

Réaliser la démocratie à l'échelle globale¹

par
Benoit Frydman²

1. Le thème du destin du projet démocratique à l'échelle du monde se décline en deux questions très différentes, mais dont les destins sont liés. D'une part, au niveau des Etats, il s'agit de déterminer si les transformations historiques en cours, que l'on qualifie généralement sous le terme de « globalisation »³, entraînent ou non un mouvement de démocratisation mondiale, autrement dit si les démocraties se multiplient et se répandent sur toute la surface de la planète et si la globalisation renforce ou au contraire affaiblit le modèle et les pratiques démocratiques dans le cadre national. D'autre part, au niveau mondial, il s'agit de poser le problème du « déficit démocratique » des instances de la « gouvernance globale » et d'étudier les moyens d'une démocratisation de ces instances ou bien, de manière encore plus ambitieuse, d'envisager l'établissement d'une « démocratie cosmopolitique » et d'examiner les conditions juridiques de sa réalisation. Ces deux ordres de questions sont très controversés et suscitent des réponses contradictoires, en particulier au sein de la communauté des juristes et des philosophes du droit⁴.

Entre ces deux niveaux, national et mondial, la globalisation suscite également la question de la réalisation de la démocratie à un niveau intermédiaire, régional, pour nous celui de l'Europe. Il s'agit ici de déterminer si l'intégration politique des Etats démocratiques européens, ainsi que le développement parallèle d'un système européen de protection des droits de l'homme, peuvent conduire à la constitution d'une Union politique démocratique et à un modèle original de démocratie « trans- ou

¹ Je remercie Hervé Ascensio, Gregory Lewkowicz, Guillaume Tusseau et Arnaud Van Waeyenberghe pour leur lecture critique de ce texte et leur suggestions. Il va de soi que les propos tenus ici ne les engagent en rien et qu'ils ne peuvent être tenus responsables des erreurs qu'il contiendrait encore. Je remercie également Dominique Rousseau pour les textes qu'il a bien voulu me communiquer en relation avec le thème de cette contribution.

² Benoit Frydman est professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB) et professeur affilié à Sciences-Po (Paris). Il préside le Centre Perelman de Philosophie du Droit.

³ Ou bien « mondialisation ». Les deux termes n'ont pas nécessairement le même sens dans la littérature francophone, le terme « globalisation » étant préféré pour décrire les phénomènes d'intégration économique ou financière ; celui de « mondialisation » couvrant de manière plus générale tous les phénomènes en ce compris les aspects politiques et juridiques. L'anglais cependant ne connaît qu'un terme, celui de « globalization ». Nous n'entrons pas ici dans ces questions terminologiques ni de définition, non plus que dans une discussion sur la nature, l'ampleur et la portée de ces transformations, qui excèderait le cadre nécessairement limité de la présente contribution. Nous utiliserons ici indifféremment les deux termes, tout en marquant une prédilection pour les termes « global » et « globalisation ». Pour une discussion approfondie de ces questions et des effets de la globalisation sur le droit en général, nous renvoyons à l'ouvrage dirigé par J.Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (col. « Penser le droit », 2012).

⁴ Dans le même sens : A. von Bogdandy, « Globalization and Europe : How to Square Democracy, Globalization and International Law », 15 *The European Journal of International Law* (2004), 885-906.

post-nationale », peut-être destiné à servir d'exemple ou à tout le moins de « test » ou de « laboratoire » au monde⁵. Ou bien si, au contraire, la construction européenne signifie en réalité la déconstruction du modèle social et démocratique de l'Etat providence auquel se substituerait une technocratie bruxelloise, un directoire exécutif post-démocratique ou une zone de libre échange dominée par le jeu des intérêts économiques et financiers transnationaux. C'est la thèse de l'Europe, « cheval de Troie » de la mondialisation⁶. Cette question de la démocratie européenne, qui fait l'objet d'intenses débats, sort cependant du cadre de cette étude et ne sera pas abordée ici⁷.

