

# Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs

Valentin PETEV

*Professeur à l'Université de Münster*

RÉSUMÉ. – Le pluralisme juridique est analysé sous l'angle de la **philosophie du droit**. Dans sa configuration actuelle, il dépasse les confins des ordres juridiques internes et s'associe à un ensemble de phénomènes politiques, économiques et culturels épris par la **mondialisation**. Le pluralisme juridique s'identifie, à différents niveaux, à une **normativité considérable** produite tant par les États que par de **nouveaux acteurs transnationaux**. Sur le plan local, il prend la forme d'une **nouvelle gerance sociale** accomplie par des groupes et des associations citoyens. Un tel pluralisme juridique ne saurait être justifié que par des **discours socioéthiques et politiques**. La tâche de la philosophie du droit, consisterait, de nos jours, à en procurer les fondements.

## LE PROBLÈME

Le sujet des réflexions qui suivent est le phénomène du pluralisme juridique vu sous l'angle de la philosophie du droit. Il y a lieu, aujourd'hui, après une expérience relativement longue de la mondialisation et des divers efforts d'intégration économique et politique autour du globe, de s'interroger sur la pertinence de nos réflexions philosophiques ainsi que de nos points de vue juridiques concernant ce phénomène. L'analyse que je mène ici se nourrit de quelques présupposés épistémologiques issus d'un constructivisme qui est parfaitement compatible avec un pragmatisme politique, un pragmatisme qui nous enseigne d'intégrer dans notre analyse philosophique tous les enjeux politiques du pluralisme juridique<sup>1</sup>. Ainsi conçue, l'analyse est celle de l'expérience politique de la société internationale, de l'expérience humaine à travers l'agir, elle est donc une réflexion de philosophie pratique dans sa meilleure acception.

Le pluralisme juridique montre, aujourd'hui, de différents visages. Il n'est pas principalement analysé en termes juridiques, comme un problème structurel du droit national. On l'envisage plutôt sur le plan des développements qui se sont dessinés dans les rela-

<sup>1</sup> Pour une coordination des éléments juridiques et politiques de l'analyse, cf. M. Delmas-Marty, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », dans J.-L. Bergel (dir.), *Le Plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

tions internationales, au cours des dernières décennies. Ce pluralisme est lié à un ensemble de phénomènes politiques, économiques et culturels caractéristiques du temps présent <sup>2</sup> qui dépassent, de loin, les activités de l'État national et son ordre juridique. Dans le cadre de la mondialisation, il joue un rôle principal. Il s'identifie à une normativité considérable, produite tant par les États que par de nouveaux acteurs transnationaux et, sur le plan d'une nouvelle gérance locale, par des groupes et des associations citoyens.

Le mode classique du pluralisme juridique était autre. Il est tiré des ordres juridiques dans lesquels coexistent et fonctionnent, à côté d'un droit principal, imposé par un pouvoir colonial ou central ou adopté par voie de réception, d'autres complexes de normes, par exemple, coutumières ou religieuses. Ces normes, en vigueur comme telles, sont toujours observées par les organes qui mettent en œuvre le droit. Il existe également des systèmes de droit dits volontairement acculturés, comme certains droits asiatiques, par exemple le droit japonais, qui ont reçu de multiples enrichissements du droit occidental <sup>3</sup>. On rencontre encore d'autres manifestations de pluralisme juridique, par exemple, celle de la vie quotidienne où les normes de conduite qui surgissent au cours d'actions contestataires pour la reconnaissance d'un statut égal de groupes sociaux défavorisés (peuples indigènes, enfants, personnes âgées, handicapés et autres) se mêlent, dans les relations juridiques, avec des droits subjectifs formellement reconnus.

Je ne traiterai pas les formes de pluralisme juridique, du reste largement discutées, que je viens d'évoquer. En revanche, je m'applique à cerner, ici, le pluralisme juridique qui tient aux développements politiques, économiques et culturels récents.

