legal pluralism.

La théorie du positivisme juridique, qui était encore valable jusqu'à la fin de la guerre froide, semble dépassée dans le monde du 21<sup>e</sup> siècle. Les compétences étatiques fondées sur le modèle westphalien de la souveraineté territoriale sont désormais partagées et exercées par une gamme d'acteurs non étatiques. La compétence d'autorégulation de ces derniers trouve son fondement dans le savoir technoscientifique et spécialisé dans un secteur d'activités particulier, qui s'étend au-delà et en deçà des frontières étatiques.

Cette nouvelle manifestation de la souveraineté peut être incorporée dans le droit transnational. La mise en œuvre de cet ordre juridique complexe du modèle transnational repose sur des mécanismes de consensus qui relient les États, les unités sous-étatiques, les organisations internationales et les autres acteurs non étatiques.

L'interdépendance mutuelle des différents acteurs internationaux a pour effet d'écartier la justification de la contrainte physique comme étant la garantie de respect du droit, car le besoin d'une solidarité planétaire exige la coopération de tous les acteurs pour faire face aux nouveaux défis mondiaux et locaux. Cette nouvelle théorie doit servir de base pour élaborer un discours juridique qui repose sur sa force argumentative, et non sur la force de la coercition. Le pluralisme juridique semble offrir cette possibilité.

The theory of legal positivism, which was relatively valid until the end of the Cold War, seems to have been surpassed by the world of the twenty-first century. The competences based on the Westphalian model of territorial sovereignty are now shared and exercised by a range of non-state actors. The auto-regulatory power of the latter is rooted in techno-scientific knowledge specialized in a particular industry that extends above and beyond state borders.

This new manifestation of sovereignty can be incorporated into transnational law. Implementation of the complex transnational legal model is based on consensus that link states, sub-state units, international organizations and other non-state actors.

The mutual interdependence of various international actors has the effect of removing the justification for physical constraint as a guarantee of compliance with the law, because the need for global solidarity requires cooperation to deal with new global and local challenges. This new theory must develop a legal discourse based on argumentative strength and non on coercive force. Legal pluralism seems to offer this possibility.



## Introduction générale

### A. Approche de la thèse, littérature juridique et objet de la recherche

En partant du cadre conceptuel de la théorie générale du droit international classique, cette recherche vise à décrire le phénomène des relations juridiques de la société internationale contemporaine, laquelle est composée d'États<sup>1</sup> et d'une multitude d'acteurs non étatiques<sup>2</sup>. Pour ce faire, cette étude ne pourra pas se borner au droit international positif servant de cadre à l'exercice de la souveraineté étatique<sup>3</sup>. Notre thèse a pour ambition de prendre le large et de dépasser les réflexions doctrinales orthodoxes, car une approche plus vaste s'impose afin de mieux comprendre le fonctionnement de la société internationale contemporaine et de l'ordre juridique international naissant<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie lors de son premier avis rendu le 29 novembre 1991, tel que cité dans Nguyen Quoc Dinh et al, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2009, à la p 450 [Nguyen et al] (« L'État est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumise à un pouvoir politique organisé' et 'se caractérise par la souveraineté' ») ; J Maurice Arbour, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> édition, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais Inc., 2002, la p 1 [Arbour] (Selon Arbour, « la réalité essentielle de l'ordre juridique international, c'est celle de l'existence de près de 200 États souverains et égaux qui en constituent les sujets principaux et immédiats »).

<sup>2</sup> Nous entendons par acteurs non étatiques toutes les organisations, entités ou collectivités bien structurées, autres que l'un des 193 États membres et reconnus par l'ONU. Autrement dit, nous entendons par acteur non étatique toute organisation qui n'est pas un État. L'acteur non étatique peut avoir une personnalité juridique, mais cela n'est pas une condition de son existence, car il peut aussi exister comme fait social reconnu et vérifiable par une science sociale autre que les sciences juridiques.

<sup>3</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 100 (« Le droit international est un droit positif parce qu'il est reconnu comme tel par les États, ceux-là mêmes qui y sont assujettis au premier chef, et par les juges, nationaux et internationaux, ceux-là mêmes qui doivent assurer son application ») ; Jan de Louter, *Le droit international public positif*, tome I, Toronto, Imprimerie de l'Université d'Oxford, 1920, à la p 232 (« Le droit international est issu de la volonté libre des États souverains, dans le but de soumettre leurs rapports réciproques à une juridiction inattaquable, malgré le manque de législateur, et de procurer de cette manière à tous la protection et la certitude de la justice qui, généralement, ne se trouvent que dans les limites de l'État et sous la garde de son autorité »).

<sup>4</sup> Boris Barraud, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, à la p 295 [Barraud] (« Il s'agit donc d'arrêter de penser l'international comme un simple ensemble d'États »).

D'une part, la société internationale contemporaine dont il est question englobe et dépasse les 193 États reconnus par l'Organisation des Nations Unies (ONU)<sup>5</sup>, car il existe beaucoup d'autres groupements humains, territoriaux et non territoriaux, qui, au 21<sup>e</sup> siècle, agissent seuls ou de concert, en succession ou en concurrence dans les relations internationales. Parmi ces entités, mentionnons les organisations transnationales (OT) telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR)<sup>6</sup>, et le Mouvement olympique qui est chapeauté par le Comité international olympique (CIO)<sup>7</sup>. Ces organisations transnationales naissent, se font reconnaître *de jure* ou *de facto* directement ou indirectement dans l'univers des relations internationales avec un régime juridique qui leur est propre. En outre, il y a aussi des entités territoriales qui participent aux relations internationales sans avoir une pleine reconnaissance en droit international. C'est le cas des Îles Cook<sup>8</sup>, un État qui reconnaît l'autorité de la Cour pénale internationale (CPI)<sup>9</sup>, mais qui n'est pas membre des Nations Unies. Finalement, au rang des manifestations frappantes de la volonté d'autres groupements non étatiques de participer pleinement aux relations internationales et d'y exercer un rôle, mentionnons l'admission de la Palestine comme le 195<sup>e</sup> (État) membre de l'UNESCO<sup>10</sup>. La Palestine est aussi un membre reconnu du CIO<sup>11</sup>. Par contre, la Palestine n'est pas encore admise comme État membre

---

<sup>5</sup> Nations unies, « États membres », en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/growth.shtml>>.

<sup>6</sup> Le Comité international de la Croix-Rouge bénéficie d'un statut international reconnu dans les Conventions de Genève du 12 août 1949. De plus, le CICR est une entité autonome et indépendante en droit international public qui dispose d'un siège d'observateur aux Nations unies, voir *Résolution relative à l'attribution du statut d'observateur au Comité international de la Croix-Rouge*, rés. AG 45/6, Doc. Off. AG NU, 16 octobre 1990, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F)>.

<sup>7</sup> Le Comité international olympique (CIO) a vécu plusieurs mutations juridiques. D'abord, il était un organisme *de facto*, par la suite, il est devenu une ONG suisse. Le CIO est l'autorité suprême du Mouvement olympique. Ce dernier a son propre régime juridique international qui se gouverne de manière autonome par la *Charte olympique* ainsi que par une panoplie de normes qu'on nomme *lex sportiva* ; voir Comité international olympique, *Charte olympique*, (état en vigueur au 8 juillet 2011), en ligne : CIO <[http://www.olympic.org/Documents/olympic\\_charter\\_fr.pdf](http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf)> [*Charte olympique*].

<sup>8</sup> Il s'agit d'un archipel indonésien, situé dans l'Océan Pacifique, en libre association avec la Nouvelle-Zélande. Les Îles Cook sont une entité dépourvue de souveraineté internationale.

<sup>9</sup> Cour pénale internationale, *Situation actuelle au regard de la ratification et de la mise en œuvre*, en ligne : CPI <[http://www.icc-cpi.int/fr\\_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx](http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx)>.

<sup>10</sup> UNESCO, *Liste des 195 Membres (et des 8 Membres Associés) de l'UNESCO*, en ligne : UNESCO <<http://www.unesco.org/new/fr/member-states/countries/>>.

<sup>11</sup> Comité olympique international, *Comités Nationaux Olympiques*, en ligne : CIO <<http://www.olympic.org/fr/palestine>>.

des Nations Unies<sup>12</sup>. En attendant cette admission, le 29 novembre 2012, l'Assemblée générale des Nations Unies a accordé à l'État de Palestine « le statut d'État non membre observateur auprès de l'Organisation des Nations Unies »<sup>13</sup>. Si cela est vrai, la réalité sociale apporte un démenti visible au jeu de la fiction juridique, et c'est cela que nous voulons démontrer dans notre thèse.

Ainsi conçu, le système interétatique de type westphalien<sup>14</sup> selon lequel les relations internationales sont dominées par les États souverains est fortement contesté et possiblement déjà dépassé, voire même tombé en désuétude<sup>15</sup>. En outre, il faut admettre qu'en s'enfermant dans le paradigme westphalien, le droit international classique devient incapable de reconnaître l'importance des acteurs non étatiques qui prennent part aux relations internationales. Latty dénonce l'approche exclusivement interétatique des relations internationales en soulignant que :

Le temps est loin, s'il n'a jamais existé, où les relations internationales n'étaient qu'interétatiques. L'importance croissante de la 'société civile internationale' et plus spécifiquement des acteurs transnationaux que sont les opérateurs économiques, les organismes de défense des droits de l'homme ou de l'environnement, les organisations sportives ou religieuses, les réseaux terroristes

---

<sup>12</sup> Le 23 septembre 2011, le Président de l'Autorité palestinienne, Mahmoud Abbas, a remis à New York une lettre de candidature de la Palestine pour devenir membre de l'Organisation des Nations Unies, voir en ligne : ONU <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39722&Cr=palestin&Cr1>>.

<sup>13</sup> *Résolution relative au Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies*, Rés AG NU, Doc off AG NU, 29 novembre 2012, Doc NU A/RES/67/19, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/67/19](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19)>.

<sup>14</sup> Anaud Blin, *1648, La Paix de Westphalie : Ou la naissance de l'Europe politique moderne*, Paris, Éditions Complexe, 2006, à la p 18 (« L'ordre westphalien est un système simple qui repose au départ sur quelques principes de base. C'est d'abord un ordre *amoral* où les intérêts nationaux priment sur les considérations éthiques. Ensuite, c'est un système où *la souveraineté des États est absolue et où l'État correspond à un territoire national*. Dans cet État, la gouvernance se limite au *gouvernement et aux services publics*. Dans les relations interétatiques, le droit (international) se résume en grande partie à des traités bilatéraux ou multilatéraux entre les États, donc entre leurs gouvernements. En conséquence, l'ensemble de l'activité interétatique est entre les mains des gouvernements et de leurs dirigeants. Les relations sont d'abord diplomatiques. La guerre et l'économie sont des instruments de la politique. Les autres acteurs sont réduits aux rôles de figurant »).

<sup>15</sup> Philip C Jessup, *A modern Law of Nations*, Hamden (Conn), Archon Books, 1968, à la p 1 (« There is more agreement today than at any earlier period on the need for some change in the traditional international system of community of sovereign states. Unlimited sovereignty is no longer automatically accepted as the most prized possession or even as a desirable attribute of states ») ; Alain Laquièze, « La critique de souveraineté par les libéraux anglo-saxons » dans Dominique Maillard Desgrées du Loû, dir, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, à la p 179 [Desgrées du Loû] (« La théorie de la souveraineté comme pouvoir illimité et irresponsable est une théorie qui apparaît déjà inadapté au monde moderne »).

même, etc., viennent attester que les États n'ont pas le monopole de 'l'international'<sup>16</sup>.

Hasbi est aussi de cet avis : « La doctrine conclut généralement à l'inadaptation de la souveraineté des États faces aux exigences modernes des relations internationales »<sup>17</sup>. Si les théories réalistes expliquant le commandement des relations internationales par les États n'arrivent plus à interpréter la réalité internationale, on doit essayer d'explorer de nouvelles théories politiques et juridiques afin de bien comprendre les faits contemporains. Sur ce point existent différentes approches théoriques possibles. Par exemple, nous pourrions reprendre la doctrine du droit naturel<sup>18</sup>. Selon Ost et van de Kerchove : « la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle enregistra un certain retour du droit naturel assurément explicable à la fois par les grandes aventures totalitaires du siècle, la déstabilisation du droit international sous la poussée du mouvement de la décolonisation et la remise en cause de certains modèles de droit interne »<sup>19</sup>. Cependant, nous choisissons de présenter comme option de rechange les modèles théoriques qui se dégagent du pluralisme juridique<sup>20</sup>.

Larose est « d'avis qu'on se dirige tout droit vers un monde de citoyens et de mouvements sociaux qui non seulement s'affirment comme un contre-pouvoir au monde d'États, mais encore se constituent en agents de domestication de l'international »<sup>21</sup>. Cela veut dire que les mouvements sociaux s'organisent comme acteurs non étatiques, qui participent aux relations transnationales dans un monde de plus en plus pluraliste. Bien que le pluralisme juridique soit beaucoup étudié par la sociologie et l'anthropologie juridiques, il n'est pas encore assez exploré par la théorie générale du droit. Nous pensons qu'il sera d'un grand apport et d'une grande utilité pour expliquer le système juridique et

---

<sup>16</sup> Voir généralement Franck Latty, *La lex sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leiden (Pays-Bas) Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2007, à la p 10 [Latty].

<sup>17</sup> Aziz Hasbi, *Théories des relations internationales*, Paris, Harmattan, 2004, à la p 323 [Hasbi].

<sup>18</sup> Voir généralement, Stephen Theron, *Natural Law Reconsidered: The Ethics of Human Liberation*, New York, Peter Lang, 2002 ; voir aussi Nguyen et al, *supra* note 1 à la p à la p 92.

<sup>19</sup> François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, à la p 358 [Ost et van de Kerchove].

<sup>20</sup> Ce choix théorique est grandement risqué dans la mesure où l'on réduit subjectivement les modèles explicatifs envisageables. Néanmoins, ce choix s'impose dans le cadre d'une thèse de doctorat dans laquelle on est obligé de limiter le sujet à l'étude afin de bien préciser la portée de notre recherche.

<sup>21</sup> Charmers Larose, *L'odyssée transnationale : Enjeux, acteurs, sites : Une perspective minimaliste*, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2008, à la p 5 [Larose].

les relations internationales contemporaines. Pour arriver à cette démonstration, commençons par en définir et en circonscrire la notion. Comme l'indique Dupret, la désignation de pluralisme juridique « recouvre toutefois des perspectives fort différentes, qui n'ont en commun que l'idée sommaire que le droit est plus que le droit positif et étatique »<sup>22</sup>. Pour cette raison, une taxinomie sur le pluralisme juridique paraît utile. Les tendances au sein du pluralisme juridique sont nombreuses et diversifiées, mais nous choisissons de les classer dans le contexte de la gouvernance de la société civile transnationale.

À l'instar de la conception kantienne<sup>23</sup>, Allott pense que la société internationale contemporaine comprend toutes les formes d'organisations humaines de configuration territoriale ou non territoriale, ainsi que l'ensemble des individus et organisations qui composent la grande famille de l'humanité<sup>24</sup>. Cette approche pluraliste ouvre la voie à une vision de type cosmopolite et multiculturel du droit international. Il s'agit, donc, d'une sorte de droit constitutionnel universel minimal qui s'adresse à tous les acteurs qui interagissent dans la société internationale contemporaine. Cependant, une marge d'appréciation culturelle est admise<sup>25</sup>.

Les auteurs tiers-mondistes contestent la prétendue universalité et l'uniformité du droit international. Ils revendiquent la décentralisation de la production du droit international afin de légitimer un droit international de type plural où les coutumes, les normes, les valeurs, les principes et la vision du monde des peuples autres que les Occidentaux sont incorporés dans un corpus juridique « *plurivers* »<sup>26</sup>. Cela constituerait un modèle

---

<sup>22</sup> Baudouin Dupret, « La nature plurale du droit » dans Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – Cahiers d'anthropologie du droit, *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 2003, à la p 81 [LAJP, *Les pluralismes juridiques*].

<sup>23</sup> Immanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle : esquisse philosophique* (1795), Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1947, aux pp 19 et ss [Kant, *Projet*].

<sup>24</sup> Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990, au para 1.4 [Allott, *Eunomia*].

<sup>25</sup> Voir le chapitre I, à la section C.1, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette tendance.

<sup>26</sup> Christoph Eberhard, « Construire le dialogue interculturel : Le cas des droit de l'homme » dans Carole Younes et Étienne Le Roy, *Médiation et diversité culturelle : Pour quelle société?* Paris, Karthala, 2002, à la p 248 [Younes et Le Roy].

juridique représentatif de la diversité humaine, qui contribuerait davantage à faire régner l'harmonie chez tous les peuples du monde<sup>27</sup>.

Certains auteurs adoptent une conception objectiviste selon laquelle « le droit est donc ancré dans la réalité sociale; s'il existe, c'est parce que la société existe; il ne présente aucune transcendance, aucune autonomie par rapport à la société dont il reflète nécessairement les aspirations; il n'a à vrai dire aucune réalité en dehors de la vie collective »<sup>28</sup>. Cette tendance pluraliste contient une notion descriptive d'un domaine social réel, comme l'environnement, où le droit fonctionne concrètement, parce qu'il s'érige sur les nécessités sociales, lesquelles constituent la vraie source du droit. L'objectivisme juridique décrit la thèse de Scelle en vertu de laquelle les individus sont les seuls sujets véritables du « Droit intersocial unifié »<sup>29</sup>. En conséquence, tous les autres sujets deviennent des sujets dérivés<sup>30</sup>.

Les auteurs plus radicaux comme Moore et Griffiths conçoivent un pluralisme juridique de type polycentrique où il y aurait plusieurs centres normatifs et décisionnels dans les diverses sociétés humaines. En conséquence, le droit serait largement fragmenté en plusieurs champs de compétence spécifique, sans aucun point de contact direct entre les divers foyers du droit. Moore élabore notamment le concept de champ social semi-autonome<sup>31</sup>. À partir de cette notion sociologique, Griffiths définit le droit comme suit : « law is the self-regulation of a 'semi-autonomous social field' [...], law is present in every 'semi-autonomous social field' and since every society contains many such fields, legal pluralism is a universal feature of social organisation »<sup>32</sup>. Ce courant du pluralisme juridique revendique l'autonomie sociale et les différences culturelles des divers groupements humains. C'est ainsi que le droit devient un fait social énormément

---

<sup>27</sup> Voir le chapitre I, à la section C.2, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette tendance.

<sup>28</sup> Franck Moderne, « Préface » dans Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, à la p VIII [Duguit, *L'État*].

<sup>29</sup> Georges Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, v 1, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, à la p 33 [Scelle, v 1].

<sup>30</sup> Voir le chapitre I, à la section C.3, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette tendance.

<sup>31</sup> Sally Falk Moore, *Law as process: an anthropological approach*, Boston, Routledge & K Paul, 1978, aux pp 54 et ss [Moore].

<sup>32</sup> John Griffiths, « What is legal pluralism? » (1986) 24 *Journal of legal pluralism* 1, à la p 38 [Griffiths].

décentralisé. Par conséquent, les divers ordres juridiques sont relativement ou profondément séparés selon leur degré d'autonomie<sup>33</sup>.

D'autres auteurs voient plutôt une société transnationale qui est gouvernée par un droit de type transnational<sup>34</sup>. En reprenant le modèle théorique de Luhmann et Teubner, Robé décrit l'émergence de cette tendance comme suit :

The transnationalization of society is challenging the sovereignty of the state; it is challenging the self-ascertained monopoly that state sovereignty claims for itself in the production of norms, and even states' mere capacity to produce effective norms [...] What is under way is the objectivization of a new, pluralist, system of the exercise of power which translates into new constitutional structure for the world where a multitude of partial legal orders, both territorial and functional cohabit, cooperate, and compete within one global legal system<sup>35</sup>.

Cette tendance pluraliste fournit une explication systémique de la société et du droit. Selon Clam : « L'intuition centrale est celle d'un *système* (une totalité organisée) qui est capable de se reproduire à partir de ses propres éléments et dont l'essentiel de l'activité est consacré à la régénération de ceux-ci »<sup>36</sup>. Autrement dit, en reconnaissant la pluralité de sujets, d'acteurs, de sources normatives, de systèmes et de sous-systèmes sociaux<sup>37</sup>, la pensée systémique semble favorable à un courant basé sur un système juridique total et organisé de manière décentralisée, un système juridique qui fonctionne en progrès constant<sup>38</sup>.

Il sied de constater que le fonctionnement de la société internationale contemporaine dépasse le cadre normatif du droit international classique en particulier, et du droit positif en général, car le premier cible presque uniquement la communauté internationale des États, tandis que le deuxième est de source exclusivement étatique. Il faut aussi observer que le droit qui régit la société internationale contemporaine s'adresse à d'autres acteurs

---

<sup>33</sup> Voir le chapitre I, à la section C.4, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette tendance.

<sup>34</sup> Philip C Jessup, *Transnational Law*, New Haven (Conn), Yale University Press, 1956, à la p 2 [Jessup, *Transnational Law*].

<sup>35</sup> Jean-Philippe Robé, « Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order » dans Gunther Teubner, dir, *Global Law Without a State*, Burlington (VT), Ashgate, 1997, à la p 49 [Teubner, *Global*].

<sup>36</sup> Jean Clam, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : Fondés en contingence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, à la p 249 [Clam].

<sup>37</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 265 (« Il existe une *référence ultime de tous les systèmes sociaux*, qui est la *société* »).

<sup>38</sup> Voir le chapitre I, à la section C.5, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette tendance.

non étatiques. En principe, ce droit provient de sources normatives non étatiques. Dans un sens très large, « [the] new international law is made in countless international forums, implemented through countless international agencies, interpreted and applied by countless new international courts and tribunals »<sup>39</sup>.

Il faut remarquer que l'expression de « droit international » est née de la plume de Jeremy Bentham<sup>40</sup>. De là, « la pensée libérale, qui est née presque en même temps que le droit international, a constamment cherché à défendre l'idée de la primauté du droit sur la politique afin de neutraliser les passions et de permettre la conciliation entre les différentes valeurs subjectives des sujets de la société internationale »<sup>41</sup>. De nos jours, nous constatons le phénomène contraire, puisque quelques acteurs transnationaux privilégient davantage l'action politique, et ce, parfois au détriment de l'action juridique, surtout quand un licite devient illégitime. Comme le constate Philip Allott : « [a] legal system which does its best to make sense of murder, theft, exploitation, oppression, abuse of power, and injustice, perpetrated by public authorities in the public interest, is a perversion of a legal system »<sup>42</sup>.

Nous partons de l'idée que le droit international classique est fait par et pour la communauté internationale des États et il est normalement de type positif. Cependant, le droit de la société internationale contemporaine est un système encore inachevé, toujours en gestation. Il est un droit de type pluraliste. Scelles est d'avis que le droit correspond toujours à la société du moment actuel. Pour lui, « le droit interne et le droit dit international sont simplement des catégories du Droit intersocial universel, du système juridique global à l'intérieur duquel se superposent les systèmes juridiques partiels, selon l'évolution des relations humaines »<sup>43</sup>. Allant dans le même sens que Scelle, Allott estime que dans le contexte des révolutions technoscientifiques et de la mondialisation, la société humaine se dirige vers « the coming of a true international society of all-humanity,

---

<sup>39</sup> Philip Allott, *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, à la p 61 [Allott, *The Health*].

<sup>40</sup> Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Oxford University Press, 1823, à la p 328 [Bentham].

<sup>41</sup> Emmanuelle Jouannet, « Présentation critique » dans Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, à la p 21 [Koskenniemi, *La politique*].

<sup>42</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 à la p xvii.

<sup>43</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 33.



of which international law would be, at last, the true law »<sup>44</sup>. Ce vrai droit est selon Allott, le droit international nouveau<sup>45</sup>. L'auteur fait référence à un droit de type pluraliste. Il croit que ce droit est le droit de tous les groupements humains en affirmant que « humanity will discover its law, a new international law, which is the collective self-creating of all human beings everywhere »<sup>46</sup>. De son côté, Jessup suggère que les problèmes que le droit régit sont complexes, et de plus en plus, les relations transnationales, auxquelles plusieurs types d'acteurs transnationaux participent, sont aussi hétérogènes et mixtes. Par voie de conséquence, le terme de droit international est inadéquat, car il fait référence uniquement aux relations interétatiques<sup>47</sup>. Par contre, le droit doit couramment régler les situations transnationales; ce faisant, « [it] may involve individuals, corporations, states, organisations of states, or other groups »<sup>48</sup>. C'est ainsi que Jessup propose que l'on désigne les normes applicables aux situations transnationales sous l'appellation de droit transnational : « Nevertheless I shall use, instead of 'international law', the term 'transnational law' to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories »<sup>49</sup>.

Compte tenu du fait que la société internationale contemporaine est complexe et pluraliste, elle devrait logiquement se doter d'une structure juridique également complexe et diversifiée. Comme l'affirme encore Allott, « [g]iven the scale and the complexity of the events of international society, it is obvious that the law of that society must, sooner rather than later, form itself into a legal system at least as rich and complex as the more advanced national legal systems »<sup>50</sup>. Les travaux en cours pour mettre au point ce droit international nouveau sont, dans la plupart des cas, encore à l'étape délibérative, c'est-à-dire, qu'ils sont encore au niveau du débat politique. Pour nous, le droit international

---

<sup>44</sup> Philip Allott, « The Socialising of the Human Species », 15e Colloque interdisciplinaire de l'Association des étudiants diplômés (GSAÉD), présenté à l'Université d'Ottawa, 26 mars 2012, au para 98, en ligne : Trinity College Cambridge <<http://www.trin.cam.ac.uk/show.php?dowid=1393>> [Allott, GSAÉD 2012].

<sup>45</sup> Philip Allott, *Towards the international rule of law: Essays in integrated constitutional theory*, London, Cameron May Ltd., 2005, à la p 463 [Allott, *Towards the international rule of law*].

<sup>46</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 18.74.

<sup>47</sup> Jessup, *Transnational Law*, *supra* note 34 à la p 1.

<sup>48</sup> Jessup, *Transnational Law*, *supra* note 34 à la p 3.

<sup>49</sup> Jessup, *Transnational Law*, *supra* note 34 à la p 2.

<sup>50</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 à la p xxii.

naissant relève temporairement de la *lex ferenda*. Il existe différentes perspectives possibles à première vue, mais la proclamation de ce droit international nouveau exige que les solutions envisagées émergent graduellement, afin qu'elles se manifestent de manière durable pour l'avenir<sup>51</sup>. Notre thèse vise à orienter hypothétiquement le choix qui sera arrêté par la société internationale contemporaine. Ce choix permettra de réévaluer théoriquement le modèle westphalien, un archétype que l'on pourrait qualifier fondamentalement d'interétatique, de positiviste et de volontariste. L'objet et le but de notre thèse sont de décrire la décadence du modèle « État centriste » en droit international, dans la mesure où la primauté du système interétatique commencerait lentement à s'effriter à différents niveaux<sup>52</sup>.

Notre thèse adopte une perspective sociologique qui favorise une méthodologie interdisciplinaire et pluraliste, où toutes les organisations légitimes de la société civile organisée devront être reconnues, à titre d'acteurs légitimes dans les relations internationales. Rigozzi décrit l'approche sociologique comme suit :

Le principal mérite du recours à l'analyse sociologique a été de déplacer l'attention de l'État-nation, conçu comme unique créateur de droit, à la société civile et aux différentes formes de normativité qu'elle développe. Au niveau théorique, elle donne naissance à la théorie du pluralisme juridique qui préconise l'intégration dans l'analyse juridique de 'la totalité des ordres juridiques, sans exclure les systèmes non étatiques'<sup>53</sup>.

La démarche sociologique permet la reconnaissance de tous les acteurs qui participent aux relations transnationales. L'approche sociologique constitue aussi un élément central du modèle du pluralisme juridique en droit international. La perspective sociologique que nous adoptons dans notre thèse ira au-delà des diverses approches de la pensée libérale. Selon Jouannet, la pensée libérale « a pris des formes différentes entre jusnaturalisme et positivisme, objectivisme et subjectivisme, formalisme et réalisme. Elle a marqué les

---

<sup>51</sup> Rafael Domingo, *The New Global Law*, New York, Cambridge University Press, 2010, à la p 196 [Domingo] (« The peaceful coexistence of international and global law is necessary. The challenge is to transform international law into a global legal order, according to the principles of this *ius novum* »).

<sup>52</sup> Voir notamment, Bob Kieffer, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, aux pp 33 et s [Kieffer].

<sup>53</sup> Antonio Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, à la p 4 [Rigozzi].

différentes conceptions des sources et des règles dont nous héritons aujourd'hui, mais elle a toujours maintenu l'idéal de la primauté du droit sur la politique »<sup>54</sup>.

Cette approche sociologique critique autant le formalisme que le volontarisme du positivisme juridique, car « aucune norme ou principe ne pouvant se justifier par eux-mêmes en raison de la structure argumentative du discours qui rend indécidables les positions, la détermination du meilleur argument ne se fait jamais sur de purs critères juridiques, mais inévitablement en fonction d'un choix politique ultime »<sup>55</sup>. C'est ainsi que dans les *fora* de délibération politique, on cherche constamment des solutions aux dilemmes auxquels fait face la société. Cette recherche de solutions s'exprime sous la forme de décisions normatives. Ce sont les règles de droit qui régulent les forces qui se disputent le contrôle des ressources disponibles ou des valeurs dominantes, afin de résoudre les conflits qui empêchent la société d'avancer vers le bien commun, et d'obtenir le bien-être pour tous. Un tel espace délibératif n'existe pas encore de manière claire et évidente dans le contexte de la société internationale contemporaine<sup>56</sup>. Néanmoins, l'Internet dans son ensemble et ses réseaux sociaux tels que Twitter et Facebook forment une sorte d'espace délibératif qui, quoique très informel, permet aux membres de la société internationale contemporaine de s'exprimer<sup>57</sup>. Le manque d'un véritable espace délibératif planétaire génère ce que Allott appelle un « international economy which is not the economy of an international society, using an international law which is not the law of an international society »<sup>58</sup>. L'absence de forum de délibération politique au niveau international permet aux acteurs les plus forts d'imposer leur volonté. De plus, l'expertise technoscientifique s'impose dans plusieurs domaines régulateurs de la vie internationale. Mentionnons les domaines de la finance, de la comptabilité, du sport à titre illustratif.

Bien que la présente thèse prenne sa source dans la théorie générale de la société internationale contemporaine et de son droit, elle s'intéresse particulièrement à

---

<sup>54</sup> Emmanuelle Jouannet, « Présentation critique » dans Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 41 à la p 22.

<sup>55</sup> Emmanuelle Jouannet, « Présentation critique » dans Koskenniemi, *La politique*, *supra* note 41 à la p 22.

<sup>56</sup> Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle : Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, éditions du CERF, 1996, à la p 44 [Habermas, *La paix perpétuelle*].

<sup>57</sup> François Soulages, « Conclusion : L'ère d'Internet & l'émergence du citoyen », dans Gilles Rouet, dir, *Usages politiques des nouveaux médias*, Paris, L'Harmattan, 2012, aux pp 225-240.

<sup>58</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 17.56.

l'épiphénomène de la participation contemporaine de quelques acteurs non étatiques dans les relations internationales. Nous prenons aussi le contre-pied de certains organismes technoscientifiques qui émettent des normes ou jugent des controverses<sup>59</sup>. En général, la recherche et le développement technoscientifique (RDTS) génèrent des questions juridiques<sup>60</sup>, et d'après Hottois, « comporte des aspects et des conséquences économiques, et suscite des problèmes éthiques, sociaux et politiques »<sup>61</sup>.

En partant d'une théorie générale et organique du droit international, nous nous donnons comme tâche de vérifier la légitimité du phénomène des acteurs non étatiques, particulièrement lorsqu'ils établissent des normes ou règlent des différends sur une base technoscientifique. Un objectif secondaire de notre thèse est donc de comparer et d'apprécier à leur juste valeur, deux théories qui expliquent différemment le phénomène du droit international contemporain, notamment le positivisme juridique et le pluralisme juridique.

Nous privilégions explicitement la perspective pluraliste en droit international, car elle semble rendre compte adéquatement de l'état du droit et de faits actuels<sup>62</sup>. Nous analyserons donc la légitimité du droit transnational, de source pluraliste<sup>63</sup>. De façon corollaire, il importe de reconnaître les possibilités de corriger les imperfections conceptuelles ou pratiques de cette théorie juridique. Du pluralisme juridique en droit international, on distingue une théorie générale du droit, théorie qui permet d'identifier les relations juridiques existantes entre les divers acteurs internationaux (États, organisations, personnes morales, individus, etc.). Le pluralisme juridique donne aussi les

---

<sup>59</sup> Gilbert Hottois, *De la Renaissance à la Postmodernité : Une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, éditions de Boeck Université, 2002, à la p 487 [Hottois] (« Le terme « technoscience » apparaît au milieu des années soixante-dix. Il désigne la science contemporaine [...] *Technoscience* évoque la Recherche et le Développement Techno - Scientifiques – la RDTS – dans sa complexité »).

<sup>60</sup> Hottois, *supra* note 59 à la p 487 (« C'est pourquoi F. Bacon a pu dire que le savoir est aussi pouvoir (pouvoir faire, produire, modifier). La science causale moderne est non seulement science de l'univers, elle est aussi science de l'action ou de l'intervention efficaces *dans* l'univers, car elle permet de prévoir et de produire »).

<sup>61</sup> Hottois, *supra* note 59 à la p 488.

<sup>62</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 4.

<sup>63</sup> Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, éditions Thémis, 2008, à la p 87 et 88 [Benyekhlef] ; Latty, *supra* note 16 aux pp 10 et ss.

outils nécessaires afin de résoudre les conflits entre les divers ordres juridiques (étatique, supra-étatique, extra-étatique, transnationaux, etc.). Ces outils servent aussi à dénouer les conflits normatifs du droit de source non étatique ou interétatique. Pour reprendre les propos de Bob Kieffer :

Par pluralisme juridique, on entend la coexistence (dont la simple juxtaposition n'est que la forme la moins achevée) d'une pluralité de systèmes juridiques de nature différente. Cette conception implique la variabilité de l'ensemble des facteurs concernés : temps, espace, cadre institutionnel. Le pluralisme juridique traduit donc une conception pluridimensionnelle du droit<sup>64</sup>.

La perspective pluraliste contribue, selon nous, à une meilleure compréhension du phénomène de l'accroissement du pouvoir des acteurs non étatiques. Le pluralisme juridique n'exclut pas les nouveaux acteurs non étatiques de la scène transnationale, qui, d'après Assanvo, « s'invitent dans le débat mondial, chacun essayant de jouer sa participation, de défendre ses intérêts ou de faire prévaloir ses points de vue et sa vision »<sup>65</sup>.

## **B. Contexte sociohistorique, intérêt du sujet et problématique juridique**

À l'époque des premiers groupements humains sur terre, l'individu n'existait que dans le contexte de son groupe (clan, tribu ou ethnie), car les autres groupements reconnaissaient seulement la collectivité. Autrement dit, l'individualité de la personne humaine n'existait pas<sup>66</sup>. Après, à l'époque des empires, l'identité de l'individu était liée à celle de la classe sociale (homme libre, esclave, etc.)<sup>67</sup>. Plus tard, au Moyen Âge<sup>68</sup>, le peuple barbare

---

<sup>64</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 275.

<sup>65</sup> Davidson William Taffotien Assanvo, Nangnigui David Kamara et Christian Edmond Bepi Pout, *Les technologies de l'information et de la communication (TIC) et la diplomatie en Afrique : défis en enjeux*, Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 2006, à la p 49 [Assanvo et al].

<sup>66</sup> Amaury De Riencourt, *L'Âme de l'Inde*, Paris, Julliard, 1985, à la p 33 (« Comme à toutes les époques héroïques, dans les temps védiques, l'individualisme n'existait pratiquement pas. La participation mystique collective, un sentiment quasi tribal, prédominait totalement »).

<sup>67</sup> Thomas Hobbes, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Éditions Sirey, 1971, à la p 213 [Hobbes].

<sup>68</sup> Le Moyen âge est une période historique européenne située entre l'Antiquité tardive et la Renaissance, car la Renaissance marque le temps du début de la modernité.

laisse la place à l'individualité où le plus fort règne<sup>69</sup>. Ensuite, à l'époque de la modernité, l'État monopolise la force collective pour imposer l'égalité formelle aux individus-citoyens<sup>70</sup>. Finalement, à l'époque de la postmodernité, l'individu producteur-consommateur forge sa propre identité au moyen de divers réseaux interconnectés où l'identité collective flotte dans une zone grise et devient, donc, de plus en plus nébuleuse. Désormais, à cette dernière époque, celui qui est le plus branché s'impose<sup>71</sup>. En outre, à l'âge des réseaux et d'Internet, l'idée d'universalité de l'espèce humaine semble progresser, mais les manifestations individuelles et collectives de cette avancée demeurent indéchiffrables<sup>72</sup>.

En parallèle à l'histoire de l'individu, on trouve l'histoire de la collectivité. À l'époque des tribus et des clans, l'universalité de l'espèce humaine n'existait pas, car seulement le voisinage proche permettait d'avoir une conscience de l'existence d'autres groupes. À l'époque des empires (romain, chinois, japonais, égyptien, etc.), chacun était souverain dans son espace d'influence territorial. Mais on ne peut pas ignorer l'importance historique de l'émergence des États. Selon Armitage :

The great political fact of global history in the last 500 years is the emergence of a world of states from a world of empires. That fact – more than the expansion of democracy, more than nationalism, more than the language of rights, more even than globalisation – fundamentally defines the political universe we all inhabit<sup>73</sup>.

En effet, l'État-nation souverain constitue l'une des grandes réalisations de la modernité. L'État moderne, en façonnant l'idée de l'État-nation, en arrive à posséder le monopole du droit, une sorte de monisme juridique<sup>74</sup>. Dans ce sens, Habermas affirme que « seule la

---

<sup>69</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social, ou, Principes du droit politique*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762, à la p 11 [Rousseau].

<sup>70</sup> Voir généralement, Friedrich Engels, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, traduit par Jeanne Stern, Paris, Éditions sociales, 1983.

<sup>71</sup> Nous comprenons le terme branché dans le contexte des technologies d'information et de communication (TIC). Dans cet état de choses, qui est propre de la postmodernité, la personne réelle peut élargir son identité vers le monde virtuel, où elle se met en communication avec d'autres personnes virtuelles sur les divers réseaux existants et participe activement de la vie quotidienne de diverses communautés virtuelles.

<sup>72</sup> Joseph Deckers, *L'homme cherche l'Homme malgré la génération Internet*, Paris, Société des Écrivains, 2010, à la p 281.

<sup>73</sup> David Armitage, « The Contagion of Sovereignty: Declarations of Independence since 1776 », (2005) 52 *South African Historical Journal*, 1, à la p 1.

<sup>74</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 331 (« Doctrine selon laquelle l'État demeure irréfutablement tout puissant. Ainsi, dans un cadre international, le droit demeure le fait des États, seuls capables de l'édicter et aptes à

construction symbolique d'un 'peuple' transforme en effet l'État moderne en *État-nation*. La conscience nationale apporte à l'État territorial, constitué dans les formes du droit moderne, le substrat culturel qui lui assure la *solidarité citoyenne* »<sup>75</sup>. La modernité se caractérise, entre autres, par le monopole normatif et judiciaire des États dans l'espace interne et externe<sup>76</sup>.

Par contre, la postmodernité se présente avec une pluralité d'acteurs non étatiques qui, sans presque tenir compte des limites territoriales, partagent les compétences normatives et judiciaires selon leur spécialité<sup>77</sup>, dans une perspective scientifique, technique et de pluralisme juridique<sup>78</sup>. À titre d'exemple, mentionnons entre autres :

- Les critères des agences de notation financière<sup>79</sup>;
- Les accords de réglementation bancaire (accords de Bâle I, II et III)<sup>80</sup>;
- Les cas de normes internationales d'information financière (normes IAS/IFRS)<sup>81</sup>;
- Les normes internationales de déontologie des comptables<sup>82</sup>;

---

s'en départir unilatéralement. Partant, le droit est uniquement le fait de l'État, quelles que soient les circonstances ; il doit être l'unique foyer de normes »).

<sup>75</sup> Jürgen Habermas, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, à la p 52 [Habermas, *Après l'État-nation*].

<sup>76</sup> Voir notamment, A London Fell, *Origins of legislative sovereignty and the legislative state*, v. 1, Cambridge (Massachusetts), Oelgeschlager, Gunn & Hain, Publishers, Inc., 1983, aux pp 1 et ss.

<sup>77</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 289 (« Ces compétences autonomes et spécialisées sont déterminées *ratione materiae*, c'est-à-dire *en fonction de la spécialité du but* qu'elles poursuivent. La fixation sur le territoire devient ici sans intérêt dans la plupart de cas, et l'on peut bien imaginer une organisation extra-étatique fonctionnant sur l'ensemble de la planète sans se préoccuper de tracer les frontières de son action ou d'assigner à ses agents des circonscriptions territoriales permanentes »).

<sup>78</sup> Voir par exemple, Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, aux pp 129-131 [Chevallier, *L'État post-moderne*].

<sup>79</sup> Les agences de notation financière sont des entreprises privées dites expertes en l'appréciation du risque de solvabilité financière des entreprises, des États ou d'une opération de financement structurée (titrisation). Les principales agences de notation financière sont : Moody's, Standard & Poor's, Fitch Ratings et Dagong Global Credit Rating.

<sup>80</sup> Ces accords s'appliquent aux activités du secteur financier dans le but de garantir leur intégrité. Les accords de réglementation du secteur bancaire sont adoptés par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. Ce comité est hébergé par la Banque des règlements internationaux, laquelle est située à la ville de Bâle en Suisse. La Banque des règlements internationaux est une institution financière internationale dont le statut juridique est celui d'une société anonyme qui appartient à quelques banques centrales. Voir notamment, Cristina Peicuti, *Crédit, déstabilisation et crises*, Paris, Harmattan, 2010, à la p 94 et s.

<sup>81</sup> Par ses sigles en anglais, « International Accounting Standards » (IAS) et « International Financial Reporting Standards » (IFRS). Ces normes sont émises par l'« International Accounting Standard Board » (IASB), voir « About the IFRS Foundation and the IASB », en ligne : IFRS <<http://www.ifrs.org/The-organisation/Pages/IFRS-Foundation-and-the-IASB.aspx>>.

<sup>82</sup> Ces normes sont émises par l'« International Federation of Accountants » (IFAC), voir en ligne : IFAC <<http://www.ifac.org/fr>>.

- Les normes ISO élaborées par l'Organisation internationale de normalisation<sup>83</sup>;
- Les codes, les règles, les guides et les modèles de contrats élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI)<sup>84</sup>;
- Le service de règlement de différends de la CCI<sup>85</sup>;
- L'attribution de noms de domaine Internet par l'ICANN<sup>86</sup>;
- Les normes mondiales antidopage<sup>87</sup>;
- Les standards sportifs internationaux (*lex sportiva*)<sup>88</sup>;
- Le tribunal arbitral du Sport (TAS)<sup>89</sup>;
- Les réseaux transnationaux de corporations professionnelles qui élaborent par consensus technique de recommandations, de standards et de critères de bonnes pratiques<sup>90</sup> pour ne citer que ces manifestations de partage de compétences souveraines.

Aussi faut-il reconnaître que les concepts de souveraineté, d'État, et de nation appartiennent à la pénultième période de l'histoire humaine sur terre, la modernité. Bien que ces trois mots soient présents de manière constante dans notre langage quotidien, nous ignorons pourtant leur passé historique très récent<sup>91</sup>. En outre, nous assignons des pouvoirs sémantiques quasi-mythiques à la souveraineté<sup>92</sup>, à l'État et à la nation (la trinité de la religion du citoyen), mais avec l'avènement de la postmodernité, ces termes sont en voie d'être redéfinis. L'évolution naturelle des institutions politiques en général, ou celle des ordres juridiques en particulier pourrait éventuellement transformer, remplacer ou éliminer ces trois concepts emblématiques de la modernité. Cela se produira au gré des

---

<sup>83</sup> Voir en ligne : ISO, <<http://www.iso.org/iso/fr/home.htm>>.

<sup>84</sup> Voir en ligne : ICC, <<http://www.iccwbo.org/display7/doctype6/index.html>>.

<sup>85</sup> Voir en ligne : ICC, <<http://www.iccwbo.org/court/langtype1036/index.html>>.

<sup>86</sup> Voir en ligne : ICANN, <<http://www.icann.org/>>.

<sup>87</sup> Voir en ligne : AMA, <<http://www.wada-ama.org/fr/>>.

<sup>88</sup> Voir généralement, Latty, *supra* note 16 à la p 238.

<sup>89</sup> Voir en ligne : TAS, <<http://www.tas-cas.org/>>.

<sup>90</sup> Voir en ligne : Unidroit <[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)>.

<sup>91</sup> Hendrik Spruyt, *The Sovereign State and Its Competitors: an analysis of systems change*, Princeton, Princeton University Press, 1994, voir généralement à la p 3.

<sup>92</sup> Voir notamment Stéphane Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law: The word sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, à la p 70 et suivantes.



changements politiques et juridiques promus par la société civile organisée, car « la modernité n'est qu'une forme passagère appelée à disparaître avec ses prétentions »<sup>93</sup>.

Pour mieux affronter le chaos, l'espèce humaine perfectionne sans cesse les institutions qui gèrent la collectivité. De cette manière, au cours de la période de la modernité, l'humanité combine la souveraineté, l'État, et la nation<sup>94</sup> pour en faire une seule institution, chaque collectivité humaine réussit ainsi à bâtir un modèle puissant pour accroître son développement économique<sup>95</sup>, social, intellectuel, culturel, spirituel<sup>96</sup> : c'est l'État-nation souverain<sup>97</sup>.

Depuis l'adoption de l'État-nation souverain en tant que modèle d'organisation suprême des collectivités humaines (1648)<sup>98</sup>, tous les regroupements sociaux cherchent à contrôler cet État-nation à leurs bénéfices et avantages. Et pourtant, selon certains commentateurs, l'État finit par représenter seulement une petite élite de l'ensemble des individus, une élite qui se caractérise parfois par le contrôle abusif et absolu des ressources disponibles. À ce sujet, Mairé avance :

Il y a en effet une question moderne de la tyrannie, c'est quand le souverain – un seul ou tous, ou quelques-uns – s'empare de la souveraineté, non pas aux fins de

---

<sup>93</sup> Niklas Luhmann, *Paradigm Lost*, Francfort/M, 1990, à la p 62 et s, tel que cité dans Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, traduit par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Québec (Québec), Les presses de l'Université de Laval, 2001, à la p XV, note en bas page 7 [Luhmann, *La légitimation*].

<sup>94</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 4.20.

<sup>95</sup> Dans ce modèle organisationnel, malgré les divergences sur le rôle de l'État dans l'économie, ce dernier garantit toujours le marché interne et promeut habituellement le commerce extérieur. Cela permet l'industrialisation des processus de transformation de matières premières et le développement de la consommation massive. L'efficacité maximale des modèles étatiques arrive quand la plupart entre eux sont intégrés économiquement dans un marché unique. Cette intégration mène parallèlement à une surproduction et à une surconsommation mondiale. Donc, l'empreinte de l'espèce humaine devient importante, car les ressources disponibles sont limitées et la capacité de la Terre à abriter les populations dépend du bon usage de ces ressources. Voir par exemple, Henri Rouillé d'Orfeuil, *La diplomatie non gouvernementale : les ONG peuvent-elles changer le monde ?*, Montréal, Écosociété, 2006, à la p 23 et 24 [D'Orfeuil].

<sup>96</sup> Voir par exemple, Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 aux paragraphes 13.17 à 13.20 et 13.66.

<sup>97</sup> Thomas L Ilgen, *Reconfigured Sovereignty: Multi-Layered Governance in the Global Age*, Burlington, Ashgate, 2003, à la p 7 [Ilgen] (« Most contemporary analysts have come to associate sovereignty with the modern nation-state. Without sovereignty, states are viewed as deficient both in the management of affairs within their borders and the conduct of relations with other states and other actors in the global community »).

<sup>98</sup> Jean Picoq, *Histoire et droit des États : La souveraineté dans le temps et l'espace européens*, Paris, Presses de Science Po, 2005, à la p 155 [Picoq] (La guerre de Trente Ans « s'achèvera par la paix signée le 24 octobre 1648 dans deux villes de Westphalie entre l'empereur Ferdinand III, la France, les États allemands, la Suède et les princes alliés de la Suède »).

fonder ou conserver l'État, mais dans le but de détourner celui-ci de l'intérêt commun (' ce qui est commun', dit Bodin) en l'orientant à son intérêt privé<sup>99</sup>.

Même si les dirigeants d'un État représentent adéquatement les intérêts communs d'une communauté nationale, il se peut que les intérêts nationaux soient contraires aux intérêts de l'ensemble de l'humanité et que les intérêts de la communauté humaine deviennent aussi contraires aux intérêts d'autres espèces vivant sur Terre. Duguit décrit l'État de la façon suivante :

Quant aux collectivités qu'on qualifie d'États, elles se caractérisent seulement par ce fait qu'il y a chez elles une différenciation marquée et durable entre les forts et les faibles, que les plus forts monopolisent une force dont ils ont conscience et que souvent ils ont organisée. Distinction entre les gouvernants, détenteurs d'une plus grande force, et les gouvernés soumis à cette force, voilà l'État<sup>100</sup>.

Pour cette raison, les collectivités humaines en général et les individus en particulier manifestent fréquemment des changements d'allégeance qui mènent à une nouvelle redistribution du pouvoir en amont de la souveraineté. C'est ainsi que le phénomène d'«allégeances partagées» augmente dans la mesure où les individus adoptent plusieurs appartenances en même temps<sup>101</sup>. Bien que l'adoption d'identités multiples soit difficilement attribuable aux seuls abus de pouvoir étatiques, les excès étatiques justifient parfois des individus ou des groupes d'individus de mettre sur pied des organisations de la société civile, pour se défendre de l'État ou simplement pour résoudre leurs problèmes communs. D'après un rapport des Nations Unies : « Les organisations de la société civile ont des missions extrêmement diverses et sont indispensables au développement, particulièrement lorsqu'il s'agit de faire face à l'exclusion, de favoriser la justice économique et sociale, de défendre les droits de l'homme et de préserver l'environnement »<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Gérard Mairet, *Le principe de souveraineté : Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Éditions Gallimard, 1997, à la p 36.

<sup>100</sup> Duguit, *L'État*, *supra* note 28 à la p 615.

<sup>101</sup> Voir par exemple, Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, B. Grasset, 1998, à la p 133 ; voir généralement aussi, Alfred M Boll, *Multiple Nationality and International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, aux pp 1 et ss [Boll] ; voir aussi Pierre Veltz, *Mondialisation, villes et territoires*, Paris, PUF, 2007, à la p 234 [Veltz].

<sup>102</sup> Nations Unies, *Dialogue participatif : Vers une société stable, sûre et juste pour tous*, New York, Publication des Nations Unies, 2007, à la p 36 [Nations Unies, *Dialogue participatif*].

Pourtant, le phénomène des « allégeances multiples » correspond largement à la fonction de la réalité humaine qui s'est généralement vécue dans plusieurs sphères concentriques dans un processus permanent d'autocréation organisationnelle : la famille, la religion, la tribu, la nation, l'équipe sportive, le parti politique ainsi que tous les autres types de groupements de la société civile organisée<sup>103</sup>. Allott décrit plus précisément l'évolution du phénomène d'appartenances multiples dans le cadre de sa théorie du dilemme identitaire :

The frenzy of the human search for identity, which spreads from the individual human being to all the myriad societies which human beings form, is a major cause of the very high energy levels of social life. The struggle for survival in the reality-made-by-consciousness is not merely a struggle for physical survival; it is a struggle to survive as an identity<sup>104</sup>.

D'autres formes organisationnelles non étatiques apparaissent continuellement dans les collectivités humaines et d'autres appartenances groupales se développent au fur et à mesure que les individus s'acharnent infatigablement à affirmer leur identité<sup>105</sup>. Les acteurs non étatiques représentent, pour ainsi dire, une nouvelle structure organisationnelle. Cohen attribue leur avènement « à la mondialisation économique, au développement des médias, des technologies de communication et de transport »<sup>106</sup>. Le même auteur propose huit grandes catégories d'acteurs non étatiques : « Organisations non gouvernementales (ONG), les firmes multinationales, opérateurs financiers, migrants, terroristes, trafiquants de drogue, mafias, et une infinité d'autres acteurs privés »<sup>107</sup>. À cela, il faudrait ajouter le rôle grandissant des entités *infra-étatiques* (États membres d'une fédération ou d'une confédération, territoires autochtones, métropoles, régions économiques), et des entités *supra-étatiques* (c'est-à-dire, les réseaux autonomes des organismes internationaux).

Cet assemblage organisationnel dépasse les limites du territoire de l'État. Les acteurs non étatiques transcendent aussi le concept d'identité nationale comme forme d'appartenance.

---

<sup>103</sup> Voir par exemple, Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 3.1 et ss.

<sup>104</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 4.16.

<sup>105</sup> Voir par exemple, Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 aux paragraphes 13.44 à 13.46.

<sup>106</sup> Voir notamment Samy Cohen, *La résistance des États : les démocraties face aux défis de la mondialisation*, Paris, éditions du seuil, 2003, à la p 9 [Cohen, *La résistance*].

<sup>107</sup> Voir notamment Cohen, *La résistance*, *supra* note 106 à la p 9.

C'est ainsi que la concurrence identitaire prend un nouveau sens et une nouvelle orientation, dans la mesure où les acteurs non étatiques prennent de la place dans les choix d'appartenances offerts sur le marché identitaire. En conséquence, malgré les actions entreprises par les États pour contrer leurs concurrents, au bout du chemin, ils doivent partager de plus en plus leurs compétences normatives et judiciaires<sup>108</sup> ainsi que l'allégeance des citoyens<sup>109</sup>.

Les différentes structures organisationnelles se font la concurrence pour réclamer l'allégeance des individus, mais aussi pour avoir le contrôle des ressources naturelles. Auparavant, la Terre semblait avoir des ressources insondables et illimitées, mais depuis les dernières décennies, elle manifeste ses limites. Désormais, la planète Terre se montre incapable de garantir la vie à l'espèce humaine, espèce qui se développe exponentiellement, compte tenu des ressources limitées qu'elle possède. D'Orfeuill constate cette réalité de la manière suivante :

La planète a eu besoin de milliards d'années pour stocker du carbone dans ses entrailles et le remplacer dans l'atmosphère par de l'oxygène grâce à l'apparition de la vie végétale et à la photosynthèse. L'équilibre entre la photosynthèse et la respiration des différents êtres vivants stabilise le rapport carbone/oxygène à un niveau qui a permis l'explosion de la vie sur terre. Quelques dizaines d'années pourraient suffire pour faire marche arrière et détruire les conditions nécessaires à la vie animale<sup>110</sup>.

Pour toutes ces raisons, le partage, la réglementation et la gestion appropriée des ressources disponibles et du savoir-faire existants deviennent de plus en plus la raison d'être du droit international afin qu'il puisse mieux répondre aux besoins changeants de l'espèce humaine. Par contre, ce droit repose sur les assises du principe de souveraineté étatique. Ce principe permet aux États de poursuivre fondamentalement des buts primordiaux, tels que la sécurité interne, la puissance externe et la coopération interétatique volontaire. Autrement dit, ce sont principalement les États qui détiennent la clef de voûte des relations internationales. Les intérêts individuels des États (sécurité

---

<sup>108</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 156 (« l'État doit désormais partager, dans tous les domaines, sa souveraineté avec d'autres acteurs, opérant à une échelle supra – ou transnationale : institutions planétaires, sociétés transnationales et ONG notamment »).

<sup>109</sup> Voir généralement Cohen, *La résistance*, *supra* note 106 à la p 11.

<sup>110</sup> D'Orfeuill, *supra* note 95 à la p 23.

interne et puissance externe) ne favorisent guère la possibilité de partage, de distribution, de direction et de contrôle des ressources et du savoir<sup>111</sup>.

C'est pour cela que certains internationalistes débattent maintenant de l'importance, de la portée actuelle et de la pertinence continue de la notion de souveraineté en droit international. D'une part, il y a les tenants de la notion dominante depuis Westphalie, celle-ci étant la conception orthodoxe du droit international, un droit d'origine uniquement étatique. Mentionnons quelques tenants de cette conception : Thomas Hobbes<sup>112</sup>, Jeremy Bentham<sup>113</sup>, G.W.F. Hegel<sup>114</sup>, Hans Kelsen<sup>115</sup>, Samy Cohen<sup>116</sup>, Barry Buzan<sup>117</sup>, Jeremy A Rabkin<sup>118</sup>, Thomas M Franck<sup>119</sup>, et Ashraf Ghani<sup>120</sup>.

D'autre part, il y a ceux et celles qui explorent la possibilité de construire un nouveau modèle général du partage des compétences souveraines, dans lequel certains acteurs non étatiques participent à titre d'autorités nationales ou transnationales reconnues comme compétentes dans un champ d'expertise spécifique. Parmi les tenants du discours du pluralisme juridique en droit international, notons Léon Duguit<sup>121</sup>, Georges Gurvitch<sup>122</sup>, Georges Scelles<sup>123</sup>, Santi Romano<sup>124</sup>, Philip C Jessup<sup>125</sup>, Philip Allott<sup>126</sup>, Sally Falk

---

<sup>111</sup> Voir généralement Cohen, *La résistance*, *supra* note 106 aux pp 239-242.

<sup>112</sup> Hobbes, *supra* note 67.

<sup>113</sup> Bentham, *supra* note 40.

<sup>114</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, traduit par Robert Derathé, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1975 [Hegel, *Principes*].

<sup>115</sup> Hans Kelsen, *Pure theory of law*, Los Angeles (CA), University of California Press, 1967 [Kelsen, *Pure theory of law*] ; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2e éd, révisé et édité par Robert W Tucker, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966 [Kelsen, *Principles*] ; Hans Kelsen, *Peace Through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944 [Kelsen, *Peace*].

<sup>116</sup> Cohen, *La résistance*, *supra* note 106.

<sup>117</sup> Barry Buzan, *People, States & Fear : an agenda for international security studies in the post-cold war era*, second edition, Colchester RU EXPR Press, 2007 [Buzan, *People*].

<sup>118</sup> Jeremy A Rabkin, *Law without Nations?: Why Constitution Government Requires Sovereign States*, Princeton, Princeton University Press, 2007 [Rabkin].

<sup>119</sup> Thomas M Franck, *The power of legitimacy among nations*, New York, Oxford University Press, 1990 ; Thomas M Franck, *Fairness in international law and institutions*, New York, Oxford University Press, 1995.

<sup>120</sup> Ashraf Ghani et Clare Lockhart, *Fixing Failed States: A framework for Rebuilding a Fractured World*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>121</sup> Léon Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Éditeur Félix Alcan, 1911 ; Duguit, *L'État*, *supra* note 28.

<sup>122</sup> Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1931 [Gurvitch, *Le temps*].

<sup>123</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29.

<sup>124</sup> Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 [Romano].

<sup>125</sup> Jessup, *Transnational Law*, *supra* note 34.

Moore<sup>127</sup>, Anne-Marie Slaughter<sup>128</sup>, Victor Segesvary<sup>129</sup>, Mireille Delmas-Marty<sup>130</sup>, Karim Benyekhlef<sup>131</sup>, Gunther Teubner<sup>132</sup>, Bob Kieffer<sup>133</sup>, Sandra L Bunn-Livingstone<sup>134</sup>, Thomas L Ilgen<sup>135</sup>, Franck Latty<sup>136</sup>, Jean-Guy Belley<sup>137</sup>, André-Jean Arnaud<sup>138</sup>, Boris Barraud<sup>139</sup> et Jürgen Habermas<sup>140</sup>, Paul Schiff Berman<sup>141</sup>, Jean-Louis Bergel<sup>142</sup>, entre autres.

Les internationalistes classiques s'appuient sur des arguments qui cherchent à prouver que le moyen le plus sûr de parvenir à la paix perpétuelle entre les peuples constitue l'établissement partout dans le monde d'États souverains solides, forts, stables, et rien de plus<sup>143</sup>. De surcroît, en suivant la pensée hégélienne, ils affirment : « Le but de l'organisation mondiale est la satisfaction des individus raisonnables à l'intérieur d'États particuliers libres [...] L'organisation de la société universelle incombe aux États tel

---

<sup>126</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 ; Allott, *The Health*, *supra* note 39 ; Allott, *Towards the international rule of law*, *supra* note 45 ; Allott, GSAÉD 2012, *supra* note 44.

<sup>127</sup> Moore, *supra* note 31.

<sup>128</sup> Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2004 [Slaughter, *A New World Order*].

<sup>129</sup> Victor Segesvary, *World State, Nation State, or Non-Centralized Institutions? : A vision of the Future in Politics*, New York, University Press of America, 2003 [Segesvary].

<sup>130</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II) : Le pluralisme ordonné*, Paris, éditions du seuil, 2006 [Delmas-Marty, II] ; Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs*, Paris, Éditions du seuil, 2011 [Delmas-Marty, IV].

<sup>131</sup> Benyekhlef, *supra* note 63.

<sup>132</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p xiii ; Gunther Teubner, *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduit par Nathalie Boucquey, Paris, LGDJ - Bruylant, 1996 [Teubner, *Droit et réflexivité*].

<sup>133</sup> Kieffer, *supra* note 52.

<sup>134</sup> Sandra L Bunn-Livingstone, *Juricultural Pluralism vis-à-vis Treaty Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002 [Bunn-Livingstone].

<sup>135</sup> Ilgen, *supra* note 97.

<sup>136</sup> Latty, *supra* note 16.

<sup>137</sup> Jean-Guy Belley, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile » (2001) 46 RD McGill 317 [Belley, « Une justice »].

<sup>138</sup> André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation : Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2e édition, Paris, LGDJ, 2004 [Arnaud, *Entre modernité*].

<sup>139</sup> Barraud, *supra* note 4.

<sup>140</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 ; Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75.

<sup>141</sup> Berman, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A jurisprudence of law beyond borders*, New York, Cambridge University Press, 2012 [Berman, *Global*].

<sup>142</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Jean-Louis Bergel, dir, *Le Plurijuridisme : actes du 8<sup>ème</sup> congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*, Aix-en-Provence, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2005 [Bergel].

<sup>143</sup> Voir notamment, Buzan, *People*, *supra* note 117 à la p 99 et 100.

qu'ils existent dans le monde contemporain »<sup>144</sup>. Cela signifie que, d'une part, tout territoire habité doit être contrôlé par un État souverain reconnu par la communauté internationale<sup>145</sup>; d'autre part, que les acteurs non étatiques (individus, organisations non gouvernementales, organisations internationales et autres) resteront toujours soumis à la volonté et au service individuel ou collectif des États<sup>146</sup>.

Dans son incarnation la plus rigide, cette vision conservatrice ferme automatiquement la porte à l'existence de territoires habités par des peuples qui se gouvernent au moyen d'un modèle non étatique. Dans le cas où un territoire habité ne réussit pas à s'autogérer comme un État souverain reconnu, la communauté internationale peut décider d'assumer le contrôle de ce territoire par l'entremise de l'ONU, d'une coalition d'États ou d'un État en particulier qui administrera en tutelle<sup>147</sup>. De plus, dans le cadre théorique du discours classique de la souveraineté, l'idée d'un partage de compétences souveraines à l'intérieur d'un territoire, où un État se comporte comme maître est irrecevable parce que le droit international classique ne reconnaît qu'un seul sujet ayant la capacité juridique de légiférer<sup>148</sup>. Dans cette optique, l'État devient le seul souverain qui a le pouvoir d'agir avec une force organisée, sur un territoire et sur une population donnés. Notons toutefois que l'idée d'un morcèlement ou d'un partage de compétences souveraines a exceptionnellement sa place, là où le maître absolu n'est pas un État capable de s'autogérer souverainement. Dans ces cas d'inertie, l'intervention des puissances extérieures est légitime, comme ce fut le cas en Haïti<sup>149</sup>, en Somalie<sup>150</sup>, ou au Mali<sup>151</sup>.

---

<sup>144</sup> Eric Weil, *Philosophie politique*, deuxième édition, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1966, aux pp 240 et 244.

<sup>145</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 6 (« The first was the almost universal acceptance of the sovereign nation-state as the primary legitimate form of political organization for all peoples of the world »).

<sup>146</sup> Voir par exemple Cohen, *La résistance*, *supra* note 106 à la p 236.

<sup>147</sup> Voir notamment, *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 26 octobre 1945, RT Can 1945 n° 7, aux articles 73 à 91 [*Charte des Nations Unies*].

<sup>148</sup> Voir toutefois, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York, Oxford, Clarendon Press, 1994, aux pp 39-55 (En revanche, selon l'auteure le droit international nouveau reconnaît une multitude d'acteurs comme « objet » de droit, notamment les organisations internationales et les individus).

<sup>149</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 1542*, CS/rés/1542/2004, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1542%20%282004%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1542%20%282004%29)>, art. 4 (« Décide que la MINUSTAH aura une composante civile et une composante militaire »).

<sup>150</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 2010*, CS/rés/2010/2011, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2010%282011%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2010%282011%29)>, art. 1 (« prie l'Union africaine de renforcer d'urgence l'effectif de la Mission en le portant à 12 000 agents en tenue, afin de lui donner des moyens accrus de s'acquitter de son mandat »).

Alors, selon les tenants de la théorie classique, le partage de compétences souveraines ne constitue pas une règle, car il demeure toujours une exception non souhaitable.

D'autre part, les tenants du pluralisme juridique en droit international avancent des arguments qui rendent souhaitable la possibilité d'établir comme règle générale (plutôt qu'une exception) la notion de partage de compétences souveraines. Cela signifie que la souveraineté absolue de type westphalien deviendrait une compétence concurrente, où la souveraineté peut-être à la fois étatique et partagée avec quelques acteurs non étatiques, puisque « beaucoup d'auteurs estiment que la souveraineté n'est pas une caractéristique du pouvoir étatique et que l'État ne doit pas être obligatoirement souverain, sans pour cela cesser d'être un État. À leur avis, il y a aussi des États non souverains »<sup>152</sup>. Nous croyons, pour notre part, que cette affirmation a des raisons d'être très controversée, mais il demeure néanmoins qu'un acteur international n'a pas besoin d'être souverain pour être reconnu comme un sujet de droit international. L'article 25 du *Statut de Rome* prévoit la responsabilité pénale individuelle<sup>153</sup>. C'est ainsi que le *Statut de Rome* fait de l'individu un « objet » du droit international, c'est-à-dire la cible de ce droit, pour autant l'individu n'est pas une entité souveraine<sup>154</sup>. De plus, le droit de faire des investissements internationaux donne aux investisseurs privés le pouvoir de poursuivre directement les États devant les tribunaux afin de revendiquer leurs droits<sup>155</sup>. Dans ces cas, il n'est pas obligatoire d'avoir le statut d'État pour devenir un acteur international qui participe au

---

<sup>151</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 2085*, CS/rés/2085/2012, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2085%282012%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085%282012%29)>.

<sup>152</sup> Radomir Lukic, *Théorie de l'État et du droit*, Paris, Dalloz, 1974, à la p 197.

<sup>153</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Rome, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 159, art 25, (entrée en vigueur le premier juillet 2002), en ligne : ONU <<http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>> [*Statut de Rome*].

<sup>154</sup> L'écran de la souveraineté de l'État n'est pas opaque. L'écran est de plus en plus translucide avec la protection des droits de la personne et le droit pénal international qui responsabilise les individus soutenant que devant l'abstraction de l'État, ce sont les hommes qui agissent et exécutent les crimes les plus graves.

<sup>155</sup> Un investisseur privé poursuit en justice la République argentine pour dettes impayées. L'investisseur privé réussit à prendre possession, par saisie ordonnée par les tribunaux, des biens et des comptes bancaires commerciaux de l'État argentin. La République argentine se libère exceptionnellement de la saisie des biens lorsqu'il s'agit d'un bien qui « jouit de l'immunité », dans les autres cas, l'investisseur privé a gain de cause. Voir *EM Ltd v Republic of Argentina*, US App LEXIS 17506 (2d Cir NY, Aug 20, 2012) ; Chris Stein, « La frégate Libertad, toujours bloquée au Ghana, otage de la dette argentine », *L'Afrique Expansion Magazine* (12 octobre 2012), en ligne : Afrique Expansion <<http://www.afriqueexpansion.com/depeches-afp/5386-la-fregate-libertad-toujours-bloquee-au-ghana-otage-de-la-dette-argentine.html>> ; *Affaire de l'«ARA Libertad» (Argentine c Ghana)*, Ordonnance du 15 décembre 2012, Tribunal international du droit de la mer, affaire No. 20, en ligne : ITLOS <<http://www.itlos.org/index.php?id=222&L=1>>.



partage des compétences souveraines, dès lors que l'on admet que la compétence juridictionnelle ne dérive plus de l'autorité absolue sur un territoire<sup>156</sup>, ni de la qualité de représentant élu, mais également du contrôle des moyens technoscientifiques dans un champ d'expertise particulier<sup>157</sup>.

La thèse pluraliste prend racine dans l'idée que l'État ne constitue jamais une fin en soi<sup>158</sup>. L'État est un simple moyen ou mécanisme pour répondre à certains besoins d'un peuple à un moment particulier de son développement historique, par exemple, le besoin d'avoir une organisation politique structurée pour assurer la sécurité individuelle et collective des personnes<sup>159</sup>. Peu importe le système d'organisation politique d'une société, toute organisation politique vise la réalisation d'un objectif supérieur. C'est ainsi qu'une paix durable, libre et dépourvue des menaces et des contraintes humaines à l'intérieur d'un État donné, ou dans l'ensemble de la communauté internationale, constitue l'objectif premier de toute forme d'organisation politique structurée<sup>160</sup>. Dans le même sens, « Kant définit le *but* de l'«état légal» qu'il s'agit d'établir entre les peuples, comme l'abolition de la guerre : 'il ne doit pas y avoir de guerre', il s'agit de 'mettre fin aux funestes menées guerrières' »<sup>161</sup>.

Les partisans du discours orthodoxe soutiennent que l'organisation étatique contemporaine assure mieux la paix que tout autre système alternatif, dans la mesure où sa capacité de mobiliser et d'organiser les ressources nécessaires à la vie sociale est supérieure<sup>162</sup>. Cependant, allèguent les tenants du modèle du partage des compétences, cette paix que prétend assurer l'État est toujours assortie de menaces, de contraintes et de violences. La paix obtenue par l'entremise de l'État ou de la communauté des États, et

---

<sup>156</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 10 (« I adopt the following definition of sovereignty because it enables us to apply the concept to contexts that do not assume the existence of the nation-state. Sovereignty is the capacity to make binding decisions in political and social contexts and to assure the implementation of those decisions »).

<sup>157</sup> Michel Bouvier, « Idéologie de la compétence et gouvernance des sociétés complexes » dans Ali Sedjari, dir, *Élites, gouvernance et gestion du changement*, Paris, L'Harmattan, 2002, à la p 207 et s.

<sup>158</sup> Voir par exemple, Frederick Copleston, *A History of philosophy: utilitarianism to early analytic philosophy*, New York, continuum, 2003, à la p 174.

<sup>159</sup> Voir par exemple, Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel, deuxième édition*, tome V, Paris, éditions Cujas, 1921, à la p 6 et suivantes.

<sup>160</sup> Voir généralement, *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147, art 1-2.

<sup>161</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 11.

<sup>162</sup> Voir notamment, Joel S Migdal, *Strong Societies and Weak States: State-society relations and state capabilities in the Third World*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1988, aux pp 21-23.

selon les tenants du système du partage des pouvoirs, ne représente jamais l'expression de la volonté libre et spontanée de l'ensemble des citoyens ou des États. Alors, l'intervention de l'État ou de la communauté des États est moins apte à assurer une harmonie durable. De surcroît, certains acteurs non étatiques « irréguliers », par exemple les groupes rebelles, défient la légitimité de l'autorité étatique ou du système étatique lui-même et revendiquent une place à la table des discussions des problèmes d'intérêt public et collectif<sup>163</sup>.

À part ces considérations, les tenants du discours altermondialiste dénoncent aussi le fait que les États causent la destruction de la planète, dans la mesure où l'État fiscal<sup>164</sup> et l'État rentier<sup>165</sup> encouragent ou font directement l'exploitation effrénée des ressources naturelles dans le but d'avoir plus de recettes pour financer leurs dépenses publiques<sup>166</sup>.

La souveraineté étatique a comme corollaire le monopole de la violence légitime en tête de l'État, donc aucun autre acteur ne peut invoquer le droit de l'utiliser de manière légitime<sup>167</sup>. Selon Weber :

[I]l faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui dans les limites d'un territoire déterminé [...] revendique avec succès pour son propre compte *le monopole de la violence physique légitime*. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que, dans la mesure où l'État le tolère<sup>168</sup>.

Cette dernière conception juridique constitue une présomption de droit dans le discours classique de la souveraineté étatique. Il faut remarquer que la formule étatique n'exclut

---

<sup>163</sup> Voir par exemple, Le Hamas, Le Hezbollah, Le PKK, le réseau « Al Qaeda » ou les pirates somaliens.

<sup>164</sup> Jean-Yves Dormagen et Daniel Mouchard, *Introduction à la sociologie politique*, Bruxelles, Éditions De Boeck Université, 2007, aux pp 27 et 34 ; Sabine Delzescaux, *Robert Elias : civilisation et décivilisation*, Paris, Harmattan, 2002, aux pp 11, 32, 80, 81, 84, 94, 272 et 273.

<sup>165</sup> François Misser et Olivier Vallée, *Les gemmocraties : L'économie politique du diamant africain*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, à la p 221 et 222 [Misser et Vallée].

<sup>166</sup> Voir généralement, Jean-Paul Mopo-Kobanda, *Les crimes économiques dans les Grands Lacs africains : 5 millions de morts pour enrichir les multinationales occidentales, le Rwanda, l'Ouganda et leurs complices congolais*, Paris, Menaibuc, 2006 [Mopo-Kobanda].

<sup>167</sup> Sauf dans la mesure où l'État autorise ou délègue le pouvoir de la violence à ses fonctionnaires ou au citoyen. Voir notamment, la légitime défense au *Code criminel canadien* aux articles 34 à 37 sous l'intertitre « Défense de la personne », (LR, 1985, ch. C-46), en ligne : <<http://lois.justice.gc.ca/fr/C-46/>>.

<sup>168</sup> Max Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Librairie Plon, 1959, aux pp 100-101.

pas la violence et même, à certains égards la justifie<sup>169</sup>. Les tenants du partage des pouvoirs entre les acteurs étatiques et non étatiques allèguent que cette justification de la violence « légitime » place encore l'espèce humaine dans un état quasi primitif de son développement politique, social et culturel; c'est pourquoi ils préfèrent bannir toute forme de légitimation de la force. Selon Muller :

La philosophie politique de la non-violence récuse les doctrines de l'État en ce qu'elles engendrent par elles-mêmes un processus de légitimation idéologique de la violence qui menace la démocratie. La non-violence postule une transformation profonde et constante de l'État dans la mesure même où elle vise à résoudre les conflits sans recourir à la violence<sup>170</sup>.

Toujours selon les partisans du modèle du partage des pouvoirs, il serait possible de résoudre les différends sans l'État. Même certains tenants de la théorie orthodoxe de la souveraineté reconnaissent que les États modernes ne contrôlent plus, à eux seuls, les nouvelles réalités des relations internationales<sup>171</sup>. Les internationalistes s'accordent majoritairement pour signaler une liste des problèmes qui affectent de nos jours l'ensemble de l'humanité<sup>172</sup>. Ils mentionnent par exemple :

- Les inégalités qui donnent lieu à la concentration disproportionnée de la richesse dans les mains d'une petite élite, en même temps que l'extrême pauvreté de la plupart des gens;
- L'épuisement des ressources naturelles;
- La rareté des denrées essentielles à cause de la mauvaise redistribution de la production;
- La hausse démesurée des prix des aliments;
- Le dépassement des capacités productives et reproductives de la planète;
- La diminution de la biodiversité;
- Le réchauffement climatique;
- La contamination de l'environnement;

---

<sup>169</sup> Le monopole de la violence veut dire que seul l'État peut exercer la violence légitime. En outre, le droit permet parfois aux individus de faire recours à la violence dans le contexte de la légitime défense.

<sup>170</sup> Jean-Marie Muller, *Dictionnaire de la non-violence*, Gordes (France), éditions du Relié, 2005, à la p 140 [Muller, *Dictionnaire*].

<sup>171</sup> Voir notamment Cohen, *La résistance*, supra note 106 à la p 9 et 10.

<sup>172</sup> Voir généralement, Maryann Cusimano et al. *Beyond sovereignty: issues for a global agenda*, Belmont (Calif.), Thomson/Wadsworth, 2007 [Cusimano].

- L'amplification des risques infectieux;
- L'augmentation des menaces à la sécurité des collectivités ou des individus;
- Les grandes migrations humaines forcées et non planifiées, etc.<sup>173</sup>.

Pour faire face à ces défis, Cohen, l'un des tenants de la théorie orthodoxe, affirme que :

Les États postmodernes demeurent le principal acteur fournisseur des moyens de réponse aux besoins fondamentaux en matière sécuritaire. Seuls ou collectivement, ce sont les États qui ont la charge de protéger leurs citoyens. Ce rôle ne peut être rempli par aucun autre acteur. La recherche de la paix et de la sécurité demeure un de leurs objectifs premiers<sup>174</sup>.

En revanche, les tenants d'un modèle de gouvernance internationale inclusive estiment que l'impossibilité de l'État et de la communauté internationale des États de garantir la paix durable, de même que leur incapacité de résoudre les problèmes fondamentaux de l'espèce humaine exige la recherche d'autres modèles d'organisation politique qui soient mieux structurés, et plus horizontaux que les formules existantes<sup>175</sup>. Selon quelques-uns de ces partisans, le nouveau modèle préconisé doit éliminer la justification de toute forme de violence, car « la violence n'est pas digne de l'homme »<sup>176</sup>. Benyekhlef résume cette problématique de la façon suivante :

Les propositions de gouvernance globale supposent [...] un pluralisme normatif qui n'entend plus faire reposer la capacité de dire le droit sur les seules épaules du souverain. Une normativité globale non étatique se développe dont l'efficacité repose non pas sur le pouvoir coercitif de l'État, mais sur les interactions qu'établissent les acteurs privés (communautés, ONG, société civile, marché, etc.)<sup>177</sup>

Dans le contexte d'une société internationale influencée par les interactions faites par les membres de la société civile organisée, la force répressive de l'État devient

---

<sup>173</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 à la p xxiii (Allott trace le portrait de ces phénomènes comme l'interdépendance des sociétés humaines. Il décrit les trois phases qui ont conduit à l'interdépendance qui existe dans les relations internationales au moment présent. D'abord, le développement grotesque des armes nucléaires stratégiques. Ensuite, la mondialisation de l'économie. Finalement, la sensibilisation aux risques environnementaux).

<sup>174</sup> Voir notamment Cohen, *La résistance*, *supra* note 106 à la p 237.

<sup>175</sup> Voir par exemple, Segesvary, *supra* note 129 aux pp 105 et ss.

<sup>176</sup> Bernard Quelquejeu, *Sur les Chemins de la Non-Violence : Études de philosophie morale et politique*, Paris, Librairie Philosophique J Vrin, 2010, à la p 7.

<sup>177</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 610.

insignifiante<sup>178</sup>. Muller invite notamment à rompre avec le discours qui légitime la violence, en mettant sur pied une politique éducative et de formation populaire dont le rôle serait de résoudre les conflits par des mécanismes non violents et sans recours à la contrainte. Néanmoins, Muller écrit :

Mais pour créer cette dynamique sociale et politique, il ne faut pas tant compter sur les hommes d'État que sur les citoyens. Il appartient à la société civile de se mobiliser pour construire un contre-pouvoir qui oblige les dirigeants politiques à prendre des décisions qu'ils ne prendraient pas par eux-mêmes. Les hommes d'État ne suivront que si, sur le chemin de la non-violence, ils sont précédés par les citoyens<sup>179</sup>.

En rejetant toute justification de la violence et des humiliations en tant que formes de châtement envers les enfants, la *Convention relative aux droits de l'enfant* est déjà un exemple en droit positif de cette tendance<sup>180</sup>. Si l'ensemble de la société civile et la majorité des membres de la communauté internationale des États sont déjà d'accord sur l'élimination de toute forme de violence envers les enfants, ne pourraient-ils pas s'entendre pour mettre en pratique la *Charte des Nations Unies*, en particulier ce qui fait l'objet du préambule et des deux premiers articles, et ainsi élargir ce même principe envers tous les êtres humains? « Voilà pourquoi ceux qui se donnent pour objectif de rendre les esprits et les institutions plus réceptifs aux idées non-violentes s'efforcent d'en faire un projet éducatif, un objet d'enseignement, un enjeu de recherche »<sup>181</sup>.

Généralement, les tenants de la théorie orthodoxe reconnaissent l'existence des problèmes susmentionnés. Cependant, ils croient que ces problèmes surviennent parce qu'il y a certains États faibles, faillis, voyous, et qu'il y a des endroits habités, mais sans le contrôle d'un État souverain<sup>182</sup>. Donc, la solution, selon eux, est de bâtir des États solides, forts et souverains<sup>183</sup>. Cependant, cette solution soulève un autre problème

---

<sup>178</sup> Moises Naim, *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being in Charge Isn't What It Used to Be*, New York, Basic Books, 2013.

<sup>179</sup> Muller, *Dictionnaire*, *supra* note 170 à la p 142.

<sup>180</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, New York, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, art 19, 28 (par. 2) et 37, entre autres, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

<sup>181</sup> Christian Mellon et Jacques Semelin, *La Non-violence*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, à la p 119.

<sup>182</sup> Voir généralement, Buzan, *People*, *supra* note 117 aux pp 148-152.

<sup>183</sup> Voir notamment, Rabkin, *supra* note 118 à la p 54.

redoutable : que faire quand les problèmes sont exacerbés par un État très fort qui ne coopère pas ou qui n'accepte pas les solutions raisonnables proposées par d'autres?

Voici donc deux positions à considérer. Premièrement, il semble évident que la théorie classique de la souveraineté interne et externe, exclusivement étatique, constitue une base solide sur laquelle nous construisons le concept d'État-nation et de communauté internationale des États depuis plusieurs siècles<sup>184</sup>. Deuxièmement, la notion de partage de compétences souveraines constitue une nouvelle approche pour ainsi dire inconnue et sans aucun cadre théorique cohérent, car elle n'a pas encore vraiment trouvé une définition ou une formulation concrète.

Néanmoins, il existe de plus en plus d'acteurs non étatiques qui émettent des normes et jugent des différends entre divers acteurs transnationaux. Des normes que même les États doivent respecter, sans parler des controverses dans lesquelles les États ont aussi un rôle à jouer. La présente thèse étudie la légitimité de ce phénomène. Cet examen part du constat ou du fait qu'une gouvernance mondiale est désormais assurée par divers acteurs étatiques et non étatiques. Le sujet de la présente recherche se limite au phénomène de l'appropriation des compétences normatives et judiciaires par ces acteurs étatiques et non étatiques. Nous nous emploierons à comparer ces deux théories juridiques opposées en droit international : le positivisme juridique et le pluralisme juridique.

Notre thèse vise ainsi à constater l'ampleur de la perte ou du gain de légitimité démocratique occasionnée par la participation des acteurs *infra*, *supra*, et non étatiques dans les processus d'émission de normes ou d'administration de la justice, lors de situations de délégation ou d'appropriation de compétences souveraines. En outre, nous allons comparer la nécessité de la force que propose depuis longtemps la théorie du positivisme juridique, et l'élimination de l'utilisation de la violence physique que propose le pluralisme juridique. Mais ce supposé progrès dans la démarche contre la non-violence engendrerait parallèlement une perte potentielle de la légitimité démocratique des acteurs

---

<sup>184</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 445 (la « doctrine classique, favorable à une conception exclusivement interétatique du droit international et de la communauté internationale, ne reconnaît que l'État comme membre de la communauté internationale et sujet du droit international »).

non étatiques, car ces derniers ne représenteraient peut-être pas adéquatement l'ensemble des intérêts collectifs.

L'idéal de la souveraineté citoyenne inspire de nos jours le projet d'une société internationale fondée sur le partage des responsabilités et des compétences ou des politiques. Cela nous laisse entrevoir un ordre juridique international complexe, qui comprendrait des modèles juridiques fondés sur l'interdépendance<sup>185</sup> et la solidarité. Nous sommes d'avis, avec Prieur que « cet ensemble juridique, chacun doit le connaître, parce qu'il est le reflet d'une nouvelle société internationale fondée sur l'interdépendance entre les États et les peuples, sur la solidarité des citoyens et sur la solidarité avec les générations futures »<sup>186</sup>. Cet ordre juridique complexe de type transnational deviendrait obligatoire par l'entremise de mécanismes de coordination, de coopération et, simultanément par la collaboration entre les États, les organisations internationales et les autres acteurs non étatiques. Autrement dit, il s'agirait d'une gouvernance transnationale et horizontale, où plusieurs acteurs participent en même temps à l'élaboration de normes et au renforcement coordonné de décisions. En outre, les relations internationales, telles qu'elles sont au 21<sup>e</sup> siècle, indiquent que le phénomène du pluralisme juridique prend de l'ampleur, dans les cas où une expertise exceptionnelle est requise, car le talent technoscientifique devient une source de pouvoir en parallèle. Nous croyons, quant à nous, que ce savoir-faire confère indirectement une autorité extraordinaire aux acteurs non étatiques qui possèdent une expertise particulière. Cependant, cette autorité ne passe pas nécessairement par les mécanismes de légitimation démocratique. Il est aussi clair et net, que de plus en plus, les acteurs non étatiques émettent des normes et prennent des décisions dans les cas de controverses et de différends. Cela se justifierait dans une perspective de partage de compétences. Nous pensons qu'une théorie pluraliste en droit pourrait donner une explication appropriée de ce phénomène contemporain.

La théorie du pluralisme juridique éprouve un problème important. Il s'agit notamment du manque de certitude en ce qui concerne la limite du droit et ce qui ne l'est pas, c'est-à-

---

<sup>185</sup> Cusimano, *supra* note 172 à la p 15 (« but even the strongest states in the system cannot effectively manage global issues alone »).

<sup>186</sup> Voir Michel Prieur, cité par Laurent Neyret et Nadège Reboul-Maupin, *Déclaration pour la protection juridique de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p 144.

dire, l'impossibilité de donner de la sécurité juridique sur la norme applicable à chaque cas ainsi qu'à chaque individu. À cette question, le positivisme juridique répond avec un schéma hiérarchique. La théorie du pluralisme juridique devrait être en mesure d'offrir cette certitude dont nous discutons, en éliminant pour toujours la justification de la contrainte physique comme garantie du respect du droit. Cela revient à dire qu'on serait en mesure d'élaborer un discours juridique qui s'impose constamment par sa force argumentative, mais jamais par la force de la contrainte.

### **C. Cadre conceptuel et méthodologique**

Dans les lignes qui suivent, nous entendons, avant toute chose, préciser le cadre analytique de cette thèse. Notre démarche consiste à étaler notre hypothèse centrale ainsi que nos définitions de travail. Étant donné que notre thèse est basée sur la théorie du pluralisme juridique, une distinction interdisciplinaire, une typologie générale ainsi que les critères pour déterminer le type de pluralisme juridique méritent d'être exposés. Par la suite, nous examinerons la méthodologie, les divisions de la thèse et sa portée.

#### **1. Hypothèse**

La prémisse de cette thèse repose sur l'idée que la multiplicité ainsi que le polycentrisme des lieux de création normative dans le monde du 21<sup>e</sup> siècle affaiblissent lentement le rôle de l'État dans la production normative<sup>187</sup>. La diversité des foyers producteurs du droit amène l'établissement d'un nouveau droit transnational, ce dernier faisant surgir de nombreux ordres et systèmes juridiques affranchis des frontières étatiques. Partant de ce postulat, nous pouvons affirmer que le nouveau droit transnational prendra progressivement la place occupée traditionnellement depuis quatre siècles par le droit d'origine exclusivement étatique ou interétatique. Par conséquent, nous pensons que la théorie du pluralisme juridique est plus appropriée que celle du positivisme juridique,

---

<sup>187</sup> Karim Seffar et Karim Benyekhlef, « Commerce électronique et normativités alternatives » (2006) 3:2 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 353, au para 2 (« Il y a manifestement une crise de l'État-nation : son hégémonie est contestée, son monopole est ébréché »).



quant à l'explication de la production normative ainsi que la résolution de conflits normatifs, dans le contexte de la gouvernance transnationale d'une société internationale contemporaine<sup>188</sup>. On ne peut pas ne pas tenir compte de la multiplicité d'acteurs étatiques et non étatiques, en pleine émergence<sup>189</sup>.

## 2. *Nos définitions de travail*

Dans le cadre de ce travail, le **pluralisme juridique** est défini comme la coexistence, au même moment, d'une pluralité de foyers producteurs de normes juridiques, s'appliquant simultanément ou successivement à un même sujet de droit, en raison de son appartenance multiple à plusieurs ordres juridiques étatiques et non étatiques<sup>190</sup>. Le choix de la norme applicable appartient en dernière instance à l'État, lorsque le pluralisme juridique est de type minimaliste ou intermédiaire<sup>191</sup>. Par contre, ce choix appartient à l'individu ou à un acteur non étatique, lorsqu'il s'agit d'une situation de pluralisme juridique maximaliste<sup>192</sup>. Notre thèse étudie le phénomène de la création pluraliste du droit transnational contemporain<sup>193</sup>. Ce droit est caractérisé par l'action des acteurs ou des instances infra, supra, et extra-étatiques, à l'intérieur d'un modèle de partage des compétences normatives<sup>194</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibid* au para 5 (« En tant qu'alternative au monisme juridique, le pluralisme juridique s'est particulièrement développé comme un courant doctrinal contestant les prétentions de l'état à la souveraineté juridique. La thèse du pluralisme juridique serait mieux à même de rendre compte de la dynamique juridique à l'œuvre dans la régulation du commerce électronique globalisé »).

<sup>189</sup> Assanvo et al, *supra* note 65 aux pp 49 et ss.

<sup>190</sup> Berman, *Global, supra* note 141 à l'avant-propos du livre (« We live in a world of legal pluralism, where a single act or actor is potentially regulated by multiple legal or quasi-legal regimes imposed by state, substate, transnational, supranational, and nonstate communities ») ; voir aussi Romano, *supra* note 124 aux pp 77 et ss.

<sup>191</sup> Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012, aux pp 202-209.

<sup>192</sup> Roderick A Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002) 33:03 RDUS 135, à la p 152 (« L'idée du pluralisme évoquée ici est une pratique émancipatrice. Le droit vit dans l'âme de tous les membres d'une société. Au lieu de demander comment le droit voit ses sujets, il faut plutôt demander comment les sujets voient le droit »).

<sup>193</sup> Kaarlo Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », (2013) XXVII : 1 Revue internationale de droit économique 9, à la p 13 [Tuori] (« La création transnationale des normes suppose d'autres formes que celles des traités bilatéraux ou multilatéraux entre États. En ce qui concerne l'application des normes, l'établissement d'organes, chargés de résoudre des conflits ou de sanctionner à l'instar du contrôle étatique, suggère l'émergence du droit transnational »).

<sup>194</sup> Berman, *Global, supra* note 141 aux pp 188-189.

La notion de **compétence partagée** s'applique à certains moments, lorsque les situations juridiques se manifestent dans la société, soit à l'étape de la création de la norme générale et impersonnelle, ou soit au moment de l'intervention d'un mécanisme de règlement des conflits dans une situation concrète. Nous faisons référence à un partage des compétences normatives dans le premier cas<sup>195</sup>, et à un partage des compétences judiciaires dans le second cas<sup>196</sup>. Notre thèse s'intéresse principalement aux situations de création normative. Le partage de compétences normatives est déjà formellement reconnu, *de jure*, dans les cas du pluralisme juridique minimaliste, ou le sera par un mécanisme de dialogue ou de coordination, dans le cas du pluralisme juridique intermédiaire. Par contre, dans le cas du pluralisme juridique maximaliste, le partage des compétences est un phénomène social, *de facto*.

Nous entendons par **norme juridique**<sup>197</sup> toute disposition socialement instituée, contenant une valeur de juridicité<sup>198</sup>. Autrement dit, la norme juridique est ainsi faite qu'elle exige un certain comportement, obligatoire, aux personnes qui sont soumises à un ordre juridique<sup>199</sup>. Le caractère obligatoire de la norme juridique est assuré par les

---

<sup>195</sup> Paul Schiff Berman, « Le nouveau pluralisme juridique » (2013) XXVII : 1 Revue internationale de droit économique 229, à la p 240 [Berman, « Le nouveau »] (« Une analyse plus pluraliste du droit international reconnaît aussi l'existence d'une grande variété d'acteurs non étatiques engagés dans l'établissement de normes qui opèrent internationalement et transnationalement »).

<sup>196</sup> Berman voit ce même phénomène dès un autre point de vue, les compétences concurrentes ou celui du « conflit de lois », mais cela correspond à l'autre côté de la même monnaie; voir notamment, Berman, « Le nouveau », *supra* note 195 à la p 243 (« Dans un monde aux effets extraterritoriaux et non territoriaux, les populations locales tentent de plus en plus de revendiquer leur autorité (ou, en langage juridique, compétence) à l'égard d'actes ou d'acteurs territorialement éloignés. Dans le même temps, les acteurs non locaux invoquent la compétence des tribunaux internationaux ou transnationaux afin d'échapper aux conséquences de procédures judiciaires locales. Dans les deux cas de figure, les batailles relatives à la mondialisation sont souvent menées sur le terrain du conflit de lois »); voir aussi Berman, *Global*, *supra* note 141 à la p 325 (« Moreover, we can go further and consider the possibility that this jurisdictional messiness might, in the end, provide important systemic benefits by fostering dialogue among multiple constituencies, authorities, levels of government, and nonstate communities. In addition, jurisdictional redundancy allows alternative ports of entry for strategic actors who might otherwise be silenced »).

<sup>197</sup> Eugen Ehrlich, *Fundamental principles of the sociology of law*, traduit à l'anglais par Walter L Moll, New York, Arno Press, 1975, à la p 38 [Ehrlich] (« The legal norm is the legal command, reduced to practice, as it obtains in a definite association, perhaps of very small size, even without any formulation in words »).

<sup>198</sup> Christoph Eberhard, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » dans Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Éditions Karthala, 2012, à la p 74 [Otis, *Méthodologie*] (« la juridicité : c'est ce qui met en forme et met des formes à la reproduction des sociétés et à la résolution des conflits dans les domaines qu'une société considère comme vitaux »).

<sup>199</sup> Beth J Singer, *Pragmatism, rights, and democracy*, New York, Fordham University Press, 1999, à la p 148 [Singer] (« It is what I call a 'normative community'. This is a community whose unifying perspective is a set of social norms, principles or rules that are developed in the attempt to coordinate behaviour and

autorités étatiques ou non étatiques, car la norme juridique doit régir la conduite des personnes assujetties à l'ordre juridique qui est contrôlé par les autorités concernées.

Nous entendons par **ordre juridique** l'ensemble de normes et principes qui correspondent à un même cadre normatif relativement cohérent<sup>200</sup>.

Nous entendons par **droit** l'ensemble des normes, principes, institutions et mécanismes juridiques socialement institués dans le but d'amener les gens à vivre harmonieusement en société<sup>201</sup>. En outre, la distinction interdisciplinaire du pluralisme juridique redonne aux règles du droit leur juste valeur conceptuelle, parce que, d'après Dworkin<sup>202</sup>, « pour bien rendre compte du droit, il fallait faire une place aux principes comme aux règles »<sup>203</sup>. De plus, il est entendu que dans les cas difficiles, les juges « n'ont aucun devoir de statuer dans un sens ou dans l'autre »<sup>204</sup>, car le pouvoir discrétionnaire des juges leur permettrait de choisir l'interprétation qui contribuerait à rendre la vie en société la plus harmonieuse possible.

### ***3. Distinction interdisciplinaire pour ce qui est de l'utilisation de la théorie du pluralisme juridique***

Nous reconnaissons que la théorie du pluralisme est une théorie interdisciplinaire. Notre thèse ne se limite pas au concept qui prévaut en droit positif. Elle entend contribuer à

---

facilitate higher-level communication and that serve as standards or prescriptions for behaviour and practice »).

<sup>200</sup> Romano, *supra* note 124 à la p 7 (« un ordre juridique, dans le sens qui vient d'être précisé, n'est pas une somme de plusieurs parties, et que celles-ci soient ou non de simples normes, mais est lui-même une unité ») ; par contre Halpérin est plus sceptique en ce qui concerne la cohérence des ordres juridiques, voir notamment, Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, à la p 21 [Halpérin] (« La création ou l'interprétation du droit échappe pour partie aux facteurs qui la stimulent et les ordres juridiques ne sont pas des systèmes cohérents qui répondraient à un grand plan de conception »).

<sup>201</sup> Halpérin, *supra* note 200 à la p 4 (« L'opposition, terme à terme, entre droit et société est intenable, le droit étant dans la société et les phénomènes juridiques liés à un ensemble de pratiques sociales »).

<sup>202</sup> Dworkin cherche à développer une théorie de l'interprétation du droit qui tient compte des principes sous-jacents du système juridique. C'est une forme d'interprétation téléologique. En soi, cela n'a rien à voir avec le pluralisme juridique. Nous prenons sans doute l'auteur par surprise lorsque nous évaluons ses propos, tenus dans d'autres contextes et pour d'autres fins, à l'intérieur du cadre conceptuel du pluralisme juridique. Notre intention n'est pas de lui faire une injustice, mais plutôt de rendre hommage à ses idées en les mettant à l'épreuve. Nous pensons que le pluralisme juridique recourt davantage aux principes qu'aux règles, lorsque des conflits normatifs apparaissent. Nous croyons donc que le discours de Dworkin reste pertinent, en ce qui concerne les principes qui servent à dénouer les conflits normatifs.

<sup>203</sup> Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et al, Paris, Presses universitaires de France, 1995, à la p 125 [Dworkin].

<sup>204</sup> Dworkin, *supra* note 203 à la p 137.

élargir ce concept, trop étroit, à notre avis, pour qu'il tienne compte du caractère interdisciplinaire du pluralisme juridique<sup>205</sup>.

### 3.1 Distinction anthropologique

Si on se réfère à l'anthropologie, on constate que l'objet de l'anthropologie juridique est « de comprendre les règles de comportement des sociétés, mais en privilégie l'aspect juridique, tout en décrétant l'impossible insularité du droit : ce dernier n'est qu'un des éléments d'un système culturel et social global propre à chaque société, et diversement interprété et réalisé par chacun de ses sous-groupes »<sup>206</sup>. En d'autres termes, le pluralisme juridique constitue une approche méthodologique qui met « l'accent sur les phénomènes d'hétérogénéité »<sup>207</sup> juridique dans chaque société humaine. La perspective anthropologique du droit plural conteste le modèle de l'État unitaire, absolutiste et homogénéisateur de la culture et du droit, car « le pluralisme juridique met l'accent sur un phénomène d'occultation du droit »<sup>208</sup> étatique afin de faire ressortir les autres ordonnancements juridiques en vigueur dans les sociétés humaines. L'approche anthropologique contribue à atténuer les impacts du droit international classique, qui prétend que les « nations civilisées »<sup>209</sup> ont le droit d'humaniser les peuples primitifs, parce que selon la conception ethnocentriste<sup>210</sup>, « les sociétés autochtones ne connaissaient pas le droit avant l'arrivée des Européens. Selon cette conception, le droit serait une invention européenne »<sup>211</sup>. Mais cette conception ethnocentriste est déjà dépassée par le constitutionnalisme contemporain dans la mesure où « [l]es droits

---

<sup>205</sup> Jean-Guy Belley, « Une métaphore chimique pour le droit » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, à la p 7 [Belley, *Le droit soluble*] (« La communauté scientifique 'droit et société' a beaucoup évolué au cours des dernières décennies. Elle ne doute plus de la légitimité de son champ de recherche. Elle est désormais résolue à penser la diversité sociale du droit dans les termes de la complexité en se faisant ouvertement interdisciplinaire »).

<sup>206</sup> Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, à la p 13 [Rouland, *Anthropologie*].

<sup>207</sup> Rouland, *Anthropologie*, supra note 206 à la p 79.

<sup>208</sup> Rouland, *Anthropologie*, supra note 206 à la p 74.

<sup>209</sup> *Statut de la Cour internationale de justice*, art. 38 c), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>> [*Statut de la CIJ*].

<sup>210</sup> Rouland, *Anthropologie*, supra note 206 à la p 475.

<sup>211</sup> Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville (Québec), Éditions Y Blais, 2003, à la p 23 [Grammond, *Aménager*].

existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »<sup>212</sup>. Dans le cas du Canada cependant, les juges étatiques se réservent encore le droit d'interpréter le droit autochtone. Mais on peut voir que plusieurs constitutions latino-américaines ont fait des avancées remarquables quant à la mise en pratique du pluralisme juridique. Voyons notamment le cas colombien :

Les autorités des peuples autochtones peuvent exercer directement des fonctions juridictionnelles dans leurs territoires, conformément à leurs propres règles et procédures, à condition que ces dernières ne soient pas contraires à la Constitution et aux lois de la République. La loi établira les formes de coordination entre les juridictions autochtones et le système de justice étatique<sup>213</sup>.

Bien que la subordination de l'un des ordres juridiques se confirme, dans le cas du Canada, la coordination et le dialogue entre les divers ordres et systèmes juridiques étatiques et non étatiques sont présents dans la plupart de cas, selon le modèle du nouveau constitutionnalisme latino-américain<sup>214</sup>. L'anthropologie juridique démontrerait que, aussi bien que dans le passé, et d'une façon durable « le droit peut se passer de l'État »<sup>215</sup>, puisque « le droit existe dans toute société humaine et recouvrirait l'ensemble des règles et des processus nécessaires à la reproduction de cette société »<sup>216</sup> étatique ou non étatique.

### 3.2 Distinction sociologique

En sociologie juridique, le pluralisme juridique représente une conception descriptive du droit. La sociologie juridique s'emploie à étudier les processus d'émergence des normes

---

<sup>212</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, C 11.

<sup>213</sup> *Constitución Política de Colombia* (1991), art 246 [notre traduction].

<sup>214</sup> Voir par exemple, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos* (1997), art 2 ; *Constitución Política de Colombia* (1991), art 246 et 330 ; *Constitución de la Nación Argentina* (1994), alinéa 17 art 75 ; *Nueva constitución política del Estado de Bolivia* (entrée en vigueur le 7 février 2009), art 2, 30, entre autres ; voir aussi Leslie Cloud, Verónica González et Laurent Lacroix, « Catégories, nominations, et droits liés à l'autochtonie en Amérique latine : Variations historiques et enjeux actuels » dans Irène Bellier, *Peuples autochtones dans le monde : Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2013, aux pp 58 et ss ; Raquel Z Yrigoyen Fajardo, « Constitutionalisme pluraliste et peuples autochtones en Amérique latine : Du multiculturalisme à la décolonisation » dans Irène Bellier, *Peuples autochtones dans le monde : Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2013, aux pp 209 et ss.

<sup>215</sup> Rouland, *Anthropologie*, supra note 206 à la p 14.

<sup>216</sup> Grammond, *Aménager*, supra note 211 à la p 23.

et les interactions entre les normes de différents ordres juridiques. Elle cherche aussi à identifier les sources matérielles du droit. Nous entendons par source matérielle tout ce qui exerce une influence sur les acteurs étatiques et non étatiques lorsqu'ils créent des normes juridiques. Ces sources matérielles comprennent, entre autres :

Les facteurs matériels (économie, santé, environnement), les idéologies (libéralisme, socialisme, nationalisme, humanisme), les croyances morales (religions, philosophies, droit naturel), les livres et articles de doctrine écrits par des juristes, les solutions de droit trouvées dans d'autres juridictions (droit comparé), voire parfois le simple attachement à la tradition qui se reflète dans les maximes et adages du droit, ces vestiges d'anciennes coutumes<sup>217</sup>.

Le droit est une construction sociale<sup>218</sup>; il est le résultat de la socialisation entre les individus qui constituent les entités collectives. La vraie source du droit se trouve dans les organisations sociales. D'après Rouland, « toute société comprend des sous-groupes dont chacun dispose de son propre système juridique, plus ou moins autonome par rapport au droit étatique; le droit étatique joue le rôle d'un chef d'orchestre dans cette symphonie de systèmes juridiques en ce qu'il régule les rapports qu'entretiennent entre eux les différents ordres juridiques »<sup>219</sup>. La perspective sociologique du droit conduit à une sorte de pluralisme juridique empirique. Cette approche contribue à identifier l'énorme variété d'ordres et systèmes juridiques existants dans la société. Selon Perrin :

Les auteurs qui se réclament de ce courant de pensée considèrent que les différents groupes sociaux sont susceptibles de produire des normes dont l'ensemble constitue autant d'ordres juridiques. Il y a autant d'ordres juridiques que de groupes. La société globale se décompose en une pluralité d'ordres ou de systèmes, qui ne sont pas nécessairement hiérarchisés<sup>220</sup>.

La sociologie juridique apporte au pluralisme juridique la capacité de dépasser la théorie des sources formelles du droit afin de trouver les vraies sources du droit en tenant en compte les initiatives prises par les sous-groupes sociaux. Nous croyons aussi que les institutions sociales sont un élément essentiel du droit. Elles en sont même la source principale et sa destination ultime, du fait qu'elles soient constituées d'individus. Ce sont

---

<sup>217</sup> André Émond, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012, à la p 95.

<sup>218</sup> Ehrlich, *supra* note 197 à la p xv (« At the present as well as at any other time, the center of gravity of legal development lies not in legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society itself »).

<sup>219</sup> Rouland, *Anthropologie*, *supra* note 206 à la p 82.

<sup>220</sup> Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, à la p 38.

donc les organisations sociales, leurs institutions et leurs mécanismes qui deviennent le pivot de la définition du nouveau droit transnational contemporain.

### 3.3 Distinction politologique

En science politique, l'analyse de la pluralité juridique « permet alors de réfléchir à des solutions et devient de la sorte un outil dans l'élaboration des politiques publiques »<sup>221</sup>. Les choix du modèle organisationnel de la société, de ses valeurs, de ses principes et de ses institutions constituent des décisions fondamentales en politique publique, qu'on doit considérer à toutes les échelles et en tout temps. Dans ce sens, l'approche pluraliste « privilégie la diversité des opinions, des intérêts et de leurs groupements dans la société civile et fait de la garantie de leur pluralité une condition de la liberté »<sup>222</sup>. Autrement dit, la perspective politique pluraliste s'oppose au modèle d'État absolutiste, unitaire, centraliste et homogénéisateur de la société et son droit, et s'oppose aussi à tout modèle standard universel de société humaine. Le pluralisme politique revendique l'existence des sociétés distinctes à l'intérieur d'un même État plural et multiculturel, ainsi que l'existence des peuples ayant des styles de vie distincts de ceux vécus par la majorité dominante<sup>223</sup>.

Pour ce faire, la perspective politique pluraliste contribue progressivement à justifier la décentralisation des lieux de production normative<sup>224</sup>. Le modèle de l'État unitaire, absolutiste et homogénéisateur fait place graduellement à un modèle d'État constitutionnel décentralisé, où le partage des compétences normatives s'opère du centre vers la périphérie. En d'autres mots, la souveraineté étatique interne se dilue pour être transférée progressivement aux différentes unités sous-étatiques.

Le droit international classique a bien établi le principe de l'immédiateté internationale de la qualité d'État. « Tant qu'une entité politique ne peut se prévaloir de l'immédiateté

---

<sup>221</sup> Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Otis, *Méthodologie*, supra note 198 à la p 15.

<sup>222</sup> Olivier Duhamel et al, dir, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, à la p 756 [Duhamel et al].

<sup>223</sup> Christophe Parent, *Le concept d'État Fédéral Multinational : Essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011.

<sup>224</sup> Halpérin, supra note 200 à la p 7 (« il a existé des ordres juridiques décentralisés dans lesquels les gouvernements autorisaient les sujets de droit à créer leurs propres règles, voire à se faire justice »).

internationale, et quelle que soit l'étendue des compétences qui lui sont reconnues par l'État dont elle relève, cette entité ne peut prétendre être un État au sens du droit international »<sup>225</sup>. En d'autres termes, les entités sous-étatiques ne peuvent prétendre, « quel que soit leur nom, à la personnalité juridique des États selon le droit international. Au regard de celui-ci, il n'y a qu'un seul État : c'est l'État fédéral »<sup>226</sup> qui est représenté exclusivement par « les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des Affaires étrangères [ou par les délégués possédant] de pleins pouvoirs appropriés »<sup>227</sup>. Cependant, cette fiction juridique du droit international classique s'estompe graduellement, à mesure que la réalité politique contemporaine gagne du terrain. Les unités sous-étatiques, sans avoir le statut d'États, agissent aussi de plus en plus à l'international. En outre, c'est aussi la désétatisation du droit international qui s'opère par la participation accrue des organisations internationales dans le processus de création du droit.

En dernier lieu, la science politique étudie aussi le phénomène du pluralisme des groupes d'intérêts, et prétend que la diversité des groupes et des opinions fait plus du bien que du mal à l'humanité<sup>228</sup>. Les auteurs de l'approche pluraliste en science politique soutiennent que :

Les régimes démocratiques sont caractérisés par une forme d'organisation particulière des intérêts sociaux. Le développement économique assure selon eux une différenciation croissante des organisations des intérêts, l'affrontement entre organisations de classe fait ainsi place à une confrontation pragmatique entre une multitude d'organisations d'intérêts sociaux.

Il en résulte une structure d'autant plus morcelée d'organisation des intérêts en particulier lorsque les clivages qui divisent la société ne se superposent pas. Aucun groupe ne peut prétendre donc établir sa domination sur le système politique. La scène politique pluraliste est parée de toutes les qualités que les libéraux attribuent au marché parfait<sup>229</sup>.

Les concepts de puissance publique et de gouvernement sont remplacés à l'occasion par la notion de gouvernance. La gouvernance constitue un espace de coopération et de

---

<sup>225</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 469.

<sup>226</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 469.

<sup>227</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), à l'art 7 [CVDT].

<sup>228</sup> John Stuart Mill, *De la liberté*, traduit par Gilbert Boss, Zurich, Éditions du Grand Midi, 1987, à la p 70 et ss [Mill].

<sup>229</sup> Duhamel et al, *supra* note 222 à la p 759.



négociation entre les entités étatiques et non étatiques qui doivent décider des politiques publiques sectorielles. Dans les sites de la gouvernance transnationale, les regroupements d'intérêts sont présents en grand nombre. Une grande diversité de ces regroupements, et donc une pluralité d'acteurs, constitue la seule garantie démocratique qui légitime les décisions issues de ces sites composites de gestion de la politique publique. Dans ce contexte, « le pluralisme juridique devient ici une norme par laquelle on prétend porter un jugement de valeur sur les dispositifs de gouvernance et les politiques publiques »<sup>230</sup>. Le discours pluraliste affirme que la pluralité n'est pas un mal, mais plutôt un bien. La présence d'une myriade d'acteurs étatiques et non étatiques sur la scène internationale contribuerait à une meilleure gouvernance mondiale de la société internationale, dans toute sa complexité contemporaine.

#### 3.4 Distinction juridique

En droit, le pluralisme juridique représente une conception normative<sup>231</sup>. Le pluralisme juridique normatif constitue « une option s'interposant et censée être capable d'éviter les pièges des extrêmes, entre le particularisme d'une vision étatique et l'universalisme à saveur de droit naturel. Par conséquent, en tant que maître-principe normatif, ayant pour objectif de créer de l'ordre au sein du droit mondial désintégré, il a été doté de discursivité et de tolérance mutuelle »<sup>232</sup>. Le pluralisme juridique deviendrait la théorie générale du droit. Il serait l'option de rechange qui remplacerait la théorie du positivisme juridique, car la vision de ce dernier est trop centrée sur le droit d'origine étatique et exclut généralement le droit d'origine non étatique. La théorie du pluralisme juridique, en admettant l'origine culturelle et sociale très diverse du droit, incorpore en même temps à l'analyse un noyau dur minimal de valeurs communes de l'humanité. Berman indique

---

<sup>230</sup> Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 19.

<sup>231</sup> Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 17 (« La méthode pluraliste acquiert ici une vocation prescriptive. Elle est une méthode par laquelle on distinguera les politiques souhaitables de celles qui ne le sont pas. Elle part du constat de la pluralité pour en faire le fondement des politiques publiques et de la gouvernance légitime. Un régime juridique ouvert à la pluralité sera, en maintes circonstances, tenu pour préférable, sur le plan de sa moralité ou de son opportunité, à un régime consacrant l'exclusivité ou l'hégémonie du droit étatique »).

<sup>232</sup> Tuori, *supra* note 193 à la p 17.

que l'hybridité normative transnationale est un fait contemporain incontestable. Devant cette réalité distinctive de notre époque, il est raisonnable d'adopter une perspective de pluralisme juridique cosmopolite, afin de résoudre les conflits normatifs existants entre les conceptions universalistes et souverainistes<sup>233</sup>. L'approche du pluralisme juridique avance la possibilité d'un rapprochement entre la supériorité des droits fondamentaux et le respect de la culture locale ou groupale; ce rapprochement se fait, entre autres, au moyen d'accommodements raisonnables<sup>234</sup>. D'après Woehrling :

Le modèle pluraliste qui reconnaît la diversité des cultures est naturellement attentif aux identités culturelles. C'est sa propre culture qui constitue le meilleur chemin vers l'universel. La pratique du pluralisme culturel est la seule vraie forme d'universel. L'affermissement de son identité propre est une condition pour s'ouvrir à l'autre; inversement on ne comprend son identité particulière que dans l'interculturel. Ainsi, l'interculturel s'oppose au pseudo-universel. Il constitue la véritable conscience élargie qui permet de s'ouvrir vers l'universel<sup>235</sup>.

La reconnaissance de la primauté des droits fondamentaux requiert une action concertée faite par les divers acteurs locaux et groupaux. La concertation, quant à l'interprétation correcte d'un droit fondamental dans un cas concret, exige aussi un dialogue interculturel et transculturel dans les lieux où se décide l'application des valeurs communes de l'humanité. Pour ce faire, le pluralisme juridique cosmopolite offre « both a more accurate descriptive account of the world we live in and a potentially useful alternative approach to the design of procedural mechanisms, institutions, and practices »<sup>236</sup>. En d'autres termes, le pluralisme juridique se présente comme la théorie conceptuellement

---

<sup>233</sup> Berman, *Global*, supra note 141 à la p 14.