Si le destin des démocraties nationales et la démocratisation des structures de gouvernance régionale et mondiale posent des questions de nature très différentes, ces questions ont en réalité partie liée dès lors qu'elles sont inspirées par un même objectif et une même inquiétude. Il s'agit, dans tous les cas, de rechercher le meilleur moyen de préserver ou d'approfondir le modèle démocratique et son effectivité dans un contexte de transformations économiques et sociales majeures qui affectent et mettent sous pression les structures politiques établies. Pour certains, le projet démocratique ne peut se réaliser et se vivre qu'au niveau de la nation et donc de l'Etat. Il convient dès lors d'étudier les moyens d'adapter ou de renforcer les procédures de décision et les moyens d'action pour faire face aux défis de la mondialisation. Pour d'autres, au contraire, la mondialisation appelle nécessairement le développement ou le renforcement de structures politiques à une échelle supérieure à celle de l'Etat et il importe donc de se pencher d'urgence sur les moyens de transposer, autant que possible, au niveau régional ou mondial le modèle de la démocratie politique afin de préserver son avenir. Pour plusieurs, ces deux projets sont politiquement liés dans la mesure où seuls des Etats démocratiques pourront créer les conditions d'une démocratisation de la société internationale et qu'une telle société ne saurait elle-même à son tour accepter comme membres que des Etats démocratiques⁸.

⁵ Ce modèle européen revient sous beaucoup de plumes, dont les ouvrages seront cités ici, notamment Archibugi et Habermas, mais aussi les Américains comme Kingsbury et Fukuyama. Sur l'idée d'Union européenne comme laboratoire du droit global, voyez D. Dogot et A. Van Waeyenberge, « L'Union européenne, laboratoire du droit global », in J.Y. Chérot et B. Frydman dir., *La science du droit dans la globalisation*, 287.

⁶ Voyez notamment : J. Habermas, *La Constitution de l'Europe*, Gallimard, 2012, en particulier ch. IV « La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international. Un essai sur la constitution de l'Europe », 67-130.

⁷ Nous renvoyons sur cette question à l'excellente contribution dans le présent recueil de Jordane Arlettaz, « La démocratie à l'épreuve du constitutionnalisme européen ».

⁸ Cette thèse s'inscrit dans la tradition kantienne, qui envisage le droit cosmopolitique à plusieurs niveaux (national, international et proprement mondial) et implique notamment que les Etats appelés à constituer la fédération qui garantira la paix perpétuelle aient adopté une forme « républicaine » (*Vers la paix perpétuelle*). Kant envisage d'ailleurs la pacification universelle comme l'aboutissement d'un processus historique où l'internationalisation de la vie sociale pousse les Etats au respect des droits et libertés des citoyens (afin que ceux-ci ne quittent pas le pays), ce qui conduit ensuite ces Etats républicains à renoncer à la violence de la conquête pour affranchir leurs peuples des malheurs de la guerre (*Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*). Habermas a inscrit ses

Qu'il s'agisse d'étendre le modèle démocratique à tous les Etats de la société internationale ou de démocratiser les instances de celle-ci, ces projets font largement appel à l'intervention des juristes et du droit. Il s'agit en somme de reconfigurer par le droit les institutions étatiques et mondiales en vue de les démocratiser⁹. De manière intéressante, la littérature utilise la même expression (ambigüe donc) de « constitutionnalisation du droit international » pour désigner les initiatives et les projets entrepris dans ces deux directions différentes¹⁰. La question de la démocratisation des instances internationales et de la démocratie mondiale stimule de la manière la plus intéressante l'expérience et l'imagination des juristes, invités à mobiliser toutes les ressources de l'ingénierie constitutionnelle au service des institutions, des règles et des procédures, plus ou moins originales, qui permettraient d'adapter la démocratie à des niveaux où elle n'a jamais encore existé jusqu'à présent. Elle présente en outre un véritable enjeu philosophique en tant qu'elle nous contraint à approfondir nos conceptions de la démocratie et les met à l'épreuve d'un contexte d'application inédit. L'essentiel des développements de cet article y sera consacré. Cependant, la question de la diffusion de la démocratie étatique à l'échelle globale mobilise également de manière intéressante l'intervention du droit et d'autres normativités afin de promouvoir ou d'imposer le modèle de la démocratie libérale, de l'Etat de droit et des droits de l'homme, comme seul modèle légitime d'organisation politique, aux Etats de la communauté internationale. On commencera donc par l'aborder.