La présente analyse est orientée vers deux objectifs principaux : tout d'abord, je décrirai le phénomène en établissant ses structures. On y retrouvera la première structure constituée par les normes produites dans le cadre des ententes internationales au niveau global telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, l'Organisation mondiale de commerce et autres. Un rôle particulièrement important est accordé, à ce niveau, aux entreprises transnationales. Une deuxième structure se forme par les actes normatifs des blocs économiques et politiques régionaux tels que l'Union Européenne, l'ALENA (États-Unis d'Amérique, Canada, Mexique), l'ASEAN (pays de l'Asie de sud-est) ou le MERCOSUR (alliance de quelques pays de l'Amérique latine), tandis que la troisième surgit dans le cadre de la gouvernance locale de la société civile. Ensuite, je vais essayer de présenter un fondement socioaxiologique des différents niveaux de régulation normative tant juridique que sociale. Et comme j'accepte que la gérance des affaires de la société globale soit effectuée non pas seulement par l'État et dans le cadre des accords régis par le droit international, mais aussi, et dans une mesure croissante, par des efforts collectifs des acteurs nouveaux, je me vois obligé de chercher d'autres justifications que celles qui nous sont léguées.

<sup>2</sup> Voir les actes du XX<sup>e</sup> congrès mondial de l'Association Internationale de philosophie du droit et philosophie sociale (IVR) tenu à Amsterdam, en 2001, A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*, vol. 3 : Global Problems, Stuttgart, Franz Steiner Verlag 2004.

<sup>3</sup> H. Petersen et H. Zahle (eds.), *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995.

## DESCRIPTION DU PLURALISME JURIDIQUE

Le pluralisme juridique tel qu'il se présente de nos jours est un phénomène profondément complexe. Il apparaît dans tous les domaines sociaux et à presque tous les niveaux. On le considère, à juste titre, comme faisant partie intégrante du processus de la mondialisation qui pose un défi, auquel aucun ordre juridique (national, international ou transnational) ne saurait échapper. Le pluralisme juridique peut être conçu comme mode d'organisation et de régulation d'une société qui est globalisée et qualifiée de société civile. Il se caractérise, d'un côté, par la multiplicité des acteurs sociaux impliqués dans la gouvernance et, de l'autre côté, par la polycentricité des lieux de production normative<sup>4</sup>.

Plusieurs auteurs avancent l'argument que l'État contemporain n'est plus l'unique expression du pouvoir politique, que la démocratisation est réorganisée sur une base transversale qui associe les acteurs au niveau tant infraétatique que supraétatique<sup>5</sup>. On parle davantage d'une fragmentation du pouvoir étatique et d'une réévaluation des formes traditionnelles de régulation<sup>6</sup>. Malgré la portée considérable que revêtent les formes de pluralisme actuel dans la gérance sociétale, d'y voir la tendance d'une réappropriation authentique du pouvoir, donnerait dans l'illusion<sup>7</sup>.

Un regard informé par les valeurs politico-éthiques partagées, quoique partiellement, dans la société ouverte, pourrait nous conduire à éviter quelques aberrations idéologiques concernant la mondialisation. On devra se libérer de l'idée que la mondialisation, indéniablement la nôtre, provient d'une « loi naturelle » du marché, qui nous contraint de la suivre<sup>8</sup>. Aussi se verra-t-on obligé d'éviter les fantasmes des courants politiques avant-gardistes, selon lesquels la contrepartie de la mondialisation, la gouvernance sociale, serait le domaine de la « quête » et du « règne » de la justice sociale.

Au niveau global, nous sommes en présence d'une régulation des affaires économiques à la fois détaillée et enchevêtrée. Les acteurs y sont principalement les entreprises transnationales. On peut les caractériser le mieux par la « déspatialisation » de leurs activités. Ces acteurs garantissent la réalisation de la totalité des échanges économiques, financiers et technologiques autour du globe. Et les règles dont ils font usage ne sont créées ni par un législateur national ni, en mesure adéquate, par des traités internationaux. Les entreprises transnationales elles-mêmes élaborent et mettent en œuvre les régulations nécessaires à leurs activités. Le corps de ces règles constitue la fameuse *lex mercatoria* qui y joue un rôle primordial<sup>9</sup>. Elle présente un des modes d'autorégulation à l'échelle mondiale. Aussi ne doit-on pas oublier les

<sup>4</sup> A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, 2. *Gouvernants sans frontières*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 184 et s.