<sup>234</sup> *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU* [1999] 3 RCS 3, au para 68 ; *Loi sur le divorce*, LRC (1985), c 3 (2e supp), art 21.1 (2) (d) ; *Bruker c Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607 ; Louise Langevin, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Cieslak, Alain Prujiner et Patrick Taillon « *L'affaire Bruker c. Marcovitz : variations sur un thème* » (2008) 49 Les Cahiers de Droit 655 – 708, au para 1 « Signe de son temps, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Bruker c. Marcovitz met en scène le multiculturalisme canadien, le pluralisme juridique, l'inter-normativité, la neutralité de l'État, l'intérêt public, la liberté contractuelle, le droit comparé, les valeurs fondamentales, dont la liberté de religion et l'égalité entre les hommes et les femmes » ; voir aussi *Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 RCS 256 ; Pierre Bosset et Paul Eid, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif ? » (2007) 41 Revue juridique Thémis 513-542, au para 48 (« Encore embryonnaire dans le droit positif, la pratique d'un "dialogue internormatif" entre le droit étatique et celui des religions pousserait plus loin la logique de l'accommodement raisonnable et nous mènerait sur le terrain du pluralisme juridique »).

<sup>235</sup> Jean-Marie Woehrling, « Le concept de citoyenneté à la lumière d'une comparaison franco-allemande » dans Michel Coutu et al, dir, *Droits fondamentaux et citoyenneté : Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, à la p 138 [Coutu et al, *Droits*].

<sup>236</sup> Berman, *Global*, supra note 141 à la p 15.

harmonisatrice par le rapprochement entre la diversité et l'unité<sup>237</sup>. Une interprétation pluraliste du droit concilierait les droits fondamentaux universels de l'individu avec les cultures juridiques locales ou avec les normes issues des sous-groupes sociaux<sup>238</sup>, puisque « le droit est devenu symbole de changement planifié, technique d'ingénierie sociale, incitation ou contrainte à l'accommodement des différences »<sup>239</sup>. Par exemple, le principe d'ordre public universel qui revendique la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>240</sup> deviendrait compatible avec la pratique coutumière de l'adoption *fa'a'amu* (don d'enfant) en Polynésie française<sup>241</sup>.

Un des cas difficiles à expliquer par la théorie du positivisme juridique est celui du jugement des crimes internationaux, fait par l'entremise de la justice communautaire. C'est notamment le cas des juridictions *Gacaca* au Rwanda après le génocide. En principe, les normes régissant les crimes internationaux font partie du *jus cogens*; ce sont des normes impératives d'ordre public international. Les normes impératives n'admettent aucune dérogation possible, puisque toute forme d'impunité stipulée par un modèle de justice transitionnelle à l'issue d'un conflit armé est absolument illégale<sup>242</sup>. Cependant, Manirakiza trouve que dans le cadre contextuel de la théorie du pluralisme juridique, les juridictions communautaires seraient compatibles avec le droit international impératif :

En conséquence, nous estimons que l'implication des institutions non judiciaires ou semi-judiciaires dans la répression des crimes internationaux n'est pas incompatible avec le droit international, tout au moins au niveau du principe. Il convient de mentionner, pour clore cette section, que le pluralisme juridique qui suppose une coexistence de systèmes juridiques distincts, mais concourant à un même objectif peut constituer un cadre théorique d'analyse de la légalité des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle et de leur complémentarité avec les tribunaux pénaux classiques. Dans le contexte africain, cela ne serait aucunement une nouvelle expérience, car

---

<sup>237</sup> Mireille Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland (Oregon), Hart publishing, 2009, à la p 39 et ss.

<sup>238</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art 25 [*Charte canadienne*].

<sup>239</sup> Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manaï et Robert Roth, dir, *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, à la p 150.

<sup>240</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, New York, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, art 3.1, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

<sup>241</sup> Gilda Nicolau, « Le traitement juridique des transferts coutumiers d'enfants dans les collectivités et départements d'outre-mer français, entre pluralisme et acculturations réciproques » dans Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 2013, aux pp 215-218 [Otis, *L'adoption*].

<sup>242</sup> *Affaire Almonadic Arellano et al (Chili)* (2006), Int-Am Ct HR (Sér C).

plusieurs pays connaissent une juxtaposition d'ordres judiciaires modernes et coutumiers<sup>243</sup>.

Berman observe que l'interprétation pluraliste du droit tranche les conflits normatifs, non pas en vérifiant les hiérarchies normatives<sup>244</sup>, mais plutôt en identifiant quelles procédures, institutions et pratiques contribueraient le mieux à reconstruire le tissu social, puisque ce qui est fondamental, c'est le fonctionnement harmonieux de la société humaine dans le temps et dans l'espace. L'objectif principal de l'interprète de la vision pluraliste du droit ne consiste pas à établir la norme de hiérarchie supérieure ou la règle secondaire de reconnaissance afin de décider quelle norme primaire il faut appliquer pour résoudre un problème juridique<sup>245</sup>. Le but de l'interprétation pluraliste du droit est de résoudre un conflit social, de relever un défi de société, ou encore de faire face à un enjeu de l'humanité. La théorie plurale du droit se libère alors des attaches de la théorie pure de la norme juridique pour reconnaître qu'elle appartient à la famille de l'interdisciplinarité<sup>246</sup>. Pour ce qui est de la théorie pluraliste du droit, les normes ne constituent jamais le but premier; les normes sont simplement le produit destiné à garantir le bien-vivre ensemble en société.

#### **4. Types de pluralisme juridique**

La doctrine identifie plusieurs types de pluralisme juridique. Notre étude cible trois conceptions différentes pour comprendre le rôle de la pluralité dans les sciences qui s'intéressent aux phénomènes juridiques. Nous limitons notre classement à trois types de pluralisme juridique bien définis et différenciables. À la question : quel type de

---

<sup>243</sup> Pacifique Manirakiza, « La contribution africaine au développement de la justice pénale internationale » (2009-2010) 40 RDUS 409 – 477, au para 32 [Manirakiza].

<sup>244</sup> Berman, *Global*, *supra* note 141 à la p 16 (« Cosmopolitan pluralism is thus not a framework that dictates particular substantive outcomes. It observes that various actors pursue norms, and it studies the interplay, but it does not propose a hierarchy of substantive norms and values »).

<sup>245</sup> Jean-Guy Belley, « Une métaphore chimique pour le droit » dans Belley, *Le droit soluble*, *supra* note 205 à la p 17 (« Les juristes apprécieront qu'on se préoccupe ainsi de la question du droit. Ils constateront très vite, toutefois, que l'exercice proposé n'est pas celui qui leur est familier où les faits reçoivent la qualification juridique qui permettra de déterminer la solution correcte d'un problème appréhendé comme un problème de droit. Ici la qualification initiale et la solution finale du problème se veulent affranchies des présupposés et des contraintes de la science juridique »).

<sup>246</sup> Jean-Guy Belley, « Un nouvel esprit scientifique pour l'internormativité » dans Belley, *Le droit soluble*, *supra* note 205 aux pp 274 et ss.

pluralisme juridique permet d'expliquer le mieux l'ensemble de phénomènes juridiques contemporains, nous répondons que ce sont les trois types de pluralisme juridique qui forment ensemble les éléments d'une théorie explicative de la totalité du droit du 21<sup>e</sup> siècle. Nous voyons cette catégorisation tryptique du pluralisme juridique comme une simple caractérisation analytique d'éléments compatibles et nécessaires d'un seul et même concept. Autrement dit, le pluralisme juridique ne serait pas une théorie restreinte ou isolée. Nous concevons le pluralisme juridique plutôt comme un cadre théorique holistique se composant de plusieurs éléments qui, ensemble, se prêtent à la découverte de la totalité des phénomènes juridiques présents dans la société. Nous pensons que le pluralisme juridique constitue la théorie générale qui réussit le mieux à expliquer l'ensemble du droit transnational contemporain. Nous nous rallions à Berman lorsqu'il affirme que « le cadre pluraliste a montré qu'il était tout à fait capable de s'adapter à l'analyse d'espaces juridiques hybrides, créés par différents ensembles de revendications d'autorité qui se chevauchent (État contre État, État contre organe international, État contre entité non étatique) dans l'arène mondiale »<sup>247</sup>. C'est ainsi que le pluralisme juridique se présente comme la théorie générale idoine en droit contemporain, puisque le positivisme juridique arrive à ses limites lorsque la réalité juridique contemporaine survient avec ses nombreuses particularités hybrides et complexes. À notre avis, les trois types de pluralisme juridique que nous proposons englobent la totalité de la réalité juridique transnationale. Le pluralisme juridique deviendrait donc la théorie générale du droit transnational du 21<sup>e</sup> siècle.

#### 4.1 Pluralisme juridique minimaliste ou le quasi-pluralisme

Dans ce premier cas d'espèce, la doctrine fait référence à un pluralisme juridique faible<sup>248</sup>, atténué ou doux. Il s'agit d'un pluralisme des sources juridiques au sein de l'État. Selon Abdelhamid : « D'abord, l'émergence du pluralisme des sources du droit se manifeste à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle à cause de la crise de la loi venue principalement de l'industrialisation de la société devançant de loin le législateur. Celui-ci tente d'apporter

---

<sup>247</sup> Berman, « Le nouveau », *supra* note 195 à la p 231.

<sup>248</sup> Griffiths, *supra* note 32 aux pp 7 et 8.

aux textes de loi les changements nécessaires afin de répondre aux nouveaux besoins »<sup>249</sup>. C'est un pluralisme juridique institutionnel, parce que plusieurs institutions intra-étatiques participent à la création du droit. Chacune d'entre elles émet des normes juridiques. D'après Hauriou : « Il faut envisager toute volition de l'État comme étant le résultat composite de plusieurs opérations de la volonté dont chacune peut être l'œuvre d'un pouvoir de volonté différent »<sup>250</sup>.

De nos jours, le législateur souverain demeure incapable de s'adapter aux nouvelles réalités de la société, puisque le savoir technoscientifique accélère l'innovation. En même temps, l'utilisation des nouvelles technologies fait en sorte que les individus deviennent interconnectés et interdépendants. Par conséquent, la société se complexifie. Pour faire face à une réalité changeante et une société en constante mutation, la production normative décentralisée faite par des unités sous-étatiques spécialisées ou de proximité devient la seule option de rechange lorsque l'État unitaire et homogénéisateur n'est plus en mesure de le faire de manière centralisée<sup>251</sup>. Belley donne quelques exemples de production normative décentralisée : « les règlements et règles infraréglementaires de l'administration gouvernementale, la réglementation produite par les collectivités locales, par les services publics et sociétés d'État, par les ordres professionnels et autres groupements reconnus d'intérêt public »<sup>252</sup>. Ces exemples sont de cas de droit intra-étatique, mais qui une fois, reproduits à grande échelle finit par affaiblir le rôle du législateur souverain. Le pluralisme des sources juridiques au sein de l'État reconnaît

---

<sup>249</sup> Hassan Abdelhamid, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 150.

<sup>250</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923, à la p 400.

<sup>251</sup> Bergel, *supra* note 142 aux pp 15-16 (« Applications du pluralisme [...] Il peut d'abord s'agir d'une pluralité de systèmes juridiques étatiques, mais distincts au sein d'une structure fédérale ou unitaire et plus ou moins décentralisée, dans laquelle le degré d'autonomie respectif des systèmes est très variable. Dans les États fédéraux, il existe un ordre juridique global, au sein duquel les droits des États fédérés apparaissent comme des sous-systèmes articulés entre eux [...] Les États unitaires n'excluent pas le phénomène de décentralisation par lequel les collectivités territoriales bénéficient d'un véritable transfert de compétences impliquant une réelle autonomie locale »).

<sup>252</sup> Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manai et Robert Roth, dir, *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, à la p 141.

l'autorité d'une norme supérieure<sup>253</sup>. Ce pluralisme juridique est donc hiérarchique. Grammond l'appelle le pluralisme juridique minimal, le pluralisme 'doux' :

[Le] pluralisme doux, ou hiérarchique, suppose la reconnaissance d'une source ultime de droit, habituellement l'État souverain. Le pluralisme doux découle du fait que cet État souverain délègue à des instances subordonnées, soit territorialement (par ex., les provinces canadiennes), soit dans un champ social qui jouit d'une certaine autonomie (par ex., les ordres professionnels), le pouvoir d'édicter certaines catégories de normes<sup>254</sup>.

De fait, le pluralisme juridique minimaliste constitue un modèle polycentrique de production normative, où l'État unitaire se décentralise de plus en plus, au moyen d'un modèle de partage de compétences internes et internationales avec les entités infra et supra-étatiques. Dans ce cas, « la pluralité est interprétée sous une forme dualiste, dans un contexte de hiérarchie des normes et d'un 'droit pur' surdéterminé par l'idée de la loi que monopolise l'État, selon l'approche Kelsénienne classique »<sup>255</sup>. Un processus d'harmonisation normative s'impose afin d'incorporer le pluralisme normatif au système juridique hiérarchisé et monopolisé par l'État. Ce pouvoir d'harmonisation appartient généralement à une autorité étatique. Cependant, celle-ci peut décider de permettre la pluralité juridique, dans sa version minimaliste, au sein d'un même État. C'est peut-être ce que la Cour suprême du Canada avait à l'esprit lorsqu'elle affirme dans l'affaire *Québec (Procureur général) c A* : « Les législateurs provinciaux ont choisi d'encadrer les rapports privés des conjoints de fait au gré des objectifs législatifs propres à leur province. Signe du pluralisme juridique canadien, chaque province offre aujourd'hui une définition différente des effets de l'union de fait »<sup>256</sup>. Le juge constitutionnel en tant qu'autorité de l'État valide le pluralisme juridique en reconnaissant la complexité sociale et la diversité culturelle des peuples qui habitent un État<sup>257</sup>. En d'autres termes, le juge

---

<sup>253</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art 52, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, C 11.

<sup>254</sup> Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Albert Breton et al, *Le multijuridisme : Manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions Eska, 2010, à la p à la p 57 [Breton et al].

<sup>255</sup> Étienne Le Roy, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » dans LAJP, *Les pluralismes juridiques*, supra note 22 à la p 10.

<sup>256</sup> *Québec (Procureur général) c A* [2013] CSC 5 (Éric c Lola), au para 279 [nos soulignements].

<sup>257</sup> James Tully, *Une étrange multiplicité : Le constitutionalisme à une époque de diversité*, traduit par Jude Des Chênes, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 1999, à la p 99 (« La découverte de ces deux aspects du constitutionnalisme contemporain a été marquée par la fondation, dans les années 1980, d'un

constitutionnel reconnaît la décentralisation de la production du droit. C'est un modèle instigateur du polycentrisme normatif. D'après Tuori :

Cette polycentricité croissante remet en cause la fiction d'un État unitaire s'exprimant lui-même en droit et entraîne également des obstacles à la construction hiérarchique du droit adoptée dans le positivisme juridique de type kelsénien ou hartien. Cependant, il ne rompt pas les liens liant le droit à l'État. La doctrine des sources juridiques adopte toujours la perspective d'un acteur juridique particulier, généralement celle du juge. Le juge incarne le point de vue de l'État, et si la multiplication des sources de droit perturbe le monopole de l'État quant à la création du droit, une telle polycentricité ne compromet pas nécessairement le monopole de l'État sur l'application du droit<sup>258</sup>.

L'intérêt des constitutionnalistes est bien marqué pour le droit produit par les unités sous-étatiques, parce que ce droit intra-étatique peut entrer en conflit avec le corpus normatif de l'État central. C'est ainsi que dans le cas du Canada, « le partage des compétences s'est avéré plus problématique et a provoqué une jurisprudence abondante »<sup>259</sup>. Par contre, les internationalistes s'intéressent peu au phénomène de la pluralité des sources normatives au sein de l'État. Quant à nous, nous ne voulons pas insister sur l'utilisation du pluralisme juridique minimaliste dans la dynamique interne des États. Nous voulons plutôt attirer l'attention sur l'utilisation du pluralisme juridique minimaliste dans le contexte transnational.

En partant du cadre conceptuel de la théorie du partage des compétences en droit constitutionnel<sup>260</sup>, ce qui correspond au pluralisme juridique minimaliste, nous voulons d'abord décrire le phénomène de la création pluraliste du droit interne. Notre but est aussi de faire se transposer le pluralisme juridique minimaliste, de sorte qu'il serve de base à l'analyse des dynamiques transnationales et internationales, lorsque les unités sous-étatiques appartenant à différents États interagissent directement au-delà de la tutelle étatique. Dans ce contexte, les unités sous-étatiques agissent à l'extérieur du cadre fixé par l'État; donc, nous ne sommes plus dans une situation de pluralisme juridique doux.

---

nouveau champ interdisciplinaire d'anthropologie, d'histoire, de droit et philosophie politique, appelé le 'pluralisme juridique'. Celui-ci étudie les différents moyens par lesquels les institutions contemporaines reconnaissent et prennent en compte la diversité culturelle »).

<sup>258</sup> Tuori, *supra* note 193 aux pp 17 et 18.

<sup>259</sup> Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> édition, Cowansville (Québec), Éditions Yves Blais, 2008, à la p 464 [Brun, Tremblay et Brouillet].

<sup>260</sup> Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45:1 Les Cahiers de Droit 7.



C'est le cas des réseaux mondiaux de municipalités par exemple. La Fédération canadienne des municipalités y participe et affirme :

Les relations internationales ne sont plus un domaine réservé exclusivement aux gouvernements nationaux. Les sociétés multinationales, les organisations de la société civile, de même que les gouvernements locaux et régionaux, ont toutes un rôle majeur à jouer dans le développement économique, la santé publique, la viabilité environnementale et d'autres grands enjeux. Les municipalités sont perçues de plus en plus comme des sources très utiles de connaissances et de pratiques exemplaires en matière de politique locale, de services et de développement des infrastructures<sup>261</sup>.

Les politiques publiques réussies, les codes de conduite exemplaires et d'autres normes et pratiques qui sont adoptées par les institutions gouvernementales, ces dernières interagissant à l'international, constituent un corpus normatif transnational que le pluralisme juridique expliquerait mieux que le monisme juridique. Cela constitue bien sûr une utilité potentielle issue de la théorie du pluralisme juridique de type minimaliste que nous voulons vérifier dans cette thèse.

#### 4.2 Pluralisme juridique intermédiaire ou semi-autonome

Dans ce deuxième cas d'espèce, la doctrine mentionne le pluralisme des ordres et des systèmes juridiques, qui constitue un modèle mixte ou semi-autonome. D'après Gerhard, « it is essential for an understanding of the concept to bear in mind that the multiple 'normative orderings' do not exist autonomously side by side. The social fields are only 'semi-autonomous' since they are 'vulnerable to rules and decisions and others forces emanating from the larger world by which it is surrounded' »<sup>262</sup>. Dans ce type de pluralisme juridique intermédiaire, la création normative ainsi que certaines décisions extra-étatiques coexistent en parallèle avec la production normative étatique et avec le système de justice étatique. Cependant, l'interprétation, l'homologation et le renforcement du droit demeurent l'hégémonie de l'État. Autrement dit, il s'agit d'un modèle « [d]assimilation du droit au monopole étatique et à une conception du

---

<sup>261</sup> Fédération canadienne des municipalités, *Les réseaux mondiaux de municipalités*, en ligne : fcm.ca <<http://www.fcm.ca/accueil/programmes/international/%C3%A0-propos-de-fcm-international/les-r%C3%A9seaux-mondiaux-de-municipalit%C3%A9s.htm>>.

<sup>262</sup> Anders Gerhard, « Legal pluralism in a transnational context : where disciplines converge » dans LAJP, *Les pluralismes juridiques*, supra note 22 à la p 119.

pluralisme pensé sur un mode unitaire »<sup>263</sup>. D'après Otis, le dialogue entre les divers ordres juridiques « se manifeste principalement selon deux grands mouvements : la coordination et la subordination, chacun de ces mouvements pouvant se concrétiser à des degrés et selon des configurations multiples »<sup>264</sup>. Dans le cas de la subordination, même si plus d'un ordre ou système juridique revendique une compétence normative ou juridictionnelle, « le défi n'est pas nécessairement fatal, et l'État peut conserver sa position dominante. C'est le cas lorsque le droit étatique définit les conditions pour l'autorité ainsi que l'applicabilité du droit non étatique et lorsque l'application de ce dernier incombe aux juridictions étatiques »<sup>265</sup>. Dans le cas de la coordination, le dialogue entre les divers ordres et systèmes juridiques fait appel à la coopération afin de mettre sur pied une sorte de pluralisme juridique ordonné. Pour ce faire, « [l]es techniques plus stabilisantes vont de l'harmonisation à l'uniformisation voire l'unification composite des normes et des institutions »<sup>266</sup>. À l'occasion, le dialogue entre les acteurs peut devenir indispensable. C'est le cas, lorsque plusieurs parties prenantes sont affectées par un corpus juridique d'impact transnational. Voyons le cas du peuple semi-nomade *Wayuu*. Ils habitent un territoire situé à l'extrême nord, entre la Colombie et le Venezuela. Ces deux pays ont signé un traité bilatéral afin d'encadrer la politique publique favorisant les communautés autochtones qui habitent leur territoire limitrophe. La Cour constitutionnelle colombienne, considérant que les traités internationaux portant sur les droits fondamentaux font partie de la Constitution<sup>267</sup>, décide qu'avant la ratification, ce projet de « traité international devrait être consulté au préalable par les communautés Wayuu qui en sont les bénéficiaires directs. Cependant, le contraire s'est produit avec les engagements pris par les États contractants. C'est ainsi que la Cour déclare l'inconstitutionnalité du traité, car il est atteint d'une faute

---

<sup>263</sup> Étienne Le Roy, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » dans LAJP, *Les pluralismes juridiques*, supra note 22 à la p 10.

<sup>264</sup> Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Ghislain Otis et al, *Cultures juridiques et gouvernance : Dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, à la p 20 [Otis, *Cultures*].

<sup>265</sup> Tuori, supra note 193 à la p 18 ; voir aussi William Twining, *Globalisation and Legal theory*, Londres, Butterworths, 2000, à la p 83.

<sup>266</sup> Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Otis, *Cultures*, supra note 264 à la p 24.

<sup>267</sup> *Constitución Política de Colombia (1991)*, art 93.

d'inconstitutionnalité irréparable »<sup>268</sup>. Le défaut de consultation préalable avec le peuple Wayuu constitue un cas exceptionnel où la souveraineté de l'État dans la conduite des affaires étrangères est remise en cause par le juge constitutionnel. La coordination de politiques publiques transnationales devrait se faire en prenant en compte l'opinion de toutes les parties prenantes, car le fait d'omettre cette démarche pourrait entraîner l'invalidité constitutionnelle d'un traité international. Ce même principe pourrait être transposé à l'octroi d'un permis, ou à la signature d'un contrat, par exemple. Il est encore vrai que l'État conserve le droit exclusif de négocier les traités internationaux<sup>269</sup>, mais il doit, dans certains cas, partager et coordonner son pouvoir souverain avec les acteurs non étatiques semi-autonomes. La subordination pure et nette des acteurs non étatiques à un dispositif normatif étatique peut rendre illégitime l'action de l'État. Il est évident que la coordination devient la seule option viable pour que la conduite de l'activité normative de l'État plural demeure démocratique, dans le contexte où plusieurs ordres ou systèmes juridiques coexistent. À ce propos Grammond dit : « Il est néanmoins possible qu'un de ces ordres cherche à coordonner ses normes avec celles d'un autre ordre. En effet, on ne doit pas se surprendre que des ordres juridiques différents qui prétendent s'appliquer à une situation identique finissent par interagir »<sup>270</sup>.

#### 4.3 Pluralisme juridique maximaliste, approfondi ou autonome

Dans ce troisième cas d'espèce, la doctrine désigne un pluralisme juridique radical ou dur, qui constitue un vrai parallélisme de systèmes autonomes, avec ses propres principes, normes et institutions qui s'opposent entre eux et refusent d'interagir formellement, « laissant ainsi la place aux choix individuels »<sup>271</sup>. Alors, ce sont les sujets de droit eux-mêmes qui, en raison de leur appartenance multiple à plusieurs entités

---

<sup>268</sup> Cour constitutionnelle colombienne, *Sentencia C-615/09*. (Arrêt du 2 septembre 2009) [notre traduction].

<sup>269</sup> *CVDT*, *supra* note 227 aux arts 1 et 2.

<sup>270</sup> Sébastien Grammond, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1995, à la p 14.

<sup>271</sup> Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Otis, *Cultures*, *supra* note 264 à la p 16.

étatiques et non étatiques<sup>272</sup>, choisissent la norme, l'ordre et le système juridique qu'ils préfèrent selon les disponibilités dans le marché juridique transnational. C'est le sujet de droit qui est au centre du pluralisme juridique fort. C'est dans ce sens que Le Roy écrit : « ce n'est pas l'individu en soi que nous considérons, mais l'acteur, cet individu inscrit dans la société par de multiples appartenances, jouant dans chacun des collectifs un rôle particulier où il se voit reconnaître des droits et obligations qui sont spécifiés par le mode de régulation propre à chaque 'champ social semi-autonome' »<sup>273</sup>. C'est ainsi que dans le marché normatif transnational, l'offre juridique étatique est en pleine concurrence avec l'offre proposée par les acteurs non étatiques<sup>274</sup>. Quant au sujet de droit, citoyen d'un État, membre d'un organisme non étatique ou simple consommateur, il sélectionne le meilleur produit normatif disponible. D'après Tuori :

*Le pluralisme des systèmes juridiques* conteste l'exclusivité du droit étatique, non seulement dans sa dimension normative, mais aussi dans celle des institutions et pratiques juridiques : le droit non étatique, revendiquant son autorité sur le territoire d'un État, possède ses propres organes de juridiction. À l'évidence, cette forme de pluralisme juridique constitue la menace la plus sérieuse à l'encontre des fondements étatiques souverainistes du modèle de la « boîte noire »<sup>275</sup>.

Dans sa conception maximaliste du pluralisme juridique, la souveraineté normative et juridictionnelle de l'État deviendrait progressivement une compétence partagée entre les États et les acteurs non étatiques autonomes. Cependant, ce partage des compétences normatives et juridictionnelles n'est pas formellement reconnu. C'est un fait social que le droit étatique ne reconnaît pas. Dans ce cas, l'autorité étatique adopte, dans la plupart des cas, une des deux positions suivantes : soit l'opposition systématique à ce nouvel ordre juridique dont les avancées sont indéniables, soit l'ignorance absolue des effets juridiques des normes ou des décisions venant de cet autre ordre juridique. Un exemple du premier cas serait la lutte que l'État livre aux lois et règles imposées par la mafia ou les groupes terroristes. L'État déclare généralement que toute adhésion à de telles règles constitue

---

<sup>272</sup> Singer, *supra* note 199 aux pp 62 et 82-83.

<sup>273</sup> Étienne Le Roy, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » dans LAJP, *Les pluralismes juridiques*, *supra* note 22 à la p 13.

<sup>274</sup> Jean-Guy Belley, « Une métaphore chimique pour le droit » dans Belley, *Le droit soluble*, *supra* note 205 à la p 10 (« Le champ des rapports entre le droit et la société se représente dès lors comme un espace social où se font concurrence une multiplicité de systèmes juridiques, où s'interpénètrent différents lieux structurels de production de légalité, où se donne à voir et se cache un 'droit caméléon' capable d'ubiquité »).

<sup>275</sup> Tuori, *supra* note 193 à la p 19.

une conduite antisociale qui requiert une enquête policière, et potentiellement une accusation criminelle. Dans le deuxième cas, l'État ne reconnaît pas « des pratiques diverses de transfert d'enfants à des personnes autres que les parents biologiques »<sup>276</sup> qui se fait selon la traduction autochtone des Inuits du Nunavik<sup>277</sup>.

Au-delà des différents types et classements proposés par les théoriciens, une réalité nous apparaît évidente : les acteurs étatiques et non étatiques, d'une nature très variée, participent à la création de normes régissant la société contemporaine. L'étude de cette réalité sous l'angle pluraliste permet de mieux comprendre le phénomène du partage des compétences normatives<sup>278</sup> et de l'internormativité<sup>279</sup>.

Il ressort des considérations précédentes que les différents types de pluralisme juridique correspondent aux développements théoriques provenant de divers champs de recherche interdisciplinaire dont les objectifs sont bien différents. Cependant, si nous examinons les trois types dans leur ensemble, ils remettent tous en question la souveraineté absolue de l'État unitaire ainsi que l'exclusivité ou le monopole du pouvoir législatif dans le domaine de la production normative. Il devient évident que l'élaboration du droit contemporain constitue un enjeu où le principe du partage de compétences entre l'État et les acteurs non étatiques se confirme en droit interne et international<sup>280</sup>. Compte tenu de ces réalités, nous sommes en droit d'affirmer que dans les lieux de la création pluraliste du droit contemporain, le pluralisme juridique, entendu de manière large, constituerait un cadre théorique assez souple pour expliquer la totalité des phénomènes normatifs contemporains en deçà et au-delà des frontières étatiques. La transposition de la théorie du pluralisme juridique à la création de normes transnationales offre l'opportunité de contribuer à l'enrichissement des connaissances dans ce domaine en pleine évolution.

---

<sup>276</sup> Ghislain Otis, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière autochtone au Québec » dans Otis, *L'adoption*, *supra* note 241 à la p 125-126.

<sup>277</sup> Mylène Larivière, « Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik » dans Otis, *L'adoption*, *supra* note 241 à la p 9 et ss.

<sup>278</sup> Ghislain Otis, « La rencontre des cultures juridiques dans la toundra canadienne du Nunatsiavut » dans Otis, *Cultures*, *supra* note 264 à la p 81.

<sup>279</sup> Guy Rocher, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » dans Belley, *Le droit soluble*, *supra* note 205 aux pp 26 et ss.

<sup>280</sup> Berman, « Le nouveau », *supra* note 195 à la p 235 ( « les États-nations doivent aussi souvent partager l'autorité juridique avec une ou plusieurs cours internationale(s) ou régionale(s), des tribunaux et des entités de réglementation »).

Dans ce sens, nous envisageons de faire l'étude de certaines manifestations concrètes du pluralisme juridique traditionnel et contemporain.

##### **5. Critères pour déterminer le type de pluralisme juridique**

Les trois types de pluralisme juridique identifiés nous amenèrent à élaborer de notre propre chef, le critère de base afin de déterminer, dans une situation concrète de création normative, à quel type de pluralisme juridique nous faisons référence dans chaque cas. La réponse simple serait de dire que le critère de base pour être autorisé à édicter des règles se résume à l'existence ou à l'inexistence d'une norme étatique habilitante. Dans le cas du pluralisme juridique minimaliste, il existe toujours une norme habilitante qui permet à l'autorité infra, supra, et extra-étatique d'édicter des normes. En d'autres mots, cette autre autorité étatique ou non étatique a quand même toujours le pouvoir délégué de légiférer. Lorsqu'une autorité étatique ou non étatique édicte des normes sans qu'il y ait de norme étatique habilitante préexistante, nous faisons face à un cas de pluralisme juridique soit intermédiaire, soit maximaliste. Cela est un cas de pluralisme juridique intermédiaire, lorsqu'un corpus juridique parallèle existe déjà ou apparaît dans la société, malgré le manque de norme étatique habilitante préexistante, et que l'ordre juridique étatique en dialogue avec l'autre ordre juridique reconnaît rétroactivement et formellement cet autre corpus juridique. Pour sa part, le pluralisme juridique maximaliste désigne la situation où il existe déjà ou apparaît un corpus juridique parallèle dans la société, mais qu'il n'est jamais formellement reconnu par l'ordre juridique étatique; aucun processus de dialogue ou de coordination ayant lieu.

En résumé, nous offrons, dans le tableau ci-dessous, les formules que nous estimons essentielles pour caractériser le type de pluralisme juridique auquel nous faisons face dans une situation concrète. Bien sûr, le tableau n'a pas la prétention d'être exhaustif ou achevé, mais il offre des outils de référence pour : a) identifier à quel type de pluralisme appartient une norme juridique; b) reconnaître le modèle de partage des compétences normatives qui est en vigueur dans chaque cas; et c) déterminer qui est l'acteur responsable du choix de la norme juridique applicable.

Type de pluralisme juridique	Minimaliste	Intermédiaire	Maximaliste
Le critère de base pour savoir à quel type de pluralisme juridique appartient une norme juridique se définit par :	L'existence d'une norme étatique habilitante préexistante.	L'adoption d'une norme étatique habilitante postérieure et rétroactive.	L'absence absolue de norme étatique habilitante.
Le mode de reconnaissance du partage des compétences normatives dans ce type de pluralisme juridique est :	<i>De jure.</i>	<i>De jure.</i>	<i>De facto.</i>
Le choix de la norme juridique applicable dans ce type de pluralisme juridique appartient :	À l'État.	À l'État.	À l'individu ou à un acteur non étatique.

## 6. *Méthodologie*

Pour vérifier notre hypothèse, nous adoptons d'abord une séquence théorique pour l'introduction et le premier chapitre, et une séquence empirique au deuxième chapitre. Autrement dit, nous construisons une théorisation générale, puis nous l'appliquons dans nos conclusions aux cas d'étude observés. Nous présentons le chapitre I comme une problématique conceptuelle et abstraite, en ce qui concerne la théorie générale du droit. Nous remettons d'abord en question la théorie générale du droit, selon la version du positivisme juridique<sup>281</sup>. Ensuite, nous proposons, comme option de rechange, la théorie du pluralisme juridique qui serait plus appropriée pour expliquer la diversité normative de la société contemporaine et de la culture postmoderne. La culture numérique dans le cyberspace constitue un élément marquant d'un changement de paradigme dans les sciences en général et dans le droit en particulier. Pour cette raison, mettre en opposition

<sup>281</sup> Voir le chapitre I, à la section A, ci-dessous.

les caractéristiques du positivisme juridique et les éléments distinctifs du cadre théorique du pluralisme juridique constituerait l'un des devoirs des chercheurs en droit<sup>282</sup>.

Enfin, le chapitre II se veut une exemplification expérimentale de situations contemporaines où le pluralisme juridique se manifeste de manière évidente lors de la production normative. Nous tenterons de montrer certaines situations où les acteurs *infra*, *supra* et non étatiques produisent du droit en dehors des canaux officiels établis par le droit constitutionnel et le droit international classique. Cela constituerait l'exercice d'un modèle de partage de compétences normatives, dans le contexte d'une société transnationale complexe qui est le propre du 21<sup>e</sup> siècle.

## **7. *Division de la thèse***

Cette thèse comprend une introduction générale, deux chapitres thématiques et une conclusion générale. Le chapitre premier contient une revue de la littérature en ce qui a trait aux théories qui sont à la base de la théorie générale du droit, avec un encrage en droit international. Nous essayons d'abord d'expliquer comment la théorie du positivisme juridique a déplacé la théorie du droit naturel. Nous présentons brièvement la remise en cause de la théorie du droit naturel. Nous en examinons les fondements juridiques et considérons particulièrement le contexte sociohistorique dans lequel le positivisme juridique s'impose, à l'époque de la modernité, comme la théorie dominante servant à interpréter le phénomène du droit en général, et surtout à légitimer l'existence ainsi que le contenu du droit international positif. Par la suite, nous présentons l'analyse portant sur le pluralisme juridique, son échec au 20<sup>e</sup> siècle et sa remontée possible au 21<sup>e</sup> siècle. Nous exposons le parcours historique de la théorie du pluralisme juridique à l'époque de la pré-modernité, de la modernité et de la postmodernité. L'analyse du processus historique, en ce qui concerne l'évolution du pluralisme juridique, nous permet d'avancer la prémisse selon laquelle la théorie dominante du positivisme juridique ne suffit plus à incarner la totalité de la réalité juridique transnationale contemporaine, d'où la nécessité

---

<sup>282</sup> Voir le chapitre I, à la section B et C, ci-dessous.



d'appréhender le pluralisme juridique comme une théorie valable en droit international. Il s'agit notamment d'une perspective sociologique en droit international, puisque le pluralisme juridique se manifeste comme la déconstruction de tous les concepts fondamentaux de la modernité. Les phénomènes juridiques contemporains se ressemblent à un agencement de systèmes complexes où il existe plusieurs centres de production normative. Nous soutenons que l'ère de la postmodernité et de la mondialisation est caractérisée essentiellement par une société civile organisée où beaucoup d'activités prennent la place dans les intervalles transnationaux et extra-étatiques. Dans ce contexte, la théorie du positivisme juridique se montre incapable d'interpréter la production normative des entités autres que les États, dans l'ordre transnational. Finalement, nous soupçonnons quelques tendances existantes au sein du pluralisme juridique, qui nous aidera à mieux comprendre les divers courants de pensée qui composent cette nouvelle théorie juridique. Le chapitre premier présente le pluralisme juridique comme un courant marquant la diversité des ordres juridiques transnationaux, dans le contexte de la société civile internationale organisée. Cette théorie constitue une option de rechange aux théories du droit naturel et du positivisme juridique, devenues caduques au 21<sup>e</sup> siècle. Pour nous, par nature évolutive, le pluralisme juridique, qui n'est que l'allongement historique de la dimension juridique des cultures des peuples, dépasse le concept de droit d'origine exclusivement étatique et interétatique. En même temps, quelques caractéristiques attribuées à l'État constitutionnel disparaissent devant la tyrannie de l'expertise technoscientifique qui s'imposerait par sa complexité.

Une fois ce cadre théorique général mis de l'avant, nous analysons au deuxième chapitre des études de situations particulières, où l'on met en lumière le fait que l'État central partage désormais ses compétences (jadis exclusives) avec les organisations *infra* et *supra* étatiques. L'objet du chapitre II est de montrer la coexistence d'une multiplicité de foyers producteurs du droit. Ce chapitre héberge les éléments qui font la démonstration de la production pluraliste du droit transnational contemporain. Ce deuxième chapitre expose les phénomènes mettant en évidence la décentralisation de la création normative à trois degrés. Ces trois instances agissant en parallèle dans un modèle de partage de compétences souveraines et de gouvernance mondiale de multi-acteurs. Le premier degré d'édition des normes de source polycentrique se manifeste à la hauteur de la

participation *de facto* des acteurs sous-étatiques au droit international<sup>283</sup>. Nous démontrons dans cette assertion que le droit constitutionnel et le droit international classique n'encadrent pas formellement l'exercice de la compétence souveraine infra-étatique à l'international. Le deuxième degré de codification normative multiculturelle s'illustre par les agissements des acteurs supra-étatiques, pour ce qui est de la gouvernance transnationale<sup>284</sup>. La multiplicité de ces acteurs mène à l'établissement de divers foyers producteurs de normes sources de plusieurs ordres juridiques en parallèle, ces ordres se chevauchent mutuellement. Le troisième degré de régulation normative à caractère pluraliste se distingue par la concurrence des acteurs extra-étatiques<sup>285</sup>. La participation à la gouvernance mondiale des regroupements extra-étatiques s'identifie dans différents domaines sectoriels du droit transnational du 21<sup>e</sup> siècle. Plusieurs de ces acteurs extra-étatiques exercent des compétences normatives dans un modèle d'autorégulation. Ces trois manifestations de polycentrisme juridique, que nous venons de décrire, démontrent la coexistence d'une multiplicité d'acteurs non étatiques, qui participent à la production d'une pluralité de normes s'appliquant au même moment ou alternativement au sujet de droit selon son appartenance à de multiples acteurs. Autrement dit, cela constitue un système juridique complexe où la gouvernance mondiale se fait par une communauté de réseaux de toute espèce, et les individus choisissent diverses identités et se gouvernent par différents ordres juridiques simultanément. Nous avançons que la légitimité des fonctionnaires nationaux et des dirigeants des organisations internationales découle de la validité du système interétatique lui-même, et non pas de l'ensemble des collectivités humaines. Nous présentons aussi des études de situations spécifiques où les acteurs non étatiques exercent quelques compétences normatives et judiciaires, autrefois des compétences régaliennes réservées exclusivement aux États. Nous y montrons comment la rationalité de la spécificité de la matière et des connaissances technoscientifiques qui soutiennent la compétence de quelques acteurs non étatiques souffre d'un déficit démocratique. Par conséquent, leur légitimité devient fortement contestable.

---

<sup>283</sup> Voir le chapitre II, à la section A, ci-dessous.

<sup>284</sup> Voir le chapitre II, à la section B, ci-dessous.

<sup>285</sup> Voir le chapitre II, à la section C, ci-dessous.

## **8. *Portée et profondeur de la thèse***

Nous devons faire certaines mises en garde, car un projet de recherche universitaire oblige à faire certains choix arbitraires. Ce sont des choix réfléchis, mais nécessaires si on veut explorer de nouvelles lignes de découverte scientifique. Ces choix comportent le risque de commettre plusieurs erreurs en cours de route. Cependant, le défi d'accepter toutes les conséquences possibles amène occasionnellement les chercheurs à la découverte de nouvelles lignes de recherche riches pour la communauté de savants. Nous souhaitons que nos choix produisent de bons résultats !

Cette thèse porte essentiellement sur la production pluraliste du droit transnational contemporain. Le droit comme phénomène juridique se présente généralement comme une séquence. D'abord la production, puis la mise en œuvre, ensuite l'interprétation et l'application, et finalement le renforcement. Il s'agit de différents moments où les opérateurs juridiques et judiciaires remplissent divers mandats normatifs. Cette séquence n'est ni linéale ni circulaire, mais plutôt théorique et imaginaire. Dans le contexte de cet ouvrage, nous nous attardons surtout à la première étape de cette succession de moments d'action du droit. Autrement dit, il y a plusieurs moments dans la séquence des opérations juridiques en société que cette thèse n'aborde pas, car un choix s'impose en ce qui concerne l'envergure de la recherche.

En outre, l'étude de certains cas de partage de compétences où les différents types de pluralisme juridique se manifestent n'est pas approfondie, parce que l'objectif n'est pas d'épuiser chacun des sujets abordés. Ce choix s'impose dans le cadre d'une thèse de doctorat, dans laquelle nous voulons avant tout mettre l'accent sur la portée de notre recherche. Le but de notre thèse se limite à réfléchir de manière générale en ce qui concerne le phénomène croissant du partage des compétences normatives et judiciaires entre les États et les acteurs non étatiques, et le pluralisme juridique qui se dégage dans ces situations transnationales. Nous sommes conscients que chacun des cas étudiés pourrait faire l'objet d'une recherche beaucoup plus approfondie, mais cela devrait se

faire dans un autre contexte, par exemple, dans le cas d'une recherche plus spécifique ou plus ciblée. Notre thèse se veut simplement une contribution à la théorie générale du droit, afin d'ouvrir de nouvelles perspectives de recherche pour l'avenir. Nous ne cherchons pas à examiner dans les moindres détails le phénomène du pluralisme juridique et du partage des compétences normatives et judiciaires en droit transnational, mais nous voulons, plutôt attirer l'attention sur cette nouvelle manifestation en droit, afin de proposer une autre conception théorique qui pourrait s'avérer utile aux penseurs, lorsqu'ils aborderont la science juridique. Nous proposons cette approche, parce que nous pensons que la théorie dominante, le positivisme juridique, est incapable d'expliquer adéquatement la totalité des relations juridiques transnationales contemporaines. Par conséquent, nous croyons que le pluralisme juridique expliquerait mieux la totalité de la production normative et aiderait à la résolution de controverses juridiques, dans le contexte de la gouvernance transnationale d'une société internationale contemporaine composée d'une multiplicité d'acteurs étatiques et non étatiques.

De plus, la simultanée concurrentielle de normes étatiques et non étatiques dans un même espace n'est pas un critère solide pour nommer une situation comme appartenant au pluralisme juridique. À l'époque de la postmodernité, bien que certaines communautés continuent à revendiquer un attachement au territoire, d'autres sujets de droit opèrent plutôt dans le cyberspace et le monde numérique. La postmodernité se caractérise par un modèle de société réticulaire, entre autres, où « aucune coïncidence n'est requise entre par exemple l'attribution d'un nom de domaine national, représentation sémantique de la territorialité, et l'assise territoriale effective des serveurs renvoyant aux adresses IP désignées par ce nom de domaine »<sup>286</sup>. Dans le monde virtuel, le sujet de droit peut se déplacer dans différents espaces normatifs de manière simultanée ou alternative. Cela fait en sorte que la fiction des frontières étatiques n'est plus un élément utile pour déterminer la compétence et l'application d'un ordre normatif. Dans ce sens, Mathias affirme que « c'est pour cette raison que les pratiques réticulaires, informationnelles et dématérialisées semblent permettre de surmonter ou, pour le moins, de contourner les

---

<sup>286</sup> Paul Mathias, « The last frontier? L'Internet au-delà de tout territoire » dans Yves Charles Zarka, dir, *Murs et frontières : de la chute du mur de Berlin aux murs du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2007, à la p 95 [Zarka, *Murs*].

contraintes normatives opposées aux interactions humaines par leur criblage frontalier et leur quadrillage territorial »<sup>287</sup>. Notre conception du pluralisme juridique écarte donc la notion spatiale afin d'éviter le piège du manque de limites territoriales visibles entre certains ordres juridiques. Nous proposons, comme option de rechange, de mettre en évidence la relation d'appartenance multiple du sujet de droit à plusieurs ordres juridiques.

La recherche de la justice et le fait de la diversité ethnique, identitaire, culturelle, sociale, politique, religieuse, physique et psychologique des membres de l'espèce humaine mène à l'élaboration de règles distinctes pour les sujets de droit. De plus, dans la mesure où plusieurs acteurs édictent des normes, et étant donné que les individus appartiennent à divers regroupements d'acteurs; un modèle de coexistence d'ordres normatifs s'impose à l'époque de la postmodernité. Au 21<sup>e</sup> siècle, le défi pour les juristes contemporains n'est pas d'uniformiser ou d'universaliser les normes juridiques. Il n'est pas question non plus de combattre les pluralismes juridiques, mais plutôt de mieux les comprendre. Les théories juridiques qui tendent à l'unification ou à la hiérarchisation normative contreviennent à la réalité plurale des sociétés humaines. Pour cette raison, nous nous rallions à Humboldt lorsqu'il affirme : « *Le plus grand principe directeur vers lequel convergent tous les arguments développés dans ces pages est l'importance absolue et essentielle du développement humain dans sa plus riche diversité* »<sup>288</sup>. Pour ce faire, il convient d'adopter une théorie générale du droit souple et flexible, capable de lire la totalité des phénomènes juridiques. Un exemple dans le domaine des sciences informatiques illustre bien notre propos. C'est notamment le cas du contraste entre le système opératif fermé ou de propriétaire exclusif (Windows) et le système opératif ouvert (Unix). Windows est le monopole d'un seul acteur du marché, Microsoft. Windows est incompatible avec les systèmes ouverts. Par contre, Unix est un système libre, dont une des caractéristiques est d'opérer sans restriction d'accès. Nous assimilons le positivisme juridique à Windows, et Unix au pluralisme juridique. Dans ce sens, le positivisme juridique est la théorie qui explique le monopole juridique de l'État, modèle

---

<sup>287</sup> Paul Mathias, « The last frontier? L'Internet au-delà de tout territoire » dans Zarka, *Murs*, *supra* note 286 à la p 94.

<sup>288</sup> Wilhelm von Humboldt, tel que cité dans Mill, *supra* note 228 à la p à la p 3.

incompatible avec tout autre système juridique et donc incapable d'expliquer adéquatement le droit de source non étatique. Par ailleurs, le pluralisme juridique demeurerait une théorie ouverte et profitable pour expliquer tout phénomène juridique sans égard à son origine. Lorsque nous achetons du matériel informatique, nous faisons un choix en ce qui concerne le système opératif. De la même manière, lorsque nous faisons de la recherche juridique, nous faisons des choix théoriques. Notre choix est le pluralisme juridique. Dans le système ouvert du pluralisme juridique, nous refusons aussi d'adhérer aux tendances qui s'associent au radicalisme, car celles-ci nous conduisent à nouveau à l'enfermement auquel nous voulons échapper.

## Chapitre I. Le pluralisme juridique dans le contexte de la société civile internationale : la diversité des ordres juridiques transnationaux

### Introduction du chapitre

La Renaissance<sup>289</sup> et la découverte des Amériques sont survenues durant la période que certains théoriciens appellent le début de la modernité<sup>290</sup>. Cette époque a été marquée par l'implantation du modèle étatique westphalien partout en Europe, et après par son élargissement vers les colonies<sup>291</sup>. Les États de l'époque prennent ainsi le contrôle des relations internationales. Ce modèle est bien expliqué par les théories prenant parti pour la souveraineté étatique, qui justifient la domination des relations internationales exclusivement par les États. D'après Hasbi : « Ce que nous entendons par 'théories liées à la domination des relations internationales par l'État', c'est l'ensemble des théories qui prennent en compte l'État comme principal acteur des relations internationales »<sup>292</sup>. En vertu de ces théories, l'État est l'unité politique et juridique fondamentale de la communauté internationale. Les États agissent, à l'intérieur de cette communauté interétatique, selon une logique de coût-bénéfice pour maximiser leur puissance et leur sécurité. Cela se passe dans un monde relativement anarchique, où les États ont le monopole de la violence et du droit<sup>293</sup>. La doctrine du réalisme, en science politique, signale que « les États sont les acteurs dominants des relations internationales [...], et leur] force est un moyen politique 'commode et effectif »<sup>294</sup> d'autolégitimation. Il faut dire aussi que le courant du « positivisme juridique est inséparable de l'État moderne, à

---

<sup>289</sup> William E Conklin, *The Invisible Origins of Legal Positivism: A Re-Reading of a Tradition*, Boston, Kluwer, 2001, à la p 1 [Conklin] (« Since the Renaissance, societies have been organized with the sovereign state as the centre »).

<sup>290</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 7 (« Le XVI<sup>e</sup> siècle, qui est le siècle de la consolidation des États et de l'affermissement des monarchies, de la Renaissance, de la Reforme et des grandes découvertes géographiques, apparaît comme un siècle de la transition entre la fin d'un monde et le début des *Temps Modernes* » [italiques dans l'original]).

<sup>291</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 4.

<sup>292</sup> Hasbi, *supra* note 17 à la p 48.

<sup>293</sup> Voir par exemple, Christian Brüttsch et Dirk Lehmkuhl, *Law and Legalization in Transnational Relations*, New York, Taylor & Francis, 2007, à la p 1 [Brüttsch et Lehmkuhl].

<sup>294</sup> Hasbi, *supra* note 17 à la p 51.

partir du moment où le droit coïncide [...] avec le droit de cet État, c'est-à-dire qu'il est légal, souverain et centralisé »<sup>295</sup>. Dans un contexte de relations internationales, ce sont aussi les États, qui, en étant les acteurs dominants, monopolisent le droit et la force. C'est ainsi que le réalisme des politologues et le positivisme des juristes se reconnaissent mutuellement, dans la mesure où les deux mettent l'État au centre du système pour lui assigner le monopole de la violence et du droit respectivement.

Par contre, à l'époque de la postmodernité, qui coïncide avec l'apparition montante des ONG et la révolution des TIC, les politologues se penchent de plus en plus vers les théories interdépendantes des relations internationales<sup>296</sup>. De leur côté, les juristes explorent de plus en plus les théories pluralistes. Lamine l'a justement souligné :

Nous nous référons au pluralisme juridique en tant que théorie apportant une réponse aux insuffisances de la théorie moniste du droit. Si la majorité des théories pluralistes s'insurgent contre cette idéologie, en dénonçant *le caractère totalisant et exclusif de la présentation moniste du droit qui contribue non seulement à entretenir la suprématie étatique, mais aussi à méconnaître la complexité de la vie sociale, en donnant d'elle l'image d'un Tout cohérent, homogène et intégré* [italiques dans l'original]<sup>297</sup>.

Lamine dénonce notamment les insuffisances du monisme juridique (positivisme) qui demeure fixé au modèle westphalien. Par conséquent, le positivisme juridique n'arriverait pas à rendre complètement compte de la complexité de la société internationale, à l'époque de la postmodernité. En outre, nous assistons à l'émergence d'une nouvelle société internationale. L'apparition de nouveaux acteurs transnationaux exige l'abandon progressif de plusieurs paradigmes du droit international classique. En même temps, la mise en œuvre d'un nouveau droit international s'impose. La nouvelle réalité internationale, où plusieurs types d'acteurs participent à la gouvernance mondiale<sup>298</sup>, doit devenir la base d'un nouveau droit international qui va gouverner toutes les sociétés

---

<sup>295</sup> Carlos Miguel Herrera, *Droit et Gauche : Pour une identification*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université de Laval, 2003, à la p 196.

<sup>296</sup> Voir généralement, Hasbi, *supra* note 17 aux pp 143 et ss.

<sup>297</sup> Haoua Lamine, « Les conducteurs du droit dans la mêlée, un exemple nord camerounais » dans Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – Cahiers d'anthropologie du droit, *Le droit en action*, Paris, Karthala, 2006, à la p 254.

<sup>298</sup> Christoph Eberhard, « Quel droit pour une gouvernance responsable ? : Les enjeux de la participation, du dialogue et du pluralisme », (version provisoire, juillet 2009), à la p 3, en ligne : World Governance <<http://www.world-governance.org/spip.php?article472>> [Eberhard, « Quel droit »].



humaines<sup>299</sup>. Les acteurs non étatiques deviennent de sujets actifs de cette société internationale contemporaine.

Le droit applicable aux acteurs non étatiques qui participent aux relations internationales doit aussi faire partie du droit international de nouvelle génération. Pour sa part, Pellet est « convaincu qu'il n'y a pas un, mais plusieurs ordres juridiques. Non seulement il y a autant d'ordres juridiques nationaux que d'États, mais encore il existe des ordres juridiques non étatiques »<sup>300</sup>. C'est ainsi que les États et les acteurs non étatiques cohabitent de nos jours dans une société internationale élargie. Dans cette perspective, le droit qui gouverne cette société internationale est aussi un droit plus complexe. Quant aux théories qui expliquent le phénomène juridique international, elles sont à revoir. Comme le fait remarquer Bunn-Livingstone, « yet the international legal system is changing, and even a traditional understanding of these principles is changing as well. Part of this metamorphosis has been a shift in emphasis from State independence toward States' interdependence »<sup>301</sup>. Pour nous, cela veut dire que le phénomène de l'interdépendance mondiale n'inclut pas seulement les États, puisque de nouveaux acteurs se font inviter à la table où se décident les affaires internationales. Pour Bergel, « cela signifie que, partant d'un constat, nous tenterons d'ouvrir ensemble de nouvelles perspectives sur le droit des sociétés modernes, confrontées à la fois à l'éparpillement des pouvoirs normatifs et à l'internationalisation du droit, voire sa mondialisation »<sup>302</sup>.

La manifestation de la fragmentation du droit et, simultanément de son internationalisation génère un certain nombre de questions juridiques<sup>303</sup>. Par exemple, l'apparition de nouveaux acteurs dans les relations internationales appelle-t-elle une transformation concomitante des fondements du droit international? Sommes-nous en train de retourner vers le modèle du pluralisme juridique du Moyen Âge?<sup>304</sup> Si la souveraineté n'est plus ce qu'elle était auparavant, qu'en reste-t-il aujourd'hui? Devant le

---

<sup>299</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 19.25.

<sup>300</sup> Alain Pellet, « Le droit international à l'aube du XXIème siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) », cours fondamental in Cours euro – méditerranées Bancaja de droit international, vol I, Aranzadi, Pampelune, 1998, à la p 35, en ligne : [www.alainpellet.eu](http://www.alainpellet.eu) <<http://www.alainpellet.eu/Pages/Articles.aspx>>.

<sup>301</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 8.

<sup>302</sup> Bergel, *supra* note 142 à la p 11.

<sup>303</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 aux pp 86 et ss.

<sup>304</sup> Samba Thiam, *Introduction historique au droit en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2011, aux pp 67et 68.

phénomène de l'éclatement des compétences étatiques ou de l'avènement du partage de compétences, où se trouve la trace de la souveraineté? Alors, il convient de présenter et de critiquer la théorie juridique dominante, le positivisme juridique (A). Par la suite, nous ferons un survol historique afin de constater l'émergence et l'évolution d'une des théories juridiques alternatives, notamment le pluralisme juridique (B). Finalement, nous essayerons de présenter la classification des principales tendances théoriques du pluralisme juridique (C).

## A. Le triomphe et le déclin du positivisme juridique

Nous faisons brièvement l'examen des fondements juridiques et du contexte sociohistorique dans lequel le positivisme juridique s'impose à l'époque de la modernité comme la théorie dominante pour expliquer le phénomène du droit en général, mais surtout pour justifier l'existence et le contenu du droit international positif<sup>305</sup>. Cette section expose le processus de construction des notions fondamentales de la modernité, notamment les concepts de souveraineté, d'État, de nation, de communauté interétatique ainsi que la manière dont la philosophie libérale et le positivisme juridique soutiennent ce système interétatique<sup>306</sup>. Il est à noter qu'au commencement de la modernité, l'État se légitime lui-même par le simple monopole de la force (État autoritaire), mais qu'à la fin de la période de la modernité, d'autres critères s'ajoutent pour légitimer la compétence souveraine de l'État constitutionnel, l'État de droit<sup>307</sup>. Cependant, le modèle étatique lui-

---

<sup>305</sup> Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et de souverains*, Paris, chez Janet et Cottelle libraires, 1820, à la p 15 [Vattel] (« Ces trois espèces de droit des gens, *volontaire, conventionnel, & coutumier*, composent ensemble le *droit des gens positif*. Car ils procèdent tous de la volonté des nations ; le droit *volontaire*, de leur consentement présumé ; le droit *conventionnel*, d'un consentement exprès ; & le droit *coutumier*, d'un consentement tacite : & comme il ne peut y avoir d'autre manière de déduire quelque droit de la volonté des nations, il n'y a que ces trois sortes de *droit des gens positif* »).

<sup>306</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 66 (« L'unité politique du monde trouve son expression dans l'Assemblée générale des Nations unies où tous les gouvernements sont également représentés. Ce faisant, l'organisation mondiale fait abstraction non seulement des différences de légitimité qui existent entre ses membres à l'intérieur de la communauté des États, mais encore des différences de statut qui les séparent à l'intérieur d'une société mondiale stratifiée »).

<sup>307</sup> Robert Jackson, *Sovereignty: Evolution of an Idea*, Malden (MA), Polity press, 2007, à la p 145 (« It has accommodated many different kinds of sovereign state over that lengthy period: monarchies, republics,

même demeure le même pendant les quatre derniers siècles. Dans le cadre de la communauté internationale des États et du droit international classique, autant les États autoritaires que les États démocratiques interagissent légitimement dans les relations internationales<sup>308</sup>, car l'exigence d'un gouvernement démocratiquement élu n'est pas une condition d'admission ou d'expulsion de l'ONU par exemple<sup>309</sup>.

Au 21<sup>e</sup> siècle, la théorie dominante du positivisme juridique ne suffit plus à expliquer la réalité juridique internationale contemporaine, d'où la nécessité d'explorer le pluralisme juridique comme théorie valable en droit international. Pour ce faire, il convient d'abord de présenter brièvement la remise en cause de la théorie du droit naturel. Il est nécessaire de faire un retour critique vers le droit naturel, parce que bien qu'un « certain 'naturalisme', le naturalisme rationaliste du droit naturel, avec tout le travail des philosophes, qui nous enseignent que la question est 'qu'est-ce que la bonne loi' »<sup>310</sup>, nous n'arrivons pas à réintégrer les principes moraux dans le droit international moderne (1). Ensuite, il faut présenter la théorie du positivisme juridique afin de reconnaître les raisons de son essor (2). Finalement, il convient de faire une critique du positivisme juridique en droit international, afin de trouver les failles de cette théorie dominante. Autrement dit, il importe de savoir si ces problèmes trouvent leur solution au sein du positivisme lui-même, ou de voir si les vices de cette doctrine sont irrémédiables (3).

---

military regimes, theocracies, imperial states, unitary states, federal states, democracies, dictatorships, and others besides [...] But the system itself has remained in existence continuously, without interruption »).

<sup>308</sup> John Rawls, *Le droit des gens*, Paris, éditions esprit, 1996, à la p 41 [Rawls, *Le droit des gens*] (« Plus précisément, on se demande où doivent être placées les limites raisonnables de la tolérance. Il se trouve qu'une société non libérale bien ordonnée acceptera le même droit des gens que celui que les sociétés libérales bien ordonnées reconnaissent »).

<sup>309</sup> Martin Gallié, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : Un renouvellement ? », (2008) 39 : 1 *Études internationales* 17, à la p 32 [Gallié] (« les critères imposés par le droit international pour consacrer l'existence d'un « État démocratique » sont relativement limités ») ; la CIJ identifie cinq conditions imposées par la *Charte des Nations Unies* pour devenir membres de l'ONU, mais la condition d'avoir un gouvernement démocratique n'est pas dans la liste, voir notamment, *Admission d'un État aux Nations Unies* (*Charte*, art. 4), Avis consultatif : CIJ Recueil 1948, p 62 (« Les conditions prescrites sont donc au nombre de cinq : il faut 1) être un État ; 2) être pacifique ; 3) accepter les obligations de la Charte ; 4) être capable de remplir lesdites obligations ; être disposé à le faire ») ; voir aussi *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Avis consultatif : CIJ Recueil 1950.

<sup>310</sup> Marie-Luce Pavia, « Donner sa place au juge », dans *Juristes sans frontières, Le tribunal pénal international de La Haye : le droit à l'épreuve de la 'purification éthique'*, Paris, L'Harmattan, 2000, à la p 230.

## 1. *La chute du droit naturel*

D'après Grotius, le droit naturel comporte « certains principes de la droite raison qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable »<sup>311</sup>. Au commencement du modèle interétatique (17<sup>e</sup> siècle), la théorie du droit naturel domine la pensée des internationalistes. Selon Verhoeven : « L'époque est au droit naturel que Grotius se garde heureusement de confondre avec la morale ou la théologie [...] La doctrine a fait de même, sans mettre en cause un cadre jusnaturaliste qui est resté dominant jusqu'à la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>312</sup>. Nguyen renchérit : « Jusqu'à Vattel, Grotius et les autres théoriciens du droit naturel ont adopté la méthode purement rationnelle et déductive qui convenait à une époque où le droit international naissant comprenait encore peu de règles »<sup>313</sup>. Depuis la révolution industrielle, le jusnaturalisme a été remplacé par le positivisme juridique comme fondement théorique du droit international, pour quatre raisons principales.

Premièrement, la théorie du droit naturel perd sa capacité d'expliquer le droit international, parce que quelques jus-naturalistes pragmatiques, Vattel<sup>314</sup>, par exemple, acceptent l'existence du droit positif. Selon Nguyen : « Sans doute, l'œuvre de Vattel, comme tout effort de systématisation, n'est pas entièrement dépourvue d'idées et de préférences personnelles. Mais, après avoir ramené à leur juste portée ses attaches avec le droit naturel, on peut la tenir pour une œuvre positiviste »<sup>315</sup>.

Deuxièmement, certains juristes réussissent à trouver les failles du jus-naturalisme et élaborent une théorie positiviste intelligible. De Martens<sup>316</sup>, Austin<sup>317</sup>, Kelsen<sup>318</sup> et

---

<sup>311</sup> Hugo Grotius tel que cité dans Arbour, *supra* note 1 à la p 36.

<sup>312</sup> Joe Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2000, aux pp 42-43 [Verhoeven].

<sup>313</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 68.

<sup>314</sup> Vattel, *supra* note 305 à la p 15.

<sup>315</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 67 et 68.

<sup>316</sup> Georges Frédéric de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1801, à la p 7.

Hart<sup>319</sup> sont les représentants de cette doctrine qui voit le droit comme une science<sup>320</sup>. Ces positivistes dénoncent l'origine divine du droit ainsi que l'impossibilité de découvrir le droit par la raison. Ils reprochent au droit naturel son incertitude<sup>321</sup>. Ils signalent aussi qu'outre le jugement de Dieu, le droit naturel manque de commandements contraignants, car les systèmes moraux ne prévoient pas de sanctions coercitives<sup>322</sup>. Autrement dit, ils dénoncent le fait que le droit naturel se rapproche excessivement de la morale et s'éloigne trop de la science<sup>323</sup>.

Troisièmement, les auteurs positivistes comme Kelsen et d'autres internationalistes reconnus critiquent la théorie naturaliste de l'existence des droits fondamentaux des États<sup>324</sup>. C'est ainsi que la prétendue existence naturelle des États devient insoutenable à cause du processus de la décolonisation, et par conséquent, de la participation d'États nouveaux aux relations internationales<sup>325</sup>.

Enfin, c'est une pratique de plus en plus courante à cette époque, pour les États souverains modernes, de conclure de traités bilatéraux ou multilatéraux. Selon Nguyen, « l'enrichissement des normes internationales s'accélère et se rationalise avec la procédure de codification et la généralisation de la convention multilatérale aux différentes branches du droit international »<sup>326</sup>.

## **2. La montée du positivisme juridique**

---

<sup>317</sup> John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, Philosophy of positive law*, London, Murray, 1909 [Austin].

<sup>318</sup> Kelsen, *Pure theory of law*, *supra* note 115 ; voir aussi Kelsen, *Principles*, *supra* note 115.

<sup>319</sup> H L A Hart, *Le concept de droit*, traduit par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005 [Hart].

<sup>320</sup> Romain Laufer, « Le gestionnaire et la science : Histoire d'une relation » dans Jean-Philippe Bouilloud et Bertrand-Pierre Lecuyer. *L'invention de la gestion : Histoire et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 1994, à la p 249.

<sup>321</sup> Kelsen, *Pure theory of law*, *supra* note 115 à la p 220 (« The representatives of that theory have not proclaimed *one* natural law but *several* very different natural laws conflicting with each other »).

<sup>322</sup> Kelsen, *Principles*, *supra* note 115 à la p 4.

<sup>323</sup> Voir généralement, Austin, *supra* note 317 aux lectures I et II.

<sup>324</sup> Kelsen, *Principles*, *supra* note 115 aux pp 243-244.

<sup>325</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 aux pp 34-35.

<sup>326</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 83.

La codification systématique du droit international conventionnel amène tout naturellement à la montée du positivisme juridique. Désormais, les positivistes revendiquent le droit comme un phénomène reconnaissable par la science juridique. Par le biais de la codification, les juristes peuvent donc identifier le droit pour ce qu'il est et non pour ce qu'il devrait être<sup>327</sup>. Le positivisme présente un certain nombre d'éléments fondamentaux :

- le droit est la loi dictée ou consentie par la volonté de l'État (phénomène du centralisme ou de la monopolisation du droit);
- le droit et la justice s'identifient dans la Loi étatique;
- les normes juridiques sont assorties d'une menace de contrainte qui garantit leur efficacité;
- la validité d'une norme peut généralement être vérifiée au moyen d'un examen de conformité avec la norme d'origine (norme supérieure ou règle de reconnaissance);
- le droit est une science rationnelle, isolée et neutre par rapport à la morale, à la religion (laïcité du droit et de l'État), à l'idéologie politique et à la pensée économique.

Les théoriciens du positivisme juridique affirment que l'un des avantages majeurs de cette théorie est la possibilité d'avoir un système rationnel et neutre<sup>328</sup>, sans idéologie, mais toutefois fondé sur l'idéal de la certitude juridique. Guggenheim affirme :

Le droit des gens positif est donc fatalement un droit sécularisé, laïque, indifférent aux doctrines religieuses. Il ne peut en être autrement si l'on tient compte de la variété des conceptions morales, et religieuses qui sont celles des différentes communautés constituant la société internationale<sup>329</sup>.

En outre, la certitude juridique du positivisme en droit international positif découle de la possibilité d'établir tant la règle applicable à un cas en particulier que de la prévisibilité des décisions judiciaires. C'est ainsi que le droit positif permet de « déterminer et

---

<sup>327</sup> Hart, *supra* note 319 voir notes du chapitre IX à la p 318.

<sup>328</sup> Emmanuelle Jouannet, « Présentation critique » dans Koskeniemi, *La politique*, *supra* note 41 à la p 36 (« les méthodes classiques [du positivisme juridique] se présentent le plus souvent sous la forme d'un savoir neutre et désintéressé à l'égard des conflits sociaux alors qu'il y a toujours un intérêt historiquement et socialement situé à exercer une telle activité »).

<sup>329</sup> Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public*, t I, Genève, Librairie de l'Université de Georg, 1953, à la p 16 [Guggenheim].

expliquer les règles en vigueur. Son intention n'est donc pas de légitimer ou de disqualifier les principes qui trouvent leur expression dans le droit positif »<sup>330</sup>.

La certitude juridique en droit international découlerait de l'approche moniste<sup>331</sup>. Le monisme juridique postule que les « normes internes et normes internationales constituent un seul et même système juridique qui régit un même univers, l'ordre juridique national n'étant qu'un ordre juridique partiel qui doit s'intégrer dans l'ordre juridique global qu'est l'ordre international »<sup>332</sup>. Étant donné que cette thèse du positivisme juridique affirme que le droit est un système pyramidal, « il n'y aurait qu'une alternative possible en présence d'une pluralité de systèmes juridiques : l'intégration pure et simple dans l'un [des différents] systèmes en présence, ou l'indifférence totale entre les divers systèmes »<sup>333</sup>. L'indifférentisme absolu n'est pas possible, car cela équivaut à la dénégation de tout système de normes qui ne s'incorpore pas dans la structure pyramidale. Cette approche moniste est confirmée par l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (CVDT) : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »<sup>334</sup>. D'après Currie, « la conséquence pratique de la continuité essentielle des systèmes juridiques internes et internationaux, combinée à la supériorité normative avancée du droit international, consisterait à donner préséance à la règle du droit international : il remplacerait toutes les règles internes contradictoires »<sup>335</sup>.

La souveraineté législative de l'État se réconcilie difficilement avec l'interdiction d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'une norme internationale. La responsabilité internationale des États devient plus grave lorsqu'ils violent les normes impératives (*jus cogens*)<sup>336</sup>, parce que ces normes constituent des normes d'ordre public international. De nombreux droits fondamentaux de la personne constituent des normes impératives en droit international. De nos jours, ces normes impératives font partie du

---

<sup>330</sup> Guggenheim, *supra* note 329 aux pp 15-16.

<sup>331</sup> Kelsen, *Principles*, *supra* note 115 à la p 553.

<sup>332</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 145.

<sup>333</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 18.

<sup>334</sup> CVDT, *supra* note 227 à l'art 27.

<sup>335</sup> John H Currie, « Les traités et les accords internationaux comme agents de convergence et de multijuridisme dans les systèmes juridiques internes » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 24.

<sup>336</sup> CVDT, *supra* note 227 aux articles 53 et 64.

droit interne constitutionnel fondamental<sup>337</sup>. L'article 27 de la CVDT s'accorde avec la souveraineté étatique, dans la mesure où les normes impératives en droit international constituent en même temps des droits constitutionnels en droit interne<sup>338</sup>. Les tribunaux nationaux s'acharnent à adapter le droit international au droit constitutionnel<sup>339</sup>. Par contre, lorsque la disparité entre le droit interne et le droit international ne correspond pas à la catégorie des normes impératives en droit international, les tribunaux nationaux s'en remettent à la souveraineté législative de l'État<sup>340</sup>. D'après Hobbes :

Le législateur, dans toutes les Républiques, est le souverain, et lui seul, qu'il s'agisse d'un individu, comme dans une monarchie, ou d'une assemblée, comme dans une démocratie ou une aristocratie. Le législateur est en effet celui qui fait la loi ; or la République seule prescrit et ordonne l'observation de ces règles que nous appelons loi : la République est donc le législateur. Mais ce n'est que par son représentant, c'est-à-dire par le souverain, que la République est une personne et a la capacité de faire quoi que ce soit : le souverain est donc le seul législateur<sup>341</sup>.

Du moment que la loi interne ne correspond pas à la catégorie des normes impératives en droit international, la loi interne peut violer le droit international, mais il semble que les conséquences soient moins sérieuses. Par exemple, les lois qui visent à protéger le marché interne devant la concurrence étrangère. Dans ces circonstances, le gouvernement, qui détient un pouvoir souverain en matière de politique internationale, fait un choix législatif, et en assume les conséquences, dans le contexte des relations internationales.

En général, le monisme juridique en droit international manque de cohérence autant dans le champ théorique que dans la pratique. D'un point de vue théorique, le droit

---

<sup>337</sup> *Constitución Política de Colombia* (1991), art 93 (« Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno »).

<sup>338</sup> *Charte canadienne*, *supra* note 238.

<sup>339</sup> *R c Hape* [2007] 2 RCS 292 au para 101 (« Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada [...] en matière de droits de la personne ») ; voir aussi *Canada (Justice) c Khadr* [2008] 2 RCS 125 au para 25 (« La participation du Canada à la procédure engagée à Guantanamo, qui viole [les quatre Conventions de Genève de 1949], contrevient donc à ses obligations internationales »).

<sup>340</sup> *Daniels c White* [1968] RCS 517 à la p 541 tel que traduit dans *R c Hape* [2007] 2 RCS 292 au para 53 (« Le Parlement n'est pas censé légiférer de manière à violer un traité ou de quelque manière incompatible avec la courtoisie internationale ou les règles établies du droit international. [...] [L]orsqu'une loi ne présente pas d'ambiguïté, il faut respecter ses dispositions, même si elles sont contraires au droit international »).

<sup>341</sup> Hobbes, *supra* note 67 à la p 283.



international ne contient aucune norme de reconnaissance supérieure sur laquelle on pourrait édifier la pyramide interprétative. Comme le résume Arbour, « la réalité internationale accorde plus d'importance au principe de la souveraineté de l'État et à la primauté de l'ordre étatique, parce qu'elle conditionne l'application effective des règles internationales à la volonté expresse des gouvernements »<sup>342</sup>.

Afin de pallier ce défaut, le positivisme juridique présente aussi l'approche dite dualiste. Arbour décrit le dualisme en ces termes :

[la doctrine] dualiste, consiste à dire que droit international et droit national constituent deux sphères distinctes, deux mondes qui développent leurs propres normes et qui s'ignorent mutuellement, qui ne se superposent pas, sauf en des lieux de passage obligé où ils doivent au moins se reconnaître; dans ce système de pensée, il faudra alors qu'une règle internationale soit reçue, intégrée formellement par une loi ou par un décret dans le droit interne d'un État pour y déployer des effets juridiques<sup>343</sup>.

La doctrine dualiste pourrait éventuellement être valable à condition que le droit international se limite aux normes d'origine conventionnelle. Selon Currie, « le droit international, et plus précisément le droit des traités, n'a pas d'effet harmonisateur direct, car il n'a aucune pertinence ou autorité juridique interne »<sup>344</sup>. À cet effet, la Constitution de quelques États exige la procédure de la mise en œuvre du droit conventionnel dans l'ordre interne. Arbour cite l'exemple de plusieurs pays. Parmi ceux-ci, « le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Canada [qui] conservent une approche très dualiste sur le chapitre des traités et font nettement la distinction entre les deux systèmes de droit »<sup>345</sup>.

Cependant, le droit international reconnaît l'existence d'autres sources formelles classiques de droit comme la coutume internationale, et d'autres sources secondaires (les principes généraux du droit, les décisions judiciaires, la doctrine des publicistes les plus qualifiés, les actes unilatéraux et l'équité)<sup>346</sup>. C'est ainsi que la coutume internationale et les autres sources de droit international classique peuvent faire partie du droit interne sans nécessairement passer par la procédure de mise en œuvre nationale. Autrement dit, les

---

<sup>342</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 146.

<sup>343</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 145.

<sup>344</sup> John H Currie, « Les traités et les accords internationaux comme agents de convergence et de multijuridisme dans les systèmes juridiques internes » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 25.

<sup>345</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 148.

<sup>346</sup> Voir par exemple, *Statut de la CIJ*, *supra* note 209 art 38.

règles d'origine coutumière et d'autres sources n'ont pas besoin d'être reçues par le droit interne, car leur incorporation dans le droit interne ne passe pas par une loi ou un décret<sup>347</sup>. En outre, la doctrine dualiste n'arriverait pas à expliquer complètement la primauté du droit international lorsqu'il s'agit d'une norme de droit international impératif (*jus cogens*)<sup>348</sup> ou lorsque le droit international devient une source persuasive de droit interne<sup>349</sup>. Finalement, il y a aussi certains États, comme les États-Unis, la Colombie et l'Italie, dont la constitution assure l'application domestique du droit international conventionnel. C'est aussi une victoire du positivisme.

### **3. La critique du positivisme juridique**

Dans une perspective purement théorique, nous partageons l'avis d'Allott lorsqu'il affirme que le positivisme juridique s'avère problématique à plusieurs égards<sup>350</sup>. Le positivisme juridique s'ouvre notamment à de nombreuses critiques lorsqu'il est invoqué pour décrire le phénomène historique du droit international. Sans dresser une liste exhaustive des critiques possibles, nous pouvons tout de même identifier cinq failles dans la conception positiviste du droit international.

a. Le volontarisme étatique est incapable d'expliquer la totalité du droit en vigueur

Le droit qui régit l'ensemble des acteurs internationaux devrait être suffisamment large pour refléter la diversité des normes juridiques existantes, dont l'origine et la portée

---

<sup>347</sup> *R c Hape* [2007] 2 RCS 292 au para 36 « La tradition juridique britannique recourt à la méthode de l'adoption pour la réception du droit international coutumier. Les règles prohibitives du droit international coutumier peuvent être incorporées directement au droit interne en application de la common law, sans que le législateur n'ait à intervenir ».

<sup>348</sup> Voir par exemple, *CVDT*, *supra* note 227 aux articles 53 et 64.

<sup>349</sup> *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313, au para 57 ; voir aussi *Arbour*, *supra* note 1 aux pp 184-186.

<sup>350</sup> Allott, *The Health*, *supra* note 39 à la p 52.

dépassent la seule volonté exprimée par les États<sup>351</sup>. Le positivisme juridique ne considère pas les sources matérielles du droit international nouveau, c'est-à-dire les normes adoptées et pratiquées par les acteurs non étatiques, c'est le cas des principes d'Istanbul<sup>352</sup>. En outre, le positivisme juridique en droit international ne reconnaît que les États comme producteurs de normes<sup>353</sup>. Donc, le positivisme juridique ignore généralement la puissante initiative des acteurs non étatiques en ce qui concerne la production de normes et le règlement de différends. En ce sens, la perspective proposée par Amor, mérite d'être prise en considération :

En nous limitant à l'essentiel et en nous plaçant au niveau du droit international, l'évidence est qu'un nombre grandissant d'acteurs non étatiques, dans les domaines les plus divers, apportent une contribution de plus en plus importante à la vie internationale, notamment en prenant l'initiative, individuellement ou collectivement, en vue d'établir des normes juridiques et parfois même en élaborant de véritables avant-projets de conventions internationales<sup>354</sup>.

C'est ainsi que le pluralisme juridique critique le positivisme juridique dans la mesure où ce dernier réduit le droit à la loi étatique (monisme juridique)<sup>355</sup>. Par contre, la réalité de la société internationale contemporaine montre que le modèle juridique qui régit l'ensemble des sociétés humaines est plutôt de type divers et pluraliste. Cette nouvelle réalité de la société internationale amène à remettre en question la pérennité du positivisme juridique.

Également, le pluralisme juridique rejette l'universalisme du droit naturel, car ce dernier postule l'existence d'un droit international éternel, unique et mondial, tandis que le pluralisme juridique défend la thèse contraire, c'est-à-dire celle de l'existence d'un droit international fragmentaire. De son côté, le positivisme juridique volontariste admettrait également la possibilité du fractionnement du droit international, mais il tient pour cause

---

<sup>351</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 13.90.

<sup>352</sup> Forum sur l'efficacité du développement des OSC, « Principes d'Istanbul sur l'efficacité du développement des OSC », en ligne : <[http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/principles\\_french.pdf](http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/principles_french.pdf)> [Principes d'Istanbul] L'Assemblée générale du Forum ouvert sur l'efficacité du développement des organisations de la société civile (OSC) arrive, en septembre 2010, à un consensus dans ce qui concerne les 8 Principes d'Istanbul sur l'efficacité du développement des OSC.

<sup>353</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 111.

<sup>354</sup> Abdelfattah Amor, « Rapport de synthèse » dans Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, *Acteurs non étatiques et droit international : VII<sup>e</sup> Rencontre internationale de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 6,7 et 8 avril 2006*, Paris, Éditions Pedone, 2007, aux pp 391-392 [Achour].

<sup>355</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 43.

exclusive de ce phénomène la manifestation variée de la volonté individuelle de chaque État, lorsqu'un État formule une réserve ou objecte une coutume<sup>356</sup>. Selon la doctrine positiviste, chaque État, en exercice de sa volonté souveraine, a le droit de refuser d'adhérer ou de ratifier un traité international, ou de le faire en utilisant les clauses relatives aux réserves<sup>357</sup>. Le positivisme juridique prévoit aussi la règle de l'objecteur persistant comme exception à la règle de droit coutumier<sup>358</sup>. D'après Currie, la réserve aux traités multilatéraux « préserve à son tour un degré de pluralisme juridique, condition essentielle aux interactions multijuridiques futures entre systèmes juridiques internes, qui seraient autrement perdues en cas d'acceptation et de mise en œuvre parfaitement uniforme d'un régime de traité multilatéral donné »<sup>359</sup>. Les réserves aux traités multilatéraux et les objections persistantes à la coutume internationale génèrent inévitablement le pluralisme juridique en droit international. Autrement dit, le droit international contient en lui-même les éléments nécessaires pour faire de lui un ordre juridique fragmentaire par essence. Dans cet ordre d'idées, le positivisme juridique volontariste et le pluralisme juridique s'opposent également au jusnaturalisme, car les deux premiers affirment l'existence d'un droit international fragmentaire et cela est contraire à l'unité et à l'universalité auxquelles le droit naturel prétend.

De plus, le pluralisme juridique minimal<sup>360</sup> peut concorder avec le positivisme juridique que la fragmentation du droit international a par cause, la manifestation morcelée de la volonté étatique<sup>361</sup>. La volonté étatique devient plus fragmentée lorsque l'État accepte l'exercice de la compétence souveraine par des organes *infra* ou *supra* étatiques. Dans le

---

<sup>356</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, aux pp 89 et ss.

<sup>357</sup> *CVDT*, *supra* note 227 aux articles 19-23.

<sup>358</sup> *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Arrêt du 18 décembre 1951, [1951] CIJ rec 116 à la p 131 (La CIJ admet, dans l'affaire des *pêcheries*, le bien-fondé de la règle coutumière de l'objecteur persistant parce que selon la CIJ : « De toute manière, la règle des 10 milles apparaît comme inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la côte norvégienne »).

<sup>359</sup> John H Currie, « Les traités et les accords internationaux comme agents de convergence et de multijuridisme dans les systèmes juridiques internes » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 44.

<sup>360</sup> Le pluralisme juridique minimaliste reconnaît la fragmentation du droit, mais le minimalisme soutient que la gestation de cette fragmentation normative est l'œuvre des États eux-mêmes. Voir le chapitre II, aux sections A et B, ci-dessous, pour l'analyse du pluralisme minimaliste.

<sup>361</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 171 (« En effet, la fragmentation horizontale est source de contradictions, comme on a pu l'observer entre le dispositif de Kyoto et celui de l'OMC. La principale contradiction tient au refus des États-Unis d'adhérer au dispositif de Kyoto, alors qu'ils sont très présents à l'OMC »).

même sens, les deux doctrines reconnaissent la participation croissante des acteurs non étatiques dans le cadre du système interétatique déjà en place. Cette participation est l'une des causes de la fragmentation du droit international<sup>362</sup>.

En droit interne, c'est presque le même phénomène de la fragmentation du droit qui se produit. Grammond appelle le pluralisme juridique minimal, le pluralisme 'doux' ou intra-étatique :

[Le] pluralisme doux, ou hiérarchique, suppose la reconnaissance d'une source ultime de droit, habituellement l'État souverain. Le pluralisme doux découle du fait que cet État souverain délègue à des instances subordonnées, soit territorialement (par ex., les provinces canadiennes), soit dans un champ social qui jouit d'une certaine autonomie (par ex., les ordres professionnels), le pouvoir d'édicter certaines catégories de normes<sup>363</sup>.

Le phénomène du pluralisme juridique en droit interne est beaucoup plus ancien, car les ordres professionnels existent depuis le Moyen Âge.

Le pluralisme juridique maximaliste<sup>364</sup> justifie la fragmentation du droit international par la présence des acteurs non étatiques qui jouent le rôle d'émetteurs de normes ou d'administrateurs de justice<sup>365</sup>. Cette fois-ci, Grammond désigne de « pluralisme 'dur' ou extra-étatique :

Le pluralisme juridique, que l'on peut qualifier de dur, de sociologique ou d'extra-étatique, ne présume pas la supériorité d'un ordre juridique sur les autres, mais met plutôt en lumière la multiplicité des sources de normativité qui se superposent dans une société donnée et qui peuvent influencer ou déterminer la conduite des individus [...] De tels ordres juridiques peuvent donc exister indépendamment de

---

<sup>362</sup> Voir notamment, Rafaâ Ben Achour, « Les entités non étatiques et la justice internationale » dans Achour, *supra* note 354 aux pp 45 et ss ; voir généralement, François Crépeau, « La société internationale et son droit : vers un changement de paradigme ? » dans François Crépeau et Jean-Philippe Thérien, dir, *Penser l'international : Perspectives et contributions des sciences sociales*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2007, aux pp 61 et ss ; voir aussi, Eugène Bitende Ntotila, *La justice est-elle mondialisable?*, Paris, L'Harmattan, 2011, aux pp 192 et 193.

<sup>363</sup> Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 57.

<sup>364</sup> Voir le chapitre II, à la section C, ci-dessous, pour les manifestations du pluralisme maximaliste.

<sup>365</sup> Citons quelques exemples : les agences de notation (Moody's, Standard & Poor's, Fitch Ratings, Dagong Global Credit Rating, etc.), la Banque des règlements internationaux et son Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, l'International Accounting Standard Board, l'International Federation of Accountants, l'Organisation internationale de normalisation, la Chambre de commerce international et son service de règlements de différends, l'ICANN, l'Agence mondiale antidopage, le Tribunal arbitral du Sport, le Comité international olympique, les Tribunaux ecclésiastiques, les tribunaux de la Charia, entre autres.

toute reconnaissance officielle et même être ouvertement combattus par l'État. Ils n'en demeurent pas moins effectifs si une partie de la population se conforme à leurs prescriptions<sup>366</sup>.

Le pluralisme maximaliste ou dur suppose que l'exclusivité étatique, pour ce qui est de faire et de renforcer le droit, est remise en question, parce que d'autres acteurs non étatiques revendiquent aussi le droit d'exercer certaines compétences normatives ou judiciaires.

En outre, le positivisme juridique se caractérise par une conception volontariste-individualiste propre à la modernité et à la pensée libérale<sup>367</sup>. Cette approche libérale-volontariste revendique le libre arbitre de l'individu. Cependant, la primauté de la volonté individuelle doit faire face à une autre invention de la modernité, celle de l'État. C'est ainsi qu'entre l'État et l'individu, il ne reste presque rien. Autrement dit, les autres formes organisationnelles de la société sont débilitées. Comme le souligne Rouland : « Car l'État ne peut développer son pouvoir qu'en affaiblissant et niant les communautés intermédiaires auxquelles se rattachent les individus. Celles-ci existent aussi dans nos sociétés, mais le droit de l'État fait peser sur elles la loi du silence »<sup>368</sup>. C'est ainsi qu'en exerçant la contrainte légale, l'État empêche le plein exercice de la volonté individuelle. Cette contrainte se manifeste lorsque les individus cherchent à s'organiser hors de la structure interétatique. Dans ces circonstances, l'État impose des conditions restrictives pour l'exercice de la liberté d'association, liberté de manifester, de négocier de meilleures conditions économiques, sociales et collectives. Dans ces conditions, le positivisme juridique devient généralement une théorie qui participe en toute complicité au manque de développement des droits économiques, sociaux et collectifs<sup>369</sup>.

D'un autre côté, l'un des arguments que pourraient soutenir les tenants de la doctrine volontariste en droit international est l'idée naturaliste de la prétendue existence des

---

<sup>366</sup> Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 59.

<sup>367</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 36 et ss ; voir aussi, Rouland, *Anthropologie*, *supra* note 206 à la p 411.

<sup>368</sup> Rouland, *Anthropologie*, *supra* note 206 à la p 412.

<sup>369</sup> Carlos Miguel Herrera, *Que sais-je : Les droits sociaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, aux pp 5, 8, 11-20 ; voir aussi Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Le mirage de la justice sociale*, v 2, traduit par Raoul Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

droits fondamentaux des États. Autrement dit, tant que « les États sont indépendants les uns des autres, cette condition, du point de vue juridique, ne préexiste pas au droit international, mais c'est ce dernier qui la pose... [Cela] c'est donner pour base à cet ordre une condition naturelle des États »<sup>370</sup>. Pourtant, les sources historiques du droit international préexistent aux États et au système interétatique, mais pas l'inverse. En conséquence, comme le signale bien Romano, « l'indépendance actuelle des États n'est donc point leur condition naturelle, originaire, indépendante du droit international, mais elle est tout à fait contingente ; elle dérive des caractères particuliers que celui-ci a récemment revêtus »<sup>371</sup>. La démonstration de la préexistence du droit international par rapport aux États se trouve dans le fait « que des États, sans avoir eux-mêmes participé à la formation d'une règle de droit coutumier, peuvent néanmoins être assujettis, notamment lorsque la règle [coutumière] fait partie de tout le système de règles de la communauté internationale »<sup>372</sup>. Il y a aussi l'exemple des nouveaux États – comme le Soudan du Sud – qui naissent par le truchement du droit international et qui sont liés à celui-ci sans pour autant avoir participé à la création de ses normes fondamentales<sup>373</sup>. L'évidence de l'antériorité du droit international à l'égard des États s'avère fondamentale pour réfuter de manière définitive la doctrine volontariste en droit international, ainsi que pour poser les fondements de la théorie pluraliste autopoïétique. D'après Sosoe, l'élément distinctif du droit autopoïétique dans une société complexe se manifeste de la manière suivante :

Le droit représente donc un système social parmi d'autres. Il n'est plus à la traîne de la politique, devenue, à son tour, un système social parmi d'autres. Grâce à cette autonomie, le droit opère de façon autoréférentielle, c'est-à-dire qu'il ne recourt qu'à lui-même en tant que système dans ses nombreuses opérations<sup>374</sup>.

Selon la théorie autopoïétique, le droit est fondamentalement autonome et indépendant. Cette autonomie découle du discours juridique lui-même, c'est-à-dire du droit comme un

---

<sup>370</sup> Romano, *supra* note 124 à la p 43.

<sup>371</sup> Romano, *supra* note 124 à la p 43.

<sup>372</sup> Voir notamment J. Kusters cité par Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 105.

<sup>373</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 37 (« On peut enfin se demander comment un État nouveau qui apparaît dans la société internationale se trouve lié par des « unions » auxquelles il n'a point participé, ou par un droit coutumier qui lui est étranger. On ne peut plus parler que de volonté implicite, c'est-à-dire de fiction »).

<sup>374</sup> Lukas Sosoe, « Préface à l'édition française » dans Luhmann, *La légitimation*, *supra* note 93 à la p XXVI.

système affranchi de la volonté transitoire des acteurs qui y sont assujettis. Nous y reviendrons plus tard<sup>375</sup>.

Dans le cadre conceptuel du droit international positiviste, les États s'approprient la doctrine volontariste pour la transposer dans la communauté internationale des États, où les membres se déclarent autonomes, libres et indépendants, entre autres, afin de pouvoir exercer la violence légale. En même temps, les États revendiquent le droit exclusif d'être les seuls membres de plein droit de la communauté internationale, les seuls pouvant décider de la reconnaissance de nouveaux États membres de cette communauté<sup>376</sup>. Voilà pourquoi le pluralisme juridique critique le discours de légitimation de la violence, quelle que soit la source théorique qui la justifie (qu'elle soit naturelle ou légale), puisque aussi bien la théorie du droit naturel que le positivisme juridique justifient la violence légitime<sup>377</sup>.

#### b. La certitude juridique sacrifie la justice fondamentale

Le positivisme juridique valorise la certitude juridique, c'est-à-dire cet attribut qu'a le droit d'être prévisible. Cet attribut, cependant, se fait souvent au détriment de la justice fondamentale. D'après Habermas : « C'est pourquoi l'interprétation positiviste de la pratique de décision judiciaire aboutit à ceci que la garantie de la sécurité juridique éclipse la garantie de justesse »<sup>378</sup>. L'éloignement entre le droit formel et la justice fondamentale se produit, dans la mesure où le droit positif contient, à l'occasion, des solutions normatives en contradiction avec la justice substantielle. En d'autres termes, « une théorie qui insiste sur les règles formelles de justice renonce-t-elle à comprendre et à protéger ce qu'il y a de plus important dans toute tradition morale, à savoir les rapports éthiques concrets que celle-ci établit entre les êtres »<sup>379</sup>. La distance qui existe entre le

---

<sup>375</sup> Voir *infra* chapitre I, à la section C.5.

<sup>376</sup> Voir *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 aux articles 3-6.

<sup>377</sup> Walter Benjamin, « Critique of Violence » dans Manfred B Steger et Nancy S Lind, dir, *Violence and its alternatives: an interdisciplinary reader*, New York, St Martin's Press, 1999, 57, à la p 65.

<sup>378</sup> Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchinhomme, Paris, Gallimard, 1997, à la p 223 [Habermas, *Droit et démocratie*].

<sup>379</sup> Véronique Munoz-Dardé, *La justice sociale : Le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Armand Colin, 2005, à la p 113.



droit formel et la justice réelle isole parfois, le droit de la réalité sociale, en empêchant que des décisions justes et équitables soient rendues. Lors de l'*affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Congo c Rwanda)*, la CIJ met en évidence le fait qu'elle privilégie plutôt les thèses positivistes (consensualisme, volontarisme, souverainisme) que les thèses protectionnistes du bien commun dérivées du *jus cogens*. Bien que la République Démocratique du Congo (RDC) invoque onze bases de compétence, c'est l'allégation supplétoire pure et simple du *jus cogens*, comme dernier fondement de compétence, qui attire l'attention dans l'affaire du *Congo c Rwanda*. En effet, la CIJ refuse sa compétence fondée sur toutes les normes positives invoquées par la RDC. C'est ainsi que la Cour se voit finalement forcée de considérer le *jus cogens*, dans le but d'exercer éventuellement sa compétence. Cependant, la décision majoritaire de la CIJ, sur ce dernier motif, est également négative<sup>380</sup>.

Ainsi, comme le dit Scelle, le strict formalisme artificieux du « droit positif peut donc, dans certains cas, être un droit anti-juridique, bien qu'étant le droit en vigueur, obligatoire. La discordance entre le droit objectif ou naturel et le droit positif peut alors engendrer des ruptures de solidarité qui se traduisent par des révolutions »<sup>381</sup>. Cela arrive, par exemple, quand la majorité ou les plus forts s'imposent aux minorités ou aux faibles<sup>382</sup>. Dans ces circonstances, le positivisme juridique devient une doctrine qui homogénéise, assimile et tue la diversité. Selon Kelsen, « l'État n'est qu'un procédé d'unification et d'impulsion du droit [...] l'État est le droit et rien d'autre [...] Puis, comme le droit est déjà défini comme un système normatif, la fusion État-Droit le conduit à définir l'État comme un système de normes »<sup>383</sup>. Par ce chemin, on parvient au même point de la théorie du droit naturel, selon laquelle les normes ont une portée universelle, générale et uniforme.

Kelsen définit le droit comme un système spécial de rationalité cohérente. Cependant, il laisse quelques questions sans réponse puisque certaines normes n'entrent pas dans la

---

<sup>380</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, [2006] CIJ rec 6.

<sup>381</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 5.

<sup>382</sup> Franck Moderne, « Préface » dans Duguit, *L'État*, *supra* note 28 à la p X (« La loi ne peut être l'expression de la volonté générale puisque la volonté générale n'est que mystification. Elle est plus simplement l'expression de la majorité qui la vote et l'impose à la minorité du moment »).

<sup>383</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 113.

pyramide de conformité au système juridique unique et centralisé. C'est ainsi que certaines normes ne s'expliquent pas adéquatement par la rationalité pyramidale du droit d'origine étatique. Mentionnons, par exemple, les normes généralement issues de la culture des peuples, de la pratique d'une religion, de la pratique du sport ou de la pratique d'une activité scientifique, technologique, sociale ou économique. Autrement dit, le positivisme juridique néglige, ignore ou refuse de considérer les normes d'origine non étatique, normes que le pluralisme juridique intègre pourtant dans son cadre conceptuel. Villey dénonce l'insuffisance du positivisme juridique lorsqu'il affirme : « Je n'en finirais pas de dire tous les défauts de cette théorie, tous les points où elle contredit la *réalité* juridique [...] : le monopole qu'elle institue au profit du droit *étatique* alors qu'il peut y avoir du droit sans législation étatique »<sup>384</sup>.

Kelsen propose la hiérarchisation artificielle du système normatif international. En parlant du fondement du caractère obligatoire de la coutume internationale, il suppose l'existence d'une norme supérieure imaginaire. Nguyen fait la critique de la thèse de Kelsen comme suit :

Kelsen s'affirme objectiviste et refuse l'idée de consentement tacite proposée par les volontaristes. Il avoue cependant que, dans l'impossibilité de trouver un autre fondement positif à la coutume internationale, il ne peut que *supposer* que celle-ci est obligatoire parce qu'elle repose sur une norme supérieure qui l'exige. Sa norme fondamentale est donc une norme hypothétique, 'supposée' et non 'posée'. Ainsi comme Anzilotti, Kelsen rejoint le domaine de l'hypothèse indémontrable<sup>385</sup>.

La prétendue certitude juridique proposée par le positivisme juridique se révèle ainsi incapable de fournir une justification de la validité des normes du droit international. L'hypothèse positiviste relative à la règle de reconnaissance semble avoir une valeur théorique et pratique minimale. Selon Hart « la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait »<sup>386</sup>. Cependant, la sélection des critères communs qui permettent d'identifier le droit relève du

---

<sup>384</sup> Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2006, aux pp 616-617 [Villey].

<sup>385</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 113.

<sup>386</sup> Hart, *supra* note 319 à la p 129.

jugement subjectif de l'interprète. Ceci constitue une sorte de pouvoir discrétionnaire de l'interprète légal ou une sorte de réserve d'une marge de manœuvre. Cette sélection de critères communs constitue la raison d'être des tribunaux, parce que si « la règle de reconnaissance » était vraiment quelque chose d'objectif, les machines auraient déjà remplacé les juges. De plus, comment explique-t-on le changement de jurisprudence ou l'activisme judiciaire?

En outre, le nouveau langage juridique cherche à mieux représenter l'ensemble des acteurs qui participent, de nos jours, à la vie internationale. Selon Belaid :

[L]e monde d'aujourd'hui est de plus en plus dominé, gouverné, par la science, par les technologies, par l'expertise. La conséquence en est que le droit international d'aujourd'hui est devenu, dans une certaine mesure, la chose des experts. Dans le commandement du monde d'aujourd'hui, le 'politicien', le 'juriste', ou le 'diplomate', ne sont plus les seuls 'maîtres' du jeu, comme ce fut le cas, auparavant. De ce fait, la règle de droit international va être modelée selon une logique et une technicité qui tendent à échapper aux premiers pour se trouver concentrées entre les mains des savants, des experts, des spécialistes<sup>387</sup>.

En ce qui touche la terminologie, le positivisme parle surtout de « loi », tandis que le pluralisme juridique utilise le vocable « norme ». En droit international, le vocabulaire est plus variable, mais la certitude de la validité du droit n'est pas soumise exclusivement à la volonté des États. Les acteurs non étatiques, experts dans un domaine spécifique, produisent aussi du droit international. Le droit international nouveau procède alors de différentes sources et son vocabulaire est aussi divers.

c. Le droit positif manque de légitimité démocratique à l'époque de la mondialisation

Les individus, qui habitent le territoire d'un État donné, constituent la population de celui-ci. Les concepts de nationalité, de citoyenneté, d'étranger, et de résident permanent permettent aux individus de se faire octroyer des droits et d'avoir des obligations à remplir. Pour cette raison, il est important de définir ces concepts et les droits associés à

---

<sup>387</sup> Sadok Belaid, « Sources normatives concurrentes et droit international : le bouleversement d'un système de droit déjà en crise » dans Achour, *supra* note 354 à la p 34.

la population de l'État. Dans l'*affaire Nottebohm*, la CIJ résume l'importance de la nationalité comme suit :

Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national<sup>388</sup>.

Cette définition est vague puisqu'elle permet, d'une part, les cas de double nationalité, et d'autre part, les cas d'apatridie. Ainsi, la *Convention sur la réduction des cas d'apatridie* de 1961<sup>389</sup> prévoit que : « Tout État contractant accorde sa nationalité à l'individu né sur son territoire et qui, autrement, serait apatride »<sup>390</sup>. Cependant, peu d'États ont ratifié cette convention<sup>391</sup>. Pour sa part, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) cherche à remédier à la problématique des apatrides en codifiant le droit de tous les enfants : « d'acquérir une nationalité »<sup>392</sup>. Bien que les individus soient protégés par ces règles du droit international conventionnel, il reste que « la nationalité relève de l'étude des droits internes puisqu'il est universellement reconnu que l'État détermine librement et souverainement le contenu des normes relatives à l'acquisition et à la perte de sa nationalité »<sup>393</sup>. C'est ainsi que la population d'un État est généralement composée par les nationaux de chaque État. Cela exclut habituellement les étrangers (résidents permanents et visiteurs).

Les nationaux de chaque État sont en même temps des citoyens. Exception faite, bien entendu, des mineurs et de quelques autres nationaux, exclus par la loi. Selon l'article 25 du PIDCP, les citoyens ont le droit :

---

<sup>388</sup> *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c Guatemala)*, Arrêt du 6 avril 1955, [1955] CIJ rec 4 à la p 23.

<sup>389</sup> *Convention sur la réduction des cas d'apatridie*, New York, 30 août 1961, 959 RTNU 175, (entrée en vigueur : 13 décembre 1975) [CRA].

<sup>390</sup> CRA, *supra* note 389 art premier, alinéa 1.

<sup>391</sup> Au mois d'avril 2013, seulement 51 États ont ratifié la *Convention sur la réduction des cas d'apatridie*.

<sup>392</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politique*, décembre 1966, 999 RTNU 171, art 24 alinéa 3, (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

<sup>393</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 204.

a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;

b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;

c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

L'article 25 du PIDCP contient notamment les droits politiques fondamentaux propres aux États démocratiques. En outre, de nouvelles conventions interétatiques élargissent ces droits politiques aux non-nationaux. Par exemple, l'article 20 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* stipule : « 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités »<sup>394</sup>. C'est ainsi que la citoyenneté de l'Union européenne octroie quelques droits et certaines obligations aux individus faisant partie des États membres de l'Union. Les plus importants privilèges des citoyens européens sont les suivants :

- « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres »<sup>395</sup>;
- « le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside »<sup>396</sup>;
- « la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État » lorsque le citoyen européen se trouve dans un État tiers<sup>397</sup>;
- « le droit de pétition devant le Parlement européen »<sup>398</sup>; et
- le droit d'initiative citoyen<sup>399</sup>, pour ne citer que ces exemples.

Nous laissons de côté, cependant, certains détails relatifs aux droits et aux obligations associés à la nationalité et à la citoyenneté.

---

<sup>394</sup> CE, *Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, [2010] JO C 83/01, art 20 [*Fonctionnement de l'Union européenne*].

<sup>395</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 21.

<sup>396</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 22.

<sup>397</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 23.

<sup>398</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 24.

<sup>399</sup> CE, *Version consolidée du traité sur l'Union européenne*, [2010] JO C 83/01, art 11 [*Traité de l'UE*].

Selon Chevallier, « la citoyenneté est un concept essentiel et fondateur, autour duquel a été construit le lien politique, et au-delà du lien social, en Occident, et cela dès la Cité grecque »<sup>400</sup>. Le lien social de la citoyenneté conduit à la nation civique, et le lien politique de la citoyenneté conduit à l'État démocratique. La citoyenneté « permet de construire une communauté politique, en transcendant les particularismes sociaux »<sup>401</sup>. Mais la citoyenneté « évoque une réalité plus diffuse et plus profonde, touchant aux racines mêmes de l'identité individuelle et collective; la citoyenneté se présente comme un statut, plus ou moins intériorisé par chacun [...], qui fixe les modalités et les formes d'appartenance au groupe de référence »<sup>402</sup>. Néanmoins, à l'époque de la postmodernité, « certains indices de fragmentation politique font apparaître des fissures dans les murs de la 'nation' »<sup>403</sup>.

Au 21<sup>e</sup> siècle, la citoyenneté ne correspond plus à l'appartenance nationale unique. Donc, l'ancienne synonymie entre nationalité et citoyenneté ne se justifie plus, parce que la double nationalité est admise de plus en plus<sup>404</sup>. Par conséquent, la citoyenneté pourrait être apparentée à un lien d'appartenance objective et non territoriale. La citoyenneté correspondait auparavant à la nationalité et cette dernière à un territoire. Par exception, certaines personnes accédaient à la citoyenneté sans satisfaire à cette règle. Cependant, la mondialisation, et les TIC ont élargi l'exception, au point où la nationalité ne constitue plus qu'une seule façon parmi d'autres d'acquérir la citoyenneté. C'est ainsi que l'émergence de la société postmoderne mène au développement d'une citoyenneté qui ne correspond plus aux frontières nationales. En outre, la définition juridique traditionnelle de la citoyenneté ne tient pas compte de la réalité de la société postmoderne. Chevallier suggère qu'une redéfinition du lien juridique et politique doit se faire, car « une 'citoyenneté post-moderne' est ainsi en voie d'émerger, qui se démarque de la conception traditionnelle qui a prévalu avec l'avènement de l'État moderne »<sup>405</sup>. L'identité

---

<sup>400</sup> Voir notamment Chevallier, *L'État post-moderne*, *supra* note 78 à la p 192.

<sup>401</sup> Voir notamment Chevallier, *L'État post-moderne*, *supra* note 78 à la p 192.

<sup>402</sup> Voir notamment Chevallier, *L'État post-moderne*, *supra* note 78 aux pp 192-193.

<sup>403</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 63.

<sup>404</sup> Voir généralement, Thomas Faist, dir, *Dual Citizenship: From National to Societal Integration*, Burlington (VT) Ashgate Publishing Company, 2007.

<sup>405</sup> Chevallier, *L'État post-moderne*, *supra* note 78 à la p 193.

postmoderne dépasse les frontières nationales, car un individu peut avoir une appartenance plus forte à l'égard d'une entité non étatique qu'envers un État-nation<sup>406</sup>.

Le fait multiethnique de la plupart des États postmodernes oblige l'adoption des politiques d'inclusion pour légitimer l'État. « L'inclusion signifie que la communauté politique reste ouverte à l'intégration de citoyens de toute origine, sans enfermer cet *autre* dans l'uniformité d'une communauté nationale homogène »<sup>407</sup>. Tandis que l'identité culturelle peut demeurer différente, l'identité juridique pourrait être harmonisée. Selon Habermas, « la création d'une 'citoyenneté multiculturelle' requiert des politiques et des réglementations qui ébranlent la base nationale de la solidarité entre citoyens »<sup>408</sup>. La citoyenneté postmoderne ne correspond plus à une identité liée exclusivement à un État-nation unitaire. La citoyenneté contemporaine comprend également l'appartenance à des entités territoriales diverses qui coexistent en même temps<sup>409</sup>. La Cour suprême du Canada reconnaît cette possibilité lorsqu'elle affirme : « La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral »<sup>410</sup>. Ceci constitue la reconnaissance juridique de deux identités distinctes qui cohabitent dans un même État postmoderne. La pérennité d'un tel État exige la renonciation à l'homogénéisation de la société. Mais comme le souligne Habermas : « Dans la mesure où ce processus de dissociation de la culture politique par rapport à la culture [nationale] majoritaire est effectivement mis en œuvre, la solidarité des citoyens est fondée sur la

---

<sup>406</sup> Les membres du clergé sont plus liés au Saint-Siège qu'à leur État de naissance, ou les membres d'un groupe terroriste sont plus loyaux à son réseau criminel qu'à n'importe quel État.

<sup>407</sup> Habermas tel que cité par Pierre Birnbaum, « Entre universalisme et multiculturalisme : le modèle français dans la théorie politique contemporaine » dans Alain Dieckhoff, dir, *La constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2004, à la p 262.

<sup>408</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, supra note 75 aux pp 66-67.

<sup>409</sup> Bruno Lecoquierre, « Par-delà les frontières, vers de nouvelles formes de coopérations territoriales » dans Michel Bussi, dir, *Un monde en recomposition : géographie des coopérations territoriales*, Mont-Saint-Aignan, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2009, à la p 81 [Bussi] (« l'idée que les identités sont cumulatives : on peut avoir une appartenance nationale revendiquée et un sentiment d'identité européenne affirmé, l'un n'excluant pas l'autre »).

<sup>410</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au para 66.

base plus abstraite d'un 'patriotisme constitutionnel'. Si ce processus échoue, la communauté se décompose en subcultures qui s'isolent les unes des autres »<sup>411</sup>.

L'identité juridique du citoyen ne s'édifierait plus sur le concept de nation, mais sur l'idée d'État constitutionnel démocratique ou État de droit. Habermas explique cette démarche de la manière suivante :

Dans une société complexe, la formation délibérative de l'opinion et de la volonté des citoyens, fondée sur les principes de la souveraineté populaire et des droits de l'homme, constitue *en dernière instance* le médium dans lequel se développe une solidarité abstraite, engendrée sous forme juridique et reproduite au moyen de la participation politique [...] Les droits fondamentaux, civiques et politiques, autorisent les citoyens démocratiquement unis à modifier par voie de législation leur propre statut qui est en ce sens autoréférentiel. À longue échéance, seul un processus démocratique qui munit les citoyens de droits à la fois appropriés et équitablement répartis pourra être considéré comme légitime et engendrer la solidarité. Pour rester comme source de solidarité, le statut du citoyen doit conserver une valeur d'usage et se *monnayer* en droits sociaux, écologiques et culturels<sup>412</sup>.

En revanche, la pratique nous indique que le déficit démocratique s'amplifie même là où les démocraties les plus perfectionnées semblent fonctionner formellement. Hayek se demande :

Il doit bien y avoir une voie ouverte au peuple pour maintenir un gouvernement démocratique, autre que de remettre un pouvoir illimité à un groupe de représentants élus dont les décisions sont forcément orientées par les exigences d'un processus de marchandage, au cours duquel ils achètent le vote d'un nombre suffisant d'électeurs pour soutenir dans leur assemblée un groupe organisé capable de réunir plus de voix que le reste ?<sup>413</sup>

En outre, à cause de la mondialisation et de la perte de commandement du politique sur l'économique<sup>414</sup>, la participation démocratique se transforme en un simple acte

---

<sup>411</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, supra note 75 à la p 68.

<sup>412</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, supra note 75 à la p 71.

<sup>413</sup> Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. L'ordre politique d'un peuple libre*, v 3, traduit par Raoul Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, à la p 5 [Hayek, v 3].

<sup>414</sup> *Citizen United c Federal Election Commission*, 558 US 310 (2010) (« La Cour suprême des États-Unis statue que, selon le *Premier Amendement*, le gouvernement étasunien n'avait pas le droit de limiter les dépenses faites par les sociétés, les associations et les syndicats qui payent les annonces de campagnes politiques de soutien ou d'attaque aux candidats à condition que l'argent ne soit pas donné directement aux politiciens. Cet arrêt permet ainsi aux sociétés d'utiliser librement leurs fonds propres pour la promotion



protocolaire insignifiant<sup>415</sup>. La mondialisation enlève le pouvoir politique au citoyen national, surtout aux citoyens qui habitent les territoires marginalisés. C'est ainsi qu'une citoyenneté sans pouvoir perd son sens et son identité, car la jouissance des droits fondamentaux devient dissymétrique et cette jouissance dépendrait de l'appartenance du citoyen à un État fort ou faible. Mais, dans le contexte de la mondialisation, ce n'est pas seulement le citoyen qui perd le pouvoir, ce sont aussi les États les moins puissants<sup>416</sup>. Voilà ce qu'en dit Veltz :

Les États restent des acteurs majeurs et ne sont pas près d'être marginalisés (du moins les grands États structurés, qui ne représentent qu'une petite minorité des États du monde). Mais ils doivent compter désormais avec des tissages transversaux puissants : celui des firmes multinationales, qui déploient non seulement leur présence commerciale, mais leurs réseaux de conception-production, celui de diasporas, celui de médias, celui des organisations d'une société civile mondiale en émergence<sup>417</sup>.

La société internationale contemporaine est composée d'États ainsi que d'une multitude d'acteurs non étatiques<sup>418</sup>, de sorte que le positivisme juridique devienne incapable d'expliquer la légitimité démocratique du droit interne et du droit international. D'après Kieffer : « Le droit international n'est plus centré sur l'État. Il n'est plus un droit 'des États, par les États, pour les États' *a fortiori* maintenant que ceux-ci 'ne sont plus qu'*accessoirement* souverains'. La détention de compétences souveraines n'est plus

---

directe aux candidats politiques. C'est ainsi que le pouvoir économique prend le contrôle du pouvoir politique aux États-Unis. Sont les États-Unis encore la première démocratie du monde? »).

<sup>415</sup> Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2014, à la 73 (« Political opinions can become, and actually have already become in many democratic countries, a commodity that money can buy and sell with the unavoidable consequence of making inequality in politics a consolidated condition. Inequality in the opportunity to exercise political rights and economic inequality tend to go hand in hand reinforce each other. Thanks to the ownership or the control of the means of communication, those citizens who dispose of more economic power may have more chances to elect the representatives they prefer and thus to facilitate decisions that favor their interest. This is a breach of legal and political equality that is primed to jeopardize democratic procedures by lowering the barriers against arbitrariness »).

<sup>416</sup> Didier Truchet, *Le droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, à la p 42 (« l'État serait un modèle dépassé d'organisation des rapports sociaux. La 'mondialisation' le contournerait inexorablement »).

<sup>417</sup> Veltz, *supra* note 101 à la p 7.

<sup>418</sup> Marcelo G Kohen, « Manifeste pour le droit international du XXI<sup>e</sup> siècle » dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas, *Ordre juridique international : un système en quête d'équité de d'universalité*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, à la p 141 [Boisson de Chazournes] ; voir aussi Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 13.89.

l'attribut des seuls États. [Les] entités quasi et supra étatiques peuvent s'en prévaloir »<sup>419</sup>. La justification de l'obéissance aux normes ne tiendrait pas uniquement à la légitimité des institutions étatiques, car il importe d'aller plus loin, afin de trouver le fondement démocratique du droit.