2. La question de savoir comment la globalisation affecte le modèle démocratique à travers le monde suscite des réponses totalement contradictoires. Les uns observent que la démocratie moderne est un phénomène en expansion et que cette expansion s'est accentuée depuis la chute du mur de Berlin en 1989 et du bloc soviétique, qui marquerait la victoire décisive de la démocratie libérale comme seul modèle politique légitime¹¹. La généralisation progressive de la démocratie sur toute

réflexions dans cette tradition (*La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Cerf, 2006. – Plus récemment : *La constitution de l'Europe*, op. cit., 272 et s.) et, parmi les juristes internationalistes français, on renverra aux intéressants travaux d'O. de Frouville, très engagé dans cette voie (« Une conception démocratique du droit international », XXXIX (2001), 120, complété par les réflexions plus récentes : « Droits de l'homme et théorie démocratique du droit international », Conférence à l'Institut européen de Florence, 2006).

⁹ O. de Frouville, « Droits de l'homme et théorie démocratique du droit international », précité, p. 15.

¹⁰ G. Lewkowicz, « Droits de l'homme, droits du citoyen : les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », in *Juger les droits de l'homme. Europe et Etats-Unis face à face*, Bruylant, col. « Penser le droit », 2008, 1-43. - Il y a cependant une certaine logique à cela dès lors que c'est la constitution d'une communauté internationale acquise à la paix et aux droits de l'homme qui permet en retour d'en exiger le respect de la part de ses membres, sous la menace d'éventuelles sanctions. Pour approfondir cette question : J. Klabbbers, A. Peters et G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press, 2010).

¹¹ Ces observations s'appuient sur les indications de plusieurs index, dont notamment celui développé par le *Freedom House*. La situation politique de 167 Etats y est examinée, chacun se voyant attribuer une note sur 10. Les régimes sont classés en 4 catégories dont démocraties pleines et entières, démocraties imparfaites (« flawed democracies »), régimes hybrides et régimes autoritaires. En 2011, le

la surface du globe serait favorisée par la globalisation de l'économie de marché, laquelle opérerait, suivant une thèse bien connue, comme un puissant vecteur de démocratisation. La démocratie, après avoir gagné la bataille des idées, finirait par s'imposer d'elle-même dans un monde pacifié comme la réalisation de la forme idéale d'organisation politique et d'émancipation des hommes. On aura reconnu ici la célèbre thèse, d'inspiration hégélienne, de « la fin de l'histoire » telle que Francis Fukuyama l'a retravaillée au départ de Kojève¹².

Toutefois, cette marche inexorable de l'Humanité vers le *happy end* de la démocratie libérale n'est pas si tranquille qu'elle ne puisse bénéficier d'un coup de pouce, voire parfois d'un coup de poing. Un mouvement politique et juridique tend en effet à élever le corpus des droits de l'homme et de l'Etat de droit au dessus de la valeur conventionnelle des traités pour en faire des normes impératives (*ius cogens*), des « standards » universels, que tous les Etats de la communauté internationale seraient plus ou moins tenus de respecter, qu'ils le veuillent ou non¹³. A défaut, certains d'entre eux s'exposent à des mesures de rétorsion, à des sanctions internationales, voire à des opérations de police internationale, menées sous l'égide ou non du Conseil de sécurité des Nations-Unies, dont la légitimité et l'opportunité demeurent toutefois très discutées¹⁴. D'autres instruments de contrôle plus subtils se développent, qui mesurent les performances des Etats en matière de respect de l'état de droit et de la démocratie, les comparent entre elles et dans le temps, élaborent des classements, qui conditionnent parfois l'octroi de certaines aides ou crédits internationaux¹⁵. Ces nouveaux outils de gouvernance globale constituent autant de moyens de surveillance par les organisations internationales¹⁶, les autres Etats¹⁷ et les

nombre de pays classés dans ces différentes catégories selon ce « democracy index » était respectivement de 25, 53, 37 et 52.

¹² F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Flammarion, 1992. Notons que Francis Fukuyama a indiqué que son modèle de démocratie n'était pas tant le régime des USA que celui de l'UE.

¹³ G. Lewkowicz, étude précitée. Cette conception non conventionnaliste est à prônée aussi bien par les partisans du constitutionnalisme global que par les tenants d'un néo-justnaturalisme, tels R. Domingo (*The New Global Law*, Cambridge U.P., 2010) et le juge à la C.I.J. A. Cançado Trindade, par exemple.

¹⁴ Voyer notamment les débats auxquels ont donné lieu les interventions américaines en Irak, l'opération de l'Otan en Afghanistan et plus récemment l'intervention en Lybie et les discussions sur l'opportunité d'une intervention militaire en Syrie. C'est la question du « devoir d'ingérence » devenu la « responsabilité de protéger » qui a fait, comme on sait, l'objet d'une intense controverse juridique (voyez notamment pour une analyse critique hostile à l'ingérence : O. Corten et P. Klein, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? - Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Bruylant, 2004, 2^{ème} éd.).

