

H. PATRICK GLENN, *THE COSMOPOLITAN STATE*, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2013

Sabrina Tremblay-Huet*

Les fictions ontologiques sont une composante nécessaire des sciences juridiques. Toutefois, les arrangements qu'elles offrent à des fins analytiques peuvent mener à un usage simpliste. L'État est souvent réifié en un concept d'« État-nation » qui obscurcit ses dimensions non homogènes et construites. Ses complexités et nuances, tant sociales qu'historiques, sont ainsi réduites afin de produire des théories générales. Il s'ensuit alors qu'aucun État n'est identique à un autre. Cela n'est que rarement représenté dans les courants théoriques dominants. Or, au plan épistémologique, il est nécessaire de pouvoir porter une attention au phénomène persistant qu'est l'État en reflétant la diversité inhérente de ses formes d'expression.

*The Cosmopolitan State*¹, du regretté professeur H Patrick Glenn, décédé le 1^{er} octobre 2014, offre des assises historiques et philosophiques sur lesquelles fonder une théorie générale de l'État cosmopolite adaptée à la réalité juridique actuelle. Le professeur Glenn a été titulaire de la Chaire Peter M Laing à l'Université McGill ainsi que professeur invité dans de nombreuses facultés, au Canada et à l'étranger. Il a cumulé au cours de sa vie un grand nombre de positions institutionnelles et d'honneurs importants, dont plusieurs prix et rôles distingués, principalement dans le domaine du droit comparé, notamment en sa qualité de directeur de l'Institut de droit comparé, de membre de l'Académie internationale de droit comparé, de lauréat du prix Léon-Gérin et de président de l'Association américaine de droit comparé².

Sa contribution la plus remarquable est sans doute l'ouvrage primé *Legal Traditions of the World : Sustainable Diversity in Law*³, une référence indispensable pour les juristes intéressés par le droit comparé. Dans ce livre, le professeur Glenn présente de façon distincte les traditions juridiques majeures et clôt par une discussion sur leur conciliation, menant à une diversité juridique durable. Dans *The Cosmopolitan State*, le professeur analyse un autre aspect de la diversité, qualifié de « cosmopolitisme », en tant que dimension empirique et définitionnelle constitutive de tous les États, contemporains ou antérieurs. Cette autre perspective d'analyse permet, selon lui, d'aller au-delà de l'idée d'État-nation en reconnaissant le fait que l'État ne peut réellement représenter une nation homogène aux plans de la langue, de la religion et de l'ethnicité, et qu'il représente ainsi plutôt un rassemblement

* Candidate au doctorat, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteure peut être contactée à l'adresse : Sabrina.Tremblay-Huet@USherbrooke.ca.

¹ H Patrick Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013 [Glenn, *The Cosmopolitan State*].

² « H Patrick Glenn (1940-2014) », en ligne : Université McGill
<<http://www.mcgill.ca/law/fr/about/memorial/glenn-h-patrick>>.

³ H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2010.

cosmopolite. Le professeur Glenn propose donc une révision de la conceptualisation généralement attribuée à l'État par la théorie politique et constitutionnelle. Son ouvrage paraît d'ailleurs dans la « Constitutional Theory Series » de l'éditeur Oxford University Press.

Fondamentalement pour l'auteur, « *the state is best seen as the instantiation of legal tradition, and even traditions*⁴ ». Ceci est intrinsèquement lié à sa conception selon laquelle les États sont des constructions dont le succès de la réification, à travers le concept d'« État-nation », réduit leurs réalités sociales et historiques essentiellement cosmopolites. Ainsi, l'État n'est pas un fait objectif; il est le résultat d'une tradition qui a transformé un concept en une réalité quasi matérielle. Conséquemment, il est argué par le professeur Glenn qu'une épistémologie plus adaptée à la réalité empirique est nécessaire, en ce qui concerne l'État, se distanciant de la logique binaire souvent offerte par les analyses juridiques⁵. L'auteur met de l'avant que ceci est également reproduit, par exemple, dans la discipline des relations internationales, dans laquelle l'État est présenté simplement comme existant ou n'existant pas⁶. Il propose ainsi, dans son ouvrage, une nouvelle conceptualisation de l'État, prenant plus en compte les faits sociaux entourant sa création et sa consolidation, et plus éloignée de la fiction ontologique de l'État-nation homogène à l'aide d'une théorie de l'État cosmopolite. Outre l'introduction du livre, qui sert à inscrire cette théorie dans le cadre de l'idée de « tradition » élaborée par l'auteur dans d'autres ouvrages, le propos est divisé en quatre parties. La proposition théorique est articulée dans la quatrième partie de l'œuvre, les trois premières servant à mettre la table pour celle-ci par des démonstrations, principalement historiques, remontant aux tout premiers balbutiements étatiques. L'auteur se garde toutefois de proposer une vision historique linéaire de l'émergence du concept étatique, reconnaissant la « texture ouverte » du terme « État », proposant qu'il y ait eu potentiellement plusieurs périodes parallèles échelonnées dans le temps quant à la signification de ce terme⁷. Ici, des liens intéressants peuvent être tracés pour qui s'intéresse à ce concept linguistique appliqué au droit, notamment chez Friedrich Waismann et H L A Hart⁸.