<sup>5</sup> D. Mockle, « Mondialisation et État de Droit », dans *Id.* (dir.), *Mondialisation et État de Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 73.

<sup>6</sup> C.-A. Morand, *Le Droit néomoderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1998.

<sup>7</sup> Mockle fait de réserves, à juste titre, sur ce point (*op. cit.*, p. 75 et s.).

<sup>8</sup> Voir les belles pages de F. Ost, « Mondialisation, Globalisation, Universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », dans C.-A. Morand (dir.), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 7 et s.

<sup>9</sup> F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 111 et s. (Le problème de l'autorégulation du marché y est posé dans un plus large contexte).

juridictions arbitrales, en premier lieu celle de l'Organisation mondiale du commerce, qui règlent les différends relatifs aux contrats et établissent, de la sorte, une pratique normative constante.

Nombre d'organisations bien connues pour leur influence, comme la Banque mondiale, le Fonds monétaire international ou l'Organisation mondiale du commerce, bien que créées par les États, sont tout à fait autonomes dans leurs activités. Le pouvoir de gérance et de production de règles propre à ces organisations est énorme. Pourtant, les activités auxquelles elles procèdent ne sont pas toujours transparentes. Ils échappent aussi à un contrôle bien organisé.

Un autre champ ouvert à la production de normes juridiques est celui des ententes et des blocs régionaux qui ont été initiés sur une base économique. On y compte, parmi d'autres, l'Union européenne, l'ALENA, l'ASEAN et le MERCOSUR. D'autres ententes sont en train de se former. La production normative de ces blocs économiques et politiques est très intense. En leur sein apparaît un pluralisme juridique authentique qui se manifeste dans un ensemble plus ou moins cohérent de normes étatiques internes, de normes internationales et de normes supranationales ainsi que de règles de conduite sociale provenant des actions dans le cadre de la gouvernance locale.

L'idée directrice de la construction européenne est celle de l'intégration et de l'efficacité des échanges dans le cadre de l'Union européenne<sup>10</sup>. Pour atteindre ce but, les États membres procèdent à une harmonisation permanente de leurs législations respectives. Les éléments essentiels de cette construction sont bien connus. Pourtant, pour les besoins de l'analyse, j'en rappellerai quelques-uns. D'après le principe de *implied powers*, le droit communautaire est doté de toutes les facultés pour asseoir son autorité et pour atteindre ses buts. Les implications et les conséquences en sont énormes. Je ne m'attarderai pas là-dessus. De plus, la primauté des normes communautaires par rapport aux normes du droit interne national conduit à la conséquence que les États membres sont obligés de ne pas conserver de normes juridiques contraires à l'ordre communautaire. Dans ce contexte se situe également la doctrine de *pre-emption*, d'après laquelle les États membres ne sont pas autorisés à conclure de conventions internationales qui contredisent une politique communautaire bien déterminée<sup>11</sup>. Encore convient-il de noter que l'ordre juridique communautaire jouit d'un statut autonome par rapport au droit interne des États membres. Il est le résultat d'une jurisprudence constructive de la Cour de justice de l'Union. De par sa nature, cet ordre assure l'interaction avec d'autres ordres juridiques, tant nationaux et internationaux que transnationaux, en facilitant, en ce sens, un pluralisme juridique ordonné.

Maintes activités politiques se déploient sur le terrain. Elles sont menées tant par des groupes de particuliers que par des associations citoyennes. Parfois organisées, parfois spontanées, elles touchent presque tous les domaines publics : travail, santé, éducation, écologie, aide sociale, etc. Ces activités sont progressivement bien reçues par les autorités étatiques. Les associations citoyennes travaillent aussi en coopération avec les or-

<sup>10</sup> Voir la publication très éclairante de l'Académie des sciences morales et politiques sous la direction de M. Albert, *Regards croisés sur l'Europe*, Paris, PUF, 2005.