¹⁵ D. Restrepo, « La mesure du droit : l'indicateur *rule of law* dans la politique de développement de la banque mondiale », in B. Frydman et A. Van Waeyenberge, dir. *Gouverner/és par les normes : de Hume aux rankings et aux indicateurs*, Bruylant, col. « Penser le droit », à paraître en 2013. – K. Davis, B. Kingsbury, S. Engle Merry, « Indicators as a Technology of Global Governance », 46 *Law & Society Review* (2012), 71.

¹⁶ Notamment la Banque mondiale.

acteurs privés, d'incitants financiers ou réputationnels, destinés à promouvoir et à sauvegarder les formes démocratiques et à mettre sous pression ceux qui s'en écartent ou ne réalisent pas suffisamment de progrès dans cette direction.

Cependant, la thèse de l'avènement universel de la démocratie libérale est loin de faire l'unanimité. Sans entrer ici dans ce vaste débat, on sait que certains lui opposent de nouveaux adversaires et d'autres scénarios comme la montée en puissance des communautarismes¹⁸. De même, l'idée que l'universalisation de l'économie de marché emporterait nécessairement celle de la démocratie se heurte jusqu'à présent aux substantiels contre-exemples chinois et désormais russe, qui marquent plutôt le retour de grandes puissances autoritaires¹⁹. Bien plus, beaucoup font observer que la globalisation économique et financière affaiblit le modèle démocratique, tel qu'il s'est développé jusqu'ici dans le cadre de l'Etat-nation, dans la mesure où elle réduit la marge de manœuvre et les capacités d'intervention efficaces des Etats incapables de réguler les forces et les risques transnationaux qui affectent leurs sociétés²⁰. Cette situation expose tous les Etats et donc notamment les démocraties à un grave dilemme : soit se résigner à l'impuissance et subir de plein fouet les contraintes exercées par le déchaînement des forces transnationales ou s'adapter à leurs exigences ; soit transférer tout ou partie de leurs capacités d'action à des organisations internationales, dont les structures ne présentent pas les mêmes garanties démocratiques que les instances nationales. En témoignent les crises des dettes souveraines, notamment la récente crise de l'euro, qui mettent parfois spectaculairement en évidence l'opposition entre, d'une part, les aspirations des peuples, telles qu'elles s'expriment démocratiquement dans les urnes, et, d'autre part, les contraintes imposées par la pression des marchés financiers et des agences de notation qui en traduisent les messages, relayées par les exigences des organisations européennes et internationales²¹.

3. Si on se rallie à la thèse de la fragilisation des démocraties nationales par la globalisation, en raison de la perte d'effectivité de l'action des Etats, on est logiquement conduit à s'interroger sur la possibilité de réaliser cette démocratie à un niveau d'intégration supérieur, où se situerait l'action politique efficace, à savoir au niveau de la gouvernance européenne ou mondiale. La question est ici de savoir s'il

¹⁷ On peut parler de « pression par les pairs » (*peer pressure*), à laquelle la mise en place de ce type d'outils conduit de manière générale (Voyez sur ce point la thèse d'A. Van Waeyenberge, *Les nouveaux instruments juridiques de la gouvernance européenne*, à paraître en 2013).

¹⁸ Nous faisons ici allusion à des thèses bien connues comme *Le choc des civilisations* de S. Huntington (O. Jacob, 1997), précédé de *Jihad vs. Mcworld* de B. Barber (Crown, 1995).

¹⁹ En ce sens, notamment R. Kagan, *The Return of History and the End of Dreams* (Knopf, 2008), dont le titre s'inscrit explicitement en dialogue critique avec la thèse défendue par Fukuyama.

²⁰ J. Habermas, *La constitution de l'Europe*, op. cit., 79 et s. – Bogdandy, op. cit., 891 et s.