The Cosmopolitan State s'ouvre sur l'affirmation que « *The word "state" has a totalitarian ring to it*⁹ », annonçant ainsi l'une des nombreuses ambiguïtés que l'auteur déconstruit dans son livre. Le concept d'« État » en tant qu'entité construite est omniprésent dans *The Cosmopolitan State*; le succès de sa réification étant, pour l'auteur, le résultat d'un contrôle réussi de l'information¹⁰. Cette analyse de l'État contemporain, enraciné dans une réalité cosmopolite et résultant ainsi en une structure cosmopolite, débute avec une étude de ses antécédents historiques dans la Partie I (« *Cosmopolitan Origins* »). Les origines européennes sont revisitées, offrant au lecteur une nouvelle perspective sur l'histoire déjà largement connue du continent; par

⁴ Glenn, *The Cosmopolitan State*, supra note 1 à la p 259.

⁵ *Ibid* aux pp 265-274.

⁶ *Ibid* à la p 276.

⁷ *Ibid* à la p 5.

⁸ Brian Bix, « H L A Hart and the "Open Texture" of Language » (1991) 10:1 *Law & Phil* 51.

⁹ Glenn, *The Cosmopolitan State*, supra note 1 à la p 1.

¹⁰ *Ibid* à la p 10.

exemple, l'idée de l'Église catholique en tant que première matérialisation de l'État moderne est développée¹¹. La nature cosmopolite des empires est exposée, une vision rarement exprimée, une représentation homogène de ceux-ci étant généralement préférée¹². L'auteur démontre comment ces éléments du passé ont modelé l'État contemporain par la persistance sélective, des formes contraignantes de « *closure* », que nous traduirons par « consolidation ». Ce « cosmopolitisme institutionnel » du Moyen-Âge européen fut ainsi consolidé par les concepts émergents intersubjectifs du constitutionnalisme et des *common laws*, sujets que l'auteur approfondit dans les Parties II et III¹³.

Bien qu'il ait clairement existé un large éventail d'éléments déterminants dans la construction de l'État, incluant de moins glorieux tel que le colonialisme ayant étendu l'influence des *common laws* européennes au reste du globe, l'auteur distingue trois instruments principaux pour le portrait de son émergence et sa consolidation. Présentés extensivement dans la Partie II, intitulée « *Closure?* », ces instruments sont l'écriture, la hiérarchie et les frontières¹⁴. Sont ainsi analysés le symbolisme associé à certains documents, tels que des constitutions post-révolutions, et le potentiel de contrôle que celles-ci ont permis d'instaurer; le succès des ordres sociaux hiérarchiques imposés par la royauté, ayant produit les structures formant les bases de l'État tel que nous le connaissons aujourd'hui; et le concept des « frontières » en tant que lignes de démarcation territoriale rendant possible la souveraineté. Un État atteignant un niveau de consolidation relatif présente tout de même un défi quant à sa caractérisation comme « État-nation », un terme à propos duquel l'auteur affirme que « *no state has ever shrunk to the size of a homogenous population* »¹⁵. Il s'agit de l'une des principales thèses de la proposition théorique de cette contribution. Une langue et une religion commune ne se sont pas avérées être des éléments suffisants en matière d'homogénéité au sein des États-nations contemporains¹⁶. Il est mis de l'avant que la philosophie libérale a obscurci les réalités du pluralisme populationnel au bénéfice de théories en apparence cohérentes¹⁷. Les ambiguïtés du concept d'« État-nation » mènent ainsi à l'acceptation de l'idée du cosmopolitisme des entités construites que sont les États souverains contemporains.