Quoique le positivisme juridique soit issu de la philosophie libérale, selon laquelle la Loi est la représentation de l'intérêt général, adoptée par les représentants du peuple, on constate, de nos jours, qu'au fur et à « mesure que les conditions sociales d'une large participation politique sont détruites, les décisions démocratiques, même adoptées d'une façon formellement correcte, perdent leur crédibilité »<sup>420</sup>. En guise d'exemple, il suffit de considérer l'affaiblissement progressif de la voix citoyenne, qui est à maintes reprises anéantie par la puissante participation financière de l'élite capitaliste lors de procès électoraux, et par les coûts faramineux des campagnes électorales. Cela se traduit aussi par le lobbying de puissants investisseurs transnationaux, qui enlève la légitimité aux décisions législatives, administratives et même judiciaires<sup>421</sup>. Les groupes de pression notamment imposent régulièrement leurs intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général. Steiwer critique ce phénomène de la gouvernance contemporaine, de la façon suivante : « Une manière proche de la corruption, mais plus élégante d'intervenir par le biais dans les processus de prises de décision démocratiques est le *lobbying* »<sup>422</sup>. Par ailleurs comme le note Ziegler, « la privatisation du monde affaiblit la capacité normative des États. Elle met sous tutelle les parlements et les gouvernements. Elle vide de leur sens la plupart des élections et presque toutes les votations populaires. Elle prive de leur pouvoir régulateur les institutions publiques »<sup>423</sup>. C'est ainsi que l'on peut conclure que l'idéal de la légitimité démocratique ne se trouverait plus dans le contexte de l'État libéral ni dans son corollaire juridique, le positivisme normatif.

Même si le positivisme juridique est bel et bien la doctrine dominante alors que les États-nations westphaliens monopolisent le monde, cet archétype est en déclin. Quelques

---

<sup>419</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 167.

<sup>420</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 75.

<sup>421</sup> Voir généralement, Steve Coll, *Private empire: ExxonMobil and American power*, Londres, The Penguin Press, 2012.

<sup>422</sup> Jacques Steiwer, *De la démocratie en Europe*, Paris, Harmattan, 2008, à la p 130.

<sup>423</sup> Jean Ziegler, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, éditions Fayard, 2002, à la p 117.

internationalistes le font remarquer. Ost et van de Kerchove affirment que l'on est « sorti d'un ordre international interétatique et que la partie se joue désormais sur une autre scène, celle de la mondialisation, au sein de laquelle les États ne remplissent plus un rôle dominant »<sup>424</sup>. La mondialisation de la sphère économique et technologique réduit la capacité d'action de l'État. C'est ainsi que dans le contexte de la mondialisation, les organisations de la société civile organisée deviennent des joueurs nécessaires qui serviront de contrepoids aux forces du marché mondial. Les acteurs internationaux doivent renouveler leurs regards et la conception de leurs propres actions, du contexte contemporain dans lequel ils opèrent et du fait social qui en résulte. Il incombe aux observateurs et aux participants de l'ordre international de revoir les postulats de leurs rapports juridiques, car le droit international est de plus en plus un modèle théorique plus souple et complexe. Ce nouveau droit international considère l'existence d'une énorme diversité d'acteurs. D'autre part, les entités non étatiques représentent les divers intérêts de la société civile internationale organisée au moyen de groupements non étatiques. La vérification de la légitimité démocratique du droit international nouveau dépasse alors l'attestation de la démocratie étatique, parce que la légitimité démocratique postmoderne doit considérer tous les acteurs producteurs de normes. Tous ces acteurs doivent passer un test de légitimité démocratique.

Cependant, le droit pyramidal étatique manque de flexibilité pour s'adapter au phénomène croissant des acteurs non étatiques et de pluralité de sources normatives. Le positivisme juridique est incapable d'appliquer un test de légitimité aux normes issues de sources aussi variées<sup>425</sup>. D'après Scelle, le droit positif « s'est ainsi fréquemment révélé non seulement dénué de souplesse, mais propre à faire obstacle au développement naturel de la solidarité humaine et, par conséquent, comme résistant à l'emprise du droit objectif »<sup>426</sup>. Scelle explique que le droit positif n'est qu'une traduction imparfaite du droit objectif, parce « qu'il n'y a pas, comme on le croit souvent, plusieurs sources du Droit, mais une seule : le fait social lui-même ou la solidarité. Il ne faut pas, en effet, confondre

---

<sup>424</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 164.

<sup>425</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 264 (« La grande nouveauté de la dernière sociologie juridique luhmannienne est précisément la thèse que la positivité est *désormais insuffisante pour expliquer* ce que le *système juridique* est aujourd'hui, comment il remplit sa fonction et quelles sont les évolutions internes qu'il connaît »).

<sup>426</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 34.

la *source matérielle* du droit objectif, avec ses captations par le droit positif que l'on appelle parfois *sources formelles* »<sup>427</sup>.

d. Le positivisme juridique manque de longévité

La contingence historique demeure la faille majeure du positivisme juridique<sup>428</sup>. Au moment précis où les positivistes classiques développent leur théorie, les États maîtrisent individuellement et collectivement la planète entière. Cependant, cette coïncidence historique est relativement de courte durée. Comme le fait remarquer Ost :

Dans l'intervalle qui nous sépare de Kelsen, Hart et Ross, c'est aussi le monde qui a changé, donnant chaque jour plus de crédit à ces nouvelles perspectives. Qu'il suffise d'évoquer, pêle-mêle, la globalisation des marchés financiers, l'interdépendance accrue des économies et des cultures (mondialisation), les progrès des technologies numériques génératrices d'une société de l'information, la construction européenne, l'affaiblissement de la capacité d'action des États (sous leur double forme d'État-nation et d'État providence), l'apparition de puissants pouvoirs privés (entreprises transnationales et organisations non gouvernementales), la montée en puissance des juges et le culte des droits de l'homme, le multiculturalisme à l'intérieur même des États-nations, la multiplication des poussées individualistes<sup>429</sup>.

Il s'agirait d'un changement de tendance historique par rapport aux acteurs qui participent quotidiennement à la vie internationale et l'émergence d'un nouveau modèle de société internationale contemporaine devient claire à l'époque de la postmodernité. C'est ainsi que la cohérence conceptuelle entre modernité, État-nation souverain, monopole du droit et de la violence ne tient plus devant la nouvelle réalité internationale. En outre, la délégation des compétences régaliennes affaiblit graduellement, mais sûrement la souveraineté des États. De nos jours, divers secteurs d'activités économique, sociale, culturelle et technoscientifique, développent leurs propres systèmes normatifs. Par exemple, dans le secteur financier international Favero constate : « Par ailleurs, il

---

<sup>427</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 6.

<sup>428</sup> Voir Le Fur tel que cité par Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 103 (« Il n'y pas un droit véritable là où on se trouve en présence d'une règle volontairement consentie et qui ne lie que pour le temps où on l'accepte »).

<sup>429</sup> François Ost, « De la pyramide au réseau : un nouveau paradigme pour la science du droit » dans Alain Supiot, dir, *Tisser le lien social*, Paris, Sciences de l'homme, 2004, 175, aux pp 176-177 [Supiot].

apparaît que la pratique des contrats standards [s'est] développée en dehors de tout cadre étatique, voire de toute loi nationale en particulier [...] Le multijuridisme est ici le principe général »<sup>430</sup>. Arnaud cite aussi un exemple frappant :

Or, à vrai dire, on note là, déjà, un partage de pouvoir entre les autorités de droit positif et d'autres qui ne le sont pas au sens strict. Ainsi en va-t-il de l'Autorité des Marchés financiers (l'AMF), ou de la SEC aux États-Unis et de leurs homologues en Grande-Bretagne. Ce sont des autorités administratives indépendantes, ces fameuses AAI - ou SROs, *Self Regulating Organisations* – qui détiennent des pouvoirs d'investigation et de sanction [nos soulignements]<sup>431</sup>.

Mentionnons d'autres exemples, la Chambre de Résolution des Litiges de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)<sup>432</sup> ainsi que les autres organes juridictionnels de la FIFA (notamment, la Commission de Discipline, la Commission d'Éthique et la Commission de Recours)<sup>433</sup>. Selon Jestaz, la FIFA « regroupe en son sein les différentes fédérations nationales auxquelles les clubs sont affiliés. Bien que simple association de droit privé domiciliée en Suisse, elle apparaît à elle seule comme un véritable ordre juridique autorégulé : un État non pas dans l'État, mais outre les États, qui impose sa loi au monde footballistique »<sup>434</sup>.

Également, comme le note Madise, « l'adhésion à l'Union européenne et la soumission au droit communautaire impliqueraient pour le membre concerné un transfert de ses pouvoirs d'État – l'essence même de la souveraineté – aux organes de l'Union »<sup>435</sup>. En 1970, dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour de justice des Communautés européennes affirme ce qui suit :

[Le] droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir juridiquement opposer des règles de droit national quelles qu'elles

---

<sup>430</sup> Marc Favero, « Les contrats-cadres en droit financier : vers l'émergence d'un nouvel ordre juridique » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 202.

<sup>431</sup> Arnaud, *Entre modernité*, *supra* note 138 à la p 164.

<sup>432</sup> *Chambre de Résolution des Litiges de la FIFA*, en ligne : FIFA <<http://fr.fifa.com/aboutfifa/officialdocuments/doclists/decision.html>>.

<sup>433</sup> *Organes juridictionnels de la FIFA*, en ligne : FIFA <<http://fr.fifa.com/aboutfifa/organisation/bodies/judicialbodies/index.html>>.

<sup>434</sup> Philippe Jestaz, « Conclusion » dans Mathieu Maisonneuve, dir, *Droit et Coupe du Monde*, Paris, Economica, 2011, à la 439 et 440.

<sup>435</sup> Lauri Madise, « Le droit constitutionnel estonien et l'intégration européenne » dans Armando Toledano Laredo et al, *Intégration européenne et droit constitutionnel*, Strasbourg Cedex, Éditions du Conseil de l'Europe, 2002, à la p 46.

soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même;

[Que], dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État<sup>436</sup>.

C'est ainsi que le modèle d'États-nations souverains et les individus-citoyens dans un contexte de mondialisation deviennent les extrêmes d'un système de droit positif insoutenable. Dans cet ordre d'idées, le positivisme juridique constituerait une théorie à refaire. Selon Villey :

Il est illusoire d'espérer rendre le positivisme viable en y faisant des retouches de détail. Rousseau, par exemple, remplacera le monarque unique de Hobbes par la souveraineté populaire ; mais elle n'en sera pas moins tyrannique. Les libéraux, Locke à leur tête, s'efforceront de restaurer les libertés individuelles du citoyen face à l'État, mais ils ne pourront y réussir sans mettre en danger l'ordre public, ou sans accroître encore le champ de l'injustice sociale [...] On peut toujours essayer de sauver l'édifice en ajoutant des étages supplémentaires ou en refaisant les peintures. Je doute qu'on n'en sorte jamais, si l'on ne s'attaque aux *fondations*<sup>437</sup>.

Finalement, il est à noter aussi que depuis l'adoption de la *Charte des Nations Unies*, plusieurs nouveaux faits dans les relations internationales engendrent incontestablement de nouveaux modèles conceptuels du droit international classique et de la souveraineté<sup>438</sup>. Pour cette raison, l'élaboration d'un discours alternatif par rapport à la notion de souveraineté s'avère utile, sinon nécessaire, pour mieux comprendre le nouvel ordre juridique transnational. Dans ce cas-ci, le pluralisme juridique en droit international semble bien adapté aux nouvelles réalités internationales du 21<sup>e</sup> siècle et donc plus susceptible de les analyser convenablement.

Parmi les nouveaux faits historiques, notons d'abord la présence accrue d'acteurs non étatiques, qui modifient l'ordre juridique mondial en revendiquant une nouvelle

---

<sup>436</sup> CJE *Internationale Handelsgesellschaft mbH c Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, c-11/70, [1970] Rec CE I-1126, à la p 1135.

<sup>437</sup> Villey, *supra* note 384 à la p 617.

<sup>438</sup> Voir par exemple, Habermas, *Droit et démocratie*, *supra* note 378, à la p 19 et 20 ; Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 ; Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, New York, Oxford University Press, 2004 ; David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford (California), Stanford University Press, 1995 ; Susan R Marks, *Riddle of All Constitutions*, New York, Oxford University Press, 2000.

redistribution des compétences. Cette réaffectation des compétences souveraines se fait généralement de manière silencieuse, et parfois cela se produit par l'omission ou l'incapacité d'action des États. Lecoquierre affirme : « Les coopérations de type transnational échappent par définition en grande partie au pouvoir de contrôle des États. Les firmes multinationales et les organisations non gouvernementales, notamment, ont bâti leur organisation dans un contexte d'autonomie de fait par rapport aux États »<sup>439</sup>. La montée de nouveaux acteurs sur la scène internationale fragilise les notions fondamentales du droit international classique. Par exemple, les nouveaux acteurs dépassent de plus en plus la qualité de simples objets du droit international pour devenir eux-mêmes des sujets de ce droit. C'est ainsi que les individus, les réseaux autonomes des pouvoirs gouvernementaux nationaux, les réseaux autonomes des organismes publics internationaux, les organisations non gouvernementales, les sociétés transnationales, les réseaux professionnels, et les individus, entre autres, accèdent lentement mais sûrement au titre de sujets du droit transnational<sup>440</sup>. Ainsi, une étude sommaire de l'émergence et de l'évolution historique du pluralisme juridique s'impose pour mieux comprendre le changement de paradigme que ce cadre théorique engendre en droit international<sup>441</sup>.

## **B. Le développement du pluralisme juridique : la fin d'un monopole**

Au début de l'histoire des unités politiques, l'empire ne reconnaît aucun autre acteur international qui soit égal à lui<sup>442</sup>. À l'époque de la modernité, les États-nations se

---

<sup>439</sup> Bruno Lecoquierre, « Par-delà les frontières, vers de nouvelles formes de coopérations territoriales » dans Bussi, *supra* note 409 à la p 83.

<sup>440</sup> Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, à la p 57 [Lindblom] (« Transnational law could involve 'individuals, corporations, states, organizations of states, or other groups'. Jessup specifically referred to the '140 intergovernmental organizations and over 1,100 nongovernmental organizations commonly described as international', that made one realise 'that almost infinitive variety of transnational situations that may arise »).

<sup>441</sup> François Ost, « De la pyramide au réseau : un nouveau paradigme pour la science du droit » dans Supiot, *supra* note 429 aux pp 177 et ss.

<sup>442</sup> James Bryce, *La Saint Empire Roman Germanique et l'empire actuel d'Allemagne*, traduit par Émile Domergue, Paris, Armand Colin et Cie éditeurs, 1890, à la p viii (« L'esprit de tous ceux qui pensaient, au moyen âge, travaillait sur l'idée de la monarchie universelle et construisait une théorie pour démontrer la légitimité et la nécessité de l'empire [...] L'Empire Romaine est légitimement universel, puisque le pieu Énée, ancêtre du divin Jules, a hérité de l'Asie par Assaracus et Créuse, de l'Afrique par Électre, fille

reconnaissent mutuellement entre eux comme égaux et souverains, à l'extérieur de leur territoire et de leur peuple<sup>443</sup>. À la période de la postmodernité, nous assistons à l'émergence d'une nouvelle génération d'acteurs transnationaux qui commencent mutuellement à se reconnaître à différents niveaux, sans égard à un territoire ou à une nation, mais de préférence à l'égard d'une compétence basée sur une expertise technique ou professionnelle dans un domaine précis<sup>444</sup>. Ce savoir privilégié et cette reconnaissance mutuelle deviennent la source de la compétence normative. Autrement dit, c'est la transition de la culture industrielle vers la culture numérique et cybernétique notamment qui rend possible ce changement de paradigme juridique à l'époque de la postmodernité. Larouche et Legault observent :

La régulation sociétale repose sur une gestion technique et scientifique du social orchestrée par la 'classe savante' décisionnelle appuyée sur une technocratie procédurale. La direction de la société n'est donc plus la résultante de luttes idéologiques, comme dans la société moderne industrielle, entre libéraux et socialistes, entre bourgeois et prolétaires, etc. La gestion 'technoscientifique' et sa logique 'pragmatique-rationnelle' viennent éliminer tous les conflits d'ordre idéologique et construisent une société fondée sur le consensus, c'est-à-dire sur différents contrats ou compromis entre intérêts particuliers, ce qui crée une stabilité 'synthétique et cybernétique capable de se perpétuer'<sup>445</sup>.

Les auteurs décrivent les caractéristiques de la société postmoderne. L'État-nation ne fait pas partie de ce portrait sociétal. Nous sommes d'avis que l'État ne disparaîtra pas à cause de l'empire technoscientifique, mais il doit participer de cette société en tolérant que d'autres acteurs non étatiques partagent les compétences normatives, administratives et judiciaires. Dans une perspective historique, les tenants de la pensée wébérienne affirment que « l'État n'est pas un 'concept fondamental' de la sociologie, et il ne peut l'être, parce que Weber choisit de définir l'État 'conformément à son type moderne', ou, en d'autres termes, que l'État est la forme spécifiquement moderne de la domination

---

d'Atlas, et par Didon ; de l'Europe par Dardanus et Livie [...] Miraculeuse est la prédiction virgilienne : 'Toi, Romain, souviens-toi de régir le monde par ton commandement' »).

<sup>443</sup> Eric Well, *Hegel et l'État : Cinq conférences*, Paris, Librairie Philosophie J VRIN, 1970, à la p 74 [Well, *Hegel*].

<sup>444</sup> Marielle Debos « La création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples. Les dessous d'une ingénierie institutionnelle multicentree » dans Didier Bigo, dir, *L'action humanitaire : normes et pratiques. Politique, prescriptions légales et obligations morales*, Paris, L'Harmattan, 2005, à la p 178.

<sup>445</sup> Jean-Marc Larouche et Georges A Legault, « L'identité professionnelle : Construction identitaire et crise d'identité » dans Georges A Legault, dir, *Crise d'identité professionnelle et professionnalisme*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2003, à la p 12.



politique »<sup>446</sup>. L'État est un concept historiquement lié à la modernité. D'abord, il naît en Europe à l'époque de la paix de Westphalie. Ensuite, il se développe et devient mondialement l'institution dominante, à l'époque de la Révolution industrielle. Finalement, il commence à vieillir avec l'avènement de la mondialisation.

L'État moderne est un produit de l'histoire humaine récente<sup>447</sup>. Il est possiblement la version la plus achevée de l'individualisme philosophique. En outre, l'État constitue aussi le triomphe de la primauté des droits subjectifs de l'individu<sup>448</sup>. Selon certains penseurs, l'individualisme serait l'incarnation historique du nationalisme<sup>449</sup>. Finalement, l'individualisme s'impose dans le modèle étatique moderne sous la forme des droits civils et politiques de l'individu et du citoyen<sup>450</sup>. Du moins, c'est ainsi que Villey semble interpréter la pensée de Hobbes :

Ce droit du souverain garde encore un caractère individuel. Sans doute a-t-il pour titulaire, non plus une personne physique, mais une personne artificielle. Il faut au moins que la souveraineté soit cette fiction d'individu : les « multitudes » n'ont pas de droit ; le nominalisme hobbesien ne conçoit de droit qu'individuel. D'ailleurs, ce droit ne peut être manié que par un individu réel, seul pourvu de la « capacité naturelle » d'exercer des droits<sup>451</sup>.

D'après Hobbes, le « Léviathan » désigne la personne artificielle et souveraine de l'État. De plus, les individus constituent l'un des éléments essentiels de l'État, le peuple. Nonobstant, selon Hobbes, la multitude n'a pas de droits. Donc, le lien naturel et indissoluble n'existe qu'entre l'État et les individus.

---

<sup>446</sup> Catherine Colliot-Thélène, « La fin du monopole de la violence légitime? » dans Michel Coutu et Guy Rocher, *La légitimité de l'État et du droit autour de Max Weber*, Saint-Nicolas (Québec), les presses de l'Université de Laval, 2005, 23, à la p 31 [Coutu et Rocher].

<sup>447</sup> Edgar Vieira Posada, *Développement régionaux d'espaces sous-nationaux, transfrontaliers et transnationaux : une option pour l'intégration de l'Amérique Latine*, Bogotá (Colombie), Pontificia Universidad Javeriana, 2006, à la p 194 [Vieira Posada] (« La figure de l'État-nation est historiquement récente, puisqu'elle se construit depuis trois siècles en demi, c'est-à-dire depuis la formation de l'État westphalien à partir du dix-septième siècle ») ; Hegel, *Principes*, *supra* note 114 à la p 337.

<sup>448</sup> Hegel, *Principes*, *supra* note 114 aux pp 258 et 341.

<sup>449</sup> Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, à la p 22.

<sup>450</sup> PIDCP, *supra* note 392 art 2 et ss.

<sup>451</sup> Villey, *supra* note 384 à la p 583.

D'ailleurs, l'aboutissement de la monopolisation du droit par l'État est étroitement lié au fait de la primauté de l'individualisme<sup>452</sup>, ainsi qu'à l'interdiction et la pénalisation de la libre association civile des individus au-delà de la structure étatique<sup>453</sup>. On peut donner l'exemple des dispositions contenues dans les articles 291 à 294 du *Code pénal français de 1810*, qui punissent la constitution d'associations ou l'organisation de réunions. Ces dispositions déclarent illicite toute réunion de personnes qui ont des discussions sur les sujets religieux, politiques ou autres, sans l'autorisation préalable et toujours révocable du gouvernement<sup>454</sup>. C'est ainsi que le droit à la liberté d'association n'est pas inscrit, par exemple, dans le texte de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (26 août 1789)<sup>455</sup>. À l'instar de la plupart des constituants de divers États, les républicains français ne voulaient pas d'intermédiaires, entre le citoyen et l'État, autres que les représentants élus. Le texte de l'article 18 de la *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen* (22 août 1795) est assez clair : « Nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté »<sup>456</sup>. Autrement dit, le monopole du droit et de la violence n'appartient qu'à l'universalité de citoyens. Cette universalité se matérialise dans l'idée d'État-nation. La nation est l'âme du peuple. Quant à l'État, il en est le corps. Par voie de conséquence, l'État acquiert le droit exclusif de dire le droit, et il possède aussi le monopole de la violence légitime. Nous citons de nouveau le texte de la *Constitution du 5 Fructidor An III* : « Article 1. La République Française est une et

---

<sup>452</sup> Norbert Rouland, *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1991, à la p 53 (« Les premières Cités-États voient aussi apparaître un nouveau venu : l'individu, jusqu'ici dissimulé dans l'ombre des groupes. Car l'urbanisation relâche les liens familiaux. Pour s'imposer, l'État tend à réduire l'autorité et les compétences des groupes qui lui sont antérieures »).

<sup>453</sup> Voir par exemple la France républicaine après la Révolution. Décrets d'Allarde des 7-12 mars 1791 (interdiction des jurandes et des maîtrises), le Chapelier des 14-17 juin 1791 (interdiction des associations professionnelles), loi du 5 février 1790 (restriction des congrégations religieuses), décret du 18 août 1792 (interdiction des congrégations religieuses) et la loi anti-clubs du 19 juin 1849 tel que cité dans Bruno Villalba et Xavier Vandendriesshe, dir, *Front National et le droit*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2001, à la p 22, aux notes en bas de page.

<sup>454</sup> *Code pénal français de 1810 : Code des délits et des peines*, décrété le 16 février 1810 et promulgué le 26 février 1810, Titre premier, chapitre III, Section VII (des associations et réunions illicites), art 291 à 294, en ligne : [http://ledroitcriminel.free.fr/la legislation criminelle/anciens textes/code penal 1810/code penal 1810\\_2.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_2.htm).

<sup>455</sup> Assemblée nationale française, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, 26 août 1789, en ligne : Assemblée nationale <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>> [*Déclaration de 1789*].

<sup>456</sup> *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, 22 août 1795, art 18, en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>>.

indivisible. Article 2. L'universalité des citoyens français est le souverain »<sup>457</sup>. Depuis la modernité, la plupart des États mettent sur pied un modèle d'État centriste, qui limite légalement les libertés d'association et de réunion, peu importe qu'il s'agisse d'un régime tyrannique, monarchique ou républicain. Le sacrifice du droit de réunion et de la liberté d'association est devenu une règle afin d'aboutir à l'implantation du modèle étatique partout dans le monde<sup>458</sup>.

Ce n'est que plus tard, que quelques constitutions, chartes des droits et libertés et lois reconnaissent le droit à la liberté d'association, généralement assorti, cependant, de conditions ou de limitations. Par exemple, en France, l'article 8 de la *Constitution républicaine de 1848* signale : « Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester leurs pensées par la voie de la presse ou autrement. L'exercice de ces droits n'a pour limites que les droits ou la liberté d'autrui et la sécurité publique »<sup>459</sup>. C'est notamment le concept de la sécurité publique qui autorise les autorités étatiques à limiter le droit d'association. Cela se fait en France avec la *Loi du 19 juin 1849*, *Loi* par laquelle plusieurs associations et clubs sont interdits et dissous<sup>460</sup>.

Cependant, l'avènement de la révolution industrielle donne naissance au mouvement syndical. Ce dernier a revendiqué haut et fort la liberté d'association comme l'une des libertés essentielles d'un régime démocratique<sup>461</sup>. Pour le mouvement syndical, la liberté d'association constitue un droit fondamental qui inclut notamment le droit de manifester,

---

<sup>457</sup> *Constitution du 5 Fructidor An III*, 22 août 1795, art 1 et 2, en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>>.

<sup>458</sup> PIDCP, *supra* note 392 art 21 (« Le droit de réunion pacifique est reconnu. *L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui* » [nos italiques]).

<sup>459</sup> Assemblée nationale française, *Constitution de 1848, IIe République*, 4 novembre 1848, art 8, en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>>.

<sup>460</sup> *Loi du 19 juin 1849*, tel que cité dans Assemblée nationale, *Annales du Sénat et de la Chambres de députés*, Volume 9 (1871-1942), à la p 381, en ligne : Google livres <[http://books.google.ca/books?id=NKAOAQAIAAJ&pg=PA381&lpg=PA381&dq=Loi+du+19+juin+1849&source=bl&ots=NmLvaWr83u&sig=3Vtq0\\_vevvtU7MZ7PpjDExjyRA&hl=fr&sa=X&ei=nR\\_NT9jUK8qLgwf0NkU&ved=0CEYQ6AEwBg#v=onepage&q=Loi%20du%2019%20juin%201849&f=false](http://books.google.ca/books?id=NKAOAQAIAAJ&pg=PA381&lpg=PA381&dq=Loi+du+19+juin+1849&source=bl&ots=NmLvaWr83u&sig=3Vtq0_vevvtU7MZ7PpjDExjyRA&hl=fr&sa=X&ei=nR_NT9jUK8qLgwf0NkU&ved=0CEYQ6AEwBg#v=onepage&q=Loi%20du%2019%20juin%201849&f=false)>.

<sup>461</sup> Voir par exemple, *Loi « Waldeck-Rousseau » du 21 mars 1884 relative à la création de syndicats professionnels*, en ligne : Lexinter.net <[http://www.lexinter.net/lois/loi\\_du\\_21\\_mars\\_1884\\_\(loi\\_waldeck\\_rousseau\).htm](http://www.lexinter.net/lois/loi_du_21_mars_1884_(loi_waldeck_rousseau).htm)>.

le droit de faire la grève, le droit à la négociation collective, entre autres. C'est le droit à la négociation collective qui amène à mettre sur pied une nouvelle source créatrice du droit, puisque chaque convention collective devient une nouvelle règle de droit. Cette source quasi autonome de droit est relativement hors du monopole étatique<sup>462</sup>.

De son côté, le droit international classique « régleme en premier lieu les relations entre États souverains. Il est donc indiqué de serrer de plus près la notion de l'État souverain, puisque c'est le sujet de droit international le plus important »<sup>463</sup>. Le droit international reconnaît aussi la personnalité juridique aux organisations internationales constituées par les États eux-mêmes<sup>464</sup>. Finalement, le droit international positif reconnaît aux individus comme sujets de ce droit. La reconnaissance des individus se fait soit à titre de protection des droits de l'individu<sup>465</sup>, de responsables de crimes internationaux ou de victimes<sup>466</sup>. Par contre, le droit international positif n'arrive pas à reconnaître pleinement la personnalité juridique internationale aux organisations non étatiques, puisque d'après le droit international positif, les organisations non étatiques restent dans un statut précaire, puisqu'elles agissent à titre de simples consultantes ou observatrices des affaires internationales<sup>467</sup>. Dans la réalité, cependant, les entités non étatiques débordent de ce cadre juridique<sup>468</sup>.

Le phénomène du pluralisme juridique se manifeste dans une atmosphère de pleine liberté d'association des individus et des collectivités au moyen de groupements

---

<sup>462</sup> Michel Coutu, « Le droit du travail comme ordre légitime » dans Coutu et Rocher, *supra* note 446 aux pp 333 et ss.

<sup>463</sup> Guggenheim, *supra* note 329 à la p 171.

<sup>464</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ Recueil 174, à la p 178.

<sup>465</sup> Voir par exemple, PIDCP, *supra* note 392.

<sup>466</sup> Voir par exemple, *Statut de Rome*, *supra* note 153.

<sup>467</sup> Voir par exemple, *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 art 71 ; voir aussi *Attribution du statut d'observateur au Comité international de la Croix-Rouge, eu égard au rôle et aux mandats particuliers qui ont été assignés par les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Rés AG 45/6, Doc off AG NU, 31e sess, (16 octobre 1990), à la p 15, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F)>.

<sup>468</sup> Voir généralement, C L Lim, « Authority and Personality: Non-State Entities as Law-Givers? » dans Christopher Harding and CL Lim, *Renegotiating Westphalia: Essays and commentary on the European and conceptual foundations of modern international law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, aux pp 90-94 [Harding et Lim].

organisés par une société civile qui s'émancipe de la tutelle étatique<sup>469</sup>. Béchillon présente cette idée dans le passage suivant :

Le corps social ferait, par ce biais, la démonstration de sa capacité d'accès à une certaine 'maturité', où le besoin d'une figure tutélaire, paternelle et autoritaire, se dissoudrait petit à petit. L'un céderait la place au multiple, l'État laisserait une bonne part de la sienne au marché, aux entités locales et à la société civile plus autonome et désormais plus largement maîtresse de son destin. Un déclin généralisé du droit officiel s'ensuivrait, au profit de régulations plus immédiates, plus 'naturelles' en quelque sorte, puisque spontanément secrétées par le dynamisme de la vie sociale. La postmodernité supposerait ainsi la coexistence de plusieurs systèmes normatifs appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace, jusqu'à faire advenir un *pluralisme juridique* apte à se substituer par là au monisme caractéristique de la modernité étatique<sup>470</sup>.

Les organisations de la société civile agissent à l'occasion en dehors de la portée de la structure étatique ou interétatique. La régulation de l'Internet est l'un des exemples de ce phénomène actuel. D'après Raâch et Essammary, « [l]'apparition de l'Internet a provoqué un infléchissement du rôle de l'État dans la gestion de ce nouveau moyen de communication, contrairement aux évolutions plus anciennes. En effet, de par leur nature, ces nouvelles technologies échappent à l'État »<sup>471</sup>.

Au commencement de la période étatique, l'édification de l'État-nation exige que les individus donnent leur appui exclusif et sans restriction au projet d'élaboration d'un appareil de représentation politique unique. Pour cette raison, les autres associations d'individus sont fréquemment bannies. La primauté des droits individuels devient alors un rempart contre les abus de pouvoir de l'autorité publique, mais les forces extrêmes de l'État et de l'individu font en sorte qu'on ne peut atteindre le juste milieu, c'est-à-dire la liberté d'association reconnue comme un droit fondamental, ainsi que la conséquence logique de ce droit, qui est l'existence d'organisations autonomes de la société civile. C'est ainsi que lors de l'établissement des premiers États de droit, la liberté individuelle a

---

<sup>469</sup> Yves Schemel et Wolf-Dieter Eberwein, *Normer le monde*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p 55 [Schemel et Eberwein] (« Acteurs étatiques et non étatiques, avec ou sans but lucratif sont en effet de plus en plus engagés dans la création d'un système d'autorégulation leur évitant d'être soumis à l'action des États »).

<sup>470</sup> D de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité » dans Evelyne Serverin et Arnaud Berthoud, dir, *La production des normes entre État et société civile : Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Montréal, L'Harmattan, 2000, à la p 48.

<sup>471</sup> Fatma Raâch et Asma Essammary, « La gestion de la toile et les entités non étatiques : entre inclusion et exclusion » dans Achour, *supra* note 354 à la p 301.

la primauté sur d'autres formes de liberté, et il en résulte un plus grand respect des droits civiques et politiques. C'est plus tard que la liberté d'association devient un enjeu important, car elle stimule l'évolution des droits sociaux, économiques, culturels, collectifs et environnementaux.

L'évolution du droit à la liberté d'association montre le changement du discours juridique au fil des années. D'abord, les guildes, les associations professionnelles ou corporatives émettent leurs propres normes et dominent plusieurs secteurs d'activité au Moyen Âge<sup>472</sup>. C'est dans la même logique que les populations locales, par exemple les cités-états, qui sont soumises à un empire, peuvent avoir leurs propres normes<sup>473</sup>. Ensuite, ce sont autant les associations que les peuples minoritaires qui sont anéantis pendant les premières étapes de la dominance étatique, puisque l'État maintient le monopole de la violence et du droit<sup>474</sup>. Alors, ce sont les États eux-mêmes qui s'entendent pour créer les premières organisations internationales<sup>475</sup>. Récemment, ce sont les associations privées ainsi que les peuples autochtones<sup>476</sup> qui reviennent en avant-plan pour constituer des réseaux de corporations transnationales, d'ONG et de peuples aborigènes<sup>477</sup>. Larose identifie trois catégories de ces réseaux transnationaux :

1) ceux qui ont des objectifs purement instrumentaux, spécialement les corporations transnationales et les banques ; 2) ceux qui sont motivés particulièrement par des idées communes et partagées, tels que les groupes scientifiques ou les communautés épistémiques ; 3) ceux qui sont motivés fondamentalement par des principes et des valeurs, en l'occurrence les réseaux de défense transnationaux, la catégorie la plus pertinente à leur démonstration<sup>478</sup>.

---

<sup>472</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 483, 488 et ss.

<sup>473</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 478 et ss.

<sup>474</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 505 et ss.

<sup>475</sup> Philippe Marchesin, *Introduction aux relations internationales*, Paris, Karthala, 2008, à la p 86.

<sup>476</sup> Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 56 (« sur le plan international, les instruments normatifs en vigueur ou en émergence justifient le droit des peuples autochtones de promouvoir, conserver et développer leurs systèmes juridiques »).

<sup>477</sup> Voir par exemple, le *Réseau des peuples autochtones sur la biodiversité (Indigenous Peoples' Biodiversity Network - IPBN)* tel que cité dans Darrell A Posey et Graham Dutfield, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa, CRDI, 1997, aux pp 163 et 164.

<sup>478</sup> Larose, *supra* note 21 à la p 24.

Tous ces réseaux mènent du lobbying pour l'adoption de normes, ou les adoptent eux-mêmes, et jugent de différends très divers selon leur domaine de spécialité<sup>479</sup>. C'est ainsi que le changement de paradigme juridique enrichit l'un des éléments de la culture humaine, c'est-à-dire le droit. Au terme de ce qui précède, nous allons parcourir de façon sommaire les phases qui ont marqué le développement historique du pluralisme juridique.

### **1. Le pluralisme juridique pré-étatique : la culture ou le droit**

Du point de vue historique, le droit est un phénomène pré-étatique<sup>480</sup>. En outre, les jusnaturalistes affirment que « l'homme possède des droits naturels, au-delà de la religion, de la race et de la patrie. C'est en tant qu'homme que l'homme a des droits inaliénables »<sup>481</sup>. De nos jours, les activistes en droits de la personne affirment également : « Les droits humains sont des droits pré-étatiques dont peut se prévaloir chaque humain en tant qu'individu vis-à-vis des collectivités (notamment des États) »<sup>482</sup>. Cette réalité historique se reflète dans l'un des principes du PIDCP, à savoir le principe selon lequel les peuples ont le droit de « disposer d'eux-mêmes »<sup>483</sup>, puisqu'on pourrait inclure dans la notion de peuples, toutes les entités pré-étatiques telles que les peuples autochtones, entre autres. La notion de droit pré-étatique veut aussi dire que bien avant l'État moderne, il y avait déjà des normes et des mécanismes de résolution des différends. Selon Cario :

Comme elle le fut à de nombreux égards par le passé, apaiseurs, conciliateurs et arbitres dans la France du haut Moyen Âge. Comme elle le demeure dans quelques civilisations épargnées : cercles de guérison ou de sentence chez les Inuits du Québec et plus largement au sein des Premières Nations d'Amérique du Nord; conférences du

---

<sup>479</sup> Margaret E Keck et Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1998, aux pp 199 et ss.

<sup>480</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, au para 114 (« Le titre aborigène a un caractère sui generis parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique »).

<sup>481</sup> Francisco de Victoria tel que cité par Hasbi, *supra* note 17 à la p 189.

<sup>482</sup> Le portail suisse des droits humains, *Qu'est ce que les droits humains?*, en ligne : [humanrights.ch](http://www.humanrights.ch) <<http://www.humanrights.ch/fr/Connaissances/Philosophie/index.html>>.

<sup>483</sup> PIDCP, *supra* note 392 art 1.1.

groupe familial chez les Maoris, aborigènes de Nouvelle-Zélande, justice traditionnelle et palabre en Afrique, notamment<sup>484</sup>.

Dans cette même perspective, nous constatons aussi que le réputé « *palabrero wayuu (Patchipu)* », en Colombie et au Venezuela, constitue un autre exemple de l'existence de règles coutumières pré-étatiques en ce qui concerne le règlement de différends<sup>485</sup>.

Cependant, l'ordre juridique pré-étatique se caractérise par son fonctionnement décentralisé et par l'absence de mécanismes exécutoires organisés<sup>486</sup>. Comme l'écrit Rouland, « à la fin du XI<sup>e</sup> siècle, en ce qui concerne les différends entre chevaliers, la justice comtale ne possède plus de force exécutoire. Le compte n'est plus qu'un arbitre, que peuvent ou non choisir les parties »<sup>487</sup>. Donc, au Moyen Âge, il existe une forme de pluralisme juridique, puisque cette époque « se caractérise notamment par une fragmentation territoriale, un morcellement de l'organisation politique et un caractère diffus de l'énonciation normative »<sup>488</sup>.

Plus avant encore, à l'époque de l'Empire romain, l'ordre juridique ne fonctionnait pas selon le critère de l'universalité, ou de la centralisation, mais plutôt selon les critères de l'autonomie et du maintien des normes coutumières des peuples dominés. Par exemple, le droit de la Rome impériale établit l'autonomie comme un « droit que les Romains avaient laissé à certaines villes grecques, de se gouverner par leurs propres lois »<sup>489</sup>.

Pufendorf et Barbeyrac décrivent ainsi les fondements de cette pratique impériale :

---

<sup>484</sup> Robert Cario, *Justice restaurative : principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005, aux pp 20-21 [Cario].

<sup>485</sup> Voir par exemple, Boaventura de Sousa Santos et Mauricio Garcia Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomme II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, aux pp 174-179 (Le « *palabrero wayuu* » est une personne reconnue par la communauté, qui en utilisant le pouvoir de la parole sait régler les disputes qui peuvent survenir dans le voisinage. Le « *palabrero* » agit en général avant que les faits violents arrivent afin de les prévenir. Il est surtout un pédagogue de la paix) ; voir aussi caracol270387, « Jurisdicción indígena, palabrero 1 », vidéo en ligne : YouTube <<http://www.youtube.com/watch?v=XnWuldfC-0w>>.

<sup>486</sup> Arnaud, *Entre modernité*, *supra* note 138 aux pp 59 et ss.

<sup>487</sup> Rouland, *Anthropologie*, *supra* note 206 à la p 335.

<sup>488</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 399.

<sup>489</sup> Dictionnaire de la langue française Émile Littré, Tome 1, à la p 373, tel que cité dans Carine Gindre David, *Essai sur la loi du pays calédonienne : La dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Paris, L'Harmattan, 2008, à la p 388.



on laisse suivant aux Peuples conquis une partie de leurs Lois & de leurs privilèges, quelque différents qu'ils soient des Lois & des Coutumes de l'État vainqueur. Car l'unité d'un État ne demande pas nécessairement que toutes les terres de son obéissance soient gouvernées par les mêmes Lois positives [...], il suffit qu'ils dépendent, tous d'un souverain commun<sup>490</sup>.

Cependant, d'après Blackstone, cette courtoisie était préférentiellement réservée aux nations chrétiennes, puisqu'après la conquête de civilisations barbares, la coutume veut que la nation vainqueur impose fréquemment son ordre juridique comme c'était le cas des lois coloniales<sup>491</sup>. Lorsque le Canada (Nouvelle-France) était une colonie française, l'Angleterre fut vainqueur à la bataille de Québec en 1759. L'Angleterre adopte la proclamation royale de 1763 et instaure la common law au Québec, ce qui était contraire à la coutume applicable aux conquêtes entre pays chrétiens<sup>492</sup>. Ce n'est que par l'Acte de Québec de 1774 que le droit civil a été rétabli, et ce, afin de calmer la population locale qui menaçait de se joindre à la révolution des colonies américaines contre la couronne britannique. Le peuple du Bas-Canada est gouverné selon la loi civile française. Ceci marque, en partie l'origine du pluralisme juridique canadien<sup>493</sup>.

Les groupes minoritaires dominés, les peuples autochtones conquis et les peuples colonisés subissent normalement les contraintes de la loi du colonisateur. En même temps, ces groupes refusent habituellement de s'intégrer ou de s'assimiler volontairement aux normes du groupe dominant ou conquérant. C'est une sorte de pluralité culturelle normative qui subsiste dans un même territoire. Ntampaka décrit de la manière suivante les causes de ce phénomène en Afrique à l'époque coloniale :

Le pluralisme juridique restait justifié par la différence de compréhension des concepts juridiques et le souci d'une meilleure gestion de la société par des règles secrétées par une longue tradition. Le maintien de pratiques traditionnelles dans les domaines régis par le droit écrit formait une preuve de l'incompréhension de textes imposés ou d'une résistance de la population attachée à ses valeurs traditionnelles. Parmi les causes invoquées pour le maintien d'un pluralisme juridique, on cite le degré d'évolution des mœurs de la population et la volonté de différenciation entre

---

<sup>490</sup> Samuel von Pufendorf et Jean Barbeyrac, *Le droit de la Nature et des gens*, Amsterdam, Chez Henri Schelte, 1706, à la p 255 du livre VII, chapitre V.

<sup>491</sup> William Blackstone, *Commentaries on the laws of England: in four books*, Volume 1, 13e édition, Londres, A Strahan, 1800, à l'Introduction, section VI.

<sup>492</sup> Joel Bakan et al, *Canadian Constitutional Law*, Third Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2003, à la p 72.

<sup>493</sup> Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1998, aux pp 33 et ss.

les indigènes et les étrangers. Il faut également relever que certaines autorités coloniales avaient intérêt à maintenir en place les institutions existantes pour mieux asseoir leur autorité<sup>494</sup>.

Dans la plupart des colonies, la reconnaissance d'un pluralisme juridique devient relativement normale, même s'il est *de facto*, parce que la plupart du temps, le principal objectif du conquérant est d'abord le profit économique, et non pas la restauration sociale.

Bien que théoriquement, le concept du pluralisme juridique soit très récent, dans les us et coutumes, il existe depuis des siècles. Le droit n'existe pas toujours comme un élément autonome ou *in vacuo*. Il s'intègre fréquemment dans la culture. Dans ce cas, on parle plutôt de la tradition et non du droit. Comme le souligne Bergel, « l'Europe a longtemps connu le pluralisme juridique. Au moyen-âge, les coutumes locales ou générales, le droit romain, le droit canonique, les chartes municipales, les statuts des corporations constituaient autant de systèmes concurrents »<sup>495</sup>. Rouland décrit de façon détaillée l'évolution du phénomène du pluralisme juridique au Moyen Âge, jusqu'à l'accentuation du système étatique :

Comme on le sait, la société féodale, dominée par les guerriers, est très conflictuelle. Soit ces conflits sont réglés par la guerre, à laquelle participe aussi le clergé, en usant d'armes spirituelles [...] Soit on recourt à l'arbitrage : un comte, un évêque ou un abbé, jouant des relations personnelles qu'ils entretiennent avec les parties, s'efforcent de parvenir à les réconcilier. Leur action est moins guidée par le respect du droit que par le souci de la restauration de la paix [...] Soit on recourt à des tribunaux, capables d'imposer leur décision aux parties : cette procédure n'est utilisée que dans les rapports entre les seigneurs et leurs dépendants, elle est inapplicable au groupe des chevaliers. Ce n'est qu'avec la croissance de l'État, aux XIII<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, que les modes juridictionnels se multiplieront<sup>496</sup>.

Ainsi, il est possible de soutenir que le pluralisme juridique constitue le prolongement historique de la dimension juridique des cultures des peuples. Cependant, l'emprise du droit par le monopole étatique anéantit la pluralité des ordres normatifs parallèles, en les remplaçant par un ordre juridique centralisé et contrôlé par les États. L'un des objectifs

---

<sup>494</sup> Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005, à la p 80.

<sup>495</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 13.

<sup>496</sup> Rouland, *Anthropologie*, *supra* note 206 à la p 334.

de la monopolisation du droit et de la violence est « de faire régner la discipline, de renfoncer l'emprise de l'État sur la société et de faire de sa domination un pouvoir effectif, selon les termes de Michel Foucault »<sup>497</sup>. Dans la même veine, Coutu et Rocher, en interprétant Weber, affirment :

L'originalité de Weber se manifeste toutefois par le rejet catégorique de toute conception téléologique ou finaliste de l'État. Elle réside aussi dans l'analyse de la formation de l'État moderne comme processus de *monopolisation du droit*. L'État s'est en effet construit à travers la suppression de multiples communautés de droit (*Rechtsgemeinschaften*) fondées sur le lignage, la confession religieuse, l'appartenance ethnique, etc., caractéristiques des sociétés prémodernes (situation de 'pluralisme juridique')<sup>498</sup>.

Selon Benyekhlef, l'établissement du projet westphalien ne cherche pas à résoudre les inconvénients juridiques engendrés par le modèle pluraliste des sociétés prémodernes et préétatiques du Moyen Âge, car selon lui, la règle de droit n'émane pas seulement du processus législatif ou judiciaire. Cependant, avec l'émergence du concept du souverain, d'abord dans la figure du pouvoir royal et par la suite, avec l'institution de l'État-nation, un virage majeur s'effectue en ce qui concerne les sources de la norme. Les processus de codification et de systématisation du droit de source étatique « marquent une idéologie statocentrique. Ils sont le résultat d'une volonté forte de faire de l'État le maître de la norme »<sup>499</sup>.

L'idée de modernité émerge de l'époque de la Renaissance comme un projet de société rationnelle, société constituée d'individus dotés de droits subjectifs, et qui fait *ipso facto* rupture avec la société médiévale, celle-ci étant constituée de groupes et de classes (cléricales, seigneuriales, chevaliers-guerrières, vassaux, paysans, artisans, etc.). C'est alors que les appareils étatiques surgissent comme les instruments de réalisation du projet de la modernité. Dans cette perspective, les États modernes imposent un ensemble des structures politiques et juridiques appropriées afin d'établir une société d'individus. Dans cette société « chaque individu se sait reconnu, chaque individu est et se sait être membre actif de la communauté et sait en plus qu'il est connu et reconnu comme tel par tous les

---

<sup>497</sup> Peter Wagner, *Liberté et discipline : Les deux crises de la modernité*, Paris, Métailié, 1996, à la p 82 [Wagner].

<sup>498</sup> Coutu et Rocher, *supra* note 446 à la p 3.

<sup>499</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 399.

autres et par l'État lui-même »<sup>500</sup>. Autrement dit, le fondement essentiel du projet de la modernité est la reconnaissance de l'individu par l'État, et *vice-versa*. Dans cette transaction fictive, cependant l'État assume exclusivement la gestion du droit et de la violence. En échange, l'individu reçoit la sécurité et la certitude juridiques. Pour ce faire, la loi et l'ordre deviennent des prérogatives dont l'État a le monopole, puisque « l'essence de l'État est la loi »<sup>501</sup>.

Grammond observe : « La conception positiviste du droit, encore largement répandue parmi les professionnels du droit, veut que le droit représente l'activité normative de l'État, c'est-à-dire les règles que l'État édicte et sanctionne à l'égard de ses citoyens »<sup>502</sup>. Ce point de vue positiviste, qui considère le droit comme le fruit exclusif de la volonté étatique, est une idée qui appartient à la modernité, puisque les sociétés pré-modernes vivent dans une logique de pluralisme juridique. Les relations internationales pré-étatiques se déroulent aussi dans une logique de pluralisme juridique. Nous pourrions dire qu'antérieurement à Westphalie, il y avait un type d'ordre international dans lequel les acteurs non étatiques de l'époque reconnaissaient des normes juridiques applicables à leurs relations mutuelles. Selon Harding et Lim :

Clearly there were earlier 'international' relations between distinct political entities which existed within some kind of normative framework, and moreover, beyond the European ambit. [...] The prior existence of a mature body of international law worked out by accomplished international jurists in textbooks upon the subject is an incontrovertible fact. And even after the Westphalian system had been established, there were parts of the world which for some time were unaffected by it and even entities which were consciously excluded (as not being 'civilised nations') even though they were significant political actors<sup>503</sup>.

Autrement dit, l'existence d'acteurs non étatiques dans un contexte des relations juridiques internationales est relativement constante avant et même un peu après la dominance du modèle interétatique. Le pluralisme normatif était le modèle juridique des relations internationales avant l'imposition du modèle westphalien.

---

<sup>500</sup> Well, *Hegel*, *supra* note 443 à la p 59.

<sup>501</sup> Well, *Hegel*, *supra* note 443 à la p 52.

<sup>502</sup> Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Breton et al, *supra* note 254 à la p 67.

<sup>503</sup> Harding et Lim, *supra* note 468 à la p 12.

Même dans le contexte du droit international, le droit est un phénomène pré-étatique et supra-étatique. Les idées de Benyekhlef rejoignent cette perception :

Comme les sociologues du droit l'ont établi, le droit prend forme dans les sociétés pré-, mais aussi infra-, supra- et para-étatique. Le 'lien consubstantiel et indissoluble entre le juridique et l'étatique' est mis à mal dès lors que sont considérés des groupements sociaux autres que les 'nations'. À ce titre, le droit international public, qui régit la société internationale, ne saurait se résumer à un droit exclusivement interétatique<sup>504</sup>.

C'est un fait remarquable qu'il existe, même avant Westphalie, des entités politiques autonomes, notamment les Villes États<sup>505</sup>. De plus, il existe encore, de nos jours, des entités auxquelles les théoriciens donnent le titre d'États *de facto* ou quasi-États<sup>506</sup>. Donc, il existerait depuis le Moyen Âge un droit international fait par et pour ces entités non étatiques. Toutefois, le mythe de Westphalie érige la justification d'un système interétatique où le monopole du droit et de la violence par les États devient aussi une caractéristique des relations internationales à l'époque de la modernité.

## **2. La modernité : le pluralisme juridique à l'ère de l'État-nation**

En regardant l'évolution du système d'État centriste, c'est le modèle westphalien qui donne naissance aux États-nations modernes. Ce modèle étatique adopte d'abord un droit naturel préexistant, de type rationnel<sup>507</sup>. Par la suite, les États adoptent eux-mêmes la loi interne; ils s'entendent aussi entre eux pour accorder le droit international applicable aux États<sup>508</sup>. Par conséquent, les États deviennent maîtres du système juridique dominant.

---

<sup>504</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 9.

<sup>505</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 480.

<sup>506</sup> Voir par exemple, André Laliberté, « La question identitaire Taïwanaise » dans Juan-Luis Klein et Frédéric Lasserre, *Le monde dans tous ses États : Une approche géographique*, 2<sup>e</sup> édition, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2011, aux pp 382 et ss.

<sup>507</sup> Hasbi, *supra* note 17 à la p 189 (les théories du « droit naturel ont cherché à soumettre les États à des normes morales et juridiques qui les transcendent, parce que ces normes seraient extérieures à leur volonté et leur seraient opposables de manière naturelle et permanente. Dans cette perspective, le droit naturel serait le 'fruit de la participation humaine à la raison divine' »).

<sup>508</sup> Hasbi, *supra* note 17 à la p 188 (la doctrine positiviste « appréhende la société internationale comme une société d'États égaux et souverains liés par le droit international qui est un droit interétatique et qui fonde l'ordre juridique international. Les relations au sein de cette société reposent sur la volonté des États, sur une base contractuelle et non institutionnelle »).

Cette monopolisation du droit constitue notamment un élément essentiel de la modernité, puisque ce droit de type unitaire est le seul système normatif renforcé par la puissance publique. Cela fait en sorte que le positivisme juridique devient la doctrine dominante à la fin de la période de la modernité, car seulement la normativité issue de l'État ou du système interétatique est considérée comme du vrai droit (*hard law*)<sup>509</sup>.

L'élément de souveraineté externe fait que l'État est autonome sur la scène internationale. D'abord, les États, en exerçant leur souveraineté externe, créent les organisations continentales, internationales et spécialisées. La capacité de créer des organisations intergouvernementales ainsi que la compétence à conclure des traités constituent des manifestations concrètes de la compétence souveraine internationale de l'État. Une fois que les attributions internationales aboutissent à la création des organisations continentales et internationales d'États, ces organisations acquièrent des compétences souveraines internationales (a). Ensuite, les États dominants se donnent le droit d'intervenir au nom de l'humanité pour remplacer les États qui ne se conforment pas aux normes à vocation universelle (b)<sup>510</sup>. Finalement, les failles de la communauté interétatique remettent en question le monopole exercé par les États dans les relations internationales (c).

a. L'internationalisation de la souveraineté externe de l'État

En outre, la souveraineté externe permet aux États d'exercer de compétences souveraines à l'international, par exemple la négociation et la ratification de traités et de conventions. L'on pourrait signaler que cela constitue un processus d'internationalisation du pouvoir de l'État. Autrement dit, lors de l'internationalisation de compétences souveraines, les

---

<sup>509</sup> Voir généralement, Conklin, *supra* note 289 à la p 1.

<sup>510</sup> Martti Koskenniemi, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2002, aux pp 4-5 (« One of my desires is that the ensuing account will finally do away with the image of late nineteenth – and early twentieth-century lawyers as “positivists” who were enthusiastic about “sovereignty [...]”. The most important exception to this was their support of official imperialism [...]. Until 1914, they did advocate the extension of Western sovereignty beyond Europe as they only organized way to bring civilization to their “Orient”. After the First World War, however, they started increasingly looking for internationalized solutions to colonial problems »).

États participent à l'élaboration du droit international positif<sup>511</sup>. À l'occasion de l'exercice de ce pouvoir normatif à l'international, on retrouve les phénomènes d'unification et de pluralisation du droit en parallèle<sup>512</sup>. Cette symbiose devient évidente lors de la régulation par consensus, où les grands s'accordent pour mieux dominer le monde dans les groupements d'États dominants. Les réseaux législatifs, où tous adoptent presque la même norme, se manifestent dans la codification systématique du droit à l'intérieur des pays régis par le droit civil et l'interprétation judiciaire croisée témoigne de la manière dont les ordres judiciaires interconnectés fonctionnent à l'intérieur des pays dominés par la common law<sup>513</sup>.

Cependant, dans le droit international, ce n'est pas l'unification du droit qu'on aperçoit, parce que la diversité d'accords multilatéraux incomplètement ou individuellement ratifiés par les États fait en sorte « qu'il existe non pas un droit international, mais autant de droits internationaux qu'il y a de ces accords »<sup>514</sup>. Bien qu'un ensemble d'États monopolise le droit international positif, ce dernier ne serait ni uniforme, ni universel, puisque les normes applicables à chaque État différeraient selon les adhésions, les réserves, les ratifications ou les pratiques particulières de chaque entité étatique. Les mécanismes individuels de réserve aux conventions internationales et les objections persistantes à la coutume internationale engendrent le processus de décentralisation du droit international. Autrement dit, il s'agirait d'un pluralisme juridique international minimal, où les États participent depuis qu'on arrive à la modernité, mais il s'agit d'un pluralisme juridique contrôlé par les États.

Malgré l'adoption de conventions à vocation universelle qui portent sur les droits politiques et économiques, sur l'interdiction de la torture et la punition de crimes internationaux, on trouve des mécanismes qui empêchent l'universalité du droit international. D'abord, la CVDT qui porte sur les principes s'appliquant aux traités entre les États ouvre la porte à la pluralité de juricultures, car elle permet l'existence de règles

---

<sup>511</sup> Voir par exemple, *CVDT*, *supra* note 227 à l'art 6.

<sup>512</sup> Voir généralement, Oriol Casanovas, *Unity and Pluralism in Public International Law*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

<sup>513</sup> Voir généralement, Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128.

<sup>514</sup> Romano, *supra* note 124 à la p 42.

différentes pour différents États. Le pluralisme juricuturel en est un exemple<sup>515</sup>. En outre, le principe d'immunité de juridiction et surtout celui de l'immunité d'exécution font en sorte que les États jouissent d'un privilège selon lequel ils ne seront ni poursuivis ni obligés de se plier à une décision judiciaire devant la juridiction d'un autre État. Les immunités juridictionnelles des États constituent l'un des mécanismes qui empêchent l'universalisation du droit international<sup>516</sup>. En effet, le principe de l'égalité souveraineté permet le libre exercice par l'État des activités souveraines à l'échelle internationale. En ce sens, les États peuvent s'affranchir de la compétence juridictionnelle d'un autre État, lorsqu'ils opèrent à l'étranger. En le faisant, un État peut invoquer l'immunité afin d'entraver l'application de normes de protection des droits de la personne. Ces normes ont pourtant une vocation universelle, mais l'immunité semble avoir préséance<sup>517</sup>.

En outre, on trouve une forme du pluralisme juridique faible en droit international qui se manifeste par la coopération régionale. Les accords régionaux permettent à des groupes d'États ayant des intérêts similaires de former leurs propres organisations et de conclure leurs propres traités à vocation régionale et fragmentaire. Il en résulte un droit international non universel<sup>518</sup>. Selon Arbour : « Le droit international général est l'ensemble des règles qui s'appliquent uniformément à l'ensemble des États. Le droit international particulier se réfère à l'état du droit entre deux États ou plusieurs États »<sup>519</sup>. Dans le dernier cas, il s'agit d'un droit international régional ou sectoriel.

Sandra L Bunn-Livingstone développe la notion de pluralisme juricuturel dans lequel les États sont à la fois les constructeurs du droit international de portée universelle et les défenseurs des différences culturelles. Autrement dit, les États revendiquent, lors de négociations internationales, la marge d'appréciation nationale. Bunn-Livingstone arrive

---

<sup>515</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 aux pp 35-36.

<sup>516</sup> Voir par exemple, *Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004, rés. AG. DOC. A/59/508.

<sup>517</sup> Conseil de l'Europe, AP, 17e séance, *Résolution 1507 : Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe* (27 juin 2006) à la p 1 (« Les États-Unis ont ainsi progressivement tissé une 'toile d'araignée' clandestine s'étendant à travers le monde et dans laquelle des centaines de personnes, même simplement soupçonnées de sympathie pour des organisations considérées comme terroristes, se sont retrouvées piégées, victimes de disparitions, de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux, notamment vers des pays appliquant notoirement la torture »).

<sup>518</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 31.

<sup>519</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 41.



à concilier l'universalité du droit international et le pluralisme juridique à faible intensité :

Universality is not the opposite of 'weak' legal pluralism which can itself be universalised. That is, rules in the international legal system allow for States to assume differing obligations. Weak legal pluralism can also be incorporated into universal system, as it has been to some extent in the international legal system. However, universality of legal rules is at odds with 'strong' legal pluralism. If international law contains 'universal' rules, such as those pertaining to the law of treaties, and State practice disregards these rules in order to apply their own, this consists of strong legal pluralism which cripples universality<sup>520</sup>.

Il est vrai que la notion de souveraineté relative se concilie bien avec le concept de pluralisme juridique à faible intensité. Comme le montre Bunn-Livingstone, sur le plan international « such weak pluralism exists for example in both customary law, which allows for persistent objection to customary rules, and treaty law, which allows ratification to a treaty subject to reservations. Since it has been validated by [...] foundation of the legal system, such 'weak pluralism' is not at odds with legal centralism »<sup>521</sup>. Par contre, le pluralisme juridique fort en droit international, revendiqué unilatéralement par les États, équivaut à la défense du principe de la souveraineté absolue.

Le droit international positif se distingue par sa mise en exécution potestative, car l'efficacité du droit international est dépendante de la volonté de chacun des États contractants. C'est ainsi que seule l'intervention contraignante des États renforce son application. Autrement dit, le droit international constitue un système décentralisé de sanctions. Cette description s'apparente à l'idée de pluralisme juridique fort développée par Bunn-Livingstone :

In its 'strong' form, however, legal pluralism is the opposite of legal centralism and universality. 'Strong' legal pluralism exists in spite of the State or *grundnorm*. It is not envisaged, provided for, or validated by the system, but strong legal pluralism is extant if an analysis is conducted of the empirical state of affairs within it. In international legal system, strong legal pluralism exists if we can show that State practice in areas of seeming universality [...] is not envisaged, provided for, or validated by the system, but exists nevertheless<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 32.

<sup>521</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 30.

<sup>522</sup> Bunn-Livingstone, *supra* note 134 à la p 31.

L'universalisme et le centralisme juridique en droit international constituent une exception. L'un de rares cas d'universalisme juridique se présente lorsqu'on fait appel aux normes impératives du *jus cogens*. À l'inverse, dans le système juridique interétatique, le pluralisme fort existe lorsque les États pratiquent l'exceptionnalisme juridique. Cela veut dire qu'un État en particulier s'affranchit lui-même du droit international. En d'autres termes, l'exceptionnalisme juridique mène à la négation du droit international ainsi qu'à l'abandon du multilatéralisme dans les relations internationales. Bien que l'exceptionnalisme en droit interétatique soit rarement revendiqué, il faudra le distinguer du phénomène du pluralisme juridique extrême ou radical de type extra-étatique revendiqué par les acteurs non étatiques<sup>523</sup>.

Néanmoins, comme le note Pentassuglia, « personne ou presque ne soutient une conception absolutiste de la souveraineté étatique au sens d'un pouvoir placé au-dessus du droit international. En fait [...], l'article 2, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, implique au moins la limitation des droits souverains de chaque État par les droits semblables des autres États »<sup>524</sup>. Malgré cela, la reconnaissance du principe de l'égalité entre les États subsiste depuis la paix de Westphalie<sup>525</sup>.

Pourtant, l'internationalisation de compétences souveraines se manifeste dans une claire perspective pluraliste. Effectivement, « les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États ont déjà fait surgir des exemples d'actions exercées sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États »<sup>526</sup>. L'émergence des organisations internationales en est une preuve. L'apparition de ces dernières est beaucoup plus récente en droit international que la reconnaissance officielle du principe de l'égalité entre les différents États. Les

---

<sup>523</sup> Voir ci-après chapitre I, section B.3.

<sup>524</sup> Gaetano Pentassuglia, *Minorités en droit international*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, à la p 171.

<sup>525</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 196 (« This is a great difference between the law of nations and global. The former was not a law among equals as international law is, at least in theory, because all states are equally sovereign. This does not necessarily hold in practice – witness the functioning of the Security Council of the United Nations »).

<sup>526</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ Recueil 174, à la p 178.

organisations internationales sont des acteurs relativement nouveaux<sup>527</sup>. Leur création est postérieure à l'émergence de l'État-nation<sup>528</sup>.

En général, on décrit les organisations internationales « comme des associations volontaires d'États, constituées par un accord international, et qui sont dotées d'organes permanents, propres et indépendants, chargés de gérer des intérêts collectifs. [Les organisations internationales] ont la capacité d'exprimer une volonté juridiquement distincte de celle des membres »<sup>529</sup>. Depuis que les organisations internationales s'inscrivent dans la catégorie d'acteurs internationaux, elles émettent une intentionnalité juridique différente de celle des États. La capacité juridique attribuée aux organisations intergouvernementales constitue l'un des éléments fondamentaux du changement dans les relations internationales, dans la mesure où de nouvelles entités internationales, autres que les États, participent aux relations internationales à titre de sujets du droit international<sup>530</sup>. Cette compétence juridique internationale, qui est dérivée en principe de la volonté étatique, génère « une dynamique propre qui leur échappe [aux États] à mesure que les institutions [internationales] s'autonomisent en développant leurs propres stratégies »<sup>531</sup>.

#### b. La communauté interétatique remplace provisoirement l'État-nation

Bien que les organisations internationales deviennent relativement autonomes par rapport aux États membres, au point où elles ont une personnalité juridique qui leur est propre et

---

<sup>527</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 638 (« Ce n'est cependant qu'une fois l'État consacré comme forme fondamentale d'organisation des sociétés humaines que les organisations internationales, au sens moderne du terme, ont commencé à se développer »).

<sup>528</sup> Donnons quelques exemples. L'Union Internationale du télégraphe (1865), le Bureau International des Poids et Mesures (1875), l'Union Postale universelle (1878), l'Union pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques (1883), et la Société des Nations (1919) qui est la première organisation internationale ayant pour but de maintenir la paix.

<sup>529</sup> Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, à la p 10 [Diez de Velasco Vallejo].

<sup>530</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités entre les États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, Doc NU A/CONF.129/15 (non encore en vigueur).

<sup>531</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 141.

qui est distincte de celle des États membres<sup>532</sup>, ces organisations restent l'instrument de contrôle international des États dominants. Les interventions humanitaires constituent l'un des exemples du démembrement de l'État par la communauté internationale. Elles sont appelées à faire face aux crises humanitaires qui continuent à apparaître un peu partout sur la planète. Ces crises s'intensifient comme l'illustrent le nombre croissant de victimes innocentes<sup>533</sup>. Les crises peuvent avoir comme cause le désir de domination d'un peuple sur un autre. Elles tiennent également comme source la lutte pour la conquête des ressources premières générée par l'accroissement de la consommation mondiale<sup>534</sup>. La consommation grandissante est une bulle dégénérative qui est la conséquence directe de l'économie de libre marché mondial. Autrement dit, l'universalisme de la marchandise parvient à atteindre les peuples les plus faibles qui, par coïncidence historique, habitent les territoires riches en matières premières<sup>535</sup>.

L'extraction de matières premières ne se fait pas pacifiquement. Elle nécessite un certain degré de puissance industrielle afin d'extirper la ressource de la terre, ainsi que de violence physique pour déloger les habitants locaux qui y résisteraient. La méthode que l'on utilise en est une de violence organisée, qui se manifeste aussi bien envers la nature qu'envers l'humain<sup>536</sup>. Nonobstant, peu de personnes remettent en question la destruction de la nature, car elle se justifie par le besoin des autres peuples, mais ces autres peuples ont déjà dévasté leurs propres ressources à cause de leur surconsommation. Les derniers développements du droit international positif, qui visent à protéger l'environnement, s'avèrent insuffisants et inefficaces, parce qu'ils ne prévoient pas une protection directe de l'environnement, dans des conflits armés non internationaux. Par exemple, dans les zones en conflit armé, ce droit ne s'applique que partiellement et c'est là où l'on a le plus besoin de l'appliquer<sup>537</sup>.

---

<sup>532</sup> Arbour, *supra* note 1 aux pp 735 et ss.

<sup>533</sup> Kanga Bertin Kouassi, *La communauté internationale : de la toute-puissance à l'inexistence*, Paris, L'Harmattan, 2007, à la p 154 [Kouassi].

<sup>534</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 36.

<sup>535</sup> Voir généralement, Misser et Vallée, *supra* note 165 ; Mopo-Kobanda, *supra* note 166.

<sup>536</sup> Voir par exemple, Ignacio Ramonet, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 1999, à la p 11 [Ramonet] ; voir aussi, Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Éditions François Bourin, 1990, à la p 58 [Serres].

<sup>537</sup> David Guillard, *Les armes de guerre et l'environnement naturel : Essai d'étude juridique*, Paris, L'Harmattan, 2006, à la p 46 et suivantes.

La répression de crimes atroces, de massacres qui constituent une violation du droit international, devrait servir d'argument prédominant pour justifier les interventions humanitaires. Grotius est le premier internationaliste à développer une théorie de la guerre juste de type interventionniste, en vertu de laquelle « chaque individu n'est pas seulement le vengeur de son propre droit, mais qu'il l'est encore de celui d'autrui : c'est pourquoi les mêmes causes qui sont justes pour celui dont l'intérêt est en question, sont justes pour ceux qui portent secours aux autres »<sup>538</sup>. Plus loin, Grotius se questionne plus précisément, en voulant « savoir si c'est une cause juste de guerre, de prendre les armes pour les sujets d'un autre, afin de repousser d'eux l'oppression de celui qui les gouverne »<sup>539</sup>. Malgré les nuances, Grotius répond par l'affirmative en tirant profit du narratif historique à sa disposition :

Lorsque l'oppression est manifeste : si quelques Busiris, Phalaris, Diomède de Thrace, exercent sur ces sujets des cruautés qui ne peuvent être approuvées par aucun homme équitable. C'est ainsi que Constantin prit les armes contre Maxence et contre Licinius ; que d'autres empereurs des Romains les prirent, ou menacèrent de les prendre contre les Perses, s'ils ne cessaient de persécuter les chrétiens à cause de la religion<sup>540</sup>.

Cette ancienne théorie de Grotius concernant la guerre juste est reprise par les internationalistes contemporains. Mentionnons le *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États : la responsabilité de protéger*<sup>541</sup>. La théorie de la guerre juste, telle que la préconise Grotius, autorise tout État, plusieurs États, ou l'ensemble de la communauté interétatique à intervenir en vertu du principe de la responsabilité de protéger<sup>542</sup>. D'autres auteurs, Kouassi, par exemple, critiquent la théorie de la guerre juste ainsi que la doctrine de la responsabilité de

---

<sup>538</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome deuxième, nouvelle traduction et suivi d'une table analytique de matières par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Libraires Guillaumin et Cie, 1867, à la p 587 [Grotius].

<sup>539</sup> Grotius, *supra* note 538 à la p 595.

<sup>540</sup> Grotius, *supra* note 538 à la p 597.

<sup>541</sup> *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États : La responsabilité de protéger*, Centre de recherche pour le développement international, Ottawa, décembre 2001 [Responsabilité de protéger].

<sup>542</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 17 (« The legacy of the Nazi-perpetrated holocaust and the elaboration of a regime of human rights in the second half of the 20<sup>th</sup> century have steadily circumscribed what constitutes acceptable treatment of citizens by leaders of sovereign states. Leaders who knowingly and routinely violate the norms of this regime risk not only public international condemnation and variety of sanctions imposed against their regimes but also indictments and convictions by international tribunals »).

protéger<sup>543</sup>. D'après Kouassi : « Ici encore, il s'agit de justifier la force obligatoire du droit des gens, la guerre étant le moyen privilégié de la contraindre [des États fautifs] à l'observation des 'normes internationales' »<sup>544</sup>. Kouassi énonce ainsi les développements historiques et théoriques récents :

La fin des années 1970 et le début des années 1980 ont donné à l'idée d'« humanité » ses lettres de noblesse (patrimoine commun de l'humanité, bien commun de l'humanité, héritage commun de l'humanité, etc.), à tel point qu'on eût pensé que cette *Humanité* (dans sa gloire) était sur le point d'être érigée en sujet de droit international. Certains n'ont pas manqué l'occasion de proclamer un « droit d'ingérence » au nom de l'humanité ou un « droit d'ingérence humanitaire » qui voudrait mettre en défis le sacro-saint principe de souveraineté dans les relations internationales<sup>545</sup>.

C'est ainsi que les dernières mises à jour du droit international, qui visent à protéger les victimes des violences systématiquement graves, se compilent sous les bannières du droit et du devoir d'ingérence ou d'interventions humanitaires et du droit pénal international relatif aux crimes internationaux. Un droit d'ingérence comme fondement de l'intervention humanitaire, dans le but de venir en aide aux victimes collatérales du pillage, se développe, surtout depuis l'apparition de la doctrine de la « responsabilité de protéger »<sup>546</sup>.

La doctrine de la « responsabilité de protéger » semble accueillir l'idée que le droit international reconnaît l'autonomie étatique seulement afin que l'État puisse garantir les droits des personnes qui habitent son territoire. Par contre, la notion de souveraineté absolue laisse beaucoup de doutes sur les possibilités d'intervention humanitaire directe de la part de la communauté internationale si l'État concerné ne consentit pas<sup>547</sup>. La

---

<sup>543</sup> Georges Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, v 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, à la p 50 [Scelle, v 2] (Selon Scelle : « Celle-ci implique, en effet, la pression d'un ou de plusieurs gouvernements étrangers sur un autre gouvernement pour l'amener à modifier ses pratiques arbitraires à l'égard de ses propres sujets. Aussi beaucoup d'auteurs déclaraient-ils que cette intervention était contraire au Droit. La nécessité n'en consacra pas moins la pratique » [nos italiques]).

<sup>544</sup> Kouassi, *supra* note 533 à la p 40.

<sup>545</sup> Kouassi, *supra* note 533 à la p 15.

<sup>546</sup> *Responsabilité de protéger*, *supra* note 541.

<sup>547</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, le 8 juin 1977, art 3 (« 1. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un état ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'état ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'état par tous les moyens légitimes. 2. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée comme une justification d'une intervention directe ou indirecte, pour quelque

reconnaissance de l'autorité étatique devrait être relative, car la souveraineté appartient aux citoyens et l'État n'en est que le dépositaire. Aussi longtemps que l'État, reste un bon administrateur, il garde la souveraineté. Par contre, quand les gouvernements étatiques ne respectent plus leurs citoyens, ils ne peuvent pas justifier la légitimité de leur gouvernement ni utiliser la prétendue souveraineté de leur État pour continuer à violer leurs droits individuels ou collectifs<sup>548</sup>.

D'abord, les personnes qui sont victimes de leur propre gouvernement et de leur propre État peuvent invoquer leur souveraineté-citoyen pour appeler l'aide de la communauté internationale (ONU), qui peut devenir la dépositaire de leur souveraineté, afin qu'ils puissent retrouver la garantie de leurs droits fondamentaux<sup>549</sup>. Néanmoins, cette solution reste purement théorique puisque les communautés les plus démunies n'ont pas de voix sur la scène nationale, encore moins sur la scène internationale. Il suffit de penser aux intouchables de l'Inde, aux victimes de génocides, aux peuples autochtones des Amériques du Nord et du Sud<sup>550</sup>.

Alors, le droit international prévoit, dans le Statut de Rome et la *Charte des Nations Unies*, que toute menace contre la paix justifie la prise de mesures de la part de la communauté internationale à travers des organes compétents, par exemple le Conseil de sécurité. Parmi les mesures qu'il est possible de mettre en œuvre se trouve celle de confier la compétence de poursuite criminelle pour des crimes internationaux à la CPI<sup>551</sup> et en dernier ressort, celle de l'intervention humanitaire au Comité d'état-major des Nations Unies<sup>552</sup>.

En outre, la doctrine de la « responsabilité de protéger » cache une nouvelle forme d'interventionnisme des grandes puissances, parce que les membres permanents du

---

raison que ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle ce conflit se produit »).

<sup>548</sup> Voir généralement, *Responsabilité de protéger*, supra note 541 aux pp 9-10.

<sup>549</sup> Voir généralement, *Responsabilité de protéger*, supra note 541 aux pp 56-57.

<sup>550</sup> Bien que le monde soit aujourd'hui plus branché et que les réseaux sociaux deviennent de médias alternatifs au service de tous afin de dénoncer les atrocités, le pouvoir reste dans les mains de celui qui écoute et décide sur la suite de choses. Donc, bien que la dénonciation soit faite, les actions protectrices se décident en accord avec la géopolitique internationale et non selon le degré de besoins de victimes.

<sup>551</sup> Voir *Statut de Rome*, supra note 153 art 13, b).

<sup>552</sup> Voir *Charte des Nations Unies*, supra note 147 aux articles 42-49.

Conseil de sécurité s'approprient le concept de communauté internationale pour ensuite confisquer le droit international à leur propre profit. Cela est possible parce que les centres de pouvoir (Conseil de sécurité) écoutent la voix des peuples opprimés de manière sélective. Alors, les interventions humanitaires sont plutôt choisies au cas par cas, selon les intérêts politiques et les bénéfices économiques potentiels pour les grandes puissances, et non en considération des besoins des victimes<sup>553</sup>. Autrement dit, dans la mesure où le concept de communauté internationale est vague, son utilisation « donne libre cours aux injustices entre Nations. Cette situation résulte de ce qu'un seul État [ou un petit groupe d'États] dès lors qu'il concentre entre ses mains la puissance, peut parler au nom de la prétendue communauté »<sup>554</sup>.

À son tour, le droit pénal international se limite à la sanction d'une liste très limitée des crimes internationaux<sup>555</sup>. Par contre, ce droit ne touche ni les sociétés transnationales, ni leurs administrateurs ou leurs actionnaires<sup>556</sup>. De plus, ce droit ne sanctionne pas le pillage de ressources naturelles et permet la quasi-impunité dans les cas de dégradation environnementale<sup>557</sup>. En général, ce droit international s'avère incomplet et inefficace<sup>558</sup>. Lorsqu'il ne s'applique qu'occasionnellement, il semble discriminatoire, car les interventions humanitaires sont décidées selon l'intérêt géopolitique de cinq membres permanents du Conseil de sécurité, et le choix des poursuites est laissée au bon vouloir des dirigeants internationaux<sup>559</sup>.

Bien que certains croient que la responsabilité de protéger a un caractère juridique et de consensus dans le monde occidental quant à son application, cette responsabilité de protéger demeure l'un des projets politiques internationalistes qui n'ont pas d'aboutissement normatif concret. Par exemple, le *Statut de Rome* prévoit une

---

<sup>553</sup> Voir généralement Kouassi, *supra* note 533 aux pp 55-59.

<sup>554</sup> Kouassi, *supra* note 533 à la p 115.

<sup>555</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 5.

<sup>556</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 25.

<sup>557</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 8, alinéa 2. b) iv).

<sup>558</sup> Nations Unies, *Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale*, Volume I, documents finaux, A/CONF.183/13 (Vol I), Document de la Commission plénière à la p 229 (« La liste des crimes de guerre qui figure dans le projet de statut est incomplète compte tenu de la nécessité de parvenir à un accord en temps voulu »).

<sup>559</sup> Calixte Baniafouna, *La démocratie de l'ONU et Côte d'Ivoire : Du « machin » de De-Gaulle au bras armé de la Françafrique*, Paris, L'Harmattan, 2011, aux pp 85 et ss.



compétence limitée à l'égard des crimes dont la CPI est qualifiée pour poursuivre les responsables<sup>560</sup>. En outre, le Conseil de sécurité détient le pouvoir de sursis pour enquêter ou pour poursuivre, pouvoir que le Conseil peut exercer à tout moment<sup>561</sup>. De plus, plusieurs États contestent le prétendu caractère juridique de source coutumière de l'interventionnisme humanitaire. Autrement dit, cette contestation persistante empêche que la responsabilité de protéger fasse partie, comme il se doit, de la catégorie du droit coutumier. Alors, si les critères utilisés jusqu'à maintenant pour déterminer une intervention sont de type politique et non juridique, nous ne pourrions pas y voir une norme juridique à vocation internationale.

Il semble que la responsabilité de protéger aurait été l'un des arguments utilisés pour décider de l'intervention de 2011 en Libye. Cependant, ce principe n'est pas formellement invoqué comme justification ou fondement de l'intervention internationale, puisque les résolutions du Conseil de sécurité soutiennent que la responsabilité de protéger incombe aux autorités de chaque État<sup>562</sup>. Néanmoins, la protection de civils est invoquée lorsque le Conseil de sécurité autorise l'établissement d'une zone d'exclusion aérienne, mais il n'y a jamais été question d'intervention militaire<sup>563</sup>. Autrement dit, la formalité juridique n'a pas clairement reconnu l'existence d'un principe de responsabilité de protéger, comme étant le fondement de l'intervention en Libye. Dans les faits, l'intervention a largement dépassé la portée juridique des résolutions du Conseil de sécurité. Donc, il semblerait que des critères politiques se soient imposés, car ailleurs dans d'autres pays, dans des circonstances relativement semblables en ce qui concerne le besoin de protection de civils, le comportement de la communauté internationale d'États est bien différent.

---

<sup>560</sup> *Statut de Rome*, supra note 153 art 13.

<sup>561</sup> *Statut de Rome*, supra note 153 art 16.

<sup>562</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 1970*, CS/rés/1970/2011, en ligne : ONU <<http://www.un.org/french/docs/sc/2011/cs2011.htm>> (« les autorités libyennes ont la responsabilité de protéger le peuple libyen »).

<sup>563</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 1973*, CS/rés/1973/2011, en ligne : ONU <<http://www.un.org/french/docs/sc/2011/cs2011.htm>> (« pour protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque en Jamahiriya arabe libyenne, y compris Benghazi, tout en excluant le déploiement d'une force d'occupation étrangère sous quelque forme que ce soit et sur n'importe quelle partie du territoire libyen »).

Chemillier-Gendreau résume cette problématique de la façon suivante, « le droit n'est pas l'instance détentrice du dernier mot sur les relations sociales. Le droit international apparaît plutôt comme un accommodement tardif souvent mêlé de mauvaise foi et construit pour légitimer une régulation extrajuridique »<sup>564</sup>. Nous admettons que cette affirmation puisse être valide pour le droit international positif, mais pas nécessairement pour le droit international objectif. La mauvaise foi s'observe quand les puissances utilisent le droit international afin de faire passer un choix politique, mais le choix politique est variable et asymétrique selon les circonstances, le moment et les destinataires. Cela amène à l'application d'un droit international de type inégalitaire et à géométrie variable.

c. Le pluralisme juridique dépasse le concept de communauté interétatique

Le problème ne se limite pas à l'inégalité entre les États face au droit international, mais aussi au fait que le droit international positif ne s'applique pas à l'ensemble des acteurs de la société internationale, parce que le droit international positif s'applique principalement aux États-nations qui sont membres de la communauté internationale<sup>565</sup> d'États. Par ailleurs, le concept de communauté internationale lui-même « n'a pas de fondement juridique [...] Or les relations internationales actuelles reposent sur la 'loi du plus fort' et non sur le droit international; la communauté internationale est donc un paravent à l'utilisation de la force aux fins de la répression des petites nations »<sup>566</sup>.

En gros, le droit international de source exclusivement étatique semble avoir de sérieuses failles, soit parce qu'il homogénéise les comportements des acteurs internationaux par la force ou soit parce qu'il accepte l'exceptionnalisme au profit de quelques États dominants. D'un autre côté, même si les États continuent à faire partiellement la mise à jour normative en ce qui concerne les défis mondiaux contemporains au moyen de

---

<sup>564</sup> Monique Chemillier-Gendreau, *Humanité et souveraineté : essai sur la fonction du droit international*, Paris, Éditions la Découverte, 1995, à la p 295.

<sup>565</sup> Voir par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif : CIJ Recueil 1996, p 226, aux paragraphes 82, 100 et 103.

<sup>566</sup> Kouassi, *supra* note 533 à la p 59.

nouveaux traités et conventions, le droit international reste coincé dans le même schéma interétatique. Cela explique l'existence d'une distance infranchissable entre la norme et la réalité en droit international. Habermas en trace le portrait de la façon suivante :

Les normes exigeantes qui existent aujourd'hui tiennent partiellement compte de [la conception de l'alliance des peuples et de l'état cosmopolitique]; mais il existe toujours un écart important entre la lettre de ces normes et leur mise en œuvre effective. Dans le meilleur des cas, on peut comprendre la situation actuelle du monde comme une transition entre le droit international et le droit cosmopolitique<sup>567</sup>.

Nonobstant, cette transition ne se fait pas selon les besoins de l'évolution de la société internationale, car les États et leurs dirigeants revendiquent le maintien de leurs privilèges (souveraineté, immunités, etc.). Par contre, « le rôle central qu'occupe l'État en droit international est aujourd'hui contesté. Les acteurs non étatiques demandent la levée du monopole étatique, identifié comme la source structurelle d'un déficit démocratique qualifié d'insoutenable »<sup>568</sup>.

Cette situation déplorable ne dépend pas uniquement des dirigeants des grandes puissances. Elle appartient aussi, entre autres, à quelques juristes pro-étatiques qui préfèrent la didactique déjà proposée par la théorie du droit positif, laquelle, bien qu'elle soit facile à enseigner, est aussi incapable de répondre aux besoins de l'ensemble de la société internationale mondialisée, mais en même temps très diversifiée. Dans ce même ordre d'idées, mais avec une portée philosophique, Villey fait une critique générale des principes de la pensée moderne qui sont incapables de rendre compte de la réalité sociale :

Malheureusement, rarissimes seront les juristes qui accepteront de discuter Occam, Galilée, Bacon ou Descartes. Nous sommes élevés dans les ornières de la philosophie moderne, et très peu de nous ont la moindre envie d'en sortir. Même la plupart de nos philosophes, lesquels d'ailleurs se satisfont d'une complète ignorance du droit, plutôt que de regarder en arrière, aiment mieux marcher sur la lancée de la philosophie moderne : sur cette route, on pourra toujours inventer de nouvelles thèses, et sans trop heurter l'opinion. Ils pratiquent la fuite en avant, eux-mêmes esclaves du préjugé moderne du progrès des lumières<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 64.

<sup>568</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 34.

<sup>569</sup> Villey, *supra* note 384 à la p 618.

En plus du manque de réflexion philosophique dénoncé par Villey, un autre problème est celui de l'affrontement conceptuel et pratique entre l'idée de suprématie de la communauté internationale d'États et celle de la société internationale dans son ensemble. La première se limite à l'ensemble des États qui sont admis au sein du cartel d'États. Il s'agit d'une sorte de société fermée qui se gouverne selon les règles du droit international positif. Or, la société internationale représente l'idée d'une société ouverte à tous les groupements humains constitués dans un but légitime. Autrement dit, la communauté internationale d'États se limite aux représentants envoyés uniquement par les États-nations souverains. Par contre, la société internationale reconnaît les acteurs étatiques et non étatiques comme représentants légitimes de la société civile. Néanmoins, le droit international positif de source exclusivement étatique serait incapable de gouverner l'ensemble des relations de la société internationale. Car, « si le terme d'‘humanité’ en appelle à la solidarité, celui de ‘communauté internationale’ (du moins tel qu'il est employé de nos jours) reposerait sur l'idée de remontrance ou de répression »<sup>570</sup>.

Pour conclure, il ne s'agit plus d'un pluralisme juridique contrôlé par la participation des États, en gelant le temps à l'époque moderne, puisqu'on est depuis quelque temps à l'ère de la postmodernité<sup>571</sup>. Les compétences auparavant exclusivement étatiques reviennent désormais à leur source, à la société civile organisée au-delà de la tutelle étatique, de sorte que les acteurs non étatiques deviennent des acteurs reconnus de plein droit et *de facto* dans le contexte d'un nouvel ordre international inclusif, multiculturel et pluraliste, formant ainsi une société cosmopolite à l'échelle planétaire. La théorie du pluralisme juridique, dans sa version encore plus complexe, convient à la postmodernité, mais son élaboration et son développement seront vraisemblablement l'œuvre des nouvelles générations de juristes, parce que la mondialisation amène en même temps la possibilité de construire une société internationale inclusive, plus diversifiée et démocratiquement participative.

---

<sup>570</sup> Kouassi, *supra* note 533 à la p 18.

<sup>571</sup> Georges Benko, « La postmodernité et le géographe » dans Jean-Robert Pitte et André-Louis Sanguin, *Géographie et liberté : mélanges en hommage à Paul Claval*, Paris, L'Harmattan, 1999, à la p 135. (Le commencement de la postmodernité est marqué par un processus de changement de paradigmes sociaux, de mutation des principes, de modification de comportements humains, « sans qu'on puisse la dater avec précision, la rupture culturelle apparaît avec évidence aux alentours de 1968 »).

En outre, il s'agit dorénavant, non d'une souveraineté basée sur la dominance exclusive d'un territoire, mais plutôt sur la maîtrise d'un savoir dominant. Lyotard le dit en ces mots : « La transformation de la nature du savoir peut donc avoir sur les pouvoirs publics établis un effet de retour tel qu'elle les oblige à reconsidérer leurs rapports de droit et de fait avec les grandes entreprises et plus généralement avec la société civile »<sup>572</sup>. Autrement dit, c'est notamment l'avènement de la postmodernité qui fait en sorte qu'on passe de l'État centrisme juridique au polycentrisme normatif, puisque « nothing in the formal definition of jurisprudence necessarily binds it to statism. 'Jurisprudence in its widest senses is the science of law'. This description leaves ample room for the jurisprudence of no-statist, or 'polycentric', law »<sup>573</sup>. Comme le laisse voir Bell, le pluralisme juridique extra-étatique a sa place à l'époque de la postmodernité.

### **3. La postmodernité : le pluralisme juridique extrême ou radical des acteurs non étatiques**

Avec l'avènement de la mondialisation, Scelle observe, « pas plus que nous ne rencontrons de société entièrement homogène et indifférenciée, pas plus n'en rencontrons nous de totalement étanchée et isolée. Le phénomène de solidarité déborde les sociétés étatiques pour former les sociétés internationales »<sup>574</sup>. C'est ainsi que diverses sociétés internationales, autres que la communauté internationale d'États, coexistent en parallèle. Quelques regroupements internationaux agissent dans une perspective universaliste, par exemple certaines organisations internationales privées, dans la mesure où elles visent la promotion des idéaux universels, mais dans le respect de la diversité<sup>575</sup>. Par contre, d'autres organisations agissent selon un point de vue particulariste et précis. Par exemple, quelques ONG, les ordres professionnels, les corporations transnationales, et d'autres associations, dans la mesure où elles se spécialisent dans un champ de compétence

---

<sup>572</sup> Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne : rapport sur le savoir : rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de minuit, 2005, à la p 16.

<sup>573</sup> Tom W Bell, « The Jurisprudence Of Polycentric Law », Chicago, Illinois, 1992, à la p 1, en ligne: tomwbell.com <<http://www.tomwbell.com/writings/JurisPoly.html>>.

<sup>574</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 29.

<sup>575</sup> Voir notamment, le Comité international de la Croix rouge (CICR) qui vise, entre autres, à promouvoir le respect du droit international humanitaire à l'échelle planétaire.

spécifique. En parallèle, il s'opère une espèce de fragmentation des identités communautaires et personnelles<sup>576</sup>. Dans ce contexte, un individu appartient en même temps à différentes collectivités, et une même collectivité appartient en même temps à différents regroupements, et ainsi de suite, donnant lieu à un système complexe de réseaux interconnectés<sup>577</sup>.

Le phénomène de l'appartenance multiple fonctionne dans un modèle de société postmoderne, où la participation des citoyens se réalise au-delà des espaces étatiques<sup>578</sup>, puisque les individus peuvent être en même temps citoyens d'un État et citoyens du monde<sup>579</sup>. C'est ainsi que les appartenances multiples engendrent, entre autres, la naissance de nouveaux acteurs internationaux ainsi que leur nouveau droit applicable à eux (a). Après quoi les acteurs non étatiques développent leur propre initiative normative (b). À la fin, « le pluralisme identitaire »<sup>580</sup> fait en sorte que les citoyens deviennent coincés entre les espaces publics nationaux insignifiants, et les espaces publics planétaires inexistant (c).

---

<sup>576</sup> Entretien avec Philippe Moreau-Defarges (janvier-février-mars 2014) dans Paul-François Trioux, *La guerre des villes a déjà commencé*, Paris, 2014 : 124 La nouvelle revue géopolitique 81, à la p 81 [Trioux] (« Les structures traditionnelles (famille, profession, etc.) se trouvent bousculées et broyées par un cumul de mutations tant technologiques que sociales. Les individus ne sont plus façonnés, tenus par des identités reçues, héritées : ils fabriquent, bricolent leur identité tant par le fait qu'ils sont contraints de constamment se réinventer qu'au nom de leur droit à être eux-mêmes. Rien n'est acquis, tout se fait et se défait »).

<sup>577</sup> Allott, *The Health*, *supra* note 39 à la p 61 (« International society now contains an infinitely complex network of overlapping national-law legal relations, in which the internal and the external are inextricably confused »).

<sup>578</sup> Diane E Davis et Nora Libertun de Duren, « Identity Conflicts in the Urban Realm » dans Diane E Davis et Nora Libertun de Duren, dir, *Cities & Sovereignty: Identity politics in urban spaces*, Bloomington, Indiana University Press, 2011, à la p 1 [Davis et Duren].

<sup>579</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 57 (« [...] il ne faut pas non plus que l'autonomie des citoyens dépende de la souveraineté de leur État. Bien au contraire, la clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuels, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux »).

<sup>580</sup> Joseph Yvon Thériault, « La citoyenneté fragmentée est-elle incontournable ? » dans Coutu et al, *Droits*, *supra* note 235 à la p 167.

a. Les nouveaux acteurs internationaux et le nouveau droit international

Bien que de nouveaux groupements humains en forme d'États-nations voient sporadiquement le jour, le nombre de nouveaux groupements sociaux non étatiques ne cesse d'augmenter. De plus en plus, lorsque les États abdiquent un intérêt de type général ou renoncent à un privilège souverain<sup>581</sup>, de nouveaux acteurs non étatiques surgissent pour prendre la relève et assurer l'exercice de la compétence. Dans la même veine, le droit qui régit ces domaines passe de l'État aux acteurs non étatiques. Dans une perspective générale, Béland dénonce :

Le déséquilibre contemporain entre les pouvoirs du politique, de l'économie et de la société civile est à la source d'une active recherche de solutions aux différents effets de la mondialisation libérale. Le défi s'adresse aux États dépouillés de leur souveraineté par l'internationalisation de la finance et la normalisation mondiale des règles, mais aussi, et surtout à la société civile elle-même, davantage impuissante sous la pression de cette lourde main invisible des marchés sans frontières<sup>582</sup>.

La société civile a en quelque sorte les mains liées parce que le citoyen donne son pouvoir à l'État et ce dernier abandonne le citoyen aux mains du marché mondial. De plus, étant donné que les États se trouvent en régime de diètes imposées par le marché<sup>583</sup>, chaque fois qu'une nouvelle spécialité apparaît, ce sont de plus en plus les acteurs non étatiques qui en assument volontairement la compétence normative<sup>584</sup>. Les grands acteurs

---

<sup>581</sup> Voir *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, faite à New York, 10 juin 1958, 330 RTNU 39, art 2.3, (entrée en vigueur : 7 juin 1959, 146 ratifications ou adhésions) (Selon le principe du dessaisissement des tribunaux étatiques, qui a pour effet de rendre incompétentes les juridictions de l'État, cette Convention prévoit : « Le tribunal d'un État, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage ») ; voir aussi *Convention de Washington relative au règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur le 14 octobre 1966), en ligne : Banque Mondiale <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)> [Convention CIRDI].

<sup>582</sup> Claude Béland, « L'État n'a d'autres mains que les nôtres » dans Jean-Pierre Girard, *Notre système de santé, autrement : L'engagement citoyen par les coopératives*, Montréal, Éditions BLG, 2006, à la p 13.

<sup>583</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, supra note 75 aux pp 74-75 (« L'éviction de la politique par le marché se traduit donc par le fait que l'État national perd progressivement sa capacité à recouvrer des impôts, à stimuler la croissance et à assumer par là les basses essentielles de sa légitimité, or cette perte n'est compensée par aucune équivalent fonctionnel. En effet, concernant ces deux fonctions, les déficits ne sont pas compensés, au niveau supranational »).

<sup>584</sup> Pierre Calame, « Les acteurs non étatiques et la gouvernance mondiale », Intervention à la troisième Conférence de la Nouvelle École d'Athènes sur la Gouvernance mondiale, 4 avril 2008, au para 2.5, en ligne : Institut de recherche et débat sur la gouvernance <[135](http://www.institut-</a></p></div><div data-bbox=)

économiques transnationaux sont déjà mieux coordonnés pour prendre la relève. Les citoyens ordinaires, eux, sont mal structurés, et très peu d'organisations sont à leur service lorsqu'il s'agit de traiter des affaires planétaires. Le nouveau droit international est celui qui permet aux groupements humains qui composent la société civile de s'organiser et de participer à la constitution et à la gouvernance de cette nouvelle société internationale.

Le droit qui régit cette nouvelle société internationale contemporaine dépasse les frontières étatiques. C'est un droit transnational se fractionnant non pas sur une base territoriale, mais plutôt sur le fondement de la spécialisation. Chaque branche du droit transnational s'applique à un regroupement d'acteurs supra-étatiques qui s'organisent selon leurs domaines d'intérêt spécifique : sport, TIC, commerce, services professionnels, environnement, entre autres. Dans ce contexte, comme le note Gurvitch, « on est de plus en plus arrivé à la conviction qu'il faut choisir entre la négation complète du droit international et son affirmation comme ordre de droit indépendant; ce droit ne peut se dégager que de la communauté supra-étatique, dont la totalité juridique ne se réduit pas à la somme des volontés de ses membres »<sup>585</sup>. En d'autres mots, l'apparition de nouveaux sujets de droit international ne mène pas à l'élimination de ce droit international, mais plutôt à l'enrichissement de son autonomie et de sa diversité décentralisée. Hart était par ailleurs de l'avis qu'« aucun principe bien enraciné n'interdit d'appliquer le mot 'droit' à des systèmes qui ne possèdent pas d'organisation centralisée des sanctions, et il y a de bonnes raisons (bien qu'on n'y soit pas contraint) d'appliquer l'expression 'droit international' à un système qui n'en possède pas »<sup>586</sup>.

Si le système interétatique lui-même n'a pas encore mis sur pied un organe permanent et centralisé de sanctions, les acteurs non étatiques ne l'ont pas fait non plus. Dans ce dernier cas, on parle d'un droit international nouveau, progressivement désétatisé, graduellement plus complexe, mais à la fois de plus en plus plus inconsistant<sup>587</sup>.

---

[gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-343.html](http://gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-343.html)> (La régulation de l'internet comme nouvelle technologie est gouvernée par « une société privée [ICANN] qui délivre les noms de domaine [et résout les disputes] »).

<sup>585</sup> Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 103.

<sup>586</sup> Hart, *supra* note 319 à la p 217.

<sup>587</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 111 (« Ce droit hétéroarchique, ne s'alimentant plus au foyer central de l'État démocratique légitime, relèverait d'une multiplicité de sources hétérogènes, celles de sous-



Autrement dit, il s'agit d'une sorte de pluralisme juridique radical où la normativité juridique ne se réduit pas à la volonté ratifiée des États, puisque les normes internationales trouvent des sources diverses dans un contexte de relations internationales décentralisées. En général, la réalité sociale du droit international objectif devance les barrières de l'ordre interétatique et supra-étatique pour devenir éventuellement un système juridique extra-étatique<sup>588</sup>.

À la lumière de ce qui précède, au fur et à mesure que de nouveaux acteurs acquièrent une personnalité juridique internationale, ils interviennent à titre de sujets de droit avec la capacité de participer aux relations internationales<sup>589</sup>. En outre, une nouvelle définition de la personnalité juridique en droit international s'imposerait, puisque ce qui importe désormais, c'est que « le sujet de droit international se caractériserait par sa capacité juridique à agir »<sup>590</sup>. En conséquence, ces nouveaux acteurs non étatiques reconnus acquièrent le droit de participer à la création du nouveau droit international. Par exemple, l'admissibilité à conclure des traités internationaux (ou à tout le moins, le droit d'être consultés par les parties contractantes), l'émission de normes types, le droit de régler des conflits en exerçant des compétences judiciaires internationales, le droit de discuter de la validité du droit international en vigueur par la participation aux procédures judiciaires, voilà autant de prérogatives liées à l'octroi de la personnalité juridique internationale. En d'autres termes, ces nouveaux sujets de droit international seraient dépositaires et titulaires d'une souveraineté partagée, souveraineté comprise comme la compétence pour agir en droit international, selon leurs spécialités et expertises<sup>591</sup>. Cette interprétation

---

systèmes sociaux de plus en plus différenciés, poursuivant chacun sa rationalité spécifique, de sorte qu'aucune unité d'ensemble ne s'en dégagerait »).

<sup>588</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 33.

<sup>589</sup> Gerard Kreijen, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, à la p 12 « legal personality under international law primarily means that an entity is 'capable' of being the bearer of international rights and duties. The term 'capable' as used by the International Court of Justice refers to 'legal capacity', basically constituting the legal empowerment of an entity to be a bearer of rights and duties under international law. The word 'capacity' in this sense denotes a legal status conferred on a recipient ».

<sup>590</sup> Anne-Laure Vauris Chaumette, *Les sujets du droit international pénal : Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris, Éditions A Pedone, 2009, à la p 482.

<sup>591</sup> Rutvica Andrijasevic et William Walters, « L'Organisation internationale pour les migrations et le gouvernement international des frontières » dans Daniel Hermant, dir, *Gouverner les frontières*, Paris, Revue Cultures et Conflits - L'Harmattan n° 84, 2012, 13, à la p 38 (« Le gouvernement, par des réseaux d'assistance internationaux et des associations privées, crée de nouvelles formes d'interactions et de dépendances entre des États et des acteurs non étatiques via des contrats, des standards (indicateurs de

serait compatible avec l'avis consultatif de la Cour internationale de justice de 1949 qui énonce que « les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »<sup>592</sup>.

Bien que le concept de compétence partagée soit de nos jours plus précis que celui de souveraineté partagée, selon la tradition linguistique du droit international classique, il convient encore de garder la même racine sémantique du mot souveraineté pour représenter une réalité un peu différente. Il s'agit d'opérer un changement léger du point de vue du morphologique. En conséquence, la signification ne saurait jamais être identique à celle de l'époque de Westphalie, où la notion de souveraineté correspondait à une autorité suprême ayant un pouvoir terrestre absolu. De nos jours, la souveraineté est devenue « a more fluid and malleable concept than its standard characterization as fixed and immutable in international affairs »<sup>593</sup>. Autrement dit, le mot souveraineté s'est transformé en un adjectif qui qualifie la compétence de dernière instance dans un domaine précis d'activités, par exemple, dans l'expression : le partage de compétences souveraines. Bref, le concept de compétence synthétise de nos jours l'ancienne notion de souveraineté. Le premier mot a l'avantage d'être plus souple et il décrit mieux la réalité du monde d'aujourd'hui, car la souveraineté ne pourrait jamais être partagée, tandis que la compétence est toujours partageable.

La notion du partage de compétences souveraines représente un changement de paradigme, puisque selon le positivisme juridique, l'État est la puissance publique qui incarne l'intérêt public ou général en opposition aux acteurs privés du marché qui incarnent l'intérêt privé. Donc, l'État et le droit se reconnaissent mutuellement pour donner naissance à l'idée d'État de droit souverain. Le concept d'État nation exclut d'emblée la possibilité que l'intérêt collectif puisse être représenté par une autre entité. Par contre, le pluralisme juridique rejette cette monopolisation de la représentation de

---

performance) et des partenariats, et constitue des formes flexibles d'alliance et de configurations de pouvoir qui ont été par ailleurs discutées comme des exemples de 'souveraineté partagée' et de 'chevauchement de souverainetés'. Ces analyses indiquent que les transformations dans le mode de gouvernement ont pour résultat un 'partage' de la souveraineté entre des acteurs étatiques et non étatiques et engendrent des espaces administrés différemment et des modèles de souveraineté non contiguë »).

<sup>592</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ Recueil 174, à la p 178.

<sup>593</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 1.

l'intérêt général. Selon Ilgen, « sovereignty is seldom monopolized by the state in even the oldest and most stable of nations. Rather, it is regularly divided and shared among state and non-state actors at the levels of governance depending on the issue or problem at hand »<sup>594</sup>. Le partage de la souveraineté ou de la compétence souveraine se concrétise lorsque la société civile s'organise elle-même pour faire représenter des intérêts collectifs précis. Tandis qu'à la période de la modernité l'État-nation issu de la théorie du contrat social monopolise l'intérêt public, à la période de la postmodernité l'État perd ce monopole dans la mesure où la société civile ne s'identifie plus exclusivement à l'État. La collectivité de citoyens développe de nouvelles formes organisationnelles, à l'époque de la postmodernité, dans le but de se faire représenter et s'autoréguler sur un fondement technoscientifique. Dans ce modèle participatif, la société civile organisée partage la gouvernance et les compétences normatives avec l'État et le marché, dans le respect des valeurs pluralistes. Le pluralisme rejette les prédispositions homocentriques<sup>595</sup>.

b. L'initiative autorégulatrice des acteurs non étatiques

À l'époque du pluralisme juridique international, divers types d'organisations internationales et transnationales se partagent les compétences normatives et de résolution de différends. Toutes ces formes organisationnelles correspondent à un modèle de droit social qui permet à la société civile internationale de s'auto-organiser au-delà du système étatique et supra-étatique<sup>596</sup>. Dans cette nouvelle réalité sociale se trouve la source du droit international nouveau et de nouveaux ordres juridiques extra-étatiques. Dans le contexte de la société civile organisée, le pluralisme juridique « suppose que l'État n'est pas la seule instance productrice de normes juridiques et qu'il existe alors, au

---

<sup>594</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 1.

<sup>595</sup> Voir par exemple, Lise Boily, « De l'éducation pour la gouvernance », dans Linda Cardinal et Caroline Andrew, dir, *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, à la p 204.

<sup>596</sup> Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 10 (« Nous avons en particulier différencié le 'droit social pur et indépendant', équivalent ou supérieur au droit étatique, le droit social pur, mais soumis à la tutelle du droit de l'État et rangé dans le droit privé, et le 'droit social annexé par l'État' et élevé au rang de droit public. Nous avons fait ressortir que ce sont uniquement les deux premières espèces du droit social qui constituent le droit de la Société opposée à l'État et forment la base du pluralisme juridique naissant »).

sein des sociétés modernes, des ordres juridiques distincts de l'État »<sup>597</sup>. Donc, c'est dans la pluralité d'ordres sociaux que se manifestent les phénomènes juridiques qui donnent naissance à un droit de type technoscientifique<sup>598</sup>. Arnaud indique qu'il s'agit de « l'apparition d'un droit 'à texture ouverte' par déplacement de ses sources vers les pouvoirs privés économiques, avec une participation accrue des acteurs privés, et la prise en compte de 'valeurs' issues des systèmes économique ou technoscientifique »<sup>599</sup>. C'est ainsi que les diverses communautés technoscientifiques et d'autres associations constituent les groupes de la société civile organisée qui sont en mesure d'agir à l'échelle internationale, afin de contribuer à la production de normes, dans un contexte d'autorégulation. Schemeil et Eberwein mentionnent parmi ces acteurs non étatiques, « les 'communautés épistémiques', les groupes de plaidoyer ou de grandes causes ('advocacy coalitions'), les groupes de pression parmi lesquels figurent les regroupements professionnels et les firmes globales, et les réseaux d'ONG »<sup>600</sup>.

Le nouveau discours juridique de l'autorégulation regroupe une énorme quantité de discours politiques qui dépasse le libéralisme classique propre à l'époque de la modernité<sup>601</sup>. Par contre, à l'époque de la postmodernité, c'est la théorie du droit réflexif<sup>602</sup> qui s'impose pour expliquer le phénomène de la gestation de mécanismes autorégulateurs, en ce qui concerne l'adoption de normes extra-étatiques ou la résolution alternative des conflits<sup>603</sup>. L'autorégulation est le mécanisme qui permet au système juridique d'assurer sa propre régulation et d'assumer directement la correction de

---

<sup>597</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 45.

<sup>598</sup> Bas Arts and Dieter Kerwer, « Beyond legalization? How global standards work » dans Brütsh et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 146 (« Expertise as the basis of authority of standards is what distinguishes standards from other types of rules, namely directives and norms. From this, one could conclude that the proliferation of standards is actually a sign of a shift to a technocratic rule, in which an expert elite increasingly decides on matters that have been associated with the political process »).

<sup>599</sup> André-Jean Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », (1997) 35 *Droit et Société* 11, à la p 12 [Arnaud, « De la régulation »].

<sup>600</sup> Schemeil et Eberwein, *supra* note 469 à la p 22.

<sup>601</sup> Alain Dieckhoff, « De l'État-Nation à l'État multinational ? » dans Coutu et al, *Droits*, *supra* note 235 à la p 45.

<sup>602</sup> Ricardo Vieira Orsi, « La transformation du rôle de l'État à l'égard des crises bancaires dans l'Union européenne et au Brésil » (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 130 au para 386 (le « droit réflexif, c'est-à-dire un droit en conformité avec la société contemporaine, qualifiée de complexe et postmoderne [...] où] une pluralité de sous-systèmes de régulation cohabitent et que les sous-systèmes non étatiques jouissent d'une autonomie relative à l'égard de l'État et du droit étatique »).

<sup>603</sup> Voir par exemple, Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, à la p 244 [Coutu, *Max Weber*].

situations déviantes, sans la tutelle de l'État. Teubner affirme que le phénomène de la réflexivité du droit permet un modèle juridique d'autonomie régulée ou d'autoréférence en circularité constante. Nous classons la pensée de Teubner dans la tendance du droit systémique. L'auteur affirme que dans les sociétés hautement différenciées, la 'rationalité systémique' « promeut activement des systèmes sociaux autorégulateurs qui 'apprennent', et [le droit systémique] tente, en même temps de réduire leurs déficiences par des corrections compensatoires, tout ceci par des régulations abstraites d'organisation et procédure »<sup>604</sup>.

Les organisations non gouvernementales qui travaillent en réseaux interconnectés constituent les principaux acteurs non étatiques chargés de la mise sur pied de l'autorégulation normative. Certaines ONG exercent la compétence autorégulatrice des sociétés multinationales afin de maximaliser leurs profits, tandis que d'autres exercent la compétence normative de la société civile organisée pour le développement durable et équitable. Le mode de vie des peuples autochtones représente un modèle de régulation communautaire qui vise le développement durable<sup>605</sup>. Les normes du commerce équitable constituent un modèle normatif alternatif mis sur pied par les organisations de la société civile, sans l'intervention ou de la participation des États<sup>606</sup>.

Même si toutes les ONG sont généralement des associations sans but lucratif, celles qui représentent les sociétés multinationales génèrent indirectement un profit pour les acteurs économiques concernés, alors que celles qui représentent la société civile organisée génèrent une utilité publique pour la collectivité dans son ensemble. Par exemple, l'aide humanitaire fournie aux populations en détresse ainsi que l'élaboration et la consolidation de normes de protection aux victimes de conflits armés constituent une utilité publique qui bénéficie à l'ensemble de la société. En outre, les acteurs clandestins, notamment les groupes du crime organisé, exercent aussi une compétence normative dans le monde souterrain (marché clandestin) causant normalement un dommage à la collectivité en

---

<sup>604</sup> Teubner, *Droit et réflexivité*, supra note 132 à la p 17.

<sup>605</sup> Voir généralement, Armelle Guignier, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figures ou acteurs ?*, Limoges (France), Presses Universitaires de Limoges, 2004, aux pp 113 et ss.

<sup>606</sup> Voir généralement, Alix Rancurel, *Le commerce équitable ente l'Europe et l'Amérique Latine : Vers un nouveau droit des relations Nord-Sur?*, Paris, L'Harmattan, 2006, aux pp 110 et ss.

général. Nous traiterons des deux premières catégories de réseaux des ONG, la troisième exigeant une recherche policière, à l'occasion sur le terrain, que les ressources bibliographiques à notre disposition ne nous permettent pas d'explorer.

Les organismes qui exercent la compétence autorégulatrice des sociétés multinationales participent ainsi à l'expression du libéralisme classique selon lequel l'État doit laisser à la main invisible le droit de diriger le marché, du fait que les affrontements des intérêts privés contribueraient à l'augmentation de la richesse nationale et à la production du bien commun<sup>607</sup>. L'idée de la main invisible du marché ressemblerait au mécanisme procédural étatique de type accusatoire, où le juge considère que l'affrontement des parties dans une procédure judiciaire fait en sorte que la vérité puisse ressortir plus facilement. Toutefois, dans ce modèle judiciaire étatique, il y aurait toujours des gagnants et des perdants. Par contre, dans le pluralisme juridique, on ne parle plus ici d'une main invisible, mais plutôt de la mise en place des acteurs non étatiques visibles et identifiables, notamment les agences de cotation, les cabinets comptables transnationaux, les tribunaux arbitraux, les organismes de certification, entre autres. C'est dans ces conditions que la diversité des ordres juridiques privés exerce des compétences normatives ou des résolutions de différends. Cela se manifeste, par exemple, lorsque les organismes qui représentent les intérêts des sociétés transnationales adoptent les règles internes des multinationales, les codes de conduite ou les accords-cadres internationaux types. La différence, c'est qu'à l'époque de la modernité, les États exercent une souveraineté économique à l'intérieur de leurs frontières, mais à l'époque de la postmodernité, « ce sont les États qui se trouvent enchâssés dans les marchés, plutôt que les économies nationales dans des frontières étatiques »<sup>608</sup>.

Rappelons que la théorie de la main invisible voit le jour dans le contexte de l'État-nation souverain, mais Habermas constate que « la globalisation remet en question certaines conditions essentielles du droit international classique, notamment la souveraineté des États et la séparation rigoureuse entre politique intérieure et politique extérieure »<sup>609</sup>. De

---

<sup>607</sup> Voir généralement, Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Germain Garnier, Paris, Flammarion, 1991.

<sup>608</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 63.

<sup>609</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 35.

plus, tandis que les États restent encastrés dans leurs frontières nationales, les acteurs économiques agissent sans tenir compte des limites territoriales. C'est ainsi que « les acteurs non étatiques, comme les multinationales et les banques privées ayant une influence internationale, sapent la souveraineté nationale formellement reconnue »<sup>610</sup>. Dans cet ordre d'idées, la mondialisation convertit « les entreprises transnationales, qui deviennent directement productrices de normes, comme l'on a vu avec le développement de la *lex mercatoria*, en même temps qu'elles deviennent partenaires, à égalité avec les États, par le jeu d'accords internationaux, dans le domaine des investissements »<sup>611</sup>.

### c. Les citoyens-consommateurs et les espaces publics planétaires

Le rêve de Kelsen concernant l'élargissement du modèle juridique pyramidal étatique vers l'établissement d'un État mondial s'effondre. La tendance actuelle privilégie plutôt « une fragmentation, qui disperse les instruments juridiques mondiaux autour d'objets épars, et une privatisation, qui brouille, au profit d'intérêts privés, le projet commun », estime Delmas-Marty<sup>612</sup>. L'auteure décrit la portée de la montée des intérêts privés en droit international de la manière suivante :

S'il est vrai que cette accession à la sphère du droit international public des personnes privées/investisseurs 'est d'une importance comparable à l'accession des personnes privées au droit international des droits de l'homme', elle est encore plus significative si l'on considère que cet accès des entreprises à la justice couvre l'ensemble du droit des investissements<sup>613</sup>.