<sup>11</sup> M. La Torre, « Legal Pluralism as an Evolutionary Achievement of European Community Law », dans Francis Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 130.

ganisations non gouvernementales. Ces associations jouent un rôle important qui vise à l'amélioration des relations entre pouvoir étatique et particuliers. C'est, selon plusieurs auteurs, notamment cette gérance citoyenne qui est prometteuse d'un nouvel équilibre social. En son sein se forment des règles de conduite sociale nécessaires pour atteindre les buts de la gouvernance locale. Étant autonomes — sans contredire les normes juridiques — les règles de cette gouvernance prétendent à une certaine validité. Mais c'est exactement là réside le problème : quelle généralité les règles de cette gérance sociale peuvent-elles réclamer ?

### JUSTIFICATION DU PLURALISME JURIDIQUE

Les concepts et les politiques déjà établis à l'échelle mondiale visent, malgré les différends qui existent indéniablement, à une cohérence des éléments constitutifs du pluralisme juridique. Cette cohérence conceptuelle est nécessaire pour pouvoir expliquer et justifier le pluralisme juridique. Le rôle du droit étant primordial dans l'ensemble des activités politiques, économiques, sociales et culturelles sur le plan mondial de notre temps, on s'interroge sur les apports de la philosophie du droit au fondement du pluralisme juridique. Il me paraît évident que ni la justification des réglementations juridiques ni celle d'une régulation sociale ne peuvent reposer sur l'argument ontologique, c'est-à-dire, sur la seule existence des échanges économiques, technologiques, sociaux et communicationnels par lesquels se traduit, aujourd'hui, la mondialisation. L'argument utilitariste, selon lequel tous ces échanges nous apportent le bien, n'est non plus convaincant pris isolément. En revanche, je me propose de présenter quelques réflexions qui relèvent de l'aspect socioaxiologique et politique de la coopération internationale.

Les problèmes de la justification des décisions, des règles et des normes issues des activités déjà décrites se posent, à tous les niveaux de cette coopération, de manière différente selon les producteurs des normes et selon l'ambiance dans laquelle ceux-ci agissent. Quand les États s'associent et concluent, au niveau global, des accords internationaux, leurs actes sont censés être légitimes. Dès lors, les organismes auxquels ces accords donnent naissance sont à considérer, à ce titre formel, eux aussi, comme légitimés. On s'y réfère davantage à un système de mécanismes de contrôle, établis de la même manière, pour renforcer et expliciter une telle légitimité. Néanmoins, le problème de justification des actes des organisations tels comme le Fonds monétaire international, la Banque mondiale ou l'Organisation mondiale de commerce, pour ne prendre que quelques exemples majeurs, reste ouvert. Ayant d'amples compétences tant opérationnelles que stratégiques, ces organisations ne font généralement autorité que dans leurs domaines. La raison en est que la complexité et l'étendue de leur travail ne sont pas susceptibles d'une régulation plus détaillée. Aussi un discours toujours institutionnalisé ne s'avère-t-il pas le moyen convenable pour fonder une justification adéquate des actes de ces organisations. Or, un autre chemin se présente utile pour parvenir à un résultat axiologiquement satisfaisant : il faut discuter, sur le plan du droit international reconceptualisé<sup>12</sup> et en accord avec les valeurs qu'il soutient, les décisions prises par les organisations transna-

<sup>12</sup> Le document de l'ONU *Our Global Neighborhood* (Oxford, OUP, 1995) comprend une nouvelle définition du droit international.

tionales en cause. Une discussion, même non institutionnalisée, sur l'éthique des relations internationales au temps de la mondialisation me paraît indispensable<sup>13</sup>. La base d'une telle discussion peut être fournie par les principes fondamentaux du constitutionnalisme développé d'origine démocratique contemporaine<sup>14</sup>.