Les moyens par lesquels le concept homogène d'« État-nation » fut maintenu en tant qu'aspiration à travers les siècles, malgré ses manifestations empiriques hétérogènes, sont explorés dans la Partie III, « *Cosmopolitanism Sustained* ». Les concepts déjà présentés des *common laws*, du constitutionnalisme et du cosmopolitisme institutionnel sont ici analysés plus en profondeur¹⁸. Il est soutenu que les *common laws*, qui ont précédé l'État, lui ont fourni les outils légaux lui ayant

¹¹ *Ibid* aux pp 20-27.

¹² *Ibid* aux pp 27-35.

¹³ *Ibid* aux pp 43-52.

¹⁴ *Ibid* aux pp 63-85.

¹⁵ *Ibid* à la p 98.

¹⁶ *Ibid* aux pp 86-92.

¹⁷ *Ibid* à la p 100.

¹⁸ *Ibid* aux pp 111-161.

permis d'être fonctionnel¹⁹. L'isomorphisme constitutionnel, qui est le phénomène d'anciennes colonies ayant reproduit des systèmes juridiques similaires à ceux des États qui les ont colonisées²⁰, démontre la force d'influence des lois européennes précédant la création de l'État, même si celles-ci furent imposées. En ce qui concerne le droit international, le professeur Glenn démontre comment les relations internationales furent développées sans son inclusion²¹ et présente les racines impérialistes du concept d'« État » en tant que partie intégrante du projet colonial occidental²². Il s'agit là d'un rappel historique important pour les juristes intéressés par le droit international, particulièrement en ce qui a trait à sa prétention d'universalité.

À l'issue de cette exploration historique et conceptuelle des origines et des fondements de l'État émerge une discussion relative à ses manifestations et implications modernes dans la Partie IV, intitulée « The Contemporary Cosmopolitan State », où l'auteur propose l'adoption d'une théorie générale de l'État cosmopolite qui serait cohérente avec ses démonstrations empiriques et historiques préalables dans l'ouvrage. Cette dernière partie commence par aborder le phénomène de la mondialisation qui, pour le professeur Glenn « *represents the inevitable challenge to the instruments of closure of the contemporary state*²³ ». L'État est présenté comme un agent de la mondialisation qui contribue au succès des acteurs privés et qui bénéficie de la diffusion de la technologie ainsi rendue possible en adaptant son identité au phénomène²⁴. Lié au concept de « mondialisation » est celui de « citoyens cosmopolites », lui-même dérivé de l'« État construit »²⁵. L'exploration du rôle des individus au sein du monde cosmopolite contemporain mène à une réflexion sur le régime international des droits humains, démontrée par le déplacement de la considération de tels droits pour les citoyens vers la considération de ces droits pour les personnes²⁶. Sont ensuite explorés à nouveau les concepts-clés du constitutionnalisme, des common laws et du cosmopolitisme institutionnel, qui revêtent, au sein de notre monde globalisé, une importance « renouvelée »²⁷ exigeant que leur signification soit adaptée tout en présentant des liens de continuité avec leurs origines²⁸.

La proposition du professeur Glenn implique une reconnaissance théorique du caractère cosmopolite de l'État, incluant ses aspects non cohérents. Cette diversité inhérente nécessairement hétérogène n'est pas systématiquement problématique si la dissémination de l'information juridique dans son ensemble connaît un succès malgré tout; ainsi, dans de tels cas, l'État étale sa logique « paraconsistante », c'est-à-dire une

¹⁹ *Ibid* à la p 113.

²⁰ *Ibid* à la p 122.

²¹ *Ibid* à la p 153.

²² *Ibid* aux pp 154-55.

²³ *Ibid* à la p 165.

²⁴ *Ibid* aux pp 181-84.

²⁵ *Ibid* à la p 187.

²⁶ *Ibid* à la p 198.

²⁷ *Ibid* aux pp 203-258.

²⁸ *Ibid* à la p 255.

logique harmonisant des contradictions²⁹. Il fait valoir que d'autres traditions juridiques existent en marge de celle normalisée par le concept d'« État »³⁰ et qu'une attention à ces traditions, qui défient parfois l'autorité juridique de l'État, est également importante à théoriser, considérant le caractère non permanent et non homogène d'une tradition juridique. Cette proposition dépasse les questionnements propres au droit comparé et au pluralisme juridique : elle est un plaidoyer pour un renouvellement de l'épistémologie applicable à l'État en tant qu'acteur le plus théorisé par les nombreux champs des sciences juridiques.