C'est ainsi que les défenseurs radicaux des droits de la personne et les promoteurs coriaces du libre marché mondial se retrouvent sur le même bateau, mais n'ont aucunement l'intention de le conduire au même port. Les premiers veulent construire un monde sur une base égalitaire, afin de donner les mêmes droits de citoyenneté à toutes les personnes sur la planète. Par contre, les derniers veulent construire un marché mondial

---

<sup>610</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 36.

<sup>611</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 174.

<sup>612</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 168.

<sup>613</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 175.

unique où tous les individus, à titre de consommateurs, accèdent librement aux marchandises produites partout dans le monde.

Il en découle au moins deux approches. D'une part, l'on note une première approche axée sur la personne, qui vise à affaiblir les identités nationales en construisant une identité humaniste de type universel. La philosophie de l'individu cosmopolite génère une identité planétaire basée sur l'être politique, le citoyen du monde<sup>614</sup>. D'autre part, l'on note une seconde approche axée sur la marchandise, qui vise à éliminer les frontières étatiques<sup>615</sup>. La doctrine du marché mondial propose une identité internationale basée sur l'être économique, le consommateur planétaire.

La théorie orientée sur le citoyen plaide en faveur de l'idée que la souveraineté appartient exclusivement à l'être humain. Par conséquent, l'État comme forme d'organisation politique d'un regroupement humain ne peut pas s'approprier la souveraineté de ses membres, car il agit uniquement à titre d'administrateur de cette souveraineté. Cela veut dire que les propriétaires véritables de la souveraineté peuvent à tout moment remplacer l'administrateur et déléguer cette responsabilité à une autre sorte d'organisation politique qui représenterait mieux le regroupement humain. Chemillier-Gendreau décrit cette approche de la manière suivante :

Lentement pourtant se fait jour l'idée que si souveraineté veut dire à la fois respect absolu de chacun et pleine liberté d'expression, c'est à l'être humain que celle-ci doit revenir, les formes politiques n'étant là que pour exprimer et garantir cette souveraineté qui est le lot commun de tous les membres d'un groupe, au sein de tous les groupes, et ne doit être confisquée par aucun<sup>616</sup>.

Toutefois, l'une des garanties pour empêcher la confiscation de la souveraineté serait d'instituer l'impossibilité de sa revendication absolue. C'est-à-dire qu'il devient nécessaire de rendre la souveraineté partageable dans son essence, mais comme elle est indivisible en elle-même, nous devons donc, partager les compétences juridiques qui la composent. Pour Delmas-Marty, « il reste qu'au stade actuel cette double évolution, par

---

<sup>614</sup> Apollinaire Chishugi Chihebe, *La paix par le droit : la rationalité comme principe du pacifisme juridique kantien*, Paris, Harmattan, 2009, à la p 165.

<sup>615</sup> Gabriel Popescu, *Bordering and Ordering the Twenty-first Century: Understanding Borders*, Toronto, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2012, aux pp 47-53.

<sup>616</sup> Monique Chemillier-Gendreau, *Droit international et démocratie mondiale : les raisons d'un échec*, Paris, Les éditions Textuel, 2002, à la p 44.



fragmentation et privatisation de l'espace juridique, loin de garantir un quelconque rééquilibrage, semble annoncer, à l'horizon de la mondialisation, un désordre croissant »<sup>617</sup>.

Il semblerait que le phénomène de la fragmentation et de la privatisation de la compétence normative et de la résolution de différends génère un déséquilibre par rapport à la gestion entre les intérêts publics et privés. Dans le modèle de libre marché mondial actuel, le conflit existant entre l'intérêt public et l'intérêt privé se résoudrait au profit de l'intérêt privé. Malheureusement, ni l'État, ni la communauté internationale des États ne seraient en mesure de redresser cette inégalité, parce que le projet kantien de l'État fédéral universel<sup>618</sup> aussi bien que celui de l'État mondial<sup>619</sup> ne verront peut-être jamais le jour. De ce fait, la solution ne se trouverait plus dans la consolidation des États forts ou dans l'établissement d'une communauté internationale des États ferme, ni dans un vrai droit international contraignant pour tous, mais plutôt dans l'amélioration des mécanismes de participation de la société civile lors de la prise de décisions sur les politiques publiques locales et mondiales. La société civile organisée servirait de contrepoids aux forces du marché mondial en légitimant les espaces décisionnels de la société internationale. Cette approche implique la génération d'une sorte de séparation de pouvoirs internationaux *de facto* où la société civile internationale organisée s'établit comme garante du bien commun<sup>620</sup>.

C'est ainsi que Habermas conçoit la constitution d'un espace public planétaire. Il signale que ces espaces délibérants à l'échelle internationale ont déjà vu le jour lors de « la guerre du Vietnam et de la guerre du Golfe. Ce n'est que tout récemment que l'ONU a organisé une succession rapide de conférences au sujet de questions planétaires concernant l'écologie (à Rio), la démographie (au Caire), la pauvreté (à Copenhague) et le climat (à Berlin) »<sup>621</sup>. Dans la même veine, s'est développée la Conférence des plénipotentiaires à Rome en 1998, dont le but était d'adopter le Statut de Rome, relatif à

---

<sup>617</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 aux pp 176-177.

<sup>618</sup> Voir généralement, Kant, *Projet*, *supra* note 23.

<sup>619</sup> Voir généralement, Kelsen, *Peace*, *supra* note 115.

<sup>620</sup> André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, v 2, Paris, LGDJ 2003, à la p 16 [Arnaud, *Critique*].

<sup>621</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 42.

la Cour pénale internationale, ainsi que le protocole de Kyoto. D'autres exemples régionaux et plus récents peuvent être cités en ce qui concerne la création des espaces publics délibérants, notamment le printemps arabe, le mouvement des indignés, les revendications des mouvements étudiants (Québec, Chili et Colombie), entre autres.

La communauté des États-nations possède son espace délibératif au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies depuis 1948. Par contre, la société civile n'a pas encore établi un endroit délibérant de type permanent, crédible et rassembleur. Le modèle du *Forum social mondial* semblerait être un espace public planétaire, mais étant donné que ce *Forum* renforce son caractère altermondialiste, il abandonne la possibilité de convoquer à la totalité des organisations de la société civile internationale<sup>622</sup>. Habermas reconnaît ce problème en dénonçant le manque d'une structure adéquate :

Pour créer une communication durable entre sujets éloignés les uns des autres et qui échangent au même moment des contributions concernant les mêmes thèmes ayant pour eux la même importance, il faut disposer de structures appropriées. Or, en ce sens, il n'existe point encore d'espace public planétaire, pas même d'espace public européen, dont la création serait pourtant urgente et nécessaire<sup>623</sup>.

La société civile internationale manque d'un espace public planétaire qui lui serait propre. De plus, comme le souligne Delmas-Marty, le concours de la société civile comme acteur international « se limite à la participation indirecte des ONG, tant à l'élaboration des normes mondiales qu'à la mise en place des structures judiciaires ou juridictionnelles »<sup>624</sup>. L'organisation de la société civile planétaire est encore un modèle sociétaire en formation, mais cette idée aura plus de chances de se concrétiser par le truchement du cadre conceptuel de la théorie du pluralisme juridique que dans le contexte hiérarchique et restreint du positivisme juridique. Habermas exprime cet espoir dans les termes suivants :

---

<sup>622</sup> Nations Unies, *Dialogue participatif*, *supra* note 102 à la p 36 (« La société civile comprend aussi les organisations les organisations charitables, les groupes ancrés localement, les chefs traditionnels, les institutions religieuses, les mouvements à caractère social, politique, environnemental et solidaire, les organisations non gouvernementales, de défense d'intérêts ou d'exécution de projets, les entreprises para-étatiques, les partis politiques, les syndicats, les associations professionnelles, les fondations privées, les donateurs, les médias, les établissements d'enseignement, les institutions de recherche, ainsi que les organisations et réseaux représentant les jeunes, les handicapés, les réfugiés, les personnes déplacées, les ex-combattants, les travailleurs migrants, les minorités ethniques ou religieuses et d'autres encore »).

<sup>623</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 44.

<sup>624</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 174.

Pourtant, le rôle central que jouent des organisations d'un type nouveau, non étatique, telles que Green Peace ou Amnesty International, non seulement dans les conférences ..., mais plus généralement pour la création et la mobilisation d'espaces publics supranationaux, est tout de même un signe de ce que l'influence publique des acteurs qui s'opposent aux États en surgissant pour ainsi dire du réseau international d'une société civile va croissant<sup>625</sup>.

La croissance du mouvement des ONG se mesure en nombre ainsi que par l'impact que ces organisations produisent lors des interventions humanitaires auprès des populations qui doivent faire face aux désastres provoqués par la nature ou par la violence humaine. Par exemple, lors des dernières catastrophes naturelles et des crises humanitaires, les contributions des ONG équivalaient aux contributions étatiques, et dépassaient même les États, en ce qui a trait à l'impact généré sur les bénéficiaires de l'aide internationale<sup>626</sup>. Par contre, le contrepoids que les ONG de la société civile doivent faire aux acteurs économiques qui dominent le marché mondial est encore loin de représenter quelque chose de significatif.

En outre, la conquête des espaces publics transnationaux par les acteurs non étatiques devient le champ de bataille de la postmodernité. Si les États-nations souverains, pendant les quatre derniers siècles, se sont battus pour ériger les frontières nationales, les membres de la société civile internationale contemporaine cherchent maintenant à les braver par l'établissement de sites transnationaux virtuels de délibération et d'action. « Certaines études sont, par exemple, parvenues à la conclusion que la société civile ne serait pas seulement nationale, mais aussi transnationale. De cette manière, cette dernière a la capacité d'institutionnaliser des structures normatives qui transcendent le pouvoir étatique »<sup>627</sup>. C'est ainsi que la société civile transnationale et internationale arrive à organiser le nouveau schéma de la gouvernance mondiale avec la participation d'organisations autonomes et indépendantes. Il s'agit d'acteurs non étatiques qui sont généralement affranchis de la tutelle étatique. Les acteurs non étatiques participent au

---

<sup>625</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, supra note 56 à la p 45.

<sup>626</sup> Voir par exemple, CE, *Accord de Partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autres parts*, singé à Cotonou, le 23 juin 2000, [2000] JO, L 317/3, art 4, en ligne : <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/development/african\\_caribbean\\_pacific\\_states/r12101\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/development/african_caribbean_pacific_states/r12101_fr.htm)> (« Toutefois, les parties reconnaissent le rôle complémentaire et la contribution potentielle des acteurs non étatiques au processus de développement »).

<sup>627</sup> Larose, supra note 21 à la p 4.

partage de compétences souveraines dans les sites délibérants à l'échelle planétaire. Les nouveaux sites délibérants constituent particulièrement la place où le pluralisme juridique international se développe.

### **C. Les tendances théoriques du pluralisme juridique : la nouvelle doctrine juridique**

Une fois que nous avons présenté le parcours historique du pluralisme juridique, nous vérifions les tendances existantes au sein de cette doctrine pour mieux comprendre les divers courants de pensée qui composent cette nouvelle théorie juridique. Nous évoquons différents théoriciens, mais uniquement sous l'angle de leur contribution au pluralisme juridique. L'apport de tous ces théoriciens dépasse largement le seul domaine du pluralisme juridique. Nonobstant, c'est cet aspect qui fait l'objet de notre thèse. À vrai dire, la plupart de théoriciens n'abordent pas le pluralisme juridique de manière directe. Nous les prendrons donc sans doute par surprise lorsque nous évaluerons leurs propos, faits dans d'autres contextes et pour d'autres fins, à l'intérieur du cadre conceptuel du pluralisme juridique. Notre intention n'est pas de leur faire une injustice, mais plutôt de rendre hommage à leurs idées en les mettant à l'épreuve.

La communauté interétatique évolue vers une société transnationale constituée de plusieurs acteurs. La société transnationale contemporaine a besoin d'un autre ordre juridique qui reconnaît aux acteurs non étatiques une place au cœur de leurs concepts et de leurs opérations. Cet ordre juridique semble être celui du droit transnational. Selon Latty, le droit transnational « désigne un genre de phénomène juridique comportant 'une série de caractères génériques et spécifiques' – son caractère privé et son irréductibilité à un territoire national – permettant de le distinguer d'autres manifestations juridiques, étatiques ou interétatiques notamment »<sup>628</sup>. Pour mieux expliquer cet ordre juridique complexe, une nouvelle théorie juridique générale s'impose. Le pluralisme juridique constitue la théorie juridique la plus appropriée pour expliquer le rôle des acteurs non

---

<sup>628</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 20.

étatiques<sup>629</sup> lorsqu'ils agissent à titre d'émetteurs de normes, ou qu'ils s'emploient à régler des différends<sup>630</sup>. Selon Griffiths : « By 'legal pluralism' I mean the presence in a social field of more than one legal order »<sup>631</sup>. Il s'agit d'une notion descriptive qui contient plusieurs ordres juridiques parallèles dans une même société humaine.

Le pluralisme juridique est encore un brouillon, écrit en diverses versions, et qui est à corriger. Ces manuscrits écrits par plusieurs mains ont besoin d'une lecture approfondie afin d'en reconnaître les diverses tendances. L'idée de proposer une taxonomie, en ce qui concerne les différentes perspectives qui caractérisent le pluralisme juridique, exige un effort de synthèse, mais étant donné qu'on ne dispose pas d'un modèle de référence, on doit d'abord identifier et classer les éléments constitutifs du pluralisme juridique afin de reconstituer les arguments où se manifeste la rationalité de la nouvelle doctrine juridique. Le pluralisme juridique réunit plusieurs tendances doctrinales, lesquelles partagent l'idée commune selon laquelle le contenu du droit est beaucoup plus large que le droit étatique<sup>632</sup>. Pourtant, le pluralisme juridique s'attaque directement à la doctrine du positivisme juridique, car les théoriciens du pluralisme juridique prétendent avoir une solution de rechange pour l'avenir. Le pluralisme juridique ne reprend pas non plus la doctrine du droit naturel, parce qu'il écarte régulièrement l'idée d'un droit international universel et pérenne.

L'étude taxonomique du pluralisme juridique s'avère nécessaire, puisque l'incertitude juridique d'un droit international sans repères, en ce qui concerne ses fondements, ses sources, sa légitimité et son applicabilité, génère de la confusion<sup>633</sup>. Teubner résume cette problématique de la manière suivante :

---

<sup>629</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 4.

<sup>630</sup> Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel » dans Otis, *Cultures*, *supra* note 264 à la p 19.

<sup>631</sup> Griffiths, *supra* note 32 à la p 1.

<sup>632</sup> Baudouin Dupret, « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification » (2007) 1:1 *European Journal of Legal Studies* 1, à la p 1, en ligne : EJLS <<http://www.ejls.eu/1/14UK.pdf>>.

<sup>633</sup> Coutu et Rocher, *supra* note 446 à la p 3 (« Catherine Colliot-Thélène se demande dans quelle mesure certains auteurs (dont Stefan Breuer) ont raison de voir dans la période présente un retour en force de pluralisme juridique sous une forme même exacerbée, vu l'absence de valeurs communes qui conféraient une certaine unicité au droit de l'Europe médiévale »).

The difference between a highly globalized economy and a weakly globalized politics is pressing for the emergence of a global law that has no legislation, no political constitution and no politically ordered hierarchy of norms which could keep the paradox of self-validation latent. This makes it necessary to rethink the traditional doctrine of sources of law<sup>634</sup>.

La remise en question de la théorie du droit positif, en ce qui concerne les sources formelles du droit, s'impose lorsqu'on admet cette idée que le droit dépasse la loi d'origine étatique, parce que la loi de source étatique « n'est qu'un auxiliaire dans la recherche dialectique du droit »<sup>635</sup>. Autrement dit, le pluralisme juridique s'appuie sur la maxime prévue par le *Digeste* romain selon lequel : « *Jus non a regula sumatur sed a jure, quod est, regula fiat* » (le droit n'est pas résumé par la règle, mais c'est à partir du droit que la règle est établie)<sup>636</sup>. Gurvitch avait aussi dénoncé l'insuffisance du droit d'origine étatique. Selon lui :

Le rétrécissement des sources formelles du droit positif et leur subordination à la loi, ainsi que la négation du droit intuitif se sont produits à l'époque de la prépondérance de l'individualisme juridique qui envisageait uniquement les problèmes que pose la constatation des « relations avec autrui » (moi, toi, lui), faits normatifs caractéristiques du droit coordinatif. L'avènement du droit social et le mouvement en faveur de l'élargissement des sources du droit positif sont profondément synchroniques et se conditionnent réciproquement. Ils trouvent tous deux leur aboutissement dans l'idée du pluralisme juridique<sup>637</sup>.

L'émergence de la société civile organisée mène à la formation d'un 'droit social' distinct du droit étatique et interétatique. Comme nous l'avons déjà dit, pour Jessup, ce droit doit se nommer 'droit transnational'. Nous pensons que le pluralisme juridique est la seule théorie valable pour expliquer l'ensemble du phénomène juridique traditionnel, et nouveau (intra-étatique, supra-étatique et extra-étatique), parce que dans un monde en proie à des crises récurrentes, les technocrates mènent la mondialisation<sup>638</sup>. Tandis que le positivisme juridique est une théorie volontariste d'un ordre juridique apolitique, laïque, impartial, transculturel et impersonnel qui prétend expliquer tous les aspects juridiques<sup>639</sup>,

---

<sup>634</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, supra note 35 à la p xiv.

<sup>635</sup> Villey, supra note 384 à la p 487.

<sup>636</sup> Digeste, *De regulis juris*, 50, 17, 1.

<sup>637</sup> Gurvitch, *Le temps*, supra note 122 aux pp 10-11.

<sup>638</sup> Yongnian Zhen, *Globalization and State Transformation in China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, aux pp 34-35.

<sup>639</sup> Voir le chapitre I, à la section A.2, ci-dessus, pour l'analyse en détail de cette théorie.

le pluralisme juridique est une théorie descriptive du champ social dans lequel plus d'un ordre juridique peut opérer en même temps<sup>640</sup>.

En outre, nous pensons que la mondialisation relègue les politiciens à l'arrière-plan et place les juristes positivistes hors du débat de première ligne. Autrement dit, lorsque l'on délibère sur les affaires planétaires, l'économie de marché mondial s'impose, le débat politique est anéanti et le discours juridique positiviste n'explique qu'une portion incomplète du droit en vigueur. Ce nouveau droit international n'a pas de tuteur exclusif, ni de contraintes qui feraient obstacle à son application. Il est plutôt un droit descriptif et non normatif, puisque les finalités prévalent sur les règles et les procédures. Il semblerait que le droit international classique perd sa pertinence, mais un autre type de droit possède de l'avenir : il s'agit d'un droit plural de type constitutionnel multiculturel (1), décentralisé (2), objectif (3), polycentrique (4), ou encore systémique (5).

### **1. *Le droit constitutionnel commun de l'humanité et le concept de marge d'appréciation de la diversité culturelle***

La conception constitutionnaliste pluraliste se caractérise par le fait qu'elle propose un modèle de droit impératif universel minimal. Il s'agit d'un droit international universaliste dont le contenu est réduit au minimum. L'argument de départ indique qu'il « est plus plausible de définir l'universalisme en référence à un domaine limité de questions éthiques, celui qui concerne la justice des pratiques sociales, et non pas la moralité dans son ensemble »<sup>641</sup>. D'après Rawls : « Dans la conception de la justice comme équité, les principes de justice qui s'appliquent à la structure de base de la société ne sont pas des principes complètement généraux et ne concernent pas tous les objets possibles »<sup>642</sup>. Les normes impératives en droit international se limitent dans leur contenu

---

<sup>640</sup> Jacques Vanderlinden, « Le pluralisme juridique : essai de synthèse » dans John Gilissen, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, à la p 19 (Selon Vanderlinden, « le pluralisme juridique est l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques » [italiques dans l'original]).

<sup>641</sup> Bertrand Guillaume, « Y a-t-il des principes de justice pertinents hors des frontières des régimes démocratiques » dans Rawls, *Le droit des gens*, *supra* note 308 à la p 15.

<sup>642</sup> Rawls, *Le droit des gens*, *supra* note 308 à la p 45.

afin d'élargir leur portée. En outre, l'interprétation de ce droit international serait soumise à la réalité culturelle locale. Rawls affirme :

Un citoyen d'une société libérale doit respecter les doctrines exhaustives de nature religieuse, philosophique et morale prônées par les autres, à condition qu'elles soient compatibles avec une conception politique raisonnable de justice. De même, une société libérale doit respecter les autres sociétés organisées selon des doctrines exhaustives, dans la mesure où leurs institutions politiques et sociales remplissent certaines conditions qui conduisent cette société à adhérer à un droit raisonnable des gens<sup>643</sup>.

Les conditions de justice exigent que le droit international impératif universel minimal s'incorpore dans la constitution politique ou dans les chartes des droits et libertés de chaque État<sup>644</sup>. Le droit international universaliste minimal peut aussi faire l'objet d'une convention qui assure son respect dans un espace continental<sup>645</sup>. Il est aussi possible que de manière exceptionnelle et complémentaire, une compétence universelle puisse sanctionner les violations du droit international universel minimal<sup>646</sup>. La protection des individus faite par les tribunaux nationaux, continentaux et internationaux se justifie dans la mesure où les idées de la citoyenneté mondiale, d'avoir la Terre en partage, de la Terre comme un bien commun, de l'appartenance commune à la famille humaine amènent nécessairement à l'identité planétaire unique du genre humain<sup>647</sup>. Bien que ces expressions constituent, pour le moment, de simples abstractions, elles expriment de plus en plus un sentiment partagé qui dépasse les nationalismes, les races, les religions, les idéologies, les langues, les frontières et toutes les divisions souvent artificielles dans lesquelles jusqu'à maintenant l'espèce humaine a vécu son existence sur la planète Terre<sup>648</sup>.

---

<sup>643</sup> Rawls, *Le droit des gens*, *supra* note 308 aux pp 40-41.

<sup>644</sup> *Charte canadienne*, *supra* note 238.

<sup>645</sup> *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, (entrée en vigueur : 18 juillet 1978), en ligne : OÉA <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>> [CADH].

<sup>646</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 5.

<sup>647</sup> Franca Sciuto « Préface » dans Jean-Michel Folon, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Bruxelles, Amnesty International Belgique francophone, 1988, à la p 12 (« Nous appartenons tous à une seule et même famille : le genre humain ») ; voir aussi Domingo, *supra* note 51 à la p xvi (« The human person, and not the state, should constitute the cornerstone of global law. Humanity is the global amalgamation of persons, not states »).

<sup>648</sup> Allott, GSAÉD 2012, *supra* note 44 au para 66.



Le droit international universel minimal reconnaît que les besoins individuels de la personne humaine doivent avoir primauté sur les intérêts des États et des corporations privés. Domingo propose :

Dignity comes in this way to substitute for the important role sovereignty plays in international law, where the state becomes the only subject of international law. The subject of global law is, on the other hand, the person – any person, independently of language, color, birthplace, age, sex, or social condition. And this is so in virtue of the dignity of that person, who submits to the global order at least in its formation phase by his or her own will, not under state command<sup>649</sup>.

Le respect de la dignité humaine est la source de la légitimité du droit, car les structures politiques telles que l'État n'existent que pour garantir à chaque personne le respect absolu de sa pleine liberté d'expression ainsi que des autres libertés, d'association, de religion, de mobilité, etc. Cette approche de Domingo s'oppose à la conception de Hobbes et de Hegel qui conçoivent les institutions politiques, l'État, comme un bien en soi. Nous pensons que l'État doit toujours avoir un respect immense envers la personne humaine, en reconnaissant que chacune a une identité commune, celle d'appartenir à la collectivité humaine. Le droit international universel se justifie seulement dans la mesure où il protège la dignité de la personne humaine. Pour ce faire, il doit remplacer la notion de souveraineté étatique par celle de la dignité humaine<sup>650</sup>. Il s'agit d'un droit international nouveau de type consensuel. Domingo écrit : « [New global law] should be proposed and not imposed – based more on mutual agreement than on laws and codes and led by a civil society protected by international global institutions and not by hierarchical and technocratic state entities »<sup>651</sup>.

Le respect des droits de l'homme constitue le minimum nécessaire à observer pour tout « régime politique pour que ce dernier soit admissible comme membre respectable d'une société politique juste des peuples »<sup>652</sup>. Le droit des peuples est le droit international de l'humanité. Par contre, ce n'est pas un droit interétatique. Selon Domingo, « international law has been a law of states and nations, whereas global law is a law of humanity.

---

<sup>649</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 196.

<sup>650</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p xvii (new global law « would gradually abandon the corset of the nations-states and employ a legal metalanguage in response to the new challenges of globalization in all its permutations »).

<sup>651</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p xviii.

<sup>652</sup> Rawls, *Le droit des gens*, *supra* note 308 à la p 88.

Nations do not unite – rather we, all the earth’s inhabitants, do. Hence the novelty of global law, which resembles common law more than the law of nations »<sup>653</sup>. Le droit de l’humanité tient pour sujet premier le droit de l’être humain. Le droit international universel minimum bénéficie à toute l’humanité. La société humaine est une notion large, qui dépasse le concept du club fermé de la communauté interétatique. La société humaine se compose des acteurs étatiques et non étatiques. Domingo considère :

Humanity comprises persons organized into families, and these into communities, which in turn form peoples – but not, strictly speaking, states. States are a way of organizing society in the modern era that has now been superseded thanks to a crisis in its shaping principles, especially those of sovereignty and territoriality [...] Humanity can be called a people, a people of peoples (*populus populorum*), but it cannot be a state, as if it were a nation. And because humanity is prior to states, the law of humanity as a universal community should prevail against the law of states<sup>654</sup>.

La société humaine est plurale et le seul principe universel serait celui de la diversité normative qui protège la dignité humaine partout. D’après Ricœur, « l’humanité a joué son destin sur une diversité de langues, sur une diversité d’expériences morales, sur une diversité de spiritualités et de religions. L’humanité est irréductiblement plurale »<sup>655</sup>. Allott partage cette idée : « So, there are now plentiful social forms at the level of all-humanity »<sup>656</sup>. La pluralité des sociétés humaines mène au partage de diverses valeurs, qui se transforment en divers ordres juridiques. Allott ajoute : « A society must be able to assume very many values if it is to survive from day to day as a society »<sup>657</sup>. Les valeurs permettent la survie d’une société, mais la société humaine universelle doit faire face au dilemme de l’unité de la nature humaine et la pluralité des valeurs sociales. Cette opposition doit se résoudre en bâtissant une société internationale démocratique et juste<sup>658</sup>. La société humaine internationale deviendrait juste et démocratique si la distinction culturelle entre les peuples était promue et garantie par le droit international

---

<sup>653</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 198.

<sup>654</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 199.

<sup>655</sup> Paul Ricœur, *Lectures 1 : autour du politique*, Paris, Seuil, 1991, à la p 247.

<sup>656</sup> Allott, GSAÉD 2012, *supra* note 44 au para 87.

<sup>657</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 5.17.

<sup>658</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 au para 14.8 ; voir aussi Domingo, *supra* note 51 à la p 158.

commun à l'humanité. Les appartenances multiples, les diverses identités humaines et les diverses manifestations culturelles font partie de la réalité sociale<sup>659</sup>. Domingo affirme :

It is incumbent on global law to protect and foster differences among peoples, nations, and persons. It must stimulate a healthy social pluralism [...] Global law must protect the diversity of customs, languages, and cultures by struggling to keep fashions from homogenizing the planet through the media. This is the great difference between global law and imperialist law, of which there is no shortage of examples. Homogeneity impoverishes democratic debate and poses obstacles to the development of humanity and the pursuit of the common good<sup>660</sup>.

Les surgissements identitaires authentiques conduisent aux appartenances nationales, locorégionales et transversales. Au 21<sup>e</sup> siècle, nous faisons l'éloge de l'économie globalisée, où les moyens de communication et de transport ultrapuissants ne connaissent pas de barrières. Cependant, la réalité, pour la plupart des gens, est tout autre. La majorité des personnes sont, pour différentes raisons (économiques, matérielles, culturelles ou spirituelles), confinées à demeurer dans leur petit coin de la planète. Les identités alternatives à caractère locorégional se développent de plus en plus, et sont une réponse légitime à l'uniformisation prétendue par le style de vie occidental. Habermas constate : « La pression uniformisante d'une culture mondiale à caractère matériel fait souvent naître des constellations nouvelles qui, loin de niveler les différences culturelles existantes, créent au contraire une diversité nouvelle de formes hybrides »<sup>661</sup>. Certaines appartenances locorégionales - dont l'identité reste locale, car les points de repère de leur appartenance ne dépassent pas les espaces régionaux ou infra-étatiques - représentent notamment une réfutation délibérée de la planétarisation de la culture. Delmas-Marty observe : « Tout à l'opposé d'une globalisation qui tendrait à revêtir le monde juridique d'un même uniforme, une forme quasi unique modelée par les exigences du commerce mondial, la régionalisation semble rester plus près de la terre et des ses habitants »<sup>662</sup>. De ce fait, plusieurs acteurs internationaux plaident en faveur du principe selon lequel la

---

<sup>659</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 11 (« Chacun est à la fois citoyen d'un État et citoyen du monde, mais fait aussi partie d'une famille, d'une profession, d'une ville ou d'un village [...] Beaucoup sont des fidèles d'une église, des membres d'un parti politique ou d'un syndicat, d'une association ou d'une société [...] Or toutes ces communautés ont leurs règles de droit, et cette multiplicité de sources et de règles diverses est à la fois cause de richesse et de désordre »).

<sup>660</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 186.

<sup>661</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 aux pp 68-69.

<sup>662</sup> Delmas-Marty, *II*, *supra* note 130 à la p 140.

culture ne devrait jamais entrer dans la catégorie des marchandises; donc, les produits et les services culturels ne seraient jamais objets de libre-échange et ils pourraient toujours être protégés sous le parapluie des normes protectionnistes<sup>663</sup>.

Au 21<sup>e</sup> siècle, une nouvelle division de compétences de l'ordre mondial s'imposerait, parce qu'une vraie interprétation des besoins des êtres humains et la nouvelle division de compétences souveraines à l'échelle de la planète sans gouvernement mondiale se font sentir dans différents domaines. D'après Habermas : « Il ne faut pas attendre que les élites gouvernantes opèrent un tel changement de perspective, qui consiste à passer des 'relations internationales' à la mise en place d'une politique intérieure à l'échelle de la planète; il faut plutôt que les populations elles-mêmes, dans leur propre intérêt bien compris, encouragent ce changement »<sup>664</sup>. L'État souverain semblerait devenir trop grand pour les besoins locaux, et il serait aussi trop petit pour les grands défis mondiaux. Pour remédier à ce manque de précision sur le rôle que devrait jouer l'État, le droit transnational propose le principe de subsidiarité. Celui-ci constitue une sorte de contrepoids à la notion traditionnelle de souveraineté, car la subsidiarité contient l'idée de compétences partagées. Le principe de subsidiarité présente deux modalités. La première est verticale, car elle distribue les compétences entre les acteurs étatiques eux-mêmes. La deuxième est horizontale, car elle délègue les compétences aux acteurs non étatiques.

L'attribution des compétences partagées peut se faire d'abord entre les différents paliers gouvernementaux infra et supra-étatiques<sup>665</sup>. La subsidiarité admet, d'une part, l'existence d'une compétence universelle, en ce qui concerne les interdits et les droits fondamentaux communs à tous. D'autre part, la subsidiarité laisse aux peuples une marge d'appréciation lorsqu'ils cherchent à mettre en œuvre leurs propres interdits et droits locaux. Par exemple, les crimes internationaux contiennent des interdits universels communs à l'humanité<sup>666</sup>. Cependant, un peuple particulier peut décider de punir une conduite qui ne fait pas partie des interdits universels. C'est ainsi que pour quelques

---

<sup>663</sup> Voir notamment, *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005 (entrée en vigueur : 18 mars 2007), en ligne, UNESCO, <[http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=33232&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=33232&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)> [CPPDEC].

<sup>664</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, supra note 75 à la p 37.

<sup>665</sup> *Traité de l'UE*, supra note 399 art 5.

<sup>666</sup> *Statut de Rome*, supra note 153 art 5-8.

euples, la consommation de la marijuana ou de la cocaïne est un crime, tandis que pour les autres, il s'agit d'une tradition culturelle largement admise. En outre, la subsidiarité admet aussi l'existence des droits fondamentaux locaux. Par exemple, le droit de porter des armes constitue un droit essentiel, mais qui n'est reconnu que par un nombre très limité de peuples, tandis que pour la plupart des peuples, il s'agit plutôt d'une interdiction partielle ou absolue, parfois même puni comme étant un crime grave.

La notion de pluralisme constitutionnel admet le principe de marge d'appréciation nationale. Bergel observe : « Il arrive enfin que certaines hiérarchies théoriques soient inversées dans la réalité. Qu'il s'agisse de la marge d'appréciation réservée au législateur par le droit constitutionnel ou de la 'marge nationale d'appréciation' que les traités européens abandonnent aux législations nationales »<sup>667</sup>. Nous pouvons voir dans le même sens, les clauses dérogatoires prévues dans les Chartes des droits et libertés<sup>668</sup> ou encore les réserves dans les traités<sup>669</sup>. Le concept de 'marge d'appréciation' dans la jurisprudence de Strasbourg permet justement aux États européens d'appliquer la *Convention européenne des droits de l'homme*, conformément à leurs unicités culturelles, historiques, sociales, etc., bref, tout le contraire de l'homogénéisation à laquelle les universalistes radicaux prétendent<sup>670</sup>. Au Canada, une analogie pourrait également être faite – dans une certaine mesure du moins – à l'égard des diverses commissions provinciales des droits de la personne; les institutions provinciales formulent des procédures et des concepts d'égalité différents<sup>671</sup>, bien que ces régimes soient évidemment tous assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le partage des compétences peut se faire aussi entre les entités étatiques et les acteurs non étatiques. Selon Colombo : « If we want to enhance citizenship, and citizen participation, we must explore the principle of subsidiarity further, to include not only a division of powers among public authorities, but also the recognition of the public role of

---

<sup>667</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 19.

<sup>668</sup> *Charte canadienne*, *supra* note 238 art 25 et 33.

<sup>669</sup> *CVDT*, *supra* note 227 aux articles 19-23.

<sup>670</sup> Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, aux pp 483 et ss.

<sup>671</sup> Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, LexisNexis, 2008, à la p 240 ; voir aussi Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2004, à la p 329.

private actors: citizens and civil society organisations »<sup>672</sup>. Les pouvoirs déjà reconnus aux ordres professionnels et tribunaux d'arbitrage privés constituent des cas concrets de la manifestation du principe de subsidiarité, au profit d'acteurs non étatiques. Belley propose d'aller plus loin dans la démarche du partage de compétences entre les entités étatiques et non étatiques :

Le principe de subsidiarité signifie qu'en matière de règlement des différends, la responsabilité première incombe aux instances de la société civile. La justice étatique ne devrait être responsable que des catégories de différends dont le règlement ne peut être organisé de façon décentralisée. L'intervention en dernier ressort du tribunal étatique, après échec des procédés non judiciaires, est une application de ce principe au niveau des différends individualisés. Pour que ce principe ait une incidence réelle, il faut responsabiliser les acteurs et instances de la société civile<sup>673</sup>.

La désétatisation de la compétence normative et judiciaire constitue une nouvelle tendance qui prend de la place dans les activités humaines dans le monde. Il s'agit d'un désengagement de l'État à l'égard des compétences traditionnelles ou nouvelles qui commencent à être exercées par les acteurs non étatiques<sup>674</sup>. C'est la société civile organisée qui conduit la mondialisation dans une perspective pluraliste. Teubner remarque, « *global law will grow mainly from the social peripheries, not from the political centres of nation-states and international institutions* » [italiques dans l'original]<sup>675</sup>. La périphérie doit être comprise comme les regroupements d'acteurs non étatiques, qui se spécialisent dans un domaine normatif transnational spécifique. Ces acteurs non étatiques exercent une compétence normative qui se légitime par une expertise technoscientifique<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> Alessandro Colombo, *The Principle of Subsidiarity and European Citizenship*, Milano, Vita e Pensiero, 2004, à la p 15.

<sup>673</sup> Belley, « Une justice », *supra* note 137 au para 125.

<sup>674</sup> Voir le chapitre II, à la section C, ci-dessous, pour l'analyse en détail.

<sup>675</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 7.

<sup>676</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 8 (« Global law is produced in self-organized processes of 'structural coupling' of law with ongoing globalized processes of a highly specialized and technical nature »).

## **2. Le droit décentralisé : les théories tiers-mondistes contemporaines en droit international**

D'après les théories tiers-mondistes contemporaines, le droit international universel minimal demeure une normativité d'origine eurocentrique<sup>677</sup>. Les auteurs tiers-mondistes dénoncent le droit international classique et la doctrine positiviste juridique dominante, parce que « le droit international reste un instrument au service des intérêts des anciennes puissances coloniales. Cette critique est présente dans toutes les études des TWAIL et porte sur l'ensemble du champ du DI »<sup>678</sup>. Les droits fondamentaux de type universel peuvent entrer en conflit avec les valeurs propres de peuples qui n'appartiennent pas à la culture occidentale dominante<sup>679</sup>. Donc, les supposés principes juridiques universels doivent s'harmoniser avec les valeurs propres de cultures périphériques. En outre, la prétendue « neutralité du positivisme n'est qu'une apparence ou une hypocrisie; de plus, estiment-ils, en refusant d'associer droit et politique, les positivistes s'interdisent une analyse réaliste des phénomènes juridiques internationaux »<sup>680</sup>.

L'émergence d'une perspective anthropologique en droit international décentralise certainement l'interprétation du droit. Cette approche décentralise aussi la création du droit pour y inclure des modèles normatifs plus complexes, d'origine autre que les États ou la communauté interétatique, car l'État « n'est plus considéré comme l'unique et principal acteur de l'émancipation des peuples »<sup>681</sup>. D'après Domat-Montchrestien : « La société internationale résulte non pas de la coexistence et de la juxtaposition des États, mais au contraire de l'interpénétration des peuples par le commerce international (au sens

---

<sup>677</sup> David Kennedy, « The TWAIL Conference: Keynote Address » (Albany, New York, April 2007) 9:4 International Community Law Review 333-344, à la p 334 [Kennedy, « The TWAIL »] (« international law was made in Europe, for a European reality »).

<sup>678</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 27.

<sup>679</sup> Kennedy, « The TWAIL », *supra* note 677 à la p 334 (« the whole international law project was forged in the colonial encounter, preoccupied not with managing relations among equal Westphalian sovereigns, but with managing domination across the cultural divide between Europe and the Rest »).

<sup>680</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 aux pp 92-94.

<sup>681</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 23.

large). Il serait bien curieux que le phénomène de sociabilité qui est à la base de la société étatique s'arrêtât aux frontières de l'État »<sup>682</sup>.

Les normes juridiques sont le fruit de la sociabilité humaine, c'est-à-dire que la société humaine, dans son évolution, accepte, comme société, d'intégrer des formalités et des procédures dont le contenu a une valeur de juridicité. Selon Gafsia et al : « La juridicité est un concept qui permet d'inclure les valeurs et les pratiques dans le droit. Elle nous entraîne alors au-delà [du droit étatique] qui ne s'inspire que de l'expérience occidentale, et met en valeur la multiplicité des acceptions du droit »<sup>683</sup>. Dans ce sens, la socialisation juridique est le processus « par lequel les normes sont intériorisées par les [membres de la société] au point [où] elles deviennent partie intégrante de leur être au monde et de leur vivre en société »<sup>684</sup>. La socialisation juridique présente une diversité de modes et de formes qui dépasse les espaces étatiques pour y inclure les « différentes manières observables dans le monde de la mise en forme du vivre-ensemble »<sup>685</sup>. La vie en société se déroule en contextes culturels et institutionnels très différents. Chaque peuple développe sa propre manière d'organiser la vie en société selon les circonstances de temps, de mode et de lieu. Autrement dit, la socialisation juridique est le processus par lequel la norme sociale devient une norme juridique socialement construite et acceptée. D'après Gafsia et al :

La notion de juridicité élargit le caractère juridique de telle norme sociale ou de telle règle dite 'de droit' et démontre le rôle joué par les acteurs sociaux ou juridiques dans le processus de juridisation ou de déjuridisation. Le concept de juridicité permet d'étudier le passage du social au juridique, mais également le choix opéré par les acteurs juridiques dans la détermination du droit idéal, conforme à une interprétation religieuse, à une politique, une philosophie, une idéologie ou une doctrine<sup>686</sup>.

---

<sup>682</sup> Domat-Montchrestien, *Manuel de droit international public*, 1948, aux pp 18-19, tel que cité dans Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 91.

<sup>683</sup> Nawel Gafsia, Haoua Lamine et O Sara Liwerant, « Trois voix sur la juridicité » dans Christoph Eberhard et Geneviève Vernicos, dir, *La quête anthropologique du droit : Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Paris, Karthala, 2006, à la p 551 [Eberhard et Vernicos].

<sup>684</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 57.

<sup>685</sup> Christoph Eberhard, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 73.

<sup>686</sup> Nawel Gafsia, Haoua Lamine et O Sara Liwerant, « Trois voix sur la juridicité » dans Eberhard et Vernicos, *supra* note 683 à la p 554.



Pour mieux comprendre ces différences, « les anthropologues ont émancipé la notion de culture d'une approche trop rigide et homogénéisante et sont devenus critiques face aux approches 'culturalistes' qui figent les analyses dans des moules culturels »<sup>687</sup> universalistes. Les approches anthropologiques tiers-mondistes prétendent que le droit international ne peut être ni homogène ni uniformisateur. « Ainsi n'y aurait-il pas d'universalité du droit, mais uniquement des expériences civilisationnelles différentes »<sup>688</sup>.

La perspective tiers-mondiste revendique la contribution au droit international de peuples autres que les Européens. D'après Gallié :

Les TWAIL préconisent de prendre en compte à la fois les contradictions internes au sein des États et le rôle de la société civile pour comprendre le développement du droit international et des institutions internationales, mais également pour envisager un autre droit international. La démocratisation recherchée du droit international suppose ainsi de « décentraliser » sa légitimité, en tenant compte des expériences locales des pays du tiers-monde, des pouvoirs locaux<sup>689</sup>.

Les différents peuples du monde revendiquent l'autodétermination au-delà de la simple souveraineté étatique. C'est pour cette raison que certains auteurs tiers-mondistes conceptualisent « la notion de souveraineté permanente comme un droit des peuples et non des États »<sup>690</sup>. C'est ainsi que les projets d'émancipation qui ont cours depuis la décolonisation du 20<sup>e</sup> siècle devançaient la notion de la souveraineté étatique pour privilégier celle de l'autonomie normative de communautés et de peuples<sup>691</sup>. Les théories tiers-mondistes contemporaines du droit international « critiquent fortement le concept d'État souverain, sa construction, mais également son caractère violent et autoritaire »<sup>692</sup>. L'utilisation de la force ou la menace de l'utiliser constitue un danger pour les groupes minoritaires à l'intérieur d'un État ainsi que pour les peuples et les États possédant de

---

<sup>687</sup> Christoph Eberhard, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 71.

<sup>688</sup> Christoph Eberhard, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 74.

<sup>689</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 33.

<sup>690</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 30.

<sup>691</sup> Singer, *supra* note 199 à la p 103 (« cultural communities should be entitled to protection, and that they should therefore be accorded the right to exist and maintain their integrity (the right of cultural autonomy), together with the right to be accepted as legitimate participants in the life of the country at large, participants whose characteristic attitudes and values ought to be respected even by those who do not share them (the right of cultural authority) »).

<sup>692</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 31.

moyens militaires faibles. La théorie tiers-mondiste revendique la démocratisation du droit sans faire appel à la contrainte. Selon Gallié : « Il ne s'agit pas de revenir à un ordre international assuré par la force, ordre dont les peuples du tiers-monde ont été les premières victimes. La démocratisation du DI constitue donc bien un objectif prioritaire à poursuivre »<sup>693</sup>.

Pour que le droit international acquière une légitimité mondiale, il doit recevoir l'inspiration et le consensus de toutes les nations et de toutes les cultures humaines<sup>694</sup>. Les intellectuels tiers-mondistes partagent « une volonté commune de démocratiser le droit international, et ce, pour avancer dans la formulation de propositions constructives et alternatives à celles du premier monde »<sup>695</sup>. D'après Gallié, les théories tiers-mondistes contemporaines du droit international font un examen critique des notions de souveraineté étatique et d'universalité, en opposant « les principes de société civile et de pluralisme »<sup>696</sup>, parce que ces théories « adoptent pour leur part une approche très critique de l'État-nation et du caractère universel du DI »<sup>697</sup>.

La contestation du modèle étatique prend racine dans le fait « que la majeure partie des peuples du tiers-monde vit dans des espaces non-institutionnalisés (la famille, le secteur informel et en dehors des partis politiques) »<sup>698</sup>. Les activités économiques des personnes les pauvres du monde ne font pas partie de politiques publiques mondiales. D'après Varella : « Le droit du développement a été défendu par les pays du Sud contre les positions des pays du Nord, sauf rares exceptions. Le droit international économique a été son principal forum de formulation juridique. Il a eu plusieurs répercussions concrètes jusqu'aux années quatre-vingt, moment où ses normes ont été démantelées par l'avancée des théories néolibérales »<sup>699</sup>. C'est vrai que la chute du mur de Berlin, « en mettant un terme à la guerre froide, a laissé place à une période dite de mondialisation qui serait caractérisée par l'acceptation d'un certain nombre de valeurs communes, telles que

---

<sup>693</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 37.

<sup>694</sup> Voir comme exemple de cette perspective en droit international, l'adoption en 2005 de la *CPPDEC*, *supra* note 663.

<sup>695</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 18.

<sup>696</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 18.

<sup>697</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 31.

<sup>698</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 32.

<sup>699</sup> Marcelo D Varella, *La construction du 'développement durable' dans le droit international : Face à l'inégalité Nord-Sud*, Sarrebruck (Allemagne), Éditions Universitaires Européennes, 2010, à la p 64.

l'économie de marché et la démocratie libérale »<sup>700</sup>. Nonobstant, les plus pauvres ne bénéficient pas de l'économie de marché mondial, ni de la démocratie libérale, car la politique dominante demeure centrée sur les mécanismes institutionnels et interétatiques dont les plus pauvres sont exclus.

La contestation du caractère universel du droit international classique prend racine dans l'argument selon lequel le droit est un outil de contrôle social et économique puissant au service du producteur du droit et de celui qui effectue sa mise en œuvre<sup>701</sup>. D'après Gallié, « Le droit offre ainsi à celui qui a le pouvoir de le produire un instrument de domination particulièrement précieux en raison de sa force d'imposition d'une définition du juridique valable pour tous »<sup>702</sup>. La majorité des organisations internationales a son siège social dans les pays occidentaux. La plupart des fonctionnaires rattachés à ces organisations ont été formés dans les universités occidentales. Il en est de même pour les conventions internationales dont la plupart ont été négociées et adoptées dans une ville occidentale. La domination de la culture occidentale, lors de la création du droit international, signifie donc que les valeurs occidentales prévaudront dans l'application de ce droit. Cela confirme l'affirmation selon laquelle le droit international classique constitue « un outil au service des anciennes puissances coloniales »<sup>703</sup>.

D'après Gustavo Gozzi, le droit international classique, avant le 19<sup>e</sup> siècle, se limite aux relations des puissances européennes, parce qu'il est l'expression d'une conscience et d'une culture européenne, le christianisme. Ce n'est qu'au 20<sup>e</sup> siècle que les puissances asiatiques (Chine, Japon et autres) participent pleinement aux relations internationales selon les formes établies par le droit international classique. Depuis de la Deuxième Guerre mondiale, de nouveaux acteurs participent aussi aux relations internationales. Ces acteurs très divers sont très différents les uns des autres, car chacun s'identifie à des valeurs propres à une culture, à un savoir, ou à une croyance propre. Il en résulte une

---

<sup>700</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 19.

<sup>701</sup> Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Le droit international : « Que sais-je ? »*, Presses Universitaires de France, 2013, à la p. 3 (« le droit international est aussi inscrit depuis son émergence moderne dans une société internationale profondément inégalitaire où il nourrit autant de violences qu'il permet d'en apaiser. Aussi, loin d'être une simple technique juridique neutre, il est, et a toujours été, la projection à l'international des valeurs et des intérêts des acteurs dominants de la société internationale tout en étant utilisé par les mouvements de résistance à cet ordre dominant »).

<sup>702</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 36.

<sup>703</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 36.

société mondiale contemporaine plus élargie et pluraliste. De nos jours, pour que le droit international puisse être considéré comme universel, il doit prendre en compte les modes, les formes et les valeurs non occidentales<sup>704</sup>. Cependant, l'histoire du droit international classique démontre que les valeurs et les intérêts de peuples du tiers-monde ont été ignorés lors de l'élaboration de normes dites internationales. D'après Gallié : « La deuxième génération de théoriciens tiers-mondistes du droit international s'accorde pour dire que le droit en place est au service des pays occidentaux et qu'il opère au détriment du tiers-monde »<sup>705</sup>.

De nos jours, la démocratisation du droit international classique s'avère nécessaire comme option de rechange qui peut légitimer un système de principes, de normes et d'institutions vraiment international. Pour opérer cette démocratisation, il faut d'abord reconnaître le caractère plural et divers de la société humaine. Ensuite, il faut harmoniser, sans uniformiser, le dialogue entre les différentes cultures et systèmes juridiques dans un ensemble de principes, de normes et d'institutions ouvertes à tous les peuples du monde, puisque le pluralisme juridique s'oppose à toute ambition unitaire comme c'est le cas du prétendu projet de l'État mondial. Finalement, il faut toujours concilier les prétendues valeurs universelles et les particularités locales. C'est peut-être ce que la Cour suprême du Canada avait à l'esprit lorsqu'elle affirme dans l'affaire Kapp : « Ces questions soulèvent des considérations complexes extrêmement importantes pour que les droits des Autochtones puissent être conciliés de manière pacifique avec les intérêts de tous les Canadiens »<sup>706</sup>.

Le projet du pluralisme juridique tiers-mondiste remet en question la modernité et la notion de l'universalisme de valeurs unitaires ainsi que le monisme juridique<sup>707</sup>. Certains

---

<sup>704</sup> Gustavo Gozzi, « History of International Law and Western Civilization », (Albany, New York, April 2007) 9:4 International Community Law Review 333-344.

<sup>705</sup> Gallié, *supra* note 309 à la p 36.

<sup>706</sup> *R c Kapp*, 2008 RCS 41, au para 65.

<sup>707</sup> Raquel Z Yrigoyen Fajardo, « Constitutionnalisme pluraliste et peuples autochtones en Amérique latine : Du multiculturalisme à la décolonisation », traduit par Leslie Cloud dans Irène Bellier, *Peuples autochtones dans le monde : Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2013, à la p 210 (« Dans le cadre d'un projet décolonisateur, les Constitutions bolivienne et équatorienne formulent le principe du pluralisme juridique (et sa mise en œuvre institutionnelle) ainsi que des changements au sein de la culture juridique, avec les réserves qu'imposent un lourd héritage colonial et un contexte encore marqué de monisme juridique »).

centres d'études ne s'affichant pas ouvertement tiers-mondistes, mais ils adoptent des approches méthodologiques qui favorisent cette tendance du pluralisme juridique. C'est notamment le cas du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAMP). Voyons les enjeux et les perspectives de recherche sociojuridique proposés par Le Roy :

1. critiquer toutes les formes discursives qui sous l'apparence de dualismes versent dans le principe unitaire;
2. vérifier la pluralité des appartenances statutaires de tous les acteurs et ainsi le phénomène de la 'pluralité des mondes' [qui autorise] à fonder un véritable pluralisme;
3. construire des démarches reposant sur le principe de la complémentarité des différences (et non sur celui, aristotélien, de l'opposition des contraires) afin de rendre fertile cette rencontre des cultures dans leur diversité<sup>708</sup>.

Ces points de vue de recherche en anthropologie juridique constituent une sorte de feuille de route pour les théories tiers-mondistes contemporaines. Nous pouvons certainement constater l'existence d'une compatibilité méthodologique entre ces domaines de la pensée, mais pourquoi est-ce que les théories tiers-mondistes adopteraient la démarche de l'anthropologie juridique parisienne plutôt que de développer la leur? D'après Danino : Paris « attire d'ailleurs les jeunes [...] du tiers monde [...] De plus, un écosystème d'intellectuels tiers-mondistes d'origine bien française – particulièrement pittoresque s'installe durablement sur la rive gauche »<sup>709</sup>. Cette perspective théorique tiers-mondiste s'applique à l'ensemble du droit international. Nous allons, quant à nous, explorer sommairement une seule des spécialités de ce dernier, afin de prouver la pertinence du discours tiers-mondiste.

Le droit pénal international, ainsi que les institutions de justice qui lui sont associées, prétend à tort qu'il a une vocation universelle. La justice pénale internationale a donc un défi à relever, celui de vérifier s'il y a compatibilité entre les valeurs occidentales et les particularismes culturels. D'après Garapon, « la prétention universelle de la justice pénale internationale l'oblige à avoir clairement à l'esprit ce qui est intangible en elle et la

---

<sup>708</sup> Étienne Le Roy, « Ouverture : Diversité culturelle et médiation, enjeux et perspectives » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 15.

<sup>709</sup> Steve Danino, « Paris, belle et rebelle : splendeur et misère d'une Ville-monde » dans Trioux, *supra* note 576 à la p 77.

définit, et ce qui peut recevoir des traductions différentes selon les cultures »<sup>710</sup>. Ce questionnement en amène un autre, celui de mettre en évidence « l'opposition entre paix sociale et justice »<sup>711</sup>, lorsque les communautés locales sont confrontées à un conflit armé. Les objectifs, les procédures et les moyens de la justice étatique, selon le modèle occidental, sont remis en question. Les cultures périphériques revendiquent d'autres façons de concevoir la notion de justice. C'est ainsi qu'un autre défi pour le droit pénal international est sa difficulté « à imaginer d'autres formes de justice que celles du procès occidental. Remarquons à ce propos que les formes les plus originales de la justice transitionnelle ont été inventées hors de l'Europe »<sup>712</sup>.

Nous entendons par justice transitionnelle<sup>713</sup> l'ensemble des mécanismes judiciaires et non judiciaires qui assouplissent le régime pénal appliqué aux responsables de crimes internationaux dans le but de mettre fin à un conflit interne. La justice transitionnelle cherche à favoriser la transition définitive entre une situation de dictature, d'apartheid ou de conflit armé interne et la démocratie ainsi que la paix durable et stable. Ce modèle de justice comprend l'ensemble des dispositifs d'enquête, de jugement et de purge de peines envers les responsables de crimes graves commis en lien avec la situation du conflit. La justice transitionnelle prévoit aussi les mécanismes de dédommagement aux victimes du conflit, de recherche de la vérité historique, de garanties de non-répétition, ainsi que les instruments de réconciliation entre les divers membres et groupes de la société<sup>714</sup>.

La justice transitionnelle est forcément temporaire. Cependant, il existe un autre mode de justice permanent et plus original chez les peuples non européens. C'est la justice traditionnelle (autochtone et communautaire)<sup>715</sup>. Nous percevons la justice

---

<sup>710</sup> Antoine Garapon, « La justice pénale internationale à l'épreuve du cosmopolitisme » dans Eberhard et Vernicos, *supra* note 683 à la p 48.

<sup>711</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 53.

<sup>712</sup> Antoine Garapon, « La justice pénale internationale à l'épreuve du cosmopolitisme » dans Eberhard et Vernicos, *supra* note 683 à la p 51.

<sup>713</sup> Nelson Arturo Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique, la justice transitionnelle et alternative : Le cas du conflit armé interne colombien », juin 2014 [non publié].

<sup>714</sup> Timothée Labelle et Jean-Nicolas Trudel, « Au cœur de la reconstruction ivoirienne : la réconciliation » (2012) 25:1 RQDI 91, au para 3.

<sup>715</sup> Karine Le Breton, « La justice urbaine à Kinshasa : de la symbiose des acteurs à un pluralisme judiciaire à construire » dans Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, *Dire le droit : rendre la justice* (Cahiers

traditionnelle<sup>716</sup> comme une justice communautaire de type restauratrice<sup>717</sup>. Dans le modèle de justice traditionnelle ou restaurative, l'État perd le contrôle de la poursuite pénale et la victime y occupe un rôle central. Selon Cario :

En ce sens, infracteur, victime, membres des communautés concernées sont invités à envisager ensemble les conséquences du crime éprouvé et à proposer un règlement du conflit acceptable pour tous. La justice restaurative est ainsi tournée vers la réalisation d'un triple objectif : la punition en vue de la resocialisation du condamné, la réparation globale de la victime, le rétablissement de la paix sociale<sup>718</sup>.

La justice traditionnelle fonctionne normalement en parallèle avec la justice étatique ordinaire. En situation d'après-conflit armé interne, la justice traditionnelle peut être complémentaire de la justice transitionnelle. D'après Manirakiza : « L'attrait qu'inspire ce système est justifié par sa proximité, la sensibilité socioculturelle des intervenants, la célérité des procédures, la préoccupation de protéger les intérêts de la communauté, la participation active des victimes »<sup>719</sup>.

La justice traditionnelle (autochtone et communautaire) « met en évidence le pluralisme des ordres normatifs, valeurs, visions du monde, consacrant ainsi l'irradiation normative de la société »<sup>720</sup>. Généralement un mode alternatif de règlement des conflits « s'éloigne des principes abstraits de justice pour se rapprocher de solutions plus pragmatiques dont l'objet principal explicite est la paix sociale »<sup>721</sup>. Dans les modes de justice traditionnelle, on considère que les normes abstraites et impersonnelles propres à la justice étatique sont

---

d'Anthropologie du droit 2009), Paris, Karthala, 2010, à la p 131 (« La justice traditionnelle par opposition à la justice dite 'moderne' est une justice issue des pratiques ancestrales et qui correspond aux coutumes de chaque groupe »).

<sup>716</sup> Nelson Arturo Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique, la justice transitionnelle et alternative : Le cas du conflit armé interne colombien », juin 2014 [non publié].

<sup>717</sup> Desmond Tutu, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon : Comment se réconcilier après l'Apartheid ?*, Paris, Albin Michel, 2000, à la p 59 (« Il existe une autre forme de justice, une justice réparatrice qui était le fondement de la jurisprudence africaine traditionnelle. Dans ce contexte-là, le but recherché n'est pas le châtement; en accord avec le concept d'*ubuntu*, les préoccupations premières sont la réparation des dégâts, le rétablissement de l'équilibre, la restauration des relations interrompues, la réhabilitation de la victime, mais aussi celle du coupable auquel il faut offrir la possibilité de réintégrer la communauté à laquelle son délit ou son crime ont porté atteinte »).

<sup>718</sup> Cario, *supra* note 484 à la p 9.

<sup>719</sup> Manirakiza, *supra* note 243 au para 35.

<sup>720</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 54.

<sup>721</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 51.

moins importantes que la vision du monde qui se définit par les pratiques et les motivations de la conduite de l'individu en société. C'est ainsi que l'utilisation d'un mécanisme alternatif de résolution des conflits « donne une visibilité aux normes de conduites et de comportements, réduisant ainsi la distance entre normes sociales et normes juridiques »<sup>722</sup>. Les théories tiers-mondistes mettent en évidence, entre autres, un important débat sur les approches opposant les notions ainsi que les mécanismes de la justice; c'est le cas du contraste entre les approches réparatrices locales et les approches punitives universelles proposées par le Statut de Rome<sup>723</sup>. Il convient d'expliquer que les articles 68, 75 et 79 du *Statut de Rome* prévoient la protection, la participation, la réparation, et les fonds au profit des victimes, mais ces dispositions constituent des mesures accessoires à la peine principale d'emprisonnement. Le *Statut de Rome* prévoit notamment que la personne déclarée coupable doit toujours purger une peine punitive d'emprisonnement selon le modèle de justice libéral occidental<sup>724</sup>, et cela sans avoir droit d'échanger la peine de prison pour une autre peine qui profiterait encore mieux aux victimes et aiderait davantage à la réadaptation sociale du coupable<sup>725</sup>.

L'intervention de la CPI dans le continent africain provoque l'opposition des partisans des théories tiers-mondistes. Ils reprochent aux enquêtes de la CPI de cibler exclusivement le continent africain. Les situations et les affaires en cours devant cette juridiction internationale portent exclusivement sur les crimes internationaux commis en Afrique<sup>726</sup>. Cependant, dans d'autres continents se commettent aussi des crimes internationaux, mais dans ces autres cas de crimes graves, la CPI n'enquête pas. C'est le

---

<sup>722</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 57.

<sup>723</sup> Erik K Baines, « The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda » (2007) 1:1 *The International Journal of Transnational Justice* 91-114, à la p 96 [Baines].

<sup>724</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 77.

<sup>725</sup> Cario, *supra* note 484 à la p 40 (« Non seulement le traitement pénitentiaire de resocialisation peut être notablement amélioré, mais surtout, de nombreuses autres sanctions non carcérales sont disponibles pour la réhabilitation ou la (re)socialisation des condamnés »).

<sup>726</sup> Cour pénale internationale, « Situation et affaires », en ligne : CPI <[http://www.icc-cpi.int/fr\\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx](http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx)>.



cas des crimes de guerre commis dernièrement en Syrie<sup>727</sup>, en Ukraine<sup>728</sup>, ou encore en Palestine<sup>729</sup>. D'après Garapon :

Une des critiques qui revient souvent s'adressant à la justice pénale internationale, c'est celle du 'deux poids, deux mesures'. Pourquoi accuser Milosevic pour le nettoyage ethnique en Bosnie et au Kosovo, et pas Poutine qui en fait de même – voire bien pire – en Tchétchénie? Ce reproche très récurrent en cache un autre, plus subtil : l'absence de réciprocité. L'accusation semble réservée à quelques États – ceux du Nord et plus encore de l'Occident – qui ne se laissent pas aisément interpellés<sup>730</sup>.

Il semble que les puissances occidentales vivent encore comme à l'époque où elles s'autoproclamaient les « nations civilisées »<sup>731</sup>. Elles justifient ainsi le colonialisme. Cependant, depuis la Deuxième Guerre mondiale, le colonialisme n'est plus légitime, même s'il se déguise dans des formules plus sophistiquées. Pour cette raison, les interventions ciblées de la CPI sont dénoncées. D'après Allen : « The ICC intervention is therefore a neocolonial experiment that ignores the realities and understandings of the victims. Instead, traditional justice measures should be embraced as a more appropriate and viable alternative, contributing to social reconciliation and peace »<sup>732</sup>. Les auteurs tiers-mondistes proposent alors comme option de rechange les modèles de justice traditionnelle. En principe, cette proposition doit être acceptée dans la mesure où la CPI « est complémentaire des juridictions pénales nationales »<sup>733</sup>. Donc, c'est légal en droit international que chaque nation détermine ses propres juridictions pénales nationales. Cela pourrait inclure les tribunaux transitionnels et traditionnels selon le cas.

---

<sup>727</sup> Nations unies, « Les crimes de guerre, une réalité quotidienne en Syrie, selon des experts de l'ONU », (4 juin 2013), en ligne : Centre d'actualités de l'ONU <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=30451#.U9kK0WMvPC8>>.

<sup>728</sup> Nations unies, « Ukraine : L'attaque contre l'avion de la Malaysia Airlines pourrait constituer un 'crime de guerre' », (28 juillet 2014), en ligne : Centre d'actualités de l'ONU <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=33029#.U9kNGGMvPC8>>.

<sup>729</sup> Nations unies, « Le Conseil des droits de l'homme décide d'envoyer d'urgence une commission d'enquête internationale indépendante dans le territoire palestinien occupé », (23 juillet 2014), en ligne : Haut-commissariat aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/fr/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14897&LangID=F>>.

<sup>730</sup> Antoine Garapon, « La justice pénale internationale à l'épreuve du cosmopolitisme » dans Eberhard et Vernicos, *supra* note 683 à la p 44.

<sup>731</sup> *Statut de la CIJ*, *supra* note 209 art. 38 c).

<sup>732</sup> Tim Allen, « The International Criminal Court and the invention of traditional justice in Northern Uganda » (2007) 107: 3 *Politique Africaine* 147-166, au para 8 [Allen, « The International »].

<sup>733</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 art 1.

La détermination du degré de la fonction complémentaire de la CPI est singulièrement mise au défi dans le cas du conflit armé ougandais. Selon Allen : « The ICC's role in Uganda has been attacked as an effort to impose a partial and compromised 'Western' form of 'justice', one which sets aside or ignores local mechanisms for conflict resolution, social reconciliation and the allocation of accountability »<sup>734</sup>. La CPI demeure un symbole de la justice pénale internationale; elle remplit un mandat supplémentaire, mais elle ne remplace pas la justice locale. C'est le principe de complémentarité/subsidiarité qui est l'un des piliers de la CPI<sup>735</sup>. Nonobstant, « the International Criminal Court is a centralizing mechanism of transitional justice »<sup>736</sup>. D'après Younes :

Il ne s'agit pas d'opposer le droit à l'absence de droit, la justice à l'équité, mais de donner un cadre à ce qui apparaît de plus en plus comme une évidence : la pluralité des ordres normatifs et non pas nécessairement leur relativité dans un monde où complexité et pluralisme sont désormais des réalités incontournables<sup>737</sup>.

Les théories tiers-mondistes proposent comme option de rechange au modèle de justice libéral occidental, la prise en considération des modèles de justice locale. En ce sens, la justice traditionnelle (communautaire et autochtone) offre une autre option pour venir en aide à la justice étatique : en situation d'après-conflit, la justice traditionnelle permettrait de compléter les instruments de la justice transitionnelle. Selon Nagy : « Traditional justice, which has been pursued after conflict in places such as Mozambique, Rwanda, Sierra Leone, East Timor, Burundi, and Uganda, represents a pluralisation of transitional justice »<sup>738</sup>. L'affirmation de Nagy est confirmée par la mise en valeur de différents modes de justice traditionnelle africaine. Nous pouvons constater que des recherches approfondies ont été faites en cette matière; c'est le cas, entre autres, du travail fait par

---

<sup>734</sup> Allen, « The International », *supra* note 732 au para 4.

<sup>735</sup> *Statut de Rome*, *supra* note 153 préambule (« la cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales »).

<sup>736</sup> Jemima Garcia-Godos, « Colombia: Accountability and DDR in the pursuit of peace? » dans Chandra Lekha Sriram et al, *Transitional Justice and Peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, New York, Routledge, 2013, à la p 89 [Sriram et al].

<sup>737</sup> Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 58.

<sup>738</sup> Jemima Garcia-Godos, « Colombia: Accountability and DDR in the pursuit of peace? » dans Sriram et al, *supra* note 736 à la p 81.

l'*International Institute for Democracy and Electoral Assistance*<sup>739</sup>. Dans cette étude, nous trouvons un rapport sur le potentiel de la justice traditionnelle africaine pour la réconciliation dans une situation d'après conflit armé. Nous y trouvons de manière détaillée la description des traditions rwandaise, mozambicaine, ougandaise, sierra-léonaise et burundaise. La doctrine en général cite le cas de la justice *Gacaca* au Rwanda, qui est un modèle de justice de type communautaire, instrumentalisé par le droit étatique après le génocide de 1994<sup>740</sup>.

Nous pouvons aussi citer l'utilisation de la justice traditionnelle de type coutumier au nord de l'Ouganda (région d'Acholi). Il s'agit notamment de cérémonies traditionnelles comme le *mato aput*, le *nyono tong gweno*, et le *gomo tong*<sup>741</sup>. En Ouganda, la justice traditionnelle complémente les mécanismes de la justice transitionnelle<sup>742</sup>. Dans ce cas en particulier, la CPI valide depuis 2007 les mécanismes alternatifs de justice communautaire de manière conditionnelle et exceptionnelle<sup>743</sup>. D'après Ojera Latigo : « An alternative mechanism for accountability – such as traditional justice rituals – is essential in order to provide a viable 'third way' between the polar opposites of the ICC and impunity. The need for greater sensibility and flexibility to local needs must be impressed on the ICC »<sup>744</sup>. Le rituel traditionnel ougandais auquel nous faisons référence est celui du *mato aput*. D'après Pain :

---

<sup>739</sup> Luc Huyse et Mark Salter, *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2008 [Huyse et Salter, *supra* note 739 à la p].

<sup>740</sup> *Loi organique n° 40/2000 du 26 janvier 2001*, « portant création des "juridictions Gacaca" et organisation des poursuites pour les infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commis entre le 1<sup>er</sup> octobre 1990 et le 31 décembre 1994 », voir JORR no 14 du 15 juillet 2001.

<sup>741</sup> Prudence Acirokop, « The Potential and Limits of *Mato Oput* as a Tool for Reconciliation and Justice » dans Sharanjeet Parmar et al, *Children and Transitional Justice: Truth-Telling, Accountability and Reconciliation*, Cambridge (Mass), Harvard Law School, 2010, aux pp 267-276 [Parmar et al].

<sup>742</sup> *The National Reconciliation Bill* (2009), en ligne : Coalition pour la CPI <[http://www.iccnw.org/documents/TRC\\_Bill\\_for\\_Uganda\\_2009.pdf](http://www.iccnw.org/documents/TRC_Bill_for_Uganda_2009.pdf)> ; *Agreement between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement (LRA/M)*, Juba, 29 juin 2007, art. 3.1, en ligne : Coalition pour la CPI <[http://www.iccnw.org/documents/Annexure\\_to\\_agreement\\_on\\_Accountability\\_signed\\_today.pdf](http://www.iccnw.org/documents/Annexure_to_agreement_on_Accountability_signed_today.pdf)> ; *Uganda: Acholi Religious Leaders Peace Initiative (ARLPI)*, en ligne: Peace Direct <<http://www.insightonconflict.org/conflicts/uganda/peacebuilding-organisations/arlpi/>>.

<sup>743</sup> Bureau du procureur de la CPI, « *Policy Paper on the Interests of Justice* » (septembre 2007), à la p 9, en ligne CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>>.

<sup>744</sup> James Ojera Latigo, « Northern Uganda: tradition-based practices in the Acholi region » dans Huyse et Salter, *supra* note 739 à la p 99.

Acholi traditional resolution of conflict and violence stands among the highest practices anywhere in the world. After factual investigation, it requires acknowledgment of responsibility by the offender, followed by repentance and then payment of compensation, leading to reconciliation through *mato oput*, the shared drinking of a bitter juice from a common gourd. This practice of reconciliation lies at the heart of a traditional approach to ‘cooling’ the situation and healing the land and restoring relationships, far beyond the limited approaches of conservative western legal systems and a formal amnesty for offences against the state<sup>745</sup>.

Cela signifie que les formes de la justice occidentale ne sont pas les seules capables de faire justice; il existe d’autres modèles ailleurs dans le monde. D’après Ost, nous pouvons établir au moins trois types de justice : « un modèle de justice coutumière-traditionnelle; un modèle de justice légaliste-libérale et un modèle de justice normative-technocratique »<sup>746</sup>. Ces autres formes de justice considèrent aussi que la dignité humaine est l’un des éléments essentiels dans la notion de justice<sup>747</sup>. Selon Allen :

Convictions in criminal trials are not a universally recognised approach to justice, and among the Acholi, there are other ways of doing things; reconciliation is preferred to retribution, and amnesty and truth telling are much more acceptable than punishment of the guilty, particularly if those that have suffered can receive some form of compensation<sup>748</sup>.

La revendication des modèles traditionnels de justice ne doit jamais ignorer l’importance de la reconnaissance de la dignité humaine dans tout procès judiciaire ou extrajudiciaire. La reconnaissance de la dignité humaine est une condition fondamentale de toute notion de justice. Cela est toujours important dans la mesure où tout être humain est un individu digne de reconnaissance dans sa personnalité juridique ainsi que comme un être porteur des droits et libertés dans toutes les circonstances. De plus, la dignité humaine

---

<sup>745</sup> Dennis Pain, *The Bending of Spears, Producing Consensus for Peace and Development in Northern Uganda*, Londres, International Alert Organization, 1997, à la p 2.

<sup>746</sup> François Ost, « Juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, dir, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacement*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, à la p 3 [Philippe Gérard].

<sup>747</sup> *Jugement aux trois autochtones Awá*, Juridiction autochtone de la Colombie, 1998, publié par l’Association d’autorités traditionnelles et réserves autochtones Awá – Unité Autochtone du peuple Awá (UNIPA), en ligne : CSJ <[http://200.74.133.188/csj\\_portal/jei/buscaador\\_decision/](http://200.74.133.188/csj_portal/jei/buscaador_decision/)> (« Está muy bonito los consejos que estamos aprendiéndolo, se está mirando de los fracasos, atiendan los consejos para vivir con la familia Awá como gente no como animales. No somos animales somos humanos, somos irrecuperables, somos gente » [...] « “Todos somos humanos indígenas Awá de la misma sangre, de la misma tierra ¿por qué matar a los compañeros? Si todos somos de aquí mismo, queremos vivir bien sin maltratar a nadie, sin matar a nadie, respetándonos todos para vivir bien, antes de matar hay que hablar con Autoridad para arreglar problema” »).

<sup>748</sup> Allen, « The International », *supra* note 732 au para 7.

constituerait une notion préjuridique et préétatique<sup>749</sup>. La reconnaissance de la dignité humaine est essentielle sans égard à la façon dont la justice est rendue, car « le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix »<sup>750</sup>. D'après la Cour suprême du Canada : « La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle »<sup>751</sup>. C'est ainsi que dans une société juste, le phénomène social de la pluralité ethnoculturelle ainsi que la reconnaissance de la diversité ne peuvent jamais aller à l'encontre de la dignité humaine. Selon Baranger :

La justice, et singulièrement le droit des personnes, ne peut que prendre acte d'un certain pluralisme juridique, apte à nourrir une jurisprudence plus ouverte, comprise comme la possibilité pour le juge d'arbitrer entre plusieurs systèmes de référence. Encore faut-il cadrer sa mise en œuvre dans une limite absolue qui est celle de la dignité humaine<sup>752</sup>.

Les auteurs tiers-mondistes ont le droit de contester les prétendues valeurs universelles qui uniformisent le comportement humain; la standardisation est un danger pour la diversité culturelle des peuples du monde. Cependant, toute revendication particulariste tient comme limite le respect dû à la dignité humaine<sup>753</sup>.

---

<sup>749</sup> Ahmed Swaitti, *Les violences envers les femmes : approche comparative (droit pénal français – droit pénal Palestine)*, Thèse de doctorat, Université de La Rochelle, 2010, à la p 102 (« La dignité de la personne humaine n'a pas besoin d'être inscrite dans un texte constitutionnel pour s'imposer. Elle est, au contraire, un principe qui préexiste à toute consécration juridique. En effet, la dignité implique l'interdiction de tout acte inhumain, c'est-à-dire de tout acte qui tendrait à méconnaître en tout être humain une personne humaine.

<sup>750</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, troisième alinéa du préambule.

<sup>751</sup> *Law c Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, au para 53.

<sup>752</sup> Thierry Baranger, « Le judiciaire et la prise en compte de la diversité culturelle : La justice des mineurs face au 'familier dissemblable' » dans Younes et Le Roy, *supra* note 26 à la p 120.

<sup>753</sup> Cour constitutionnelle colombienne, *Sentencia T-921/13*, (Arrêt du 5 décembre 2013), aux para 4.2.8 (« las limitaciones admisibles a la autonomía indígena son las que se refieren "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre", o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso »).

### 3. *Le droit objectif : le droit s'érige sur les nécessités sociales*

L'objectivisme juridique affirme que « l'origine du droit n'est ni la nature, ni l'histoire, ni le seul législateur. C'est la société, la réalité sociale. La méthode juridique inclut alors une démarche sociologique »<sup>754</sup>. D'un point de vue sociologique, « le pluralisme admet que tout groupe social organisé dispose d'un ordre juridique correspondant »<sup>755</sup>. Étant donné que la réalité sociale montre l'existence de divers groupes sociaux, alors la pluralité d'ordres juridiques devient évidente. Selon Arnaud : « Le fameux *Ubi societas, ibi ius* n'est pas nécessairement faux, à condition que l'on ne réduise pas le juridique au droit de l'État. Il existe, aujourd'hui, avec l'éclatement de la notion de souveraineté, une multiplicité des lieux de régulation, des centres de prise de décision, des autorités susceptibles de créer du droit »<sup>756</sup>. La diversité de groupes sociaux, à l'intérieur d'une société donnée, aussi bien qu'à l'international, conduirait à la diversité normative transnationale.

Scelle « affirme que le droit international est, comme le droit interne, un droit qui s'applique aux individus, déjà membres des différentes sociétés nationales. Il n'a pas de droit interétatique. Le droit international doit s'intituler 'droits des gens', le mot 'gens' étant employé dans le sens d'individus »<sup>757</sup>. Si le droit international reconnaît les États, ou si le droit interne reconnaît les personnes morales, cela « n'est qu'un procédé technique (une fiction) ne recouvrant aucune réalité collective »<sup>758</sup>. L'objectivisme juridique s'attaque aussi au statut prépondérant que le positivisme juridique donne à l'État, car le positivisme juridique prétend que seul l'État peut donner naissance au droit<sup>759</sup>. D'après Duguit : « Nous pensons au contraire qu'il y a un droit sans le souverain

---

<sup>754</sup> Hugues Rabaut, *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, à la p 79.

<sup>755</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 9.

<sup>756</sup> Arnaud, *Critique*, *supra* note 620 à la p 182.

<sup>757</sup> George Scelle tel que cité par Francis Amakoué Satchivi, *Les sujets de droit : contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet du droit international*, Paris, L'Harmattan, 2000, à la p 34 [Satchivi].

<sup>758</sup> Satchivi, *supra* note 757 à la p 33.

<sup>759</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 43 (« Alors que le volontarisme accorde beaucoup trop de place à la souveraineté de l'État et minimise le concept d'une communauté internationale vouée à la défense du bien commun, l'objectivisme minimise trop le concept de la souveraineté de l'État, au point de le nier parfois, et sous-estime trop le rôle des volontés étatiques dans la création du droit »).

et au-dessus du souverain »<sup>760</sup>. Le droit ne serait pas exclusivement un produit du législateur, mais surtout un produit social. Selon Gurvitch : « L'idée de droit social, conçu comme droit d'intégration, droit de communion et de collaboration dans une totalité anti-hiérarchique (le 'Nous'), opposé aussi bien au droit de coordination qu'au droit de subordination, seuls connus de l'individualisme et de 'l'impérialisme' juridique »<sup>761</sup>. Le monopole étatique sur le droit serait une sorte d'impérialisme juridique. Les tenants de l'objectivisme juridique croient que la justification de ce monopole étatique est l'œuvre de positivistes. Selon Politis :

Les règles du droit (international) sont dues uniquement à la solidarité et l'interdépendance des peuples, et leur naissance est bien antérieure aux traités qui se bornent à les formuler [...] Les coutumes et les traités (internationaux) ne sont que de simples constatations d'un droit déjà créé, dont l'existence peut d'ailleurs être prouvée par d'autres procédés<sup>762</sup>.

Le droit en général et le droit international existaient bien avant les États souverains. Dans les sociétés humaines antérieures aux États, il y avait aussi du droit. Autrement dit, le droit objectif est préexistant au droit positif<sup>763</sup>. Les droits de la personne sont aussi préexistants au droit positif<sup>764</sup>. Ce sont les réalités environnementales, qui, à chaque moment de l'histoire humaine, incitent les groupes sociaux à adopter les règles de vie sociale qui s'imposent dans les circonstances de mode, de temps et de lieu<sup>765</sup>. Selon Cochrane : « Law can only be appreciated in relation to the wider social context. It is society that controls law and not the reverse as is often suggested. Where public opinion

---

<sup>760</sup> Duguit, *L'État*, *supra* note 28 à la p 11.

<sup>761</sup> Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 aux pp 7-8.

<sup>762</sup> Voir Nicolas Politis tel que cité par Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 104.

<sup>763</sup> Scelle, v 2, *supra* note 543 à la p 298 (« La coutume et les traités législatifs (Droit conventionnel) ayant la même fonction juridique ont la même nature intrinsèque. Ce sont des modes de constatation et d'expression du Droit objectif préexistant, qui se trouve ainsi traduit en règles normatives ou constructives de droit positif. La valeur obligatoire de la coutume, aussi bien que de la législation, ne dérive donc à aucun degré de la volonté des sujets de droit qui ont compétence pour l'élaborer. Ils ne font autre chose que remplir une fonction sociale. La validité du droit positif réside fondamentalement dans sa conformité avec la règle de droit objective »).

<sup>764</sup> Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, New York, Oxford University Press, 2006, à la p 25 [Clapham] (« The emphasis is on a plurality of legal discourses rather than a hierarchy of legal orders. This approach may also combine with a vision of human rights as pre-existing moral claims, derived from moral philosophy rather than positive law »).

<sup>765</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 185 (« To each age, its law. The law regulates a specific society at a concrete time and place »).

changes and new attitudes come into being we see a change in the operation of law »<sup>766</sup>.  
Même les conceptions morales sont reliées aux notions de temps et de lieu. La diversité de religions polythéistes et monothéistes à travers l'histoire et encore au 21<sup>e</sup> siècle, sont la preuve. D'après Scelle :

Nous persistons au contraire à croire que les conceptions de justice ou de morale, individuelles ou collectives, sont d'ordre relatif et subjectif, et que le fondement métajuridique du Droit se trouve dans un domaine de réalités matérielles, dans les nécessités ou lois d'ordre biologique qui conditionnent et maîtrisent la vie des individus et des groupes<sup>767</sup>.

Les normes juridiques des groupes sociaux sont variables dans le temps et diverses dans les espaces géographiques. L'objectivisme juridique est relativiste dans le sens que « l'idée de droit n'est pas immuable, comme dans la doctrine du droit naturel, mais bien relative. L'éthique dicte le droit nécessaire ou utile à un moment donné et dans une société donnée. Elle est l'ouvrage du 'fait social', non d'une volonté divine ou même de la raison pratique »<sup>768</sup>. L'existence concrète de chaque groupe social détermine les besoins normatifs dans chaque cas. Selon Latty :

Chacun de ces groupements s'organise et fonctionne aussi au moyen de règles, porteuses de prérogatives ou d'obligations pour leurs destinataires, dont le non-respect est susceptible d'encourir une sanction. Sans abus de langage, il est permis d'affirmer que toutes ces sociétés non étatiques s'organisent et fonctionnent au moyen de règles de droit<sup>769</sup>.

Les acteurs non étatiques génèrent leurs propres règles, qui correspondent aux besoins propres de leurs membres dans les circonstances de temps et de lieux où ils exercent leurs activités.

L'origine du droit est aussi diverse que les groupements sociaux existants. Malgré la pluralité d'ordres juridiques, l'objectivisme juridique prétend que les individus sont les sujets véritables du droit. Selon Satchivi : « Le droit international, aujourd'hui, s'intéresse de plus en plus directement à l'individu, au particulier, à la personne physique

---

<sup>766</sup> Glynn Cochrane, *Development Anthropology*, New York, Oxford University Press, 1971, aux pp 93-94.

<sup>767</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 41.

<sup>768</sup> Oliver De Frouville, « Une conception démocratique du droit international » (2001) 120 *Revue européenne des sciences sociales* 101, aux pp 119-120.

<sup>769</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 9.



»<sup>770</sup>. Les différentes conventions, pactes et traités internationaux qui protègent les droits fondamentaux et qui interdisent leur violation en témoignent. Cependant, l'objectivisme juridique ne pourrait nier que dans certaines communautés, l'individualité de la personne humaine est presque inexistante, car ce qui est reconnu c'est la collectivité, le groupe, comme c'est encore le cas dans plusieurs groupes autochtones. L'objectivisme juridique, en adoptant une perspective sociologique, affirme la présence inévitable de normes juridiques dans toute société humaine. D'après Latty, « l'ordre juridique est 'un sous-ensemble de l'ordre social, auquel il est génétiquement et structurellement lié'. Pourtant, ce n'est pas tant la démonstration de l'existence d'une société que celle de son organisation au moyen du droit qui vient constituer l'ordre juridique »<sup>771</sup>. En ce sens, l'existence d'un groupe social en tant qu'organisation juridique dépend de l'autonomie de sa structure administrative. Ce sont l'autonomie et l'organisation juridique qui constituent l'empreinte de la présence d'un ordre juridique extra-étatique. Selon Gurvitch, « Dressé contre le fétichisme de la loi dont il détruit la prétendue prépondérance, le droit social extra-étatique reste donc un droit positif dans le sens large et précis du terme qui n'a rien à voir avec le droit imposé par un commandement »<sup>772</sup>. C'est ainsi que le nombre de groupes sociaux autonomes déterminerait le nombre d'ordres juridiques existants. Ces ordres juridiques peuvent être étatiques ou non étatiques<sup>773</sup>.

Dans la mesure où l'objectivisme juridique veut que l'on reconnaisse l'individu de l'espèce humaine comme une réalité matérielle existant pour le droit, la théorie des droits de la personne trouve une explication raisonnable dans la doctrine du droit objectif. Selon Satchivi : « L'individu est de nos jours promu véritable sujet du droit international, à armes égales avec l'État; la personne physique s'est affranchie de la tutelle étatique pour devenir sujet direct du droit international dans la réalité de la société transnationale contemporaine »<sup>774</sup>. Nous trouvons que cette affirmation est une notion fondamentale, car le droit international nouveau octroie des droits et assigne des responsabilités aux

---

<sup>770</sup> Satchivi, *supra* note 757 à la p 33.

<sup>771</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 168.

<sup>772</sup> Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 à la p 10.

<sup>773</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 41 (« Ce sont les collectivités qui engendrent les normes, et s'il n'y a pas d'États sans système juridique, il n'y a pas de système juridique sans collectivité étatique » [ou non étatique]).

<sup>774</sup> Satchivi, *supra* note 757 à la p 8.

individus directement, sans passer nécessairement par l'écran de l'État. Nous pouvons citer les pactes internationaux de 1966, les conventions régionales des droits de l'homme et le *Statut de Rome* de 1998, par exemple. Il nous semble que tous les droits et les devoirs prévus dans ces documents traduisent partiellement le droit objectif. Cette réalité objective et formelle représente un fait incontestable : « L'individu est considéré comme titulaire de droits fondamentaux et comme le centre de responsabilité »<sup>775</sup>.

#### **4. Le droit polycentrique : la diversité de sources normatives**

Il semblerait que le phénomène juridique contemporain se caractériserait par un système complexe où il existerait plusieurs centres de décisions normatives. Pour autant, Gurvitch et Romano affirment que « le droit ne se restreint pas au monolithe étatique, mais qu'il existe une pluralité de foyers générateurs de droit, au-dessous, à côté et au-dessus de l'État »<sup>776</sup>. La multiplicité de noyaux producteurs de droit constituait le régime dominant avant l'émergence de l'État-nation souverain. L'État souverain détient généralement le monopole dans la production du droit, à l'époque de la modernité<sup>777</sup>.

Le monopole normatif étatique n'est pas absolu; les études d'anthropologie juridique en font la preuve. Moore cite un exemple, « certain attempts to legislate social change in Tanzania, shows the same principles in a less familiar milieu. Here neighbourhood and lineage constitute a partially self-regulating social field that, in many matters, has more effective control over its members and over land allocations than the state, or the 'law' »<sup>778</sup>. Cet exemple illustre le fait que le concept de champ social semi-autonome est un foyer producteur du droit autonome ou semi-autonome. Moore affirme : « The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce

---

<sup>775</sup> Satchivi, *supra* note 757 à la p 35.

<sup>776</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 11.

<sup>777</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 24 (l'État moderne « se caractérise par la souveraineté, la souveraineté est la capacité, fondée sur le monopole de la force, de maintenir la paix et l'ordre dans le pays en recourant au pouvoir administratif et au droit positif »).

<sup>778</sup> Moore, *supra* note 31 à la p 79.

compliance »<sup>779</sup>. Le concept de champ social semi-autonome cherche à prouver que les arrangements sociaux sont souvent plus efficaces lorsqu'il s'agit de mettre en vigueur des règles obligatoires<sup>780</sup>. Moore constate : « It is well established that between the body politic and the individual, there are interposed various smaller organized social fields to which the individual 'belongs'. These social fields have their own customs and rules and the means of coercing or inducing compliance »<sup>781</sup>. Les acteurs non étatiques, ou le regroupement de plusieurs acteurs non étatiques constituent dans certains cas un champ social semi-autonome. Lorsque les acteurs non étatiques deviennent un champ social autonome ou semi-autonome, ils acquièrent potentiellement la capacité de faire des règles et de les faire respecter<sup>782</sup>.

Les compétences exercées par les acteurs non étatiques affaiblissent le monopole normatif et judiciaire de l'État. C'est ainsi que « le monopole de l'État sur le droit paraît s'évanouir au contact des réalités contemporaines qui établissent son incapacité à agir concrètement et utilement sur des phénomènes dépassant sa sphère d'engagement (le territoire national) »<sup>783</sup>. Les acteurs non étatiques ont le potentiel pour agir au-delà du territoire d'un État, c'est-à-dire que plusieurs acteurs transnationaux exercent des relations juridiques transfrontalières. L'augmentation des opérations transnationales fait en sorte que le principe de territorialité devient moins pertinent. En même temps, cette complexité transnationale fait basculer le concept de la justice comme bien public et le monopole du règlement des conflits par l'État, parce qu'un « pluralistic arrangement of formal and informal means of dispute resolution is an essential component of polycentric governance, in which private, voluntary, and public forms of governance are closely intertwined, all the way from local communities to the legal global level »<sup>784</sup>. Ce n'est pas seulement la production normative, mais aussi le règlement des différends par les

---

<sup>779</sup> Moore, *supra* note 31 aux pp 55-56.

<sup>780</sup> Moore, *supra* note 31 à la p 58.

<sup>781</sup> Moore, *supra* note 31 à la p 56.

<sup>782</sup> Moore, *supra* note 31 à la p 81.

<sup>783</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 2.

<sup>784</sup> Michael D McGinnis, « Legal Pluralism, Polycentricity, and Faith-Based Organizations in Global Governance » dans Vincent Ostrom, *The Struggle to Constitute and Sustain Productive Orders*, Toronto, Lexington Books, 2008, 45, à la p 51 [Ostrom].

acteurs non étatiques qui sont de plus en plus utilisés. L'émergence des mécanismes alternatifs de règlement des conflits en est un exemple<sup>785</sup>.

L'avènement de la postmodernité semblerait conduire à un modèle polycentriste, où les normes sont le résultat d'une dynamique systémique autour de plusieurs axes qui se concurrencent au sein d'un espace sans frontières. Ce phénomène se déroule de cette façon, parce que « [a]t the start of the 21st century, regulatory activities are no longer wholly centred on the national territorial State. Much governance directly affecting a wide range of people has shifted to the supranational level, i.e. to international institutions »<sup>786</sup>. La postmodernité se caractériserait par un système juridique où il existe plusieurs centres de décisions normatives. C'est ainsi que le polycentrisme substitue l'état-centrisme. Selon Arnaud :

Le droit étatique n'est plus, aujourd'hui, le seul mode de régulation juridique de la société. Cette dernière, traditionnellement liée à la souveraineté de l'État monocentrisme, émane non plus seulement des organes représentatifs de la nation, mais, pour partie, de nombreux centres de décision qui se trouvent en dessus, en dessous, voire au-delà ou en marge de l'État. Ce qui faisait autrefois l'objet d'une réglementation par le seul droit étatique se trouve, maintenant, parfois pris en charge par des relais, lorsqu'il n'est pas purement suppléé ou supplanté par des normes émergeant d'autres lieux d'autorité<sup>787</sup>.

L'existence de plusieurs centres de production normative empêche l'universalité et l'indivisibilité normative, et facilite le pluralisme des fondements normatifs. C'est ainsi que le « pluralisme proprement dit paraît plus précisément correspondre à l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique d'ordonnements juridiques différents. Cela correspond à ce que des auteurs appellent une 'polysystémie simultanée' »<sup>788</sup>. La normativité juridique produite dans un contexte polycentrique est moins uniforme. C'est la raison pour laquelle nous parlons maintenant de droit dur<sup>789</sup> et de droit mou<sup>790</sup>. C'est

---

<sup>785</sup> Voir généralement, Albert Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Portland, Cavendish Publishing, 2004 ; voir aussi Barraud, *supra* note 4 à la p 173.

<sup>786</sup> Sergey Ripinsky et Peter Van Den Bossche, *NGO involvement in international organizations: A Legal Analysis*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, à la p 1.

<sup>787</sup> Arnaud, *Critique*, *supra* note 620 à la p 183.

<sup>788</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 14.

<sup>789</sup> Nous entendons par droit dur les règles d'ordre public international, c'est-à-dire le *jus cogens*. Autrement dit, le droit international universel minimal ; voir par exemple, Verhoeven, *supra* note 312 aux pp 338 et ss.

cette distinction qui fait en sorte que « states or their delegated agencies are no longer or not necessarily the only actors capable of framing, designing, implementing or monitoring formalized patterns of interaction »<sup>791</sup>. La participation des acteurs non étatiques aux relations transnationales est un fait de la société contemporaine. En outre, les nouveaux faits auxquels la société doit faire face, par exemple les services transnationaux, l'Internet, la mondialisation, le sport sont régis par un droit qui provient de sources non étatiques. Ce sont de nouvelles sources d'autorité qui se manifestent, là où les frontières étatiques ne sont plus des limites à la compétence normative. Donc, la seule limite serait le champ d'expertise dans un domaine spécifique de compétence normative, puisque la « globalization of law creates a multitude of decentred law-making processes in various sectors of civil society, independently of nation-states »<sup>792</sup>. L'émergence d'une société civile organisée en dehors de l'organisation étatique devient une réalité sans prétendants. Chevallier remarque :

La régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents et non hiérarchisés les uns par rapport aux autres. Ce *polycentrisme* résulte d'un *double mouvement*. D'une part, l'État n'apparaît plus comme le seul foyer de droit, la seule instance de régulation juridique : d'autres producteurs de droit et de régulation sont apparus, soit à des niveaux différents, soit parallèlement à lui; le droit étatique est désormais 'relayé', lorsque l'État délègue ses compétences régulatrices, 'suppléé', par le recours à d'autres modes de régulation, 'supplanté', par le jeu de l'émergence d'autres ordres juridiques<sup>793</sup>.

La complexité polycentrique apporte de l'incertitude juridique. Si nous acceptons le fait de la diversité normative, quelle est alors la manière de savoir quelle norme appliquer et comment la renforcer dans chaque cas concret? Moore propose une solution socio-anthropologique : « Where there is no state, a wide range of legitimacy socially enforceable rules are counted by anthropologists as law. When there is a state, two categories are recognized by lawyers – state-enforceable law, and socially enforceable

---

<sup>790</sup> Verhoeven, *supra* note 312 à la p 23 (le droit mou aurait une force persuasive, car il est composé « sur des 'principes', à forte teneur éthique ou axiologique, même si leur origine est incertaine, leur force obligatoire sujette à caution et leur contenu parfois démesurément vague »).

<sup>791</sup> Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 227.

<sup>792</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p xiii.

<sup>793</sup> Jacques Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001/3, N° 49, aux pp 827-846, a la p 835.

binding rules »<sup>794</sup>. Cette réponse redonne possiblement la tranquillité aux anthropologues et aux sociologues, mais les juristes demeurent sur leur soif. C'est pour cette raison que les juristes ont développé récemment la théorie systémique du droit, que nous présenterons par la suite.

## **5. La réflexivité du droit systémique : la théorie autopoïétique du droit**

Les acteurs non étatiques s'expliquent dans la théorie de la réflexivité de Teubner, sous le concept d'acteur corporatif. Teubner cherche à expliquer la notion de pluralité juridique des sous-systèmes dans les organisations industrielles contemporaines, mais nous croyons que sa théorie peut s'appliquer à l'ensemble du phénomène de l'émergence des acteurs non étatiques. Ce sont les processus de collectivisation qui mènent à la création des acteurs non étatiques. Teubner observe : « La collectivisation signifie le transfert de l'imputation d'action d'un construit social à un autre, de personnes 'physiques' à des personnes 'collectives' »<sup>795</sup>. L'acteur corporatif possède une capacité juridique. D'après Teubner, « on dira que le collectif, qui personnifie l'entreprise, a déjà la capacité juridique *de lege lata* [...] on dira que pour toutes les sociétés dotées de capacité juridique, la personne morale est identique au collectif personnifiant l'entreprise »<sup>796</sup>. Les acteurs non étatiques, en étant des personnes morales fictives, deviennent progressivement autonomes, parce que « la fiction peut être réutilisée dans le groupe, en tant qu'auto-description socialement institutionnalisée. C'est dans ce sens précis que la fiction gagne en réalité, et que le collectif devienne une 'personnalité réelle' »<sup>797</sup>. L'institutionnalisation croissante des acteurs non étatiques fait en sorte que les organisations sociales, autres que l'État, deviennent aussi productrices des normes. Teubner remarque :

Un réseau d'acteurs collectifs fait office de 'législateur de la société : entreprises, associations, syndicats, chambres de commerce, office des cartels, *quangos* (*quasi*

---

<sup>794</sup> Moore, *supra* note 31 à la p 80.

<sup>795</sup> Teubner, *Droit et réflexivité, supra* note 132 à la p 216.

<sup>796</sup> Teubner, *Droit et réflexivité, supra* note 132 à la p 229.

<sup>797</sup> Teubner, *Droit et réflexivité, supra* note 132 à la p 264.

*non gouvernements*), communes, bureaux d'avocats, instituts de droit économique [...] Aujourd'hui, nous voyons s'avancer vers nous toute une vague d'expériences institutionnelles d'élaboration pluraliste de droit. Sous le pouvoir suggestif du soulagement de l'État, de la décentralisation, de la proximité sociale et de l'auto-organisation, on crée partout des commissions éthiques, des tables rondes, des comités de négociation micro-corporatistes et des systèmes de négociation soutenus par des médiateurs<sup>798</sup>.

Les acteurs non étatiques élaborent les normes transnationales sans la participation de l'État, normes qui s'appliquent au-delà des frontières nationales. Teubner observe : « The internal legal regimes of multinational enterprises are primary, strong candidate for global law without a state. A similar combination of globalization and informality can be found in labour law; here, enterprises and labour unions as private actors are dominant law-makers »<sup>799</sup>. La souveraineté du législateur étatique devient graduellement un concept dépassé, parce que le pouvoir législatif se déplace vers les acteurs sociaux. Ramonet remarque : « Nous sommes en train de passer de formes de pouvoirs autoritaires, hiérarchiques, verticaux à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes »<sup>800</sup>. Le fait que la société internationale contemporaine soit complexe fait en sorte que les manifestations juridiques soient aussi complexes et variées. Le droit devient alors de plus en plus hétérogène et spécialisé, mais il est un droit vivant dans la société, parce qu'il est consensuel. C'est un droit produit par les structures et les opérations de la société où il s'applique<sup>801</sup>, parce qu'il ne prétend pas à l'universalité.

Les tenants de la théorie autopoïétique revendiquent l'autonomie des institutions juridiques, en relation avec leur environnement externe. Rambaud remarque : « La théorie autopoïétique du droit conçoit donc le système juridique comme un système autoréférentiel, ce qui permet de garantir l'autonomie du système juridique »<sup>802</sup>.

---

<sup>798</sup> Teubner, *Droit et réflexivité*, *supra* note 132 aux pp 166-168.

<sup>799</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 4.

<sup>800</sup> Ramonet, *supra* note 536 aux pp 7-8.

<sup>801</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 264 (« Le droit n'a pas sa réalité dans de quelques idéalités statiques, mais exclusivement dans des opérations qui produisent et reproduisent le sens spécifiquement juridique »).

<sup>802</sup> Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation : Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012, à la p 75 [Rambaud].

L'autoréférence fait en sorte qu'une procédure de circularité constante valide chaque opération juridique par l'entremise d'un code binaire légal/illégal<sup>803</sup>. Clam note :

Le système est autonome par le fait – ou l'effectuation – de son autolimitation. Celle-ci se base sur la dichotomisation de sa valeur centrale, le droit (*Recht*) en un code binaire du « droit » (*Recht, ius*) et du « non-droit » (*Unrecht, iniuria*) ainsi que sur la spécification des attentes sociales orientées sur le droit comme des attentes contre-factuellement maintenues<sup>804</sup>.

Le code binaire légal/illégal permet de considérer le droit comme un ensemble systémique. Le codage ferme le système juridique par rapport à l'environnement externe, et en même temps, il vérifie la cohérence interne du système juridique. Clam affirme : « Le droit positif autopoïétique n'est certes lié à aucune norme ou aucun principe absolus, et peut être légalement modifié jusqu'en ses assises les plus inquestionnées. Cependant, de par sa récursivité opérative, il se soumet lui-même à une double autolimitation de son système »<sup>805</sup>. Il s'agit notamment de la clôture par rapport à l'extérieur et de la vérification de la cohérence interne. Rambaud explique :

En premier lieu, le système est caractérisé par une clôture normative. Seules les communications susceptibles d'être traitées selon le code légal/illégal pourront être prises en charge par le système, tandis que celles ne le pouvant pas en seront exclues. En second lieu, le système devient alors autoréférentiel, c'est-à-dire qu'il se caractérise par un état de reproduction et de stabilisation permanente selon un processus circulaire<sup>806</sup>.

La reproduction du droit par lui-même ressemble à celle d'une espèce qui transmet l'information génétique à la génération suivante de la même espèce. Le code génétique pour ce qui est de l'ARN dans une espèce est toujours semblable. Le code génétique humain en est un exemple. Le code génétique d'une espèce reste comparable après plusieurs générations<sup>807</sup>. Le codage binaire du droit demeurerait le même après plusieurs opérations juridiques, parce que l'autopoïèse est la capacité d'un système de se

---

<sup>803</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 271 (« 'Le symbole de validité [...] doit être transmis' d'une opération juridique à l'autre et marque le côté connectable de l'opération, alors que le côté de la non-validité [...] celui de la 'valeur de réflexion' (*Reflexionswert*) est complètement inconnectable »).

<sup>804</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 269.

<sup>805</sup> Clam, *supra* note 36 à la p 271.

<sup>806</sup> Rambaud, *supra* note 802 à la p 74.

<sup>807</sup> Danièle Darriet, « La mémoire cellulaire » dans Nicolas Zavaloff et al, *La mémoire : Le concept de mémoire*, vol 2, Paris, L'Harmattan, 2000, p 36, à la p 48 (« Le code génétique est le même dans des organismes aussi différents que ceux des bactéries, des plantes et des hommes. La conservation du code génétique à travers les différentes espèces est encore un exemple de mémoire cellulaire »).



reproduire lui-même. La production normative n'a pas des frontières territoriales, parce que la seule limite est celle du codage binaire. Les normes juridiques d'une même espèce se déplacent partout dans le monde comme le fait n'importe quelle autre espèce vivante. Les normes juridiques deviennent transnationales parce qu'elles s'adressent à des acteurs transnationaux.

Les acteurs non étatiques et les réseaux d'acteurs transnationaux deviennent de plus en plus semi-autonomes ou autonomes. D'après Boucquey : « L'autopoïèse correspond alors au degré d'autonomie maximal d'un système par rapport à son environnement »<sup>808</sup>. Un système évolue vers l'autonomie dans la mesure où il développe un ensemble de procédures à suivre pour produire de nouvelles normes ou des décisions juridiques indépendantes. C'est un système, donc, qui opère par lui-même. La production normative dans les sociétés contemporaines est complexe et se caractérise par la « procéduralisation ». Boucquey observe : « Dans le cadre de la théorie systémique, cette procéduralisation signifie que les normes de droit ne relèvent plus exclusivement de l'État, mais de voix multiples, représentatives des sphères sociales en présence »<sup>809</sup>. Les acteurs non étatiques sont présents dans divers champs d'activité sociale à l'échelle transnationale. Alors, ils participent à la production normative au fur et à mesure qu'ils développent leurs propres procédures de production normative. L'artificialité du positivisme juridique « selon laquelle le droit ne valait qu'en vertu de décisions relevant de la volonté des organes de l'État était tout aussi naïve que son concept de volonté. Toutefois, en remplaçant le concept de volonté par celui de système, on obtient un cadre théorique qui permet de saisir d'une nouvelle manière le problème de la positivité du droit »<sup>810</sup>. Le système autoréférentiel validerait le droit applicable à chaque cas, à l'aide du code binaire légal/illégal. Ce modèle ne prend plus en considération les frontières normatives étatiques, car l'autoréférence en droit est dorénavant circulaire et non pyramidale<sup>811</sup>.

---

<sup>808</sup> Nathalie Boucquey, « Avant-propos » dans Teubner, *Droit et réflexivité*, supra note 132 à la p v.

<sup>809</sup> Nathalie Boucquey, « Avant-propos » dans Teubner, *Droit et réflexivité*, supra note 132 à la p vii.

<sup>810</sup> Luhmann, *La légitimation*, supra note 93 à la p 139.

<sup>811</sup> David Gilles, *Thémis et Diké : Introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2012, à la p 509 (« il apparaît aujourd'hui que le modèle pyramidale ne

## Conclusion du chapitre

Le Moyen Âge tardif (pré-modernité) coïncide avec le modèle politique pré-étatique. Il y règne un système juridique fractionné que l'on peut nommer le pluralisme juridique désorganisé. À la fin de cette époque, la théorie du droit naturel cherche à établir un certain ordre. Pour ce faire, les théoriciens du droit naturel élaborent la notion de souveraineté. La mise en œuvre du concept de souveraineté provoque un changement dans le modèle de société de l'époque ainsi que dans l'organisation politique. D'une part, la souveraineté mène à la construction d'une société unifiée que l'on qualifie de société nationale. D'autre part, la notion de souveraineté permet aussi l'établissement d'un modèle politique que l'on connaît comme étant l'État moderne<sup>812</sup>. Une fois la société moderne bien établie, la personne humaine devient membre d'une nation, et l'individu devient citoyen d'un État. Voilà comment l'identité regroupe les individus dans un concept d'appartenance à un territoire délimité et contrôlé par une entité qui monopolise le droit et la violence : l'État-nation souverain<sup>813</sup>.

La consolidation du modèle de l'État-nation souverain, en Europe, coïncide avec l'émergence de la philosophie libérale. Cette philosophie revendique la démocratie et l'individualisme. C'est ainsi que la philosophie libérale devient le fondement politique du droit moderne occidental<sup>814</sup>. Rappelons que le droit moderne est le produit de la volonté manifestée par l'État souverain. La doctrine qui explique ce système normatif hiérarchisant et centralisant est le positivisme juridique. Barraud affirme que le droit moderne « désigne l'ensemble des doctrines de la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle se prévalant de la 'théorie pure du droit' de Kelsen et cherchant sa mise en œuvre. Le droit moderne postule donc la toute-puissance du droit étatique et de la hiérarchie des normes »<sup>815</sup>. Le positivisme juridique est une théorie valable dans le contexte d'une société où

---

parvient plus à expliquer et à représenter adéquatement le droit postmoderne qui es marqué, avec l'État, par de profondes transformations »).

<sup>812</sup> Voir généralement, Vattel, *supra* note 305 à la p xiv.

<sup>813</sup> Voir généralement, Vattel, *supra* note 305 aux pp 1 et 16.

<sup>814</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 34 et ss.

<sup>815</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 330.

l'État monopolise le droit et la violence. Autrement dit, à l'époque de la modernité, le positivisme juridique explique assez bien le droit qui régit la société étatique dans le modèle de l'État-nation souverain. Toutefois, la théorie du positivisme juridique présente quelques dérapages qui deviennent évidents lorsqu'il s'agit d'expliquer le droit qui régit la communauté interétatique, dans la mesure où, à l'échelle internationale, il n'existe pas de monopole absolu du droit et de la violence.

Par contre, à l'époque de la postmodernité, la théorie du pluralisme juridique expliquerait mieux les normes qui gouvernent la société transnationale et internationale<sup>816</sup>. Au 21<sup>e</sup> siècle, une multitude d'agents exercent des compétences souveraines partagées. C'est ainsi que le passage de la société nationale de type étatique à la société transnationale et internationale multi-agents correspond assez bien à la transition qui s'opère entre la modernité et la postmodernité<sup>817</sup>. Ce processus se concrétise au moyen du développement technoscientifique dans le contexte de la mondialisation.

Il y a cependant deux conséquences possibles à l'avènement de la postmodernité. La première serait la rupture du trinôme État-nation souverain, par conséquent, la disparition de la nation comme fondement moderne de la souveraineté de l'État. Autrement dit, on tue la nation homogène pour sauver l'État. Cela se justifierait dans le cadre de la théorie sociologique du multiculturalisme<sup>818</sup>. Ce modèle d'État multiculturel représenterait une pluralité de nations ou une globalité d'associés portant une diversité de nationalités ou d'appartenances identitaires (individus et acteurs économiques)<sup>819</sup>. La deuxième conséquence possible serait le fractionnement de l'État unitaire en une quantité infinie de petits États-nations souverains, et dont le résultat serait l'affaiblissement de la notion d'État. Cette fois-ci, on tue l'État puissant, considérant que c'est le seul moyen de sauver

---

<sup>816</sup> Lindblom, *supra* note 440 à la p 95.

<sup>817</sup> Anne Peters et al, *Non-state actors as standard setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, à la p 9 [Peters et al].

<sup>818</sup> Arnaud, *Entre modernité*, *supra* note 138 à la p 73 (Multiculturalisme : c'est un fait que les phénomènes de migration de populations [...] ont entraîné la constitution de communautés culturelles qui, pour des raisons diverses, ont souvent renoncé à jouer le jeu de l'assimilation aux communautés nationales (des États-nations) qui les recevaient. Dans ces communautés de migrants, les relations juridiques se traitent souvent selon des codes qui défient les Codes en vigueur).

<sup>819</sup> Perry Anderson, « Le multiculturalisme » dans Supiot, *supra* note 429 à la p 105 (« L'expression [de multiculturalisme] ne renvoie évidemment pas à la simple coexistence de différentes cultures dans le monde au sens large [...] Le multiculturalisme renvoie à autre chose : la coexistence de différentes cultures à l'intérieur d'une même société, territorialement délimitée dans les frontières d'un État moderne »).

les nations, lesquelles seront normalement autonomes, mais généralement sans efficacité lors de la prise de décisions internationales. Ce deuxième scénario s'expliquerait par la théorie des États faillis<sup>820</sup>.

Dans le premier cas, les technologies de l'information et de la communication (TIC), la mondialisation du dernier demi-siècle et la montée des nationalismes internes obligent les États à adopter un assouplissement de leurs moyens d'unification sociale. L'exigence de l'allégeance politique exclusive des individus envers l'État central ne tient plus. Il existe au 21<sup>e</sup> siècle un partage identitaire avec les unités sous-nationales. Donc, les États s'adaptent en devenant généralement asymétriques, parfois laïques, et parfois multiculturels<sup>821</sup>.

Par contre, dans les cas où les États ne s'assouplissent pas, ils génèrent les conditions idéales pour l'éclatement de l'État unitaire en une multitude de nations très colorées. Ces petites nations essaient par tous les moyens de jouer le rôle d'État souverain, mais elles deviennent tellement faibles que plusieurs acteurs non étatiques sont plus puissants qu'un bon nombre de ces petits États. C'est-à-dire que les petites nations ne parviennent presque jamais à atteindre le principe de l'égalité souveraine réelle entre États, dans l'échiquier des relations internationales. Mentionnons notamment les républiques issues de l'ex-Union soviétique, l'ex-Yougoslavie, et l'ex-Tchécoslovaquie.

Notons que les acteurs non étatiques sont le fruit de la rupture du trinôme d'État-nation souverain. Lorsque l'individu devient libre de s'associer à diverses organisations autres que la nation et l'État, il développe des identités multiples. C'est ainsi qu'il devient en même temps membre d'une ou de plusieurs nations. Il est aussi citoyen d'un ou de plusieurs États<sup>822</sup>. De surcroît, par son libre choix, l'individu devient en même temps membre d'une ou de plusieurs organisations non étatiques. Autrement dit, nous vivons une époque où l'appartenance identitaire est de moins en moins héréditaire et de plus en plus de libre choix personnel. Selon Wagner, « cette libération est une condition

---

<sup>820</sup> Tom Porteous, « États fragiles ou faillis : une notion à dépasser » dans Jean-Marc Châtaigner et Hervé Magro, *États et sociétés fragiles : Entre conflits, reconstruction et développement*, Paris, Karthala, 2007, aux pp 498 et ss.

<sup>821</sup> Ninou Garabaghi, *Les espaces de la diversité culturelle : Du multilatéralisme au multiculturalisme régional*, Paris, Karthala, 2010, aux pp 107 et ss.

<sup>822</sup> Boll, *supra* note 101 à la p 80.

nécessaire pour parvenir à une véritable autonomie individuelle – le droit et la capacité de choisir avec quels autres l'on voudrait vivre en commun, ainsi que les règles substantielles et procédurales de cette association »<sup>823</sup>.

Cette liberté d'association permet la création à l'infini de plusieurs regroupements en réseaux. C'est ainsi que l'ensemble de réseaux interconnectés constitue la société civile organisée. Comme le souligne Edwards, « civil society is the sphere of uncoerced human association between the individual and the state, in which people undertake collective action for normative and substantive purposes, relatively independent of government and the market »<sup>824</sup>. Nonobstant, les frontières entre la société civile, l'État, le marché et les institutions religieuses ne sont pas facilement identifiables. Pirotte décrit cette situation de la manière suivante :

La conception d'une société civile en tiers-secteur distingue la société civile non seulement de l'État, mais aussi du marché [...] La société civile se distingue également de la société religieuse. La société civile représente ainsi le monde des laïcs menant leur existence en dehors des institutions religieuses [...] La société civile, enfin, n'est pas la société militaire. Dans ce cas la société civile englobe tout ce qui ne porte pas de treillis, ce qui inclut alors l'Église, le gouvernement et le marché, pourtant exclus de la société civile par ailleurs<sup>825</sup>.

La société civile organisée est constituée de l'ensemble des regroupements humains formels et non formels, qui participent pacifiquement aux affaires publiques. Certains regroupements refusent absolument l'utilisation de la violence et ils cherchent à résoudre pacifiquement les problèmes et les besoins des collectivités. Les regroupements humains prennent la forme d'acteurs non étatiques, dont le rôle normatif est de plus en plus reconnu par le nouveau droit international. Les compétences souveraines deviennent donc concurrentes et décentralisées, dans un cadre théorique que l'on peut nommer le pluralisme juridique organisé.