Au niveau des blocs économiques et politiques, et si l'on prend comme paradigmatique le cas de l'Union européenne, les choses paraissent plus claires. L'Union européenne est – au moins après le traité de Maastricht de 1993 – un construit politique de taille : elle est dotée d'un système d'organes dont les compétences sont bien déterminées. La légitimité de leurs actes est contrôlée par une juridiction très efficace – la Cour européenne de justice – conçue comme garant des traités institutifs. Le régime de justification formelle se conforte, en effet, par des discours politico-éthiques institutionnalisés ou ouverts qui y sont largement pratiqués. Ces discours se nourrissent des valeurs politiques, éthiques et culturelles propres aux démocraties européennes et aboutissent à la formation d'une volonté politique sur laquelle repose toute régulation juridique. On pourrait les critiquer et, certainement, les améliorer en exigeant plus de support démocratique, mais, en tout cas, il serait théoriquement et pratiquement erroné de nier leur portée justificatrice. Bien sûr, une série de problèmes de démocratisation et de constitutionnalisation ne sont pas encore résolus. On y discute, par exemple, à l'occasion du projet de la Constitution de l'Union européenne, la construction théorique d'une constitution « désétatisée », c'est-à-dire, sans qu'un État européen, unifié ou fédéral, existe encore<sup>15</sup>.

La justification de la gouvernance locale présente quelques difficultés conceptuelles. Elle s'est établie et développée comme contrepartie de la globalisation, dont est éprise la société contemporaine. Les actes de cette gouvernance prétendent être une nouvelle forme de gerance de la société contemporaine. Selon une opinion très répandue, cette gerance remplace l'État dans maintes matières sociales. Les citoyens exercent à travers elle leurs droits de participation politique. Étant donné l'ampleur de la gouvernance locale, il était surprenant que la réflexion philosophico-juridique là-dessus ne fut pas immédiate. Une certaine exaltation politique, qui régnait dans un premier temps, a empêché l'analyse.

Une abondante littérature sur le sujet soulève quelques traits, supposés caractéristiques, de la gouvernance locale, pour en souligner l'importance. On évoque, par exemple, l'obligatorité des règles, engendrées dans le cadre de cette gouvernance, une obligatorité déduite de leur acceptation et de leur observation factuelle. Pourtant, extrapoler de ce fait, qu'il s'agit de normes juridiques, me paraît aberrant<sup>16</sup>. De plus, un droit

<sup>13</sup> S. Kadelbach, « Völkerrecht und Ethos im Zeitalter der Globalisierung », *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, t. 28, Baden-Baden, Nomos, 2004.

<sup>14</sup> J. Habermas, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 2004, p. 138 et s.

<sup>15</sup> Cf. Habermas, *op. cit.*, p. 136, note 39.

<sup>16</sup> Contrairement à une opinion répandue, qui affirme la qualité juridique de ces règles (« production alternative du droit »), voir, par exemple, Habermas, *op. cit.*, p. 175 (par des raisons institutionnelles) ; D. de Béchillon, « La Structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », dans E. Serverin et A. Berthoud (eds), *La Production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 68 (par des raisons épistémologiques) ; R. Voigt, « Globalisierung des Rechts. Entsteht eine dritte Rechtsordnung » ?, dans *Id.*, *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 30 (par des raisons sociologiques).

volontairement suivi, un « droit vivant », était l'idéal de toutes écoles sociologiques du droit, pourtant couronnées de peu de succès ; principalement, parce que la doctrine sociologique n'était pas en état d'expliquer l'obligatorité de normes qui n'étaient que partiellement suivies. On a également évoqué, en guise d'exemple parallèle, le modèle communautaire qui vise les « *small communities* » où une autonomie collective se prend pour source du droit et se justifie elle-même. Mais ce modèle ne s'avère pas approprié pour les sociétés contemporaines très complexes et conflictuelles. Il n'est, en outre, théoriquement pas assez élaboré pour pouvoir convaincre. Une grande part des adhérents de la gouvernance locale se réfère à l'élément de négociation qui y est impliqué pour accorder aux règles de la gouvernance locale une « plus haute » qualité que celle du droit « imposé ». Toutefois, la « négociation », le principe de la discussion n'est pas spécifique à la gouvernance locale. Des discours socioéthiques et politiques, institutionnalisés ou non institutionnalisés, sont largement répandus dans tous les domaines des ordres juridiques démocratiques. Leur principe est fondamental à tous les stades de formation de la volonté politique dans la société ouverte. Il doit être appliqué, de manière appropriée, à la gouvernance locale.