L'une des raisons principales qui peut avoir motivé les juristes à s'intéresser à *Legal Traditions of the World*, l'ouvrage du professeur Glenn faisant autorité dans le domaine, est une curiosité pour la façon dont les sociétés non occidentales considèrent et appliquent le droit. Ces mêmes lecteurs se questionneront potentiellement sur la façon dont le monde non européen a formé l'État moderne, ce qui les mènera vers cet ouvrage du professeur. Certes, le modèle étatique ayant prévalu est le modèle européen et ainsi son histoire est celle qui est la plus pertinente. Toutefois, il serait d'un intérêt significatif d'acquérir une compréhension holistique de son ascension ou de son imposition en tant que modèle dominant ayant vaincu les formes compétitrices de tradition étatique. Cette discussion est présente, dans une certaine mesure, de par les références de l'auteur aux origines impérialistes du droit international qui ont imposé l'État européen comme modèle de civilisation, et, d'autre part, par ses mentions brèves des manifestations non européennes de l'État. Il aurait toutefois été fort intéressant de présenter des explorations plus poussées de structures étatiques majeures qui ont précédé l'État européen en tant qu'élément d'analyse complémentaire. Qu'arrivait-il, que se faisait-il former, hors de l'Europe durant l'Antiquité, le Moyen-Âge et la Renaissance (des périodes temporelles qui n'ont d'ailleurs de pertinence que pour l'histoire européenne)? Après tout, ce que ceci représente constitue les concurrents à la tradition étatique européenne dominante. Les fondements historiques européens de l'État moderne sont les mieux connus par les juristes qui s'intéressent à ces enjeux et la conception implicite du monde situé hors de l'Europe comme représentant l'« Autre » est potentiellement quelque chose dont la pensée juridique actuelle doit s'éloigner. Il doit néanmoins être mentionné que la façon dont l'histoire européenne est présentée dans cet ouvrage constitue déjà un apport rafraîchissant, car le professeur Glenn évite de présenter un portrait déterministe. Il réalise ceci, par exemple, en affirmant que l'absolutisme monarchique n'a jamais existé complètement, l'autorité monarchique n'ayant jamais été réellement absolue³¹.

En somme, *The Cosmopolitan State* est un ajout important aux bibliothèques de tous les juristes intéressés par la réification de l'État dans les sciences juridiques, qui plus est offert par une sommité dans ce domaine, qui laisse derrière lui un héritage académique fort significatif. L'ouvrage est également d'un intérêt notable pour les chercheurs intéressés par le constructivisme, puisque les identités construites et

²⁹ *Ibid* à la p 291.

³⁰ *Ibid*.

³¹ *Ibid* à la p 137.

subjectives des États forment une composante importante de la thèse qu'il défend. Le livre est en outre pertinent pour la problématique des minorités, considérant que l'auteur présente leur situation au sein de l'État contemporain sous un éclairage original. L'ouvrage offre des références, avec une reconnaissance implicite de leurs contributions, à des théoriciens contemporains du droit international ayant de forts bagages normatifs, tels que Martti Koskenniemi, pour ses contributions à la critique de la dimension impérialiste des origines et de la nature actuelle du droit international, ou encore Anne-Marie Slaughter, pour ses contributions à la notion de l'« État adaptatif par la souveraineté désagrégée ». Le professeur Glenn accomplit ceci sans toutefois être prédictif de façon fondationnaliste, c'est-à-dire en proposant des vérités absolues et incontestables, ce qui peut se révéler lourd pour des théoriciens juridiques. Le seul élément prédictif central est celui de la durabilité de la tradition étatique³², l'auteur n'accompagnant pas sa proposition d'éléments considérés intemporels et fixes, propres à certaines conceptions théoriques du droit.

Les outils analytiques pour l'étude de l'État, tel que cet ouvrage, sont d'autant plus pertinents aujourd'hui, alors que les rôles des acteurs au sein de ce monde globalisé sont continuellement transformés. De plus, de nouveaux phénomènes juridiques concernant l'État émergent, formant ainsi de nouvelles dynamiques. Ceci est illustré, notamment, par l'achat de territoires par des acteurs non étatiques, tels que des îles par des célébrités ou millionnaires, ou encore par des compagnies de croisière dans les Caraïbes. Ces phénomènes mèneront inévitablement à des dilemmes juridiques pratiques et théoriques futurs, pour lesquels cette dernière contribution de l'estimé professeur Glenn pose des fondements analytiques instructifs.

³² *Ibid* à la p 181.