Le pluralisme juridique expose plusieurs lignes de pensée, mais toutes remettent en question le monopole de l'État en ce qui a trait à la production normative et à la mise en œuvre du droit. Les divers courants du pluralisme juridique s'accordent pour prédire

---

<sup>823</sup> Wagner, *supra* note 497 à la p 281.

<sup>824</sup> Michael Edwards, *The Oxford Handbook of Civil Society*, New York, Oxford University Press, 2011, à la p 4.

<sup>825</sup> Gautier Pirotte, *La notion de société civile*, Paris, Éditions La Découverte, 2007, à la p 5 [Pirotte].

l'affaiblissement de l'État souverain, ce dernier perdant peu à peu son pouvoir autrefois exclusif d'édicter le droit. Le pluralisme juridique considère aussi que les frontières nationales ne constituent pas des limites au droit, qui devient transnational.

Les tendances constitutionnalistes et objectivistes, pour des raisons différentes, s'entendent pour dire que la personne humaine doit avoir primauté et qu'elle doit être considérée comme le centre de la protection juridique. Le principe *pro homine*, qui fut établi par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, résume bien la protection due à la personne humaine dans toutes les circonstances<sup>826</sup>. C'est ainsi que la Cour interaméricaine harmonise le droit international des droits de l'homme et le droit interne dans l'avis consultatif OC-5-85<sup>827</sup>. C'est-à-dire que le sujet principal de droit est la personne humaine; c'est donc elle qui est l'objet de la protection essentielle de tout système juridique. De leur côté, les théories tiers-mondistes revendiquent l'harmonisation entre normes d'ordre public international (*jus cogens*) et les principes et les valeurs propres aux cultures locales, parce que les normes juridiques se concertent d'abord, pour ensuite devenir légitimes. Autrement dit, l'ordre juridique international doit respecter les droits des minorités et des communautés locales, dans la mesure où la légitimité du premier émane de la prise en compte des deuxièmes. Cette coïncidence des différentes tendances nous fait croire que le pluralisme juridique pourrait tolérer un droit international universel minimal destiné à la protection de la personne humaine, partout et en tout temps. Les courants de pensée polycentriques et systémiques considèrent que le regroupement communautaire et le corporatisme associatif deviennent des formes institutionnelles qui représenteraient une option de rechange au système étatique et interétatique.

En général, le pluralisme juridique admet que la société civile organisée joue un rôle de premier plan dans les relations transnationales, et donc, que les acteurs non étatiques constituent, dans leurs différentes formes organisationnelles, le moyen approprié pour représenter les divers intérêts et besoins des individus, ce que l'État ou le système interétatique ne seraient plus en mesure de faire, ou ne veulent pas faire.

---

<sup>826</sup> CADH, *supra* note 645 art 29.

<sup>827</sup> *Articles 13 et 29 de la Convention Américaine des droits de l'homme* (13 novembre 1985), Avis Consultatif OC-5/85, Inter Am Ct HR, au para 52.

Après la présentation de la littérature qui traite de la problématique de la théorie générale du droit, nous ne pouvons que constater la contribution indéniable que les sciences sociales apportent aux réflexions propres des sciences juridiques. À ce moment-ci, il convient de se poser la question suivante : à partir d'une distinction interdisciplinaire, quant à l'utilisation de la théorie du pluralisme juridique, quelle est l'utilité de délimiter clairement la perspective sociologique de la perspective purement juridique. À ce propos, Eberhard a déjà répondu pour nous, en affirmant :

Si un anthropologue décrit des situations de pluralisme juridique ou normatif en constatant l'existence d'autres phénomènes de régulation que ceux de l'État, dans une situation donnée, à un auditoire de chercheurs en sciences sociales, il reste dans le domaine descriptif. Lorsqu'il partage les mêmes observations avec des juristes, celles-ci révèlent des enjeux liés au caractère performatif du droit<sup>828</sup>.

En tant que juriste, je le paraphrase en disant que la distinction entre l'approche descriptive et l'approche normative du pluralisme juridique ne se trouve pas dans le message émis (le texte écrit), mais plutôt dans le message reçu (le texte lu). Autrement dit, cette distinction est, du point de vue théorique, d'une importance capitale, mais du point de vue pratique, elle est plutôt difficile à identifier. De la même manière que la postmodernité se caractérise par l'affaiblissement progressif des frontières étatiques, dans les sciences, les distinctions entre les disciplines s'amointrissent lentement, au point où plusieurs domaines de recherche deviennent interdisciplinaires et multidisciplinaires par nature. Dans cet ordre d'idées, nous concevons le pluralisme juridique comme une perspective normative qui est ouverte à l'apport de toutes les autres sciences, dans le but de bien comprendre et d'expliquer la totalité des phénomènes juridiques existant dans les sociétés humaines. Cependant, un anthropologue pourrait avoir une perception différente et voir le pluralisme juridique comme une approche descriptive qui est ouverte à la contribution du droit, afin de bien comprendre les particularités comportementales des individus en tant que membres des sociétés humaines.

---

<sup>828</sup> Christoph Eberhard, « L'impact méthodologique de l'analyse plurielle dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » dans Otis, *Méthodologie*, *supra* note 198 à la p 62.

## Chapitre II. La décentralisation de la compétence souveraine : le partage de compétences entre l'État et les autres acteurs *infra, supra* et *extra* étatiques

### Introduction du chapitre

Depuis l'époque de Bodin, la souveraineté fut pensée comme un pouvoir centralisé, la maîtrise de la compétence souveraine appartenant exclusivement à l'État<sup>829</sup>. Depuis les traités de Westphalie, la souveraineté reconnaît la personnalité juridique internationale à chaque État<sup>830</sup>. Le but des traités de Westphalie était de faire la paix en Europe. L'égalité souveraine était le moyen pour y parvenir. La paix de Westphalie a eu une conséquence inattendue, celle de donner naissance à la communauté internationale des États. Ce modèle permet la construction identitaire de l'État-nation souverain<sup>831</sup>. Il faut dire que le droit international public ne reconnaissait que les chefs d'État, les ambassadeurs, les plénipotentiaires et les titulaires de lettres patentes comme les représentants légitimes de l'État dans l'ordre international<sup>832</sup>. Ce modèle interétatique, centralisé à l'intérieur et consensuel à l'extérieur, fonctionne depuis quatre siècles. L'identité territoriale nationale constitue l'élément géographique dont les entités politiques modernes se sont servies abondamment afin de s'imposer depuis les quatre derniers siècles<sup>833</sup>. La dominance exclusive de l'État-nation souverain sur le peuple se concrétise principalement par le contrôle territorial. Comme le souligne Groza :

L'espace peut être maîtrisé et contrôlé par l'intermédiaire de l'administration rationnelle des surfaces mesurées, appropriées, et strictement limitées. De là dérive

---

<sup>829</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 513.

<sup>830</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 2 (L'auteur affirme, « c'est l'État et l'État seul qui jouit de la personnalité juridique internationale, c'est-à-dire, de la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations »).

<sup>831</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 8 (« State sovereignty based on territoriality has been complemented by national sovereignty that assumes a common history, destiny, and culture among a group of people »).

<sup>832</sup> *CVDT*, *supra* note 227 à l'art 7.

<sup>833</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 51 (« Or, pour que le droit positif, droit contraignant, puisse être mis en œuvre, il faut que la délimitation sociale de la communauté politique vienne s'ajouter à la délimitation *territoriale* d'un domaine contrôlé par l'État. Dans la mesure où le territoire étatique définit le domaine de validité d'un ordre juridique sanctionné par l'État, il faut également que la nationalité soit définie en fonction d'un territoire étatique »).



la conception classique de territoire comme simple réalité administrative, support théorique de l'État-nation, souverain, intouchable dans ses frontières<sup>834</sup>.

Les frontières étatiques constituent une construction théorique de la modernité, puisque l'individu, centre du monde, a besoin d'une limite spatiale précise pour s'identifier. D'abord, ce sont les monarques européens qui développent le modèle étatique depuis les traités de Westphalie<sup>835</sup>. Ensuite, au 19<sup>e</sup> siècle, les colonies des Amériques se déclarent indépendantes, en reproduisant le même modèle étatique. Finalement, après la Deuxième Guerre mondiale, les colonies africaines et d'autres peuples revendiquent également la souveraineté étatique<sup>836</sup>. Dans tous les cas, les États prétendent avoir droit à un territoire délimité<sup>837</sup>. C'est ainsi que la planète se fractionne artificiellement en petits morceaux. Au commencement du 21<sup>e</sup> siècle, la presque totalité du territoire habité ou habitable de la planète Terre appartient déjà à un État souverain<sup>838</sup>.

L'obligation légale de loyauté des individus envers un seul État constitue le principal événement survenu depuis la fin du Moyen Âge, puisque le modèle de la souveraineté exclusive sur le territoire dépasse toutes les formes d'allégeances partagées<sup>839</sup>. Donc, les États adoptent usuellement des normes relatives au crime de trahison à la patrie et à l'interdiction aux doubles nationalités, pour assurer la fidélité des citoyens à l'égard de l'État.

Par contre, des changements permettant la double nationalité et la flexibilisation de l'exigence de loyauté envers l'État souverain permettent aux individus qui ont des

---

<sup>834</sup> Octavian Groza, « Système de villes et niveaux d'identification territoriale en Roumanie » dans Violette Rey et Thérèse Saint-Julien, dir, *Territoires d'Europe : la différence en partage*, Lyon, ENS Éditions, 2005, à la p 286.

<sup>835</sup> Picoq, *supra* note 98 à la p 155 ; voir aussi Arbour, *supra* note 1 à la p 20.

<sup>836</sup> Nations Unies, « Progression du nombre des États Membres de 1945 à nos jours », en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/growth.shtml>>.

<sup>837</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 520 (« Lors des phases de décolonisation, en Amérique latine au XIX<sup>e</sup> siècle, en Afrique et en Asie au XX<sup>e</sup> siècle, les États nouveaux ont retenu un principe politique de délimitation dit de l'*uti possidetis juris*, qui consiste à fixer la frontière en fonction des anciennes limites administratives internes à un État préexistant dont les nouveaux États accédant à l'indépendance sont issus »).

<sup>838</sup> Jean-Michel Decroly, « La répartition des hommes à la surface de la planète » dans Graziella Caselli et al, *Démographie : analyse et synthèse*, Vol 5 (Histoire du peuplement et prévisions), Paris, Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004, 175 à la 184 (« avec une vitesse de propagation irrégulière, mais s'accéléralant au XX<sup>e</sup> siècle, toutes les terres émergées de la planète ont été attribuées à un État, espace aérien et sous-sol inclus »).

<sup>839</sup> Alain Dieckhoff, « De l'État-Nation à l'État multinational ? » dans Coutu et al, *Droits*, *supra* note 235 à la p 46.

croyances identitaires diverses de s'accommoder à plusieurs communautés nationales en même temps<sup>840</sup>. La souveraineté exclusive de l'État sur le territoire et sur la population devient de moins en moins absolue et plus relative, car elle se concrétise seulement dans sa fonctionnalité quotidienne, au cas par cas, et non dans son idéal général hégélien<sup>841</sup>. Autrement dit, la souveraineté prend la forme d'un concept imparfait, où elle se transforme en un pouvoir partagé. Donc, du concept de souveraineté absolue, il ne resterait que la notion de compétence. Quoique la compétence de la compétence ne soit plus un droit acquis des États souverains, mais plutôt une question de négociation et de validation permanente où participent plusieurs acteurs en concurrence avec les États, la souveraineté devient tout de même partagée<sup>842</sup>.

Le modèle étatique, comme la configuration organisationnelle du territoire habitable de la planète, est très récent dans l'histoire de l'humanité, et rien ne saurait garantir sa pérennité. Alors, un nouveau traité accordé par les sociétés humaines ou tout autre changement de circonstances pourrait conduire à un nouveau modèle organisationnel de l'espèce humaine sur terre. Selon certains commentateurs, la chute du mur de Berlin, le jeudi 9 novembre 1989 à minuit, ouvre une nouvelle ère pour le droit international<sup>843</sup>. À cet effet, la doctrine politique et juridique remet en question la validité du paradigme « westphalien » en ce qui concerne l'ordre international<sup>844</sup>, puisque le droit international classique semblerait largement dépassé et possiblement déjà remplacé par un droit international nouveau en raison des événements mondiaux des dernières années<sup>845</sup>. Selon Harding :

The principal hypothesis being tested in this way is that the familiar 'Westphalian' international order, organised around the concept of the sovereign state as the pre-

---

<sup>840</sup> Voir généralement, Boll, *supra* note 101 aux pp 21 et ss ; voir aussi Coutu et al, *Droits*, *supra* note 235.

<sup>841</sup> Hegel, *Principes*, *supra* note 114 à la p 290.

<sup>842</sup> Nous constatons la participation de plusieurs acteurs dans le cadre de la négociation de la sortie à la crise financière en Europe, notamment les négociations tripartites dans le dossier de la Grèce et les implications pour la souveraineté étatique, par exemple.

<sup>843</sup> Voir généralement, Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 198.

<sup>844</sup> Charles-Albert Morand, « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation? » dans Boisson de Chazournes, *supra* note 418 à la p 153 (« À un moment où la mondialisation semble se renforcer, l'organisation du monde basée sur l'existence d'États souverains et égaux est remise en question »).

<sup>845</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 aux pp 162 et ss.

eminent legal and political force in global affairs, is indeed undergoing a significant process of transition<sup>846</sup>.

Ce processus de transition est symboliquement marqué par les chutes des frontières. Frontières pourtant artificielles qui se sont établies depuis les traités de Westphalie<sup>847</sup>. Frontières qui tombent à l'époque de la postmodernité, soit parce qu'elles sont physiquement détruites, soit parce qu'elles perdent leur utilité<sup>848</sup>, soit parce que les murs entre les nations « sont contraires au droit international »<sup>849</sup>. Dans le même ordre d'idées, les moyens de transport modernes, les TIC ainsi que les concepts propres à la mondialisation ont en grande partie réduit l'importance des frontières<sup>850</sup>. Par conséquent, le contrôle effectif du territoire est dorénavant un aspect accessoire dans la majorité des enjeux géopolitiques. Par contre, la propriété exclusive du savoir, la position dominante sur les moyens de transport transnational et spatial ainsi que le contrôle de l'information et de la communication deviennent les aspects les plus précieux du nouvel ordre mondial<sup>851</sup>. En outre, les populations ne gardent plus un attachement exclusif à l'autorité politique de leur territoire, puisqu'elles entretiennent d'autres allégeances identitaires favorisées par les flux migratoires et les nouvelles technologies<sup>852</sup>.

L'autorité n'est plus seulement une affaire de domination territoriale, mais aussi une question de capacité technique, technologique ou scientifique<sup>853</sup>. La compétence de la compétence devient partagée. La souveraineté absolue de l'État disparaît progressivement; en même temps, le monopole absolu de l'État sur le droit s'affaiblit lentement. Boutet affirme : « Si l'État n'a pas le droit de commandement suprême, s'il est lui-même subordonné à d'autres acteurs non étatiques, ou s'il doit partager avec d'autres ordres non étatiques tout ou partie des attributions du commandement, le concept même

---

<sup>846</sup> Harding et Lim, *supra* note 468 à la p ix.

<sup>847</sup> Bertrand Badie, « Préface » dans Marie-France Durand et al, *Atlas de la mondialisation : Comprendre l'espace mondial contemporain*, Paris, Presses des sciences po, 2010, à la p 6.

<sup>848</sup> Voir généralement, Domingo, *supra* note 51 à la p xxi (« The extent to which a society can be deemed postmodern is best measured by the degree to which it views, employs, and conceives of territoriality as a means and not an end that must have for its goal the furtherance of the concept of person »).

<sup>849</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136, para 163.

<sup>850</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 56.

<sup>851</sup> Voir généralement, Kieffer, *supra* note 52 à la p 59.

<sup>852</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 138.

<sup>853</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 271.

de l'État disparaît »<sup>854</sup>. Nous n'adhérons pas entièrement à cette réflexion. Nous considérons que la compétence spécifique revient largement à celui qui a le savoir technico-scientifique dans un domaine particulier, car son exercice en exige une connaissance exceptionnelle. Les États conservent pour eux quelques domaines d'expertise où ils demeurent souverains. Par exemple, la sécurité interne et internationale est encore une affaire réservée aux États<sup>855</sup>. Cependant, pour les autres domaines, les États partagent leurs compétences souveraines avec d'autres acteurs non étatiques. Il s'agit notamment d'une sorte d'*expertise constituante*, puisque « le savoir d'expert produit *directement* un ordre de normes et de règles juridiques »<sup>856</sup>. Les compétences souveraines se décentralisent soit vers les acteurs qui possèdent les connaissances et l'expertise nécessaire pour maîtriser un domaine du savoir, soit vers les acteurs qui sont plus proches de la réalité en question. Gurvitch y voit « naître un pluralisme de différents ordres juridiques se limitant réciproquement dans leur équivalence et collaborant dans la vie nationale aussi bien que dans la vie internationale, sur un pied d'égalité »<sup>857</sup>.

La société internationale contemporaine devient une société de multiagents qui inclut autant la communauté interétatique (États et organisations internationales) que les individus et les autres entités non étatiques qui représentent la société civile organisée. Vieira Posada affirme : « Les acteurs centraux de la scène internationale ne sont donc plus seulement les États-nations, ceux-ci sont désormais en présence d'un système 'pluricentrique', où cohabitent des États, des acteurs transnationaux et sous-nationaux, avec chacun des moyens d'action et de pouvoirs particuliers »<sup>858</sup>. Les acteurs non étatiques agissent d'abord à titre d'observateurs ou de consultants dans le cadre organisationnel de la communauté interétatique. Les acteurs non étatiques agissent aussi à titre de participants de plein droit dans le contexte de la société internationale contemporaine. C'est ainsi que la consolidation de la société civile organisée amène à

---

<sup>854</sup> Didier Boutet, *Vers l'État de droit : La théorie de l'État et du droit*, Paris, L'Harmattan, 1991, à la p 95 et 96 [Boutet].

<sup>855</sup> Raia Prokhovnik, *Sovereignties: Contemporary theory and practice*, New York, Palgrave Macmillan, 2007 à la p 11 (« Its aim is to disclose the governmentalising implications of the state being seen as the exclusive security referent »).

<sup>856</sup> Robert Castel, « Savoirs d'expertise et production de normes » dans F Chazel et J Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, à la p 180.

<sup>857</sup> Gurvitch, *Le temps*, *supra* note 122 aux pp 8-9.

<sup>858</sup> Vieira Posada, *supra* note 447 à la p 198.

l'émergence des acteurs non étatiques. Autrement dit, tandis qu'à la modernité domine le modèle de communauté interétatique, à la postmodernité domine le modèle de la société internationale élargie.

Le fait d'être devant une société internationale contemporaine complexe suggère que le droit applicable aux relations entre les différents acteurs, qui participent de la vie de cette société, est aussi complexe et pluraliste. Il serait un système d'entrecroisement de normes *infra*, *supra*, et *extra* étatiques, qui gouvernent l'ensemble de la société internationale contemporaine. Ost et van de Kerchove affirment :

Une conception pluraliste du droit est cependant également susceptible d'admettre la coexistence d'une pluralité de systèmes juridiques de nature différente, tels que des systèmes juridiques supra-étatiques (ordre juridique international ; ordres juridiques supranationaux, comme l'ordre juridique des Communautés européennes), des systèmes infra-étatiques (ordres juridiques corporatifs) ou des systèmes juridiques transnationaux ou déterritorialisés (ordre juridique propre à un groupe transnational de sociétés commerciales, ordre ecclésiastique)<sup>859</sup>.

La conception d'une société internationale contemporaine de multiacteurs (étatiques et non étatiques) et l'aperception pluraliste du droit mènent à la supposition qu'un État mondial ou un gouvernement planétaire ne sont possiblement pas viables ni souhaitables<sup>860</sup>. Par contre, un modèle de gouvernance mondiale par divers réseaux autonomes devient possible. Néanmoins, la reconnaissance de la personnalité juridique internationale aux membres de ces réseaux s'impose comme condition nécessaire à la construction d'un ordre juridique international viable.

L'émergence en puissance du pluralisme juridique international coïncide, entre autres, avec les nouvelles TIC et avec la fin de la Guerre froide. Cette dernière constitue le dernier chapitre de la dominance absolue des États comme les seuls maîtres du monde<sup>861</sup>. La société internationale contemporaine de l'après-guerre froide n'est pas celle de la fin

---

<sup>859</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 187.

<sup>860</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 8 (« Yet world government is both infeasible and undesirable. The size and scope of such a government presents an unavoidable and dangerous threat to individual liberty »).

<sup>861</sup> Henri Mova Sakanyi, *Comprendre la fin de la guerre froide et la mondialisation : Critique des théories des relations internationales en rapport avec le changement*, v 1, Paris, L'Harmattan, 2009, aux pp 398-399.

de l'histoire<sup>862</sup>. Elle est surtout une société complexe et dynamique. Dans ce contexte, les acteurs *infra*, *supra*, et *extra* étatiques prennent de la place dans les relations internationales et se partagent les compétences souveraines d'une manière décentralisée en construisant de réseaux interalliés. C'est par l'entremise de ces réseaux que les différents acteurs internationaux participent dorénavant de la gouvernance mondiale<sup>863</sup>. Étant donné la complexité de la composition de réseaux et d'acteurs internationaux qui participent à la gouvernance mondiale, le droit international classique semble incapable de répondre aux nouveaux besoins de la réalité contemporaine<sup>864</sup>. Brüttsch et Lehmkuhl proposent d'intégrer dans la recherche juridique autant le droit dur que les normes du droit mou pour être en mesure de savoir comment l'un et l'autre contribuent à la bonne gouvernance internationale. La recherche juridique doit aussi prendre en considération les liaisons existantes entre les États, leurs agences, les organisations intergouvernementales et les autres acteurs non étatiques qui participent activement à la gouvernance dans les divers domaines d'expertise et dans les différents sites géographiques<sup>865</sup>.

Le droit international classique ne considère pas le droit mou dans son champ d'études, car le droit international public est devenu un droit interétatique et majoritairement de source conventionnelle. Le droit international conventionnel limite régulièrement sa portée aux États signataires. D'ailleurs, jusqu'à maintenant, seuls les États peuvent volontairement créer du droit international conventionnel. Par contre, la coutume internationale aurait une portée plus large que le droit conventionnel, puisqu'elle pourrait

---

<sup>862</sup> Voir généralement, Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

<sup>863</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 42 (« As the bipolar state system of the Cold War disappeared and nonstate, substate, and supranational actors rode the tide of globalization, pundits and many scholars began heralding the era of complex, multilevel, global governance, tied together by networks »).

<sup>864</sup> Veltz, *supra* note 101 à la p 234 (« En retenant l'importance des relations de proche en proche, il me semble utile ici de considérer, plus spécifiquement, le réseau comme un régime d'interaction et de coordination complémentaire mais, en un sens, opposé aux régimes de la règle et des conventions partagées. Alors que l'univers conventionnel est tourné vers le passé, le réseau est émergent, tourné vers l'avenir »).

<sup>865</sup> Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 4 (« On the analytical level, Brüttsch and Lehmkuhl suggest abandoning theoretical parsimony for a pluralistic framework of interpretation, and propose to direct research on complex legalization to capture how legal and law-like arrangements contribute to the framing and management of the increasingly complex and thick interdependencies that link states, their delegated agencies and private actors at different levels of governance and across different geographical locations »).

potentiellement régir les relations entre n'importe quels acteurs internationaux. D'après Byers :

Non-State actors sometimes do play a role in the process of customary international law as it operates today. As chapter 5 explained, non-State actors are not only responsible for the internal social and political pressures which motivate most State practice, but sometimes their presence also enables States to participate in the customary process in ways, or to degrees, that they would otherwise not be able to do<sup>866</sup>.

C'est ainsi que tout groupe d'acteurs internationaux pourrait donner naissance à une nouvelle coutume internationale<sup>867</sup>. Il importe de se souvenir que la coutume en droit international a une portée généralement large, qu'elle est la plus ancienne source du droit international<sup>868</sup>. Même avant l'existence du droit international classique, la coutume internationale existait déjà<sup>869</sup> comme étant la loi qui régissait les affaires parmi les nations et les autres acteurs<sup>870</sup>.

Les acteurs internationaux de nature et d'espèce très différente les uns par rapport aux autres s'entrecroisent afin de constituer les réseaux semi-autonomes. C'est ainsi que les acteurs étatiques et non étatiques se partageant les compétences souveraines. La grande diversité des membres dans un même réseau est tellement complexe que tracer des limites à la participation des entités étatiques et non étatiques dans l'une des catégories du réseau devient impossible. Le phénomène de la décentralisation de la compétence souveraine entre les acteurs internationaux distincts est un processus en croissance constante. C'est pour cela que nous étudierons dans ce chapitre le type de sites de pouvoir

---

<sup>866</sup> Michael Byers, *Custom, power, and power of rules: international relations and customary international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, à la p 218.

<sup>867</sup> Sabir Karim Mouttaki, « La coutume internationale : sujets de droit, consentement et formation de la norme coutumière » (2003 - 2004) 35 : 2 RD Ottawa 255 à la p 269 [Mouttaki] (« Or, la pratique démontre que des sujets de droit international autres que les États se font reconnaître un rôle dans le processus normatif coutumier. Face à l'accélération de l'histoire, des techniques et de l'évolution des relations internationales, l'État se trouve incapable de répondre aux nouvelles exigences normatives. C'est sur ce terrain d'incapacité où le manque patent d'une présence active étatique se fait sentir, que ces nouveaux acteurs jouent un rôle pour le moins remarquable »).

<sup>868</sup> Mouttaki, *supra* note 867 à la p 255 (« la définition de la coutume internationale paraît bien laconique alors qu'elle est la source la plus ancienne et l'une des plus fondamentales du droit international »).

<sup>869</sup> Mouttaki, *supra* note 867 à la p 260 (« La norme coutumière ne repose pas sur l'expression d'une volonté mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe »).

<sup>870</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 102 (« Dans toute société, le droit coutumier existe *avant* le droit écrit. En l'absence d'un législateur institué, les sociétés primitives étaient néanmoins soumises à un droit coutumier directement issu du groupe social et reconnu par lui. Ces constatations s'appliquent à la société internationale »).

où le pluralisme juridique se développe à l'époque de la postmodernité. Les trois catégories de réseaux (*infra*, *supra*, et *extra* étatiques) constituent des catégories poreuses où les acteurs dépassent facilement les frontières à n'importe quel moment. Donc, nous proposons un classement de catégories de réseaux possibles en avertissant le lecteur que les acteurs immigreront fréquemment d'un site à un autre pour y participer et en faire du droit.

D'abord, les entités administratives nationales disposent normalement d'une personnalité juridique propre devant des tribunaux nationaux. Mais, dans l'ordre international, seule la représentation officielle de l'État engage la responsabilité internationale de ce dernier. Cependant, plusieurs exceptions existent pour contrer cette règle. Ces exceptions sont l'objet de la section A.

Ensuite, pour ce qui est des organismes internationaux, la question de la personnalité juridique internationale est moins un débat juridique qu'une discussion de légitimité politique. Ces situations sont l'objet de la section B.

Finalement, le modèle sociopolitique d'une société civile transnationale de multiacteurs amène à un système juridique où la concurrence de la compétence souveraine apparaît presque dans tous les domaines. C'est ainsi que nous examinerons certains domaines d'activités, dont semblent s'être emparés les acteurs non étatiques, afin d'illustrer la portée de la doctrine du pluralisme juridique. Quelques situations générales où le droit extra-étatique se manifeste sont l'objet de la section C.

#### **A. La compétence des réseaux autonomes des pouvoirs gouvernementaux nationaux : la reconnaissance de la compétence souveraine internationale des institutions gouvernementales infra-étatiques**

Les entités gouvernementales nationales sont de plus en plus présentes dans les affaires internationales en représentation directe ou indirecte de l'État. Nous parlons des institutions gouvernementales nationales et des unités administratives sous-étatiques, telles que les banques centrales, les autorités des marchés financiers, les provinces, les



métropoles, les régions, entre autres. La personnalité juridique internationale des entités nationales n'est pas nécessairement bien établie. Il est pertinent de se demander si les institutions nationales agissent comme déléguées de l'État, ou comme des personnes juridiques internationales indépendantes. Donc, les défis mondiaux actuels et les incohérences théoriques incitent à reconcevoir le droit international ainsi qu'à en repenser les notions fondamentales, comme c'est le cas du concept de souveraineté dans le contexte de la société transnationale. La participation à l'international des institutions gouvernementales nationales constitue une manifestation concrète du pluralisme juridique minimaliste, car l'État conserve indirectement, par l'intermédiaire de ses entités gouvernementales internes, le contrôle des relations internationales, lorsque ces entités participent à l'élaboration du droit international. Ilgen affirme : « The division of sovereignty continues today as modern states share sovereignty within their borders and increasingly with actors, institutions, and organizations that operate in the global arena »<sup>871</sup>. Dans le cadre du pluralisme juridique minimaliste, le partage de compétences souveraines se fait entre l'État central et les institutions nationales, ainsi qu'avec les unités sous-étatiques du même État. Nous nous intéressons au partage de compétences souveraines qui présente un élément d'externalité, c'est-à-dire aux instances où les institutions nationales et les entités sous-étatiques participent aux relations internationales.

La science politique constate depuis environ quarante ans l'existence des réseaux internationaux constitués par des institutions administratives nationales<sup>872</sup>, mais la science juridique ignore largement ce phénomène. Bien que certains juristes reconnus<sup>873</sup> comme Slaughter décrivent correctement les faits, le droit international reste relativement indifférent à cette réalité. Le résultat de cette incohérence entre la réalité et la théorie génère l'essor d'une situation apparemment de fait dans les relations internationales, mais où des instances internes, des autorités différentes de celles qui sont prévues par le droit international conventionnel, prennent plusieurs décisions et exécutent divers commandements sans passer par la représentation officielle des États. À titre d'exemple,

---

<sup>871</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 13.

<sup>872</sup> Voir généralement, Joseph S. Nye, Jr. *The "Democracy Deficit" in the Global Economy : Enhancing the Legitimacy and Accountability of Global Institutions*, Washington, The Trilateral Commission, 2003.

<sup>873</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 aux pp 715 et ss.

mentionnons la mise en application des objectifs stratégiques fixés par le Conseil de la commission de coopération environnementale ou des normes de Bâle<sup>874</sup>. Les réseaux internationaux constitués par des institutions nationales participent activement à la création du droit international nouveau. Slaughter constate :

Yet to see these networks as they exist, much less to imagine what they could become, requires a deeper conceptual shift. Stop imagining the international system as a system of states – unitary entities like billiard balls or black boxes – subject to rules created by international institutions that are apart from, ‘above’ these states. Start thinking about a world of governments, with all the different institutions that perform the basic functions of governments – legislation, adjudication, implementation – interacting both with each other domestically and also with their foreign and supranational counterparts<sup>875</sup>.

La participation active à l’international des institutions nationales, autres que les autorités plénipotentiaires, exige un changement profond et conceptuel en ce qui a trait au droit international adopté par les institutions internationales *ad hoc*. De nos jours, personne ne peut ignorer les règles créées par les institutions internationales *ad hoc*, qui sont en dehors du droit conventionnel traditionnel. Le nouveau droit international créé par les réseaux intergouvernementaux représente un nouveau champ d’études juridiques à regarder avec lentilles appropriées. Slaughter poursuit :

Looking at the international system through the lens of unitary states leads us to focus on traditional international organizations and institutions created by and composed of formal state delegations. Conversely, however, thinking about states the way we think about domestic governments – as aggregations of distinct institutions with separate roles and capacities – provides a lens that allows us to see a new international landscape. Government networks pop up everywhere<sup>876</sup>.

Les réseaux autonomes constitués par des entités nationales, autres que les autorités plénipotentiaires, ne suivent pas les règles du droit conventionnel lorsqu’ils adoptent de nouvelles normes<sup>877</sup>. Cependant, nous considérons que le manque de normes conventionnelles en cette matière est compensé grâce aux sources coutumières du droit

---

<sup>874</sup> OECD, *Études économiques de l’OCDE : Royaume-Uni 2011*, Paris, Éditions OCDE, 2011, aux pp 46 et ss.

<sup>875</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 5.

<sup>876</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 13.

<sup>877</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 744 (« Les réseaux tant horizontaux que verticaux ont une nature informelle, puisqu’il importe de rappeler que les réseaux transgouvernementaux et les institutions gouvernementales qui les composent n’ont aucun statut formel au regard du droit international »).

international; il semble qu'une nouvelle coutume internationale devient la source de la validité juridique des décisions et des engagements pris par les réseaux autonomes des pouvoirs gouvernementaux nationaux. Nous pensons que la mise en application des décisions transgouvernementales prises par des autorités nationales, différentes de celles qui sont prévues par le droit international conventionnel, deviendrait progressivement une norme de droit coutumier, parce que « la formation des règles coutumières est un phénomène avant tout sociologique qui soit découle d'une nécessité logique, soit répond à une nécessité sociale »<sup>878</sup>. La coutume serait établie au fur et à mesure que la mise en œuvre de tels accords se confirme par une pratique répétée et constante, que les autorités nationales se sentent obligées à le faire. La portée de la coutume, en ce qui concerne le devoir de la mise en application des décisions transgouvernementales, peut être régionale, continentale ou mondiale. Nous étudierons quelques situations générales de régulation internationale faite par les réseaux des unités administratives nationales, même si ces unités ne possèdent pas de compétence plénipotentiaire (1). Nous étudierons aussi de façon sommaire le phénomène de l'intégration transnationale, fait par les unités territoriales sous-étatiques (2).

### ***1. L'intégration et la coopération normative, régulatrice et judiciaire entre les unités administratives spécialisées : la souveraineté élargie***

L'intégration transnationale des unités administratives nationales est de plus en plus pratiquée par les autorités nationales qui n'ont pas de pouvoirs plénipotentiaires. Barraud remarque : « Nombre d'administrations publiques voient leurs compétences rongées par la globalisation économique et les interdépendances par elle induites. Aussi la seule manière de conserver leurs pouvoirs est-elle d'instaurer des liens étroits avec leurs homologues étrangers en entrant sur le grand réseau transgouvernemental »<sup>879</sup>. Les réseaux de formation judiciaire, les réseaux de ministres de finances, et d'autres réseaux

---

<sup>878</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 355.

<sup>879</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 295.

transgouvernementaux spécialisés constituent certains exemples qui seront étudiés plus loin.

La notion de souveraineté externe devient un peu élargie, mais plus éparse lorsque les autorités nationales, qui manquent d'autorité plénipotentiaire, exercent une représentation internationale. La représentation internationale faite par les divers pouvoirs administratifs nationaux engendre un changement majeur, en ce qui a trait aux relations internationales. Ce changement affecte aussi la manière d'étudier le droit international contemporain. Lorsque les différents réseaux intergouvernementaux participent à l'élaboration et à la mise en application du droit international de dernière génération, ce droit devient de plus en plus décentralisé, diffus, et pluraliste. Slaughter affirme :

[Government networks] are decentralized and dispersed, incapable of exercising centralized coercive authority. Further, they are government actors. They can interact with range of NGOs, civic and corporate, but their responsibilities and constituencies are far broader. These constituencies should be able to devise ways to hold them accountable, at least to the same extent that they are accountable for their purely domestic activity<sup>880</sup>.

Les citoyens évaluent normalement la compétence exercée par les autorités nationales lorsque celles-ci prennent des décisions dans les différents dossiers de politique publique interne. L'évaluation des décisions prises à l'international devient plus complexe quand les autorités nationales sans pouvoirs plénipotentiaires représentent l'État à l'international. Slaughter constate : « The result, at the international level, is that executives have more room to 'pursue [their] own conceptions of national interest »<sup>881</sup>. En principe, les citoyens s'attendent à ce que les autorités nationales ne s'engagent pas au-delà de leurs compétences internes. La détermination de la portée de la compétence des autorités sans pouvoirs plénipotentiaires devient très malléable, car le droit international classique garde le silence dans cette matière. Le droit constitutionnel interne remplit occasionnellement ce vide juridique. Un exemple de ces complications juridiques est le cas de l'Union européenne. Ilgen constate :

The purposeful efforts within the European Union to eliminate barriers to human migration and to dismantle important symbols of national identity – passports and

---

<sup>880</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 11.

<sup>881</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 41.

currency – are but one example of the declining ties between citizenship and state sovereignty. New configurations of shared sovereignty are likely to see citizenship figure less prominently<sup>882</sup>.

Si les États perdent peu à peu leur souveraineté, l'espace public national prend également moins d'importance pour le citoyen national. L'évaluation faite par les citoyens du mandat donné aux autorités nationales devrait se déplacer vers les organisations intergouvernementales. Autrement dit, dans la mesure où la souveraineté nationale perd de la compétence souveraine, la citoyenneté nationale perd aussi de la force dans le cadre étatique. La diminution de l'espace public national doit être compensée par la création d'un espace public international. Le droit international classique n'a pas encore trouvé de solution pour combler ce vide juridique. Alors, la légitimité des compétences internationales exercées par les autorités nationales sans pouvoirs plénipotentiaires demeure un problème non résolu en droit international. L'ordre transnational, dans lequel les institutions nationales sans compétence plénipotentiaire participent, semble politiquement illégitime et juridiquement incertain<sup>883</sup>. Afin de faire la lumière sur ce vide juridique, nous allons étudier quelques situations distinctives d'intégration et de coopération judiciaire et régulatrice, dans lesquelles les réseaux transnationaux de juges (a), de technocrates (b) et de responsables de politiques publiques (c) participent activement à l'international.

a. Les juges se mettent en réseaux : l'interprétation judiciaire croisée

Les juges appliquent traditionnellement le droit interne en suivant une méthodologie autarcique ou nationaliste<sup>884</sup>. S'ils appliquent le droit international, c'est parce que le droit interne a déjà incorporé la norme externe par l'entremise de la constitution ou une loi nationale. Dans plusieurs États, dont notamment ceux de la tradition parlementaire de

---

<sup>882</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 21.

<sup>883</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 295 (« Ce sont des réseaux spontanés dans le sens où ils n'émanent guère d'un traité international. Ils se fondent dans un cadre flou, fait principalement de *soft law*, manquant cruellement de transparence et de légitimité démocratique »).

<sup>884</sup> Abdelkhaleq Berramdane, *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2002, à la p 209 (« Les juridictions administratives et judiciaires font prévaloir la Constitution sur les accords internationaux »).

Westminster, la théorie dualiste s'impose quand il s'agit d'appliquer une norme internationale de source conventionnelle. Par exemple, la Cour suprême du Canada dit : « La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law »<sup>885</sup>. La Cour suprême des États-Unis adopte historiquement cette approche. Hongju Koh présente cette perspective de la manière suivante : « The first is a "nationalist jurisprudence," exemplified by opinions of Justices Scalia and Thomas, which is characterized by commitments to territoriality, national politics, deference to executive power, and resistance to comity or international law as meaningful constraints on national prerogative »<sup>886</sup>. Cependant, Koh constate qu'une autre approche se dégage, même à la Cour suprême étasunienne. Il s'agit notamment d'une perspective de type transnationaliste.

The transnationalist banner is now being carried forward by Justices Stephen Breyer and Ruth Bader Ginsburg. Unlike the nationalist jurisprudence, which for guidance looks backward to territory and sideways toward executive power, transnational jurisprudence looks forward toward political and economic interdependence and outward toward rules of international law and comity as necessary means to coordinate international system interests and to promote the development of a well-functioning international judicial system<sup>887</sup>

Le fait de l'interdépendance politique et économique incite les juges nationaux à voir les avantages qu'il y a à prendre en considération le droit international et la jurisprudence étrangère. Le dialogue international des juges en matière de droits de la personne, la planétarisation de risques liés à l'environnement, la mondialisation de l'économie, constituent des domaines où les juges de diverses nationalités partagent depuis peu de temps quelques critères généraux. Les juges étasuniens participent de cet échange de points de vue partagés à l'échelle planétaire. Slaughter affirme : « In these situations U.S. judges have proven themselves quite up to the task of finding, interpreting, and applying foreign or international law »<sup>888</sup>. Le fait de porter plus d'attention à la jurisprudence

---

<sup>885</sup> *R c Hape* [2007] 2 RCS 292 au para 39.

<sup>886</sup> Harold Hongju Koh, « On American Exceptionalism » (2003) 55 *Stan L Rev* 1479, à la p 1513 [Koh].

<sup>887</sup> Koh, *supra* note 886 à la p 1514.

<sup>888</sup> Anne-Marie Slaughter, « A Brave New Judicial World » dans Michael Ignatieff, *American exceptionalism and human rights*, Princeton University Press, 2005, 277 à la p 278.

étrangère et d'appliquer le droit international génère progressivement la dilution de la primauté de la loi nationale<sup>889</sup>.

Le dialogue croissant entre les juges de différentes nationalités les amène à développer une nouvelle doctrine de 'courtoisie judiciaire'. Slaughter remarque, « judges are beginning to develop a distinct doctrine of 'judicial comity': a set of principles designed to guide courts in giving deference to foreign courts as a matter of respect owed judges by judges, rather than of the more general respect owed by one nation to another »<sup>890</sup>. Le recours à la source étrangère a comme objectif le bon fonctionnement de la justice, qui est vue comme une institution de portée transnationale. C'est ainsi que les juges entrecroisent l'interprétation de normes internes et internationales applicables, en adoptant une évaluation verticale et horizontale, selon le cas. Sagües affirme : « En bref, le recours à la source étrangère qui fait le juge national, soit au droit international ou à la jurisprudence étrangère, devient inévitable lorsqu'il s'agit de bien appliquer une règle constitutionnelle interne » [notre traduction]<sup>891</sup>. L'approche proposée par Sagües est de type intégrationniste et systémique, car il suggère d'éviter de séparer le système de droit interne du système de droit international. Les frontières conceptuelles entre droit international public et droit international privé sont aussi écartées, car le tout constitue un système de droit transnational comme le propose Jessup<sup>892</sup>. Sagües démontre que, de plus en plus, les juges nationaux utilisent les sources étrangères pour appliquer la norme nationale. Il donne différentes raisons qui expliquent cette tendance. Nous pensons à l'impact de l'Internet dans la vie des juges, mais aussi à la CVDT, parce qu'elle indique, à l'article 27, que le droit interne doit respecter les traités internationaux.

---

<sup>889</sup> Le principe de la suprématie de la Constitution politique demeure la dernière forteresse du droit national. Dans le cas du Canada, *La Loi Constitutionnelle de 1982* à son article 52 (1) dit : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » ; voir aussi par exemple, *Constitución política de la Colombia, art 4* : « La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales ».

<sup>890</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 67.

<sup>891</sup> Néstor Pedro Sagües, « El recurso al derecho y al intérprete externo en la interpretación e integración de la constitución nacional » dans Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, présentée à la Pontificia Universidad Católica de Lima Perú, 16 au 19 septembre 2009, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Tome I, Lima Perú, Editorial Moreno SA, 2009, la p 98 (« En definitiva, el recurso al derecho y al intérprete de fuente externa es, para el juez constitucional local, y para el funcionamiento de la regla constitucional doméstica, en ciertos casos ineludible ») [X Congreso].

<sup>892</sup> Lindblom, *supra* note 440 à la p 57.

L'article 64 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* prévoit le contrôle de conventionalité consultatif. L'intervention de la Cour de San José se fait à la demande d'un État partie, afin que la Cour interaméricaine interprète ladite Convention et vérifie la conventionalité de la norme interne par rapport à la norme internationale<sup>893</sup>. La norme conventionnelle interaméricaine devient une autre source d'interprétation. Le juge national légitime ainsi le recours qu'il fait au droit international ou à la jurisprudence étrangère, afin de bien motiver son jugement en utilisant l'interprétation croisée. D'après Rey Cantor, le contrôle de conventionalité permet aussi à la Cour interaméricaine d'ordonner des réparations aux victimes des violations aux droits de la personne ou d'annuler les effets juridiques de la loi nationale, lorsque cette dernière génère une violation des droits de la personne, déjà reconnus dans la Convention interaméricaine<sup>894</sup>. En septembre 2006, la Cour interaméricaine, dans l'*affaire Arellano c Chili*, déclare la non-conventionalité d'une loi d'amnistie chilienne. La Cour affirme : « En tentant d'accorder une amnistie aux responsables de crimes contre l'humanité, le décret-loi N° 2.191 devient incompatible avec la *Convention interaméricaine*, et la loi chilienne n'a donc pas d'effet juridique, à la lumière du traité interaméricain » [notre traduction]<sup>895</sup>. Le contrôle de conventionalité constitue aussi un élément central de la jurisprudence européenne. La Cour de justice des Communautés européennes confirme dans l'arrêt de *Costa c ENEL* le principe de la primauté du droit européen sur les droits nationaux des États membres<sup>896</sup>.

À son tour, Rocha suggère qu'à l'inverse, le juge national peut appliquer l'exception de non-conventionalité ou d'inconstitutionnalité, afin d'écarter ou d'éclairer l'application de

---

<sup>893</sup> *CADH*, *supra* note 645 art 64.2 (« 1. Les États membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains. De même les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière. 2. Sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités »).

<sup>894</sup> Ernesto Rey Cantor, « Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes » dans X Congreso, *supra* note 891 à la p 766.

<sup>895</sup> *Affaire Almonadic Arellano et al (Chili)* (2006), Int-Am Ct HR (Sér C), à l'alinéa 2 de la partie résolutive de l'arrêt.

<sup>896</sup> *CJE Flaminio Costa c ENEL*, C-6/64 [1964] Rec CE I-1194.



la loi nationale, lorsque celle-ci viole un droit reconnu dans une norme internationale fondamentale<sup>897</sup>. Delas et Robichaud affirment :

Conscients qu'ils assistent à une "mondialisation du droit", car le droit, tout comme le reste, transcende désormais les frontières, les juges nationaux se montrent désireux de participer à ce nouveau "forum mondial des juges". S'inscrivant résolument dans l'air du temps, ils n'hésitent plus à percevoir le rôle de juge dans cette globalité comme étant celui du "citoyen du monde". Les juges canadiens n'y font pas exception<sup>898</sup>.

En effet, le pouvoir d'interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés* donne au juge canadien une compétence élargie<sup>899</sup>. C'est ainsi que le juge national tire profit de toutes les conséquences possibles du droit international afin d'interpréter convenablement la norme interne à la lumière du droit international<sup>900</sup>.

Dans le but d'éviter la dénégation de justice, le juge national peut même utiliser une loi étrangère afin de remplir un vide juridique interne. Le 24 février 2009, lors de l'affaire « Halabi », et en référence à une inconstitutionnalité par omission, la Cour suprême de l'Argentine tente de remédier à cet inconvénient en appliquant les règles en vigueur dans une loi étasunienne relative aux « class actions » afin de combler un vide juridique dans la normativité argentine<sup>901</sup>.

Les TIC permettent que de nos jours, les juges de différents États échangent entre eux leurs conclusions quant à la justification qu'ils font de leurs décisions judiciaires. Ces échanges se font aussi lors de rencontres directes à l'occasion de divers forums

---

<sup>897</sup> Daniela Rocha, « De dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de 'control de la convencionalidad' » dans Francisco Javier Díaz Revorio et al, dir, *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica*, Cuenca (España) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013, à la p 76.

<sup>898</sup> Olivier Delas et Myriam Robichaud, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis ? », (2008) 21 :1 Revue québécoise de droit international 1 à la p 34 [Delas et Robichaud].

<sup>899</sup> *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313, au para 57 (« Les diverses sources du droit international des droits de la personne -- les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières -- doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quant il s'agit d'interpréter les dispositions de la Charte »).

<sup>900</sup> Delas et Robichaud, *supra* note 898 à la p 52.

<sup>901</sup> *Affaire Halabi Ernesto c PEN Loi 25 873 et Décret 1563/04*, Action de protection constitutionnelle, Cour suprême de la Nation Argentine, (24 février 2009).

académiques. Dans le premier cas, il s'agit d'une interprétation judiciaire croisée. Slaughter remarque :

On result of this judicial globalization is an increasingly global constitutional jurisprudence, in which courts are referring to each other's decisions on issues ranging from free speech to privacy rights to the death penalty [...] This growing judicial interaction is not only transnational. Judges are also forging relationships with their regional and international counterparts. Constitutional courts frequently cite the European Court of Human Rights alongside the decisions of foreign courts, not only within Europe but also around the world<sup>902</sup>.

La méthode communicationnelle qui a cours entre les différentes juridictions nationales amène les juges à faire de l'activisme judiciaire dans une perspective transnationale, depuis que les tribunaux font le contrôle de constitutionnalité<sup>903</sup>. Ost note que l'activisme judiciaire est devenu une pratique courante. Il cite le cas de la Cour suprême étasunienne, lorsque cette dernière se présente comme « interprète souverain de la Constitution, la Cour suprême des États-Unis a développé une véritable politique judiciaire, passant par exemple, au plan des relations interraciales, de la prohibition de la ségrégation à l'imposition de mesures positives d'intégration »<sup>904</sup>. Le fait d'utiliser quelques éléments étrangers lors de l'interprétation du droit interne pour écarter, annuler ou éclairer une loi nationale constitue, du point de vue interne, de l'activisme judiciaire<sup>905</sup>. Les juges déguisent normalement leur activisme judiciaire en faisant appel à différentes techniques d'interprétation constitutionnelle. Ost et Van de Kerchove observent qu'un magistrat français propose la constitutionnalisation de l'activisme judiciaire au moyen d'une stipulation constitutionnelle qui recommanderait : « les cours et tribunaux n'appliqueront les lois et règlements qu'autant qu'ils n'auront ni des conséquences déraisonnables, ni des effets contraires à la volonté d'une forte majorité des intéressés »<sup>906</sup>. La disposition constitutionnelle proposée n'est pas nécessaire, car le contrôle de constitutionnalité

---

<sup>902</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 66.

<sup>903</sup> *Marbury v Madison*, 5 US 137 (1803).

<sup>904</sup> François Ost, « Juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, *supra* note 746 à la p 7.

<sup>905</sup> *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003) ; voir aussi *Donald P Roper, superintendent, Potosi correctional Center, petitioner v Christopher Simmons*, 543 US 511 (2005).

<sup>906</sup> Tel que cité dans Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 87.

permet au juge de parvenir au même objectif sans se voir reconnaître un pouvoir spécial<sup>907</sup>.

L'échange de vues entre les juges nationaux, continentaux et internationaux n'amène pas nécessairement à l'unification du droit à l'échelle planétaire. Les juges eux-mêmes ont développé la doctrine de la « marge nationale d'appréciation »<sup>908</sup>. Delmas-Marty commente le concept comme suit :

Le terme peut surprendre. Habitué que nous sommes à penser l'engendrement des normes selon un principe de hiérarchie, nous pensons que l'ajustement et le réglage ne sont qu'une seule et même opération, d'intégration d'une norme internationale par le récepteur national. Et pourtant seules des techniques comme la marge nationale d'appréciation et les indicateurs de variabilité permettraient un réglage pluraliste de l'ensemble des mouvements. Différente de la marge d'interprétation du juge, qui permet d'assouplir le principe de hiérarchie sans remettre en cause la continuité entre la norme supérieure et la norme inférieure, la marge nationale d'appréciation permet, comme on l'a vu, une intégration partielle, comprise comme un simple rapprochement des normes nationales, une harmonisation sans unification<sup>909</sup>.

La marge nationale d'appréciation constitue une technique d'interprétation judiciaire de plus en plus utilisée par les juges afin d'harmoniser les différents systèmes juridiques qui se rapprochent les uns des autres, sans pour autant s'intégrer dans un seul ordre juridique. Il nous semble que les juges déploient de plus en plus de doigté pour fonctionner dans un contexte de pluralisme juridique transnational. Les réseaux de systèmes juridiques interconnectés sont progressivement mis sur pied par l'interprétation croisée que font les juges, car les tribunaux nationaux, continentaux et internationaux communiquent quasi directement entre eux. Voici ce qu'en dit Slaughter :

They create information networks, enforcement networks, and at least nascent harmonisation networks. Their interactions fulfill specific needs and reflect the predilections of specific judges, yet at the same time reveal larger patterns and principles. The result is a growing and overlapping set of vertical and horizontal networks that together establish at least the beginnings of a global legal system<sup>910</sup>.

---

<sup>907</sup> Guy Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative » dans Jean Foyer et al, *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2007, à la 26.

<sup>908</sup> *Affaire Handyside c Royaume-Uni* (1976), 24 CEDH (Sér A) (rêquete 5493/72).

<sup>909</sup> Mireille Delmas-Marty, « Au pays des nuages ordonnés » (2008) 1 *Revue ASPECTS* (dossier : cultures juridiques) 13 à la p 22.

<sup>910</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 69.

Les juges et les tribunaux créent aussi des réseaux de formation judiciaire. C'est le cas du Réseau européen de formation judiciaire<sup>911</sup>, de l'Organisation internationale pour la formation judiciaire<sup>912</sup> et de l'Union internationale des Magistrats<sup>913</sup>. Ces centres d'enseignement deviennent les points de rencontre, d'échange et de systématisation du droit par le partage de connaissances à dimension transfrontalière. C'est de ce temps-ci manifeste que le juge considère plusieurs ordres juridiques lorsqu'il décide d'une affaire. Nous pensons que l'objectif de l'interprétation croisée ou de la formation judiciaire transnationale n'est pas d'unifier le droit. Il s'agit avant tout de reconnaître les différents ordres juridiques afin de décider les litiges en respectant la spécificité de chaque situation juridique selon les stipulations contenues dans les divers ordres normatifs convergents ou divergents.

b. Les technocrates accordent la réglementation transnationale : la gouvernance internationale hors du système interétatique traditionnel

Les relations internationales traditionnelles se déroulent selon les normes du droit international classique. Ce droit prévoit que les relations interétatiques se font par l'intermédiaire de représentants officiels qui agissent à titre de diplomates. Les personnes chargées de représenter les États dans les relations internationales constituent un petit groupe de fonctionnaires étatiques qui sont normalement affectés aux missions diplomatiques. Ces fonctionnaires, et les locaux où ils travaillent bénéficient d'une protection spéciale<sup>914</sup>. En principe, les diplomates et les chefs d'État sont les seuls représentants capables d'exprimer la volonté d'un État dans les affaires internationales<sup>915</sup>.

---

<sup>911</sup> Le Réseau européen de formation judiciaire, *Programme d'Échanges des Autorités Judiciaires*, en ligne : REFJ <<http://www.ejtn.net/fr/Exchange-future-FR/>>.

<sup>912</sup> L'Organisation internationale pour la formation judiciaire, *About Us*, en ligne : IOJT <<http://iojt.org/page~aboutus.html>>.

<sup>913</sup> L'Union Internationale des Magistrats, *Associations nationales ou groupements représentatifs nationaux membres de l'Union internationale des magistrats en 2011*, en ligne : iaj-uim.org <<http://www.iaj-uim.org/site/modules/smartsection/category.php?categoryid=2&lang=fr>>.

<sup>914</sup> *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95 (entrée en vigueur : 24 avril 1964), à l'art 22 et ss.

<sup>915</sup> *CVDT*, *supra* note 227 à l'art 7.

Les relations internationales à l'époque de la mondialisation deviennent de moins en moins une affaire de diplomates et de plus en plus une affaire de technocrates<sup>916</sup>. Dans un contexte où les relations internationales se négocient à la pièce, les technocrates-spécialistes prennent la place des diplomates-généralistes. C'est ainsi que la réglementation de divers secteurs technoscientifiques, économiques, culturels, sportifs, etc., se transforme en champs de spécialité autonomes, hors de la portée des procédures du droit international classique. Ainsi, selon Slaughter :

Networking among some regulators, such as central bankers, securities commissioners, and insurance supervisors, has become so established that they now have their *own* international organisations – the Basel Committee, IOSCO Commissioners, and IAIS, among others. These organisations are transgovernmental networks that have become sufficiently formalized to warrant the title of association or organisation and that have a staff and regular meetings. But they are not 'inter-state' organisations; they are not formed by treaty or even executive agreement; they have no place on the landscape of the international legal system<sup>917</sup>.

L'auteure décrit notamment le fonctionnement contemporain du secteur des finances à l'échelle planétaire. Après la Deuxième Guerre mondiale, les accords économiques de Bretton Woods (New Hampshire) mettent en place le système financier interétatique avec deux institutions internationales et un système de changes fixes. Cependant, ce modèle n'est plus en vigueur aujourd'hui. D'une part, le système de changes fixes est abrogé depuis 1973 lors de l'adoption d'un système de changes flottants régi par le libre marché mondial<sup>918</sup>. D'autre part, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale n'arrivent plus à assurer la stabilité financière internationale, ni à reconstruire les économies en crise<sup>919</sup>. Voyons notamment la situation actuelle en Europe, où ces institutions sont incapables de redresser l'économie.

---

<sup>916</sup> Nous entendons par technocrate le fonctionnaire spécialiste haut placé qui possède des connaissances technoscientifiques. Les technocrates décident en observant les statistiques et en négligeant la convenance politique.

<sup>917</sup> Slaughter, *A New World Order*, supra note 128 à la p 38.

<sup>918</sup> Marc Montoussé et Dominique Chamblay, *100 fiches pour comprendre les sciences économiques*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Bréal, 2005, aux pp 148 et ss.

<sup>919</sup> Voir généralement, Jean Bruno Rakotomalala Arilantovao, *Le FMI et la gestion des crises financières internationales depuis les années quatre vingt*, Mémoire de recherche, Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2004, en ligne : <http://www.memoireonline.com/01/09/1837/Le-FMI-et-la-crise-financiere-internationale-depuis-les-annees-80.html>.

À l'époque présente, où le modèle de marché mondial prédomine, le capitalisme financier devient l'un des secteurs déterminants de l'économie. Le fonctionnement global du système financier international du 21<sup>e</sup> siècle n'est pas régi par une convention internationale dûment adoptée et ratifiée par les États, mais plutôt par les accords de réglementation bancaire de Bâle I, II et III<sup>920</sup>. Ces accords sont constitués de règles internationales *de facto* qui sont adoptées par un comité sans « pleins pouvoirs appropriés »<sup>921</sup>. Ces règles sont ensuite renforcées par les banques centrales sans passer par la procédure d'incorporation au droit interne. Comme le notent Brüttsch et Lehmkuhl : « The standards adopted by the Basle Committee for Banking Supervision had been established by rating agencies, and their implementation and enforcement has been delegated to national banking regulators even if they are not members of the Basle banking club »<sup>922</sup>.

L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) constitue la deuxième institution mondiale qui participe à la réglementation du secteur financier mondial. Cette organisation devient mondiale en 1984. Elle regroupe les régulateurs de marchés de valeurs, les bourses et autres organisations financières de partout dans le monde. L'OICV adopte des principes, des méthodologies et des protocoles qui sont reconnus par tous les acteurs du secteur des valeurs mobilières mondiales. Ces instruments normatifs sont reconnus comme les principaux instruments pour faciliter les transactions de valeurs mobilières transnationales, la réduction mondiale du risque et la protection accrue des investisseurs<sup>923</sup>.

L'Association internationale des contrôleurs d'assurance, mieux connue sous la désignation anglaise *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS), élabore des standards et des guides internationaux dans le secteur de l'assurance<sup>924</sup>. Dans la même veine, l'Organisation internationale des superviseurs de retraite, mieux connue sous la désignation anglaise *International Organisation of Pension Supervisors* (IOPS),

---

<sup>920</sup> Alain Lenoir, *Comprendre la crise et prévoir la prochaine*, Paris, L'Harmattan, 2012, aux pp 191 et ss.

<sup>921</sup> *CVDT*, *supra* note 227 à l'art 7, alinéa a).

<sup>922</sup> Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 230.

<sup>923</sup> Voir en ligne : International Organization of Securities Commissioners (IOSCO) <<http://www.iosco.org/>>.

<sup>924</sup> Voir en ligne : International Association of Insurance Supervisors (IAIS) <<http://www.iaisweb.org/>>.

élabore les normes en matière de surveillance de fonds de pension des différents systèmes de retraite privés dans le monde<sup>925</sup>.

Cette liste d'organisations internationales *de facto* ne constitue que des exemples concrets d'un phénomène en croissance, celui de la constitution de réseaux internationaux d'entités nationales qui a pour fonction de régler la gouvernance mondiale dans les différents secteurs d'activités de l'humanité. Cependant, comme le remarque Slaughter, « these 'organisations' do not fit the model of an organization held either by international lawyers or political scientist: they are not composed of states and constituted by treaty; they do not have legal standing; they have no headquarters »<sup>926</sup>. Ces organisations interétatiques *de facto* semblent confirmer une tendance selon laquelle les acteurs internationaux étatiques et non étatiques privilégient de plus en plus la mise en place de structures organisationnelles en dehors du système prévu par le droit international classique, afin de contourner le manque de prévisions normatives dans le droit international positif, en ce qui a trait à la compétence internationale des entités infranationales.

Slaughter constate l'explosion remarquable de l'exercice de compétences souveraines à l'international par les entités infranationales en Europe. Dans ce contexte, elle soulève la question suivante : « The question now confronting a growing number of legal scholars and political theorists is how decision making by these networks fits with varying national models of European democracy »<sup>927</sup>. De manière plus générale, est-il normal que tant d'entités nationales participent à l'exercice de compétences souveraines externes jusqu'à maintenant réservées aux diplomates et aux chefs d'État?

---

<sup>925</sup> Voir en ligne : The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), « International Organisation of Pension Supervisors (IOPS) », OECD <<http://www.oecd.org/site/iops/>>.

<sup>926</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 43.

<sup>927</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 50.

c. Le cas de réseaux mondiaux de politique publique : la gouvernance internationale au-delà des relations diplomatiques interétatiques

Malgré la fin de la Guerre froide, le droit international classique n'arrive pas à résoudre les nouveaux défis du 21<sup>e</sup> siècle. La société internationale contemporaine, au lieu de prôner un renforcement vigoureux du droit international classique, adopte un système de gouvernance transnationale plus souple, où le droit mou possède une valeur marchande. Slaughter trace le portrait de la situation :

In the 1990s the conventional reaction to the problem of 'world government' was instead to champion 'global governance', a much looser and less threatening concept of collective organization and regulation without coercion. A major element of global governance, in turn, has been the rise of global policy networks, celebrated for their ability to bring together all public and private actors on issues critical to the global public interest<sup>928</sup>.

Le cas des réseaux mondiaux de politique publique constitue l'un des types de partenariat public privé<sup>929</sup>. Il y a différents modèles de gouvernance mondiale par des réseaux multipartites. En général, il s'agit d'un regroupement d'acteurs étatiques et non étatiques qui possèdent des intérêts communs et divergents dans un même secteur économique, environnemental, social ou culturel<sup>930</sup>. Les entités gouvernementales et intergouvernementales représentent les États. Les organisations non gouvernementales représentent les intérêts publics et généraux de la société civile organisée. Les sociétés transnationales représentent les intérêts économiques privés de leurs actionnaires. Ces trois secteurs constituent les parties prenantes de chaque regroupement multipartite que l'on dénomme réseau mondial de politique publique. La mission principale de chaque regroupement consiste à concerter des politiques publiques dans le secteur d'activités concerné<sup>931</sup>. Les politiques adoptées reçoivent le nom de directives, principes, critères,

---

<sup>928</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 9.

<sup>929</sup> James G McGann, avec Richard Sabatini, *Global think tanks: policy networks and governance*, New York, Routledge, 2011, à la p 29 (« Tri-sectoral: Consist of organizations and individuals from the public, corporate and non-governmental sectors »).

<sup>930</sup> Nations Unies, *Dialogue participatif*, *supra* note 102 à la p 102.

<sup>931</sup> Wolfgang H Reinicke *et al*, *Choix Cruciaux : les Nations Unies, les réseaux, et l'avenir de la gouvernance mondiale*, Ottawa (Ontario), Centre de recherche pour le développement international, 2000, à la p 116.



charte, lignes directrices, etc<sup>932</sup>. Il s'agit d'un modèle d'autorégulation et de renforcement volontaire sans contrainte. Les réseaux mondiaux de politique publique implémentent aussi des projets de développement économique, environnemental, culturel ou social, dans le contexte de la coopération internationale<sup>933</sup>.

Selon l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, « l'apparition de 'réseaux de politique mondiale' pourrait offrir un élément de solution. Ces réseaux ou coalitions pour le changement rassemblent, d'une part, les institutions internationales, la société civile et les organisations du secteur privé, et, d'autre part, les gouvernements, à la poursuite d'objectifs communs »<sup>934</sup>. L'apparition de ce modèle d'organisation collective permet la reconnaissance informelle de quelques acteurs non étatiques dans les relations internationales. Il s'agit d'un mécanisme de reconnaissance alternatif et provisoire, car le droit international classique n'arrive pas encore à inclure adéquatement dans son système de fonctionnement à ces nouveaux acteurs.

La participation accrue des acteurs non étatiques dans les relations internationales est un fait remarquable qui se développe considérablement depuis la fin de la Guerre froide et l'avènement de la révolution des TIC. Dans ce contexte, Annan considère qu'« il faut déterminer la meilleure manière d'aider les gouvernements, la société civile et le secteur privé à coopérer pour que les réseaux de politique mondiale atteignent leurs objectifs et les nôtres »<sup>935</sup>. Le modèle tripartite se développe spontanément avant que les théoriciens puissent formuler le concept, avant même que les États adoptent une convention en la matière. Les organisations intergouvernementales sont prises *de facto* dans la situation. Les organisations interétatiques comme l'ONU coopèrent volontiers, parce qu'elles trouvent que les réseaux élargissent en quelque sorte le mandat et le rôle que doivent jouer les organisations intergouvernementales, dans la conception des politiques publiques mondiales.

---

<sup>932</sup> Initiative pour la transparence des industries extractives, « Principes & Critère », en ligne : EITI <[www.eiti.org](http://www.eiti.org)>.

<sup>933</sup> Agence canadienne de développement international, communiqué, « La ministre Oda annonce des initiatives visant à croître les retombées positives de la gestion des ressources naturelles pour la population de l'Afrique et de l'Amérique du Sud » (29 septembre 2011), en ligne : ACIDI <<http://www.acdi-cida.gc.ca/acdi-cida/ACDI-CIDA.nsf/fra/CAR-929105317-KGD>>.

<sup>934</sup> Kofi Annan, *Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI<sup>e</sup> siècle*, Doc off AG NU, 54<sup>e</sup> sess, Doc NU A/54/2000, au para 336 [Annan].

<sup>935</sup> Annan, *supra* note 934 au para 341.

La reconnaissance informelle accordée à quelques acteurs non étatiques par l'entremise de réseaux mondiaux de politique publique constitue une entrée par la porte arrière pour ces acteurs transnationaux. Ce mécanisme comporte des risques que presque personne n'a anticipés. Maria Green Cowles constate la situation et sonne l'alarme ainsi :

Today, IGOs seek to enhance their legitimacy by building coalitions and networks with NGOs and MNCs. Positive examples of such cooperation abound – from the WHO's compact with MNCs to eradicate disease, to the United Nations' alliance with the International Campaign to Ban Landmines. Relations between IGOs, NGOs, and MNCs, however, must be developed carefully to ensure that IGOs are not beholden to or co-opted by particular groups or interest<sup>936</sup>.

Le risque potentiel de conflits d'intérêts est évident dans la mesure où les représentants de différents intérêts (généraux, publics et privés) s'assoient à la même table pour négocier les politiques publiques et les projets de développement économique de grand impact. La concentration de rôles dans un même regroupement génère un modèle organisationnel où les conflits d'intérêts réels et potentiels apparaissent facilement. Les fonctions de réglementation, de renforcement normatif et même l'exécution de projets d'exploitation de ressources naturelles et de coopération internationale sont discutées dans une atmosphère de franche camaraderie par les différents acteurs membres de chaque réseau. L'initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) en est un bon exemple. « L'ITIE est une coalition multipartite composée de gouvernements, d'entreprises, d'investisseurs, d'organisations de la société civile et d'autres organisations partenariats »<sup>937</sup>. L'ITIE constitue un cas de partenariat où les risques de conflits d'intérêts sont apparents, dans la mesure où les ONG reçoivent occasionnellement du financement provenant des sociétés transnationales qui appartiennent au même réseau<sup>938</sup>.

L'accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE)<sup>939</sup>, un accord parallèle à l'ALENA, met en place la Commission de

---

<sup>936</sup> Maria Green Cowles, « Intergovernmental Organisations: Global Governance and Transsovereign Problems » dans Cusimano, *supra* note 172 à la p 63.

<sup>937</sup> Initiative pour la transparence des industries extractives, « Parties prenantes », en ligne : EITI <[www.eiti.org](http://www.eiti.org)>.

<sup>938</sup> Transparency International, *Who Supports Us: Corporation Sector*, en ligne : Transparency <[http://www.transparency.org/whoweare/accountability/who\\_supports\\_us/1/](http://www.transparency.org/whoweare/accountability/who_supports_us/1/)>.

<sup>939</sup> *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, 1993,

coopération environnementale (CCE). La CCE fonctionne sur un modèle organisationnel à trois volets, « le Conseil, composé des ministres de l'Environnement des trois pays, qui sert d'organe de direction, le Secrétariat permanent, situé à Montréal, qui fournit au Conseil un appui technique, administratif et opérationnel, et le Comité consultatif public mixte (CCPM), composé de 15 membres »<sup>940</sup>. Le CCPM est « composé de quinze citoyens (cinq de chaque pays). [Le CCPM] donne des avis au Conseil sur toute question entrant dans le champ d'application de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE), et fournit de l'information au Secrétariat de la CCE »<sup>941</sup>. L'article 17 de l'ANACDE prévoit que : « Chacune des parties pourra réunir un comité consultatif national public, composé de représentants d'organisations non gouvernementales et de personnes sous sa juridiction et ayant pour mandat de lui fournir des avis sur la mise en œuvre et le développement du présent accord »<sup>942</sup>. De la même façon, l'article 16 du même accord prévoit aussi que chaque comité consultatif national pourrait nommer les membres du Comité consultatif public mixte de 15 membres de la CCE. C'est ainsi que les organisations non gouvernementales nationales, par l'entremise du Comité consultatif public mixte, fournissent des avis sur toute question relevant de l'ANACDE. Cependant, la notion d'organisation non gouvernementale est tellement large que les chambres de commerce, les associations de gens d'affaires et les organisations environnementales sont toutes admissibles à en faire partie<sup>943</sup>.

Pourtant, d'autres initiatives sont prises, et qui mettent sur pied des structures garantissant leur indépendance à l'égard des intérêts privés. Le réseau international pour la conformité et le renforcement de normes environnementales mieux connu sous la désignation anglaise *International Network for Environmental Compliance and Enforcement* (INECE) est un partenariat entre les agences gouvernementales et les acteurs

---

en ligne : <[http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567&AA\\_SiteLanguageID=2](http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567&AA_SiteLanguageID=2)> [ANACDE].

<sup>940</sup> Larose, *supra* note 21 à la p 139.

<sup>941</sup> Commission de coopération environnementale, *Le Comité consultatif public mixte (CCPM)*, en ligne : CCE <<http://www.cec.org/>>.

<sup>942</sup> ANACDE, *supra* note 939 art 17.

<sup>943</sup> Gouvernement du Canada, *Comité consultatif national du Canada sur l'ANACE : Mandat et fonctionnement - Directives concernant la nomination*, en ligne : Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE) – Bureau canadien <[http://www.naacc.gc.ca/fra/nac/terms\\_f.htm#2](http://www.naacc.gc.ca/fra/nac/terms_f.htm#2)>.

environnementalistes non étatiques de plus de 150 pays. Ce réseau est composé notamment de plus de 4 000 membres d'organisations internationales, d'organismes gouvernementaux et d'organisations non gouvernementales. Les objectifs de l'INECE sont la sensibilisation à la conformité et le renforcement d'exigences environnementales au moyen de la coopération policière. La mission de l'INECE est de contribuer à la promotion d'un environnement sain et propre, et à l'utilisation durable des ressources naturelles. Ce réseau et ses membres s'intéressent aussi à la protection de l'intégrité des écosystèmes, par le respect et le renforcement efficaces des normes sur l'environnement et par l'utilisation des approches réglementaires et non réglementaires. C'est ainsi que l'INECE voit au respect et au renforcement des normes environnementales, ce qui favorise l'utilisation durable des ressources naturelles et la protection de l'intégrité des écosystèmes à l'échelle mondiale, régionale et nationale<sup>944</sup>.

## ***2. L'intégration transnationale et la coopération économique entre les unités administratives sous-étatiques : la souveraineté fractionnée***

Les États s'efforcent normalement de tracer des frontières définitives entre eux afin d'imposer leur droit étatique, et de consolider leur souveraineté absolue. Mais Laquière affirme que la souveraineté absolue, « par son caractère illimité, est en outre potentiellement dangereuse. Elle est tant du point de vue interne qu'externe [...] Du point de vue externe, un État souverain et indépendant est fatal au bien-être de l'humanité. C'est la porte ouverte à la guerre »<sup>945</sup>. De plus, plusieurs frontières étatiques sont tellement artificieuses et arbitraires que la réalité sociale et économique des peuples qui habitent les zones limitrophes les force à sélectionner les normes les plus favorables, afin de tirer le maximum de profit de leur situation frontalière. C'est ainsi que la dynamique sociale, culturelle et économique des peuples limitrophes mène à la fragmentation du droit de chaque côté de la frontière. En outre, les intérêts économiques globaux, locaux et

---

<sup>944</sup> International Network for Environmental Compliance and Enforcement, « Who We Are », en ligne : INECE <<http://inece.org/>>.

<sup>945</sup> Alain Laquière, « La critique de souveraineté par les libéraux anglo-saxons » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 aux pp 180-181.

régionaux cherchent à être moins redevables à l'autorité de l'État central<sup>946</sup>. Ilgen voit ici une manifestation concrète de reconfiguration de la souveraineté : « In a market economy with limited cross-border transactions, governments will share sovereignty in a limited way with private sectors actors, in a market economy highly penetrated by global activity, state sovereignty is diluted and regularly reconfigured »<sup>947</sup>. En effet, depuis l'apparition des États, nous assistons à un plus grand contrôle par ceux-ci des transactions transfrontalières faites par les acteurs économiques. Par contre, à l'époque de la mondialisation et de la révolution des technologies, ces acteurs deviennent de plus en plus autonomes, et donc, la souveraineté se décentralise vers les entités administratives sous-étatiques, et les acteurs non étatiques tirent profit de cette situation.

D'après Ilgen, le partage de compétences souveraines n'est pas un fait nouveau, puisque « it is not unusual for sovereignty to be divided between national and regional or provincial governments and for the boundaries of that division to shift back and forth over time »<sup>948</sup>. Il est effectivement normal que les compétences internes soient réparties à l'intérieur d'un État qui garde néanmoins une représentation internationale unifiée. Beaulac nous rappelle que, « selon la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, ce sont les États qui ont la capacité de conclure des traités »<sup>949</sup>. Par contre, le phénomène de l'intégration transfrontalière dépasse le débat traditionnel de type constitutionnel relatif à la division du partage des compétences internes. L'autonomie des régions transfrontalières amène à la fragmentation de la notion de souveraineté externe. Autrement dit, les forces autonomistes des entités sous-étatiques et les effets de la mondialisation font en sorte que le gouvernement étatique devient affaibli de part et d'autre. C'est ainsi que le concept classique de souveraineté externe devient mou, car la

---

<sup>946</sup> Arnaud, *Entre modernité*, *supra* note 138 à la p 75 (« Certaines régions (sub-nationales) passant avec d'autres, relevant ou non du même État, des ententes d'ordre économique dont l'importance fait qu'il se crée là tout un droit nouveau qui ne relève directement ni des droits internes, ni du droit international, ni du droit communautaire proprement dit, ni du Conseil de l'Europe. L'exemple est extensible, avec bien entendu les nuances appropriées, aux autres blocs économiques régionaux qui morcellent aujourd'hui la planète »).

<sup>947</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 20.

<sup>948</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 1.

<sup>949</sup> Stéphane Beaulac, *Droit constitutionnel : Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois*, feuilles mobiles (consultées le 17 octobre 2012), Juris Classeur Québec – Collection Droit Public, Montréal, Lexis Nexis, 2011, fascicule 23 à la p 17 [Beaulac, *Droit*].

représentation internationale de l'État est concurrencée par les revendications des unités sous-étatiques. Selon Ilgen :

Our somewhat counterintuitive hypothesis is that global forces, both political and economic, pry open states and their societies in ways that complicate the task of national governance and reduce its effectiveness but simultaneously enable sub-national authorities to govern more responsively and effectively. Put somewhat differently, the global enhances the sovereignty of the local<sup>950</sup>.

L'exercice de compétences souveraines par les entités sous-étatiques mène au bout du compte à la fragmentation de la souveraineté. Cette fragmentation affaiblit les pouvoirs régaliens de l'État en transférant partiellement certaines compétences souveraines vers les organisations de la société civile. C'est ainsi que les acteurs non étatiques reçoivent progressivement des compétences normatives et judiciaires<sup>951</sup>. Ilgen explique comment les conditions économiques amènent à cette nouvelle réalité des relations internationales :

The unfolding of the market economy established after World War II resulting in what is regularly referred to today as globalization and the end of the Cold War in the last decade of the century have created conditions for a significant reconfiguration and diffusion of sovereignty away from the state to actors, institutions, and organizations both outside and inside of state borders<sup>952</sup>.

Nous arriverons à cette constatation que l'autonomie des unités administratives sous-étatiques constitue l'un des cas concrets où l'État central partage les compétences souveraines. Le partage de pouvoirs régaliens transforme la notion classique du monopole étatique sur la création et l'application du droit, parce que « some of the most consequential internal challenges to state sovereignty have come from cities, towns, and urban jurisdictions on the one hand and regions or provinces on the other »<sup>953</sup>. C'est ainsi que l'intégration transnationale s'opère davantage par les entités territoriales sous-étatiques qui exercent leur propre souveraineté externe. Voyons comment les provinces (a), les métropoles (b) et les régions (c) fractionnent la souveraineté étatique.

---

<sup>950</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 2.

<sup>951</sup> Voir par exemple, chapitre II, à la section C.2, ci-dessous, pour l'analyse en détail de cette manifestation.

<sup>952</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 15.

<sup>953</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 23.

a. Les États fédérés, confédérés et les territoires autonomes : la renonciation à la souveraineté absolue en échange du partage de compétences

La notion de souveraineté absolue amène en principe à la conformation d'États unitaires, autrement dit, au modèle d'un État, une nation où le gouvernement central monopolise le droit<sup>954</sup>. D'autres États, en raison de leur histoire, admettent depuis leur origine ou en conformité avec leur développement institutionnel un partage de compétences souveraines entre les différents paliers gouvernementaux. Le monopole du droit reste étatique, mais partageable entre les divers paliers gouvernementaux<sup>955</sup>. La France, le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Italie, la Turquie et la Colombie constituent des exemples, où le modèle constitutionnel prévoit la concentration de la compétence souveraine, c'est-à-dire un monopole d'État centriste du droit. Par contre, le Canada, les États-Unis d'Amérique, la Suisse, l'Australie, l'Inde, l'Autriche, la Belgique et l'Allemagne représentent le modèle de partage de compétences souveraines internes entre l'État central (le fédéral) et les provinces ou les états constitutifs<sup>956</sup>. Pour Pilette le partage des compétences souveraines au Canada est particulier. Ainsi, il note :

Le constituant canadien a choisi de départager les responsabilités des provinces et du palier fédéral en les décrivant sommairement, tout en dressant des listes de compétences législatives respectives. Il est entendu que les pouvoirs exécutifs sont répartis suivant le partage des compétences législatives. Le partage des compétences se trouve aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>957</sup>.

Le partage de compétences régaliennes constitue une caractéristique essentielle d'un État fédéral ou confédéral. Dans un État fédéré, les gouvernements territoriaux et le gouvernement central se distribuent les pouvoirs souverains internes, en suivant divers principes généraux d'interprétation et de détermination de la constitutionnalité des lois et

---

<sup>954</sup> Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 259 à la p 399 (« L'État unitaire évoque l'idée d'un régime où tous les organes de l'État seraient compétents pour l'ensemble du territoire ou de la collectivité étatique. Des organes centraux y exerceraient toutes les fonctions normatives de l'État et seuls existeraient des éléments de déconcentration purement administrative »).

<sup>955</sup> Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 259 à la p 400 (« Dans l'État composé, les fonctions normatives sont exercées à la fois par des organes compétents pour l'ensemble de l'État et par des organes compétents pour des fractions de celui-ci. Il y a alors décentralisation, c'est-à-dire partage de la compétence personnelle de l'État »).

<sup>956</sup> Voir généralement, Ilgen, *supra* note 97 à la p 2.

<sup>957</sup> Lorraine Pilette, *La Constitution canadienne*, Cap-Saint-Ignace (Québec), Édition du Boréal, 1993, à la p 45.

des compétences matérielles<sup>958</sup>. Il s'agit vraiment d'un partage de compétences souveraines internes, où les différents paliers gouvernementaux coopèrent mutuellement. Ce modèle constitutionnel représente une sorte de « fédéralisme coopératif »<sup>959</sup>. Mais, lorsqu'il y a « union d'États ou de provinces qui, en droit international, ne font qu'un seul État »<sup>960</sup>, on n'a traditionnellement qu'un seul chef d'État donc une représentation internationale unique. Beaulac est du même avis, car « selon le droit international, la 'souveraineté externe' d'un État – y compris en matière de traités et, surtout, quant à sa responsabilité en cas de violation – est exercée de façon unique par l'entremise d'une seule autorité »<sup>961</sup>. Cependant, nous remarquons récemment que les États ou les provinces participent fréquemment aux négociations avec leurs propres délégations à l'étranger afin de prendre part aux relations internationales<sup>962</sup>.

Cette thèse s'intéresse au partage des compétences souveraines à vocation transnationale et internationale. C'est le cas des unités sous-étatiques comme le Québec, la Catalogne, l'Écosse, la Flandre, les Länder en Allemagne, entre autres. Ces unités sont capables d'interagir directement avec d'autres unités étrangères du même ordre, avec quelques États, ainsi qu'avec certaines organisations internationales. Cela est notamment le cas quand les unités sous-étatiques exercent à *motu proprio* des compétences souveraines à l'international<sup>963</sup>.

À l'origine, les États fédérés, confédérés ou associés prévoient, d'une part, le partage de compétences souveraines pour les affaires internes. D'autre part, la compétence pour les affaires internationales relève généralement de l'État central. Toutefois, lors de la mise en œuvre des traités internationaux, les entités sous-étatiques participent à l'adaptation du

---

<sup>958</sup> Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 259 aux pp 443 et ss.

<sup>959</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, au para 24, [2007] 2 RCS 3.

<sup>960</sup> André Tremblay, *Droit constitutionnel : principes*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Éditions Thémis, 2000, à la p 200.

<sup>961</sup> Beaulac, *Droit*, *supra* note 949 fascicule 23 à la p 28.

<sup>962</sup> Nelson Michaud et Marc T Boucher, « Les relations internationales du Québec comparées » (automne 2006) L'Observatoire de l'administration publique, à la p 22 et 23, en ligne : État québécois en perspective (ENAP) <<http://www.etatquebecois.enap.ca/etatquebecois/docs/pp/relations-internationales/a-relations-internationales.pdf>> [Michaud et Boucher].

<sup>963</sup> Michaud et Boucher, *supra* note 962 aux pp 35-36.



droit international au droit interne<sup>964</sup>. Beaulac explique les règles de réception normative comme suit :

Ces questions relèvent du droit national de chaque État souverain et non pas du droit international. Elles font partie de leur domaine réservé. Suivant la tradition constitutionnelle dont se revendiquent nos juridictions canadienne et québécoise, les règles de réception sont si importantes et structurées qu'elles sont associées au droit constitutionnel, entendu dans son sens large<sup>965</sup>.

En effet, l'adoption du droit international en droit interne concerne le droit constitutionnel<sup>966</sup>. Mais dans les États fédérés, les entités sous-étatiques participent à la mise en œuvre de cette incorporation normative. En fin de compte, la réception du droit international en droit interne se déroule selon le partage des compétences souveraines prévu dans la norme constitutionnelle respective.

Au-delà de ces stipulations constitutionnelles, une fois que les unités sous-étatiques ont revendiqué une autonomie majeure, elles agissent de leur propre initiative afin de participer directement aux relations internationales. C'est ainsi qu'on voit de plus en plus les unités sous-étatiques (états, provinces, départements, territoires autonomes, etc.) acquérir des compétences souveraines pour interagir à l'international. La compétence souveraine externe exercée par les unités sous-étatiques devient un phénomène qui gagne de l'ampleur autant dans le modèle d'État unitaire que dans les États fédérés. Dans les États fédérés, le partage de compétences souveraines existe depuis longtemps, mais le partage de compétences législatives et administratives se limite aux affaires internes. La revendication de la compétence souveraine provinciale à conclure des ententes internationales constitue une formulation nouvelle faite par la province de Québec, depuis l'énoncé de la doctrine « Gérin-Lajoie » en 1965<sup>967</sup>. Cette doctrine est devenue une règle de droit au Québec, dans la mesure où l'Assemblée nationale du Québec adopte un texte de loi qui dispose que :

L'État du Québec est libre de consentir à être lié par tout traité, convention ou entente internationale qui touche à sa compétence constitutionnelle.

---

<sup>964</sup> Gib van Ert, *Using international law in Canadian courts*, Toronto, Irwin Law, 2008, aux pp 255 et ss [Ert].

<sup>965</sup> Beaulac, *Droit*, *supra* note 949 fascicule 23 à la p 11.

<sup>966</sup> Ert, *supra* note 964 aux pp 229 et ss.

<sup>967</sup> Michaud et Boucher, *supra* note 962 à la p 5.

Dans ses domaines de compétence, aucun traité, convention ou entente ne peut l'engager à moins qu'il n'ait formellement signifié son consentement à être lié par la voix de l'Assemblée nationale ou du gouvernement selon les dispositions de la loi.

Il peut également, dans ses domaines de compétence, établir et poursuivre des relations avec des États étrangers et des organisations internationales et assurer sa représentation à l'extérieur du Québec<sup>968</sup>.

Cela constitue une sorte de déclaration unilatérale d'indépendance en ce qui concerne la politique étrangère du Québec. Politique étrangère qui s'affirme même avec l'autorité d'un gouvernement provincial fédéraliste, dans la mesure où, en 2006, le premier ministre du Québec a déclaré ce qui suit : « Notre politique vise le développement de notre rayonnement international. Elle réaffirme la liberté du Québec de mener une action internationale forte et autonome, partout où nous le jugeons bon : ce qui est de compétence québécoise chez nous est de compétence québécoise partout »<sup>969</sup>. Dans la mesure où il s'agit de passer de la parole aux actes, le Québec contourne le jargon du droit international classique. C'est ainsi qu'au lieu de signer des traités ou des conventions internationales, le gouvernement du Québec signe des ententes internationales comme État souverain. « À ce jour, le Québec a conclu plus de 708 ententes internationales dont 386 sont en vigueur »<sup>970</sup>. Les ententes internationales signées par le Québec avec divers États et organisations internationales comprennent de nombreuses matières pour lesquelles le Québec revendique sa compétence souveraine selon le partage de compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le cas du Québec n'est pas isolé. Il existe d'autres entités territoriales sous-étatiques qui revendiquent et exercent des compétences souveraines comparables<sup>971</sup>. Ost et van de Kerchove constatent que, « dans un pays comme la Belgique, les réformes institutionnelles successives ont réalisé un véritable démembrement du pouvoir législatif, en transférant aux communautés et aux régions des pans entiers des attributions confiées

---

<sup>968</sup> *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, LRQ 2000, c 46, devenue LRQ c E-20.2, art 7.

<sup>969</sup> Gouvernement du Québec, *La politique internationale du Québec : La force de l'action concertée*, Québec, 2006, à la p viii, en ligne : Ministère des relations internationales <<http://www.mri.gouv.qc.ca/content/documents/fr/politique.pdf>>.

<sup>970</sup> Gouvernement du Québec, *Ententes internationales*, 2012, en ligne : Ministère des relations internationales <<http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/Ententes-et-Engagements/Ententes-internationales>>.

<sup>971</sup> Voir généralement, Jean-Yves Faberon et Guy Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, 2000.

naguère au législateur fédéral »<sup>972</sup>. C'est ainsi que de plus en plus, les entités territoriales sous-étatiques deviennent des acteurs internationaux à part entière, car dans un « sens symétrique, les entités fédérées sont dans certains cas qualifiées de souveraines »<sup>973</sup>. Le phénomène du fractionnement de la souveraineté ne se limite pas aux entités fédérées, dans la mesure où d'autres entités sous-étatiques comme les métropoles participent aussi au partage de compétences souveraines.

b. Les métropoles : l'archipel des villes globales hors de la portée des États

Les villes ont déjà été souveraines dans le passé, et quelques principes des relations internationales modernes tirent leur origine de l'époque où les Cités-États furent souveraines<sup>974</sup>. Ilgen affirme : « Towns, cities, and city-states have a long history as repositories of sovereignty and as sites for economic change. Politically, some of the earliest and most durable principles and lessons of political organization, political structure, and interstate relations were derived from the experiences of independent city-states »<sup>975</sup>. Autrement dit, les villes précèdent historiquement les États-nations, en ce qui concerne les relations internationales et l'élaboration des normes internationales<sup>976</sup>. Ce sont les grandes villes de la fin du Moyen Âge qui ont permis la croissance de grands empires. Ce sont aussi les grandes villes qui, à l'époque de la modernité, ont donné du pouvoir aux États-nations souverains. Encore selon Ilgen :

[Cities] have served at other times as tools of political empires (Rome, Constantinople, Vienna) or powerful sovereign states (London, Paris, Washington). Cities have generally grown and flourished when they have they opened their doors to outsiders and immigrants and vigorously encouraged social, economic, and cultural exchange<sup>977</sup>.

---

<sup>972</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 82 et 83.

<sup>973</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 192.

<sup>974</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 aux pp 54-55.

<sup>975</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 23.

<sup>976</sup> Bertrand Lafont, « Culture et diplomatie dans le Proche-Orient du II<sup>e</sup> millénaire avant notre ère : les prémisses d'un système de relations internationales » dans Jacques Bouineau, dir, *Droit international et antiquité : Aspects culturels*, Paris, L'Harmattan, 2011, à la p 13.

<sup>977</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 23 et 24.

À la période de la modernité, le modèle industriel fait en sorte que la concentration de la production manufacturière facilite aux États le contrôle de l'activité humaine, même dans les grandes villes industrielles. À l'époque de la révolution industrielle, les moyens de communication et de transport peuvent facilement être paralysés par les douaniers, par les agents d'immigration ou par les techniciens en communication. C'est ainsi que le droit étatique s'applique largement à presque toutes les activités humaines, même dans les grandes villes. Mais, à l'époque de la postmodernité, le modèle de la délocalisation et de la décentralisation de la production voit les États perdre le contrôle de l'activité humaine. En outre, le 21<sup>e</sup> siècle se caractérise par l'émergence de la société numérique qui opère dans un cyberspace sans frontières. D'après Mathias : « L'essor du 'cyberspace', qui n'est spatial que par métaphore, et translationnel en réalité, fait manifestement obstacle à une conception univoque de la territorialité »<sup>978</sup>. La révolution des TIC fait maintenant en sorte que les moyens de communication deviennent de plus en plus virtuels dans la mesure où « les nombreuses avancées technologiques dans le domaine virtuel facilitent le cheminement vers un monde sans frontières »<sup>979</sup>. Autrement dit, inversement à la manière dont les villes prospères donnent naissance à l'État-nation moderne<sup>980</sup>, les grandes métropoles commencent à faire une brèche dans la souveraineté étatique, à l'époque de la postmodernité. C'est ainsi que dans un monde virtuel, le droit étatique devient moins contraignant. Ilgen constate la montée en puissance des grandes métropoles :

In the post-industrial age of global flows of goods and services, capital, labour, and information, the economic and political fate of cities appears no longer to be so closely tied to the fate of the state and the nation. With this new capacity to shape their economic future, cities offer new sites for reconfigured sovereignty<sup>981</sup>.

Les grandes métropoles deviennent relativement souveraines. Elles doivent cependant partager leurs compétences avec l'État central, ainsi qu'avec les grands acteurs économiques mondiaux. La mondialisation devient une occasion de croissance pour les grandes villes, dans la mesure où elles sont stratégiquement bien situées ou possèdent des

---

<sup>978</sup> Paul Mathias, « The last frontier? L'Internet au-delà de tout territoire » dans Zarka, *Murs*, *supra* note 286 à la p 93.

<sup>979</sup> Gabriel Wackermann, « Quel sens pour la notion de frontière dans la mondialisation? » dans Zarka, *Murs*, *supra* note 286 à la p 87.

<sup>980</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 24 (« In the lengthy process of the consolidation of European state sovereignty, cities most often played roles supportive of the emerging nation-state »).

<sup>981</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 26.

avantages compétitifs dans les secteurs de premier plan pour l'économie mondiale. En outre, les métropoles constituent le centre de l'action de l'économie contemporaine. « Entre 2010 et 2025, le PIB des 600 plus grandes villes du monde (en termes de PIB) augmentera de 30 000 000 000 000 \$, soit 65% de la croissance mondiale »<sup>982</sup>. La concentration du pouvoir économique fait en sorte que les villes-hôtes deviennent des centres de prises de décisions. Les métropoles « hosted the headquarters of global corporations, acted as centers of international finance and other business services, and facilitated the creation of global transportation, communications, and information networks »<sup>983</sup>. Plus que jamais, le pouvoir économique se trouve dans les grandes métropoles du monde. Les principales bourses d'échange, les agences financières, les cabinets de comptables et d'avocats, où se négocient les plus importantes transactions, exigent une infrastructure à la fine pointe de la technologie. Veltz affirme : « La métropole, ainsi, n'est pas seulement le commutateur des opérations et des flux techniques. Elle est aussi le commutateur des assemblages de contrats de l'économie de flexibilité »<sup>984</sup>. Ce système capitaliste de marché mondial exige aussi un système juridique flexible. Le développement du système juridique mou mène à l'effacement progressif de la notion de souveraineté absolue de l'État central. D'après Capel :

La taille et le niveau de participation économique des villes à l'économie sont donc cruciaux, d'où la volonté de constituer, face à l'émergence de gigantesques métropoles au sein des pays en développement, des ensembles urbains dégagés des maillages constitutionnels et administratifs nationaux, et donc, aptes à participer à la compétition mondiale<sup>985</sup>.

L'option de rechange est alors de laisser la place à une notion de souveraineté relative où le partage de compétences souveraines devient complexe, car les divers acteurs

---

<sup>982</sup> McKinsey Global Institute tel que cité par Antoine Mathieu-Collin, « Les grandes villes en faits et en chiffres » dans Trioux, *supra* note 576 à la p 12.

<sup>983</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 25.

<sup>984</sup> Veltz, *supra* note 101 à la p 235.

<sup>985</sup> Lionel Capel, « Bruxelles, métropole de pouvoir et d'influence au cœur de l'Europe » dans Trioux, *supra* note 576 à la p 32.

politiques, sociaux, culturels et économiques participent de ce partage. Cela implique une demande de pouvoir chaque fois plus élargi pour les grandes métropoles<sup>986</sup>.

L'enrichissement des grandes villes cosmopolites du monde, et aussi des grands centres d'activité économique, leur permet de garder leur puissance politique<sup>987</sup>. Par contre, la périphérie s'appauvrit<sup>988</sup>. Dans la mesure où les décideurs économiques se concentrent dans les grandes métropoles, les décideurs politiques perdent progressivement le pouvoir de légiférer de façon uniforme pour tout le territoire de l'État, ce qui fait en sorte que les métropoles s'interconnectent directement aux autres centres de pouvoir économique mondial, sans passer nécessairement par les services diplomatiques des États concernés. Billard et Lévêque affirment :

La fin du deuxième millénaire a consacré la montée fulgurante de puissants organismes urbains : ce phénomène métropolitain doit son ampleur et son originalité à la concentration spatiale des fonctions stratégiques du nouveau système productif. Motivé par cette nouvelle position centrale à la fois économique et politique de nombreuses métropoles, l'émergence de formes nouvelles de coopérations métropolitaines semble inévitable, car nécessaire<sup>989</sup>.

Les grandes villes du monde s'organisent maintenant en réseaux parallèles aux organisations internationales afin de parvenir aux objectifs que les États et les organisations interétatiques n'atteignent pas. Selon Billard et Lévêque, « la complexité grandissante des ensembles urbains, l'émancipation des villes par rapport à l'État et la multiplication des acteurs dotés d'une légitimité à agir, ont amené les politistes à s'intéresser à la question de la gouvernance urbaine et plus particulièrement en la croisant

---

<sup>986</sup> Radio Canada, « Entrevue avec François Cardinal : Montréal la cité État du maire Coderre » (5 avril 2014), en ligne : AUDIO FIL <[http://ici.radio-canada.ca/emissions/samedi\\_dimanche/2013-2014/chronique.asp?idChronique=333846](http://ici.radio-canada.ca/emissions/samedi_dimanche/2013-2014/chronique.asp?idChronique=333846)>.

<sup>987</sup> Antoine Mathieu-Collin, « Les grandes villes en faits et en chiffres » dans Trioux, *supra* note 576 à la p 12 (Les maires des métropoles « tirent leur influence politique de la puissance de la métropole qu'ils administrent ainsi que les liens serrés que ces villes tissent entre elles, par delà les frontières nationales »).

<sup>988</sup> Veltz, *supra* note 101 à la p 235 (D'après Veltz, il y a trois processus qui caractérisent la société contemporaine, « la mondialisation et la globalisation de l'économie ; la mutation en chantier des modes d'organisation des firmes, de la production, du travail, qui s'éloignent de plus en plus des modèles de la production de masse taylorisée ; la concentration territoriale croissante de l'économie, en faveur notamment des grandes métropoles mondiales, et les écarts qui se creusent, à toutes les échelles, entre zones intégrées et zones périphériques ou délaissées du territoire »).

<sup>989</sup> Gérald Billard et Laurent Lévêque, « Réseau de Villes et métropolisation » dans Bussi, *supra* note 409 à la p 53.

avec la notion de la gouvernance en réseau »<sup>990</sup>. C'est le cas d'un réseau de 40 métropoles du monde, qui adoptent et mettent sur pied elles-mêmes les normes pour réduire les émissions de gaz à effet de serre<sup>991</sup>. Dans le domaine du changement climatique, les métropoles prennent aussi ce défi en charge et exercent une compétence parallèle à celle des États. Dans le domaine de l'environnement, les relations internationales entre les villes au 21<sup>e</sup> siècle augmentent et se resserrent. Plusieurs réseaux de villes s'établissent à travers le monde afin d'adopter des mesures pour faire face aux changements climatiques. Ces réseaux forment une sorte d'organisation transnationale où les villes et les métropoles agissent comme leurs cofondatrices. Il convient de noter que le droit international classique et le droit constitutionnel traditionnel ne prévoient pas d'encadrement juridique formel pour ces réseaux transnationaux. Donc, l'existence juridique de ces réseaux aurait comme fondement la nécessité gouvernementale de coordonner certaines actions locales pour assurer la réalisation d'objectifs d'intérêt public, ou encore le constat que les villes, en tant que collectivités humaines, partagent souvent les mêmes préoccupations à l'échelle internationale. Citons certains exemples remarquables de ces réseaux transnationaux :

- Le conseil mondial des maires sur le changement climatique<sup>992</sup>;
- Le conseil international pour les initiatives écologiques locales – gouvernements locaux pour la durabilité<sup>993</sup>;
- L'organisation mondiale des cités et gouvernements locaux unis<sup>994</sup>;
- *The Carbon Cities Climate Registry*<sup>995</sup>;
- L'association mondiale des grandes métropoles<sup>996</sup>.

---

<sup>990</sup> Gérald Billard et Laurent Lévêque, « Réseau de Villes et métropolisation » dans Bussi, *supra* note 409 à la p 64.

<sup>991</sup> C40 Cities: Climate Leadership Group, *About C40: Sustainable Action on Climate Change*, en ligne : C40 <<http://www.c40cities.org/>>.

<sup>992</sup> World Mayors Council on Climate Change, « About us », en ligne : World Mayors Council <<http://www.worldmayorscouncil.org/about.html>>.

<sup>993</sup> *Charter of the International Council for Local Environmental Initiatives (ICLEI)*, 1990, (amendée en 2011) en ligne : ICLEI <[http://www.iclei.org/fileadmin/user\\_upload/ICLEI\\_WS/Documents/Governance/Charter approved FINALforCOUNCIL20110912.pdf](http://www.iclei.org/fileadmin/user_upload/ICLEI_WS/Documents/Governance/Charter_approved_FINALforCOUNCIL20110912.pdf)>.

<sup>994</sup> *Statuts de l'organisation mondiale de cités et gouvernements locaux unies*, 5 mai 2004, en ligne : UCLG <[http://www.uclg.org/sites/default/files/fr\\_constitution\\_2013\\_.pdf](http://www.uclg.org/sites/default/files/fr_constitution_2013_.pdf)>.

<sup>995</sup> *User Manual*, mai 2014, (version 4.1), en ligne : Carbon Cities Climate Registry <[http://citiesclimateregistry.org/fileadmin/user\\_upload/cCCR/User\\_Manual/cCCR\\_User\\_Manual\\_v4.1.pdf](http://citiesclimateregistry.org/fileadmin/user_upload/cCCR/User_Manual/cCCR_User_Manual_v4.1.pdf)>.

Nous pourrions expliquer la mise sur pied des réseaux transnationaux des villes par l'extension du droit à la liberté d'association, mais les villes et les métropoles du monde vont plus loin et elles interagissent directement pour mettre sur pied certains régimes normatifs parallèles à ceux établis par les États. C'est le cas du *Pacte mondial des villes sur le climat*<sup>997</sup>, et de la *Charte d'adaptation de Durban pour les gouvernements locaux*<sup>998</sup>. Ces textes normatifs ressemblent à un traité international, mais cette sorte d'entente internationale se déroule ainsi même si les règles du droit international classique n'habilitent pas les entités infra-étatiques à le faire. Pour expliquer la validité de ces relations internationales établies par les villes, il est nécessaire d'élargir l'interprétation de la notion des compétences normatives des entités infra-étatiques. C'est-à-dire que nous devrions faire une lecture décentralisatrice des compétences normatives et adopter une approche pluraliste, comme l'a fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*<sup>999</sup>. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada conclut que « la simple existence d'une loi provinciale (ou fédérale) dans un domaine donné n'écarte pas le pouvoir des municipalités de réglementer cette matière »<sup>1000</sup>. C'est-à-dire qu'au Canada, la coexistence de divers régimes normatifs dans un même domaine du droit constitue l'un des éléments qui confirment la présence d'une sorte de pluralisme juridique. Le domaine de l'environnement serait l'un des domaines juridiques où le partage de compétences normatives entre des autorités distinctes serait admis au Canada<sup>1001</sup> et probablement ailleurs<sup>1002</sup>.

---

<sup>996</sup> *Statuts de l'association mondiale des grandes métropoles*, novembre 2001, en ligne : Metropolis <<http://www.metropolis.org/fr/statuts>>.

<sup>997</sup> *Pacte mondial des Villes sur le Climat* – « Pacte de la Ville de Mexico », 21 de novembre 2010, en ligne : Mexico City Pact <<http://www.mexicocitypact.org/en/the-mexico-city-pact-2/sign-the-mexico-city-pact-online/>>.

<sup>998</sup> *Durban Adaptation Charter for Local Governments*, 4 décembre 2011, en ligne : Durban Adaptation Charter <[http://www.durbanadaptationcharter.org/Content/Docs/Durban\\_Adaptation\\_Charter\\_5\\_December\\_2011.pdf](http://www.durbanadaptationcharter.org/Content/Docs/Durban_Adaptation_Charter_5_December_2011.pdf)>.

<sup>999</sup> *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40.

<sup>1000</sup> *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, au para 39.

<sup>1001</sup> *Friends of the Oldman River Society c Canada (ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3, aux para 85 et 86 (« Je suis d'accord que la Loi constitutionnelle de 1867 n'a pas conféré le domaine de l'environnement comme tel aux provinces ou au Parlement. L'environnement, dans son sens générique, englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement [...] Il faut



En outre, la force obligatoire de la loi de l'autorité étatique centrale sur tout le territoire étatique est remise en question, car les villes sont de plus en plus des endroits où les flux transnationaux opèrent en dehors de la portée des institutions nationales. Davis et Libertun de Duren donnent cet avertissement :

Cities are more likely to become the locus of identity conflicts than to transcend such conflicts, calling into question the inherent cosmopolitanism of cities in today's world. In light of these changes, it seems inevitable that as multiple identities converge in cities and national institutions face limited capacities to control local populations, partisan violence would emerge<sup>1003</sup>.

La diversité ethnodémographique des grandes métropoles fait en sorte que ce sont des normes extra-étatiques qui ont occasionnellement plus d'influence sur les comportements humains<sup>1004</sup>. À l'occasion, c'est la culture de la loi de la rue qui exerce son emprise dans les quartiers appauvris. Les métropoles deviennent un espace géographique propice pour générer en parallèle des banlieues abandonnées par les autorités, qui sont pour ainsi dire hors-la-loi étatique du moins. Les groupes humains défavorisés, qui habitent ces lieux, se gouvernent avec leurs propres règles, dans le contexte du marché clandestin, où la loi de l'État n'existe plus<sup>1005</sup>. Jamouille trace le portrait de la situation comme suit : « Entre ces quartiers et l'État de droit, il y a un écart de logique où se développent, dans une relative

---

reconnaître que l'environnement n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la Loi constitutionnelle de 1867 et que c'est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude »).

<sup>1002</sup> Tribunal fédéral suisse, Lausanne, 14 janvier 2014, *Arrêt N° IC 638/2012*, au para 10.2 (« Les dispositions violées par la recourante n'outrepassent pas les compétences cantonales en matière de gestion des déchets; la recourante ne le prétend au demeurant pas. L'amende litigieuse sanctionnant leur violation ne sort ainsi pas du cadre des compétences d'exécution conférées aux cantons par la LPE et satisfait au principe de la légalité, qu'on lui attribue un but réparateur ou punitif »).

<sup>1003</sup> Davis et Duren, *supra* note 578 à la p 1.

<sup>1004</sup> Géraldine Diaferia, « La médiation au service de l'ordre et de la justice en Colombie, le cas des Maisons de Justice » dans Charlotte Hug et Aurore Vernay, dir, *Ordre et Désordre : Imbrication et complémentarité des notions d'ordre et de désordre*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p 144 [Hug et Vernay].

<sup>1005</sup> Jairo Vladimir Llano Franco, *Pluralismo jurídico y Estado: Transformaciones del Estado de derecho y el reconocimiento de la diversidad en Latinoamérica*, Saarbrücken (Allemagne), Editorial Académica Española, 2012, à la p 96 (« La influencia de los grupos milicianos en los barrios marginados traspasará las actividades políticas y de control para introducirse en diversas prácticas cotidianas tanto colectivas como individuales, es así como intervienen desde la organización de eventos deportivos, artísticos y fiestas tradicionales hasta la intromisión en disputas entre vecinos o las relaciones de pareja y familiares; estas prácticas regulativas de las milicias en sus zonas de influencia se deben considerar como prácticas jurídicas locales y no estatales que en algunas situaciones particulares serían opuestas a las propuestas regulativas que se llevan a cabo desde las instituciones gubernamentales, son varios los casos en que los funcionarios públicos no pueden resolver ciertas situaciones que les competen en estos barrios por la negación de los grupos milicianos a su actuación »).

impunité, la violence, ‘la débrouille’ et les activités illégales. Aux marges de l’ordre institué, ces quartiers produisent leurs propres lois »<sup>1006</sup>. En ce qui concerne la non-application de la loi étatique, les faits constatés sont presque les mêmes dans la plupart des banlieues désavantagées des grandes métropoles du monde, là où les habitants vivent généralement en dehors de la loi de l’État. Devant ces faits, nous constatons qu’il s’agit ici d’une sorte de pluralisme juridique maximaliste, qui est combattu, lorsque c’est possible, par les autorités étatiques.

Les grandes métropoles sont en concurrence les unes avec les autres. Dans le but d’attirer les grands investisseurs, les autorités étatiques (États et métropoles) donnent des privilèges fiscaux, financiers, et font d’autres exceptions légales au profit de sociétés transnationales. Cet ensemble de mesures juridiques exceptionnelles, mis en vigueur par les autorités étatiques, permet aux sociétés transnationales d’adopter leurs propres normes, lors de leurs opérations internes et transnationales. Benyekhlef affirme que « le préfixe ‘trans’ suppose une ‘transgression des frontières’ et, partant, l’idée que les sociétés commerciales transnationales ‘déjouent les réglementations nationales des pays’, où elles agissent »<sup>1007</sup>. Les quartiers industriels, financiers, technologiques, et d’autres deviennent en quelque sorte « hors-la-loi », vis-à-vis de la loi étatique, c’est-à-dire que les lois du libre marché mondial s’imposent au-delà de la loi de l’État.

En outre, les métropoles se voient généralement octroyer un statut particulier par leurs États respectifs<sup>1008</sup>. Encore plus surprenant est le modèle des villes privées. C’est le cas « de Hongkong, de Singapour et des zones économiques spéciales chinoises »<sup>1009</sup>. Les métropoles et les îles deviennent aussi des paradis fiscaux. Rivière décrit l’un des cas les plus récents :

---

<sup>1006</sup> Pascale Jamouille, *La débrouille des familles : Récits de vie traversée par les drogues et les conduites à risque*, Bruxelles, De Boeck, 2002, à la p 59.

<sup>1007</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 72.

<sup>1008</sup> *Régime spécial pour le District Capital de Bogotá*, Décret 1421 de 1993, Journal officiel No. 40.958, du 22 juillet 1993 ; *Loi de 2006 sur la Cité de Toronto*, L.O. 2006, c. 11, ann. A.

<sup>1009</sup> Michael Osborne, *Les zones économiques spéciales de la chine*, Paris, Études du Centre de développement de l’OCDE, 1986, à la p 113 (« Les autorités de Hong Kong assouplirent les réglementations fiscales sur les dépôts étrangers, permettant ainsi à Hong Kong de rivaliser avec Singapour comme centre financier, surtout pour le marché asiatique du dollar »).

La baguette magique des fées de l'île de Man se nomme désormais taxation zéro. Et ses bénéficiaires ne sont plus les paysans et les artisans, mais, depuis 2004, les nouveaux conquérants de l'espace [...] Du fait de l'absence de taxe sur l'assurance, par exemple, un opérateur économise 100 milliards de dollars sur le cycle de vie d'un satellite<sup>1010</sup>.

Les zones économiques spéciales sont des territoires qui deviennent des espaces géographiques affranchis de la loi générale d'un État. Il s'agit de territoires exemptés de charges sociales, de paradis fiscaux et de zones franches<sup>1011</sup>. Dans un même État, les métropoles se gouvernent généralement par des lois différentes de celles de la périphérie<sup>1012</sup>. Dans une même grande ville, à cause des différences socioéconomiques, il arrive que la métropole elle-même se gouverne par des « normes » différentes selon le quartier concerné. Ce pluralisme juridique urbain n'est pas nécessairement souhaitable, car il représente un manque de cohésion sociale et de solidarité, indispensables entre les habitants d'une communauté citadine<sup>1013</sup>.

Le débat sur la meilleure structure de gouvernance pour les métropoles débouche sur une incertitude persistante comme c'est le cas à Montréal, par exemple, où l'on doit choisir entre la fusion et la défusion<sup>1014</sup>. À Bogotá, le débat se fait autour de la concentration ou la décentralisation de la gestion de la ville. La créativité ne manque pas à l'occasion de ce débat. Le professeur Paul Romer propose, quant à lui, la création de la ville modèle de l'avenir. Il recommande l'établissement de nouvelles villes indépendantes. Pour ce faire, il présente un modèle idéal dans lequel trois conditions doivent être remplies avant même la fondation de la ville : avoir un territoire inoccupé suffisamment grand et

---

<sup>1010</sup> Philippe Rivière, « Fortunes spatiales : L'île de Man sur orbite », *Le monde diplomatique*, (août 2012), à la p 22, en ligne : <http://www.monde-diplomatique.fr/2012/08/RIVIERE/48043>.

<sup>1011</sup> *Loi N° 963 du 8 juillet 2005, pour laquelle s'établit un régime de stabilité juridique pour les investisseurs en Colombie ; Loi N° 1004 du 30 décembre 2005, pour laquelle se modifie le régime spécial pour stimuler les investissements, en ligne : <<http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639f0/ce06766ccb5a2103052570f400693d08?OpenDocument>> ; Loi N° 1111 du 27 décembre 2006, pour laquelle se modifie le statut fiscal des impôts administré par la DIAN en Colombie, en ligne : <<http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639f0/6be18f16c6a99b93052572530056818a?OpenDocument>>.*

<sup>1012</sup> Voir par exemple, *Code général des collectivités territoriales*, art L5219-1 et s (*Loi sur La métropole du Grand Paris*).

<sup>1013</sup> Duguit, *L'État*, supra note 28 à la p 24.

<sup>1014</sup> *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, LRQ 2000, c 56 (Projet de loi 170) ; *Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités*, LRQ 2003, c 14 (Projet de loi 9).

stratégiquement situé; avoir une charte de gouvernance indépendante du territoire de la future ville; et avoir un code de normes de conduite préétablies qui s'appliquent également à tous les habitants dont la liberté de circulation et d'établissement est garantie<sup>1015</sup>.

Le projet des villes privées n'est pas sans suite<sup>1016</sup>, car le 29 juillet 2011, le Congrès de la République du Honduras adopte le Décret Loi No 123-2011, afin de remplir la première condition du modèle proposé par le professeur Romer<sup>1017</sup>. Un groupe d'investisseurs signe une entente avec le gouvernement hondurien afin de travailler à la conception de nouvelles villes autonomes, dans trois régions situées sur le territoire de la République du Honduras<sup>1018</sup>. Bien que la République du Honduras soit plongée dans un débat sur la constitutionnalité du Décret Loi qui autorise la création des régions spéciales de développement autonome, cette première initiative de ville privée se concrétisera et ne sera vraisemblablement pas la dernière. L'aboutissement possible du modèle du professeur Romer constitue un autre défi pour la souveraineté de l'État et une entrée potentielle d'un acteur nouveau dans les relations internationales, celui des villes autonomes. Cependant, cela se déroulera en fonction des dispositions de la loi étatique qui crée ces villes autonomes. On pourrait prévoir par exemple une autonomie interne, sans pour autant lui accorder un statut international. Par ailleurs, le droit international public n'accorderait vraisemblablement aucun statut juridique à ces villes autonomes, exception faite du cas de l'« État de la Cité du Vatican », qui est un membre observateur

---

<sup>1015</sup> Paul Romer, « Charter Cities: Frequently Asked Questions », en ligne : <<http://www.chartercities.org/faq/11/faq>>.