Les décisions et les normes qu'engendre la gouvernance locale constituent une régulation sociale et non pas, comme l'admettent certains auteurs, une production alternative du droit. Même si l'on adhère à l'idée que la théorie traditionnelle des sources du droit, n'étant pas adéquate aux besoins d'une société dynamique et ouverte comme la société d'aujourd'hui, exige une profonde révision, il faudrait tenir compte de la spécificité que manifeste la gouvernance locale comme lieu de régulation sociale.

Cette spécificité consiste en la coïncidence des rôles d'auteur et de destinataire des normes produites. Nous y sommes, exactement, en présence d'une autorégulation des affaires sociales. Les solutions trouvées ne se justifient que par le jugement et la volonté de leurs auteurs. Quand d'autres personnes s'y associent pour cause d'identité d'intérêts, c'est leur consentement à la régulation établie qui conforte sa justification. Toutefois, la validité de cette régulation reste toujours restreinte aux personnes directement visées.

Les normes issues de la gouvernance locale manquent donc de la généralité propre aux normes juridiques. Cela est dû, comme l'on a déjà noté, à leur mode de production mais aussi, et principalement, au fait que les auteurs des normes n'ont pas légitimité d'agir comme représentants des personnes et groupes sociaux potentiellement affectés par ces normes. Leurs auteurs ne peuvent être légitimés que dans le cadre constitutionnel de l'ordre juridique interne auquel ils appartiennent. Ainsi une telle légitimation, si l'on se décidait à l'entreprendre, révélerait des formes de démocratie directe qui sont, présentement, dans les ordres juridiques en cause, encore très rares.

Néanmoins, rien ne permet de dire que la gouvernance locale est de portée marginale dans le champ politique. Cette gouvernance apporte des solutions à maints problèmes qui touchent sensiblement toutes les sphères d'intérêts des individus concernés. Mais ces normes, prenant souvent la forme de normes générales de conduite sociale, déploient des effets, au-dessus des intérêts particuliers, dans une mesure croissante, sur maintes affaires sociales, donc sur l'intérêt public. En ce sens, les acteurs de la gouvernance locale exercent un pouvoir politique, mais elle se trouve encore, pourrait-on dire, au stade amorphe. Il faudrait lui donner, par des mesures organisationnelles, une configuration plus précise.

Il serait également adéquat d'envisager les activités au sein de la gouvernance locale comme une sorte d'exercice de droits participatifs qui résultent du statut originaire du citoyen-souverain. Pourtant, la justification de ces activités ne se révèle pas automatiquement. Un discours politico-éthique sur ce point qui engloberait tous les intérêts concernés et toutes les prises de positions axiologiques me paraît inéluctable. Seul un tel discours, organisé à la fois comme procédure et comme échange d'arguments de contenu, procurera les fondements et marquera les bornes des droits participatifs en cause. Il amènera à différentes figures d'institutionnalisation qui augmenteront l'efficacité et assureront l'obligatorité des règles produites par la gouvernance locale.

Finalement, il s'agit, à proprement parler, de la part de la philosophie du droit de fournir des modèles de justification du pluralisme juridique qui, dans une perspective tant politique qu'axiologique, s'avèrent favorables au développement et à la tolérance de la société ouverte contemporaine qui est de par sa nature pluraliste.

petlaw@uni-muenster.de  
Alhardstrasse 31, 48161 Münster  
Deutschland