<sup>1016</sup> Maurice Lemoine, « Villes privées dans la jungle », Le monde diplomatique (juin 2011), en ligne : Monde diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/2011/06/LEMOINE/20656>> ; voir aussi Blogs Big Browser, « Libéral - Trois villes privées vont bientôt sortir de terre au Honduras » (5 septembre 2012), en ligne : Monde diplomatique <<http://bigbrowser.blog.lemonde.fr/2012/09/05/liberal-trois-villes-privées-vont-bientôt-sortir-de-terre-au-honduras/>>.

<sup>1017</sup> *Decreto No 123-2011 – Estatuto constitucional de la regiones especiales de desarrollo (RED)*, 29 juillet 2011 (entrée en vigueur : 23 août 2011), en ligne : Consejo Hondureño de Empresa Privada <[http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS\\_CONSTITUCIONAL\\_REGIONES\\_ESPECIALES\\_DE\\_DES\\_ARROLLO.pdf](http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS_CONSTITUCIONAL_REGIONES_ESPECIALES_DE_DES_ARROLLO.pdf)>.

<sup>1018</sup> « Firman convenio para primera ciudad modelo », La Prensa de Honduras (4 septembre 2012), en ligne : La Prensa <<http://www.laprensa.hn/Secciones-Principales/Honduras/Tegucigalpa/Firman-convenio-para-primera-ciudad-modelo#.UM36RG8sB20>>.

des Nations unies<sup>1019</sup>, et de Singapour qui est devenu un État membre des Nations unies depuis 1965<sup>1020</sup>.

c. Les régions économiques transnationales : la désagrégation de la souveraineté étatique

L'État-nation voit son autosuffisance économique s'affaiblir graduellement, soit par l'effet des forces de la mondialisation du libre marché, soit par le besoin de l'intégration continentale (Union européenne, ALÉNA, etc.), ou par la conformation des régions économiques. Les régions transfrontalières deviennent des pôles importants de développement économique ainsi qu'un espace normatif distinctif, car « la perte de participation des États-nations au profit de nouveaux acteurs internationaux ouvre des possibilités aux régions, d'après une conceptualisation des territoires à travers diverses formes d'agglomération territoriale et régionale »<sup>1021</sup>. Scott décrit le processus du transfert de la souveraineté économique comme suit : « On pourrait ainsi aller jusqu'à dire que la question centrale de l'économie politique classique au sujet de la richesse des nations est en train de se transformer dans le monde contemporain en une autre question sur les sources et les dynamiques de la richesse des régions »<sup>1022</sup>. Cette nouvelle situation économique amène aussi à se poser la question relative aux sources du droit qui gouverne les activités humaines, dans les régions économiques dont Scott porte à l'attention.

Les régions économiques transfrontalières sont pourtant des entités déjà connues par le droit international. Ce modèle organisationnel existait avant même la mise sur pied des premières organisations internationales. C'est le cas notamment de la « Commission

---

<sup>1019</sup> Nations Unies, *États non membres auxquels a été adressée une invitation permanente à participer en qualité d'observateurs aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et ayant une mission permanente d'observateur au Siège de l'ONU*, en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/nonmembers.shtml>>.

<sup>1020</sup> Nations unies, « Les États membres au fil des sessions : Singapour », en ligne : ONU <<http://www.un.org/depts/dhl/dhlf/unms/singapore.shtml>>.

<sup>1021</sup> Vieira Posada, *supra* note 447 à la p 20.

<sup>1022</sup> Allen Scott, *Les régions et l'économie mondiale : la nouvelle géopolitique globale de la production et de la compétition économique*, traduit par Frédéric Leriche, Paris, L'Harmattan, 2001, aux pp 172-173 [Scott].

centrale pour la Navigation du Rhin » créée le 24 mars 1815 lors du Congrès de Vienne<sup>1023</sup>. Dans la même catégorie, on trouve la « Commission européenne du Danube », mise sur pied lors du Congrès de Paris le 30 mars 1856, et réorganisée en 1948<sup>1024</sup>. Ces deux anciennes commissions transfrontalières appartiennent à la catégorie des organisations intergouvernementales régionales, dont les États souverains sont les membres fondateurs. Mais le même modèle d'intégration économique transnationale se développe de nos jours sans la participation directe des États souverains. Les entités territoriales infra-étatiques agissent maintenant de leur propre initiative lorsqu'elles participent à la création de régions économiques transfrontalières de nouvelle génération.

L'ensemble des forces régionales qui désagrègent la souveraineté étatique se transforme en de nouveaux producteurs de normes transnationales, car les frontières des économies nationales deviennent poreuses, dans la mesure où les acteurs locaux et régionaux se soustraient au commandement de l'État central, afin de se relier directement aux regroupements régionaux ou mondiaux<sup>1025</sup>. Scott propose l'établissement de directoires régionaux comme modèles de l'unité administrative appropriée, afin de gérer correctement cette réalité géopolitique transfrontalière<sup>1026</sup>. Autrement dit, l'interdépendance économique des régions n'est plus liée à l'État central, selon le modèle de blocs économiques interétatiques de l'époque de la Guerre froide. Il s'agit dorénavant d'une interdépendance régionale qui ne correspond plus aux frontières étatiques du passé, parce que « les frontières traditionnelles sur lesquelles s'appuyait le pouvoir des États sont dépassées par la formation d'espaces économiques amplifiés avec des règles multilatérales »<sup>1027</sup>, transfrontalières et transnationales.

Les règles multilatérales, transfrontalières et transnationales, dont les acteurs économiques placés dans les régions économiques profitent, sont le résultat d'une variété d'arrangements normatifs qui dépassent le droit d'origine étatique et interétatique. Ilgen justifie l'autonomie normative des régions économiques comme suit :

---

<sup>1023</sup> Commission Centrale pour la Navigation du Rhin, *Documents et articles sur l'histoire de la CCNR*, en ligne : CCR <<http://www.ccr-zkr.org/>>.

<sup>1024</sup> *Convention relative au régime de la navigation sur le Danube*, 18 août 1948, (adopté à Belgrade), en ligne : Danube commission <[http://www.danubecommission.org/index.php/fr\\_FR/convention](http://www.danubecommission.org/index.php/fr_FR/convention)>.

<sup>1025</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 23.

<sup>1026</sup> Scott, *supra* note 1022 aux pp 153 et ss.

<sup>1027</sup> Vieira Posada, *supra* note 447 à la p 197.

While globalization may enhance locational substitutability, thereby making a particular location or territory less important, it may also create situations where special local conditions and resources combined with access to global markets can privilege certain sites and create the basis for a new comparative advantage<sup>1028</sup>.

L'argument de l'avantage comparatif d'un territoire transfrontalier justifie la mise sur pied d'un modèle administratif de type autonomiste, différencié par rapport aux autres entités territoriales administratives. Ilgen suggère que les « regions may be circumscribed within the territorial boundaries of extant nation-states or they may be inclusive of territory from neighbouring states »<sup>1029</sup>. Nous avons déjà décrit le modèle autonomiste à l'intérieur d'un État souverain dans les sections antérieures de cette thèse (les États fédérés et les métropoles)<sup>1030</sup>. Il convient à présent de préciser les caractéristiques du modèle de région transfrontalière en vigueur.

D'abord, la coopération transfrontalière entre entités territoriales qui appartiennent à différents États existe depuis longtemps. La coopération traditionnelle dont on parle concerne notamment la protection d'espaces d'intérêt commun et le développement de services publics, d'infrastructures, de voirie ou de transports collectifs<sup>1031</sup>. Colavitti affirme que cette coopération est chaotique à l'origine, puisque « d'un point de vue juridique, 'de façon souvent sporadique et embryonnaire, agissant parfois en marge des textes qui organisent leur tutelle', les collectivités tentaient 'd'échapper aux contraintes venues d'en haut en recourant à des procédures diversifiées' »<sup>1032</sup>. Les eurodistricts et les associations de coopération transfrontalière constituent des modèles d'agglomération transfrontalière qui restent pendant quelque temps en dehors des lois étatiques et des traités interétatiques. Afin d'encadrer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne adoptent, le 5 juillet 2006, le règlement relatif à un groupement européen de coopération territoriale

---

<sup>1028</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 25.

<sup>1029</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 23.

<sup>1030</sup> Voir le chapitre II, à la section A.2., sous-sections a et b, ci-dessus, pour l'analyse en détail.

<sup>1031</sup> Fabienne Corvers et al « Les Eurorégions : un tremplin pour le développement économique régional ? » dans Christophe Demazière, dir, *Du local au global : Initiatives locales pour le développement économique en Europe et en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux pp 239 et ss.

<sup>1032</sup> Romélien Colavitti, « Les organisations de coopération transfrontalière : Vers un droit transnational dépassant le dialectique interne/international ? », 4<sup>e</sup> Conférence biennale de la SEDI-ESIL, présentée à Lauterpach Centre for International Law, 4 septembre 2010, à la p 1, en ligne : <[http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft\\_Papers/Agora/Colavitti.pdf](http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Colavitti.pdf)> [Colavitti].

(GECT)<sup>1033</sup>. Ce règlement reconnaît la personnalité juridique du GECT. L'alinéa 4 de l'article premier du règlement décrit spécifiquement la nature juridique du GECT : « Le GECT possède dans chacun des États membres la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par la législation nationale de l'État membre. Il peut notamment acquérir ou aliéner des biens mobiliers et immobiliers, employer du personnel et ester en justice »<sup>1034</sup>.

C'est ainsi que plusieurs anciennes agglomérations transfrontalières européennes adhèrent progressivement au cadre normatif de l'Union européenne. Cependant, puisque cette adhésion ne saurait être entière, Colavitti anticipe que :

l'unification décrétée du droit applicable aux [GECT] pourrait bien se doubler d'une unification spontanée, dans la mesure où ce type d'activité semble constituer un terrain fertile au développement d'une forme nouvelle de droit transnational, en tant qu'ordre juridique constitué des normes matérielles secrétées par les acteurs eux-mêmes, constatées et enrichies par la pratique arbitrale<sup>1035</sup>.

Comme l'indique Colavitti, les entités territoriales qui participent d'une agglomération transfrontalière, préfèrent par convenance inclure la clause de recours à l'arbitrage dans leurs accords de coopération transfrontaliers. Ces entités font fréquemment appel aux arbitres afin de résoudre les controverses transfrontalières. Par conséquent, nous pensons que les tribunaux étatiques et supra-étatiques pourront éventuellement être exclus lors de la résolution de controverses entre les entités qui font partie d'une agglomération transfrontalière. C'est le cas du décret créant l'établissement d'aménagement d'Alzette-Belval, une entité qui favorise le développement de l'agglomération transfrontalière franco-luxembourgeoise<sup>1036</sup>.

La constitution de régions ou agglomérations transfrontalières n'est pas une pratique exclusive à l'Europe. Cependant, c'est en Europe où il y a davantage de normes étatiques,

---

<sup>1033</sup> CE, *Règlement (CE) N° 1082/2006 du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT)*, [2006] JO, L 210/19, en ligne : EUR-Lex <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:0019:0024:FR:PDF>> [*Règlement 1082*].

<sup>1034</sup> *Règlement 1082*, *supra* note 1033 art 1.

<sup>1035</sup> Colavitti, *supra* note 1032 aux pp 3-4.

<sup>1036</sup> *Décret n° 2012-327 du 6 mars 2012 portant création de l'Établissement public d'aménagement d'Alzette-Belval*, (voir notamment l'alinéa 9°, art 9 en ce qui concerne les compétences du conseil d'administration de l'agglomération transfrontalière : « Il approuve le recours à l'arbitrage »).



interétatiques et supra-étatiques en cette matière. Ailleurs dans le monde, le droit interne et international ignore régulièrement le sujet. Cependant, on peut facilement repérer des régions et agglomérations transfrontalières dans tous les continents. En Europe on trouve notamment l'Eurodistrict Trinational de Bâle<sup>1037</sup> ou encore le Grand Genève (agglomération Franco-Valdo-Genevoise)<sup>1038</sup> pour ne citer que quelques cas remarquables. En Amérique du Nord, nous trouvons deux exemples frappants en ce qui concerne la coopération transfrontalière. Le premier cas est celui de l'« *Otay Mesa- Mesa de Otay Binational Corridor Strategic Plan* ». Il s'agit d'un programme de coordination de politiques publiques transfrontalières entre les entités territoriales de San Diego et Chula Vista aux États-Unis, ainsi que Tijuana au Mexique<sup>1039</sup>. Le deuxième cas est celui de la *Cascadia Region*. Il s'agit d'un programme de coopération transfrontalière entre plusieurs entités infra-étatiques et non étatiques; c'est notamment le cas de certaines municipalités et de plusieurs acteurs privés de l'Oregon et de Washington aux États-Unis, ainsi que de la Colombie-Britannique au Canada. Il est étrange qu'au-delà de la coopération transfrontalière, certains activistes de la *Cascadia Region* participent aussi à un mouvement indépendantiste, dans la mesure où ils cherchent la création d'une région autonome<sup>1040</sup>.

Les regroupements et réseaux des entités administratives ou territoriales infranationales, issus de différents États, présentent quelques caractéristiques d'une organisation internationale, mais ils ne le sont pas véritablement, car ces réseaux se classent dans une catégorie que l'on pourrait nommer quasi-organisations internationales. Les réseaux investis des pouvoirs gouvernementaux nationaux exercent une compétence souveraine internationale (souveraineté externe fragmentée) en représentation des institutions infra-étatiques, au-delà des canaux diplomatiques reconnus par le droit international classique.

---

<sup>1037</sup> Euro district de Bâle, *Le 'parlement' trinational de l'Eurodistrict de Bâle*, en ligne : <<http://www.eurodistrictbasel.eu/index.php?id=104&L=0>>.

<sup>1038</sup> Grand Genève, *Charte 2012 du projet d'agglomération Franco-Valdo-Genevois*, juin 2012, en ligne : Grand Genève <[http://www.grand-geneve.org/upload/wysiwyg/File/site\\_internet/Participation/Signature28juin12/CHARTRE\\_2012\\_GrandGenève.pdf](http://www.grand-geneve.org/upload/wysiwyg/File/site_internet/Participation/Signature28juin12/CHARTRE_2012_GrandGenève.pdf)>.

<sup>1039</sup> Hector Vanegas, « *Comprehensive Borders Projects: Otay Mesa- Mesa de Otay Binational Corridor Strategic Plan* », en ligne : SANDAG <[http://www.sandag.org/index.asp?classid=19&projectid=480&fuseaction=projects\\_detail](http://www.sandag.org/index.asp?classid=19&projectid=480&fuseaction=projects_detail)>.

<sup>1040</sup> Cascadia, « An Independence Movement », en ligne : Cascadia <<http://cascadianow.org/cascadian-independence/>>.

En outre, les organisations internationales, qui sont reconnues par le droit international classique comme ayant une personnalité juridique propre, peuvent aussi se regrouper en réseaux afin d'exercer une compétence souveraine supra-étatique<sup>1041</sup>.

## **B. La compétence des réseaux d'organismes internationaux : la reconnaissance de la compétence internationale des organismes supra-étatiques**

Depuis Westphalie et jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, le droit international n'a que très peu évolué. Ainsi, il « ne s'est préoccupé que de régir les rapports entre les États, sans s'occuper de ce qui pouvait se passer à l'intérieur de ceux-ci »<sup>1042</sup>. Comme l'affirme Diez de Velasco Vallejo, « le droit international a été l'ordre juridique d'une société composée d'un nombre relativement petit d'États souverains et juridiquement égaux d'Europe occidentale »<sup>1043</sup>. Pendant cette période, les États exerçaient le monopole des règles régissant la société interétatique. Le corollaire de cette situation juridique est qu'il n'y avait pas de possibilité de partage de compétences et de risques planétaires. Par exemple, à l'époque de la colonisation des Amériques qui survint durant la période que certains historiens appellent la modernité, il revenait à chaque État d'assumer ses propres risques internes, sans que les autres États soient automatiquement concernés. Ainsi, au commencement de la modernité, la gestion des risques sécuritaires relevait du domaine réservé de l'État et de sa juridiction<sup>1044</sup>. C'est encore avec cette logique égoïste que les États ont commencé à développer la bombe atomique, par exemple<sup>1045</sup>.

---

<sup>1041</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 22 (« Many international organizations are primarily convening structures for horizontal networks of national officials. Others are genuinely 'supranational,' in the sense that they constitute an entity distinct from national governments that has a separate identity and loyalty and which exercises some measure of genuine autonomous power »).

<sup>1042</sup> Yves Sandoz, dir, *Quel droit international pour le 21<sup>e</sup> siècle ? : Rapport introductif et Actes du Colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères*, Bruxelles, Bruylant, 2007, à la p 15 [Sandoz].

<sup>1043</sup> Diez de Velasco Vallejo, *supra* note 529 à la p 3.

<sup>1044</sup> Bernard Hours, « La production de l'utopie sécuritaire globale : de l'interdépendance à l'insécurité » dans Niagalé Bagayoko-Penone, dir, *États, ONG et production des normes sécuritaires dans les pays du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2005, à la p 46 (« L'État souverain représente la figure historique de la sécurité. La production de la sécurité publique constitue sa première source de légitimité. Dictatures militaires ou

Par contre, à l'heure de la postmodernité, la plupart des risques, environnementaux, climatiques, sécuritaires, sanitaires, et alimentaires deviennent un phénomène mondial<sup>1046</sup>. La période de la postmodernité oblige le droit international à s'adapter aux besoins changeants de la société internationale contemporaine<sup>1047</sup>. C'est une des raisons pour lesquelles le droit international doit faire un virage, partant du concept de la souveraineté nationale absolue vers une notion de souveraineté relative, puisque de nos jours, une énorme quantité de risques deviennent désormais partageables. Il faut aussi dire que le nouveau paradigme du droit international se légitime par cette faculté qu'il a d'endiguer les grands dangers qui menacent toutes les sociétés humaines de plus en plus interdépendantes<sup>1048</sup>. Les compétences souveraines doivent aussi devenir partageables, car l'exercice effectif de la souveraineté devient concurrent et décentralisé. C'est ainsi que Habermas indique que « si la planétarisation divise le monde, elle l'oblige en même temps à coopérer en tant que communauté qui partage ses risques »<sup>1049</sup>. Dans cette même perspective, Peters indique : « policy issues that have formerly been treated at the level of nation states, for instance environmental pollution, migration, or organised crime, are increasingly understood as phenomena with global scope and global roots which cannot be tackled in a satisfactory manner through national standard setting »<sup>1050</sup>.

Les enjeux planétaires semblent transformer le paysage de l'exercice exclusif de la souveraineté étatique sur la vie internationale. Également, l'émergence progressive des entités ou sujets dérivés du droit international, comme les organisations internationales semblent changer la nomenclature traditionnelle de cette discipline. La mondialisation des risques dépasse les capacités étatiques. C'est ainsi que cette réalité légitime le droit

---

démocraties, la sécurité publique est le premier devoir de l'État, comme antérieurement du souverain, du prince, du chef détenteur de l'autorité »).

<sup>1045</sup> Stanley Hoffmann, « Commentaire : Mondes idéaux » dans Rawls, *Le droit des gens*, *supra* note 308 à la p 97 (« 'l'état de nature', qui caractérise la compétition que se livrent les États pour l'obtention du pouvoir, excluait toute attitude morale de leur part sans laisser espérer l'émergence d'une configuration meilleure que celle qu'autoriserait l'équilibre du pouvoir »).

<sup>1046</sup> Habermas, *Après l'État-nation*, *supra* note 75 à la p 38 ; voir aussi Sandoz, *supra* note 1042 aux pp 7-9 et 21.

<sup>1047</sup> Sandoz, *supra* note 1042 à la p 15 (« Le droit international étant le support du système international, il devrait logiquement évoluer avec celui-ci »).

<sup>1048</sup> Allott, *Eunomia*, *supra* note 24 à la p xxiii (« There is no one who is now unaware of the overwhelming interdependence of human societies »).

<sup>1049</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 66.

<sup>1050</sup> Peters et al, *supra* note 817 à la p 2.

des organisations internationales d'intervenir dans les attributions régaliennes des sujets primaires du droit international. Les organisations internationales exercent de nos jours une compétence souveraine supra-étatique. Comme le dénote Vieira Posada :

La mondialisation provoque le développement d'une institutionnalisation supranationale au détriment de l'État westphalien ainsi que l'apparition de nouveaux acteurs, non seulement au niveau international, mais aussi au niveau régional. Au plan politique, l'État-nation fort et autosuffisant, qui fixe et contrôle toutes les politiques, est ébranlé. Il perd en pouvoir et en fonctions. Le monde se réorganise en configurant des espaces élargis qui disposent de leurs propres règles et d'institutions supranationales<sup>1051</sup>.

L'institutionnalisation supranationale ne conduit pas nécessairement à la conformation d'un État mondial<sup>1052</sup>, ou continental, parce que, selon le principe de subsidiarité<sup>1053</sup>, les citoyens ne voudraient pas d'une autorité lointaine. Ils lui préféreraient plutôt une autorité de proximité. Les institutions internationales et continentales sont régies par des mandats précis et par des compétences souveraines qui suivent les critères de spécialité. Les organisations intergouvernementales possèdent dans leurs domaines d'expertise la compétence pour adopter des décisions de portée générale s'adressant aux autres acteurs internationaux. Les actes unilatéraux des organisations internationales prennent généralement la forme de résolutions ou de recommandations. Certaines résolutions portent un mandat obligatoire pour tous les sujets de droit international concernés par la question, y compris les États. Nguyen définit la décision d'une organisation comme « un acte unilatéral 'autoritaire', c'est-à-dire un acte émanant d'une manifestation de volonté de l'organisation, imputable donc à celle-ci, et qui crée des obligations à la charge de son ou de ses destinataires. C'est bien un acte juridique international »<sup>1054</sup>. Les organisations internationales et continentales possèdent une compétence normative et judiciaire internationale dans leur domaine spécifique de compétence souveraine.

---

<sup>1051</sup> Vieira Posada, *supra* note 447 à la p 17.

<sup>1052</sup> Arnaud, *Critique*, *supra* note 620 à la p 181 (« Mais l'adoption de ce point de vue remet en question la conception même de la globalisation. Il ne s'agit plus d'un 'global village', mais, selon les propres mots de Teubner, d'une multiplicité de villages globaux indépendants »).

<sup>1053</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 73.

<sup>1054</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 405.

Bien que les organisations internationales existent depuis le 19<sup>e</sup> siècle<sup>1055</sup>, leur montée en puissance remonte à la création du système des Nations Unies en 1945<sup>1056</sup>. La Deuxième Guerre mondiale marque la fin du monopole des États souverains et le commencement d'un ordre juridique d'une société internationale contemporaine composée d'un nombre croissant d'États, ainsi que d'une myriade d'entités non étatiques, dont, les organisations internationales. Ces dernières jouent en effet un rôle prépondérant dans l'exercice des compétences internationales, et de cette manière éclipsent les fonctions traditionnelles occupées par les États souverains. Comme l'indique Green Cowles : « Today, IGOs serve as primary, if not the primary, entities responsible for addressing the economic, political, and cultural fallout of failed states. They are the guardians of the refugees, the lenders of last resort, and, in some cases, the bulwarks against the excesses of globalization »<sup>1057</sup>.

Afin de remplir leur rôle, les organisations internationales exercent une compétence normative et judiciaire internationale. C'est ainsi qu'au-delà du droit interétatique accordé par les États eux-mêmes, il existe aussi un droit supra-étatique. Toujours est-il que c'est le consentement des États qui donne vie à ce système supra-étatique. Les États peuvent bien refuser d'adhérer ou même de ne pas reconnaître une organisation internationale, comme c'est le cas des États-Unis en ce qui a trait à la Cour pénale internationale, par exemple. Cependant, seule une grande puissance peut se permettre de s'écarter de la majorité, car pour la plupart des États le prix à payer c'est l'isolement international ou régional. C'est le cas du Cuba qui est hors du système interaméricain depuis le 31 janvier 1962, parce que cet État n'adhère pas encore aux principes interaméricains<sup>1058</sup>.

L'ordre juridique supra-étatique est le fruit de l'exercice et du partage des compétences entre les États et les organisations internationales. Bergel reconnaît l'existence de ce niveau normatif de dédoublement de compétences, en affirmant que « dans le monde entier, des organisations internationales ont instauré un ordre juridique international ou de

---

<sup>1055</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 638.

<sup>1056</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 639.

<sup>1057</sup> Maria Green Cowles, « Intergovernmental Organisations: Global Governance and Transsovereign Problems » dans Cusimano, *supra* note 172 à la p 64.

<sup>1058</sup> OÉA, Assemblée générale, 39<sup>e</sup> sess, *Résolution relative à Cuba*, Doc off OÉA AG/RES 2438 (4 juin 2009).

systèmes juridiques supranationaux dotés d'une véritable autonomie et d'un pouvoir normatif propre »<sup>1059</sup>.

La base du pouvoir des organisations internationales en concurrence avec celui des États s'explique par la personnalité juridique internationale que le droit international leur octroie, et qui leur permet d'être détentrices de droits et d'obligations<sup>1060</sup>. Les organisations internationales « ont la capacité d'exprimer une volonté autonome dans les domaines dans lesquels elles disposent de compétences, de sorte que, quel que soit l'organe qui l'adopte, la décision est imputable à l'organisation et non à ses États membres pris individuellement ou collectivement »<sup>1061</sup>. En outre, nous trouvons aussi que les organisations internationales exercent des compétences normatives dans leur domaine d'expertise respective. La compétence normative régit l'organisation internationale elle-même au moyen d'une compétence normative interne<sup>1062</sup>.

Dans les pages suivantes, nous voulons, dans un premier temps, signaler que les États reconnaissent implicitement et respectent les décisions émises par les organisations internationales, dans la mesure où les normes adoptées par ces dernières peuvent lier les États membres (1). Par la suite, nous voulons souligner que les normes issues des organisations internationales peuvent déterminer les droits, les privilèges et les obligations d'autres acteurs non étatiques (2).

---

<sup>1059</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 13.

<sup>1060</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ Recueil 174, à la p 178.

<sup>1061</sup> Diez de Velasco Vallejo, *supra* note 529 à la p 14.

<sup>1062</sup> Diez de Velasco Vallejo, *supra* note 529 à la p 113 (« Par ces règles de nature constitutionnelle, administrative, ou financière, l'OI détermine notamment la compétence, la composition et les fonctions de ses organes, les procédures à suivre dans ses relations réciproques et indique les organes compétentes pour la représenter au niveau international. L'organisation fixe aussi dans ces règles les droits, les obligations de ses fonctionnaires et agents, c'est-à-dire le régime juridique de la fonction publique internationale »).

## **1. Les relations entre les organisations internationales et les États : la reconnaissance implicite d'une compétence dérivée**

Les organisations internationales et leurs organes spécialisés adoptent les actes unilatéraux pour lesquels ils ont une compétence normative ou judiciaire. La doctrine traditionnelle fait une distinction entre « les actes des organes non juridictionnels de ceux des organes juridictionnels »<sup>1063</sup>. Les actes juridictionnels les plus connus sont les avis et les jugements; les premiers constituent des recommandations tandis que les seconds créent vraiment des décisions obligatoires.

Quelques actes unilatéraux adoptés par les organisations internationales non juridictionnelles sont aussi obligatoires pour les États concernés. À l'occasion, ces actes sont aussi obligatoires pour l'ensemble des États membres de l'organisation. Certains actes unilatéraux s'imposent aux États tiers, aux autres organisations intergouvernementales et aux personnes privées<sup>1064</sup>.

Les décisions unilatérales émises par les organisations internationales, continentales ou régionales deviennent du droit international d'origine supra-étatique. Les entités supra-étatiques interviennent également dans certaines controverses où les États font partie. Jusqu'ici, on pourrait signaler que les États reconnaissent la compétence normative, judiciaire spécifique ainsi que les attributions respectives des organisations internationales et leurs organes spécialisés<sup>1065</sup>.

On ne remet pas en question le fait que les organisations internationales soient des sujets du droit international. Cela est un droit déjà acquis<sup>1066</sup>. Le problème juridique qui se pose est de savoir si le droit international d'origine supra-étatique peut se servir de ce fait accompli en droit international, en vue de mettre en place un mécanisme efficace de mise en œuvre et d'application en droit interne. Sur cette interrogation, nous arrivons au même

---

<sup>1063</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 404.

<sup>1064</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 408 (« Les organisations de la 'famille des Nations Unies' peuvent aussi créer directement des obligations à la charge des États membres, plus exceptionnellement à la charge d'autres organisations ou des individus »).

<sup>1065</sup> Diez de Velasco Vallejo, *supra* note 529 à la p 116.

<sup>1066</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 658 (« Toute organisation internationale est dotée, dès sa naissance, de la personnalité juridique internationale »).

point de départ que pour le droit international en général. En effet, dans le modèle du positivisme juridique de type volontariste, la mise en œuvre du droit international est nécessaire et dépend d'une structure décentralisée où chaque État participe au renforcement du système juridique international, au prorata du rapport du coût-bénéfice de l'enjeu en question. Cependant, à l'époque de la société internationale contemporaine composée de multiples acteurs, le caractère contraignant du droit n'est pas nécessairement garant de son efficacité. L'efficacité du droit est davantage liée à la pertinence de la norme dans un champ de compétence spécifique, pertinence qui s'apprécie en fonction de ce dont les règles ou les décisions soient comprises comme étant justes, équitables et appropriées. Le droit devient respecté parce qu'il est un droit vivant dans la société<sup>1067</sup>. Les acteurs, auxquels les normes juridiques s'adressent, respectent les règles parce qu'ils y trouvent leur compte.

Il convient aussi de rappeler le fait que les normes adoptées par les organisations internationales et leurs organes spécialisés se composent de recommandations et de décisions. Les recommandations constituent du droit mou. Ce dernier ne cherche pas à s'imposer par la contrainte, mais plutôt par la force de l'argument qui soutient la recommandation. Autrement dit, le droit mou tient son autorité du caractère raisonnable et équitable de la règle émise, et jamais du degré de force contraignante mise à sa disposition pour le renforcer. Les organisations internationales adoptent des normes à titre de législateurs mondiaux (a), de législateurs continentaux (b) ou de législateurs spécialisés (c).

#### a. Le Conseil de sécurité et son rôle de législateur et de policier mondial

Bien qu'il n'existe pas de gouvernement ni de législateur mondial, dans des cas spécifiques, les Nations Unies et plus particulièrement le Conseil de sécurité exercent

---

<sup>1067</sup> Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 : 1 Sociologie et sociétés 11 à la p 13 (« La théorie sociologique du droit oppose l'efficacité sociale du 'droit vivant' à l'artificialité de la loi étatique »).



quelques compétences précises à ce titre<sup>1068</sup>. L'article 25 de la *Charte des Nations Unies* stipule : « Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte »<sup>1069</sup>. La CIJ a confirmé la légalité internationale et la portée obligatoire de telles décisions venant du Conseil de sécurité. Dans l'affaire *Jahahiriya Arabe Libyenne c Royaume-Uni* (Ordonnance du 14 avril 1992), la CIJ déclare que les « Membres de l'Organisation des Nations Unies sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte »<sup>1070</sup>. La nature de la dispute porte sur l'interprétation de la *Convention de Montréal de 1971* relative à la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, qui prévoit le principe « *aut dedere aut judicare* » invoqué par la Lybie, alors que les États-Unis et le Royaume-Uni ont invoqué les résolutions du Conseil de sécurité. C'est la première fois que les résolutions du Conseil de sécurité ont préséance sur une convention internationale liant les États. L'interprétation globale de cette ordonnance de la CIJ nous amène à penser que les pouvoirs du Conseil de Sécurité sont en définitive très larges, parce qu'il est possible qu'en appliquant l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*<sup>1071</sup>, le Conseil de sécurité puisse ordonner aux États membres de désobéir à d'autres normes de droit international. Néanmoins, le Conseil de sécurité ne pourrait jamais déroger aux normes impératives du droit international. Nguyen affirme : « le Conseil de sécurité n'est pas 'au-dessus du droit' et ses résolutions doivent respecter tant la Charte des Nations Unies, qui fonde sa compétence, que les normes de *jus cogens*, qui s'imposent à tous »<sup>1072</sup>.

Les compétences de législateur mondial du Conseil de sécurité lui donnent ce pouvoir d'ordonner certaines dépenses budgétaires, qui seront obligatoirement payées par l'ensemble des États membres, notamment les dépenses relatives aux actions posées en

---

<sup>1068</sup> Sandoz, *supra* note 1042 à la p 25.

<sup>1069</sup> *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 art 25.

<sup>1070</sup> *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jahahiriya Arabe Libyenne c Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 14 avril 1992, [1992] CIJ rec 3 à la p 15.

<sup>1071</sup> *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 art 103 (« En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront »).

<sup>1072</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 409.

cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression. La CIJ confirme cette interprétation dans un avis consultatif rendu en 1962 :

Les articles du chapitre VII parlent de 'situations' aussi bien que de différends et il doit rentrer dans la compétence du Conseil de Sécurité de prendre en main une situation, même s'il ne recourt pas à une action coercitive contre un État. Les frais des mesures que le Conseil de Sécurité est autorisé à prendre constituent des 'dépenses de l'Organisation au sens du paragraphe 2 de l'article 17'<sup>1073</sup>.

Dans son rôle de gardien de la paix mondiale, le Conseil de sécurité n'a pas seulement le pouvoir de donner des ordres contraignants, il peut aussi faire certaines dépenses et remettre la facture aux membres des Nations.

Le rôle de renforcement de décisions judiciaires internationales, assigné au Conseil de sécurité, est relativement inconnu à cause de son inapplication jusqu'à présent. Il est même ignoré dans la doctrine. Slaughter affirme : « Absent a world government, it is impossible to grant supranational officials genuine coercive power: judges on supranational tribunals cannot call in the global equivalent of federal marshals if their judgments are not obeyed; global regulators cannot impose fines and enforce them through global courts »<sup>1074</sup>. En effet, il n'existe pas de gouvernement mondial. Cependant, les décisions judiciaires émises par une autorité supra-étatique sont normalement obligatoires pour les parties concernées. Il revient aux États intéressés de trouver eux-mêmes les moyens et les mécanismes nécessaires pour exécuter les jugements de la justice internationale. Les organisations supra-étatiques ne peuvent pas être efficaces dans l'accomplissement de leurs fonctions, car elles ne possèdent pas un pouvoir autonome de mise en œuvre de leurs décisions. Autrement dit, le travail réalisé par les organes judiciaires internationaux serait efficace à condition que ceux-ci obtiennent la coopération des institutions gouvernementales nationales de chaque État. Cette coopération devient indispensable dans la mesure où les organes judiciaires internationaux ne comptent ni sur un gouvernement mondial ni sur aucun pouvoir de mise en œuvre normatif ou judiciaire reconnu autre que celui des États eux-mêmes. L'article 94, alinéa 1 de la *Charte des Nations Unies*, compte d'abord sur la volonté des

---

<sup>1073</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, [1962] CIJ rec 151 à la p 167.

<sup>1074</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 20.

États de se conformer aux décisions de la justice internationale dans tout différend judiciaire dont ils sont parties. Le rôle de mise en œuvre d'un jugement de la justice internationale revient au Conseil de sécurité. L'article 94, alinéa 2 de la *Charte des Nations Unies*, établit que : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt »<sup>1075</sup>. Heureusement, le Conseil de sécurité n'a jamais utilisé de telles compétences, car « tous les jugements au fond de la CIJ ont été respectés par les États »<sup>1076</sup>. Au cas où les États n'exécuteraient pas les sentences de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, le Conseil de sécurité pourrait utiliser les compétences combinées prévues dans la *Charte des Nations Unies* afin de mettre en œuvre les décisions de la justice internationale. La CIJ reconnaît que les compétences du Conseil de sécurité ne se limitent pas au maintien de la paix.

L'article 25 ne se limite pas aux décisions concernant des mesures coercitives, mais s'applique aux 'décisions du Conseil de sécurité' adoptées conformément à la Charte. En outre cet article est placé non pas au chapitre VII, mais immédiatement après l'article 24, dans la partie de la Charte qui traite des fonctions et pouvoirs du Conseil de sécurité. Si l'article 25 ne visait que les décisions du Conseil de sécurité relatives à des mesures coercitives prises en vertu des articles 41 et 42 de la Charte, autrement dit si seules ces décisions avaient un effet obligatoire, l'article 25 serait superflu, car cet effet résulte des articles 48 et 49 de la Charte<sup>1077</sup>.

En effet, le Conseil de sécurité adopte des décisions obligatoires, autres que celles destinées au maintien de la paix. C'est le cas des mesures que le Conseil de sécurité peut adopter afin de mettre en œuvre un jugement international. Il n'existe pas de précédent, en matière de mise en œuvre par le Conseil, en faveur de l'exécution d'un jugement judiciaire international. L'exécution d'un jugement judiciaire par le Conseil de sécurité demeure théorique, parce qu'il se peut que le Conseil n'arrive pas à s'entendre sur de telles mesures.

---

<sup>1075</sup> *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 art 94 alinéa 2.

<sup>1076</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1006.

<sup>1077</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] CIJ rec 16 à la p 53.

b. Les organisations continentales et leur rôle de législateurs régionaux : les acteurs complémentaires là où les États cèdent partiellement leur souveraineté

La théorie traditionnelle du droit enseigne que les pouvoirs régaliens sont une prérogative essentielle de l'État<sup>1078</sup>, parce que « posée comme attribut de l'État, la souveraineté se traduit par le privilège d'exclusivité qu'il est censé détenir sur la production de la norme juridique »<sup>1079</sup>. Cependant de nos jours, d'autres entités détiennent parallèlement des compétences souveraines. C'est le cas des organisations continentales. Chaltiel précise l'émergence des acteurs régionaux dans l'espace européen comme suit :

Les prérogatives de souveraineté existent et s'exercent traditionnellement dans un État. Elles sont déléguées par le peuple aux organes prévus par la Constitution pour exercer ces prérogatives. Or ces prérogatives témoignent d'une dimension concrète de la souveraineté. Il s'agit du droit de légiférer, de juger, ou encore de passer des traités. Ce contenu a été très tôt mis en évidence. Ces 'marques de souveraineté' sont en effet décrites par Jean Bodin dès 1576. Celui-ci y ajoutait notamment le droit de battre monnaie. Or ce dernier droit, comme d'une certaine manière les précédents, est aujourd'hui exercé par la Communauté ou l'Union européenne<sup>1080</sup>.

Les marques concrètes de la souveraineté apparaissent dans l'exercice des pouvoirs régaliens. Bodin donne des exemples évidents constitutifs de compétences souveraines d'un État. Pourtant, plusieurs de ces compétences régaliennes sont exercées dans le cas présent par une entité supra-étatique. C'est en effet l'Union européenne qui exerce le commandement sur tout le continent afin de résoudre la crise économique qui dure depuis 2008, parce que la monnaie unique de la zone euro conduit les États membres de l'Union à céder leur souveraineté monétaire à l'entité supra-étatique qu'est l'Union européenne. Même si les États membres gardent la souveraineté fiscale, à cause de la crise financière, ils sont pour ainsi dire forcés de céder cette compétence souveraine, et de se soumettre aux normes imposées par l'Union européenne<sup>1081</sup>. Les exemples de la Grèce, de l'Espagne, Chypre et d'autres États membres en difficulté, qui doivent accepter les pactes budgétaires imposés par leurs confrères de l'Europe, sont illustratifs de la dominance *de*

---

<sup>1078</sup> Boutet, *supra* note 854 à la p 90.

<sup>1079</sup> Jacques Chevallier, « Souveraineté et droit » Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 203.

<sup>1080</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 aux pp 192-193.

<sup>1081</sup> Voir généralement, Pascal Kauffmann, *L'union monétaire européenne*, Pessac (France), Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

*facto* d'un pouvoir supra-étatique<sup>1082</sup>. L'Union européenne elle-même partage des compétences souveraines entre ses différents organes et ses institutions spécialisées. Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* établit que :

La Banque centrale européenne a la personnalité juridique. Elle est la seule habilitée à autoriser l'émission de l'euro. Elle est indépendante dans l'exercice de ses pouvoirs et dans la gestion de ses finances. Les institutions, organes et organismes de l'Union ainsi que les gouvernements des États membres respectent cette indépendance<sup>1083</sup>.

La Banque centrale européenne exerce à elle seule la souveraineté monétaire de toute la zone euro, celle-ci s'acquitte indépendamment de ses compétences. Voilà, selon nous, une autre manifestation de la souveraineté partagée entre les États membres et l'Union européenne. Cependant, ce fait réel n'est pas formellement reconnu, il s'agit d'une reconnaissance implicite. Selon Chaltiel :

Le traité instituant la Communauté européenne, comme le traité instituant l'Union européenne, ne mentionnent pas le terme de souveraineté. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne le fait pas davantage. Pourtant, la souveraineté nationale, comme la souveraineté de l'État, est modifiée, limitée, en partie transférée vers l'Union européenne<sup>1084</sup>.

Le transfert de la souveraineté nationale vers l'Union européenne se fait dans un jeu de mots, car les traités sur lesquels est fondée l'Union européenne se limitent à parler de système de distribution des compétences entre l'Union européenne et les États membres<sup>1085</sup>. Cette façon de jouer avec les mots cache le fait qu'il s'agit en vérité de l'établissement d'un modèle de souveraineté partagée entre les États et une entité supra-étatique constituée par l'Union européenne. Bien que les traités de l'Union européenne ne fassent pas référence à la souveraineté, se contentant d'utiliser le mot « compétences », il s'agit bien de compétences régaliennes, que Bodin avait énumérées comme étant des pouvoirs souverains, il y a des siècles.

---

<sup>1082</sup> *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, 2 mars 2012, (fait à Bruxelles), en ligne : Conseil européen <[http://european-council.europa.eu/media/639232/08\\_-\\_tscg.fr.12.pdf](http://european-council.europa.eu/media/639232/08_-_tscg.fr.12.pdf)>.

<sup>1083</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 282.

<sup>1084</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 191.

<sup>1085</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 2-6.

Une autre compétence régaliennne transférée vers l'Union européenne est celle qui consiste à conclure de traités internationaux, car ce pouvoir souverain représente une manifestation concrète de la souveraineté externe. L'article 47 du traité sur l'Union européenne prévoit expressément que : « L'Union a la personnalité juridique ». D'après Chaltiel : « Cette personnalité juridique doit se lire au regard des compétences internationales. La capacité de la communauté de passer des traités est un élément de souveraineté. Son usage en pratique ne fait que renforcer l'idée d'une souveraineté nationale limitée et d'une souveraineté européenne émergente »<sup>1086</sup>.

De plus, la souveraineté nationale est limitée, car l'article 2.1 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* stipule que : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »<sup>1087</sup>. Cette disposition constitue la déclaration d'un champ spécifique de compétence exclusive de l'Union européenne dans lequel elle agit à titre de souveraine absolue<sup>1088</sup>. D'après Chaltiel, le principe de primauté du droit de l'Union constitue « un facteur de limitation de la souveraineté nationale et par réciproque de construction d'une souveraineté supranationale »<sup>1089</sup>.

Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* énumère les compétences partagées<sup>1090</sup>. Les clauses de partage des compétences permettent un élargissement des compétences de l'Union européenne, parce que l'exercice des compétences partagées est régi par les principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>1091</sup>. Bien que ces principes cherchent avant tout la protection de la souveraineté nationale, ils autorisent « aussi

---

<sup>1086</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 194.

<sup>1087</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 2.1.

<sup>1088</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 3.

<sup>1089</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 195.

<sup>1090</sup> *Fonctionnement de l'Union européenne*, *supra* note 394 art 4.

<sup>1091</sup> *Traité de l'UE*, *supra* note 399 art 5.

l'action plus éloignée en cas d'effets transversaux ou d'efficacité supérieure, un argument fort à la compétence communautaire »<sup>1092</sup>.

c. L'expertise des organisations internationales dans les affaires publiques : elles font de la gouvernance là où elles ne peuvent pas gouverner

Les organisations intergouvernementales spécialisées participent à la gouvernance mondiale dans leurs domaines d'expertise. Pour ce faire, elles adoptent des normes qui s'imposent aux États et à d'autres acteurs internationaux. Bien qu'il n'existe pas d'État mondial, quelques organisations internationales spécialisées jouent le rôle qu'exercent des « ministères » dans les États, dans le cadre d'un État planétaire. Dans cette perspective, certaines organisations internationales poursuivent des buts particuliers de coopération sociale, économique ou technique. C'est ainsi que « la plénitude de l'emploi et l'élévation des niveaux de vie » constituent l'une des missions spécifiques de l'Organisation internationale du travail<sup>1093</sup>. Le rôle d'« agir en tant qu'autorité directrice et coordinatrice dans le domaine de la santé » afin d'« amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevée possible » constitue l'une des fonctions visées de l'Organisation mondiale de la santé<sup>1094</sup>. L'avancement des connaissances et de la diffusion du savoir « par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre les nations, afin d'assurer le respect universel de la justice, de la loi, des droits de l'homme et des libertés

---

<sup>1092</sup> Florence Chaltiel, « La souveraineté vue par l'Union européenne » dans Desgrées du Loû, *supra* note 15 à la p 195.

<sup>1093</sup> *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail*, 10 mai 1994, (adoptée lors la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail, réunie à Philadelphie), art III. (a), en ligne : ILO <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO#declaration](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration)>.

<sup>1094</sup> *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, 19 juin au 22 juillet 1946, (adoptée lors de la Conférence internationale de la santé tenue à New York), art 1 et 2, en ligne : WHO <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_fr.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf)>.

fondamentales pour tous » correspondent aux buts de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)<sup>1095</sup>.

Nguyen résume la nomenclature et les pouvoirs réglementaires des organisations internationales de la façon suivante :

L'Assemblée générale de l'Organisation mondiale de la santé 'a autorité pour adopter les règlements concernant telle mesure sanitaire et de quarantaine ou toute autre procédure destinée à empêcher la propagation des maladies d'un pays à l'autre' (article 21 de sa Charte ; v. par ex. le Règlement sanitaire international (2005) adopté par l'Assemblée mondiale de la santé). L'Organisation météorologique mondiale peut 'adopter des règlements techniques relatifs aux pratiques et procédures météorologiques' (article 7-d). L'Organisation de l'aviation civile internationale et l'Organisation maritime internationale instituent des 'standards internationaux'. L'Autorité internationale des fonds marins, établie par la Convention de Montego Bay de 1982, peut adopter des 'règles, règlements et procédures [qui] ont pour objet la prospection, l'exploration et l'exploitation de la Zone' (art 160, § 2 f)<sup>1096</sup>.

Le commerce international est aussi un domaine réservé qui se distingue du droit international classique. Le droit économique international est un système de règles internationales autonomes. Le développement et le renforcement du droit commercial international appartiennent principalement à une organisation spécialisée, l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Comme l'écrit Petit : « Le droit de l'Organisation mondiale du commerce a en effet acquis une spécificité et une autonomie telles qu'il se distingue nettement du droit international public et exerce une influence non négligeable sur le système institutionnel international »<sup>1097</sup>. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international élabore aussi les lois types dans le domaine du commerce transnational. Cette commission est « l'organe juridique à participation universelle spécialisé dans la réforme du droit commercial dans le monde »<sup>1098</sup>. Le droit du commerce constitue un champ spécialisé et autonome en droit international. En parlant de l'autonomie des organes de l'Organisation mondiale du commerce, Petit

---

<sup>1095</sup> *Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science de la culture*, 16 novembre 1945, (adoptée à Londres), art 1.1., en ligne UNESCO <[http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=15244&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>.

<sup>1096</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 410.

<sup>1097</sup> Yves Petit, « Préface » dans Kieffer, *supra* note 52 à la p 13.

<sup>1098</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *À propos de la CNUDCI*, en ligne : UNCITRAL <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about_us.html)>.



souligne : « Il est certain que l'organe de règlement des différends est devenu une véritable 'Cour du commerce mondial', comme peuvent en témoigner la densité de sa jurisprudence et le fait que des pays émergents, tel le Brésil, n'hésitent plus à agir devant lui »<sup>1099</sup>.

La gestation et le développement graduel du droit international de nouvelle génération constituent un champ de compétences partagées échappant progressivement à l'institution officielle que représente le droit international classique. De nos jours, la Commission du droit international n'est pas le seul organe habilité « à formuler avec plus de précision et de systématisation les règles du droit international »<sup>1100</sup>, car il existe d'autres organismes qui remplissent le même rôle en parallèle, tels que :

**L'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) :** le but de cet organisme « est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des États ou des groupes d'États et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles »<sup>1101</sup>.

**Le Réseau international d'information sur le blanchiment d'argent (IMoLIN) :** le but de cet organisme est de compiler les normes et standards sur le blanchiment de l'argent<sup>1102</sup>.

**L'Institut de droit international (IDI) :** l'IDI est une organisation scientifique composée de membres experts en droit international. L'IDI vise à faire progresser le droit international : « a) En travaillant à formuler les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé; b) En donnant son

---

<sup>1099</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 14.

<sup>1100</sup> *Statut de la Commission du droit international*, 21 novembre 1947, art 15, en ligne : NU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/174(II))>.

<sup>1101</sup> Institut international pour l'unification du droit privé, *Présentation d'Unidroit*, en ligne : UNIDROIT, <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103293>>.

<sup>1102</sup> Réseau international d'information sur le blanchiment d'argent, *Bienvenu sur le Réseau international d'information sur le blanchement de l'argent*, en ligne : IMoLIN <<http://www.imolin.org/>>.

concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international »<sup>1103</sup>, etc.

**Le Groupe d'action financière (GAFI) :** Les buts de cet organisme « sont l'élaboration des normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international »<sup>1104</sup>.

Les compétences normatives de type général, spécifique ou technoscientifique, qui sont exercées par les organisations intergouvernementales forment une liste interminable. C'est ainsi que la « globalization has infused new life and purpose into IGOs. Far from being the ugly ducklings of the past, IGOs now occupy center stage in addressing the most important transsovereign issues of the day »<sup>1105</sup>. La mondialisation des problèmes donne aux organisations intergouvernementales une justification pour intervenir à titre de législateurs dans leurs domaines de compétence spécifique, au moyen d'actes unilatéraux<sup>1106</sup>.

## **2. Les relations entre les organisations internationales et les autres acteurs non étatiques : la reconnaissance mutuelle**

Le droit international classique reconnaît la personnalité juridique et la compétence souveraine internationale dérivée aux organisations intergouvernementales<sup>1107</sup>. Les

---

<sup>1103</sup> Institut de Droit international, *Statuts*, article premier, en ligne : IDI <[http://www.idi-iiil.org/idiF/navig\\_statuts.html](http://www.idi-iiil.org/idiF/navig_statuts.html)>.

<sup>1104</sup> Le Groupe d'Action, *Qui sommes-nous?*, en ligne : GAFI <<http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/>>.

<sup>1105</sup> Maria Green Cowles, « Intergovernmental Organisations: Global Governance and Transsovereign Problems » dans Cusimano, *supra* note 172 à la p 62.

<sup>1106</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 404 (L'auteur précise que « [l]es organes des organisations internationales peuvent adopter des 'résolutions, des 'recommandations' et des 'décisions', donner des 'avis consultatifs', rendre des 'arrêts' ou des 'jugements'. La caractéristique commune de ces actes est d'être des actes unilatéraux des organisations internationales »).

<sup>1107</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 658 (« Toute organisation internationale est dotée, dès sa naissance, de la personnalité juridique internationale ») ; voir aussi Latty, *supra* note 16 à la p 626 (« Bref, les droits des organisations internationales sont des produits dérivés du droit des gens »).

individus sont aussi titulaires de droits et d'obligations en droit international<sup>1108</sup>. Cependant, les acteurs non étatiques, autres que les individus et les organisations intergouvernementales, ne possèdent pas de personnalité juridique internationale reconnue par le droit international classique<sup>1109</sup>. En effet, la plupart des acteurs non étatiques ne sont pas des sujets d'émanation de droit international classique. Leur source de liberté d'association est garantie par le droit constitutionnel interne des États<sup>1110</sup>. C'est pour cette raison que les acteurs non étatiques, tels que les ONG et les sociétés transnationales, possèdent la personnalité juridique nationale de l'État où elles ont leur siège social<sup>1111</sup>. Néanmoins, le droit international public prévoit certaines situations spécifiques où il reconnaît la personnalité juridique internationale à quelques acteurs non étatiques. C'est le cas des mouvements de libération nationaux ainsi que des forces dissidentes organisées (a). Le nouveau droit coutumier et certaines conventions continentales récentes constituent également des mécanismes de reconnaissance de la capacité juridique internationale de quelques acteurs non étatiques (b). Il faut aussi dire que *de facto* l'activité quotidienne des organismes intergouvernementaux les amène à reconnaître certains droits aux acteurs non étatiques animant les relations internationales (c).

---

<sup>1108</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 717 (L'auteur affirme que les normes issues du '*jus cogens*' « constituent un fondement suffisant à la reconnaissance d'un droit 'naturel', inhérent, des personnes humaines, à la personnalité juridique internationale ») ; Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 42 (L'auteur adopte une position objective en disant qu'uniquement « les individus qui sont sujets de droit en droit interne *le sont aussi* en Droit international »).

<sup>1109</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 715 (« Les problèmes relatifs à la personnalité juridique internationale des personnes privées se posent, au plan des principes, dans les mêmes termes en ce qui concerne les personnes physiques (individus) ou morales (sociétés, associations). Mais, sauf exceptions, les règles de droit international positif s'appliquent plutôt aux premières qu'aux seconds »).

<sup>1110</sup> *Charte canadienne*, *supra* note 238 art 2 d) ; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie Britannique*, [2007] 2 RCS 391.

<sup>1111</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 622 (« En droit international, les organisations sportives transnationales, créatures de droit interne, répondent à la qualification d'organisations non gouvernementales »).

a. Les acteurs non étatiques : la personnalité juridique internationale en droit international classique

Le droit international humanitaire reconnaît le fait de l'existence « des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole »<sup>1112</sup>. Les forces insurgées tirent leur reconnaissance *de facto* dès qu'elles exercent le contrôle sur le territoire ou le pays où elles combattent. Selon Nguyen : « La reconnaissance de la belligérance permet de leur attribuer la personnalité internationale d'un gouvernement 'de fait' local »<sup>1113</sup>. Cela leur donne le droit d'assumer les responsabilités qui sont liées à la protection des personnes habitant le territoire sous leur contrôle, ainsi que des biens appartenant aux habitants. Cependant, nous pensons que le supposé droit de belligérance armée n'existe pas, car la reconnaissance faite par le droit international humanitaire se limite à rendre responsables sur le plan international les individus coupables de crimes internationaux, même s'ils appartiennent à des forces armées dissidentes.

Outre les insurgés, le droit international octroie un statut juridique provisoire aux « mouvements de libération nationale ». Cette reconnaissance juridique se limite au contexte de la décolonisation. D'après Nguyen :

De même que ne sont situations coloniales que celles reconnues comme telles par les Nations Unies, de même ne sont mouvements de libération nationale que les entités qualifiées ainsi par les organes des Nations Unies, instruments de la communauté internationale. Une fois cette reconnaissance acquise, ces entités bénéficient de droits d'obligations fonctionnels qui en font des sujets du droit international<sup>1114</sup>.

La reconnaissance exceptionnelle des mouvements de libération nationale faite par les Nations Unies constitue un exemple de la manière dont une organisation internationale et donc ses États membres accordent une personnalité juridique provisoire à un nouvel

---

<sup>1112</sup> *Protocole II, additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 10 juin 1977, art 1.

<sup>1113</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 632.

<sup>1114</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 582.

acteur en droit international. Selon Nguyen, les pouvoirs octroyés aux mouvements de libération nationale « sont très supérieurs à ceux reconnus aux organisations non gouvernementales »<sup>1115</sup>. Les droits reconnus aux mouvements de libération nationale constituent la mise de fonds octroyée à un futur État. Il existe quelques cas de ce type de déroulement juridique en droit international : le FNL algérien, le SWAPO namibien, et l'OLP palestinienne<sup>1116</sup>, par exemple.

b. La personnalité juridique internationale en droit international nouveau : une espèce en voie de propagation

En dehors des exceptions analysées ci-dessus, les acteurs non étatiques ne détiennent pas de personnalité juridique en droit international positif. Cependant, l'absence de personnalité juridique internationale pour les acteurs non étatiques reste un problème mineur en ce qui concerne les grandes organisations transnationales. Il importe de faire une distinction entre les grandes fédérations d'acteurs non étatiques et les autres ONG. Nous étudions ici les grands acteurs non étatiques. Sassoli constate : « Quelque part, il y a un point commun entre Amnesty, Al-Qaïda et Nestlé. Tous les trois sont des acteurs non étatiques qui ont un grand impact sur la réalité du monde, alors qu'ils n'existent pas vraiment pour le droit international »<sup>1117</sup>. Nous sommes d'accord avec le premier énoncé de Sassoli, mais nous pensons que les grands acteurs non étatiques sont reconnus *de facto* par les usages habituellement observés dans les relations internationales. Il s'agirait possiblement d'un droit international nouveau de source coutumière. Le mouvement olympique et le CICR ont une reconnaissance internationale *de facto* et *de jure*. Ces organismes acquièrent cette personnalité internationale par leur notoriété et leur crédibilité de sorte que leur reconnaissance s'impose à la réalité internationale. C'est devenu une coutume internationale pour les États de conclure des traités ou d'établir des

---

<sup>1115</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 583.

<sup>1116</sup> *Résolution relative à la question de Palestine*, rés. AG 3236, Doc Off AGNU, 22 novembre 1974, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/29/fres29.shtml>> ; *Résolution relative au statut d'observateur pour l'Organisation de libération de la Palestine*, rés. AG 3237, Doc Off, 22 novembre 1974, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/29/fres29.shtml>> ; voir aussi Nguyen et al, *supra* note 1 aux pp 509-512.

<sup>1117</sup> Marco Sassoli tel que cité dans Sandoz, *supra* note 1042 à la p 103.

relations d'affaires avec ces grandes organisations. Mentionnons le cas du Comité olympique international et les fédérations sportives où les États s'engagent à remplir les exigences du mouvement sportif international, lorsqu'ils deviennent les hôtes d'une grande compétition sportive. D'après Nguyen :

D'autres entités que les États peuvent posséder une personnalité juridique, en droit international. Certes, seuls les États disposent de la souveraineté, qui confère des caractères très particuliers à leur personnalité internationale. Mais il n'est pas nécessaire de pouvoir invoquer directement la souveraineté pour revendiquer une certaine 'mesure' de personnalité juridique. La personnalité peut avoir un fondement médiat, déduit de la souveraineté, et exprimé par la volonté des États ; mais elle peut aussi être 'objective' et s'imposer du fait des caractères propres de l'entité considérée<sup>1118</sup>.

Il faut noter que même si quelques États perdent provisoirement leur souveraineté effective lors d'une occupation étrangère, ils conservent tout de même leur personnalité juridique internationale. C'est le cas de l'Irak sous l'occupation étasunienne<sup>1119</sup>. En outre, la personnalité juridique internationale de quelques acteurs non étatiques tire sa source du nouveau droit international d'origine coutumière et non de droit international conventionnel. Cependant, Latty cite un exemple où le droit conventionnel continental octroie la personnalité juridique européenne aux ONG. Pour Latty :

L'unique convention qui leur est destinée a un objet très limité, les maintenant dans le cadre interne : la Convention du Conseil de l'Europe sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations non gouvernementales permet seulement à une O.N.G. de se prévaloir de la personnalité juridique qui lui appartient en vertu du droit d'un État partie aux fins de voir cette personnalité reconnue dans les autres États parties<sup>1120</sup>.

En effet, la *Convention de Strasbourg* prévoit une personnalité juridique continentale pour les ONG européennes, à condition qu'elles remplissent les critères suivants : « avoir un but non lucratif d'utilité internationale; avoir été créées par un acte relevant du droit interne d'une Partie; exercer une activité effective dans au moins deux États; et avoir leur siège statutaire sur le territoire d'une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette

---

<sup>1118</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 635.

<sup>1119</sup> Conseil de sécurité, *Résolution 1483*, CS/rés/1483/2003, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20%282003%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20%282003%29)> (« Réaffirmant la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Iraq »).

<sup>1120</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 627.

Partie ou d'une autre Partie »<sup>1121</sup>. Il s'agit d'une personnalité juridique conditionnelle continentale reconnue de manière générale à toutes les ONG, mais à des fins limitées.

À l'échelle internationale, les Nations Unies reconnaissent, à l'occasion, un acteur non étatique international. C'est le cas du statut d'observateur octroyé au Saint-Siège auprès de Nations Unies. Cette reconnaissance permet au Saint-Siège d'avoir des relations internationales avec les Nations Unies ainsi qu'avec d'autres acteurs internationaux. C'est le cas des traités signés entre le Saint-Siège et quelques États<sup>1122</sup>.

La personnalité juridique internationale de grands acteurs non étatiques s'impose *de facto* par la pratique des relations internationales sans avoir à passer par les mécanismes du droit international conventionnel. Il existe bel et bien des relations internationales, qui se déroulent habituellement entre les organisations transnationales du mouvement sportif et les États, ou des relations internationales entre les premières et les organisations intergouvernementales, même si ces relations ne sont pas réglées par le droit international positif.

c. La reconnaissance à la pièce faite par les organismes internationaux : l'alliance entre les organisations intergouvernementales et la société civile

Les autres acteurs non étatiques de pouvoir limité, qui ne réussissant pas à s'imposer *de facto*, ont généralement besoin d'une reconnaissance formelle. La reconnaissance d'un statut d'entité non gouvernementale consultative ou experte est l'œuvre d'une organisation intergouvernementale. La définition d'acteurs non étatiques n'a pas encore été établie clairement du point de vue juridique. Habermas rattache ce concept juridique à une notion sociologique, celle de la société civile. D'après Habermas :

---

<sup>1121</sup> Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales, 24 avril 1986, Série des traités européens – n° 124, (entrée en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 1991), art 1.

<sup>1122</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 507 (« Le Saint-Siège négocie et conclut des traités. Les conventions en question sont de deux sortes : les *concordats*, accords bilatéraux réglant la situation de l'Église catholique dans l'État co-contractant, et des traités selon le droit commun »).

À la différence de ce qui se passait encore chez Marx et dans le marxisme, ce qu'on appelle aujourd'hui société civile n'inclut plus, en effet, l'économie régulée par les marchés du travail, les marchés de capitaux et des biens et constituée par le droit privé. Au contraire, son cœur institutionnel est désormais formé par ces groupements et ces associations non étatiques et non économiques à base bénévole qui rattachent les structures communicationnelles de l'espace public à la composante 'société' du monde vécu. La société civile se compose de ces associations, organisations et mouvements qui à la fois accueillent, condensent et répercutent en les amplifiant dans l'espace public politique, la résonance que les problèmes sociaux trouvent dans les sphères de la vie privée. Le cœur de la société civile est donc constitué par un tissu associatif qui institutionnalise dans le cadre d'espaces publics organisés les discussions qui se proposent de résoudre les problèmes surgis concernant les sujets d'intérêt général<sup>1123</sup>.

Cette notion de société civile mène à une définition restreinte de l'acteur non étatique, en le limitant à un groupe très spécifique d'ONG. Par contre, il existe d'autres définitions plus larges de la notion de société civile. Pour les philosophes libéraux, la société civile inclut tout ce qui n'est pas relié à l'État ou au marché. Hayek le nomme le secteur indépendant. Pour lui :

Il est extrêmement important, pour avoir une société saine de préserver entre le commercial et le gouvernemental un troisième *secteur indépendant* qui, souvent, est capable, et devrait être libre, de fournir plus efficacement beaucoup de choses que nous croyons actuellement devoir attendre du gouvernement. Il est certain qu'un tel secteur indépendant, en concurrence directe avec le gouvernement pour servir le public, pourrait grandement atténuer le danger le plus grave du mode gouvernemental d'opération, à savoir la constitution d'un monopole avec tout ce que cela comporte d'influence et d'inefficacité<sup>1124</sup>.

Bien que Hayek traite ici de la société nationale, le même principe s'applique à la société internationale contemporaine. Dans cette dernière, on voit apparaître un troisième secteur, autre que les organisations supra-étatiques et le marché mondial. Ce troisième secteur serait la société civile internationale organisée. Il existe dans plusieurs secteurs d'activité comme un fait accompli, *de facto*. Les sociétés transnationales, les organisations religieuses, le mouvement olympique international ainsi que les associations transnationales de malfaiteurs et du crime organisé feraient partie de cette tranche d'organisations extra-étatiques, parce qu'elles existent comme une réalité transnationale. Selon Benyekhlef : « Ces acteurs non étatiques ont aussi un rôle à jouer

---

<sup>1123</sup> Habermas, *Droit et démocratie*, *supra* note 378 à la p 394.

<sup>1124</sup> Hayek, v 3, *supra* note 413 aux pp 59-60.



dans la mondialisation, d'autant plus qu'ils jouissent souvent de capacités financières qui dépassent l'entendement »<sup>1125</sup>.

La reconnaissance généralisée de la personnalité juridique internationale des personnes morales privées pourrait aider à résoudre le problème relatif à la responsabilité internationale des acteurs non étatiques, lorsqu'ils causent de dommages au-delà des frontières de l'État où ils ont leur siège social. Il existe un vide juridique en droit international dans ce domaine. Un problème juridique ponctuel qui se pose, par exemple, est celui de savoir si des sociétés militaires privées pourraient être soumises à une responsabilité pénale ou civile internationale en tant que sociétés du fait de leurs actions ou omissions<sup>1126</sup>. La solution provisoire, pour ces sociétés militaires, est qu'elles restent soumises au droit interne de l'État où est leur siège social<sup>1127</sup>. Pourtant, les sociétés militaires privées bénéficient de la protection du droit international économique traitant du libre accès aux marchés publics<sup>1128</sup>. Une solution serait-elle la reconnaissance d'une forme de personnalité juridique internationale permettant aux tribunaux internationaux et nationaux d'exercer une compétence judiciaire universelle sur l'ensemble des entreprises transnationales sans égard à leur siège social?<sup>1129</sup> Nous croyons que le temps est venu pour reconnaître la personnalité juridique internationale des acteurs non étatiques<sup>1130</sup>. Nous pensons que le droit international nouveau doit réfuter la doctrine selon laquelle l'écran de la souveraineté de l'État se superpose entre un espace extérieur, où la

---

<sup>1125</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 314.

<sup>1126</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 52.

<sup>1127</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 714 (« En tant que personnes morales privées, du point de vue du droit interne des États, ces entités transnationales sont soumises le plus souvent au droit commun local des associations et à celui des entreprises industrielles et commerciales »).

<sup>1128</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 53 et 54.

<sup>1129</sup> Mireille Delmas-Marty, « Gouvernance et état de droit » dans Séverine Bellina, dir, *La gouvernance démocratique : un nouveau paradigme pour le développement?*, Paris, Karthala, 2008, 213 à la p 221 [Bellina] (« Mais la construction d'un état de droit mondial ne saurait se limiter aux seuls États. Vu le rôle croissant des acteurs non étatiques, il est nécessaire que leur responsabilité soit simultanément reconnue par des juridictions pénales et civiles. Or cette seconde voie, vers une responsabilité universelle (ou globale) des acteurs non étatiques, n'a pas la même portée selon que le juge compétente est le juge national ou le juge international »).

<sup>1130</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 714 (« Reconnaître aux entreprises transnationales la qualité de sujets du droit international, sujets mineurs et dérivés au demeurant, ne se heurte à aucun obstacle théorique ou pratique dirimant »).

responsabilité internationale est une exclusivité de l'État, et un espace intérieur où les personnes privées sont soumises à leur juridiction exclusive<sup>1131</sup>.

La présente sous-section pose la question de la reconnaissance internationale des acteurs non étatiques, autres que les organisations intergouvernementales et les personnes physiques, en supposant que la personnalité juridique internationale de deux dernières est déjà en partie acquise. Étant donné qu'il n'existe pas de reconnaissance générale de la personnalité juridique internationale en ce qui a trait aux personnes morales privées, ce sont les organisations intergouvernementales judiciaires (i) et non judiciaires (ii) qui établissent cette reconnaissance dans des conditions bien précises et limitées.

i. Les organes judiciaires transnationaux reconnaissent la capacité juridique internationale aux personnes morales privées au cas par cas

Les organes judiciaires internationaux reconnaissent le statut international aux acteurs non étatiques, lorsque les premiers admettent la participation des seconds dans les procédures judiciaires, à titre de parties intéressées dans une affaire. En principe, le droit international classique ne reconnaît pas aux personnes morales privées le droit d'accès à la justice internationale, car l'article 34 du *Statut de la CIJ* stipule que « Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour »<sup>1132</sup>. Le dispositif selon lequel les États gardent le monopole de l'accès à la justice internationale est fortement critiqué, dans la mesure où le phénomène de la dénégation de justice devient intenable à l'époque présente. Le droit international naissant donne progressivement le droit d'accès à la justice internationale aux acteurs non étatiques. Les organisations intergouvernementales et les personnes physiques sont les plus avancées dans cette démarche, car leur participation aux procédures judiciaires est déjà reconnue dans certaines circonstances. Les autres personnes morales privées tirent de l'arrière en ce qui a trait au droit d'accès à la justice internationale. Quelques cas concrets témoignent de la présence ou la participation de personnes morales privées dans les procédures judiciaires internationales.

---

<sup>1131</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 170.

<sup>1132</sup> *Statut de la CIJ*, *supra* note 209 art 34, alinéa 1.

La *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements* institue le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)<sup>1133</sup>. Toutes les personnes, y compris les personnes morales privées, en tant qu'investisseuses étrangères, peuvent saisir le CIRDI de lorsqu'elles ont un différend avec un État contractant<sup>1134</sup>. En effet, le CIRDI assume la compétence pour juger un différend lorsque l'État contractant consent explicitement la compétence du Centre, soit par déclaration générale, par contrat bilatéral ou par « clause CIRDI ». Autrement dit, si l'État contractant donne son consentement préalable, le CIRDI octroie la qualité de partie demanderesse ou défenderesse à toute personne morale privée intéressée dans une affaire.

La *Convention sur le droit de la mer* met sur pied la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins<sup>1135</sup>. Toute décision rendue par cette Chambre spécialisée « est considérée comme rendue par le Tribunal » international du droit de la mer<sup>1136</sup>. L'article 187, alinéas c) et e) de la *Convention sur le droit de la mer* autorise, entre autres, les personnes physiques ou morales privées « patronnées » par un État à saisir la Chambre des différends relatifs aux fonds marins, en cas de contentieux avec une autre partie, même s'il agit d'un État.

L'institution de l'*Amicus curiae* est un mécanisme procédural utilisé par les personnes morales privées, notamment par les ONG spécialisées, afin de devenir amis des tribunaux internationaux. Quelques organes judiciaires internationaux reconnaissent ainsi les personnes morales privées à titre de participants-experts qui font des interventions dans l'intérêt général du public et en vue de prendre la défense du bien commun.

En 1998, dans l'affaire *États-Unis — Crevettes*, le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC discute de la recevabilité « des interventions d'organisations non gouvernementales jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelant »<sup>1137</sup>. L'Organe d'appel de

---

<sup>1133</sup> Convention CIRDI, *supra* note 581 art 1, alinéa 1.

<sup>1134</sup> Convention CIRDI, *supra* note 581 art 25, alinéa (2) (b).

<sup>1135</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, (adoptée à Montego Bay), 1834 RTNU 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994), art 186, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm>> [*Convention droit de la mer*].

<sup>1136</sup> *Convention droit de la mer*, *supra* note 1135 annexe VI art 15 alinéa 5.

<sup>1137</sup> *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al)*, (12 octobre 1998), OMC Doc WT/DS58 AB/R, intitulé de la section III.A. (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC

l'OMC infirme l'interprétation du Groupe spécial, qui avait refusé de considérer les interventions des ONG. L'Organe d'appel de l'OMC déclare ce qui suit : « Nous admettons, par conséquent, les interventions jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelants dans le cadre de la communication de l'appelant »<sup>1138</sup>. C'est la première fois qu'un organe judiciaire interétatique admet l'intervention d'un acteur non étatique, notamment d'une personne morale privée. Toutefois, cette admission est conditionnelle au fait que les interventions des ONG font partie de la communication d'un État. La reconnaissance est incomplète, car sans l'approbation d'un État, les interventions des ONG ne sont possiblement pas considérées.

En 2000, dans l'affaire *États-Unis — Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel de l'OMC, lorsqu'il étudie la « question préalable de procédure »<sup>1139</sup>, traite à nouveau de l'admissibilité des interventions déposées directement par les ONG, sans qu'elles passent par l'approbation d'un État. À cette occasion, l'Organe d'appel de l'OMC déclare ce qui suit : « Nous sommes d'avis que nous sommes habilités en droit, en vertu du Mémorandum d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'*amicus curiae* si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel »<sup>1140</sup>. Cette fois-ci, l'Organe d'appel de l'OMC déclare l'admissibilité des communications déposées directement par les ONG, mais il garde son pouvoir discrétionnaire d'évaluer ou non la pertinence et l'utilité des communications déposées directement par les personnes privées dans le cas par cas.

Lors de l'affaire *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c Argentine* (en 2005), « dans le cadre du CIRDI, pourtant ouvert à la saisine par des particuliers, un Tribunal arbitral a également admis la participation des représentants de la société civile à soumettre des interventions en tant

---

<[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds58\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds58_f.htm)> [*Prohibition à l'importation de certaines crevettes*].

<sup>1138</sup> *Prohibition à l'importation de certaines crevettes*, *supra* note 1137 au para 91.

<sup>1139</sup> *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte des communautés européennes)*, (10 mai 2000), OMC Doc WT/DS138/AB/R, section III, (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds138\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds138_f.htm)> [*Imposition de droits compensateurs*].

<sup>1140</sup> *Imposition de droits compensateurs*, *supra* note 1139 au para 42.

qu'*amicus curiae* »<sup>1141</sup>. L'institution de l'*amicus curiae* semble de plus en plus prendre de l'ampleur dans les procédures judiciaires transnationales. Les organes judiciaires transnationaux reconnaissent le droit des personnes morales privées au cas par cas. C'est ainsi que l'opinion de la société civile organisée se manifeste lorsqu'une affaire touche l'intérêt général du public. Dans le contexte de la société internationale contemporaine, il manque un espace délibératif transnational formellement établi, comme option provisoire, et par défaut, les tribunaux transnationaux peuvent ainsi devenir un site de délibération publique à l'international.

À l'échelle continentale, le *Traité sur l'Union européenne* prévoit aussi que la Cour de justice européenne admet les recours intentés directement par les « personnes physiques ou morales »<sup>1142</sup>. Il manque des dispositions semblables dans les statuts d'autres cours continentales, qui permettraient la participation directe de la société civile organisée lorsque les tribunaux prennent des décisions sur les affaires qui concernent les intérêts du public. En principe, et nonobstant l'article 34 de son Statut, rien n'interdirait que la CIJ jouisse de la compétence d'écouter des acteurs qui représentent la société civile organisée. Dans la mesure où il n'existe pas de parlement mondial, la participation accrue de la société civile organisée aux procédures judiciaires pourrait avoir pour effet de réduire le déficit démocratique engendré par la mondialisation.

ii. Les organismes gouvernementaux transnationaux reconnaissent la capacité juridique internationale aux personnes morales privées au cas par cas

C'est l'article 71 de la *Charte des Nations Unies* qui ouvre une porte à la reconnaissance internationale de quelques acteurs non étatiques, notamment aux ONG<sup>1143</sup>. Ce sont les organisations intergouvernementales qui remplissent le rôle d'examineurs et de

---

<sup>1141</sup> Tel que cité dans Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 775.

<sup>1142</sup> *Traité de l'UE*, *supra* note 399 art 19.

<sup>1143</sup> *Charte des Nations Unies*, *supra* note 147 art 71 (« Le Conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence. Ces dispositions peuvent s'appliquer à des organisations internationales et, s'il y a lieu, à des organisations nationales après consultation du Membre intéressé de l'Organisation »).

responsables du registre des acteurs non étatiques participant aux relations internationales, continentales et régionales. Les organisations intergouvernementales en viennent ainsi à émettre une reconnaissance mutuelle à quelques acteurs non étatiques. La reconnaissance internationale pour de nombreuses organisations de la société civile internationale organisée passe par le pouvoir d'accréditation qui est exercé par les organisations internationales et continentales. Ce sont les règlements issus des organisations internationales et continentales qui déterminent le statut juridique des acteurs non étatiques accrédités. Ces règlements définissent juridiquement la portée de ce qu'on doit comprendre par acteurs non étatiques reconnus.

Les organisations intergouvernementales reconnaissent certains droits aux acteurs non étatiques. Ce sont les organisations intergouvernementales elles-mêmes qui sont responsables de reconnaître la participation des acteurs non étatiques dans les diverses activités dans lesquelles elles sont compétentes. Les organismes internationaux, comme le Conseil économique et social des Nations Unies, la Banque mondiale, le Programme des Nations Unies pour le Développement et la Conférence des Nations Unies pour l'Environnement et le Développement, apprécient et justifient l'importance grandissante des acteurs non étatiques. Pour ces organisations internationales, les acteurs de la société civile jouent un grand rôle dans l'amélioration des conditions de vie des citoyens. Puisqu'ils représentent la société civile, les acteurs non étatiques devraient tout naturellement avoir droit à la reconnaissance institutionnelle internationale, par voie d'accréditation des ONG<sup>1144</sup>. Cette étape confère à ces organismes privés le statut juridique nécessaire pour qu'ils soient consultés à titre de représentants experts de la société civile. Ceci constitue possiblement le couronnement d'une lutte épuisante qui se solde par le fait que les acteurs non étatiques s'imposent comme acteurs incontournables dans les relations internationales et dans les projets de gouvernance mondiale.

Les relations entre les organisations intergouvernementales et les personnes morales privées commencent par la procédure de reconnaissance juridique que les premières

---

<sup>1144</sup> Brütisch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 2 (« Moreover, non-state actors are increasingly engaged in the creation, implementation and monitoring of more or less binding norms and rules. Thus, even though the terms of engagement vary, the WTO, the ILO and the ICC rely on the contributions of the entrepreneurs, activists, advocacy groups, professional associations and experts that constitute 'civil society' »).

accordent aux dernières. Cependant, il faudra que les organisations intergouvernementales s'assurent que les personnes morales privées reconnues soient des représentantes légitimes de la société civile organisée en appliquant une grille d'évaluation du respect de certains principes fondamentaux<sup>1145</sup>. Il faudra qu'elles voient également à empêcher l'entrée des groupes qui défendent exclusivement des intérêts particuliers, comme c'est le cas des corporations transnationales<sup>1146</sup>.

Les organisations intergouvernementales reconnaissent la capacité d'agir sur la scène internationale aux acteurs non étatiques, elles accréditent notamment des ONG, lorsque les premières adoptent certaines procédures afin d'accréditer les deuxièmes à titre d'organismes consultants ou observateurs. Nous trouvons ces procédures administratives dans les instruments des principales organisations internationales et continentales, comme les Nations Unies<sup>1147</sup>, l'Organisation des États américains (OÉA)<sup>1148</sup>, l'Union africaine (UA)<sup>1149</sup>, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est<sup>1150</sup> et l'Union européenne<sup>1151</sup>. Quelques organisations intergouvernementales spécialisées mettent aussi sur pied leurs

---

<sup>1145</sup> Principes d'Istanbul, *supra* note 352.

<sup>1146</sup> Maria Green Cowles, « Intergovernmental Organisations: Global Governance and Transsovereign Problems » dans Cusimano, *supra* note 172 à la p 63.

<sup>1147</sup> *Relations aux fins de consultations entre l'Organisation des Nations et les organisations non gouvernementales*, Résolution 1996/31 de l'ECOSOC, (25 juillet 1996), en ligne : République et Canton de Genève <<http://www.ge.ch/odh/doc/conventions-et-traites/a/1/4.pdf>>.

<sup>1148</sup> OÉA, Conseil permanent, *Directives pour la participation des institutions de la société civile aux activités de l'Organisation des États Américains*, Doc off OEA / Ser.G CP/RES. 759 (15 décembre 1999), en ligne : OEA <<http://www.oas.org/consejo/fr/resolutions/res759.asp>>.

<sup>1149</sup> UA, *Critères d'octroi du statut d'observateur et pour un système d'accréditation auprès de l'Union Africain*, (Adoptés par la septième Session ordinaire du Conseil exécutif et entérinés par la cinquième Session ordinaire de la Conférence, tenues à Syrte (Libye) les 1er et 2 juillet, et les 4 et 5 juillet 2005 respectivement), en ligne : UA <<http://www.africa-union.org/Summit/July%202005/Observer%20Status%20-%20FRENCH%20-%20Adoptes%20-%20juillet%202005.pdf>>.

<sup>1150</sup> Association of Southeast Asian Nations, *Guidelines on Accreditation of Civil Society Organisations (CSOs)*, en ligne : ASEAN <<http://www.asean.org/images/2012/documents/Guidelines%20on%20Accreditation%20of%20CSOs.pdf>>.

<sup>1151</sup> *Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales*, 24 avril 1986, Série des traités européens – n° 124, (entrée en vigueur 1er janvier 1991) ; CE, *Statut participatif des organisations internationales non gouvernementales auprès du Conseil de l'Europe* (Résolution 2003/8 adoptée par le Comité des Ministres le 19 novembre 2003, lors de la 861<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres), en ligne : Conseil de l'Europe <[http://www.coe.int/t/ngo/Articles/Resolution\\_2003\\_8\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/ngo/Articles/Resolution_2003_8_fr.asp)> ; CE, *Recommandation CM/Rec (2007) 14 du Comité des Ministres aux États membres sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe* (adoptée par le comité des Ministres le 10 octobre 2007, lors de la 1006<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres), en ligne : Conseil de l'Europe <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2007\)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2007)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)>.

propres procédures internes d'accréditation d'ONG comme observateurs ou consultants<sup>1152</sup>.

Sans prétendre en faire une étude exhaustive dans cette thèse, nous croyons que les quelques exemples étudiés ici illustrent la pratique générale des organisations intergouvernementales de renforcer leur propre légitimité en reconnaissant les ONG à titre d'alliées. C'est notamment la mission du service de liaison des Nations Unies avec les organisations non gouvernementales « de promouvoir et développer des relations constructives entre les Nations Unies et les organisations de la société civile »<sup>1153</sup>. Ce service fonctionne de manière permanente. Chaque organisme intergouvernemental possède sa propre procédure de reconnaissance; chacun a sa propre liste d'ONG accréditées. Nous éviterons de comparer dans les détails les organismes internationaux, mais nous pouvons affirmer que le statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) est le mécanisme de reconnaissance internationale le plus recherché. À la fin avril 2013, « 3.536 ONG bénéficient du statut consultatif auprès de l'ECOSOC »<sup>1154</sup>. Le statut consultatif auprès de l'ECOSOC « permet aux ONG de participer non seulement aux travaux de l'ECOSOC, mais aussi à ceux de ses organes subsidiaires, aux nombreux mécanismes des Droits de l'Homme des Nations Unies, aux modalités *ad hoc* sur les armes légères ainsi qu'aux événements spéciaux organisés par le Président de l'Assemblée générale »<sup>1155</sup>.

---

<sup>1152</sup> OMC, Conseil général, *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales* (23 juillet 1996), OMC Doc WT/L/162, en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/forums\\_f/ngo\\_f/guide\\_f.htm](http://www.wto.org/french/forums_f/ngo_f/guide_f.htm)>.

<sup>1153</sup> Nations Unies, *Service de liaison des Nations Unies avec les organisations non gouvernementales*, en ligne : ONU <[http://www.un-ngls.org/spip.php?page=sommaire\\_fr](http://www.un-ngls.org/spip.php?page=sommaire_fr)>.

<sup>1154</sup> Nations Unies, *Statut auprès de l'ECOSOC : principes de bases*, en ligne : ONU <<http://csonet.org/index.php?menu=128>>.

<sup>1155</sup> Nations Unies, *Statut auprès de l'ECOSOC : principes de bases*, en ligne : ONU <<http://csonet.org/index.php?menu=128>>.



### **C. La compétence souveraine des acteurs non étatiques : la gouvernance par les groupes d'intérêts extra-étatiques**

La désétatisation du droit interne et international amène à un modèle de droit mondial nouveau, où les distinctions entre le droit international public et le droit international privé s'effacent afin de constituer le droit transnational. Le droit transnational s'adresse aux acteurs de la société transnationale, où règne la participation active des acteurs non étatiques dans les sites transnationaux et mondiaux. La supposée exclusivité étatique afin de faire et mettre en œuvre le droit devient relative, car d'autres acteurs transnationaux participent dorénavant au partage de compétences souveraines. Dans ce sens, Vieira Posada affirme :

La logique étatique de l'État westphalien basée sur les attributs de territorialité, souveraineté et sécurité se voit ébranlée par le contexte de la mondialisation. En effet, de nouveaux acteurs transnationaux, qui échappent aux limites territoriales et à la souveraineté des États, prennent la relève en agissant sur la scène internationale de façon chaque fois plus autonome<sup>1156</sup>.

Autrement dit, il s'agit d'une société transnationale où le droit transnational représente un modèle de pluralisme juridique maximaliste, où le partage des compétences souveraines se fait entre les acteurs étatiques et non étatiques. Bien que les acteurs non étatiques exercent des compétences normatives depuis longtemps, Ilgen constate l'émergence croissante de ce phénomène du partage des compétences souveraines, surtout après la fin de la Guerre froide. C'est ainsi que selon lui, la mondialisation anéantit les caractéristiques essentielles de la souveraineté étatique, « the ability to make and enforce law, the power to define and defend territorial borders, the capacity to shape and direct national economic performance, and the authority to define the identity and command the loyalty of its citizens »<sup>1157</sup>. Le droit de la société transnationale n'est plus le monopole de l'État, ni de la communauté interétatique; le droit transnational provient plutôt de diverses autres sources. C'est aussi un droit qui permet aux individus d'avoir différentes appartenances en même temps, car la loyauté envers un seul État n'est plus la règle générale, mais plutôt l'exception.

---

<sup>1156</sup> Vieira Posada, *supra* note 447 à la p 197.

<sup>1157</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 21.

Dans la société transnationale, il n'y a plus de gouvernement étatique dominant, mais plutôt un système de gouvernance démocratique et corporative faite par une myriade de réseaux constitués d'acteurs étatiques et non étatiques. Selon Teubner, les acteurs non étatiques « claim worldwide validity independently of the law of the nation-states and in relative distance of the rules of international public law. They have come into existence not by formal acts of nation-states but by strange paradoxical acts of self-validation »<sup>1158</sup>. Ce sont les acteurs qui appartiennent à un réseau qui approuvent eux-mêmes leurs propres règles de gouvernance. Perez suggère que ces réseaux mettent sur pied des institutions transnationales de la société civile organisée. Les institutions transnationales, dont Perez discute, ne se soumettent pas à la règle d'un organisme mondial centralisé, puisqu'elles ne forment pas un système hiérarchique unifié. De plus, les institutions transnationales ne suivent pas une idéologie unique, car selon le secteur d'activités, les institutions transnationales représentent divers intérêts de la société civile organisée. À titre d'exemple, Perez cite quelques institutions transnationales, notamment :

in addition to the WTO and the two other Bretton Woods entities – standardisation bodies such as the ISO, the Codex Commission and the International Office of Epizootics, private association such as the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) and the International Chamber of Commerce, transnational corporations and financial companies, hybrid bodies, such as the Global Reporting Initiative (GRI) and national courts<sup>1159</sup>.

Cette liste, à laquelle nous pouvons toujours ajouter d'autres institutions transnationales, représente la société transnationale. La myriade d'institutions de la société civile organisée, qui participent de la société transnationale, dépasse largement les institutions internationales mises sur pied par la communauté interétatique. En outre, étant donné que le modèle de la société transnationale renonce à l'unification mondiale de la société et accepte la marge de diversité culturelle, cela fait en sorte que les institutions transnationales constituent un modèle pluraliste de gouvernance mondiale. Segesvary décrit ce modèle d'institutions transnationales décentralisées comme suit : « The political entities replacing our nation-states will be institutional units based on the configuration of

---

<sup>1158</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, supra note 35 à la p xiii.

<sup>1159</sup> Oren Perez, *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environmental Conflict*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, aux pp 259-260.

ethnic, cultural, or religious communities representing particular identities, sometimes called segmental homogeneity or stateless forms of government »<sup>1160</sup>.

La gouvernance mondiale non étatique se réalise par les institutions transnationales de la société civile organisée, au moyen de normes autonomes qui dépassent les délimitations territoriales. Latty explique le fonctionnement des institutions transnationales en ces termes :

Par ailleurs, des collectivités humaines organisées existent qui, malgré leur forme juridique de droit étatique, produisent des règles largement autonomes, dont la portée ne s'arrête pas nécessairement aux frontières nationales. Chacun de ces groupements s'organise et fonctionne aussi au moyen de règles, porteuses de prérogatives ou d'obligations pour leurs destinataires, dont le non-respect est susceptible d'encourir une sanction<sup>1161</sup>.

Un acteur non étatique qui participe aux activités régies par une institution transnationale peut alors encourir une peine disciplinaire ou pécuniaire. Mentionnons par exemple, les sanctions venant du TAS, qui s'appliquent sans passer par l'entremise des États. C'est ainsi que l'autonomie des institutions transnationales s'éloigne des frontières territoriales et s'approche du fonctionnement d'un secteur d'activités humaines distinctif. Autrement dit, il s'agit du fonctionnement autoréférentiel d'un sous-système juridique et social particulier<sup>1162</sup>.

En outre, Scelle préfère nommer les « sociétés internationales » sous la désignation de sociétés extra-étatiques. Il trouve les caractéristiques essentielles des institutions extra-étatiques en disant que :

Il s'agit cette fois de sociétés internationales, toujours composées de ressortissants d'États différents, mais que l'on qualifie d'extra-étatiques, parce que, pour la réalisation des fins qui leur sont propres, elles ne recourent point à l'activité des gouvernements et agents étatiques. D'autre part elles ne tendent point non plus à se transformer en super-État. En effet, la solidarité qui leur sert de base leur est *spéciale* et *exclusive*. Elle tend à s'affranchir des contraintes étatiques, à rejeter l'intervention des gouvernements et agents nationaux. Sa caractéristique est de se donner à elle-même des institutions autonomes, des gouvernements et des agents propres<sup>1163</sup>.

---

<sup>1160</sup> Segesvary, *supra* note 129 à la p 106.

<sup>1161</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 9.

<sup>1162</sup> Coutu, *Max Weber*, *supra* note 603 à la p 239.

<sup>1163</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 58.

En d'autres termes, les sociétés extra-étatiques se gouvernent par un droit extra-étatique<sup>1164</sup>, elles ne permettent pas l'intervention directe des autorités étatiques dans leurs activités quotidiennes. En définitive, les sociétés extra-étatiques sont des personnes morales privées autonomes<sup>1165</sup>. Malgré leur autonomie, les sociétés extra-étatiques, dont Scelle plaide, ne représentent jamais l'ensemble d'une communauté politique, car ce niveau de représentativité reste un attribut de l'État moderne. Les sociétés extra-étatiques s'approprient de certaines compétences souveraines, dans la mesure où elles se spécialisent dans la gestion d'un champ de compétence déterminé. D'après Scelle, la solidarité entre les membres d'une société extra-étatique est limitée :

Ce sera une solidarité spirituelle ou religieuse, tel que nous la rencontrons dans les Églises ; ou bien d'ordre scientifique, philanthropique, en tout cas désintéressée ; ou bien au contraire nettement utilitaire, par exemple une solidarité professionnelle comme dans les 'internationales' : internationales ouvrières, patronales, commerciales, financières, etc. En tout cas, le domaine en est spécialisé<sup>1166</sup>.

Scelle indique aussi que la solidarité des membres d'une société extra-étatique est « d'ordre moral, culturel ou professionnel, et leur processus de formation rappelle celui qui tend à se produire également dans les sociétés étatiques lorsqu'on y voit naître des organisations professionnelles, économiques ou autres, qui élaborent leur propre droit et réclament le pouvoir de s'administrer elles-mêmes »<sup>1167</sup>.

Le droit transnational qui gère les relations entre les divers acteurs non étatiques, ainsi que les personnes morales privées (sociétés extra-étatiques) en particulier, est généralement un droit de source non étatique. Selon Teubner :

The boundaries of global law are formed not by maintaining a core 'territory' and expanding on a federal basis as Kant perceived in terms of nation-states, but rather, by 'invisible colleges', 'invisible markets and branches', 'invisible professional communities', 'invisible social networks' that transcend territorial boundaries but nevertheless press for the emergence of genuinely legal forms<sup>1168</sup>.

---

<sup>1164</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 289 (« Le droit extra-étatique se constitue dans un domaine abandonné par l'État ou conquis sur lui »).

<sup>1165</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 288 (« ces groupements seront gérés non pas par la collaboration des gouvernements ou agents des États auxquels ressortissent les individus membres, mais par de gouvernements et agents qui trouvent leur origine et leur investiture dans la société extra-étatique elle-même »).

<sup>1166</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 288.

<sup>1167</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 58.

<sup>1168</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 aux pp 7-8.

L'apparition de législateurs alternatifs, la mise en place d'autorités administratives hybrides, l'établissement de tribunaux transnationaux non étatiques ainsi que l'émergence d'entreprises privées de sécurité, entre autres situations factuelles, sont autant de manifestations contemporaines de l'éclatement des compétences étatiques. Pour cette raison, la présence de plusieurs acteurs (étatiques et non étatiques) dans la cogestion de la gouvernance mondiale conduit au phénomène du partage de compétences. Autrement dit, la montée progressive de nouveaux acteurs, la diminution de la fidélisation de l'individu envers l'État et la transformation de la souveraineté générale en simple compétence particulière constituent les principaux éléments qui génèrent les conditions idéales de décomposition du concept classique de souveraineté exclusivement étatique. Les TIC et la mondialisation, qui ont cours depuis la fin de la Guerre froide, font en sorte que la souveraineté étatique perd graduellement son essence. Ilgen prend parti : « I will argue that the core features of globalization derive from a set of economic assumptions about how economic resources are most efficiently allocated. Those assumptions entrust private individuals and groups, acting in their self-interest, to make decisions about resource allocation »<sup>1169</sup>.

L'autorégulation à l'échelle internationale est un phénomène relié à l'internationalisation des acteurs non étatiques. Autrement dit, dans la mesure où les personnes morales privées transnationales gagnent du terrain sur la scène internationale, l'autorégulation augmente. Les personnes morales privées transnationales s'affirment à l'international, soit pour renforcer l'ordre économique de la mondialisation (sociétés transnationales), soit pour le dénoncer (ONG). Pirotte affirme :

L'internationalisation de la société civile s'articule principalement autour de deux pôles associatifs, parfois proches – par la dénonciation de certains aspects de la globalisation économique –, parfois plus éloignés, mais mus chacun par des facteurs particuliers. D'une part, la société civile internationale trouverait à s'incarner dans les nouvelles organisations non gouvernementales qui se sont développées un peu partout dans le monde, principalement au cours de la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle. D'autre part, on voit apparaître également une société civile internationale lors de mobilisations citoyennes plus ou moins structurées, articulées autour d'une dénonciation globale de l'ordre économique mondial<sup>1170</sup>.

---

<sup>1169</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 17.

<sup>1170</sup> Pirotte, *supra* note 825 à la p 90.

Au 21<sup>e</sup> siècle, la société civile organisée prend place à l'échelle internationale par l'entremise de diverses personnes morales privées transnationales, qui agissent hors de l'autorité étatique. L'aboutissement de cette libération de la tutelle étatique se renforce par la déclaration d'un droit d'association internationale sans limites. En d'autres termes, nous percevons que le commencement de la formation du concept de la liberté d'association devient un droit à l'échelle internationale. Il devient possiblement un droit, qui n'est pas nécessairement garanti ni interdit par les États. En définitive, le droit à la liberté d'association à l'international autorise les personnes privées, qui agissent dans les relations transnationales, à mettre sur pied quelques services spécialisés. Dans le contexte d'une société complexe, le pluralisme juridique explique bien le fait que certains champs de spécialisation sont des domaines que les acteurs non étatiques se sont appropriés. Selon Scelle, le droit des gens « confère aux gouvernements et agents des sociétés extra-étatiques leurs compétences [...] On peut même comparer ces organisations sociales extra-étatiques à des *services publics* émancipés de la tutelle des États »<sup>1171</sup>. Les organisations extra-étatiques revendiquent une certaine autonomie par rapport au monopole de l'État sur le droit. C'est ainsi que quelques acteurs non étatiques exercent une compétence spécifique dans des domaines spécialisés<sup>1172</sup>. Sassoli constate : « N'oublions pas ensuite les règles d'autorégulation qui se développent de plus en plus : *lex mercatoria*, *lex electronica*, droit international du sport ... tout cela est élaboré par des acteurs non étatiques pour des acteurs non étatiques et les États sont davantage des spectateurs dans ces domaines »<sup>1173</sup>.

Nous étudierons certains exemples de ces champs d'autorégulation qui s'affranchissent de la tutelle étatique. Il s'agit de parcourir succinctement les spécialités où les acteurs non étatiques exercent leurs compétences relativement autonomes : la religion (1), le sport (2), le droit autochtone (3), le droit de l'environnement (4), le commerce (5), les services personnels transnationaux (6), ainsi que les normes techniques et de standardisation

---

<sup>1171</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 58.

<sup>1172</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 290 (« Les sociétés extra-étatiques peuvent bien être comparées à de vastes services publics de la collectivité du droit des gens, puisqu'elles ont pour but de satisfaire à un besoin des membres de cette collectivité, mais leur origine est spontanée. Les services qu'elles constituent auront une autonomie garantie, disposeront de biens à eux affectés, régleront librement la gestion des intérêts qu'ils servent, seront indépendants des gouvernements » étatiques).

<sup>1173</sup> Marco Sassoli tel que cité dans Sandoz, *supra* note 1042 à la p 104.

(7)<sup>1174</sup>. Il existe d'autres domaines d'autorégulation, tels que le droit de l'Internet (*lex internautica, lex cybernautica, lex electronica, lex informatica, etc.*)<sup>1175</sup>. Ils méritent assurément eux aussi une analyse détaillée, mais, les contraintes de la présente thèse exigent qu'ils soient remis à plus tard, dans le cadre d'une étude plus exhaustive de diverses manifestations internationalisées du pluralisme juridique.

## **1. La religion : le droit canonique et le droit musulman**

La liberté religieuse de chaque royaume constitue l'un des fondements de la paix de Westphalie<sup>1176</sup>. L'Europe donne ainsi naissance au système interétatique moderne. Les États naissants sont chrétiens (catholiques et protestants). Le droit international classique possède, pour ainsi parler, une explication religieuse. Scelle remarque :

Le christianisme originel était, par plusieurs de ses dogmes, éminemment propre à fournir la base d'une doctrine moniste des relations internationales. Il proclamait l'égalité des individus dans le domaine spirituel ; *l'unité du genre humain* ; la soumission nécessaire des détenteurs de la force à des règles de morale et de justice révélées, s'imposant à toute organisation humaine. C'était donner au Droit un fondement *objectif* antérieur et supérieur à la législation positive<sup>1177</sup>.

Les principes directeurs du christianisme deviennent en quelque sorte les fondements du droit international classique. Les annonceurs du droit international, comme Saint Augustin d'Hippone<sup>1178</sup>, Saint Thomas d'Aquin<sup>1179</sup>, Francisco de Vitoria<sup>1180</sup>, Francisco

---

<sup>1174</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global, supra* note 35 à la p xiii (« Technical standardization, professional rule production, human rights, intra-organizational regulation in multinational enterprises, contracting arbitration, and other institutions of *lex mercatoria* are forms of rule-making by 'private governments' which have appeared on massive global scale »).

<sup>1175</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 211 (« Ces normes autarciques se révèlent déjà relativement communes de certaines matières telles que le droit social, le droit financier ou le droit économique international, avec sa fameuse *lex mercatoria*. Le droit de l'Internet peut être sans hésitation aucune ajouté à la liste »).

<sup>1176</sup> Giuseppe Carnazza Amari, *Traité de droit international public en temps de paix*, v 1, traduit par Montanari Revest, Paris, L Larose libraire éditeur, 1880, à la p 173.

<sup>1177</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 291.

<sup>1178</sup> Saint Augustin d'Hippone, *La Cité de Dieu*, traduit par L Moreau, Paris, Librairie éditeur Charpentier, 1843.

<sup>1179</sup> Saint Thomas d'Aquin, *Somme theologique*, 6<sup>e</sup> édition, traduit par F Lachat, Paris, Louis Vives, 1899.

<sup>1180</sup> Francisco de Vitoria, *De Indis et de jure belli relectiones*, Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1917.

Suárez<sup>1181</sup> et d'autres, s'occupent de faire en sorte que les relations internationales de leur époque prennent en considération les préceptes chrétiens. Au sujet du processus de formation du droit international classique, Domingo constate que « canon law contributes more than almost anything else: the principle of personhood against that of the state's territoriality, an appropriate combination of the common and the local, a respect for legal sources not strictly legislative, and clear support for principles and rules »<sup>1182</sup>. La structure et la forme du droit canonique deviennent le modèle à suivre pour le droit positif en droit étatique interne et en droit international. Le droit canonique possède aussi en ce qui a trait aux principes une vocation universelle. Domingo affirme, « the *ius canonicum* would make a good instrument for reflection on the formation of a global law, just as it did in the formation of Medieval Europe; it is universal and inclusive, and not, strictly speaking, a state law »<sup>1183</sup>. Dans la mesure où le christianisme constitue l'un des fondements essentiels de la culture occidentale, le droit international classique se voit fortement influencé par la pensée chrétienne<sup>1184</sup>.

Les relations internationales influencées par le christianisme, et particulièrement par l'Église catholique, font en sorte que cette dernière est reconnue par différents États comme étant un acteur non étatique apte à participer à la vie politique internationale. Le Saint-Siège est notamment un État non membre observateur permanent auprès des Nations Unies<sup>1185</sup>. Ce statut international qu'on reconnaît au Saint-Siège lui permet d'entrer en relation directe avec les États. C'est ainsi que le Saint-Siège signe différents accords bilatéraux avec les États. Le Concordat est l'un de principaux documents juridiques qui lient quelques États avec le Saint-Siège. Scelle décrit :

Du point de vue *matériel*, un Concordat est un *acte réglementaire* passé par des gouvernements internationaux, le Pape d'une part et les gouvernements étatiques de l'autre, en vue de régler la situation du clergé, la discipline, les circonscriptions

---

<sup>1181</sup> Francisco Suárez, *De legibus (III, 17-35) : de politica obligatione*, Madrid, Instituto Francisco Vitoria, 1977.

<sup>1182</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 19.

<sup>1183</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 19.

<sup>1184</sup> William Blackstone, *Commentaries on the laws of England: in four books*, Volume 4, 13e édition, Londres, A Strahan, 1800, Chapter the Fourth (Of Offences against God and Religion).

<sup>1185</sup> Nations Unies, *États non membres auxquels a été adressée une invitation permanente à participer en qualité d'observateurs aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et ayant une mission permanente d'observateur au Siège de l'ONU*, en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/nonmembers.shtml>>.



religieuses, la nomination des dignitaires, le traitement de prêtres et certaines institutions mixtes, comme le mariage, qui ont à la fois un aspect civil et un aspect confessionnel<sup>1186</sup>.

Le droit canonique influence la common law anglaise et le droit romain médiéval dans des domaines comme l'équité, les mœurs, la bonne foi, et les litiges<sup>1187</sup>. Même de nos jours, les institutions sociales comme le mariage ou l'éducation sont encore régies, là où le Concordat est en vigueur, par un mélange de normes étatiques et religieuses. Par exemple, le Conseil d'État de France est d'« avis que le régime concordataire tel qu'il résulte de la loi 18 germinal an X, est en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas Rhin et de la Moselle »<sup>1188</sup>. Il est pourtant étonnant que « la Révolution française fit apparaître pour la première fois dans sa netteté entière l'idée de l'État laïque, de l'État neutre entre tous les cultes, indépendant de tous les clergés, dégagé de toute conception théologique »<sup>1189</sup>. L'État entièrement laïque ne constitue qu'une demi-réalité, même en France, où un régime de pluralisme juridique persiste dans une portion représentative du territoire étatique. Il convient d'aller voir ailleurs, là où religion et État cohabitent sans difficulté.

Les États musulmans adoptent aussi la liberté religieuse de chaque royaume comme fondement de leur participation à la vie interétatique. Il n'est pas rare de voir le droit musulman devenir la source du système juridique dans les États arabes. Le droit musulman ou la charia est un système juridique complet. Selon Fathally, les normes du droit musulman découlent directement « du Coran et de la Sunna ou fondées sur ceux-ci (*le fiqh*) et qui créent un système d'ordonnances relevant de l'obligatoire (*fard*), du recommandé ou recommandable – (*mandūb*), de l'interdit (*harām*), du permis – ou autorisé (*halāl ou mubāh*) et du détestable, mais permis (*makrūh*) »<sup>1190</sup>. En droit

---

<sup>1186</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 299.

<sup>1187</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 18 (« With the Roman Pontiff as caput Ecclesiae, canon law left its stamp on English common law and on medieval Roman law in such areas as equity, mores, good faith, and litigation »).

<sup>1188</sup> CE, 24 janvier 1925, *Avis sur le concordat en France d'après la consulte d'Édouard Herriot*, tel que cité dans Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2005, à la p 221 note 4.

<sup>1189</sup> Laurent Laot, *La laïcité, un défi mondial*, Paris, Éditions de l'Atelier, 1998, à la p 35.

<sup>1190</sup> Jabeur Fathally, *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2012, aux pp 24-25, en ligne : Recherche Université d'Ottawa

musulman classique, la société n'est pas elle-même la source ni l'origine du droit, parce que le droit est imposé à la société, et les membres de la société doivent simplement le suivre. Domingo explique cette différence entre le système juridique occidental et le droit musulman ainsi, « *sharia* is a noncodified legal system based fundamentally on interpretation. It differs from Western legal systems in that it holds that law is not the result of experience, nor does it develop at society's pace. In *sharia*'s view, the law itself must shape society, not vice versa »<sup>1191</sup>.

Nous identifions un droit musulman classique et un droit musulman contemporain. Dans le droit musulman classique, la société musulmane traditionnelle doit vivre en conformité avec le droit, et les membres de la société doivent s'adapter au droit musulman. Le droit musulman classique conçoit aussi une vision du droit international. Fathally écrit, le *jus gentium* « que les jurisconsultes musulmans ont appelé *siyār* est fondé sur une vision binaire des rapports internationaux laquelle fut abandonnée par les États musulmans contemporains »<sup>1192</sup>. Domingo est aussi d'accord pour dire que la *siyār* constitue le *jus gentium* musulman :

The *siyar* is also of interest because it is an Islamic law of nations; its purpose is to order relations with non-Muslims. The parallels between *siyar* and *ius gentium* are clear. Just as the Roman law of nations is an extension of *ius civile* for dealing with non-Romans, so is the extension of *sharia* by *siyar* for relations with those who not embraced Islam<sup>1193</sup>.

La vision binaire du droit musulman, c'est-à-dire la distinction qui est faite entre le droit applicable aux musulmans et le droit pour les non-musulmans<sup>1194</sup>, contient quelques éléments de pluralisme juridique. Le principe de la personnalité ou le statut personnel constituent le principal critère d'interprétation et d'application du droit musulman. Domingo y trouve une importante caractéristique lorsqu'il s'agit de construire un système juridique mondial complexe. Il indique : « The basis of this law in interpretation of principles and its personal and non-territorial nature – which even allows for a personal

---

<[https://www.ruor.uottawa.ca/fr/bitstream/handle/10393/20696/Fathally\\_Jabeur\\_2012\\_these.pdf?sequence=1](https://www.ruor.uottawa.ca/fr/bitstream/handle/10393/20696/Fathally_Jabeur_2012_these.pdf?sequence=1)> [Fathally].

<sup>1191</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 20.

<sup>1192</sup> Fathally, *supra* note 1190 à la p 49.

<sup>1193</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 19.

<sup>1194</sup> Fathally, *supra* note 1190 à la p 52.

statute of legal application - may be of great use in designing a global legal system »<sup>1195</sup>. L'idée n'est pas d'utiliser le statut personnel pour distinguer entre musulman et non-musulman, mais d'être capable de comprendre que le critère de territorialité commence à être insuffisant pour interpréter les situations juridiques qui surviennent à l'époque contemporaine. En ce qui concerne la vision binaire en droit musulman, Fathally affirme : « La réalité de la pratique des États musulmans [...] y compris ceux qui se disent appliquer la *sharī'ah*, ont rompu avec cette conception binaire du monde »<sup>1196</sup>. Les pays de droit musulman vivent un changement profond en ce qui a trait aux sources normatives. Lavorel constate :

Le système constitutionnel des pays arabes se caractérise en effet par la coexistence de normes d'origines diverses : leur corpus constitutionnel regroupe à la fois des règles traditionnelles de source coranique et des règles juridiques d'influence libérale. Cet assemblage témoigne du pluralisme juridique qui touche toutes les branches du droit dans les pays arabes<sup>1197</sup>.

La pluralité des sources en droit musulman contemporain constitue un phénomène remarquable, car les sources coraniques doivent partager leur autorité interprétative avec d'autres sources normatives. En définitive, le système normatif musulman est devenu plural. Lavorel affirme : « Ce pluralisme juridique est au cœur de toute analyse portant sur le droit constitutionnel des pays arabes : il contribue en effet à résoudre la question de l'effectivité relative des normes constitutionnelles, en posant comme hypothèse la valeur modulée de ces normes »<sup>1198</sup>.

---

<sup>1195</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 21.

<sup>1196</sup> Fathally, *supra* note 1190 à la p 58.

<sup>1197</sup> Sabine Lavorel, *Les Constitutions arabes et l'Islam : Les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université de Québec, 2005, à la p 2 [Lavorel].

<sup>1198</sup> Lavorel, *supra* note 1197 à la p 15.

## 2. *Le sport : la lex sportiva*

Les épreuves athlétiques assorties de règles et de codes de conduite existent au moins depuis l'époque de la civilisation grecque antique<sup>1199</sup>. Cependant, il convient de signaler que le sport moderne désigne un groupe d'activités très précises, parce que ce ne sont pas toutes les activités athlétiques qui entrent dans cette catégorie. D'après Latty, la *lex sportiva* ne s'applique pas aux activités du loisir qui se pratiquent dans un esprit purement ludique : « Le sport sous-tend l'idée de performance et donc une comparaison entre concurrents individuels ou collectifs. C'est par la compétition que celle-ci s'exprime. La mise en comparaison des performances implique l'existence de règles, d'une organisation, et donc d'une autorité légiférante »<sup>1200</sup>. C'est ainsi que les normes qui régissent l'activité sportive constituent un *corpus juris* très dynamique que certains auteurs qualifient de semi-autonome<sup>1201</sup>, car les athlètes sportifs, les compétitions sportives et les organisations sportives se gouvernent par une pluralité de règles étatiques, supra-étatiques et extra-étatiques. Encore selon Latty : « Le sport est donc une expression particulièrement convaincante du pluralisme juridique, en ce sens qu'il est régi par une pluralité de droits d'origines diverses. De fait, la doctrine – continentale du moins – n'est pas loin d'être unanime pour parler d'un 'ordre juridique du sport' existant à côté des ordres juridiques étatiques »<sup>1202</sup>.

En effet, le droit du sport dont on parle fait référence aux normes qui émanent directement des organisations sportives transnationales, car ce sont ces organisations qui participent à l'autorégulation et à l'administration du secteur sportif compétitif. D'après Latty : « La *lex sportiva* n'est pas le fruit d'une 'Organisation internationale du sport' créée par un traité international, mais le produit d'organisations non gouvernementales dont le 'patrimoine génétique' n'a pas été transmis par le droit des gens »<sup>1203</sup>. Les normes qui constituent la *lex sportiva* s'adressent aux athlètes et équipes qui concourent aux

---

<sup>1199</sup> Allen Guttmann, *Du rituel au record : La nature des sports modernes*, traduit par Thierry Terret, Paris, L'Harmattan, 2006, à la p 72 (« Du point de vue de la rationalisation des règles, les sports grecs se situent quelque part entre les activités primitives et modernes »).

<sup>1200</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 24.

<sup>1201</sup> Rigozzi, *supra* note 53 à la p 77.

<sup>1202</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 28.

<sup>1203</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 626.

compétitions locales, nationales, continentales et mondiales<sup>1204</sup>. L'ensemble des organisations sportives transnationales se regroupe sous le parapluie du Mouvement olympique international. C'est le cas des fédérations sportives nationales et internationales et en particulier, et du Comité international olympique. Le Mouvement olympique est l'organisation transnationale *de facto* qui se gouverne par ses propres règles, par la Charte olympique<sup>1205</sup> et par d'autres normes. L'ensemble des normes de cet ordre juridique reçoit l'appellation de *lex sportiva*. Le Mouvement olympique agit partout dans le monde par l'entremise d'organes reconnus par la Charte olympique. « Les trois principales parties constitutives du Mouvement olympique sont le Comité international olympique (CIO), les Fédérations internationales de sport (FI), et les Comités nationaux olympiques (CNO) »<sup>1206</sup>.

Cet ordre juridique autonome se limite à la spécificité sportive dans la mesure où les aspects non sportifs appartiennent au droit étatique ou supra-étatique. Par exemple, les effets économiques de l'activité sportive peuvent se buter à la compétence partagée d'autres ordres normatifs. C'est le cas de l'affaire Bosman, où la Cour de justice des communautés européennes soumet le droit sportif à teneur économique aux normes du libre marché de l'Union européenne<sup>1207</sup>. Cependant, l'arbitrage en matière de sport est devenu tellement fréquent qu'il reprend en grande partie l'autonomie de la *lex sportiva*<sup>1208</sup>. C'est ainsi que la Charte olympique confirme que le TAS est la juridiction permanente et exclusive chargée de résoudre les différends sportifs. Aux termes de l'article 60 de la Charte olympique : « Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport (TAS), conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport »<sup>1209</sup>. Cette compétence exclusive et permanente est aussi confirmée par le Code mondial antidopage,

---

<sup>1204</sup> Latty, *supra* note 16 aux pp 47 et ss.

<sup>1205</sup> Mathieu Reeb, *Tribunal Arbitral du Sport : Recueil des sentences du TAS (2003-2004)*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, à la p 31, cas 38, (« As such, the [Olympic Charter] is hierarchically the paramount body of rules governing the IOC's activities. However, this does not prevent the OMAC containing provisions which flesh out the former in the sense of a *lex specialis* »).

<sup>1206</sup> *Charte olympique*, *supra* note 7 art 1.2.

<sup>1207</sup> CJEU *Union royale belge des sociétés de football c Jean-Marc Bosman*, C-415/93 [1995] Rec CE I-5040.

<sup>1208</sup> Rigozzi, *supra* note 53 à la p 736.

<sup>1209</sup> *Charte olympique*, *supra* note 7 art 61.2.

qui stipule à son alinéa 13.2.1 : « Dans le cas découlant de la participation à une manifestation internationale ou dans le cas impliquant des sportifs de niveau international, la décision peut faire l'objet d'un appel uniquement devant le TAS et en accord avec les dispositions en vigueur auprès de ce tribunal »<sup>1210</sup>.

Depuis 1984, le TAS exerce les fonctions judiciaires en matière de sport par l'intermédiaire des arbitres. Initialement, le CIO administre le TAS, mais depuis 1994, c'est le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) qui devient par mandat du CIO l'autorité administrative, financière et législative de l'arbitrage dans le domaine du sport. Afin de remplir ce mandat, le CIAS adopte en 1994 le *Code de l'arbitrage en matière de sport*. Le Code de l'arbitrage en matière de sport entra en vigueur en 1994 et fut révisé en 2004<sup>1211</sup>. La doctrine juridique confirme aussi l'autorité mondiale reconnue au TAS :

Le T.A.S. dispose en matière d'arbitrage d'une position dans le monde sportif qui, à défaut d'être complètement monopolistique, en a au moins la vocation. La presque totalité des fédérations internationales existantes – du moins l'intégralité des F.I. 'olympiques' et un grand nombre parmi celles reconnues – et environ la moitié des comités nationaux olympiques en reconnaissent aujourd'hui la compétence à l'exclusion de toute autre instance<sup>1212</sup>.

La montée en puissance du TAS représente aussi l'autonomie grandissante de la *lex sportiva* et du mouvement olympique, ce dernier étant considéré comme un acteur non étatique qui participe au partage de compétences souveraines dans les relations internationales<sup>1213</sup>. De manière globale, l'ordre juridique sportif autonome s'accompagne de normes et d'organes complémentaires d'une nature mixte.

L'Agence mondiale antidopage (AMA) est une organisation transnationale mixte, puisqu'elle est gouvernée et financée, et par les gouvernements étatiques, et par le mouvement olympique. En ce qui a trait à la gouvernance interne, l'AMA fonctionne

---

<sup>1210</sup> Agence mondiale antidopage, *Code mondial antidopage*, (adopté en 2003, entré en vigueur en 2004, révisé en 2007, version révisée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009), art 13, en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/World\\_Anti-Doping\\_Program/WADP-The-Code/WADA\\_Anti-Doping\\_CODE\\_2009\\_FR.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf)>.

<sup>1211</sup> Tribunal arbitral du sport, *Informations générales : historique du TAS*, en ligne : TAS <<http://www.tas-cas.org/historique>>.

<sup>1212</sup> Latty, *supra* note 16 à la p 285.

<sup>1213</sup> Jean-Loup Chappelet, *De L'autonomie du sport En Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010, aux pp 11 et ss.

comme une fondation de droit privé suisse, mais son bureau principal est situé à Montréal. Depuis 1999, l'AMA opère partout dans le monde afin de « coordonner, au niveau international, la lutte contre le dopage dans le sport sous toutes ses formes ». L'AMA, qui est l'autorité législative planétaire en matière de contrôle antidopage, doit remplir ce mandat. C'est ainsi que l'AMA établit, adapte, modifie et tient « à jour, à l'intention de tous les organismes publics et privés concernés, entre autres le C.I.O., les F.I. et les C.N.O., la liste des substances et méthodes prohibées dans la pratique du sport »<sup>1214</sup>. Autrement dit, l'AMA est l'autorité responsable de l'adoption et de la mise à jour du Code mondial antidopage.

Le Code mondial antidopage (le code) constitue le texte juridique fondamental qui contient les règles antidopage. Le code traite notamment du contrôle du dopage, du travail de laboratoire, de la liste des substances et méthodes interdites, des autorisations d'usage à des fins thérapeutiques et de la protection des renseignements personnels<sup>1215</sup>. Le code est une norme d'origine non étatique, mais les États adhèrent à ce texte juridique extra-étatique par le biais de la *Convention internationale contre le dopage dans le sport*<sup>1216</sup>.

Les athlètes sont assujettis au code antidopage et subissent les sanctions émises par les autorités sportives nationales et internationales. Mentionnons l'affaire Lance Armstrong à titre d'exemple. Lorsqu'Armstrong participe et gagne plusieurs compétitions sportives, dont sept « Tours de France », il passe tous les tests antidopage ordinaires sans résultat positif. Cependant, les organisations nationales antidopage demeurent responsables d'enquêter et de sanctionner les athlètes de leur pays en et hors compétition. C'est ce que l'Agence antidopage des États-Unis (USADA)<sup>1217</sup> fait pendant plusieurs années

---

<sup>1214</sup> Agence mondiale antidopage, *Statuts de l'Agence mondiale antidopage*, (Statuts conformes, après les modifications décidées par le Conseil de fondation le 10 mai 2009), art 4.1 et 4.3, en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/About\\_WADA/Statutes/WADA\\_Statutes\\_2009\\_FR.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/About_WADA/Statutes/WADA_Statutes_2009_FR.pdf)>.

<sup>1215</sup> Agence mondiale antidopage, *Code mondial antidopage*, (adopté en 2003, entré en vigueur en 2004, révisé en 2007, version révisée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009), en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/World\\_Anti-Doping\\_Program/WADP-The-Code/WADA\\_Anti-Doping\\_CODE\\_2009\\_FR.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf)>.

<sup>1216</sup> *Convention internationale contre le dopage dans le sport*, 19 octobre 2005, (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2007), en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/World\\_Anti-Doping\\_Program/Governments/UNESCO\\_Convention.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/Governments/UNESCO_Convention.pdf)>.

<sup>1217</sup> L'USADA est un organisme non gouvernemental étasunien à but non lucratif, c'est-à-dire, elle est une agence non étatique nationale ; voir, Agence antidopage des États-Unis, *About USADA*, en ligne : USADA

d'enquête. À partir de plusieurs témoignages, l'USADA réussit à identifier le système de dopage employé par Armstrong pendant plusieurs années. C'est ainsi qu'en octobre 2012, l'USADA « has found that Lance Armstrong violated the applicable anti-doping rules, that his competitive results achieved since August 1, 1998, should be and are, disqualified and that he is properly and appropriately ruled ineligible for life pursuant to the terms of Article 10.10.1 of World Anti-Doping Code »<sup>1218</sup>. Sans intervention directe d'un État souverain, la vie sportive et professionnelle d'un athlète se voit réglementer et sanctionner par la *lex sportiva* et les entités chargées de son administration.

La *lex sportiva* représente manifestement un champ de compétence spécifique dont la structure organisationnelle et normative est relativement autonome par rapport aux États en particulier, et au système interétatique en général<sup>1219</sup>. Cette structure est hautement hiérarchique dans son intérieur<sup>1220</sup>.

### **3. Le droit des peuples autochtones : l'autodétermination pour 370 millions d'indigènes et d'autres communautés dans le monde**

Le droit international classique ignore les droits ancestraux des peuples autochtones. Exception fait des *Nuevas Leyes y Ordenanzas para la gobernación de las Indias y el buen tratamiento y conservación de los indios*. Ces lois furent adoptées en 1542, Francisco de Vitoria ayant dénoncé les nombreux excès commis par les conquérants espagnols en Amérique<sup>1221</sup>. En théorie, ces lois donneraient les paramètres juridiques pour encadrer les relations des conquérants espagnols avec les autochtones. À l'époque de la colonisation, lors d'une première internationalisation du droit en ce qui a trait aux

---

<<http://www.usada.org/about>> (« The U.S. Anti-Doping Agency (USADA) is the national anti-doping organization for the Olympic movement in the United States. The U.S. Congress recognized USADA as 'the official anti-doping agency for Olympic, Pan American and Paralympic sport in the United States' »).

<sup>1218</sup> USADA *c Lance Armstrong*, Reasoned Decision, (2012), en ligne : USADA <<http://cyclinginvestigation.usada.org/>>.

<sup>1219</sup> Rigozzi, *supra* note 53 à la p XIX (« S'il est évident que la pluralité des ordres juridiques est une question inhérente à toute situation juridique internationale, elle revêt une importance particulière en matière sportive, domaine dans lequel on constate l'existence d'un véritable ordre juridique sportif, autonome par rapport aux ordres juridiques étatiques »).

<sup>1220</sup> Rigozzi, *supra* note 53 aux pp 34 et ss.

<sup>1221</sup> Cándido Pozo, *Estudios sobre Historia de la Teología*, Toledo, Instituto Teológico San Isidoro, 2006, à la p 231 et 232.



peuples autochtones, les colonisateurs élaborent un discours juridique qui va à l'encontre des intérêts des peuples aborigènes, dans la mesure où leurs droits originaires sur le territoire sont généralement ignorés et bafoués.

Otis et Laurent indiquent que depuis le « XIXe siècle, la logique d'internalisation' du statut des peuples autochtones était devenue irrésistible de sorte que la question de leurs droits à l'égard des terres et des ressources qu'ils occupaient et utilisaient conformément à leurs systèmes coutumiers fut reléguée à la sphère exclusive du droit interne »<sup>1222</sup>. Le droit positif étatique ne reconnaît pas les titres ancestraux sur le territoire, car selon le système étatique, seulement le registre foncier prouve la propriété sur les terres. Les terres sans registre foncier sont considérées vacantes et appartiennent à l'État. L'État peut disposer des terres vacantes comme il l'entend. En conclusion, lors du processus d'internalisation, les peuples autochtones sont dépossédés de leurs terres par l'État<sup>1223</sup>.

C'est le droit international classique qui donne justification à la doctrine de la découverte. Cette doctrine « autorisait l'affirmation unilatérale de souveraineté à l'égard de peuples dont les systèmes politiques, juridiques et économiques étaient réputés insuffisamment développés pour fonder une souveraineté internationale réservée aux seules nations 'civilisées' »<sup>1224</sup>. La doctrine de la découverte est aussi connue comme la doctrine de *terra nullius* ou de la terre sans maître. Il s'agit d'une conception eurocentrique selon laquelle les peuples qui se gouvernent par un système non étatique sont considérés comme non civilisés, par conséquent, ils ne sont pas autonomes et ils ne peuvent gérer un territoire. Ceci constitue le principe selon lequel tout territoire habité doit avoir son maître souverain<sup>1225</sup>, sans quoi il demeure *terra nullius*<sup>1226</sup>.

Au 21<sup>e</sup> siècle, la doctrine de *terra nullius* trouve de moins en moins d'applications. D'abord, le *Traité sur l'Antarctique* interdit l'usage de la notion de *terra nullius*, dans la

---

<sup>1222</sup> Ghislain Otis et Aurélie Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? » (janvier 2012) 89 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 43, à la p 44 [Otis et Laurent].

<sup>1223</sup> Otis et Laurent, *supra* note 1122 à la p 45.

<sup>1224</sup> Otis et Laurent, *supra* note 1122 à la p 44.

<sup>1225</sup> Kathryn Milun, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Burlington (VT), Ashgate Publishing, 2011, à la p 63.

<sup>1226</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 229 (« Parmi tous les modes d'établissement de la souveraineté territoriale, le droit international a toujours fait une place importante au fait de l'occupation effective d'un territoire sans maître (*terra nullius*), i.e. d'un territoire anétatique qui ne relève pas déjà d'un État membre de la communauté des nations »).

mesure où l'acquisition de la souveraineté territoriale par le principe de l'occupation effective d'un territoire sans maître n'est plus admise sur le territoire de l'Antarctique<sup>1227</sup>. Ensuite, dans l'avis consultatif relatif au Sahara occidental, la Cour internationale de justice atténue le principe pour le rendre presque inapplicable dans le futur<sup>1228</sup>. Notons également qu'en 2014, la Cour suprême du Canada affirme : « La doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada »<sup>1229</sup>. Ainsi, l'inapplicabilité de la doctrine de *terra nullius* conduirait progressivement au rétablissement de l'existence de territoires habités par des peuples qui se gouvernent au moyen d'un modèle non étatique. Du moins, c'est ainsi que quelques peuples autochtones envisagent leur autonomie<sup>1230</sup>. Dans les meilleures circonstances, quelques États signent des traités avec les premières nations, où un certain partage de compétences est accordé en ce qui concerne l'utilisation et la possession du territoire. Par exemple, la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît, à l'article 35, les droits des peuples autochtones du Canada comme suit : « (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »<sup>1231</sup>. La *Loi constitutionnelle* est une norme de droit interne canadien. La reconnaissance faite par cette norme constitutionnelle confirme la tendance de l'internalisation du droit autochtone, même si du même coup une sorte de pluralisme juridique interne est reconnu.

---

<sup>1227</sup> *Traité sur l'Antarctique*, 1<sup>er</sup> décembre 1959, 1961 RTNU 73, (entrée en vigueur : 23 juin 1961 (Voir art IV 2 « Aucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent Traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région. Aucune revendication nouvelle, ni aucune extension d'une revendication de souveraineté territoriale précédemment affirmée, ne devra être présentée pendant la durée du présent Traité »).

<sup>1228</sup> *Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] CIJ rec 12 au para. 80 (« Quelles qu'aient pu être les divergences d'opinions entre les juristes, il ressort de la pratique étatique de la période considérée que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*. On estimait plutôt en général que la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquiescer unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux »).

<sup>1229</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, au para 69.

<sup>1230</sup> Voir par exemple, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc Off AGNU, (adoptée le 13 septembre 2007), art 30 et 31, en ligne : UN, <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61fr.htm>> [*Déclaration peuples autochtones*].

<sup>1231</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, C 11.

Lajoie indique que dans le cas canadien, « on ne pouvait reconnaître et confirmer que ce qui existait déjà, et que c'est par conséquent au-delà du droit canadien, dans le droit maintenu depuis la colonisation par les Autochtones [au Canada], qui n'ont pas été conquis et ne se sont pas soumis qu'il fallait chercher cette définition »<sup>1232</sup>. Autrement dit, les droits ancestraux constituent une forme de droit pré-étatique<sup>1233</sup>. C'est un droit pré-étatique, parce qu'il s'agit de pratiques antérieures à l'implantation d'un État quelconque sur un territoire autochtone<sup>1234</sup>. Dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada admet implicitement la coexistence de deux ordres juridiques distincts, car elle affirme : « Il faut accorder une importance égale à la common law et au point de vue des Autochtones au moment d'évaluer une revendication du titre ancestral »<sup>1235</sup>. Le point de vue autochtone constitue un ordre juridique de valeur égale à la common law. De plus, la Cour indique que « le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law »<sup>1236</sup>. C'est ainsi que l'interprétation de la perspective autochtone intégrerait certains éléments du droit autochtone pré-étatique qui existait avant l'affirmation de la souveraineté du colonisateur. C'est le cas où « l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones »<sup>1237</sup>. Il semblerait donc que la Cour suprême du Canada envisage un type de droit des traités autochtone pré-étatique, c'est-à-dire qui était en vigueur avant la réception de la common law en Amérique du Nord<sup>1238</sup>.

Lajoie constate d'importantes convergences en ce qui a trait aux droits ancestraux identifiés spécifiquement chez les peuples autochtones du Canada. L'auteur regroupe les

---

<sup>1232</sup> André Lajoie, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Paris, Lextenso éditions, 2008, à la p 9 [Lajoie].

<sup>1233</sup> *Guérin c La reine* [1984] 335, aux pp 376 et ss.

<sup>1234</sup> *Bande indienne Wewaykum c Canada* [2002] 4 RSC 245, au para 75.

<sup>1235</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, au para 14.

<sup>1236</sup> *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, au para 32.

<sup>1237</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, au para 157.

<sup>1238</sup> *Mitchell c Ministère du Revenu National*, [2001] 1 RSC 911, aux paragraphes 9 et ss.

droits ancestraux en quatre catégories : les droits territoriaux, les droits économiques, les droits politiques et les droits culturels. Lajoie observe :

L'intégration la plus forte se situe à notre avis entre les droits territoriaux et les droits économiques, de même qu'entre les droits culturels et l'ensemble des autres droits. En effet, la très grande majorité de nos répondants de toutes les nations soulignent le rapport entre l'accès au territoire et son contrôle, qui constituent les droits territoriaux les plus importants, et l'exercice des droits économiques, non seulement traditionnels comme la chasse, la pêche et la cueillette, mais également et plus globalement l'exploitation des ressources naturelles dans leur ensemble<sup>1239</sup>.

Tous ces droits pré-étatiques sont internalisés par le droit étatique. Par exemple, la *Loi sur les Indiens* au Canada reconnaît que les biens situés sur une réserve autochtone sont exempts de taxation : « Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage [...] »<sup>1240</sup>. La même loi reconnaît aussi l'inaliénabilité des biens situés sur une réserve autochtone au Canada, « [...] les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande »<sup>1241</sup>. Dans la même veine, la *Loi sur la faune et la flore du Nunavut*, à l'article 10, on définit les droits ancestraux des Inuits en vue de la récolte, la conservation et la gestion des ressources naturelles<sup>1242</sup>. En outre, une nouvelle génération d'ententes entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones ouvre la porte à la mise en pratique d'un pluralisme juridique plus élargi. Cela est prévisible dans la mesure où un droit autochtone contemporain pourrait avoir lieu, car une autonomie gouvernementale autochtone est prévue<sup>1243</sup>.

Malgré l'internalisation et l'étatisation du droit autochtone, les peuples ancestraux revendiquent généralement le besoin d'une relation harmonieuse avec le territoire. Au fond, nous trouvons une confrontation entre visions très divergentes en ce qui a trait à la gestion du territoire et des ressources. Les peuples autochtones ont

---

<sup>1239</sup> Lajoie, *supra* note 1232 aux pp 140-141.

<sup>1240</sup> *Loi sur les Indiens*, LRC (1985), ch I-5, art 87 alinéa 2.

<sup>1241</sup> *Loi sur les Indiens*, LRC (1985), ch I-5, art 89 alinéa 1.

<sup>1242</sup> *Loi sur la faune et la flore*, LNun (2003), c 26, art 10.

<sup>1243</sup> *Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Canada*, entré en vigueur par la *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, LC 2005, ch 27, voir chapitre 17 de l'*Accord*.

généralement une vision cosmocentrique, tandis que les gouvernements étatiques pratiquent une vision anthropocentrique. L'anthropologue Eberhard décrit le contraste entre les cultures juridiques Mohawk et occidentales comme suit :

Pour le ministre moderne, l'important et le concret c'est le développement économique et l'autonomie gouvernementale des Autochtones (basées sur le mythe anthropocentrique que tout doit être développé et contrôlé par l'être humain, un gouvernement, une constitution écrite). Alors que pour le Mohawk traditionaliste (dont le mythe est plus cosmocentrique), la question primordiale et concrète n'est pas de développer la terre-mère, de la contrôler, mais de s'y harmoniser. Pour lui, l'important n'est pas d'avoir un gouvernement – même autonome – mais d'être membre de la communauté (sans chefs qui commandent et sans sujets qui lui obéissent) du grand cercle des Mohawks, des Haudenosaunee et des autres êtres vivants. Les gouvernements occidentaux modernes – partant toujours de leur mythe anthropocentrique – parleront de 'bâtir ensemble notre avenir', alors que les Mohawk traditionalistes s'intéresseront plutôt à vivre le présent en continuité avec la tradition ancestrale (selon leur mythe cosmocentrique)<sup>1244</sup>.

Il nous semble que la vision cosmocentrique de peuples autochtones leur permet de revenir à l'avant-plan, en droit international contemporain. Nous pensons que l'émergence des droits civils et politiques depuis l'époque des Lumières renforce la doctrine anthropocentrique. Par contre, l'émergence des droits collectifs, dont les normes pour un environnement sain, doit nous conduire vers une époque cosmocentrique de l'humanité. Il s'agit de la rupture entre modernité et postmodernité, qui suppose aussi un mouvement de balancier, qui penchait auparavant du côté de la primauté de la vision anthropocentrique, mais qui, dorénavant, penche du côté de la primauté de la vision cosmocentrique. Cette dernière apparaît compatible avec le discours de la protection de l'environnement. C'est ainsi que les peuples autochtones reviennent à nouveau à un processus d'internationalisation favorable. La vision et les revendications autochtones trouvent leur écho dans la société civile organisée, dans la mesure où les activistes en droit de l'environnement voient dans les peuples autochtones un allié naturel. Depuis les deux dernières décennies, le droit international de nouvelle génération commence à donner raison aux peuples autochtones, qui « trouvent un écho certain dans les instruments internationaux spécifiquement destinés à consacrer les droits collectifs et

---

<sup>1244</sup> Eberhard, « Quel droit », *supra* note 298 aux pp 16-17.

individuels des autochtones »<sup>1245</sup>. Par exemple, la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (C169)*<sup>1246</sup> stipule :

Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement<sup>1247</sup>.

Le droit international de nouvelle génération reconnaît une autonomie relative aux peuples autochtones, autonomie qui se combine avec un partage de compétences<sup>1248</sup>. C'est ainsi que dorénavant, le développement du territoire doit se faire en consultation mutuelle entre les autorités étatiques et les peuples autochtones. Dans cette perspective, la vision étatique du développement économique et la vision autochtone de la conservation harmonieuse de la mère terre peuvent cohabiter pacifiquement. En outre, « les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation »<sup>1249</sup>.

La *Déclaration des droits des peuples autochtones* va plus loin et confirme le droit d'autodétermination des peuples autochtones. L'article 3 stipule : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel »<sup>1250</sup>. Bien que plusieurs États n'adhèrent pas à ces instruments

---

<sup>1245</sup> Otis et Laurent, *supra* note 1122 à la p 46.

<sup>1246</sup> *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (C169)*, 27 juin 1989 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991, le Canada n'ayant pas encore ratifié cette convention), en ligne : OIT <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_I D:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_I D:312314:NO)> [C169].

<sup>1247</sup> C169, *supra* note 1246 art 7 alinéa 1.

<sup>1248</sup> Arbour, *supra* note 1 à la p 240 (« Il ne fait aucun doute que le mouvement actuel du droit international va dans le sens de la reconnaissance formelle d'un degré d'autonomie appréciable pour les peuples autochtones à l'intérieur des États existants »).

<sup>1249</sup> C169, *supra* note 1246 art 13 alinéa 1.

<sup>1250</sup> *Déclaration peuples autochtones*, *supra* note 1230 art 3.

internationaux, les tribunaux reconnaissent certains droits préexistant aux États<sup>1251</sup>. On parle ici des droits ancestraux des peuples autochtones. Ce sont des droits originaires, « que les autochtones contemporains tiendraient non pas d'un acte de concession opéré par l'État, mais plutôt de l'ordre juridique autochtone, d'origine précoloniale. Ce seraient par conséquent des droits préexistants que l'ordre étatique aurait vocation à reconnaître et non à créer ou octroyer »<sup>1252</sup>. Les droits préexistants des peuples autochtones sont reconnus dans l'*Affaire Mabo v Queensland*, lorsqu'en 1992 la Haute Cour de l'Australie admet l'effectivité des titres autochtones sur les terres soumises à l'appropriation ancestrale par les peuples aborigènes<sup>1253</sup>. De la même façon, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, déclare que « le titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique »<sup>1254</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme reconnaît aussi « l'égalité des cultures juridiques autochtones et occidentales et de la nécessité d'une définition pluraliste de la propriété protégée par l'article 21 de la Convention américaine »<sup>1255</sup>. Autrement dit, le modèle ancestral d'appropriation collective, qui est le propre de la culture autochtone, doit être protégé dans les mêmes conditions que le système étatique, ce dernier étant le propre du droit positif<sup>1256</sup>. Dans les cas de territoires autochtones, l'appropriation ancestrale est plus ancienne, donc elle a généralement la primauté lorsqu'il existe un conflit.

D'après la pensée autochtone, le conflit ne se limite pas à la détermination de la propriété sur le territoire; il s'agit aussi d'avoir une relation harmonieuse entre l'être humain et la terre. L'évolution réalisée pendant les deux dernières décennies fait en sorte que le contraste entre les visions cosmocentrique et anthropocentrique doit être concilié dans

---

<sup>1251</sup> *R c Van der Peet* [1996] 2 RCS 507, au para 74 (« Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société »).

<sup>1252</sup> Otis et Laurent, *supra* note 1122 à la p 46.

<sup>1253</sup> *Mabo v Queensland* [1992] HCA, 175 CLR 1.

<sup>1254</sup> *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, au para 114.

<sup>1255</sup> Otis et Laurent, *supra* note 1122 à la p 53.

<sup>1256</sup> *Affaire Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (31 de agosto de 2001), Int-Am Ct HR (Serie C) N° 79, au para 151.

une conception mixte de type cosmothéandrique comme le décrit Eberhard<sup>1257</sup>. La contribution des peuples autochtones consiste à mettre en priorité la notion de la relation harmonieuse de l'être humain avec le cosmos. Eberhard présente cette contribution autochtone comme une « refondation de notre lien avec l'environnement : c'est le défi d'une nouvelle relation à notre monde, à notre écosystème et d'une redéfinition de notre responsabilité environnementale et peut-être l'engagement d'un 'contrat naturel' »<sup>1258</sup>. Ce nouveau 'contrat naturel', proposé initialement par Michel Serres comme nouvelle éthique de philosophie écologiste<sup>1259</sup>, se manifeste juridiquement dans les normes de protection de l'environnement.

#### **4. Les normes de protection de l'environnement : la participation des ONG et la responsabilisation des acteurs non étatiques**

Le droit de l'environnement constitue un droit international de dernière génération qui se caractérise par une régulation décentralisée où différents acteurs étatiques et non étatiques s'entrecroisent afin d'exercer leurs compétences partagées à différents niveaux<sup>1260</sup>. « En outre, par son objet même, le droit international de l'environnement est, en partie au moins, 'transfrontière' par nature »<sup>1261</sup>. Dans le cadre de son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ définit la nature du droit de l'environnement, elle dégage aussi certains critères de la responsabilité étatique en ce qui concerne le respect de l'environnement :

L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant

---

<sup>1257</sup> Eberhard, « Quel droit », *supra* note 298 à la p 24.

<sup>1258</sup> Eberhard, « Quel droit », *supra* note 298 à la p 25.

<sup>1259</sup> Serres, *supra* note 536.

<sup>1260</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 130.

<sup>1261</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1418.



d'aucune juridiction nationale [cette obligation, donc] fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement<sup>1262</sup>.

La CIJ est consciente de l'existence de territoires qui n'appartiennent à aucun État, mais qui sont protégés par les normes déjà émises sur l'environnement. En outre, la vie sur la Terre dépend de la qualité de l'espace biosphérique. La Terre et sa biosphère constituent un écosystème planétaire interdépendant. D'après Nguyen, « la biosphère ne connaît pas de frontière et cette unité de l'écosystème confère au droit international de l'environnement des caractères particuliers »<sup>1263</sup>. Le même auteur expose trois caractéristiques fondamentales du droit international de l'environnement : « - les acteurs non étatiques y jouent un rôle bien plus important que celui qui leur est normalement dévolu; - la *soft law* y foisonne; la prévention y revêt un relief particulier et tend à éclipser les modalités traditionnelles de régulation, en particulier les mécanismes usuels de responsabilité »<sup>1264</sup>. Le rôle des acteurs non étatiques est fondamental à deux niveaux. Il y a la participation accrue que font les ONG lors de l'élaboration des normes et le suivi ou la surveillance de la mise en œuvre de normes protectrices de l'environnement. Dans un deuxième temps, on note la responsabilisation grandissante des acteurs non étatiques lorsqu'ils se comportent comme des pollueurs de l'environnement.

La participation des ONG lors des conférences qui portent sur l'environnement est devenue une pratique courante<sup>1265</sup>. Lindblom remarque : « The rules for accreditation of NGOs to UN conferences in the 1990s thus demonstrated a trend towards wider access for NGOs, and the adoption in 1996 of the general ECOSEC rules for consultative arrangements and NGO participation in conferences transformed this practice into a permanent arrangement »<sup>1266</sup>. Dans cette perspective, l'*International Law Association* propose d'élargir le rôle des acteurs non étatiques :

International institutions, regimes, and intergovernmental fora may extend invitations to participate in law- and policy-making to particular NSAs on the

---

<sup>1262</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif : CIJ Recueil 1996, p 226, au para 29.

<sup>1263</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1414.

<sup>1264</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1417.

<sup>1265</sup> Lys Vitral, *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, Paris, L'Harmattan, 2008, aux pp 65 et ss.

<sup>1266</sup> Lindblom, *supra* note 440 à la p 480.

grounds that these NSAs are well-versed in technical or legal aspects of the object to be regulated (e.g., MNEs, environmental NGOs), and thus contribute to the quality of international law and policy<sup>1267</sup>.

Une plus grande participation des ONG à l'élaboration de normes et de politiques publiques planétaires serait souhaitable et constituerait une nouvelle étape à franchir qui dépasserait leur simple présence aux conférences internationales. Un modèle à suivre serait celui du CICR, qui a le pouvoir nécessaire pour élaborer des projets de normes en droit international humanitaire, auxquels les États pourront donner suite<sup>1268</sup>. Octroyer ces mêmes pouvoirs aux ONG dans le domaine de l'environnement devient une ouverture démocratique potentiellement souhaitable afin de légitimer les politiques publiques mondiales<sup>1269</sup>, en ce qui concerne le développement du territoire et l'exploitation des ressources naturelles.

Les ONG exercent aussi la surveillance et le suivi des normes protectrices de l'environnement. Pour ce faire, elles peuvent se prévaloir de la *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus)*<sup>1270</sup>. La *Convention d'Aarhus* octroie à toute personne le droit d'instaurer un recours judiciaire, devant la justice interne de chaque État, pour revendiquer l'accès aux informations rejetées ou manquantes lors d'une demande administrative<sup>1271</sup>. Par la suite, toute personne physique ou morale intéressée peut accéder à la justice européenne. En appliquant cette convention internationale, le Tribunal de l'Union européenne reconnaît que les ONG peuvent contester les actes de

---

<sup>1267</sup> International Law Association, « Second report of the committee, Non-State Actors in International Law: Lawmaking and participation rights », Sofia Conference (2012), à la p 26, en ligne : ILA <<http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-sofia-2012.cfm>> [ILA].

<sup>1268</sup> Laurent Barcelo, « Au cœur de la mémoire des Nations unies : Folke Bernadotte » dans Jean-Marc Delaunay, dir, *Aux vents des puissances*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008, aux pp 265 et ss.

<sup>1269</sup> Il y en a beaucoup d'ONG dans le secteur de l'environnement. Alors, quelle ONG ou quel réseau d'ONG serait consacré comme l'intercesseur mondial de l'environnement? Nous n'avons pas encore la réponse, mais la proposition de répliquer le même modèle du DIH, dans d'autres secteurs, demeure bien intéressante.

<sup>1270</sup> *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus)*, 25 juin 1998, 2161 RTNU 447, (entrée en vigueur : 30 octobre 2001) [*Convention d'Aarhus*].

<sup>1271</sup> *Convention d'Aarhus*, supra note 1270 art 9.1 (« Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que toute personne qui estime que la demande d'informations qu'elle a présentée en application de l'article 4 a été ignorée, rejetée abusivement, en totalité ou en partie, ou insuffisamment prise en compte ou qu'elle n'a pas été traitée conformément aux dispositions de cet article, ait la possibilité de former un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi »).

portée générale pris par les institutions communautaires<sup>1272</sup>. Autrement dit, les ONG obtiennent le droit d'accéder à la justice européenne pour défendre la mise en œuvre de normes protectrices en droit de l'environnement. De plus, l'*International Law Association* propose aussi d'élargir le rôle des acteurs non étatiques en ce qui concerne la mise en œuvre et le renforcement de normes protectrices de l'environnement :

If new institutions are established in the future, e.g., a Sustainable Development Council (modelled on the Human Rights Council), or the UNEP is granted more power or upgrading it to a specialized agency, one may expect that various NSA (in the case primarily environmental NGOs and MNEs) will be granted participatory rights in the process, especially so if the institution creates (soft/hard) norms that are to be implemented by NSAs and if it monitors NSA compliance with those norms<sup>1273</sup>.

Clapham considère que cette approche d'ouverture aux acteurs non étatiques constitue un danger pour le système interétatique<sup>1274</sup>. Nous partageons cette crainte par rapport aux acteurs armés non étatiques, mais en ce qui a trait aux autres acteurs non étatiques issus de la société civile organisée, nous croyons que l'ouverture du système internationale à leur égard constitue une démocratisation potentiellement bénéfique.

En ce qui concerne la responsabilité pour les dommages environnementaux, comme il est indiqué ci-dessus, la CIJ assigne une responsabilité générale aux États. Clapham considère que le modèle centralisé, en ce qui concerne la responsabilisation pour les violations des droits de la personne, système qui est centralisé sous le principe de la responsabilité étatique, ce modèle, donc, constitue le système approprié à utiliser dans les autres secteurs. D'après Clapham : « It is said that attempting to extend legal duties under human rights law to non-state actors bestows on such actors an unfortunate legitimacy, which will undermine the authority of the state and dilute the responsibilities of states with respect to their human rights obligations »<sup>1275</sup>. Nous pensons qu'il ne s'agirait pas de diluer les responsabilités des États, mais plutôt de responsabiliser les acteurs non

---

<sup>1272</sup> CJ (1<sup>er</sup> inst) *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe c Commission*, T-338/08, (arrêt du 14 juin 2012, pas encore publié), en ligne : CVRIA <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db9f2e4abdbd74081912ae4a21db95eb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=123824&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=441445>>.

<sup>1273</sup> ILA, *supra* note 1267 à la p 26.

<sup>1274</sup> Clapham, *supra* note 764 à la p 28.

<sup>1275</sup> Clapham, *supra* note 764 à la p 25.

étatiques. Nguyen constate la responsabilisation immédiate des acteurs non étatiques, dans la mesure où « les opérateurs économiques sont à la fois les principaux auteurs de pollutions et les détenteurs des technologies permettant de sauvegarder l'environnement. À ce double titre, ils sont, directement ou indirectement, les principaux destinataires des normes du droit international de l'environnement »<sup>1276</sup>. Delmas-Marty est d'accord pour responsabiliser les acteurs non étatiques, car « si le rôle du droit, dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs, n'est pas de créer des valeurs, mais de contribuer à les ordonner, il est aussi, en cas de transgression, de responsabiliser les acteurs »<sup>1277</sup>. La même auteure observe un élargissement de l'obligation de rendre des comptes autant dans le cas de crimes internationaux que dans celui du préjudice écologique. Dans le premier cas, elle constate l'évolution de la responsabilité pénale depuis l'affaire Pinochet. Dans le deuxième cas, celui du préjudice écologique, Delmas-Marty souligne l'élargissement de l'obligation de rendre des comptes, parce que c'est ainsi que la responsabilité civile ou administrative « devient parfois pénale au confluent des droits de l'homme et des biens publics mondiaux (environnement et santé) »<sup>1278</sup>.

Tous les acteurs coupables, complices ou bénéficiaires lorsqu'il y a atteinte réelle ou potentielle à un bien public de l'humanité, ou préjudice écologique, deviendraient punissables à titre d'une responsabilité objective<sup>1279</sup>. Selon Neyret, ce type de responsabilité cherche à sanctionner « toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier, mais affecte un intérêt collectif légitime »<sup>1280</sup>. L'extension de la responsabilité amène en même temps un élargissement de la protection des droits, car en plus de protéger les droits subjectifs de la victime directe,

---

<sup>1276</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1424.

<sup>1277</sup> Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 à la p 352.

<sup>1278</sup> Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 à la p 358.

<sup>1279</sup> Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 aux pp 374-375 (« Répondre à la victime, du dommage ou de la faute, dont les droits ont été lésés n'a pas le même sens que répondre au nom d'un devoir de préservation de valeurs universelles qui concernent l'humanité présente et à venir, et englobent la protection du non-humain. C'est ce changement de signification que traduit la multiplication des titulaires d'une action en responsabilité qui, en devenant action en solidarité, pourrait contribuer à l'émergence d'une communauté de valeurs »).

<sup>1280</sup> Laurent Neyret, « La régulation de la responsabilité environnementale par le Nomenclature des préjudices environnementales », dans *La Régulation*, Dalloz, à paraître, tel que cité dans Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 à la p 355.

c'est toute la collectivité humaine et non-humaine, présente et future qu'on protégera. Delmas-Marty remarque que la notion de « préjudice 'écologique' fait entrer dans la sphère juridique l'idée de fonder une obligation non pas de répondre à l'autre homme (autrui), directement lésé par notre faute, civile ou pénale, mais de répondre afin de préserver un état nécessaire à la vie collective »<sup>1281</sup>. Le droit de l'environnement devient ainsi un droit de protection collective. L'*affaire Erika* a effet de bouleversement dans le domaine de la responsabilité, car le critère du préjudice collectif devient aussi une modalité afin d'être reconnu comme victime. Dans le cas du dommage écologique, il est possible de prouver le préjudice collectif afin de punir le délinquant en plaçant la responsabilité objective plutôt que la responsabilité subjective<sup>1282</sup>. En outre, la *Constitution politique colombienne* classe le droit à l'environnement sain dans la catégorie des droits collectifs<sup>1283</sup>. En conséquence, la reconnaissance du préjudice collectif pour altération de l'environnement mériterait certainement d'être renforcée. En ce sens, la législation colombienne prévoit les recours collectifs afin d'avoir accès aux réparations collectives en cas de préjudice écologique<sup>1284</sup>.

Le droit international de l'environnement développe aussi les principes de prévention et de précaution. Delmas-Marty justifie l'émergence du principe de prévention comme suit :

De même que les accidents liés à l'évolution technique ont suscité l'apparition d'une responsabilité fondée sur le risque, de même la menace de risques majeurs liés aux nouvelles technologies rendrait nécessaire une nouvelle responsabilité ni punitive ni curative, mais préventive, au sens le plus large, englobant seulement des risques potentiels. Conçue comme une responsabilité-anticipation centrée sur les générations futures, et plus largement sur la protection du vivant non humain, la responsabilité-prévention se surajouterait à la responsabilité-sanction, fondée sur la faute et centrée sur le coupable, et à la responsabilité-indemnisation, fondée sur le risque et centrée sur la victime<sup>1285</sup>.

---

<sup>1281</sup> Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 à la p 358.

<sup>1282</sup> Cass crim, 25 septembre 2012, (2012), Arrêt n° 3439 [*Affaire Erika*].

<sup>1283</sup> *Constitución Política de Colombia (1991)*, art 79 (« Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que pueda afectarlo »).

<sup>1284</sup> Loi N° 472 du 05 août 1998, (Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998), *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*, art 2 (« Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible »).

<sup>1285</sup> Delmas-Marty, *IV, supra* note 130 aux pp 360-361.

La responsabilité préventive est liée au devoir de prévention. D'après Nguyen, « le devoir de prévention se traduit par un certain nombre d'obligations à la charge des États, qui, vagues et générales à l'origine, font objet de normes de plus en plus contraignantes regroupées sous l'appellation ambiguë de principe de précaution »<sup>1286</sup>. Il s'agit du devoir d'éviter ou de limiter les dommages potentiels à l'environnement. Bien que le droit international classique attribue à l'État le devoir de prévention, le droit transnational contemporain transfère aussi cette responsabilité aux acteurs non étatiques. Delmas-Marty indique que « dans les trois domaines où émergent des valeurs à vocation universelle (droit international pénal, droit international des droits de l'homme et biens publics mondiaux), la responsabilité est attribuée, de façon à la fois fragmentaire et hétérogène, tantôt aux États, tantôt aux acteurs non étatiques »<sup>1287</sup>. C'est ainsi que dans une affaire de dommages environnementaux, le 3 janvier 2012, une cour équatorienne, en deuxième instance, confirme une condamnation contre l'entreprise transnationale Chevron corporation (acteur non étatique étranger en Équateur)<sup>1288</sup>.

Il est devenu presque normal que les acteurs économiques aient à rendre des comptes devant les tribunaux pour la violation des droits de la personne et du droit de l'environnement. Par exemple, « l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA) permet désormais d'imputer la violation de droits de l'homme à des entreprises multinationales »<sup>1289</sup>. Dans l'affaire *Doe VIII v Exxon Mobil Corp.*, la Cour d'appel du District de Columbia conclut que les acteurs non étatiques sont responsables du comportement odieux des leurs agents, qui constitue sans aucun doute une violation du droit des gens.

The law of the United States has been uniform since its founding that corporations can be held liable for the torts committed by their agents. This is confirmed in international practice, both in treaties and in legal systems throughout the world. Given that the law of every jurisdiction in the United States and of every civilized nation, and the law of numerous international treaties, provide that corporations are responsible for their torts<sup>1290</sup>.

---

<sup>1286</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1453.

<sup>1287</sup> Delmas-Marty, *IV*, *supra* note 130 à la p 364.

<sup>1288</sup> *Maria Aguinda y otros c CHEVRON CORPORATION*, affaire 0106 de 2011, Tribunal de deuxième instance de Sucumbíos (Équateur), 3 janvier 2012, en ligne : Función judicial <<http://www.funcionjudicial-sucumbios.gob.ec/index.php/consulta-de-causas>>.

<sup>1289</sup> Delmas-Marty, *IV*, *supra* note 130 à la p 370.

<sup>1290</sup> *Doe VIII v Exxon Mobil Corp.*, No. 09-7125 (DC Cir 2011), à la p 84.

Étant donné l'égle vocation universelle des valeurs des droits de la personne et du droit de l'environnement<sup>1291</sup>, nous croyons que les mêmes conclusions qu'une cour peut en tirer, en ce qui concerne la responsabilité des acteurs non étatiques pour les violations des droits de la personne, peuvent aussi être tirées pour ce qui est des dommages écologiques. Dans cette perspective, le système normatif colombien, l'affaire équatorienne, ainsi que le modèle étasunien<sup>1292</sup> prouvent que les recours collectifs et les actions de groupe devant les tribunaux nationaux peuvent être des démarches efficaces pour poursuivre les responsables des dommages à l'environnement. Cependant, ce système reste parfois limité, car l'exécution des jugements des tribunaux nationaux n'est pas toujours garantie. Il serait alors souhaitable de mettre sur pied un mécanisme de recours judiciaire collectif international dans lequel l'obligation de coopération d'exécution judiciaire deviendrait une composante du devoir de prévenir, parce que les risques environnementaux sont planétaires, alors une compétence judiciaire universelle s'avère estimable. Une autre option serait de renforcer le principe de la 'courtoisie judiciaire' proposé par Slaughter<sup>1293</sup>. En outre, le devoir de prévention et de précaution doit s'étendre aux acteurs non étatiques transnationaux, car « une communauté mondiale interhumaine ne saurait se limiter aux seuls États »<sup>1294</sup>.

Le droit de l'environnement devient de plus en plus un système normatif transfrontalier et transversal, au point où les normes protectrices de l'environnement affectent les activités des opérateurs économiques transnationaux. C'est ainsi que « le développement récent de règles internationales relatives à la protection de l'environnement entre potentiellement en conflit avec les impératifs commerciaux et le principe de libéralisation des échanges »<sup>1295</sup>. Pourtant, le droit économique constitue aussi un secteur d'activité où l'État perd de plus en plus le contrôle, parce que les activités commerciales

---

<sup>1291</sup> Larose, *supra* note 21 à la p 111 (« L'environnementalisme, en tant que traduction d'une philosophie attaché à des valeurs à vocation universelle, jouit de certaines présomptions qui lui son favorables [...], l'environnementalisme est porteur d'identités et d'appartenances nouvelles qui sont de nature à déplacer le terrain de la lutte politique de la sphère économique vers la sphère culturelle, contribuant ainsi à élargir la distance entre la société civile et l'État »).

<sup>1292</sup> À condition que la décision de la Cour d'appel du District de Columbia soit maintenue par la Cour Suprême des États-Unis.

<sup>1293</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 67.

<sup>1294</sup> Delmas-Marty, *IV*, *supra* note 130 à la p 369.

<sup>1295</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 377.

transnationales deviennent chaque fois plus autorégulées par les acteurs économiques qui y participent.

## **5. Le commerce : la *lex mercatoria***

L'activité commerciale entre les membres d'un même peuple existe bien avant la naissance de l'État-nation moderne. C'est ainsi que l'échange primitif de produits se déroule selon les règles de la coutume locale et cela se fait sans intervention étatique quelconque. Cependant, l'échange régulier de produits et de valeurs entre les membres issus de peuples différents se développe depuis le Moyen Âge<sup>1296</sup>. Cet échange se déroule dans un endroit qu'on appelle le marché. Il est d'abord un lieu où se fait le commerce de biens et de valeurs. La *lex mercatoria* est une pratique coutumière qui est suivie et respectée par les acteurs transfrontaliers qui participent à l'activité commerciale, c'est-à-dire, les commerçants. Selon Kassis : « La *lex mercatoria* est un diptyque formé de deux volets : les usages et les principes. Tout en étant des règles coutumières, les usages se distinguent des principes par leur caractère plus spécifique et leur domaine plus circonscrit »<sup>1297</sup>.

Pendant les quatre derniers siècles, les États arrivent à diriger eux-mêmes le commerce national et international. Les normes internes s'imposent aux acteurs économiques internes, et les normes du système interétatique s'imposent aux relations commerciales transfrontalières, dans la mesure où les États contrôlent leurs frontières. « However, globalization breaks this frame. The recurrent doubts cannot be silenced any more; they explode in the case of *lex mercatoria* and other practices of 'private' global norm production »<sup>1298</sup>. Malgré son antiquité, la *lex mercatoria* constitue un autre exemple du

---

<sup>1296</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 18 (« The origins of markets, like the origins of states, can be found in late medieval Europe when feudal fiefdoms gave rise to commercial towns built by an entrepreneurial bourgeois class »).

<sup>1297</sup> Antoine Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international : le droit français en question*, Paris, l'Harmattan, 2005, à la p 394.

<sup>1298</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p xiv.



nouveau droit transnational<sup>1299</sup>, parce « qu'elle forme un 'tiers ordre juridique' distinct et du droit international public et des droits nationaux »<sup>1300</sup>. La *lex mercatoria* est un système juridique de sources variées. Les acteurs étatiques et non étatiques participent conjointement à l'élaboration et à la mise en œuvre des normes qui gouvernent le commerce transfrontalier. Les moyens de transport contemporains, les TIC et la mondialisation de l'économie dépassent la fonction traditionnelle des frontières étatiques. En ce qui a trait à la mondialisation, Ilgen affirme : « The concept of globalization has received extraordinary attention in the past decade and many have argued that the processes it represents are those primarily responsible for the emasculation of the nation-state and the demise of state sovereignty »<sup>1301</sup>. L'affaiblissement de la souveraineté de l'État est frappant dans la mesure où « l'affranchissement des contraintes étatiques par les pouvoirs économiques privés est le plus spectaculaire, et que la prégnance de normes élaborées et appliquées par ces mêmes pouvoirs est la plus marquée »<sup>1302</sup>.

Bien que les États exercent encore le principe de la souveraineté économique pour mettre sur pied les mesures de réglementation de l'économie nationale, « il ne faut pas sous-estimer la place des accords directs entre opérateurs privés (banquiers, investisseurs) et de la liberté dont disposent les sociétés multinationales financières ou industrielles pour ne pas avoir à tenir compte des réglementations nationales »<sup>1303</sup>. En effet, la *lex mercatoria* bénéficie de l'économie de libre marché mondial pour donner plus de liberté contractuelle aux acteurs économiques transnationaux. Selon Veltz :

Les tentatives pour réorganiser les firmes, comme un chaînage de contrats internes 'clients-fournisseurs', illustrent cette extension, même si ces tentatives demeurent quelquefois plus rhétoriques qu'effectives. De même, l'externalisation exprime fondamentalement la volonté de substituer des formes de pilotage par le contrat aux formes relevant de la hiérarchie et de la règle. Les mouvements de décentralisation au sein des firmes (création de 'cellules autonomes') et d'externalisation (création de 'firmes réseaux') relèvent ainsi, en grande partie, de logiques symétriques<sup>1304</sup>.

---

<sup>1299</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global, supra* note 35 à la p 3 (« *Lex mercatoria*, the transnational law of economic transactions, is the most successful example of global law without a state »).

<sup>1300</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 46.

<sup>1301</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 17.

<sup>1302</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1178.

<sup>1303</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1206.

<sup>1304</sup> Veltz, *supra* note 101 à la p 232.

Les contrats internes et l'externalisation sont normalement de la négociation contractuelle entre acteurs économiques égaux sur le plan formel, c'est-à-dire, il s'agit de contrats entre personnes morales privées qui sont généralement régis par la *lex mercatoria*. En outre, les contrats commerciaux internationalisés entre les corporations transnationales et les États deviennent une autre espèce de relation contractuelle hors du commun où se mélangent les règles du droit international classique et les normes de la *lex mercatoria*. Lorsque l'État négocie avec les opérateurs économiques transnationaux, il devient égal à eux, alors les États deviennent soumis aux tribunaux étrangers ou à l'arbitrage des tribunaux privés. Dans ces conditions, l'État est dépossédé de sa compétence normative et adjudicative. Nous pensons que c'est ainsi que l'État devient un acteur économique de plus sur le marché mondial. D'après Nguyen :

L'expertise de certains organismes professionnels, l'inadaptation de certains droits nationaux aux exigences du commerce international, la nécessité de reconnaître la validité extraterritoriale de contrats soumis à une loi étrangère, la préférence de plus en plus nette des acteurs de la vie économique internationale pour l'arbitrage transnational, tout converge pour laisser une place très large aux usages du commerce international et faire accepter des dérogations à une compétence normative des États, théoriquement exclusive<sup>1305</sup>.

La *lex mercatoria* prend ainsi la relève de la loi étatique et du droit international classique dans son domaine réservé. Elle est une normativité transnationale qui s'applique aux acteurs économiques sur le marché mondial, sans faire distinction entre acteurs privés et acteurs publics. Par exemple, les circuits financiers et informatiques mondiaux échappent de plus en plus au contrôle des États, car l'impuissance des États territoriaux est évidente lorsque les organismes d'experts adoptent des normes, qui constituent des ordres juridiques parallèles au système juridique étatique et interétatique. Nguyen ajoute, « on peut considérer qu'il existe aussi des ordres juridiques distincts des systèmes juridiques étatiques ou interétatiques, dont la *lex mercatoria*. Le pluralisme des ordres juridiques paraît une réalité difficilement contestable dès lors que l'on n'a pas de la notion d'ordre juridique une notion rigide et étroite »<sup>1306</sup>.

---

<sup>1305</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 1150.

<sup>1306</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 107.

La remontée en puissance de la *lex mercatoria* est le fruit de l'inexistence d'un État mondial unique ou d'une organisation mondiale capable de réguler les activités économiques à l'échelle planétaire. Les organisations interétatiques détiennent quant à elles des pouvoirs fragmentés. Le démembrement des compétences normatives internationales laisse la place à un modèle de pluralisme juridique transnational, comme option de rechange au modèle interétatique en voie de bouleversement progressif. Segesvary affirme : « The bearer of such an emerging legal system will be a plural civil society a planetary level in which globalized socioeconomic processes take places. This law will represent a legal order in its own right, and the already existing transnational law of economic transactions (*lex mercatoria*) offers a good example of such an order »<sup>1307</sup>. Dans le contexte de la mondialisation de l'économie, la *lex mercatoria* conduit au phénomène de l'appropriation privée de la représentation de la société civile. Autrement dit, les corporations transnationales et les ONG, qui ont généralement une légitimité technoscientifique, prennent la relève des institutions politiques, qui ont traditionnellement une légitimité démocratique. C'est le visage de la nouvelle gouvernance mondiale. Il s'agit d'une gouvernance où le pluralisme exerce son emprise sur les différents domaines d'activité économique. Cohen constate : « the pluralism of legal institutions, norms, and orders is a defining feature of the governance of transnational economic relationships »<sup>1308</sup>.

La *lex mercatoria* s'applique communément aux acteurs économiques qui participent au libre marché mondial. La mondialisation de l'économie fait en sorte que le travail humain devient aussi une activité transfrontalière, dont les États perdent lentement le contrôle. À leur tour, les acteurs économiques transnationaux imposent graduellement leurs propres normes.

---

<sup>1307</sup> Segesvary, *supra* note 129 aux pp 115-116.

<sup>1308</sup> Eduard S Cohen, « The harmonization of private commercial law: the case of secured finance » dans Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 60.

## **6. Le droit du travail transfrontalier : l'externalisation à l'étranger de services personnels**

À l'origine, le droit du travail collectif constitue une branche autonome par rapport au droit étatique. Autrement dit, il se prétend un droit qui a trait aux relations exclusives entre l'employeur et les employés, en excluant l'État comme émetteur de normes. Vallée décrit l'autonomie du droit du travail dans une perspective historique :

L'émergence du droit du travail repose sur une lecture pluraliste des sources qui régissent le travail et sur l'importance des phénomènes collectifs – en particulier le syndicalisme, la négociation collective et la convention collective – pour équilibrer les forces en milieu de travail. Ces sources de droit dites autonomes – parce qu'élaborées hors du droit étatique – jouiront même d'un statut prépondérant par rapport aux autres sources de droit applicables<sup>1309</sup>.

Le droit étatique intervient quand même dans le domaine du droit du travail, parce qu'à l'époque de l'industrialisation, les relations entre les employés et les employeurs se déroulent dans l'espace territorial d'États souverains. En outre, le modèle de production industrielle est celui « de l'entreprise fordiste ainsi que du rapport salarial continu et subordonné, ce droit du travail doit principalement assurer la protection du salarié placé dans une situation de sujétion privée par rapport à l'employeur et voir au bon fonctionnement de l'économie à travers la solution des conflits sociaux »<sup>1310</sup>. C'est d'abord dans l'intérêt du bon fonctionnement de la société nationale, qui justifie l'intromission de l'État dans les relations privées entre l'employé et l'employeur, que les États adoptent depuis la révolution industrielle des normes relatives aux relations du travail. Ensuite, c'est par la mise en œuvre de la liberté d'association syndicale et de la négociation collective<sup>1311</sup> pour ceux et celles qui appartiennent à un syndicat que l'État

---

<sup>1309</sup> Guylaine Vallée, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique » dans Saint-Pierre, Céline et Warren, Jean-Philippe, dir, *Sociologie et société québécoise : présences de Guy Rocher*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, à la p 242.

<sup>1310</sup> Pierre Verge, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique » (2011) 52 (1) C de D 135, au para 1.

<sup>1311</sup> Alexandre Morin, *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux : Commentaires et documents*, Montréal, LexisNexis, 2008, à la p 69 (« Les lois permettant la constitution de syndicats ne peuvent être abolies et le pouvoir de négociation du syndicat ne peut être limité outrageusement »).

devient le garant des droits de travailleurs organisés<sup>1312</sup>. Finalement, c'est aussi dans le contexte de la protection des droits économiques, sociaux et culturels de la personne du travailleur que l'État devient le protecteur des droits fondamentaux du travailleur individuel sans protection syndicale<sup>1313</sup>.

La mondialisation de l'économie et le processus de la délocalisation de la production des biens et services affectent directement les relations de travail entre l'employeur et les employés<sup>1314</sup>. C'est ainsi que « dans le monde de l'emploi tout comme dans le monde de la finance, le droit au profit prend le pas sur le droit au travail »<sup>1315</sup>. La puissance du monde de la finance s'impose depuis la fin de la Guerre froide. « L'épisode libre-échangiste montre également qu'il existe une asymétrie évidente entre le capital et le travail quant à la capacité de chacun à investir le théâtre transnational et à leur degré de transnationalisation respectif »<sup>1316</sup>, puisque le travail devient une marchandise achetable sur le marché international des services personnels<sup>1317</sup>. Les accords de libre-échange qui bénéficient surtout aux intérêts de grandes sociétés transnationales s'imposent. À l'occasion, les organisations de la société civile arrivent à faire « inclure dans le traité commercial des dispositions en faveur de normes environnementales durables et de respect de normes minimales de conditions de travail »<sup>1318</sup>. Mais le mouvement syndical transnational n'arrive jamais à présenter un point de vue unifié pour faire face aux intérêts des sociétés transnationales. Comme l'écrit Larose :

En ce qui concerne les syndicats, étant donné que les lois nationales du travail divergent d'un pays à l'autre, les structures syndicales et les conditions du marché du travail tendent à se développer dans un contexte légal et historique particulier.

---

<sup>1312</sup> *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, (entrée en vigueur : 4 juillet 1950), en ligne : ILO <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312232:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO)>.

<sup>1313</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, décembre 1966, 993 RTNU 3, art 6 et 7, (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

<sup>1314</sup> Philippe Hurteau, « Mondialisation et délocalisations d'emplois » (avril 2009), Montréal, Institut de recherche et d'informations socio-économiques, à la p 11, en ligne : CISO <[http://www.ciso.qc.ca/wordpress/wp-content/uploads/Rapport\\_CISO\\_IRISv9.pdf](http://www.ciso.qc.ca/wordpress/wp-content/uploads/Rapport_CISO_IRISv9.pdf)> [Hurteau].

<sup>1315</sup> Hurteau, *supra* note 1314 à la p 3.

<sup>1316</sup> Larose, *supra* note 21 à la p 110.

<sup>1317</sup> Voir Odesk, « oDesk is where the world goes to work », en ligne : odesk.com <<https://www.odesk.com/info/about/>> ; Elance, « Talent in the Cloud. Enterprise Ready », en ligne : Elance <<https://www.elance.com/q/enterprise-solutions/>>.

<sup>1318</sup> Larose, *supra* note 21 à la p 107.

Cette particularité fait en sorte que les organisations syndicales choisissent des directions stratégiques guidées par leur propre histoire nationale. En d'autres termes, des variations au niveau institutionnel peuvent constituer un obstacle important à la capacité des syndicats à s'organiser internationalement<sup>1319</sup>.

Les particularités nationales empêchent une solidarité syndicale transnationale. Les différences d'échelle salariale entre les différents États font en sorte que la production des biens et services se déplace vers les endroits où les salaires et les taux d'imposition sont les plus bas. Au 21<sup>e</sup> siècle, le droit du travail en général est régi par une panoplie très large de normes étatiques, infra-étatiques, supra-étatiques et extra-étatiques<sup>1320</sup>. Nous nous intéressons ici au cas particulier du travail transfrontalier en ce qui concerne l'externalisation à l'étranger des services personnels, car il représente un exemple évident où le phénomène du pluralisme juridique prend de l'ampleur en droit transnational.

La sous-traitance internationale de services personnels devient l'un des secteurs de l'économie qui évolue à grands pas. C'est le cas de centres d'appels téléphoniques, des services de traduction, des services informatiques, des services comptables, des échanges de services de santé, des services aux entreprises, des services de commercialisation, entre autres. Les services personnels transfrontaliers évoluent vers la dérégulation ou la régulation précaire. C'est ainsi que « le principal facteur expliquant la facilité accrue du recours aux délocalisations et plus largement à toute forme d'externalisation ou de sous-traitance est, davantage que la facilité de l'utilisation des nouvelles technologies, le processus plus général de libéralisation de l'économie et d'abolition des barrières tarifaires »<sup>1321</sup>. Les sociétés transnationales n'ont pas de patrie ni de nationalité, elles ont seulement soif de profit. Les États se voient alors obligés d'offrir chaque fois de meilleurs avantages tarifaires, afin que les entreprises délocalisent la production des biens et services vers leurs territoires, en échange de la création de quelques emplois, mais à un salaire chaque fois plus bas. Les États se livrent entre eux une guerre de tarifs fiscaux, chacun tentant d'offrir le plus bas, afin d'attirer les investissements étrangers. En ce sens, la Colombie adopte une nouvelle loi fiscale avec un tarif zéro; il s'agit bel et bien d'une exemption totale de taxes pour les investisseurs qui délocalisent la production des biens

---

<sup>1319</sup> Larose, *supra* note 21 aux pp 109-110.

<sup>1320</sup> Jean Mouly, *Droit du travail*, 4e édition, Paris, Bréal, 2008, aux pp 16-20.

<sup>1321</sup> Hurteau, *supra* note 1314 à la p 15.

et services aux îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina<sup>1322</sup>. Ces îles sont situées aux Caraïbes.

Malgré les avantages de la loi colombienne, le projet des villes privées au Honduras semble plus séduisant pour les investisseurs. La loi hondurienne prévoit le forfait complet pour attirer les investisseurs, notamment les lois honduriennes ne seront pas applicables sur le territoire des villes privées. Les normes fiscales et les normes du travail, entre autres, ne s'appliquent pas sur le territoire des villes privées<sup>1323</sup>. Les villes privées ainsi que les zones économiques spéciales deviennent des trous noirs où l'externalisation des services professionnels trouve un endroit approprié pour leur évolution massive<sup>1324</sup>.

Un autre secteur où la compétence étatique est partagée est celui des ordres professionnels. D'après Larocque et Power, « la délégation législative [à un ordre professionnel] relève d'un *quid pro quo* essentiel : l'exercice des compétences déléguées doit toujours tenir compte de l'intérêt du public »<sup>1325</sup>. La Cour suprême du Canada confirme cette interprétation en statuant : « Le privilège d'autoréglementation d'une profession soumet donc les personnes chargées de la mise en œuvre de la discipline professionnelle à une obligation onéreuse. La délégation des pouvoirs de l'État s'accompagne de la charge de s'assurer de la protection adéquate du public »<sup>1326</sup>. Il s'agit en principe d'une compétence souveraine déléguée. Brun, Tremblay et Brouillet affirment : « Le Code des professions, L.R.Q., c. C-26, donne aux ordres professionnels

---

<sup>1322</sup> Loi N° 1607 du 26 décembre 2012, *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*, art 150, en ligne : DIAN <<http://www.dian.gov.co/contenidos/normas/tecnica.html>> (« Están exentas del impuesto sobre la renta y complementarios las rentas provenientes de la prestación de servicios turísticos, de la producción agropecuaria, piscícola, maricultura, mantenimiento y reparación de naves, salud, procesamiento de datos, call center, corretaje en servicios financieros, programas de desarrollo tecnológico aprobados por COLCIENCIAS, educación y maquila, que obtengan las nuevas empresas que se constituyan, instalen efectivamente y desarrollen la actividad en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a partir del 1° de enero de 2013 »).

<sup>1323</sup> Decreto No 123-2011 – Estatuto constitucional de la regiones especiales de desarrollo (RED), 29 juillet 2011 (entrée en vigueur : 23 août 2011), art 9, en ligne : Consejo Hondureño de Empresa Privada <[http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS\\_CONSTITUCIONAL\\_REGIONES\\_ESPECIALES\\_DE\\_DESARROLLO.pdf](http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS_CONSTITUCIONAL_REGIONES_ESPECIALES_DE_DESARROLLO.pdf)> (« Las RED están autorizadas para adoptar las mejores prácticas internacionales con el propósito de atraer la inversión nacional et internacional, los mejores talentos nacionales et internacionales y establecer su propio régimen de servicio civil fundamentado en la meritocracia »).

<sup>1324</sup> Ley No. 840. *Ley Especial para el Desarrollo de Infraestructura y Transporte Nicaragüense Atingente a El Canal, Zonas de Libre Comercio et Infraestructura Asociadas* (14 juin 2013).

<sup>1325</sup> François Larocque et Mark C Power, « 'Let (Language) Righth(s) Prevail' : Le statut du français au Barreau du Haut-Canada » (2012-2013) 44 : 1 *Revue de Droit d'Ottawa* 103.

<sup>1326</sup> *Pharmascience inc. c Binet*, 2006 CSC 48, au para 36.

des pouvoirs réglementaires et des pouvoirs quasi judiciaires : les bureaux des différents ordres réglementent l'exercice de la profession et les comités de discipline appliquent ces règlements aux membres de la profession »<sup>1327</sup>. C'est peut-être ce que la Cour du Québec avait à l'esprit lorsqu'elle affirme, suivant une interprétation de partage de compétences déléguées et de pluralisme juridique<sup>1328</sup>, que « les membres [d'un comité d'un ordre professionnel] possèdent une expertise relativement à l'interprétation de ses dispositions législatives puisqu'ils sont constamment appelés, à compter de la mise en vigueur de ceux-ci, à les appliquer dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>1329</sup>. Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels n'est pas nouveau; il remonte aux moins à l'époque des guildes et des corporations de métiers du Moyen Âge. Même lors de la montée en puissance des États, les ordres professionnels gardent leur compétence. Quezel-Ambrunaz trace le portrait historique en France des ordres professionnels :

Sous l'ancien Régime, presque toutes les professions étaient groupées en corporation, aptes à établir leurs propres règles juridiques. La Révolution française a souhaité mettre fin à la superposition des règles issues de ces ordres professionnels à l'ordre juridique étatique – on craignait que d'un cumul des ordres surgisse le désordre. Le décret d'Allarde, et surtout la loi Le Chapelier a, en 1791, mis fin aux groupements professionnels. Ces organisations ont souvent tenté de renaître; c'est le régime de Vichy qui, en même temps qu'il abolit les syndicats, rétablit l'ordre des médecins, chirurgiens-dentistes, et sages-femmes, ouvrant la porte à la renaissance de quelques autres ordres<sup>1330</sup>.

La consolidation de l'État, à certains moments de l'histoire, a permis l'abolition des ordres professionnels et, à d'autres moments, le désistement étatique a permis leur montée. À l'époque présente, les regroupements professionnels constituent de puissants acteurs internes et internationaux, qui ont beaucoup de pouvoir, en particulier lorsqu'il s'agit d'élaborer des normes techniques et de standardisation<sup>1331</sup>.

---

<sup>1327</sup> Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 259 à la p 401.

<sup>1328</sup> *Brisette c Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec*, 2013 QCCQ 5349, au para 41.

<sup>1329</sup> *Brisette c Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec*, 2013 QCCQ 5349, au para 124.

<sup>1330</sup> Christophe Quezel-Ambrunaz, « Des ordres juridiques... au désordre ? » dans Hug et Vernay, *supra* note 1004 à la p 44.

<sup>1331</sup> Michael D McGinnis, « Legal Pluralism, Polycentricity, and Faith-Based Organizations in Global Governance » dans Ostrom, *supra* note 784 à la p 50 (« Also remarkable are the guild-like rules by which transnational professional associations govern themselves, including institutions of higher education, or the



## **7. Les normes techniques et de standardisation : la compétence souveraine de la connaissance technoscientifique**

Depuis la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, nous tenons pour acquis que la « Loi est l'expression de la volonté générale »<sup>1332</sup>. Dans les États démocratiques modernes, ce principe légitime l'obéissance aux lois. La volonté générale est une expression politique du peuple, qui est représenté par la majorité démocratique, mais surtout par l'intérêt véritable de la collectivité<sup>1333</sup>. Les gouvernements exercent normalement un pouvoir réglementaire des droits et libertés fondamentales au moyen des lois et règlements, mais toutes les mesures destinées à l'exercice de cette compétence normative doivent se faire « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>1334</sup>. Dans ce contexte démocratique, les institutions étatiques monopolisent la production normative, car elles représentent la volonté générale. Cependant, Peters constate : « The context in which the proliferation of non-state actors' standard setting occurs is well known. Globalisation, liberalisation and privatisation waves which swept the globe in the 1980s and 1990s have contributed to shifting the focus away from the state as the sole source of regulation »<sup>1335</sup>.

De nos jours, les acteurs non étatiques partagent les compétences normatives avec les États, mais les acteurs non étatiques exercent la compétence normative sans égard à la volonté générale. Le fondement qui légitime l'obéissance aux normes émises par les acteurs non étatiques est l'expertise technoscientifique. Arts et Kerwer affirment : « For standards to be useful to a potential group of users, they need to incorporate expertise with a high reputation among peers and in other relevant communities. Only credible

---

institutions of science. Functional regimes for the collective management of Antarctic resources or the Internet are examples of voluntary forms of self-regulation or commons management »).

<sup>1332</sup> *Déclaration de 1789*, *supra* note 455 art 6.

<sup>1333</sup> Rousseau, *supra* note 69 aux pp 62 et ss.

<sup>1334</sup> *Charte canadienne*, *supra* note 238 art 1.

<sup>1335</sup> Peters et al, *supra* note 817 à la p 1.

expertise allows users to solve their cognitive and normative problems »<sup>1336</sup>. C'est ainsi que la crédibilité du savoir-faire s'impose sur la représentativité politique, parce que les normes techniques et de standardisation ne suivent pas le débat délibératif de type politique lors de leur élaboration, mais elles sont plutôt soumises aux panels d'étude des experts dans chaque matière. Les mêmes auteurs le confirment : « Standard-setting processes are framed as expert-driven arguing rather than political bargaining. Gag rules seem to prohibit a mere expression of partisan interest, be it a firm or state. Rather, special interests have to be translated into the language of expertise »<sup>1337</sup>.

Bien que l'expertise dans un champ de compétence spécifique détermine la légitimité de la normativité émise par les régulateurs, Brütsch et Lehmkuhl observent « a tension between more complementary and more competitive elements in many of the initiatives aimed at designing or implementing legal and law-like arrangements »<sup>1338</sup>. Autrement dit, la bataille pour gagner de la crédibilité prend quelque temps avant qu'un acteur devienne l'autorité dans une matière spécialisée. Pourtant, le pluralisme juridique admet par principe le partage des compétences normatives. Voilà ce qu'en disent Brütsch et Lehmkuhl : « The notion of 'competitive regulation' substantiates legal pluralism by extending the analysis to capture constellations that are affected by multiple initiatives to advance legalization in order to govern or control the behaviour of different actors within an issue area »<sup>1339</sup>. Le partage de compétences régulatrices est un phénomène complexe, mais les différents acteurs d'un secteur d'activité finissent par s'adapter et octroyer la crédibilité à ceux dont les compétences ont été accréditées, parce que l'organe régulateur accrédité justifie d'être le plus performant.

La compétence normative n'est plus l'autorité exclusive de l'État. La régulation technique et la standardisation constituent un domaine dans lequel les acteurs non étatiques prennent beaucoup d'attributions normatives. Comme l'écrit Peters :

---

<sup>1336</sup> Bas Arts and Dieter Kerwer, « Beyond legalization? How global standards work » dans Brütsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 146.

<sup>1337</sup> Bas Arts and Dieter Kerwer, « Beyond legalization? How global standards work » dans Brütsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 147.

<sup>1338</sup> Brütsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 230.

<sup>1339</sup> Brütsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 230.

On all levels of governance, standard setting (norm formation or regulation), is no longer the exclusive domain of states or governmental authorities. The role and the capacity of increasingly diverse and polymorphous non-state actors involved in standard setting are expanding. Also, the processes by which norms are shaped are becoming more varied<sup>1340</sup>.

Les systèmes de standardisation, de certification et d'attestation sont tellement variés que les compétences pour établir l'uniformité de la qualité des produits et des services constituent un secteur où les réseaux transnationaux de corporations professionnelles en sont venus à exercer beaucoup de pouvoir. C'est ainsi que l'élaboration, par consensus technique de recommandations, de standards et de critères de bonnes pratiques de gouvernance, constitue de plus en plus une compétence de réseaux d'ordres professionnels et non nécessairement des parlements nationaux. Brüttsch et Lehmkuhl remarquent : « Lastly, a growing number of non-state actors have engaged in the creation, implementation, monitoring and enforcement of autonomous law-like arrangements ranging from accounting standards to forest certification schemes or codes of conduct to fight corruption »<sup>1341</sup>. La perte de pouvoir des autorités étatiques et la mise en valeur de la compétence des acteurs non étatiques, en ce qui concerne l'élaboration de normes techniques et de standardisation, constituent des manifestations frappantes de la montée des réseaux professionnels. L'énumération de tous les exemples semble interminable. Nous nous limitons à fournir un exemple concret.

Le régime juridique des coopératives constitue traditionnellement une compétence législative de l'État. C'est pour cette raison qu'en 1900, Alphonse Desjardins « fait des essais nombreux et répétés auprès des gouvernements provincial et fédéral dans l'espoir de situer son projet de caisse populaire dans un cadre légal. Très tôt dans ses démarches, il accorde sa préférence à l'adoption d'une loi fédérale qui lui permettrait de fonder des caisses populaires dans toutes les provinces canadiennes »<sup>1342</sup>. Bien que les premiers essais de régulation du secteur coopératif au Canada n'aboutissent pas, le 5 mars 1906, « l'Assemblée législative de Québec adopte à l'unanimité la *Loi concernant les syndicats*

---

<sup>1340</sup> Peters et al, *supra* note 817 à la p 1.

<sup>1341</sup> Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 2.

<sup>1342</sup> Caisses Desjardins du Québec, « Histoire du Mouvement Desjardins : Alphonse Desjardins (1954-1920) La question juridique », en ligne : Desjardins <[http://www.desjardins.com/fr/a\\_propos/profil/histoire/alphonse-desjardins.jsp](http://www.desjardins.com/fr/a_propos/profil/histoire/alphonse-desjardins.jsp)> [Mouvement Desjardins].

*coopératifs*, qui est sanctionnée 4 jours plus tard »<sup>1343</sup>. De nos jours, les dirigeants coopératifs ne s'en remettent plus au parlement canadien ou aux assemblées législatives pour répondre au besoin de réglementation du secteur coopératif. Voyons le cas des coopératives par rapport aux normes comptables internationales<sup>1344</sup>.

Detilleux et Naett exposent la thèse que, pour protéger le mouvement coopératif, les coopératives doivent s'unir pour sensibiliser et informer les acteurs étatiques, interétatiques et non étatiques dans le processus règlementaire international des réalités qui entourent le système coopératif. Ils dénoncent qu'une norme comptable internationale adoptée par l'International Accounting Standards Board (IASB), et qui cause un préjudice important aux coopératives, ce n'est pas le résultat d'une intention délibérée du régulateur comptable international, mais plutôt le résultat d'une méconnaissance fondamentale du système coopératif<sup>1345</sup>. L'International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS) est un organisme privé d'intérêt mondial (réseau de professionnels de la comptabilité) qui cherche le développement et l'harmonisation d'un système comptable uniforme et rigoureux à l'échelle mondiale<sup>1346</sup>. Au sein de l'IFRS, on y trouve l'IASB et l'International Financial Reporting Interpretations Committee (l'IFRIC). L'IASB a pour objectif de préparer et de voter les nouvelles normes comptables, c'est-à-dire les International Accounting Standards (IAS). L'IFRIC, quant à lui, émet des recommandations qui ont la force d'application dans les cas où une norme IAS serait susceptible d'interprétations différentes ou entraînerait un traitement inacceptable d'un groupe représentatif d'acteurs économiques<sup>1347</sup>.

Detilleux et Naett assurent que, par le biais d'un processus de lobbying extensif, le Comité de coordination des associations coopératives européennes (CCACE) a convaincu les divers acteurs dans l'établissement et l'adoption des normes comptables internationales de l'impact négatif que la norme IAS 32 aurait sur les coopératives. N'étant pas prêt à reformuler la norme IAS 32, l'IASB a chargé l'IFRIC d'émettre une

---

<sup>1343</sup> Mouvement Desjardins, *supra* note 1342.

<sup>1344</sup> Jean-Claude Detilleux et Caroline Naett, « Les coopératives face aux normes comptables internationales : le cas de l'IAS 32 », (2005) 295 *Revue internationale de l'économie sociale* 7 [Detilleux].

<sup>1345</sup> Detilleux, *supra* note 1344 aux pp 7-8.

<sup>1346</sup> IFRS Foundation, « About the IFRS Foundation and the IASB », en ligne : IFRS <<http://www.ifrs.org/The+organisation/IASCF+and+IASB.htm>>.

<sup>1347</sup> Detilleux, *supra* note 1344 à la p 9.

interprétation qui soit de nature à inscrire les parts sociales des coopératives aux fonds propres du bilan. L'interprétation émise, IFRIC D8 (maintenant IFRIC 2), répond aux attentes des coopératives<sup>1348</sup>. Voilà comment les compétences normatives dans un secteur spécifique d'activité passent progressivement du pouvoir législatif étatique à un organisme privé à vocation universelle. En outre, l'hégémonie du savoir technoscientifique et l'harmonisation interprétative deviennent l'affaire des experts privés. C'est pour cette raison que Brüttsch et Lehmkuhl recommandent :

that future research on complex legalization should either treat expressions such as 'standardization', 'regulation', 'regulatory schemes', 'regulatory systems', 'legal or regulatory processes' and 'legalization' as roughly equivalent descriptions of legal and law-like arrangements capable of constructing 'new' actors and realms of interaction<sup>1349</sup>.

Bien sûr, un nouveau domaine de recherche juridique se trouve devant nous, parce que nous ne pouvons pas ignorer le phénomène de l'autorégulation transnationale. Selon Barraud, « les opérateurs économiques, usant de leur autonomie de la volonté, recourent à des conventions de plus en plus standardisées et qui, lorsqu'elles se sont avérées efficaces, s'imposent bien au-delà de l'espace juridique dont-elles sont issues »<sup>1350</sup>. Autrement dit, l'adoption de normes standards par les acteurs privés est une réalité à ne pas négliger lorsque nous abordons l'étude du droit transnational.

## Conclusion du chapitre

Dans ce chapitre, nous avons démontré l'existence du partage des compétences souveraines sur la scène internationale<sup>1351</sup>. Ce modèle de partage de compétences souveraines a cours dans le contexte d'une société internationale complexe. Dans cette société contemporaine, les États et les autres acteurs non étatiques participent à la

---

<sup>1348</sup> Dettleux, *supra* note 1344 à la p 16.

<sup>1349</sup> Brüttsch et Lehmkuhl, *supra* note 293 à la p 229.

<sup>1350</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 283.

<sup>1351</sup> Charles-Albert Morand, « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation? » dans Boisson de Chazournes, *supra* note 418 à la p 154 (« Sociologiquement et politiquement, on constate en revanche que les États ne sont plus tout-puissants. Dans le cadre d'un mouvement d'intégration, un partage durable des compétences peut par exemple s'opérer entre les États et l'organisation supranationale »).

gouvernance mondiale selon leurs expertises et leur savoir-faire respectifs. Les divers acteurs nationaux et transnationaux se partagent les fonctions administratives, normatives et judiciaires, car, comme le dit Belley, « la régulation de la société est une responsabilité partagée entre l'État et les autres sous-systèmes »<sup>1352</sup>. Le partage des compétences constitue un modèle où la compétence souveraine d'un acteur n'est plus fondée sur le contrôle territorial, mais plutôt sur le talent technoscientifique dans un domaine précis<sup>1353</sup>. Cela est nouveau, car le fondement de la compétence ne semble plus être la souveraineté de l'État-nation. Au 21<sup>e</sup> siècle, il est bien possible qu'un acteur transnational, qui agit à titre de représentant actif de la société civile organisée, puisse obtenir la légitimité de ses actions, ces dernières étant fondées sur la maîtrise d'un savoir-faire dans un champ d'expertise poussé. D'après Arnaud :

Cette redistribution des rôles correspond à un nouveau projet de société, qu'on voit sourdre dans les réactions de la société civile [...] Il s'agit d'un projet de participation citoyenne au dire-droit, mode d'action qui met en cause le contrat social censé fonder nos sociétés depuis deux siècles. Admis ce projet, les organisations citoyennes pourront agir sans confusion, en pleine connaissance de leurs pouvoirs et de leurs responsabilités<sup>1354</sup>.

À notre avis, la théorie du contrat social, qui accorde la légitimité de l'autorité uniquement à l'État, a besoin d'être reformulée. Le contrat ne pourra plus être légitime s'il ne contient que des clauses d'adhésion-soumission, qui réservent tout le pouvoir à l'État souverain. En ce début du 21<sup>e</sup> siècle, il devient évident que la société civile organisée se manifeste politiquement par d'autres formes organisationnelles non étatiques. Ces dernières doivent être reconnues dans le nouveau contrat social. Le fait de ne pas inclure dans le nouveau contrat social ces faits accomplis vient d'une mauvaise lecture de la réalité contemporaine. De plus, l'organisation territoriale adoptée par le modèle westphalien ne tient plus la route, car, dans la mesure où les activités transnationales prennent de la place, les frontières étatiques s'estompent peu à peu<sup>1355</sup>.

---

<sup>1352</sup> Belley, « Une justice », *supra* note 137 au para 112.

<sup>1353</sup> Gunther Teubner, « 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p 7 (« The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature »).

<sup>1354</sup> Arnaud, *Critique*, *supra* note 620 à la p 16.

<sup>1355</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 90 (« La mondialisation, parce qu'elle bouscule les frontières, les distances, qu'elle met en jeu des acteurs d'ici et d'ailleurs (parfois de nulle part!), qu'elle semble imposer

Grosso modo, ce chapitre remet en question la validité du paradigme westphalien en mettant en exergue, comme prototype, le principe de la décentralisation de la compétence souveraine et le partage des compétences entre les États et les autres acteurs *infra, supra,* et *extra* étatiques. D'après Prébissy :

Le pluralisme juridique a donc toujours existé, même si le droit officiel a tenté de le combattre et de l'occulter. Mais, l'observation des pratiques juridiques contemporaines révèle qu'il s'est généralisé et institutionnalisé, à travers l'émergence de nouvelles formes de droit élaborées par des autorités infra-étatiques (collectivités locales) et supra-étatiques (organisations internationales), mais aussi par des acteurs privés issus de la société civile, qui prennent désormais en charge la régulation des relations sociales dans des domaines aussi divers que l'économie, l'entreprise, la famille ou le voisinage<sup>1356</sup>.

Le modèle de partage des compétences est un édifice en construction. Il s'élève au fur et à mesure que la société civile s'organise par l'intermédiaire des acteurs non étatiques. Ces derniers prennent en charge, *de jure* ou *de facto*, certaines compétences précises dans l'arène internationale. Selon Gurvitch :

Dans une perspective plus large s'annonce l'effort pour 'socialiser sans étatiser', pour organiser la société économique par ses propres moyens, indépendants de la contrainte inconditionnée de l'État. Des tendances se révèlent vers un 'libéralisme des groupes', 'libéralisme anti-individualiste', et 'socialisme anti-statiste', où la liberté des individus serait garantie par leur participation à la fois à plusieurs ordres équivalents, qui se limitent réciproquement<sup>1357</sup>.

L'idée qui ressort de ce chapitre est celle qui considère la société et l'État comme deux entités distinctes. En vertu de cette idée, les individus appartiennent simultanément à différentes entités territoriales et non territoriales, étatiques et non étatiques. En gros, c'est la confirmation du phénomène des appartenances multiples, qui caractérise la société des réseaux autonomes, à l'époque de la postmodernité. Selon Chivalion :

Le réseau est souvent présenté comme l'antithèse du territoire : le mouvement contre l'enracinement, la mobilité contre la fixité, le mouvement contre le permanent. La sociologie des réseaux (sociaux) utilise aussi la notion [réticulaire]

---

des modèles idéologiques porteurs d'effets normatifs, qu'elle aspire à une gouvernance globale des maux de la planète, qu'elle semble accorder un primat à la libre circulation des biens, des services et des capitaux, empiète sur les compétences normatives de l'État »).

<sup>1356</sup> Catherine Prébissy, « La crise d'adaptation du droit des marchés publics » dans Pascale Vincent, dir, *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2001, à la p 60 [Vincent].

<sup>1357</sup> Gurvitch, *Le temps, supra* note 122 à la p 9.

pour prendre le contre-pied d'une conception en catégories et groupes sociaux bien délimités, et suggérer plutôt les appartenances multiples que génère le réseau. Dans l'un ou l'autre cas, c'est à l'idée de transversalité que l'on s'en remet pour signifier que la limite, spatiale et sociale, est perméable et franchissable<sup>1358</sup>.

Cet énoncé générique semble *mutatis mutandis* confirmer l'idée de la transnationalité des réseaux autonomes composés par les entités *infra*, *supra*, et *extra* étatiques. Il ressortirait de cela que les frontières nationales ne sont plus une limite spatiale infranchissable pour les acteurs transnationaux.

En outre, la réalité transnationale contemporaine suggère que les États ont besoin qu'on mette sur pied un modèle de gouvernance mondiale de corégulation transgouvernementale<sup>1359</sup> et multipartite, soit par l'intermédiaire de réseaux informels<sup>1360</sup>, ou soit au moyen d'organisations internationales, continentales et régionales bien établies<sup>1361</sup>. Dans ces deux cas, étant donné que ce sont les États qui participent à la mise sur pied de ces organisations transnationales, il s'agit d'un modèle de pluralisme juridique minimaliste, car les États conservent un certain contrôle de la situation par l'entremise de leurs représentants étatiques. Une autre réalité se développe en parallèle et en dehors de la volonté des États; ce sont les réseaux transnationaux composés d'acteurs non étatiques<sup>1362</sup>. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un modèle de pluralisme juridique maximaliste, où les États partagent les compétences souveraines avec les acteurs non étatiques. Ces derniers s'autorégulent eux-mêmes dans leur champ d'expertise particulier. Cependant, les différents ordres juridiques sont semi-autonomes, dans la mesure où ils sont vulnérables quant aux règles et aux interventions d'autres forces sociales émanant du vaste monde physique ou virtuel. Autrement dit, un grand nombre de phénomènes juridiques se situent dans un pluralisme juridique de type intermédiaire. C'est le cas notamment, lorsque, d'après le droit constitutionnel et international, les acteurs sous-étatiques n'ont aucune compétence normative, et que, malgré ce manque d'attributions réglementaires à l'international, ces acteurs infra-étatiques participent à l'adoption de cadres normatifs pour la bonne gouvernance transnationale. En principe, les acteurs sous-

---

<sup>1358</sup> Christine Chivallon, « Fin des territoires ou nécessité d'une conceptualisation autre » (Automne 1999) 31 *Géographie et Cultures* 127 à la p 131.

<sup>1359</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 747.

<sup>1360</sup> Voir le chapitre II, à la section A, ci-dessus, pour l'analyse en détail de ce phénomène contemporain.

<sup>1361</sup> Voir le chapitre II, à la section B, ci-dessus, pour l'analyse en détail de ce phénomène contemporain.

<sup>1362</sup> Voir le chapitre II, à la section C, ci-dessus, pour l'analyse en détail de ce phénomène contemporain.



étatiques exercent un partage de compétences normatives *de facto*. Ils adoptent des normes juridiques parallèles à celles en vigueur dans les États. Cela se déroule ainsi à cause du manque de normes étatiques habilitantes préexistantes. Par la suite, les autorités étatiques constitutionnellement habilitées, en dialogue avec l'autre ordre juridique qui apparaît en parallèle, reconnaissent rétroactivement et formellement cet autre corpus juridique. Un cas typique de ce nouveau modèle de gouvernance transnational, c'est l'adoption puis l'application des accords de réglementation bancaire de Bâle I, II et III<sup>1363</sup>. Nonobstant, d'autres cas semblables demeurent dans la pénombre. C'est le cas du *Pacte mondial des Villes sur le Climat* – « *Pacte de la Ville de Mexico* ». Concernant ce cas, nous tentons une explication relativement raisonnable pour l'harmonisation de ce « traité international » en droit canadien<sup>1364</sup>, mais il est possible que cette solution ne soit pas valable pour des villes appartenant aux territoires d'autres États dans le monde.

Le raisonnement juridique approprié pour expliquer des situations d'opacité n'émanerait pas du formalisme des sciences juridiques. Une perspective interdisciplinaire propre au pluralisme juridique aiderait davantage à mieux comprendre les phénomènes juridiques contemporains. Slaughter suggère :

Peoples and their governments around the world need global institutions to solve collective problems that can only be addressed on a global scale. They must be able to make and enforce global rules on a variety of subjects and through a variety of means. Further, it has become commonplace to claim that the international institutions created in the late 1940s, after a very different war and facing a host of different threats from those we face today, are outdated and inadequate to meet contemporary challenges. They must be reformed or even reinvented; new ones must be created<sup>1365</sup>.

À l'époque où la société civile s'organise, ce sont les peuples, et non pas seulement les États qui ont besoin de constituer de nouvelles organisations afin de relever les défis humains du 21<sup>e</sup> siècle. Nous sommes d'avis que les nouvelles organisations transnationales apparaissent progressivement de manière spontanée et désordonnée. Elles sont soumises au plébiscite de la société, et seules les plus performantes survivent. En dernière analyse, la complexité de la société transnationale et la diversité des acteurs qui

---

<sup>1363</sup> Voir le chapitre II, à la sous-section A.1.b, ci-dessus.

<sup>1364</sup> Voir le chapitre II, à la sous-section A.2.b, ci-dessus.

<sup>1365</sup> Slaughter, *A New World Order*, *supra* note 128 à la p 8.

participent à la gouvernance mondiale font en sorte qu'une pluralité d'ordres et de systèmes juridiques cohabite dans l'espace planétaire. C'est pour cette raison que Bergel affirme qu'il faudra « réfléchir aux méthodes, aux procédés, aux institutions et aux principes qui permettent d'ordonner et d'organiser une pluralité de systèmes dans un même ordre juridique, ou une pluralité d'ordres juridiques différents qui coexistent »<sup>1366</sup>. Nous ne sommes pas encore en mesure de répondre à toutes ces inquiétudes soulevées par Bergel, mais nous pensons que la légitimité d'agir à l'international ne devrait plus être exclusivement octroyée par la reconnaissance étatique, mais plutôt par l'accomplissement matériel des critères d'un modèle de bonne gouvernance démocratique venant de toute entité non étatique.

Ce modèle de bonne gouvernance démocratique devrait au moins incorporer des critères tels que la participation démocratique ouverte à tous, la transparence, l'autonomie, l'indépendance, la limitation de la compétence pour ce qui est du champ d'expertise, la preuve d'une utilité publique reconnue, l'existence de règles de conduite appropriées afin de protéger l'intérêt général, la responsabilité sociale, l'imputabilité des dirigeants et des gestionnaires, l'obligation de rendre compte de leurs actes, etc<sup>1367</sup>. Pour arriver à cela, il faudrait reconnaître une certaine personnalité juridique internationale aux acteurs non étatiques, afin de les rendre imputables et responsables de leurs actes. L'Institut de droit international considère que pour renforcer le respect du DIH et mieux protéger les populations civiles, les acteurs non étatiques belligérants ont des obligations internationales sans égard à leur statut juridique<sup>1368</sup>. Cette interprétation progressiste doit s'appliquer à d'autres cas, là où la protection des victimes est nécessaire pour rendre l'ordre juridique international efficace et qu'on puisse le légitimer. L'institutionnalisation du droit autonome à la libre association internationale de la société civile organisée signifie l'affranchissement de la tutelle étatique, et constitue aussi le mécanisme requis pour faire des acteurs non étatiques des sujets imputables à l'échelle planétaire. En

---

<sup>1366</sup> Jean-Louis Bergel, « Le pluralisme juridique : Rapport introductif » dans Bergel, *supra* note 142 à la p 12.

<sup>1367</sup> Principes d'Istanbul, *supra* note 352.

<sup>1368</sup> Milan Šahoviæ, Rapporteur, « Résolution N° 1 sur l'application de droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques » (25 août 1999), en ligne : Institut de droit international <[http://www.idi-iiil.org/idiF/navig\\_chron1993.html](http://www.idi-iiil.org/idiF/navig_chron1993.html)>.

réalité, le droit à la libre association internationale ne serait que le droit souverain de toute organisation de la société civile organisée de se doter d'une personnalité juridique internationale, sans avoir à passer par l'autorité étatique ou supra-étatique<sup>1369</sup>. Cette personnalité juridique attribuée aux acteurs non étatiques leur donnerait aussi une responsabilité internationale autonome, sans qu'ils aient à passer par l'écran de l'État souverain.

Au 21<sup>e</sup> siècle, aucun acteur n'aurait le monopole du droit. De plus, certains sujets de droit choisissent l'ordre juridique auquel ils demeurent assujettis. Dans un monde où autant d'acteurs participent à l'élaboration de normes, le droit qui s'édicte dans les contours de la société tend à être désordonné, mais intelligent toutefois. Le droit qui se crée à partir du haut vers le bas a tendance à être ordonné, mais taciturne<sup>1370</sup>. Par conséquent, l'environnement approprié pour l'élaboration de normes, au 21<sup>e</sup> siècle, se trouve au bas de la pyramide et dans la périphérie<sup>1371</sup>, et non plus exclusivement au sommet de l'État souverain. C'est ainsi que l'entend « Alice », nom fictif que Baines a choisi pour faire le récit d'une ancienne enfante-soldate qui a été enlevée en 1995 avec sa sœur<sup>1372</sup>. Elle avait été forcée de participer au meurtre de sa sœur, lorsqu'elles ont été enlevées par les rebelles de l'Armée de résistance du Seigneur. « Alice » demande aux aînés de la communauté de la région d'Acholi (au nord de l'Ouganda) qu'on lui applique la justice traditionnelle de type coutumier<sup>1373</sup> au lieu de la justice étatique<sup>1374</sup>. Il s'agit notamment de cérémonies traditionnelles comme le *mato aput*, le *nyono tong gweno*, et le *gomo*

---

<sup>1369</sup> Constanza de Toma, *Guide de plaidoyer pour la promotion d'un environnement propice pour la société civile dans des contextes spécifiques*, Forum sur l'efficacité du développement des OSC, en ligne : <[http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/120109-of-advocacy\\_toolkit-fr-web-2.pdf](http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/120109-of-advocacy_toolkit-fr-web-2.pdf)>, à la p 9. Ce guide indique que « la liberté d'association et de réunion et la reconnaissance juridique pour faciliter le travail des OSC » constituent, entre autres, les normes minimales ou les conditions préalables à une société civile solide et efficace.

<sup>1370</sup> Cette affirmation constitue une paraphrase de la théorie de Curtis R Carlson relative à l'innovation technologique au 21<sup>e</sup> siècle.

<sup>1371</sup> Gunther Teubner, « Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors » dans Teubner, *Global*, *supra* note 35 à la p xiv.

<sup>1372</sup> Baines, *supra* note 723 à la p 91 et ss.

<sup>1373</sup> *The National Reconciliation Bill* (2009), en ligne : Coalition pour la CPI <[http://www.iccnw.org/documents/TRC\\_Bill\\_for\\_Uganda\\_2009.pdf](http://www.iccnw.org/documents/TRC_Bill_for_Uganda_2009.pdf)>. Cette norme n'a jamais été adoptée formellement par l'État ougandais, mais elle recompile la coutume ougandaise.

<sup>1374</sup> *Ugandan Amnesty Act, 2000* (Ouganda), 2000, c 294 (entrée en vigueur le 21 janvier 2000).

*tong*<sup>1375</sup>, qui contribueraient à soulager « *Alice* » du ‘*cen*’ de sa sœur morte. Dans cette histoire d’« *Alice* », la recherche d’une solution au conflit social est plus importante que de résoudre un problème juridique. « *Alice* » cherche davantage le pardon de sa famille et la réconciliation avec sa communauté, plutôt que de régler un dossier judiciaire avec l’État. Elle choisit la norme et la juridiction qui correspondent le mieux à ses besoins. Le système de justice étatique et le système de justice autochtone africain sont deux systèmes normatifs différents qui se trouvent en concurrence simultanée, le premier étant le modèle de justice transitionnel selon les standards universels, et le second un modèle de justice coutumier. D’après Grammond, « il est possible de réconcilier les deux si l’on reconnaît que l’État de droit peut aussi englober les systèmes juridiques autochtones »<sup>1376</sup>. Nous considérons qu’une interprétation *mutatis mutandis* peut concilier l’ordre juridique international à vocation universelle et les ordres juridiques autochtones, lorsqu’on reconnaît que le but du droit est d’amener les gens à vivre harmonieusement en société. L’histoire d’« *Alice* » est un cas où le pluralisme juridique constitue un modèle théorique capable d’expliquer un phénomène de coexistence, au même moment, d’une pluralité d’ordres juridiques s’appliquant simultanément ou successivement à un même sujet de droit, « *Alice* » dans le cas présent.

---

<sup>1375</sup> Prudence Acirokop, « The Potential and Limits of *Mato Oput* as a Tool for Reconciliation and Justice » dans Parmar et al, *supra* note 741 aux pp 267-276.

<sup>1376</sup> Sébastien Grammond, « L’État de droit au Canada et en Amérique Latine », Colloque international, regard présent sur la règle de droit et la justice transitionnelle et alternative en Amérique latine : expériences partagées, présenté à l’Université d’Ottawa, 24 mars 2014, en ligne : <[http://www.youtube.com/watch?v=XXT61Jmx-Iw&list=PLX-Gt1Xoj9evR0s\\_bomxdltP2CNg1PyIx](http://www.youtube.com/watch?v=XXT61Jmx-Iw&list=PLX-Gt1Xoj9evR0s_bomxdltP2CNg1PyIx)>.

## Conclusion générale

La souveraineté absolue n'a théoriquement pas de limites, en ce qui a trait à la compétence normative, judiciaire et exécutive du droit, car elle recèle une portée large et générale<sup>1377</sup>. Cet axiome correspond au modèle purement étatique et interétatique de type westphalien. Comme l'explique Savidan : « Dans le modèle westphalien de la souveraineté, les seuls sujets et sources de droit international sont les États, et les États sont liés par ces règles auxquelles ils ont consenti soit par des traités, soit par une longue pratique (coutume) »<sup>1378</sup>. Les concepts de souveraineté absolue, d'État, de nation, de communauté internationale des États et de droit international classique se tiennent réciproquement entre eux et constituent les fondements de l'ordre international. Ils ont coexisté depuis le début de la modernité. Selon Ost et van de Kerchove : « Un ordre international est un ordre juridico-politique construit autour et à partir des États-nations qui établissent entre eux, puissances souveraines, des rapports volontaires : c'est le modèle dit 'westphalien', qui s'imposait encore jusqu'il y a quelques lustres »<sup>1379</sup>. Selon ces hypothèses, la communauté internationale des États se construit à coup de traités de paix conclus à l'issue des guerres interétatiques. Le monopole de la violence exercé par l'État s'impose comme outil de gestion des relations internationales. L'État étant le seul acteur autorisé à utiliser la violence légitime, il est aussi l'acteur prépondérant dans les affaires internationales.

Les discours prédominants ne tiennent plus la route et ne cadrent plus dans le contexte des relations internationales. Le passage du temps semble faire évoluer les idées héritées du passé. Au 21<sup>e</sup> siècle, les États les plus puissants ne peuvent plus se faire la guerre, en raison de l'intensité mortifère de leurs armes ainsi que des risques ou des menaces d'autodestruction collective de l'espèce humaine. Il en résulte que la menace de guerre reste l'apanage des républiques bananières, et cela jusqu'à ce que les grandes puissances s'en mêlent. Certains États sont devenus tellement puissants qu'ils ne peuvent plus

---

<sup>1377</sup> Hobbes, *supra* note 67 aux pp 179-191.

<sup>1378</sup> Patrick Savidan, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Paris, Presses Paris Sorbonne, 2006, à la p 43 [Savidan].

<sup>1379</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 158.

exercer tout leur potentiel de violence physique, sans risquer la fin de l'existence humaine sur Terre<sup>1380</sup>. À la lumière de ces hypothèses, on peut dire que le monopole de la violence devient d'une inutilité manifeste, et qu'en même temps, les États perdent progressivement le monopole du droit<sup>1381</sup>. En outre, on note que les États cèdent lentement leur exclusivité et leur hégémonie dans les relations internationales, car comme l'explique Kieffer, « l'idée d'un monde sans État (westphalien) semble beaucoup plus proche de la réalité – même s'il s'agit là d'une vision se projetant dans un futur lointain »<sup>1382</sup>.

À l'époque de la postmodernité, d'autres acteurs non étatiques partagent désormais le contrôle du nouvel ordre mondial. Selon Schemeil et Eberwein : « L'ordre mondial, c'est bien connu, n'est pas seulement construit par des États nationaux et les institutions qu'ils ont fondées par traité, il est aussi produit par les acteurs non étatiques transnationaux »<sup>1383</sup>. Cette nouvelle fissure dans l'exclusivité des compétences étatiques est mise en exergue par Barraud :

Il ne fait aucun doute que, derrière cette appellation imprécise d'ordre international, se cachent l'ordre du marché mondial et, plus généralement, une construction étant le fait d'acteurs paraétatiques. Aussi parle-t-on plus facilement d'ordre 'transnational' ou 'multinational', expressions illustrant l'ouverture du processus de création du droit à l'ordre économique et à la société civile<sup>1384</sup>.

Ainsi, les acteurs du nouvel ordre économique mondialisé et la société civile transnationale organisée ouvrent la voie à une pluralité d'acteurs transnationaux, qui participent désormais à l'exercice des compétences normatives et judiciaires selon leurs spécialités<sup>1385</sup>. Cette nouvelle orientation est largement cautionnée par plusieurs auteurs, qui savent en mesurer les avantages. Ils soutiennent que la souveraineté partageable

---

<sup>1380</sup> Ilgen, *supra* note 97 à la p 16 (« Ironically, the declining effectiveness of sovereign states custodians of the use of force comes at the time when most states are in possession of unprecedented arsenals of military hardware. However, just as states with nuclear weapons came to understand in the 1950s, the acquisition and possession of weapons of destruction offered such states fewer and fewer situations where force could be appropriately applied. The norms about when force could be appropriately used and the rules of military engagements increasingly constrained all states in the second half of the twentieth century. As a consequence, warfare has become an instrument of declining usefulness for state policy »).

<sup>1381</sup> Ost et van de Kerchove, *supra* note 19 à la p 14.

<sup>1382</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 167.

<sup>1383</sup> Schemeil et Eberwein, *supra* note 469 aux pp 8-9.

<sup>1384</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 291.

<sup>1385</sup> Arnaud, « De la régulation », *supra* note 599 à la p 12.

constitue un modèle plus souple où la compétence pour créer, et pour faire le droit est désormais circonscrite dans des domaines spécifiques et déterminés. Il s'agit de l'exercice concret de la compétence pour créer des normes, et pour résoudre des différends dans des domaines d'activité économique, sociale ou technoscientifique très particuliers. Il faut concéder que la nouvelle structure émergente concorde bien avec le modèle sociopolitique d'une société internationale de multi-acteurs ou de multi-agents<sup>1386</sup>. Les phénomènes de l'effritement du monopole étatique et de l'apparition de nouveaux joueurs sur l'arène internationale sont indéniables. D'après Mouttaki : « L'État perd dès lors son omniprésence et son omnipotence dans les relations internationales. C'est cette prise en compte des nécessités nouvelles qui a permis l'émergence de nouveaux sujets de droit international »<sup>1387</sup>. Dans ce contexte, la souveraineté étatique perd ses lettres de noblesse. Elle n'est plus le substantif désignant l'omnipotence, mais de plus en plus l'adjectif qui qualifie les compétences. Pour ce qui est des compétences souveraines, elles deviennent concurrentes et décentralisées<sup>1388</sup>.

Notre thèse entend prouver que les relations juridiques transnationales contemporaines dépassent le modèle des sources formelles du droit établies par le droit international classique. La raison en est qu'il y a une myriade d'acteurs qui participent à la production d'une diversité d'ordres juridiques coexistant en parallèle. Autrement dit, la pluralité des lieux de production normative génère une pluralité d'ordres juridiques coexistant en même temps. Il est clair que le paradigme d'une communauté interétatique, composée uniquement d'États souverains et de leurs entités dérivées, néglige le rôle joué par les acteurs non étatiques<sup>1389</sup>. Ce paradigme éclipse une réalité indéniablement tangible en droit international. La société internationale contemporaine est complexe, parce que « l'environnement dans lequel nous évoluons aujourd'hui peut être divisé en deux 'mondes', celui des 'États' auquel s'intéressent depuis longtemps les spécialistes des relations internationales et un 'monde multicentré' qui connaît depuis quelques décennies

---

<sup>1386</sup> Schemeil et Eberwein, *supra* note 469 à la p 57.

<sup>1387</sup> Mouttaki, *supra* note 867 à la p 268.

<sup>1388</sup> Voir l'ensemble du chapitre II pour l'analyse en détail du phénomène de la décentralisation de la compétence souveraine.

<sup>1389</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 115.

une expansion rapide »<sup>1390</sup>. Les acteurs non étatiques, qui cohabitent en parallèle avec la communauté interétatique, existent de *jure* ou *de facto*, et ils exercent certaines compétences auparavant réservées aux États, parce « que le droit n'émane plus d'un foyer unique de production de normes, l'État, mais est façonné par une ribambelle d'acteurs aussi divers que variés »<sup>1391</sup>. Certains États pas encore reconnus, même s'ils appartiennent à la catégorie d'acteurs la plus ancienne et la plus réputée de la société internationale, expliquent les limitations attribuées au droit international classique. Ces limitations du droit international affectent le bon fonctionnement de la communauté interétatique elle-même. Les mêmes limitations ont encore plus d'impact lorsque de nouveaux acteurs transnationaux, autres que les organisations internationales, participent aux relations transnationales. C'est ainsi que les limitations de l'ordre juridique interétatique expliquent partiellement l'absence d'un régime international de reconnaissance et d'encadrement des nouveaux acteurs non étatiques.

Ce n'est pas uniquement l'insuffisance du droit international classique qui est mise en évidence, mais aussi l'incapacité du modèle étatique à faire face aux nouveaux développements technoscientifiques. Désormais, l'importance stratégique de la connaissance et du savoir-faire l'emporte sur la possession des ressources naturelles. En effet, le droit d'exploitation des ressources naturelles est indubitablement lié au territoire dans lequel elles se trouvent et sur lequel l'État demeure souverain. Comme le mentionne Savidan, « affirmer la souveraineté revient à revendiquer l'autorité suprême et le contrôle sur un territoire donné »<sup>1392</sup>. Par contre, il faut reconnaître que la connaissance technoscientifique ainsi que le savoir-faire échappent à la logique territoriale. Nous estimons, d'une part, que la modernité se caractérise, entre autres, par l'importance stratégique accordée aux ressources naturelles, dont le contrôle étatique est le critère fondamental. D'autre part, nous pensons que la postmodernité se caractérise par l'importance stratégique de la connaissance technoscientifique donc le contrôle étatique est marginal. Ce changement de circonstances fait en sorte que le droit international public, qui repose sur le modèle étatique, devient obsolète à certains égards, car il semble

---

<sup>1390</sup> Daniel Tremblay, *Un monde transnational est possible : Mutation des frontières internationales*, Paris, L'Harmattan, 2010, à la p 20.

<sup>1391</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 60 et 61.

<sup>1392</sup> Savidan, *supra* note 1378 à la p 32.



faire fi de la participation transnationale des acteurs non étatiques dans la vie publique internationale. De plus, les principes juridiques fondés sur la souveraineté exclusivement étatique, qui étaient auparavant rigides, deviennent eux aussi relatifs. Selon Domingo :

The science of law has become obsolete in many respects; it has been overwhelmed by new facts and circumstances. The increasingly opaque distinction between public and private spheres, the intrinsic complexity of facts to be ordered by law, and poor planning in the face of a rapidly changing future have eviscerated many legal principles that once might have seemed permanent and unchanging now seem, at best, mercurial<sup>1393</sup>.

Or, le droit est un instrument de domination ou de protection. Il impose ou protège les intérêts d'un groupe ou d'une collectivité selon l'époque et les circonstances sociales, économiques et politiques. Toujours selon Domingo : « If the ancient *ius gentium* served the hegemonic interests of Rome, and international law those of a state-based Europe, the new global law, based on person, must contribute to the common good of humanity and to the development of world peace »<sup>1394</sup>. Le droit contemporain doit considérer l'être humain et son environnement naturel comme étant des intérêts légitimes, voire primordiaux. Certes, chaque période de l'histoire humaine a un système juridique dominant, et chaque modèle juridique a une théorie qui l'explique bien. Au 21<sup>e</sup> siècle, le système juridique dominant serait celui du droit transnational, et la théorie qui l'expliquerait le mieux serait celle du pluralisme juridique. En cela, nous partageons l'avis de Benyekhlef qui propose une relecture du droit international : « le pluralisme est une théorie qui nous permettra de dépeindre plus justement et de mieux saisir les réalités normatives. Loin du statocentrisme, le pluralisme facilitera un nouvel entendement du droit »<sup>1395</sup>.

Dans l'histoire des sociétés humaines et des peuples, chaque époque comporte un système juridique qui la caractérise. Le droit des gens correspond à la pré-modernité, le droit international classique s'harmonise avec la modernité et le droit commun de l'humanité répond aux besoins normatifs de la postmodernité<sup>1396</sup>. Ce droit commun de

---

<sup>1393</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p xiii.

<sup>1394</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 195.

<sup>1395</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 55.

<sup>1396</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p xiv (« The time has come for a global law just as earlier, the time was ripe for the law of nations and what later became 'international law'. Without the *ius gentium*, international

l'humanité est fondamentalement un droit transnational et pluraliste. Dans cette même perspective, chaque système juridique possède une théorie qui explique bien ses caractéristiques. Le droit international classique constitue le cadre théorique convenable pour expliquer l'existence et le fonctionnement des États, dans le contexte de la communauté interétatique. Par contre, lorsque les acteurs non étatiques deviennent des joueurs clés dans le contexte de la société civile transnationale et internationale organisée, le droit international classique devient, par la force des choses, désuet<sup>1397</sup>.

La question juridique et théorique qui se pose est de savoir comment les nouveaux acteurs de la scène internationale jouissent de la légitimité internationale. Weber observe trois types de légitimité dans les sociétés humaines : rationnelle, traditionnelle, et charismatique. Il explique la légitimité à obéir dans chaque cas comme suit :

Dans le cas de la domination statutaire, on obéit à l'ordre impersonnel, objectif, légalement arrêté, et aux supérieurs qu'il désigne, en vertu de la légalité formelle de ses règlements et dans leur étendue. Dans le cas de la domination traditionnelle, on obéit à la personne du détenteur du pouvoir désigné par la tradition et assujetti (dans ses attributions) à celle-ci, en vertu du respect qui lui est dû dans l'étendue de la coutume. Dans le cas de la domination charismatique, on obéit au chef en tant que tel, chef qualifié charismatiquement en vertu de la confiance personnelle en sa révélation, son héroïsme ou sa valeur exemplaire, et dans l'étendue de la validité de la croyance en son charisme<sup>1398</sup>.

Les trois modèles explicatifs proposés par Weber fonctionnent dans des contextes organisationnels et historiques distincts. Il est certain que le modèle rationnel se matérialise dans les structures bureaucratiques que pratiquent toutes les organisations étatiques et non étatiques (États, organisations internationales, ONG, sociétés transnationales, clubs, regroupements, Églises, ordres professionnels, etc.). Weber observe que « le grand instrument de la supériorité de l'administration bureaucratique est le savoir spécialisé dont le besoin absolu est déterminé par le technique moderne et l'économie de la production des biens »<sup>1399</sup>. La bureaucratie étatique détient l'expertise

---

law cannot be understood. Moreover, absent the development of international law, nascent global law would not come into being. These three legal domains (the law of nations, international law, and global law) are like grandfather, father and grandson, respectively. They are part of one and same family »).

<sup>1397</sup> Lindblom, *supra* note 440 à la p 22.

<sup>1398</sup> Max Weber, *Économie et société*, v 1, traduit par Julien Freund et al, Paris, Librairie Plon, 1971, à la p 222 [Weber, *Économie*].

<sup>1399</sup> Weber, *Économie*, *supra* note 1398 à la p 229.

nécessaire pour s'imposer pendant la période de la modernité. Le positivisme juridique constitue la théorie qui explique le mieux la domination légale exercée par l'État pendant cette époque qui a marqué les 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles.

Pour ce qui est de la légitimité de la compétence de légiférer et de juger, nous exposons deux théories opposées. Nous avançons deux ensembles d'idées relativement organisés pour expliquer le bien-fondé des acteurs émergents dans l'élaboration des règles et l'adjudication des différends transnationaux. La première démonstration procède du monisme étatique. En effet, il émane du positivisme juridique que la puissance publique de l'État constitue le fondement de la validité de la loi, car le monopole de la force et du droit par l'État garantit l'effectivité du droit en vigueur. Selon cette conception, la société est subsumée dans l'État<sup>1400</sup>, et le droit constitue la volonté générale de l'ensemble de la société. D'après Vincent :

Conçu comme le bras armé des États modernes, seuls habilités dans ce contexte à faire et dire le droit, le droit positif incarne les valeurs et les prétentions de l'universalisme juridique. Le droit moderne serait donc le produit commun d'une Raison humaine, incarnée par l'État, indivisible et prééminente<sup>1401</sup>.

Cela veut dire que depuis que la notion d'État, et la théorie l'expliquant existent au sens du droit constitutionnel, l'idée de puissance publique comme instrument de contrainte se légitime dans la mesure où l'autorité exerce le pouvoir sans tenir compte des intérêts particuliers, et pour arriver à imposer l'idée d'intérêt général par l'entremise du droit positif. Le pouvoir de coercition de l'État explique l'effectivité du droit positif, mais le fait que l'État édicte et renforce la loi ne la rend pas démocratiquement légitime, puisqu'il existe toujours des États non démocratiques. Habermas semble mieux expliquer cette réalité de la composition de la communauté interétatique. Selon lui, « l'organisation mondiale réunit aujourd'hui *tous* les États, indépendamment du fait de savoir s'ils ont déjà une Constitution républicaine et s'ils respectent les droits de l'homme »<sup>1402</sup>. Comme nous l'avons déjà affirmé, au 21<sup>e</sup> siècle, il se trouve aussi que les États démocratiques, à cause de la mondialisation et de la puissance des intérêts financiers des sociétés transnationales, souffrent d'un manque de légitimité démocratique, car leurs instances de

---

<sup>1400</sup> Hegel, *Principes*, *supra* note 114 à la p 257.

<sup>1401</sup> Vincent, *supra* note 1356 à la p 10.

<sup>1402</sup> Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 56 à la p 65.

représentation démocratique sont contrôlées par le lobbying d'une élite capitaliste, et non par les citoyens<sup>1403</sup>.

Dans un autre ordre d'idées, d'autres réalités s'imposent également au droit international. Par exemple, depuis que les TIC se déploient partout dans le monde, l'idée d'un système décisionnel rationnel hautement complexe, détenu par les experts des secteurs public et privé, dans le but d'orienter les individus, s'explique par le savoir-faire et l'expertise des acteurs transnationaux qualifiés dans chaque domaine. Pourtant, on doit admettre que la connaissance technoscientifique ne légitime pas l'exercice d'une compétence souveraine, dans la mesure où la rationalisation technoscientifique, bien qu'elle interprète objectivement les lois de la nature, n'est pas nécessairement fondée sur un pouvoir démocratiquement acquis. Nous pensons que dans un environnement de pluralisme juridique, l'expertise technoscientifique constituerait le fondement de validité de la norme, en raison du fait déjà accompli que la multiplicité d'acteurs spécialisés permet le développement d'une énorme variété de normes juridiques. Le foisonnement des normes comporte un avantage, celui de pouvoir choisir ou sélectionner la meilleure ou la plus intelligente des règles applicables à chaque cas particulier. Il est théorisé que la « sélection naturelle des instruments les plus performants mène au final à l'adoption de 'lois-modèles standardisées' »<sup>1404</sup>. Il est normal que la concurrence normative engendre une abondance de choix à la disposition des individus et des acteurs économiques, sociaux et culturels. C'est en fonction de cela que le pluralisme juridique propose l'abandon du monopole étatique lors de la production et de l'application du droit. Cette manière de faire la gouvernance postmoderne est une décentralisation de la compétence normative et résolutoire dans le paysage juridique transnational. L'avantage qui en ressort est que les utilisateurs du système juridique en sortent gagnants, dans la mesure où ils peuvent décider laquelle des normes répond le mieux à leurs besoins<sup>1405</sup>. Il apparaît que la légitimité démocratique du système juridique ne se trouverait plus à l'étape de

---

<sup>1403</sup> Voir le chapitre I, à la section A.3.c, ci-dessus, pour l'analyse en détail.

<sup>1404</sup> Barraud, *supra* note 4 à la p 284.

<sup>1405</sup> Benyekhlef, *supra* note 63 à la p 54 (« il faut privilégier la méthode dialectique qui ne nous oblige pas à choisir entre l'un ou l'autre, mais nous incline plutôt à maintenir une 'tension des deux pôles' (l'un et l'autre) et, résistant de la sorte à un 'embrigadement réducteur', à tirer le meilleur parti de cette 'solidarité conflictuelle', parce que de cette opposition surgit, sans doute, une meilleure compréhension de la complexité du réel »).

l'élaboration de la norme, parce que l'instance de légitimation se déplace vers le moment de la sélection de la norme applicable au cas par cas. Ceci constitue un changement de paradigme juridique, parce que le pluralisme juridique rejette le système de la puissance publique hégémonique s'imposant par l'argument de la force coercitive, pour se tourner vers celui de la puissance du savoir et de la spécialisation s'imposant par la force argumentative. Par ces manifestations délibératives, le modèle de la concurrence normative et résolutoire se combine et s'intègre avec le droit transnational.

Notre thèse expose les raisons théoriques pour lesquelles le droit transnational est un mécanisme pertinent pour faire face aux défis mondiaux contemporains. Nous reconnaissons que le système interétatique demeure fondé sur le concept westphalien de la souveraineté des États. Cependant, nous soutenons que le modèle westphalien est en décrépitude, dans la mesure où le droit international classique est devenu incapable de reconnaître pleinement le rôle joué par les acteurs non étatiques qui prennent part, *de facto* ou *de jure*, aux relations internationales. Notre thèse dépeint cette situation comme un fait accompli et présente une nouvelle théorie de droit transnational adaptée aux nouvelles conjonctures contemporaines, théoriquement fondée non pas sur le positivisme westphalien, mais sur le pluralisme juridique.

Le positivisme juridique a généré le développement accru du droit codifié sous l'empreinte du monopole étatique. Cette expansion du droit codifié se manifeste autant en droit interne qu'en droit international. Par contre, par ses avancées, le pluralisme juridique parvient à défaire cette conception, en mettant au point la thèse du polycentrisme de sources normatives<sup>1406</sup>. C'est ainsi que l'importance du droit codifié et conventionnel devient moindre, car le droit positif d'origine étatique semble progressivement remplacé par un droit produit par le concours ou l'apport de divers acteurs transnationaux. Dans le contexte d'une société internationale complexe, où plusieurs types d'acteurs participent aux relations transnationales, l'importance de la coutume transnationale prend le dessus.

---

<sup>1406</sup> Voir le chapitre I, à la section C.4, ci-dessus, pour l'analyse en détail.

Au regard du positivisme volontariste, la force obligatoire de la coutume repose sur la volonté étatique. L'ancienne jurisprudence internationale en a réalisé une belle démonstration dans l'affaire *Lotus*, où la CPJI a eu à affirmer que : « Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes »<sup>1407</sup>. Cependant, cette interprétation volontariste du droit international reste sujette à caution. Elle n'est pas accueillie par la doctrine dominante, parce que la nature de la coutume diffère largement du processus de formation du droit codifié. Nguyen expose trois différences théoriques qui les distinguent :

- la source coutumière ne bénéficie pas de l'expression d'une volonté, mais s'appuie sur la conviction qu'une règle existe;
- elle ne résulte pas d'un acte juridique, mais de comportements émanant des sujets de droit;
- le processus est particulièrement 'décentralisé', sa chronologie est moins claire que celle du processus conventionnel<sup>1408</sup>.

Nous sommes d'accord avec cette distinction, parce que tout au long de notre thèse, nous avons défendu le postulat selon lequel les États ne détiennent plus le monopole pour créer le droit. En outre, nous soutenons que le pluralisme juridique, fort des arguments exposés par la tendance objectiviste du droit, nous indique que le droit est le fruit de la nécessité sociale et logique de la norme. Selon Scelle, la coutume « s'établit par la répétition des mêmes agissements et se prouve par la continuité. C'est le juge qui est chargé de cette constatation lorsque la coutume est contestée »<sup>1409</sup>. Dans l'arrêt *Nicaragua contre États-Unis*, la jurisprudence de la CIJ adopte l'approche objectiviste, en ce qui concerne l'autonomie de la coutume : « Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes, par rapport à celles du droit international conventionnel »<sup>1410</sup>. Le Nicaragua invoque une violation par les États-Unis du principe de la prohibition du recours à la force, mais en raison d'une

---

<sup>1407</sup> *Affaire du «Lotus»*, (1927), Arrêt du 7 septembre 1927, CPIJ (sér. A), n° 10, à la p 18.

<sup>1408</sup> Nguyen et al, *supra* note 1 à la p 353.

<sup>1409</sup> Scelle, v 1, *supra* note 29 à la p 6.

<sup>1410</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, [1986] CIJ rec 14, au para 179 [*Nicaragua c États-Unis d'Amérique*].

réserve émise par ces derniers à l'égard des dispositions conventionnelles traitant de cette matière, la CIJ ne pouvait pas prendre une décision sur la base du droit conventionnel. C'est ainsi que la CIJ conclut qu'elle va : « se prononcer sur les demandes du Nicaragua fondées sur le droit international coutumier, et cela bien que les différends 'résultant' des chartes des Nations Unies et de l'Organisation des États américains échappent à sa juridiction »<sup>1411</sup>. Cette approche nous semble logique, parce que l'existence d'un engagement conventionnel dans le même domaine (prohibition du recours à la force) n'affecte pas l'engagement de l'État à remplir les obligations préexistantes dans une norme coutumière, obligations auxquelles l'État est soumis en vertu du droit international coutumier. Autrement dit, la codification d'une coutume n'entraîne pas sa disparition, et le manque de codification n'empêche pas non plus son existence autarcique, parce que d'après l'article 38.b) du *Statut de la CIJ*, la coutume est une source autonome de droit.

Dans l'*Affaire des pêcheries*, la CIJ reconnaît la règle de l'objecteur persistant, comme exception à la règle de droit coutumier<sup>1412</sup>. Cependant, la doctrine de l'objecteur persistant n'est pas absolue, parce que l'objection ne peut pas s'opposer à une règle de droit international impératif, c'est-à-dire que la volonté étatique trouve ses limites en droit coutumier. Mouttaki donne l'exemple sud-africain comme manifestation de l'effritement de la doctrine volontariste, et conçoit que « l'interdiction de la politique de ségrégation a été reconnue par la très grande majorité des États et s'est imposée à l'Afrique du Sud, qui pratiquait l'apartheid, en dépit de ses réitératives oppositions »<sup>1413</sup>. Il en résulte qu'une règle coutumière peut naître et lier un État sans sa participation active, ni même son assentiment. De plus, de normes coutumières peuvent s'établir sans la participation de la communauté internationale des États, c'est-à-dire par l'usage répété et admis comme étant une coutume obligatoire pour et par les acteurs non étatiques<sup>1414</sup>. Certaines de ces règles coutumières, qui ont été créées par les acteurs non étatiques, peuvent éventuellement être appliquées aux États. C'est le cas de la définition de l'aide

---

<sup>1411</sup> *Nicaragua c États-Unis d'Amérique*, *supra* note 1410 au para 182.

<sup>1412</sup> *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Arrête du 18 décembre 1951, [1951] CIJ rec 116 à la p 131.

<sup>1413</sup> Mouttaki, *supra* note 867 à la p 264.

<sup>1414</sup> Christina Bermann-Harms et Nora Lester Murad, « Appliquer les principes d'Istanbul pour l'efficacité du développement des OSC », Forum sur l'efficacité du développement des Organisations de la société civile (OSC), en ligne : <<http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/230111-implementation-toolkit-fr-web.pdf>>.

humanitaire en cas de conflit armé. La CIJ reconnaît la valeur de la règle établie par le CICR : « Les caractéristiques d'une telle aide sont indiquées dans le premier et le second des principes fondamentaux proclamés par la vingtième conférence internationale de la Croix-Rouge »<sup>1415</sup>. Cette jurisprudence tend à démontrer que les acteurs non étatiques peuvent être créateurs autonomes de droit. Il est convenu que le droit généré par ces acteurs demeure du droit mou. Cependant, on doit admettre que ces sources normatives participent à l'effectivité et au progrès du droit international.

Bien que la plupart des relations et disputes contemporaines puissent être résolues par le droit mou, un minimum de droit impératif demeure nécessaire, car lorsque les mécanismes alternatifs de résolution des conflits n'arrivent pas à calmer les esprits belliqueux ou discriminatoires, une instance judiciaire doit trancher de manière définitive, en appliquant les règles d'ordre public international. Ces règles constituent un droit international universel minimal, axé vers la protection des personnes humaines et de la société humaine dans son ensemble. D'après Domingo : « Global law, therefore, defends more the idea of people than of nation, for the latter has since the French Revolution produced secessionist nationalism. Global law promotes Roman *maiestas*, whose nature is inclusive, more than it does exclusive modern sovereignty. And it rejects in every case any hegemonic principle »<sup>1416</sup>. En théorie, la souveraineté est un principe hégémonique fournissant tous les pouvoirs à l'État. Elle assujettit ainsi l'individu à la force contraignante de l'État. Ce monopole de l'État devient de moins en moins utile. Il est plutôt préjudiciable, car les réalités de la société contemporaine font en sorte que la violence légitime ne suffit plus pour faire régner la paix et l'ordre mondiaux. D'après Bokolomba-Mpela, « le recours à la force, les sanctions, la guerre dans un pays ou contre un état ne peuvent véritablement asseoir la sécurité, la paix et la démocratie dans le monde, ni venir à bout du terrorisme »<sup>1417</sup>. La connexité entre les différents acteurs transnationaux est une réalité qui balaye la justification de la contrainte physique comme garantie de respect du droit. Car le besoin d'une coopération régionale et mondiale

---

<sup>1415</sup> *Nicaragua c États-Unis d'Amérique*, *supra* note 1410 au para 242.

<sup>1416</sup> Domingo, *supra* note 51 à la p 196.

<sup>1417</sup> Prosper Bokolomba-Mpela, *Les Nouvelles initiatives de paix mondiale*, Paris, Publibook, 2010, à la p 17 [Bokolomba-Mpela].



impose une solidarité élargie afin de faire face aux nouveaux défis supranationaux de la société contemporaine<sup>1418</sup>.

Notre thèse postule que la société transnationale contemporaine, composée de plusieurs types d'acteurs, qui participent à la gouvernance mondiale<sup>1419</sup>, est là pour fonder les bases théoriques du droit transnational. Au sein de ce nouvel ordre juridique, la société civile et les divers acteurs non étatiques exercent des compétences normatives et institutionnelles de concert avec les États. Selon Delplanque :

Mise en place d'une forme de gouvernement différente de celle des États. Il ne s'agit pas, actuellement, de mettre en place un gouvernement supranational dont les membres seraient désignés essentiellement par les États. Mais de **coordonner**, à l'échelle de la planète, les actions des États y compris celles des organisations intergouvernementales, en faisant également participer les entreprises transnationales et les principales organisations non gouvernementales<sup>1420</sup>.

Le pluralisme juridique explique cette nouvelle réalité transnationale qui dépasse le concept de la communauté interétatique. C'est ainsi que le droit transnational déborde du système classique de droit international, en intégrant l'ensemble des règles publiques et privées, nationales et internationales, qui ont des effets transnationaux.

Dans ce nouveau paradigme de droit transnational, la personnalité juridique internationale doit être attribuée à certains acteurs non étatiques. C'est peut-être ce que la CIJ avait à l'esprit lorsqu'elle reconnaît que la Commission administrative du fleuve Uruguay (CARU) « 'jouit de la personnalité juridique dans l'accomplissement de son mandat' [...], la CARU a une existence propre et permanente, elle exerce des droits et [la CARU] est tenue à des devoirs pour s'acquitter des fonctions qui lui sont conférées »<sup>1421</sup>. *De lege ferenda*, ce fait ou cette fiction juridique contribuerait à permettre à ces acteurs non étatiques de remplir leur rôle et leur mission en vue d'établir la paix, la sécurité et le bien-être internationaux, de concert avec les États. Le droit applicable aux acteurs non

---

<sup>1418</sup> Bokolomba-Mpela, *supra* note 1417 à la p 124.

<sup>1419</sup> Homeira Moshirzadeh, « Intercivilizational dialogue and global governance » dans Corneliu Bjola et Markus Kornprobst, dir, *Arguing Global Governance: Agency, Lifeworld and Shared Reasoning*, London, Routledge, 2011, 117 aux pp 118, 126 et 138.

<sup>1420</sup> Marc Delplanque, *Gouvernance globale : gouvernement du monde*, Nice Cedex, Éditions Bénévent, 2004, à la p 119.

<sup>1421</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, [2010] CIJ rec 14, au para 87.

étatiques doit faire partie du nouveau corpus juridique transnational. Les acteurs non étatiques interviennent dans le processus d'élaboration et de mise en œuvre des normes transnationales. Le nouveau droit transnational doit combiner le droit contraignant, telles les règles du *jus cogens*, avec le droit mou émanant de l'autorégulation, tel qu'il est élaboré dans le droit religieux, la *lex sportiva*, le droit autochtone, le droit de l'environnement, la *lex mercatoria*, le droit des services personnels transnationaux, les normes techniques et la standardisation, le droit de l'Internet, pour ne mentionner que ces manifestations frappantes du pluralisme juridique transnational. Nous avons décelé diverses manifestations du pluralisme juridique qui font état des rapports de subordination, de coordination ou de confrontation. La problématique juridique qui se pose est de savoir comment les théories et les normes de droit peuvent contribuer à la sauvegarde de la planète en respectant la dignité humaine. Est-il possible de parvenir au bien commun tout en préservant une forme d'égalité et de liberté des individus partout dans le monde, un modèle participatif si complexe à imaginer au niveau mondial? Nous proposons que l'on responsabilise davantage les acteurs qui participent de la gouvernance transnationale. Pour ce faire, il faudrait mettre sur pied un mécanisme de reconnaissance d'une certaine personnalité juridique internationale pour certains acteurs non étatiques. Delmas-Marty explique :

Il s'agit donc de fabriquer une sorte de 'monstre juridique', qui ne peut être engendré que par l'hybridation des méthodes de la gouvernance et de l'état de droit. À la gouvernance, il devra emprunter l'art de co/ordonner, c'est-à-dire d'organiser les relations entre acteurs, étatiques et non étatiques, qui participent à l'exercice des pouvoirs. Mais pour garantir sa légitimité et assurer son effectivité, le monstre devra s'inspirer aussi des méthodes de l'état de droit pour tenter de sub/ordonner les pouvoirs à des principes de droit qui puissent hiérarchiser les préférences collectives et responsabiliser les acteurs<sup>1422</sup>.

Les normes de droit impératif, qui correspondent aux préférences ou aux valeurs universelles, appartiennent à la catégorie du *jus cogens*. Pour faire en sorte que les principes puissent être effectifs, il importe que la responsabilité des acteurs et l'imputabilité des dirigeants soient assurées par la justice transnationale. Nous avons déjà exploré les fondements d'un modèle de justice transnationale fonctionnant au moyen

---

<sup>1422</sup> Mireille Delmas-Marty, « Gouvernance et état de droit » dans Bellina, *supra* note 1129 à la p 214.

d'un dialogue croisé entre les juges de différents ordres juridiques<sup>1423</sup>. Le dialogue entre les ordres juridiques étatiques et les ordres juridiques non étatiques est aussi souhaitable<sup>1424</sup>. D'ailleurs, le dialogue croisé est déjà un fait d'usage transnational. Grammond remarque : « Or, l'analyse de cette interaction dans une perspective de pluralisme juridique fait apparaître un dialogue internormatif entre l'ordre juridique étatique et ce que l'on peut appeler l'ordre juridique de la communauté de l'arbitrage »<sup>1425</sup>. Ce « dialogue internormatif » existe déjà dans d'autres ordres juridiques. C'est notamment le cas du dialogue entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique religieux<sup>1426</sup>, le dialogue entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique autochtone<sup>1427</sup>, ou encore le dialogue entre l'ordre étatique et l'ordre juridique sportif<sup>1428</sup>, pour ne mentionner pas que ces cas frappants.

Cette thèse constitue, à notre avis, la première phase d'une recherche de plus grande envergure, celle de l'identification des nouvelles sources de droit qui vont réguler les relations de la société humaine et son environnement dans l'avenir. Par contre, nous n'avons encore développé ni les techniques, ni les instruments, ni les procédés nécessaires qui feraient en sorte que ces sources de droit puissent être exploitées de manière utile et productive. Le projet qui consiste à développer les concepts clés, les mécanismes d'interprétation juridique ainsi que la résolution de conflits normatifs reste à faire. Les nouvelles générations de juristes et d'autres chercheurs pluridisciplinaires auront la tâche de trouver la façon de créer un droit à la hauteur des nouveaux défis planétaires. Pour notre part, nous allons continuer à développer cette nouvelle théorie juridique, car nous croyons qu'elle est porteuse de solutions pour l'époque actuelle,

---

<sup>1423</sup> Voir le chapitre II, à la section A.1.a, ci-dessus, pour l'analyse en détail.

<sup>1424</sup> Berman, « Le nouveau », *supra* note 195 à la p 250.

<sup>1425</sup> Sébastien Grammond, « La confidentialité de l'arbitrage, un laboratoire de l'obligation implicite », avril 2013 [copie obtenue par courriel], à la p 2.

<sup>1426</sup> *Bruker c Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54, au para 5 (« Une juive pratiquante vivant au Canada se trouve donc dans une situation dichotomique : en droit canadien, elle est libre de divorcer de son époux peu importe qu'il y consente ou non, mais, selon la loi juive, elle reste mariée à lui sauf s'il consent au divorce. Ce qui signifie que, alors qu'elle peut se remarier suivant le droit canadien, elle ne peut le faire conformément à sa religion. Pour bien des femmes juives, cette incapacité entraîne la perte de la faculté de se remarier un jour »).

<sup>1427</sup> Cour constitutionnelle colombienne, *Sentencia T-921/13*, (Arrêt du 5 décembre 2013), à la section II.4.1.5.1.

<sup>1428</sup> *Armstrong v United States Anti-Doping Agency*, Fed Supp 2<sup>nd</sup>, 2012 WL 3569682 (W.D. Tex. 2012) (« the Court concludes Armstrong agreed to arbitrate with USADA, and its arbitration rules are sufficient, if applied reasonably, to satisfy due process »).

même si elle a besoin d'un « manuel pour les usagers » qui expliquerait le nouvel ordre juridique transnational. Ce sera pour nous l'œuvre d'une carrière, car il n'y a pas de limites aux défis qu'on peut relever, quand on aime cette profession.

Nous avons avancé, dans cette thèse, que le partage de compétences souveraines est un fait accompli à différents degrés et niveaux. Nous avons étudié l'importance d'une nouvelle théorie du droit transnational coutumier, où les acteurs non étatiques participent à la création de nouvelles règles. Nous avons donné les raisons pour lesquelles une régulation internationale de l'activité des acteurs non étatiques nous semble nécessaire. Pour ce faire, la reconnaissance d'une certaine personnalité juridique internationale pour certains acteurs transnationaux s'impose. Enfin, notre étude démontre le besoin d'un droit international nouveau, en accord avec le modèle de gouvernance transnationale en vigueur. Le droit international nouveau remettrait en cause le droit international classique ainsi que quelques éléments constitutifs de l'État-nation souverain. L'aspect identitaire de la population nationale, l'importance du territoire, la légitimité des gouvernements et la portée de la souveraineté doivent être réévalués à cause de la mondialisation, de la numérisation de l'information<sup>1429</sup>, et d'autres changements survenus à l'époque de la postmodernité. Ce droit international nouveau serait bien davantage un droit qui « vise à instaurer la paix durable par le biais d'un développement humain durable ». Ce droit irait au-delà de la vieille notion du droit international « de la guerre et de la paix »<sup>1430</sup>.

Le droit international classique, du point de vue théorique (positivisme juridique), normatif (droit conventionnel), institutionnel (communauté interétatique), démontre des faiblesses apparemment insurmontables. Mais, une nouvelle théorie (le pluralisme juridique) nous semble porteuse d'espoir pour l'avenir. Un nouveau modèle normatif (le droit transnational coutumier) semble progressivement s'implanter. Enfin, un nouveau modèle institutionnel (la société transnationale de multiacteurs hétérogènes) se construit spontanément. Le changement de paradigme juridique exige plus d'efforts et de créativité pour mieux interpréter la réalité contemporaine et pour formuler le cadre théorique et conceptuel approprié pour une bonne gouvernance démocratique de cette nouvelle société

---

<sup>1429</sup> *Authors Guild v Google Inc*, 282 FRD 384, 387 (SDNY 2012) ; *Authors Guild v Google Inc*, 954 F Supp 2d 282 (SDNY 2013) ; *Authors Guild Inc v HathiTrust*, 755 F3d 87 (2d Cir 2014).

<sup>1430</sup> Kieffer, *supra* note 52 à la p 178.

transnationale sans frontières. Une société où la dignité, la liberté et l'égalité des chances doivent être possibles pour tous les êtres vivants sur Terre. Ce dernier objectif est plus précieux que n'importe quelle souveraineté.

## Bibliographie

### NORMATIVITÉ JURIDIQUE

*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, 1993, en ligne : [http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567&AA\\_SiteLanguageID=2](http://www.cec.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNodeID=567&AA_SiteLanguageID=2).

*Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la Reine du Chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du Canada*, entré en vigueur par la *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, LC 2005, ch 27.

*Agreement between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement (LRA/M)*, Juba, 29 juin 2007, en ligne : Coalition pour la CPI [http://www.iccnw.org/documents/Annexure\\_to\\_agreement\\_on\\_Accountability\\_signed\\_today.pdf](http://www.iccnw.org/documents/Annexure_to_agreement_on_Accountability_signed_today.pdf).

*Amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression*, Résolution RC/Res, en ligne : <http://treaties.un.org/doc/publication/cn/2010/cn.651.2010-frn.pdf>.

Assemblée nationale française, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, 26 août 1789, en ligne : Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>.

Assemblée nationale française, *Constitution de 1848, IIe République*, 4 novembre 1848, en ligne : Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>.

CE, *Accord de Partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autres parts*, singé à Cotonou, le 23 juin 2000, [2000] JO, L 317/3, art 4,

en ligne :  
<[http://europa.eu/legislation\\_summaries/development/african\\_caribbean\\_pacific\\_state/s/r12101\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/development/african_caribbean_pacific_state/s/r12101_fr.htm)>.

CE, *Recommandation CM/Rec (2007) 14 du Comité des Ministres aux États membres sur le statut juridique des organisations non gouvernementales en Europe* (adoptée par le comité des Ministres le 10 octobre 2007, lors de la 1006e réunion des Délégués des Ministres), en ligne : Conseil de l'Europe  
<[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2007\)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2007)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)>.

CE, *Règlement (CE) N° 1082/2006 du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT)*, [2006] JO, L 210/19, en ligne : EUR-Lex <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:0019:0024:FR:PDF>>.

CE, *Statut participatif des organisations internationales non gouvernementales auprès du Conseil de l'Europe* (Résolution 2003/8 adoptée par le Comité des Ministres le 19 novembre 2003, lors de la 861e réunion des Délégués des Ministres), en ligne : Conseil de l'Europe <[http://www.coe.int/t/ngo/Articles/Resolution\\_2003\\_8\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/ngo/Articles/Resolution_2003_8_fr.asp)>.

CE, *Version consolidée du traité sur l'Union européenne*, [2010] JO C 83/01.

CE, *Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, [2010] JO C 83/01.

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

*Charte démocratique interaméricaine*, adoptée le 11 septembre 2001, en ligne : <[http://www.oas.org/OASpage/frn/documents/Democractic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/frn/documents/Democractic_Charter.htm)>.

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

*Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 26 octobre 1945, RT Can 1945 n° 7.

*Charte olympique*, (état en vigueur au 8 juillet 2011), en ligne : CIO  
<[http://www.olympic.org/Documents/olympic\\_charter\\_fr.pdf](http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_fr.pdf)>.

*Charter of the International Council for Local Environmental Initiatives* (ICLEI), 1990, (amendée en 2011) en ligne : ICLEI  
<[http://www.iclei.org/fileadmin/user\\_upload/ICLEI\\_WS/Documents/Governance/Charter\\_approved\\_FINALforCOUNCIL20110912.pdf](http://www.iclei.org/fileadmin/user_upload/ICLEI_WS/Documents/Governance/Charter_approved_FINALforCOUNCIL20110912.pdf)>.

*Code criminel canadien*, L.R., 1985, ch. C-46, en ligne : <<http://lois.justice.gc.ca/fr/C-46/>>.

*Code général des collectivités territoriales*, art L5219-1 et s (*Loi sur La métropole du Grand Paris*).

*Code mondial antidopage*, (adopté en 2003, entré en vigueur en 2004, révisé en 2007, version révisée en vigueur le 1er janvier 2009), en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/World\\_Anti-Doping\\_Program/WADP-The-Code/WADA\\_Anti-Doping\\_CODE\\_2009\\_FR.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf)>.

*Code pénal français de 1810 : Code des délits et des peines*, décrété le 16 février 1810 et promulgué le 26 février 1810, en ligne : Le droit criminel <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_2.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_2.htm)>.

Conseil de sécurité, *Résolution 1483*, CS/rés/1483/2003, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20%282003%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20%282003%29)>.

Conseil de sécurité, *Résolution 1542*, CS/rés/1542/2004, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1542%20%282004%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1542%20%282004%29)>.

Conseil de sécurité, *Résolution 1970*, CS/rés/1970/2011, en ligne : ONU <<http://www.un.org/french/docs/sc/2011/cs2011.htm>>.

Conseil de sécurité, *Résolution 1973*, CS/rés/1973/2011, en ligne : ONU <<http://www.un.org/french/docs/sc/2011/cs2011.htm>>.



Conseil de sécurité, *Résolution 2010*, CS/rés/2010/2011, en ligne : ONU  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2010%282011%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2010%282011%29)>.

Conseil de sécurité, *Résolution 2043*, CS/rés/2043/2012, en ligne : ONU  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2043%282012%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2043%282012%29)>.

Conseil de sécurité, *Résolution 2085*, CS/rés/2085/2012, en ligne : ONU  
<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2085%282012%29](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/2085%282012%29)>.

*Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, 19 juin au 22 juillet 1946, (adoptée lors de la Conférence internationale de la santé tenue à New York), en ligne : WHO  
<[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_fr.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf)>.

*Constitución de la Nación Argentina (1994)*

*Constitution du 5 Fructidor An III*, 22 août 1795, en ligne : Conseil constitutionnel  
<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>>.

*Constitution espagnole de 1978.*

*Constitución Política de Colombia (1991).*

*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (1997).*

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, (entrée en vigueur : 18 juillet 1978), en ligne : OÉA  
<<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>>.

*Convention concernant les droits et les devoirs des États*, États-Unis d'Amérique, République Argentine, *et al.*, adoptée par la septième Conférence américaine le 26 décembre 1933, R. T. Société des Nations, No. 3802 (signée à Montevideo).

*Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science de la culture*, 16 novembre 1945, (adoptée à Londres), en ligne UNESCO

[http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=15244&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>.

*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, (adoptée à Montego Bay), 1834 RTNU 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm>>.

*Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004, rés AG DOC A/59/508.

*Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 RTNU 95 (entrée en vigueur : 24 avril 1964).

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980, conformément au paragraphe 1 de l'article 84).

*Convention de Vienne sur le droit des traités entre les États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, Doc NU A/CONF.129/15 (non encore en vigueur).

*Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales*, 24 avril 1986, Série des traités européens – n° 124, (entrée en vigueur 1er janvier 1991).

*Convention européenne sur l'immunité des États*, 16 mai 1972, STE 074 (entrée en vigueur : 11/6/1976).

*Convention de Washington relative au règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, (entrée en vigueur le 14 octobre 1966), en ligne : Banque Mondiale <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)>.

*Convention internationale contre le dopage dans le sport*, 19 octobre 2005, (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2007), en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/World\\_Anti-Doping\\_Program/Governments/UNESCO\\_Convention.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/Governments/UNESCO_Convention.pdf)>.

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, faite à New York, 10 juin 1958, 330 RTNU 39, (entrée en vigueur : 7 juin 1959, 146 ratifications ou adhésions).

*Convention relative aux droits de l'enfant*, New York, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

*Convention relative au régime de la navigation sur le Danube*, 18 août 1948, (adopté à Belgrade), en ligne : Danube commission  
<[http://www.danubecommission.org/index.php/fr\\_FR/convention](http://www.danubecommission.org/index.php/fr_FR/convention)>.

*Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (C169)*, 27 juin 1989 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991, le Canada n'ayant pas encore ratifié cette convention), en ligne : OIT  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO)>.

*Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, (entrée en vigueur : 4 juillet 1950), en ligne : ILO  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312232:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO)>.

*Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus)*, 25 juin 1998, 2161 RTNU 447, (entrée en vigueur : 30 octobre 2001).

*Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005 (entrée en vigueur : 18 mars 2007), en ligne, UNESCO,  
<[http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL\\_ID=33232&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=33232&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>.

*Convention sur la réduction des cas d'apatridie*, New York, 30 août 1961, 959 RTNU 175, (entrée en vigueur : 13 décembre 1975).

*Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, 22 août 1795, en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html>>.

*Decreto No 123-2011 – Estatuto constitucional de la regiones especiales de desarrollo* (RED), 29 juillet 2011 (entrée en vigueur : 23 août 2011), en ligne : Consejo Hondureño de Empresa Privada <[http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS\\_CONSTITUCIONAL\\_REGIONES\\_ESPECIALES\\_DE\\_DESARROLLO.pdf](http://www.cohep.com/pdf/ESTATUTOS_CONSTITUCIONAL_REGIONES_ESPECIALES_DE_DESARROLLO.pdf)>.

*Décret n° 2012-327 du 6 mars 2012 portant création de l'Établissement public d'aménagement d'Alzette-Belval.*

Digeste, *De regulis juris*, 50, 17, 1.

*Durban Adaptation Charter for Local Governments*, 4 décembre 2011, en ligne : Durban Adaptation Charter <[http://www.durbanadaptationcharter.org/Content/Docs/Durban\\_Adaptation\\_Charter\\_5\\_December\\_2011.pdf](http://www.durbanadaptationcharter.org/Content/Docs/Durban_Adaptation_Charter_5_December_2011.pdf)>.

*Las Siete Partidas*, del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real, 1807.

Ley No. 840. *Ley Especial para el Desarrollo de Infraestructura y Transporte Nicaragüense Atingente a El Canal, Zonas de Libre Comercio et Infraestructura Asociadas* (14 juin 2013).

*Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités*, LRQ 2003, c 14 (Projet de loi 9).

*Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c3, reproduit dans LRC 1985, ann II, n°5.

*Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

*Loi de 2006 sur la Cité de Toronto*, L.O. 2006, c. 11, ann. A.

*Loi du 19 juin 1849*, tel que cité dans Assemblée nationale, *Annales du Sénat et de la Chambres de députés*, Volume 9 (1871-1942), en ligne : Google livres <<http://books.google.ca/books?id=NKAOAQAIAAJ&pg=PA381&lpg=PA381&dq=>

[Loi+du+19+juin+1849&source=bl&ots=NmLvaWr83u&sig=3Vtq0\\_vevvtU7MZ7Pp  
jDExjyRA&hl=fr&sa=X&ei=nR\\_NT9jUK8qLgwft0NkU&ved=0CEYQ6AEwBg#v=  
onepage&q=Loi%20du%2019%20juin%201849&f=false](http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639f0/ce06766ccb5a2103052570f400693d08?OpenDocument)>.

Loi N°. 472 du 05 août 1998, (Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998), *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.*

Loi N°. 963 du 8 juillet 2005, *pour laquelle s'établit un régime de stabilité juridique pour les investisseurs en Colombie.*

Loi N°. 1004 du 30 décembre 2005, *pour laquelle se modifie le régime spécial pour stimuler les investissements,* en ligne :  
<[http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639  
f0/ce06766ccb5a2103052570f400693d08?OpenDocument](http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639f0/ce06766ccb5a2103052570f400693d08?OpenDocument)>.

Loi N° 1111 du 27 décembre 2006, *pour laquelle se modifie le statut fiscal des impôts administré par la DIAN en Colombie,* en ligne :  
<[http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639  
f0/6be18f16c6a99b93052572530056818a?OpenDocument](http://www.dian.gov.co/dian/13Normatividad.nsf/1cffb08b38cf8c9f05256f88006639f0/6be18f16c6a99b93052572530056818a?OpenDocument)>.

Loi N° 1607 du 26 décembre 1012, *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones,* en ligne : DIAN  
<<http://www.dian.gov.co/contenidos/normas/tecnica.html>>.

Loi organique n° 40/2000 du 26 janvier 2001, « portant création des “juridictions Gacaca” et organisation des poursuites pour les infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l’humanité commis entre le 1<sup>er</sup> octobre 1990 et le 31 décembre 1994 », voir JORR no 14 du 15 juillet 2001.

Loi portant réforme de l’organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l’Outaouais, LRQ 2000, c 56 (Projet de loi 170).

Loi permettant aux étudiants de recevoir l’enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu’ils fréquentent, LRQ 2012, c 12, (deuxième session, trente-neuvième législature), en ligne : Publications du Québec

<<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2012C12F.PDF>> [*Loi d'exception 78*].

*Loi sur la faune et la flore*, LNun (2003), c 26.

*Loi sur le divorce*, LRC (1985), c 3 (2e supp).

*Loi sur les corporations canadiennes*, spécialement la partie II (SR, 1970, ch C-32)

*Loi sur les Indiens*, LRC (1985), ch I-5

*Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, LRQ 2000, c 46, devenue LRQ c E-20.2

*Loi sur l'immunité des États*, LRC 1985, c S-18.

*Loi sur les personnes morales*, spécialement la partie III (LRO 1990, C 38).

*Loi « Waldeck-Rousseau » du 21 mars 1884 relative à la création de syndicats professionnels*, en ligne : Lexinter.net  
<[http://www.lexinter.net/lois/loi\\_du\\_22\\_mars\\_1884\\_\(loi\\_waldeck\\_rousseau\).htm](http://www.lexinter.net/lois/loi_du_22_mars_1884_(loi_waldeck_rousseau).htm)>.

*Nueva constitución política del Estado de Bolivia* (entrée en vigueur le 7 février 2009).

*Protocole II, additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 10 juin 1977.

*Pacte international relatif aux droits civils et politique*, décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, décembre 1966, 993 RTNU 3, (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

*Pacte Mondial des Villes sur le Climat – « Pacte de la Ville de Mexico »*, 21 de novembre 2010, en ligne : Mexico City Pact <<http://www.mexicocitypact.org/en/the-mexico-city-pact-2/sign-the-mexico-city-pact-online/>>.

*Régime spécial pour le District Capital de Bogotá*, Décret 1421 de 1993, Journal officiel No. 40.958, du 22 juillet 1993.

*Statuts de l'Agence mondiale antidopage*, (Statuts conformes, après les modifications décidées par le Conseil de fondation le 10 mai 2009), en ligne : AMA <[http://www.wada-ama.org/Documents/About\\_WADA/Statutes/WADA\\_Statutes\\_2009\\_FR.pdf](http://www.wada-ama.org/Documents/About_WADA/Statutes/WADA_Statutes_2009_FR.pdf)>.

*Statuts de l'association mondiale des grandes métropoles*, novembre 2001, en ligne : Metropolis <<http://www.metropolis.org/fr/statuts>>.

*Statut de la Commission du droit international*, 21 novembre 1947, en ligne : NU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/174(II))>.

*Statut de la Cour internationale de justice*, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>.

*Statuts de l'organisation mondiale de cités et gouvernements locaux unies*, 5 mai 2004, en ligne : UCLG <[http://www.uclg.org/sites/default/files/fr\\_constitution\\_2013\\_.pdf](http://www.uclg.org/sites/default/files/fr_constitution_2013_.pdf)>.

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Rome, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 159, (entrée en vigueur le premier juillet 2002), en ligne : ONU <<http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>>.

*The National Reconciliation Bill* (2009), en ligne : Coalition pour la CPI <[http://www.iccnw.org/documents/TRC\\_Bill\\_for\\_Uganda\\_2009.pdf](http://www.iccnw.org/documents/TRC_Bill_for_Uganda_2009.pdf)>.

*Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne*, et protocole signés à Versailles, le 28 juin 1919, J. de LABROQUERIE TACHÉ. Ottawa: imprimeur de sa très excellente majesté le roi, 1919, en ligne : Digithèque MJP <<http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles.htm>>.

*Traité sur l'Antarctique*, 1<sup>er</sup> décembre 1959, 1961 RTNU 73, (entrée en vigueur : 23 juin 1961).

*Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, 2 mars 2012, (fait à Bruxelles), en ligne : Conseil européen <<http://european-council.europa.eu/media/639232/08 - tscg.fr.12.pdf>>.

*Ugandan Amnesty Act, 2000* (Ouganda), 2000, c 294 (entrée en vigueur le 21 janvier 2000).

*User Manual*, mai 2014, (version 4.1), en ligne : Carbon Cities Climate Registry <[http://citiesclimateregistry.org/fileadmin/user\\_upload/cCCR/User\\_Manual/cCCR\\_User\\_Manual\\_v4.1.pdf](http://citiesclimateregistry.org/fileadmin/user_upload/cCCR/User_Manual/cCCR_User_Manual_v4.1.pdf)>.

## **JURISPRUDENCE**

*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40.

*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République Démocratique du Congo c Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, [2006] CIJ rec 6, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=19&lang=fr&case=126&code=crw&p3=4>>.

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, [1986] CIJ rec 14.

*Admission d'un État aux Nations Unies (Charte, art. 4)*, Avis consultatif : CIJ Recueil 1948, p. 57.

*Affaire Almonadic Arellano et al (Chili)* (2006), Int-Am Ct HR (Sér C).

*Affaire Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (31 de agosto de 2001), Int-Am Ct HR (Serie C) N° 79.

*Affaire de l'«ARA Libertad » (Argentine c Ghana)*, Ordonnance du 15 décembre 2012, Tribunal international du droit de la mer, affaire No. 20, en ligne : ITLOS <<http://www.itlos.org/index.php?id=222&L=1>>.



*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, Arrête du 18 décembre 1951, [1951] CIJ rec 116.

*Affaire du «Lotus»*, (1927), Arrêt du 7 septembre 1927, CPIJ (sér. A), n° 10.

*Affaire Halabi Ernesto c P.E.N. Loi 25 873 et Décret 1563/04*, Action de protection constitutionnelle, Cour suprême de la Nation Argentine, (24 février 2009).

*Affaire Handyside c Royaume-Uni* (1976), 24 CEDH (Sér A) (rêquete 5493/72).

*Affaire Nottebohm (Liechtenstein c Guatemala)*, Arrêt du 6 avril 1955, [1955] CIJ rec 4.

*Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jahahiriya Arabe Libyenne c Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 14 avril 1992, [1992] CIJ rec 3.

*Affaire relative au Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c Espagne)*(Nouvelle requête: 1962), arrêt du 5 février 1970, CIJ

*Armstrong v United States Anti-Doping Agency*, Fed Supp 2<sup>nd</sup>, 2012 WL 3569682 (W.D. Tex. 2012).

*Articles 13 et 29 de la Convention Américaine des droits de l'homme* (13 novembre 1985), Avis Consultatif OC-5/85, Inter Am Ct HR.

*Authors Guild v Google Inc*, 282 FRD 384, 387 (SDNY 2012).

*Authors Guild v Google Inc*, 954 F Supp 2d 282 (SDNY 2013).

*Authors Guild Inc v HathiTrust*, 755 F3d 87 (2d Cir 2014).

*Bande indienne Wewaykum c Canada* [2002] 4 RSC 245.

*Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3.

*Brissette c Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec*, 2013 QCCQ 5349, au para 124.

*Bruker c Marcovitz*, [2007] 3 RCS 607, 2007 CSC 54.

*Canada (Justice) c Khadr* [2008] 2 RCS 125.

Cass crim, 25 septembre 2012, (2012), Arrêt n° 3439 [Affaire Erika].

CE, 24 janvier 1925, *Avis sur le concordat en France d'après la consulte d'Édouard Herriot*, tel que cité dans Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Églises et de l'État*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2005.

*Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif, [1962] CIJ rec 151.

CJE *Internationale Handelsgesellschaft mbH c Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, [1970] Rec CE I-1126.

CJE *Union royale belge des sociétés de football c Jean-Marc Bosman*, C-415/93 [1995] Rec CE I-5040.

CJ (1er inst) *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe c Commission*, T-338/08, (arrêt du 14 juin 2012, pas encore publié), en ligne : CVRIA <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db9f2e4abdbbd74081912ae4a21db95eb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKc3v0?text=&docid=123824&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=441445>>.

*Citizen United c Federal Election Commission*, 558 US 310 (2010).

*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU* [1999] 3 RCS 3.

*Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Avis consultatif : CIJ Recueil 1950.

*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif : CIJ Recueil 2010.

*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] CIJ rec 16.

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136.

CJE *Flaminio Costa c ENEL*, C-6/64 [1964] Rec CE I-1194.

Cour constitutionnelle colombienne, *Sentencia C-615/09*, (Arrêt du 2 septembre 2009).

Cour constitutionnelle colombienne, *Sentencia T-921/13*, (Arrêt du 5 décembre 2013).

*Daniels c White* [1968] RCS 517.

*Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.

*Doe VIII v Exxon Mobil Corp.*, No. 09-7125 (DC Cir 2011).

*Donald P Roper, superintendent, Potosi correctional Center, petitioner v Christopher Simmons*, 543 US 511 (2005).

*EM Ltd v Republic of Argentina*, US App LEXIS 17506 (2d Cir NY, Aug 20, 2012).

États-Unis — *Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte des communautés européennes)*, (10 mai 2000), OMC Doc WT/DS138/AB/R, (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds138\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds138_f.htm)>.

États-Unis - *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al)*, (12 octobre 1998), OMC Doc WT/DS58 AB/R, (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds58\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds58_f.htm)>.

*Friends of the Oldman River Society c Canada (ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3.

*Guérin c La reine* [1984] 335.

*Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie Britannique*, [2007] 2 RCS 391.

*Jugement aux trois autochtones Awá*, Juridiction autochtone de la Colombie, 1998, publié par l'Association d'autorités traditionnelles et réserves autochtones Awá – Unité

Autochtone du peuple Awá (UNIPA), en ligne : CSJ  
<[http://200.74.133.188/csj\\_portal/jei/buscador\\_decision/](http://200.74.133.188/csj_portal/jei/buscador_decision/)>.

*R c Kapp*, 2008 RCS 41.

*Law c Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497.

*Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003).

*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif : CIJ Recueil  
1996, p. 226.

*Mabo v Queensland* [1992] HCA, 175 CLR 1.

*Marbury v Madison*, 5 US 137 (1803).

*Maria Aguinda y otros c CHEVRON CORPORATION*, affaire 0106 de 2011, Tribunal de  
deuxième instance de Sucumbíos (Équateur), 3 janvier 2012, en ligne : Función  
judicial <<http://www.funcionjudicial-sucumbios.gob.ec/index.php/consulta-de-causas>>.

*Mitchell c Ministère du Revenu National*, [2001] 1 RSC 911.

*Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 RCS 256.

*Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44.

*Pharmascience inc. c Binet*, 2006 CSC 48.

*Québec (Procureur général) c A* [2013] CSC 5 (Éric c Lola), au para 279.

*R c Hape* [2007] 2 RCS 292.

*R c Van der Peet* [1996] 2 RCS 507.

*Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, (1931), Avis consultatif du 5 septembre  
1931, C.P.I.J. (sér. A/B, n° 41).

*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313.

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ Recueil 174.

*Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975], CIJ rec 12.

Tribunal fédéral suisse, Lausanne, 14 janvier 2014, *Arrêt N° 1C 638/2012*.

*USADA c Lance Armstrong*, Reasoned Decision, (2012), en ligne : USADA <<http://cyclinginvestigation.usada.org/>>.

*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, [2010] CIJ rec 14.

## **DOCTRINE : MONOGRAPHIES**

Achour, Rafâa Ben et Laghmani, Slim. *Acteurs non étatiques et droit international : VII<sup>e</sup> Rencontre internationale de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 6,7 et 8 avril 2006*, Paris, Éditions Pedone, 2007.

Allott, Philip. *Eunomia : New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990.

Allott, Philip. *The Health of Nations : Society and Law beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Allott, Philip. *Towards the international rule of law: Essays in integrated constitutional theory*, London, Cameron May Ltd., 2005.

Arbour, J. –Maurice. *Droit international public*, 4<sup>e</sup> édition, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais Inc., 2002.

Arnaud, André-Jean. *Critique de la raison juridique*, v. 2, Paris, LGDJ, 2003.

Arnaud, André-Jean. *Entre modernité et mondialisation : Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2004.

- Assanvo, Davidson William Taffotien; Kamara, Nangnigui David et Pout, Christian Edmond Bepi. *Les technologies de l'information et de la communication (TIC) et la diplomatie en Afrique : défis en enjeux*, Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 2006.
- Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, Philosophy of positive law*, London, Murray, 1909.
- Badie, Bertrand. *Un monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.
- Bakan, Joel. *Canadian Constitutional Law*, Third Edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2003.
- Baniafouna, Calixte. *La démocratie de l'ONU et Côte d'Ivoire : Du « machin » de De-Gaulle au bras armé de la Françafrique*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- Barraud, Boris. *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux : Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- Baumgartner, Emmanuèle et Ménard, Philippe. *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Paris, La pochothèque, 1996.
- Bentham, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Oxford University Press, 1823.
- Beauchemin, Jacques. *La Société des identités : Éthique et politique dans le monde contemporain*, Outremont (QC), Éditions Athéna, 2004.
- Beaulac, Stéphane. *The Power of Language in the Making of International Law: The word sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Beaulac, Stéphane. *Droit constitutionnel : Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois*, feuilles mobiles (consultées le 17 octobre 2012), Juris Classeur Québec – Collection Droit Public, Montréal, Lexis Nexis, 2011.

- Belley, Jean-Guy. *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.
- Bellier, Irène. *Peuples autochtones dans le monde : Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2013.
- Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, éditions Thémis, 2008.
- Bergel, Jean-Louis. *Le Plurijuridisme : actes du 8<sup>ème</sup> congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003)*, Aix-en-Provence, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
- Berman, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A jurisprudence of law beyond borders*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Berramdane, Abdelkhaleq. *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- Bertaud du Chazaud, Henri. *Dictionnaire de synonymes, mots de sens voisin et contraires*, Paris, Éditions Gallimard, 2007.
- Blackstone, William. *Commentaries on the laws of England: in four books*, Volume 1-4, 13<sup>e</sup> édition, Londres, A Strahan, 1800.
- Blin, Anaud. *1648, La Paix de Westphalie : Ou la naissance de l'Europe politique moderne*, Paris, Éditions Complexe, 2006.
- Bokolomba-Mpela, Prosper. *Les Nouvelles initiatives de paix mondiale*, Paris, Publibook, 2010.
- Boll, Alfred M. *Multiple Nationality and International Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Boutet, Didier. *Vers l'État de droit : La théorie de l'État et du droit*, Paris, L'Harmattan, 1991.

- Breton, Albert et al. *Le multijuridisme : Manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions Eska, 2010.
- Brun, Henri; Tremblay, Guy et Brouillet, Eugénie. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> édition, Cowansville (Québec), Éditions Yves Blais, 2008.
- Bryce, James. *La Saint-Empire Roman Germanique et la empire actuel d'Allemagne*, traduit par Émile Domergue, Paris, Armand Colin et Cie éditeurs, 1890.
- Buchanan, Allen. *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Boucher, Jacques L. et Thériault, Joseph Yvon. *Petites sociétés et minorités nationales : enjeux politiques et perspectives comparées*, Sainte-Foy (Québec), Presse de l'Université du Québec, 2005.
- Bouilloud, Jean-Philippe et Lecuyer, Bertrand-Pierre. *L'invention de la gestion : Histoire et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- Bouineau, Jacques. *Droit international et antiquité : Aspects culturels*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- Bunn-Livingstone, Sandra L. *Juricultural Pluralism vis-à-vis Treaty Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- Bussi, Michel. *Un monde en recomposition : géographie des coopérations territoriales*, Mont-Saint-Aignan, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2009.
- Buzan, Barry. *From International to World Society? English School Theory and the Social Structure of Globalization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Buzan, Barry. *People, States & Fear : an agenda for international security studies in the post-cold war era*, second edition, Colchester R.U. EXPR Press, 2007.
- Byers, Michael. *Custom, power, and power of rules: international relations and customary international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.



- Camilleri, Joseph et Falk, Jim. *The End of Sovereignty? The Politics Of A Shrinking And Fragmenting World*, Aldershot, Edward Elgar Publishing Limited, 1992.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto. *The Access of Individual to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Capron, Michel et al., *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, Paris, La Découverte, 2005.
- Cario, Robert. *Justice restaurative : principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Carnazza Amari, Giuseppe. *Traité de droit international public en temps de paix*, v.1, traduit par Montanari Revest, Paris, L Larose libraire éditeur, 1880.
- Carreau, Dominique. *Droit international*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Pedone, 2007.
- Casanovas, Oriol. *Unity and Pluralism in Public International Law*, New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Chappelet, Jean-Loup. *De L'autonomie du sport En Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010.
- Châtaigner, Jean-Marc et Magro, Hervé. *États et sociétés fragiles : Entre conflits, reconstruction et développement*, Paris, Karthala, 2007.
- Chazel, François et Commaille, Jacques, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.
- Chayes, Abram, and Antonia H. Chayes. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- Chemillier-Gendreau, Monique. *Droit international et démocratie mondiale : les raisons d'un échec*, Paris, Les éditions Textuel, 2002.
- Chemillier-Gendreau, Monique. *Humanité et souveraineté : essai sur la fonction du droit international*, Paris, Éditions la Découverte, 1995.

- Chevallier, Jacques. *L'État post-moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003.
- Chishugi Chihebe, Apollinaire. *La paix par le droit : la rationalité comme principe du pacifisme juridique kantien*, Paris, Harmattan, 2009.
- Christian Brüttsch and Dirk Lehmkuhl, *Law and Legalization in Transnational Relations*, New York, Taylor & Francis, 2007.
- Chossudovsky, Michel. *Mondialisation de la pauvreté et nouvel ordre mondial*, Montréal, Écosociété, 2004.
- Clam, Jean. *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : Fondés en contingence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, New York, Oxford University Press, 2006.
- Cochrane, Glynn. *Development Anthropology*, New York, Oxford University Press, 1971.
- Cohen, Samy. *La résistance des États : les démocraties face aux défis de la mondialisation*, Paris, Éditions du Seuil, 2003.
- Coll, Steve. *Private empire: ExxonMobil and American power*, Londres, The Penguin Press, 2012.
- Colombo, Alessandro. *The Principle of Subsidiarity and European Citizenship*, Milano, Vita e Pensiero, 2004.
- Conklin, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism: A Re-Reading of a Tradition*, Boston, Kluwer, 2001.
- Copleston, Frederick. *A History of philosophy: utilitarianism to early analytic philosophy*, New York, continuum, 2003.

- Corten, Olivier et Klein, Pierre. *Droit d'ingérence ou obligation de réaction?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992.
- Cosnard, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Publication de la Revue Générale de Droit international Public, 1996.
- Coutu, Michel. *Max Weber et les rationalités du droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995.
- Coutu, Michel *et al.* *Droits fondamentaux et citoyenneté : Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000.
- Coutu, Michel et Rocher, Guy. *La légitimité de l'État et du droit autour de Max Weber*, Saint-Nicolas (Québec), les presses de l'Université de Laval, 2005.
- Cusimano, Maryann *et al.* *Beyond sovereignty: issues for a global agenda*, Belmont (Calif.), Thomson/Wadsworth, 2007.
- Cranston, Alan. *The Sovereignty Revolution*, Stanford (California), Stanford Law and Politics, 2004.
- Crépeau, François et Thérien, Jean-Philippe. *Penser l'international : Perspectives et contributions des sciences sociales*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2007.
- D'Aquin, Saint Thomas. *Somme theologique*, 6<sup>e</sup> édition, traduit par F Lachat, Paris, Louis Vives, 1899.
- Davis, Diane E et Libertun de Duren. *Cities & Sovereignty: Identity politics in urban spaces*, Bloomington, Indiana University Press, 2011.
- DeChaine, D. Robert. *Global Humanitarianism : NGOs and the Crafting of Community*, Lanham, Lexington Books, 2005.
- Deckers, Joseph. *L'homme cherche l'Homme malgré la génération Internet*, Paris, Société des Écrivains, 2010.

- Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II) : Le pluralisme ordonné*, Paris, éditions du seuil, 2006.
- Delmas-Marty, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Portland (Oregon), Hart publishing, 2009.
- Delmas-Marty, Mireille. *Les forces imaginaires du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs*, Paris, Éditions du seuil, 2011.
- Delplanque, Marc. *Gouvernance globale : gouvernement du monde*, Nice Cedex, Éditions Bénévent, 2004.
- Delzescaux, Sabine. *Nobert Elias : civilisation et décivilisation*, Paris, Harmattan, 2002.
- De Riencourt, Amaury. *L'Âme de l'Inde*, Paris, Julliard, 1985.
- De Vitoria, Francisco. *De Indis et de jure belli relectiones*, Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1917.
- D'Hippone, Saint Augustin. *La Cité de Dieu*, traduit par L Moreau, Paris, Librairie éditeur Charpentier, 1843.
- Díaz Revorio, Francisco Javier et al. *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica*, Cuenca (España) Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.
- Diez de Velasco Vallejo, Manuel. *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002.
- Domingo, Rafael. *The New Global Law*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Dormagen, Jean-Yves et Mouchard, Daniel. *Introduction à la sociologie politique*, Bruxelles, Éditions De Boeck Université, 2007.
- Doucín, Michel. *Les ONG : le contre- pouvoir ?* Paris, Éditions Toogezer, 2007.

- Dubouchet, Paul. *Droit et philosophie : Une critique des sciences humaines*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel, deuxième édition*, tome V, Paris, éditions Cujas, 1921.
- Duguit, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Éditeur Félix Alcan, 1911.
- Duguit, Léon. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003.
- Duhamel, Olivier. *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.
- Dumarest, Danielle et Morsel, Marie-Hélène. *Le chemin des mots*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004.
- Dumont, Louis. *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Éditions du Seuil, 1991.
- Dworkin, Ronald. *Prendre les droits au sérieux*, traduit par Marie-Jeanne Rossignol et al, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- Eberhard, Christoph et Vernicos, Geneviève. *La quête anthropologique du droit : Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Paris, Karthala, 2006.
- Edwards, Michael. *The Oxford Handbook of Civil Society*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Ehrlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of law*, traduit à l'anglais par Walter L Moll, New York, Arno Press, 1975.
- Émond, André. *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012.
- Engels, Friedrich. *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, traduit par Jeanne Stern, Paris, Éditions sociales, 1983.

- Ert, Gib van. *Using international law in Canadian courts*, Toronto, Irwin Law, 2008.
- Faberon, Jean-Yves et Agniel, Guy. *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, 2000.
- Faist, Thomas, *Dual Citizenship: From National to Societal Integration*, Burlington (VT) Ashgate Publishing Company, 2007.
- Fathally, Jabeur. *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2012, en ligne : Recherche Université d'Ottawa <[https://www.ruor.uottawa.ca/fr/bitstream/handle/10393/20696/Fathally\\_Jabeur\\_2012\\_these.pdf?sequence=1](https://www.ruor.uottawa.ca/fr/bitstream/handle/10393/20696/Fathally_Jabeur_2012_these.pdf?sequence=1)>.
- Fédou, René. *L'État au Moyen-âge*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971.
- Fell, A. London. *Origins of legislative sovereignty and the legislative state*, v. 1, Cambridge (Massachusetts), Oelgeschlager, Gunn & Hain, Publishers, Inc., 1983.
- Fiadjoe, Albert. *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Portland, Cavendish Publishing, 2004.
- Flores Olea, Víctor. *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Mexique D.F., Publications de l'Université Nationale Autonome du Mexique, 1969.
- Franck, Thomas M. *The power of legitimacy among nations*, New York, Oxford University Press, 1990.
- Franck, Thomas M. *Fairness in international law and institutions*, New York, Oxford University Press, 1995.
- Folon, Jean-Michel. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Bruxelles, Amnesty International Belgique francophone, 1988.
- Fukuyama, Francis. *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

- Galtung, Johan. *Peace by peaceful means: peace and conflict, development and civilization*, Oslo, International Peace Research Institute, 1996.
- Garabaghi, Ninou. *Les espaces de la diversité culturelle : Du multilatéralisme au multiculturalisme régional*, Paris, Karthala, 2010.
- Ghani, Ashraf et Lockhart, Clare. *Fixing Failed States: A framework for Rebuilding a Fractured World*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Gherari, Habib et Szurek, Sandra. *Émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international?*, Paris, Éditions Pedone, 2003.
- Gilles, David. *Thémis et Diké : Introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2012.
- Grammond, Sébastien. *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1995.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville (Québec), Éditions Y Blais, 2003.
- Guignier, Armelle. *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figures ou acteurs ?*, Limoges (France), Presses Universitaires de Limoges, 2004.
- Gindre David, Carine. *Essai sur la loi du pays calédonienne : La dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Paris, L'Harmattan, 2008.
- Grotius, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*, tome deuxième, nouvelle traduction et suivi d'une table analytique de matières par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Libraires Guillaumin et Cie, 1867.
- Guggenheim, Paul. *Traité de Droit international public*, t I, Genève, Librairie de l'Université de Georg, 1953.
- Guillard, David. *Les armes de guerre et l'environnement naturel : Essai d'étude juridique*, Paris, L'Harmattan, 2006.

- Guttman, Allen. *Du rituel au record : La nature des sports modernes : la nature des sports modernes*, traduit par Thierry Terret, Paris, L'Harmattan, 2006.
- Gunter Jr., Michael M. *Building the next ark: How NGOs work to protect biodiversity*, Hanover (New Hampshire), University Press of New England, 2004.
- Gurvitch, Georges. *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1931.
- Gurvitch, Georges. *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012.
- Habermas, Jürgen. *Théorie de l'agir communicationnel*, Tome I, traduit de l'allemand par Jean-Marc Ferry, Paris, Fayard, 1987.
- Habermas, Jürgen. *La paix perpétuelle : Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, éditions du CERF, 1996.
- Habermas, Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*, traduit par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997.
- Habermas, Jürgen. *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000.
- Halpérin, Jean-Louis. *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.
- Hasbi, Aziz. *Théories des relations internationales*, Paris, Harmattan, 2004.
- Harding, Christopher and Lim, C.L., *Renegotiating Westphalia: Essays and commentary on the European and conceptual foundations of modern international law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- Hart, H.L.A. *Le concept de droit*, traduit par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
- Hauriou, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1923.



Hayek, Friedrich August. *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Règles et ordre*, v 1, traduit par Raoul Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Hayek, Friedrich August. *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Le mirage de la justice sociale*, v 2, traduit par Raoul Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Hayek, Friedrich August. *Droit, législation et liberté : une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. L'ordre politique d'un peuple libre*, v 3, traduit par Raoul Audouin, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, traduit par Robert Derathé, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1975.

Huyse, Luc et Salter, Mark. *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2008.

*Principes de la philosophie du droit*, traduit par André Kaan, Paris, Gallimard, 1940.

Herrera, Carlos Miguel. *Que sais-je : Les droits sociaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

Held, David. *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford (California), Stanford University Press, 1995.

Hensel, Howard M. *et al. Sovereignty and the Global Community: The Quest for Order in the International System*, Aldershot, Ashgate, 2004.

Hermant, Daniel. *Gouverner les frontières*, Paris, Revue Cultures et Conflits - L'Harmattan n° 84, 2012.

- Herrera, Carlos Miguel. *Droit et Gauche : Pour une identification*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université de Laval, 2003.
- Heughebaert, Suzanne et Maricq, Mireille. *Construire la non-violence : Les besoins fondamentaux de l'enfant de 2 ans à 12 ans*, Bruxelles, 2006.
- Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Hobbes, Thomas. *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Éditions Sirey, 1971.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1998.
- Hottois, Gilbert. *De la Renaissance à la Postmodernité : Une histoire de la philosophie moderne et contemporaine*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, éditions de Boeck Université, 2002.
- Ilggen, Thomas L. *Reconfigured Sovereignty: Multi-Layered Governance in the Global Age*, Burlington, Ashgate, 2003.
- Imbs, Paul. *Trésor de la langue française : Dictionnaire de la langue du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle (1789-1960)*, Paris, éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1971.
- Jackson, John H. *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Jackson, Robert. *Sovereignty: Evolution of an Idea*, Malden (MA), Polity press, 2007.
- Joseph S. Nye, Jr. *The "Democracy Deficit" in the Global Economy : Enhancing the Legitimacy and Accountability of Global Institutions*, Washington, The Trilateral Commission, 2003.
- Jessup, Philip C. *Transnational Law*, New Haven (Conn), Yale University Press, 1956.
- Jessup, Philip C. *A modern Law of Nations*, Hamden (Conn), Archon Books, 1968.

- Kaczorowska, Alina. *Public international law*, Fourth edition, New York, Routledge, 2010.
- Kant, Immanuel. *Projet de paix perpétuelle : esquisse philosophique (1795)*, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 1947.
- Kassis, Antoine. *L'autonomie de l'arbitrage commercial international : le droit français en question*, Paris, l'Harmattan, 2005.
- Kauffmann, Pascal. *L'union monétaire européenne*, Pessac (France), Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.
- Keck, Margaret E et Sikkink, Kathryn. *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1998.
- Kellerhals, Jean et al. *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- Kelsen, Hans. *Peace Through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*, 2e éd, révisé et édité par Robert W Tucker, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- Kelsen, Hans. *Pure theory of law*, Los Angeles (CA), University of California Press, 1967.
- Kieffer, Bob, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008.
- Kieffer, Bob. *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008.
- Kouassi, Kanga Bertin. *La communauté internationale : de la toute-puissance à l'inexistence*, Paris, L'Harmattan, 2007.

- Krasner, Stephen D. *Sovereignty : Organized Hypocrisy*, Princeton (New Jersey). Princeton University Press, 1999.
- Kreijen, Gerard. *State Failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Klein, Juan-Luis et Lasserre, Frédéric. *Le monde dans tous ses États : Une approche géographique*, 2e édition, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2011.
- Koskenniemi, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2002.
- Koskenniemi, Martti. *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007.
- Lagrange, Evelyne. *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Bruxelles, Kluwer Law International, 2002.
- Lajoie, André. *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, Paris, Lextenso éditions, 2008.
- Larose, Charmers. *L'odyssée transnationale : Enjeux, acteurs, sites : Une perspective minimaliste*, Québec (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2008.
- Laot, Laurent. *La laïcité, un défi mondial*, Paris, Éditions de l'Atelier, 1998.
- Latty, Franck. *La lex sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leiden (Pays-Bas) Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2007.
- Laurent, François. *Histoire du droit des gens et des relations internationales : la féodalité et l'église*, tome VII, 2<sup>e</sup> édition corrigée, Bruxelles, Lacroix éditeurs, 1865.
- Laurent, François. *Histoire du droit des gens et des relations internationales : les nationalités*, tome X, Bruxelles, Lacroix éditeurs, 1865.
- Lavorel, Sabine. *Les Constitutions arabes et l'Islam : Les enjeux du pluralisme juridique*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université de Québec, 2005.

- Legault, Georges A. *Crise d'identité professionnelle et professionnalisme*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université du Québec, 2003.
- Legros, Robert. *La question de la souveraineté : droit naturel et contrat social*, Paris, Ellipses, 2001.
- Le Roy, Étienne, dir. *La violence et l'État : formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- Lessard, Jean-François. *L'État de la Nation*, Montréal, Liber, 2007.
- Lindblom, Anna-Karin. *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Llano Franco, Jairo Vladimir. *Pluralismo jurídico y Estado: Transformaciones del Estado de derecho y el reconocimiento de la diversidad en Latinoamérica*, Saarbrücken (Allemagne), Editorial Académica Española, 2012.
- Louter, Jan de. *Le droit international public positif*, tome I, Toronto, Imprimerie de l'Université d'Oxford, 1920.
- Luhmann, Niklas. *La légitimation par la procédure*, traduit par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Québec (Québec), Les presses de l'Université de Laval, 2001.
- Lukic, Radomir. *Théorie de l'état et du droit*, Paris, Dalloz, 1974.
- Liotard, Jean-François. *La condition postmoderne : rapport sur le savoir : rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de minuit, 2005.
- Maalouf, Amin. *Les identités meurtrières*, Paris, B. Grasset, 1998.
- Maillard Desgrées du Loû, Dominique. *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006.
- Mairet, Gérard. *Le principe de souveraineté : histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, éditions Gallimard, 1997.
- Marchesin, Philippe. *Introduction aux relations internationales*, Paris, Karthala, 2008.

- Marks, Susan R. *Riddle of All Constitutions*, New York, Oxford University Press, 2000.
- Georges Frédéric de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1801.
- Martens, Kerstin. *NGOs And the United Nations : Institutionalization, Professionalization and Adaptation*, Basingstoke (England), Palgrave Macmillan, 2005.
- Martens, Paul. *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, éditions Larcier, 2003.
- McGann, James G avec Sabatini, Richard. *Global think tanks: policy networks and governance*, New York, Routledge, 2011.
- Michel, Andrée. *Surarmement, pouvoirs, démocratie*, Paris, L'Harmattan, 1995.
- Migdal, Joel S. *Strong Societies and Weak States: State-society relations and state capabilities in the Third World*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1988.
- Mill, John Stuart. *De la liberté*, traduit par Gilbert Boss, Zurich, Éditions du Grand Midi, 1987.
- Milun, Kathryn. *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Burlington (VT), Ashgate Publishing, 2011.
- Misser, François et Vallée, Olivier. *Les gemmocraties : L'économie politique du diamant africain*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.
- Montoussé, Marc et Chamblay, Dominique. *100 fiches pour comprendre les sciences économiques*, 3e édition, Paris, Bréal, 2005.
- Moore, Sally Falk. *Law as process: an anthropological approach*, Boston, Routledge & K Paul, 1978.
- Mopo-Kobanda, Jean-Paul. *Les crimes économiques dans les grands lacs africains : 5 millions de morts pour enrichir les multinationales occidentales, le Rwanda, l'Ouganda et leurs complices congolais*, Paris, Menaibuc, 2006.

- Morin, Alexandre. *Constitution, fédéralisme et droits fondamentaux : Commentaires et documents*, Montréal, LexisNexis, 2008.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, LexisNexis, 2008.
- Mouly, Jean. *Droit du travail*, 4e édition, Paris, Bréal, 2008.
- Mova Sakanyi, Henri. *Comprendre la fin de la guerre froide et la mondialisation : Critique des théories des relations internationales en rapport avec le changement*, v 1, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Mova Sakanyi, Henri. *Comprendre la fin de la guerre froide et la mondialisation : Crises et enjeux d'un monde en mutation*, v 3, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Muller, Jean-Marie. *Dictionnaire de la non-violence*, Gordes (France), éditions du Relié, 2005.
- Muller, Jean-Marie. *Désarmer les Dieux : Le christianisme et l'islam au regard de l'exigence de la non-violence*, Paris, éditions du Relié, 2010.
- Munoz-Dardé, Véronique. *La justice sociale : Le libéralisme égalitaire de John Rawls*, Paris, Armand Colin, 2005.
- Mellon, Christian et Semelin, Jacques. *La Non-violence*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.
- Monière, Denis. *Pour comprendre le nationalisme au Québec et ailleurs*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006.
- Naim, Moises. *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being in Charge Isn't What It Used to Be*, New York, Basic Books, 2013.
- Ntampaka, Charles. *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005.
- Neyret, Laurent et Reboul-Maupin, Nadège. *Déclaration pour la protection juridique de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 2009.

- Nguyen Quoc Dinh et al, *Droit international public*, 8e édition, Paris, LGDJ, 2009.
- Osborne, Michael. *Les zones économiques spéciales de la chine*, Paris, Études du Centre de développement de l'OCDE, 1986.
- Ohmae, Kenichi. *De l'État – Nation aux États Régions : Comprendre la logique planétaire pour conquérir les marchés régionaux*, New York, Dunod, 1996.
- Ost, François et van de Kerchove, Michel. *De la pyramide au réseau? : Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- Otis, Ghislain. *Cultures juridiques et gouvernance : Dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010.
- Otis, Ghislain. *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Éditions Karthala, 2012.
- Otis, Ghislain. *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 2013.
- Pain, Dennis. *The Bending of Spears, Producing Consensus for Peace and Development in Northern Uganda*, Londres, International Alert Organization, 1997.
- Parmar, Sharanjeet et al. *Children and Transitional Justice: Truth-Telling, Accountability and Reconciliation*, Cambridge (Mass), Harvard Law School, 2010.
- Peicuti, Cristina. *Crédit, déstabilisation et crises*, Paris, Harmattan, 2010.
- Pentassuglia, Gaetano. *Minorités en droit international*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004.
- Parent, Christophe. *Le concept d'État Fédéral Multinational : Essai sur l'union des peuples*, Bruxelles, Peter Lang, 2011.
- Perez, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environmental Conflict*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004.



- Perrez, Franz Xavier. *Cooperative Sovereignty : From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- Perrin, Jean-François. *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997.
- Peters, Anne et al. *Non-state actors as standard setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Petrella, Ricardo. *Pour une nouvelle narration du monde*, Montréal, Écosociété, 2007.
- Picoq, Jean. *Histoire et droit des États : La souveraineté dans le temps et l'espace européens*, Paris, Presses de Science Po, 2005.
- Pilette, Lorraine. *La Constitution canadienne*, Cap-Saint-Ignace (Québec), Édition du Boréal, 1993.
- Pingel, Isabelle. *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Éditions Pedone, 2004.
- Pirotte, Gautier. *La notion de société civile*, Paris, Éditions La Découverte, 2007.
- Pitte, Jean-Robert et Sanguin, André-Louis. *Géographie et liberté : mélanges en hommage à Paul Claval*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- Gabriel Popescu, *Bordering and Ordering the Twenty-first Century: Understanding Borders*, Toronto, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2012.
- Posey, Darrell A et Dutfield, Graham. *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa, CRDI, 1997.
- Pozo, Cándido. *Estudios sobre Historia de la Teología*, Toledo, Instituto Teológico San Isidoro, 2006.
- Prokhovnik, Raia. *Sovereignties: Contemporary theory and practice*, New York, Palgrave Macmillan, 2007.

- Pufendorf, Samuel von et Barbeyrac, Jean. *Le droit de la Nature et des gens*, Amsterdam, Chez Henri Schelte, 1706.
- Quelquejeu, Bernard. *Sur les Chemins de la Non-Violence : Études de philosophie morale et politique*, Paris, Librairie Philosophique J Vrin, 2010.
- Rabaut, Hugues. *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997.
- Rabkin, Jeremy A. *Law without Nations? : Why Constitution Government Requires Sovereign States*, Princeton, Princeton University Press, 2007.
- Rambaud, Romain. *L'institution juridique de régulation : Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- Ramonet, Ignacio. *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard, 1999.
- Rancurel, Alix. *Le commerce équitable ente l'Europe et l'Amérique Latine : Vers un nouveau droit des relations Nord-Sur?*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- Rawls, John. *Le droit des gens*, Paris, éditions esprit, 1996.
- Reeb, Mathieu. *Tribunal Arbitral du Sport : Recueil des sentences du TAS (2003-2004)*, La Haye, Kluwer Law International, 2004.
- Reinicke, Wolfgang H. et Deng, Francis avec Witte, Jan Martin *et al. Choix Cruciaux : les Nations Unies, les réseaux, et l'avenir de la gouvernance mondiale*, Ottawa (Ontario), Centre de recherche pour le développement international, 2000.
- Reinicke, Wolfgang. *Global Public Policy : Governing without Government*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1998.
- Rey, Violette et Saint-Julien, Thérèse. *Territoires d'Europe : la différence en partage*, Lyon, ENS Éditions, 2005.
- Ricœur, Paul. *Lectures I : autour du politique*, Paris, Seuil, 1991.

- Rigozzi, Antonio. *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- Ripinsky, Sergey et Van Den Bossche, Peter. *NGO involvement in international organizations: A Legal Analysis*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- Romano, Santi. *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contrat Social, ou, Principes du droit politique*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.
- Rouillé d'Orfeuill, Henri. *La diplomatie non gouvernementale : les ONG peuvent-elles changer le monde ?*, Montréal, Écosociété, 2006.
- Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.
- Rouland, Norbert. *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1991.
- Saint-Pierre, Céline et Warren, Jean-Philippe, *Sociologie et société québécoise : présences de Guy Rocher*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006.
- Sandoz, Yves. *Quel droit international pour le 21e siècle ? : Rapport introductif et Actes du Colloque international organisé avec le soutien du Département fédéral des Affaires étrangères*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Sassen, Saskia. *A Sociology of Globalization*, New York, Contemporary Societies, 2007.
- Savidan, Patrick. *Les métamorphoses de la souveraineté*, Paris, Presses Paris Sorbonne, 2006.
- Scelle, Georges. *Précis de droit des gens : principes et systématique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.

- Scott, Allen John. *Les régions et l'économie mondiale : la nouvelle géopolitique globale de la production et de la compétition économique*, traduit par Frédéric Leriche, Paris, L'Harmattan, 2001.
- Sedjari, Ali. *Élites, gouvernance et gestion du changement*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- Serres, Michel. *Le contrat naturel*, Paris, Éditions François Bourin, 1990.
- Segesvary, Victor. *World State, Nation State, or Non-Centralized Institutions? : A vision of the Future in Politics*, New York, University Press of America, 2003.
- Serverin, Evelyne et Berthoud, Arnaud. *La production des normes entre État et société civile : Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, Montréal, L'Harmattan, 2000.
- Simpson, Gerry J. *Great powers and outlaw states: unequal sovereignty in the international legal order*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- Singer, Beth J. *Pragmatism, rights, and democracy*, New York, Fordham University Press, 1999.
- Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2004.
- Schemeil, Yves et Eberwein, Wolf-Dieter. *Normer le monde*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Smith, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Germain Garnier, Paris, Flammarion, 1991.
- Sohnle, Jochen. *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, Paris, La Documentation française, 2002.
- Sousa Santos, Boaventura de et Garcia Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomme II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Spitz, Jean-Fabien. *Bodin et la souveraineté*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

- Spruyt, Hendrik. *The sovereign state and its competitors: an analysis of systems change*, Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1994.
- Sriram, Chandra Lekha et al. *Transitional Justice and Peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, New York, Routledge, 2013.
- Steger, Manfred B. et Lind, Nancy S. dir, *Violence and its alternatives: an interdisciplinary reader*, New York, St. Martin's Press, 1999.
- Steiner, Jacques. *De la démocratie en Europe*, Paris, Harmattan, 2008.
- Strange, Susan. *The Retreat of the state : the diffusion of power in the world economy*, New York : Cambridge University Press, 1996.
- Suárez, Francisco. *De legibus (III, 17-35) : de politica obligatione*, Madrid, Instituto Francisco Vitoria, 1977.
- Suderman, Jane. *Understanding intercultural communication*, Toronto, Thomson Nelson, 2007.
- Supiot, Alain. *Tisser le lien social*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2004.
- Swaitti, Ahmed. *Les violences envers les femmes : approche comparative (droit pénal français – droit pénal Palestine)*, Thèse de doctorat, Université de La Rochelle, 2010.
- Teubner, Gunther. *Droit et réflexivité : L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, traduit par Nathalie Boucquey, Paris, LGDJ - Bruylant, 1996.
- Teubner, Gunther, dir. *Global Law Without a State*, Burlington (VT), Ashgate, 1997.
- Theron, Stephen. *Natural Law Reconsidered: The Ethics of Human Liberation*, New York, Peter Lang, 2002.
- Thiam, Samba. *Introduction historique au droit en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- Tilly, Charles. *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1992*, Cambridge MA, Blackwell, 1992.

- Toledano Laredo, Armando et al. *Intégration européenne et droit constitutionnel*, Strasbourg Cedex, Éditions du Conseil de l'Europe, 2002.
- Torpey, John. *L'invention du passeport : États, citoyenneté et surveillance*, Paris, Éditions Berlin, 2005.
- Tourme-Jouannet, Emmanuelle. *Le droit international : « Que sais-je ? »*, Presses Universitaires de France, 2013.
- Tremblay, André. *Droit constitutionnel : principes*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Éditions Thémis, 2000.
- Tremblay, Daniel. *Un monde transnational est possible : Mutation des frontières internationales*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- Truchet, Didier. *Le droit public*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.
- Tully, James. *Une étrange multiplicité : Le constitutionalisme à une époque de diversité*, traduit par Jude Des Chênes, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 1999.
- Tutu, Desmond. *Il n'y a pas d'avenir sans pardon : Comment se réconcilier après l'Apartheid ?*, Paris, Albin Michel, 2000.
- Twining, William. *Globalisation and Legal theory*, Londres, Butterworths, 2000.
- Urbinati, Nadia. *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2014.
- Varella, Marcelo D. *La construction du 'développement durable' dans le droit international : Face à l'inégalité Nord-Sud*, Sarrebruck (Allemagne), Éditions Universitaires Européennes, 2010.
- Vattel, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et de souverains*, Paris, chez Janet et Cottelle libraires, 1820.

- Vaurs Chaumette, Anne-Laure. *Les sujets du droit international pénal : Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris, Éditions A Pedone, 2009.
- Veltz, Pierre. *Mondialisation, villes et territoires*, Paris, PUF, 2007.
- Verhoeven, Joe. *Droit international public*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2000.
- Vincent, Pascale. *Le droit autrement : nouvelles pratiques juridiques et pistes pour adapter le droit aux réalités locales contemporaines*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2001.
- Vieira Posada, Edgar. *Développement régionaux d'espaces sous-nationaux, transfrontaliers et transnationaux : une option pour l'intégration de l'Amérique Latine*, Bogotá (Colombie), Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Villalba, Bruno et Vandendriesshe, Xavier. *Front National et le droit*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2001.
- Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2006.
- Vitral, Lys. *Les organisations non gouvernementales dans la régulation de l'économie mondiale*, Paris, L'Harmattan, 2008.
- Wagner, Peter. *Liberté et discipline : Les deux crises de la modernité*, Paris, Métailié, 1996.
- Weber, Max. *Le savant et le politique*, Paris, Librairie Plon, 1959.
- Weber, Max. *Économie et société*, v.1, traduit par Julien Freund et al, Paris, Librairie Plon, 1971.
- Weil, Eric. *Philosophie politique*, deuxième édition, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1966.
- Weil, Éric. *Philosophie politique*, 6e édition, Paris, Librairie Philosophique J Vrin, 1996.

Younes, Carole et Le Roy, Étienne. *Médiation et diversité culturelle : Pour quelle société?* Paris, Karthala, 2002.

Zarka, Yves Charles, *Murs et frontières : de la chute du mur de Berlin aux murs du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 2007.

Zhen, Yongnian. *Globalization and State Transformation in China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Ziegler, Jean. *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, éditions Fayard, 2002.

Zimet, Joseph. *Les ONG. De nouveaux acteurs pour changer le monde*, Paris, Éditions Autrement, 2006.

## **DOCTRINE : ARTICLES**

Acirokop, Prudence. « The Potential and Limits of *Mato Oput* as a Tool for Reconciliation and Justice » dans Sharanjeet Parmar et al, *Children and Transitional Justice: Truth-Telling, Accountability and Reconciliation*, Cambridge (Mass), Harvard Law School, 2010, aux pp 267-276.

Allen, Tim. « The International Criminal Court and the invention of traditional justice in Northern Uganda » (2007) 107: 3 *Politique Africaine* 147-166.

Allott, Philip. « The Socialising of the Human Species », 15<sup>e</sup> Colloque interdisciplinaire de l'Association des étudiants diplômés (GSAÉD), présenté à l'Université d'Ottawa, 26 mars 2012, en ligne : Trinity College Cambridge <<http://www.trin.cam.ac.uk/show.php?dowid=1393>>.

Arnaud, André-Jean. « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques » (1997) 35 *Droit et Société* 11.

Armitage, David. « The Contagion of Sovereignty: Declarations of Independence since 1776 » (2005) 52 *South African Historical Journal*, 1.



- Badie, Bertrand. « Préface » dans Marie-France Durand et al, *Atlas de la mondialisation : Comprendre l'espace mondial contemporain*, Paris, Presses des sciences po, 2010.
- Baines, Erin K. « The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda » (2007) 1:1 *International Journal of Transitional Justice* 91.
- Barcelo, Laurent. « Au cœur de la mémoire des Nations unies : Folke Bernadotte » dans Jean-Marc Delaunay. *Aux vents des puissances*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2008.
- Béland, Claude. « L'État n'a d'autres mains que les nôtres » dans Jean-Pierre Girard, *Notre système de santé, autrement : L'engagement citoyen par les coopératives*, Montréal, Éditions BLG, 2006.
- Belley, Jean-Guy. « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 : 1 *Sociologie et sociétés* 11.
- Belley, Jean-Guy. « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile » (2001) 46 *RD McGill* 317.
- Berman, Paul Schiff. « Le nouveau pluralisme juridique » (2013) XXVII : 1 *Revue internationale de droit économique* 229.
- Billard, Gérald et Lévêque, Laurent. « Réseau de Villes et métropolisation » dans Michel Bussi. *Un monde en recomposition : géographie des coopérations territoriales*, Mont-Saint-Aignan, Publications des universités de Rouen et du Havre, 2009.
- Blokker, Niels. « Beyond 'Dili': On the Powers and Practice of International Organizations » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 299.
- Boily, Lise. « De l'éducation pour la gouvernance » dans Linda Cardinal et Caroline Andrew. *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001.

- Bosset, Pierre et Eid, Paul. « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif ? » (2007) 41 Revue juridique Thémis 513-542.
- Brouillet, Eugénie. « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45:1 Les Cahiers de Droit 7.
- Calame, Pierre. « Les acteurs non étatiques et la gouvernance mondiale », Intervention à la troisième Conférence de la Nouvelle École d'Athènes sur la Gouvernance mondiale, (4 avril 2008), en ligne : Institut de recherche et débat sur la gouvernance <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-343.html>>.
- Capus, Nadja. « Le droit pénal et la souveraineté partagée » (2005) 2 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 251.
- Canivet, Guy. « Activisme judiciaire et prudence interprétative » dans Jean Foyer et al, *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2007.
- Chivallon, Christine. « Fin des territoires ou nécessité d'une conceptualisation autre » (Automne 1999) 31 Géographie et Cultures 127.
- Colavitti, Romélien. « Les organisations de coopération transfrontalière : Vers un droit transnational dépassant le dialectique interne/international ? », 4e Conférence biennale de la SEDI-ESIL, présentée à Lauterpach Centre for International Law, 4 septembre 2010, en ligne : <[http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft\\_Papers/Agora/Colavitti.pdf](http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Colavitti.pdf)>.
- Corvers, Fabienne et al « Les Eurorégions : un tremplin pour le développement économique régional ? » dans Christophe Demazière. *Du local au global : Initiatives locales pour le développement économique en Europe et en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 1996.
- Darriet, Danièle. « La mémoire cellulaire » dans Nicolas Zavialoff et al, *La mémoire : Le concept de mémoire*, vol 2, Paris, L'Harmattan, 2000, p 36.
- Debos, Marielle. « La création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples. Les dessous d'une ingénierie institutionnelle multicentrée » dans Didier Bigo. *L'action*

*humanitaire : normes et pratiques. Politique, prescriptions légales et obligations morales*, Paris, L'Harmattan, 2005.

Decroly, Jean-Michel. « La répartition des hommes à la surface de la planète » dans Graziella Caselli et al, *Démographie : analyse et synthèse*, Vol 5 (Histoire du peuplement et prévisions), Paris, Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004, 175.

De Frouville, Oliver. « Une conception démocratique du droit international » (2001) 120 *Revue européenne des sciences sociales* 101.

Delas, Olivier et Robichaud, Myriam. « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien : préoccupations légitimes ou alibis ? », (2008) 21 :1 *Revue québécoise de droit international* 1.

Delmas-Marty, Mireille. « Gouvernance et état de droit » dans Séverine Bellina. *La gouvernance démocratique : un nouveau paradigme pour le développement?*, Paris, Karthala, 2008, 213.

Delmas-Marty, Mireille. « Au pays des nuages ordonnés » (2008) 1 *Revue ASPECTS* (dossier : cultures juridiques) 13.

Detilleux, Jean-Claude et Naett, Caroline. « Les coopératives face aux normes comptables internationales : le cas de l'IAS 32 » (2005) 295 *Revue internationale de l'économie sociale* 7.

Diaferia, Géraldine. « La médiation au service de l'ordre et de la justice en Colombie, le cas des Maisons de Justice » dans Charlotte Hug et Aurore Vernay. *Ordre et Désordre : Imbrication et complémentarité des notions d'ordre et de désordre*, Paris, L'Harmattan, 2009.

Draus, F. « Weber et la liberté » (1995) XXXIII : 101 *Revue européenne des sciences sociales* 213.

- Dupret, Baudouin. « La nature plurale du droit » dans Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – Cahiers d'anthropologie du droit, *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 2003.
- Dupret, Baudouin. « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification » (2007) 1:1 *European Journal of Legal Studies* 1, en ligne : EJLS <<http://www.ejls.eu/1/14UK.pdf>>.
- Eberhard, Christoph. « Quel droit pour une gouvernance responsable ? : Les enjeux de la participation, du dialogue et du pluralisme », (version provisoire, juillet 2009), en ligne : World Governance <<http://www.world-governance.org/spip.php?article472>>.
- Gallié, Martin. « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAAIL) : Un renouvellement ? », (2008) 39 : 1 *Études internationales* 17.
- Grammond, Sébastien. « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Albert Breton et al, *Le multijuridisme : Manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions Eska, 2010.
- Grammond, Sébastien. « La confidentialité de l'arbitrage, un laboratoire de l'obligation implicite », avril 2013 [copie obtenue par courriel].
- Gozzi, Gustavo. « History of International Law and Western Civilization », (Albany, New York, April 2007) 9:4 *International Community Law Review* 333-344.
- Griffiths, John. « What is legal pluralism? » (1986) 24 *Journal of legal pluralism* 1.
- Hongju Koh, Harold. « On American Exceptionalism » (2003) 55 *Stan L Rev* 1479.
- Horbach, Nathalie et Bekker, Pieter. « The Concept of Sovereignty within Nuclear Energy Law » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 427.
- Hours, Bernard. « La production de l'utopie sécuritaire globale : de l'interdépendance à l'insécurité » dans Niagalé Bagayoko-Penone. *États, ONG et production des normes sécuritaires dans les pays du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2005.

- Hurteau, Philippe. « Mondialisation et délocalisations d'emplois » (avril 2009), Montréal, Institut de recherche et d'informations socio-économiques, en ligne : CISO <[http://www.ciso.gc.ca/wordpress/wp-content/uploads/Rapport\\_CISO\\_IRISv9.pdf](http://www.ciso.gc.ca/wordpress/wp-content/uploads/Rapport_CISO_IRISv9.pdf)>.
- Iovane, Massimo. « La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement » (2008) 3 R.G.D.I.P. 465.
- Jackson, John. « Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept », (2003) 97 Am. J. Int'l L. 782.
- Jestaz, Philippe. « Conclusion » dans Mathieu Maisonneuve. *Droit et Coupe du Monde*, Paris, Economica, 2011, 439.
- Kamminga, Menno T. « The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System? » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 387.
- Kennedy, David. « The TWAIL Conference: Keynote Address » (Albany, New York, April 2007) 9:4 International Community Law Review 333-344.
- Labelle, Timothée et Trudel, Jean-Nicolas. « Au cœur de la reconstruction ivoirienne : la réconciliation » (2012) 25:1 RQDI 91.
- Langevin, Louise et al. « *L'affaire Bruker c. Marcovitz : variations sur un thème* » (2008) 49 Les Cahiers de Droit 655 – 708.
- Larocque, François et Power, Mark C. « 'Let (Language) Righth(s) Prevail' : Le statut du français au Barreau du Haut-Canada » (2012-2013) 44 : 1 Revue de Droit d'Ottawa 103.
- Laufer, Romain. « Le gestionnaire et la science : Histoire d'une relation » dans Jean-Philippe Bouilloud et Bertrand-Pierre Lecuyer. *L'invention de la gestion : Histoire et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 1994.

Lemoine, Maurice. « Villes privées dans la jungle », *Le monde diplomatique* (juin 2011), en ligne : Monde diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/2011/06/LEMOINE/20656>>.

Lenoir, Alain. *Comprendre la crise et prévoir la prochaine*, Paris, L'Harmattan, 2012.

Manirakiza, Pacifique. « La contribution africaine au développement de la justice pénale internationale » (2009-2010) 40 RDUS 409 – 477.

Mannens, Wolf. « Shared Sovereignty? Minority Claims and the Effectiveness of State Authority » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 145.

McCormick, Neil. « Beyond the Sovereign State », (1993) 56 Mod. L. Rev. 1.

Macdonald, Roderick A. « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002) 33:03 RDUS 135.

McGinnis, Michael D. « Legal Pluralism, Polycentricity, and Faith-Based Organizations in Global Governance », dans Vincent Ostrom, *The Struggle to Constitute and Sustain Productive Orders*, Toronto, Lexington Books, 2008, 45.

Michaud, Nelson et Boucher, Marc T. « Les relations internationales du Québec comparées » (automne 2006) *L'Observatoire de l'administration publique*, en ligne : État québécois en perspective (ENAP) <<http://www.etatquebecois.enap.ca/etatquebecois/docs/pp/relations-internationales/a-relations-internationales.pdf>>.

Morand, Charles-Albert. « La souveraineté, un concept dépassé à l'heure de la mondialisation? » dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas, *Ordre juridique international : un système en quête d'équité de d'universalité*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 153.

Moshirzadeh, Homeira. « Intercivilizational dialogue and global governance » dans Corneliu Bjola et Markus Kornprobst. *Arguing Global Governance: Agency, Lifeworld and Shared Reasoning*, London, Routledge, 2011, 117.

- Moussati, Sabir Karim. « La coutume internationale : sujets de droit, consentement et formation de la norme coutumière » (2003 - 2004) 35 :2 RD Ottawa 255.
- Nijman, Janneke. « Sovereignty and Personality: A Process of Inclusion » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 109.
- Ost, François. « Juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacement*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983.
- Otis, Ghislain et Laurent, Aurélie. « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? » (janvier 2012) 89 Revue trimestrielle des droits de l'homme 43.
- Pavia, Marie-Luce. « Donner sa place au juge », dans Juristes sans frontières, *Le tribunal pénal international de La Haye : le droit à l'épreuve de la 'purification éthique'*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- Pellet, Alain. « Le droit international à l'aube du XXIème siècle (La société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles) », cours fondamental in Cours euro – méditerranées Bancaja de droit international, vol I, Aranzadi, Pampelune, 1998, pp 19-112, en ligne : [www.alainpellet.eu](http://www.alainpellet.eu) <<http://www.alainpellet.eu/Pages/Articles.aspx>>.
- Quezel-Ambrunaz, Christophe. « Des ordres juridiques... au désordre ? » dans Charlotte Hug et Aurore Vernay. *Ordre et Désordre : Imbrication et complémentarité des notions d'ordre et de désordre*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- Rakotomalala Arilantovao, Jean Bruno. *Le FMI et la gestion des crises financières internationales depuis les années quatre vingt*, Mémoire de recherche, Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2004, en ligne : <http://www.memoireonline.com/01/09/1837/Le-FMI-et-la-crise-financiere-internationale-depuis-les-annees-80.html>>.

- Raustiala, Kal. « The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and The Future of International Law » (2002) 43 Va. J. Int'l L. 1.
- Rey Cantor, Ernesto. « Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes », Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, présentée à la Pontificia Universidad Católica de Lima Perú, 16 au 19 septembre 2009, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Tome II, Lima Perú, Editorial Moreno S A (IDEMSA), 2009.
- Rivière, Philippe. « Fortunes spatiales : L'île de Man sur orbite », Le monde diplomatique, (août 2012), en ligne : Monde diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/2012/08/RIVIERE/48043>>.
- Romer, Paul. « Charter Cities: Frequently Asked Questions », en ligne : <<http://www.chartercities.org/faq/11/faq>>.
- Sagües, Néstor Pedro. « El recurso al derecho y a al intérprete externo en la interpretación e integración de la constitución nacional », Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, présentée à la Pontificia Universidad Católica de Lima Perú, 16 au 19 septembre 2009, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Tome I, Lima Perú, Editorial Moreno S A (IDEMSA), 2009.
- Schermers, Henry. « Different Aspects of Sovereignty » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Presse, 2002, 185.
- Seffar, Karim et Benyekhlef, Karim. « Commerce électronique et normativités alternatives » (2006) 3:2 University of Ottawa Law & Technology Journal 353.
- Slaughter, Anne-Marie, « Sovereignty and Power in a Networked World Order » (2004), 40-2 Stan. J. Int'l L. 283.
- Slaughter, Anne-Marie. « A Brave New Judicial World » dans Michael Ignatieff, *American exceptionalism and human rights*, Princeton University Press, 2005, 277.



- Soulages, François. « Conclusion : L'ère d'Internet & l'émergence du citoyen », dans Gilles Rouet. *Usages politiques des nouveaux médias*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- Stein, Chris. « La frégate Libertad, toujours bloquée au Ghana, otage de la dette argentine », L'Afrique Expansion Magazine (12 octobre 2012), en ligne : Afrique Expansion <<http://www.afriqueexpansion.com/depeches-afp/5386-la-fregate-libertad-toujours-bloquee-au-ghana-otage-de-la-dette-argentine.html>>.
- Suy, Eric. « New Players in International Relations » dans Kreijen, Gerard, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 373.
- Turcotte, Claude. « De nouvelles règles comptables pourraient menacer certains coopératives », *Le Devoir [de Montréal]* (30 octobre 2007) B3.
- Tuori, Kaarlo. « Vers une théorie du droit transnational », (2013) XXVII : 1 Revue internationale de droit économique 9.
- Tierney, Stephen. *Constitutional Law and National Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Vanderlinden, Jacques. « Le pluralisme juridique : essai de synthèse » dans John Gilissen, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.
- Van Drooghenbroeck, Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Verge, Pierre. « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique » (2011) 52 (1) C de D 135.
- Vieira Orsi, Ricardo. « La transformation du rôle de l'État à l'égard des crises bancaires dans l'Union européenne et au Brésil » (2000) 34 Revue juridique Thémis 130.

## AUTRES SOURCES

Agence antidopage des États-Unis, *About USADA*, en ligne : USADA <<http://www.usada.org/about>>.

Agence canadienne de développement international, communiqué, « La ministre Oda annonce des initiatives visant à croître les retombées positives de la gestion des ressources naturelles pour la population de l’Afrique et de l’Amérique du Sud » (29 septembre 2011), en ligne : ACIDI <<http://www.acdi-cida.gc.ca/acdi-cida/ACDI-CIDA.nsf/fra/CAR-929105317-KGD>>.

Annan, Kofi. *Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle*, Doc off AG NU, 54e sess, Doc NU A/54/2000.

Association of Southeast Asian Nations, *Guidelines on Accreditation of Civil Society Organisations (CSOs)*, en ligne : ASEAN <<http://www.asean.org/images/2012/documents/Guidelines%20on%20Accreditation%20of%20CSOs.pdf>>.

*Attribution du statut d’observateur au Comité international de la Croix-Rouge, eu égard au rôle et aux mandats particuliers qui ont été assignés par les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Rés AG 45/6, Doc off AG NU, 31e sess, (16 octobre 1990), en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/6&Lang=F)>.

Bermann-Harms, Christina et Lester Murad, Nora. « Appliquer les principes d’Istanbul pour l’efficacité du développement des OSC », Forum sur l’efficacité du développement des Organisations de la société civile (OSC), en ligne : <<http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/230111-implementation-toolkit-fr-web.pdf>>.

Blogs Big Browser, « Libéral - Trois villes privées vont bientôt sortir de terre au Honduras » (5 septembre 2012), en ligne : Monde diplomatique

<http://bigbrowser.blog.lemonde.fr/2012/09/05/liberal-trois-villes-privees-vont-bientot-sortir-de-terre-au-honduras/>>.

Bureau du procureur de la CPI, « *Policy Paper on the Interests of Justice* » (septembre 2007), en ligne CPI <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>>.

C40 Cities: Climate Leadership Group, *About C40: Sustainable Action on Climate Change*, en ligne : C40 <<http://www.c40cities.org/>>.

Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, Ottawa : La Commission, 1996.

Canada, Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États. *La responsabilité de protéger*. Centre de recherche pour le développement international, Ottawa, décembre 2001.

Caisses Desjardins du Québec, « Histoire du Mouvement Desjardins : Alphonse Desjardins (1954-1920) La question juridique », en ligne : Desjardins <[http://www.desjardins.com/fr/a\\_propos/profil/histoire/alphonse-desjardins.jsp](http://www.desjardins.com/fr/a_propos/profil/histoire/alphonse-desjardins.jsp)>.

caracol270387, « Jurisdicción indígena, palabrero 1 », vidéo en ligne : YouTube <<http://www.youtube.com/watch?v=XnWuldfC-0w>>.

Cascadia, « An Independence Movement », en ligne : Cascadia <<http://cascadianow.org/cascadian-independence/>>.

Chambre de Résolution des Litiges de la FIFA, en ligne : FIFA <<http://fr.fifa.com/aboutfifa/officialdocuments/doclists/decision.html>>.

Comité olympique international, *Comités Nationaux Olympiques*, en ligne : CIO <<http://www.olympic.org/fr/palestine>>.

Commission Centrale pour la Navigation du Rhin, *Documents et articles sur l'histoire de la CCNR*, en ligne : CCR <<http://www.ccr-zkr.org/>>.

Commission de coopération environnementale, *Le Comité consultatif public mixte (CCPM)*, en ligne : CCE <<http://www.cec.org/>>.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *À propos de la CNUDCI*, en ligne : UNCITRAL <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about_us.html)>.

Cour pénale internationale, *Situation actuelle au regard de la ratification et de la mise en œuvre*, en ligne : CPI <[http://www.icc-cpi.int/fr\\_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx](http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx)>.

Cour pénale internationale, « Situation et affaires », en ligne : CPI <[http://www.icc-cpi.int/fr\\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx](http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx)>.

*Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du Travail*, 10 mai 1994, (adoptée lors la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail, réunie à Philadelphie), en ligne : ILO <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO#declaration](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration)>.

*Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet – 6 août 1982.

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rés AG 295, Doc Off AGNU, (adoptée le 13 septembre 2007), art 30 et 31, en ligne : UN, <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61fr.htm>>.

*Déclaration du Sommet sur les marchés financiers et de l'économie mondiale*, adoptée par le G 20, à Washington – le samedi 15 novembre 2008, en ligne, Élysée, <[http://www.elysee.fr/documents/index.php?mode=view&lang=fr&cat\\_id=8&press\\_id=2035](http://www.elysee.fr/documents/index.php?mode=view&lang=fr&cat_id=8&press_id=2035)>.

De Toma, Constanza. *Guide de plaidoyer pour la promotion d'un environnement propice pour la société civile dans des contextes spécifiques*, Forum sur l'efficacité du développement des OSC, en ligne : <[http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/120109-of-advocacy\\_toolkit-fr-web-2.pdf](http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/120109-of-advocacy_toolkit-fr-web-2.pdf)>.

Euro district de Bâle, *Le 'parlement' trinational de l'Eurodistrict de Bâle*, en ligne : <http://www.eurodistrictbasel.eu/index.php?id=104&L=0>.

Elance, « Talent in the Cloud. Enterprise Ready », en ligne : Elance <https://www.elance.com/q/enterprise-solutions>.

Fédération canadienne des municipalités, *Les réseaux mondiaux de municipalités*, en ligne : fcm.ca <http://www.fcm.ca/accueil/programmes/international/%C3%A0-propos-de-fcm-international/les-r%C3%A9seaux-mondiaux-de-municipalit%C3%A9s.htm>.

« Firman convenio para primera ciudad modelo », La Prensa de Honduras (4 septembre 2012), en ligne : La Prensa <http://www.laprensa.hn/Secciones-Principales/Honduras/Tegucigalpa/Firman-convenio-para-primera-ciudad-modelo#.UM36RG8sB20>.

Forum sur l'efficacité du développement des OSC, « Principes d'Istanbul sur l'efficacité du développement des OSC », en ligne : [http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/principles\\_french.pdf](http://www.cso-effectiveness.org/IMG/pdf/principles_french.pdf).

Gândhî, Mohandâs Karamchand. *Autobiographie ou mes expériences de vérité, 1927*, tel que cité dans Nations Unies, Journée internationale de la non-violence : 2 octobre, en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/fr/events/nonviolenceday/>.

Gândhî, Mohandâs Karamchand. Tel que cité dans Chems Eddine Chitour, « Trois poids, trois mesures : Le Mahatma Gandhi, Barack Obama, Aminatour Haïdar » (15 décembre 2009), en ligne : Le Grand Soir <http://www.legrandsoir.info/Le-Mahatma-Gandhi-Barack-Obama-Aminatour-Haidar.html>.

Gouvernement du Canada, *Comité consultatif national du Canada sur l'ANACE : Mandat et fonctionnement - Directives concernant la nomination*, en ligne : Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE) – Bureau canadien [http://www.naaec.gc.ca/fra/nac/terms\\_f.htm#2](http://www.naaec.gc.ca/fra/nac/terms_f.htm#2).

Gouvernement du Québec, *La politique internationale du Québec : La force de l'action concertée*, Québec, 2006, en ligne : Ministère des relations internationales <<http://www.mri.gouv.qc.ca/content/documents/fr/politique.pdf>>.

Gouvernement du Québec, *Ententes internationales*, 2012, en ligne : Ministère des relations internationales <<http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/Ententes-et-Engagements/Ententes-internationales>>.

Grammond, Sébastien. « L'État de droit au Canada et en Amérique Latine », Colloque international, regard présent sur la règle de droit et la justice transitionnelle et alternative en Amérique latine : expériences partagées, présenté à l'Université d'Ottawa, 24 mars 2014, en ligne : <[http://www.youtube.com/watch?v=XXT61Jmx-Iw&list=PLX-Gt1Xoj9evR0s\\_bomxdlTP2CNg1PyIx](http://www.youtube.com/watch?v=XXT61Jmx-Iw&list=PLX-Gt1Xoj9evR0s_bomxdlTP2CNg1PyIx)>.

Grand Genève, *Charte 2012 du projet d'agglomération Franco-Valdo-Genevois*, juin 2012, en ligne : Grand Genève <[http://www.grand-geneve.org/upload/wysiwyg/File/site\\_internet/Participation/Signature28juin12/CHARTE\\_2012\\_GrandGeneve.pdf](http://www.grand-geneve.org/upload/wysiwyg/File/site_internet/Participation/Signature28juin12/CHARTE_2012_GrandGeneve.pdf)>.

Initiative pour la transparence des industries extractives, « Parties prenantes », en ligne : EITI <[www.eiti.org](http://www.eiti.org)>.

Initiative pour la transparence des industries extractives, « Principes & Critère », en ligne : EITI <[www.eiti.org](http://www.eiti.org)>.

Institut de Droit international, *Statuts*, article premier, en ligne : IDI <[http://www.idi-iil.org/idiF/navig\\_statuts.html](http://www.idi-iil.org/idiF/navig_statuts.html)>.

Institut international pour l'unification du droit privé, *Présentation d'Unidroit*, en ligne : UNIDROIT, <<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103293>>.

International Association of Insurance Supervisors (IAIS) <<http://www.iaisweb.org/>>.

International Law Association, « Second report of the committee, Non-State Actors in International Law: Lawmaking and participation rights », Sofia Conference (2012), en

ligne : <<http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-sofia-2012.cfm>>.

International Network for Environmental Compliance and Enforcement, « Who We Are », en ligne : INECE <<http://inece.org/>>.

International Organization of Securities Commissioners (IOSCO) <<http://www.iosco.org/>>.

Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – Cahiers d'anthropologie du droit, *Le droit en action*, Paris, Karthala, 2006.

Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, *Dire le droit : rendre la justice* (Cahiers d'Anthropologie du droit 2009), Paris, Karthala, 2010.

Le Groupe d'Action, *Qui sommes-nous?*, en ligne : GAFI <<http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/>>.

Le nouveau Petit Robert de la langue française 2007, Le Robert-Sejer, Paris, 2007.

Le portail suisse des droits humains, *Qu'est ce que les droits humains?*, en ligne : humanrights.ch <<http://www.humanrights.ch/fr/Connaissances/Philosophie/index.html>>.

Le Réseau européen de formation judiciaire, *Programme d'Échanges des Autorités Judiciaires*, en ligne : REFJ <<http://www.ejtn.net/fr/Exchange-future-FR/>>.

L'Organisation internationale pour la formation judiciaire, *About Us*, en ligne : IOJT <<http://iojt.org/page~aboutus.html>>.

L'Union Internationale des Magistrats, *Associations nationales ou groupements représentatifs nationaux membres de l'Union internationale des magistrats en 2011*, en ligne : iaj-uim.org <<http://www.iaj-uim.org/site/modules/smartsection/category.php?categoryid=2&lang=fr>>.

France, Conseil d'État, *Études et documents du Conseil d'État - Rapport sur la sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Paris 2006.

Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, présentée à la Pontificia Universidad Católica de Lima Perú, 16 au 19 septembre 2009, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Tome I et II, Lima Perú, Editorial Moreno S A (IDEMSA), 2009.

Nations Unies, *Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale*, Volume I, documents finales, A/CONF.183/13 (Vol. I).

Nations Unies, *Dialogue participatif : Vers une société stable, sûre et juste pour tous*, New York, Publication des Nations Unies, 2007.

Nations Unies, *États membres*, en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/growth.shtml>>.

Nations Unies, *États non membres auxquels a été adressée une invitation permanente à participer en qualité d'observateurs aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et ayant une mission permanente d'observateur au Siège de l'ONU*, en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/nonmembers.shtml>>.

Nations unies, « Le Conseil des droits de l'homme décide d'envoyer d'urgence une commission d'enquête internationale indépendante dans le territoire palestinien occupé », (23 juillet 2014), en ligne : Haut-commissariat aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/fr/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14897&LangID=F>>.

Nations unies, « Les crimes de guerre, une réalité quotidienne en Syrie, selon des experts de l'ONU », (4 juin 2013), en ligne : Centre d'actualités de l'ONU <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=30451#.U9kK0WMvPC8>>.

Nations unies, « Les États membres au fil des sessions : Singapour », en ligne : ONU <<http://www.un.org/depts/dhl/dhlf/unms/singapore.shtml>>.

Nations Unies, *Progression du nombre des États Membres de 1945 à nos jours*, en ligne : ONU <<http://www.un.org/fr/members/growth.shtml>>.



Nations Unies, *Service de liaison des Nations Unies avec les organisations non gouvernementales*, en ligne : ONU <[http://www.un-ngls.org/spip.php?page=sommaire\\_fr](http://www.un-ngls.org/spip.php?page=sommaire_fr)>.

Nations Unies, *Statut auprès de l'ECOSOC : principes de bases*, en ligne : ONU <<http://csonet.org/index.php?menu=128>>.

Nations unies, « Ukraine : L'attaque contre l'avion de la Malaysia Airlines pourrait constituer un 'crime de guerre' », (28 juillet 2014), en ligne : Centre d'actualités de l'ONU <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=33029#.U9kNGGMvPC8>>.

Odesk, « oDesk is where the world goes to work », en ligne : odesk.com <<https://www.odesk.com/info/about/>>.

OÉA, Assemblée générale, 39<sup>e</sup> sess, *Résolution relative à Cuba*, Doc off OÉA AG/RES 2438 (4 juin 2009).

OÉA, Conseil permanent, *Directives pour la participation des institutions de la société civile aux activités de l'Organisation des États Américains*, Doc off OEA / Ser.G CP/RES. 759 (15 décembre 1999), en ligne : OEA <<http://www.oas.org/consejo/fr/resolutions/res759.asp>>.

OECD, *Études économiques de l'OCDE : Royaume-Uni 2011*, Paris, Éditions OCDE, 2011.

*Organes juridictionnels de la FIFA*, en ligne : FIFA <<http://fr.fifa.com/aboutfifa/organisation/bodies/judicialbodies/index.html>>.

OMC, Conseil général, *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales* (23 juillet 1996), OMC Doc WT/L/162, en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/forums\\_f/ngo\\_f/guide\\_f.htm](http://www.wto.org/french/forums_f/ngo_f/guide_f.htm)>.

Radio Canada, « Entrevue avec François Cardinal : Montréal la cité État du maire Coderre » (5 avril 2014), en ligne : AUDIO FIL <[http://ici.radio-canada.ca/emissions/samedi\\_dimanche/2013-2014/chronique.asp?idChronique=333846](http://ici.radio-canada.ca/emissions/samedi_dimanche/2013-2014/chronique.asp?idChronique=333846)>.

Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États. *La responsabilité de protéger*. Centre de recherche pour le développement international, Ottawa, décembre 2001.

*Rapport du Secrétaire général Kofi Annan en réponse au rapport du Groupe de personnalités éminentes sur les relations entre l'Organisations des Nations Unies et la société civile*, Doc. off. AG NU, 2004, Doc. NU A/59/354.

*Rapport mondial de l'UNESCO : Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel* (2010), en ligne : UNESCO <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/resources/report/the-unesco-world-report-on-cultural-diversity/>>.

*Relations aux fins de consultations entre l'Organisation des Nations et les organisations non gouvernementales*, Résolution 1996/31 de l'ECOSOC, (25 juillet 1996), en ligne : République et Canton de Genève <<http://www.ge.ch/odh/doc/conventions-et-traites/a/1/4.pdf>>.

Réseau international d'information sur le blanchiment d'argent, *Bienvenu sur le Réseau international d'information sur le blanchement de l'argent*, en ligne : IMoLIN <<http://www.imolin.org/>>.

*Résolution relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, rés AG 1803, Doc. Off AG NU, 14 décembre 1962.

Résolution relative à la question de Palestine, rés. AG 3236, Doc Off AGNU, 22 novembre 1974, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/29/fres29.shtml>>.

Résolution relative au statut d'observateur pour l'Organisation de libération de la Palestine, rés. AG 3237, Doc Off, 22 novembre 1974, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/29/fres29.shtml>>.

*Résolution relative au Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies*, Rés AG NU, Doc off AG NU, 29 novembre 2012, Doc NU A/RES/67/19, en ligne : ONU <[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/67/19](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19)>.

Šahoviæ, Milan. Rapporteur, « *Résolution N° 1 sur l'application de droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques* » (25 août 1999), en ligne : Institut de droit international <[http://www.idi-iil.org/idiF/navig\\_chron1993.html](http://www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1993.html)>.

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), « International Organisation of Pension Supervisors (IOPS) », OECD <<http://www.oecd.org/site/iops/>>.

Tom W. Bell, « The Jurisprudence Of Polycentric Law », Chicago, Illinois, 1992, en ligne: tomwbell.com <<http://www.tomwbell.com/writings/JurisPoly.html>>.

Transparency International, *Who Supports Us: Corporation Sector*, en ligne : Transparency <[http://www.transparency.org/whoweare/accountability/who\\_supports\\_us/1/](http://www.transparency.org/whoweare/accountability/who_supports_us/1/)>.

Tribunal arbitral du sport, *Informations générales : historique du TAS*, en ligne : TAS <<http://www.tas-cas.org/historique>>.

Trioux, Paul-François. *La guerre des villes a déjà commencé*, Paris, La nouvelle revue géopolitique, 2014 : 124.

UA, *Critères d'octroi du statut d'observateur et pour un système d'accréditation auprès de l'Union Africain*, (Adoptés par la septième Session ordinaire du Conseil exécutif et entérinés par la cinquième Session ordinaire de la Conférence, tenues à Syrte (Libye) les 1er et 2 juillet, et les 4 et 5 juillet 2005 respectivement), en ligne : UA <<http://www.africa-union.org/Summit/July%202005/Observer%20Status%20-%20FRENCH%20-%20Adoptes%20-%20juillet%202005.pdf>>.

Uganda: *Acholi Religious Leaders Peace Initiative (ARLPI)*, en ligne: Peace Direct <<http://www.insightonconflict.org/conflicts/uganda/peacebuilding-organisations/arlpi/>>.

UNESCO, *Liste des 195 Membres (et des 8 Membres Associés) de l'UNESCO*, en ligne :

UNESCO <<http://www.unesco.org/new/fr/member-states/countries/>>.

Vanegas, Hector. « *Comprehensive Borders Projects: Otay Mesa- Mesa de Otay*

*Binational Corridor Strategic Plan* », en ligne : SANDAG

<<http://www.sandag.org/index.asp?classid=19&projectid=480&fuseaction=projects.detail>>.

World Mayors Council on Climate Change, « About us », en ligne : World Mayors

Council <<http://www.worldmayorscouncil.org/about.html>>.

## Annexe 1 : Tableau conceptuel de la thèse

Doctrines juridiques dominantes	Droit international classique : la gouvernabilité internationale par la communauté internationale des États	Identité nationale forte, qui n'exclut pas d'autres formes d'appartenances	État monarchique absolutiste	Souveraineté exclusivement étatique
Positivisme juridique			État moderne (État Nation)	Relations internationales basées sur la coopération et le consensus étatique  Droit international (coutumier ou consensuel) de l'indépendance et de la coexistence dont les normes sont contraignantes pour l'entremise des États
Doctrines juridiques proposées	Droit transnational : la gouvernance mondiale par une communauté de réseaux complexes	Appartenances et identités diverses	Pluri-nationalisme étatique (juridique, civique, culturel, ethnique, linguistique, religieux, etc.)	Compétences souveraines partagées  Relations internationales basées sur le partage  Ordre juridique international complexe dans lequel le droit transnational de l'interdépendance et de la solidarité en font partie. Cet ordre deviendrait obligatoire avec le concours simultané entre les États, les organisations internationales et les autres acteurs internationaux
Pluralisme juridique			Société transnationale de multi-acteurs hétérogènes	