²¹ Habermas parlait à cet égard d'un « découplage croissant entre les décisions régulatrices imposées d'en haut ou de l'extérieur aux sociétés nationales et la souveraineté du peuple organisée en Etat national » (« Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste », *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*, Gallimard, 2008, p. 316.

est possible de réaliser la démocratie au-delà des frontières des Etats. Elle appelle une fois encore des réponses contrastées et contradictoires. Selon certains, la démocratie serait intrinsèquement liée à la figure de l'Etat-nation et ne pourrait être transposée artificiellement, à défaut de *demos* et de solidarité véritable, à un niveau supra- ou international. Cette thèse de philosophie politique a notamment trouvé une consécration spectaculaire sur le plan judiciaire avec les arrêts de la Cour constitutionnelle allemande à l'occasion de la ratification du traité de Lisbonne²². En sens inverse, d'autres défendent l'idée que la démocratie est historiquement, mais non essentiellement ou conceptuellement liée à la figure de l'Etat²³. Après tout, le modèle démocratique est né dans l'Antiquité, avant l'Etat, au niveau très différent d'organisation de la *polis*. Pour les tenants de cette thèse, la solidarité entre les membres d'une communauté démocratique ne dépend pas tant d'affinités naturelles préalables, qu'elle ne résulte du contrat d'association politique par lequel les institutions démocratiques sont établies²⁴. Autrement dit, la démocratie ne présuppose pas un *demos*, elle le produit²⁵.

La réponse que l'on apporte à cette question détermine alors des stratégies très différentes pour préserver le modèle politique démocratique de la menace que fait peser sur lui la globalisation. Ceux qui estiment que la démocratie ne peut être mise en œuvre que dans le cadre étatique plaident dès lors pour la « démondialisation », laquelle n'est pas seulement conçue comme une réaction protectionniste contre la mondialisation des échanges²⁶, mais aussi comme une tentative de récupérer une certaine souveraineté démocratique à l'abri des frontières nationales²⁷. Ou bien, ils préconisent le *statu quo* avec le maintien du modèle interétatique qui conjugue des

²² Pour un examen approfondi de ces décisions et des arrêts des autres juridictions constitutionnelles européennes qui ont suivi cet avis, voyez l'excellente contribution de Jordanne Arletta dans le présent volume. – Voyez aussi sur cette question, de manière critique, J. Habermas, *La constitution de l'Europe*, précité, p. 72 et s. et l'intéressante note n°13 du traducteur, p. 197, qui donne d'intéressantes explications et références.

²³ Sur les rapports ambivalents qu'entretient la démocratie avec l'Etat, voir le beau texte de Dominique Rousseau, «La démocratie continue ou comment remettre l'Etat à sa place», *Réfractations*, n° 12, 2006, accessible en ligne : <http://refractions.plusloin.org/spip.php?article88>.

²⁴ On aura reconnu ici le grand débat entre les tenants d'une conception romantique ou ethnique de la nation comme communauté naturelle, telle qu'elle a été développée par la pensée romantique allemande, et les partisans d'une conception politique de la nation, comme « corps d'associés vivant sous une loi commune » (Sieyès), telle qu'elle se dégage de la Révolution française et se prolonge jusqu'à la notion de « patriotisme constitutionnel » (Habermas), indépendamment de la notion d'Etat. Sur cette question, voir S. Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, 1997, p. 325 et s.

²⁵ En ce sens également, la belle conférence de J. Derrida, « Déclaration d'indépendance », publiée dans *Otobiographies, L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre* (Galilée, 2005) où le philosophe montre, en 1976, à l'occasion d'une analyse de la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis que c'est la signature qui a inventé le signataire, à savoir le Peuple des Etats-Unis d'Amérique.

²⁶ Sur ce point, on lira le bon livre de J. Sapir, *La démondialisation*, Seuil, 2011.

²⁷ L'invention du terme « démondialisation » est attribuée à W. Bello, sociologue philippin, dans son ouvrage : *Deglobalization. Ideas for a New World Economy*, Zed Books, 2002.

Etats-nations démocratisés avec un système international limité à une entreprise de coordination, mais sans intégration (du moins trop poussée). Il s'agit de préserver au maximum la souveraineté des Etats, tout en se dotant des moyens d'action et de régulation collectifs à la hauteur des phénomènes à régir et des risques à maîtriser. Cette dernière thèse conservatrice est notamment privilégiée par une partie substantielle de la communauté scientifique des spécialistes du droit international public²⁸. Par contre, ceux qui estiment une plus grande intégration nécessaire, souhaitable ou inévitable pour apporter une réponse politique digne de ce nom à la globalisation des enjeux parient de manière plus ou moins optimiste et ambitieuse sur les possibilités et les moyens d'une démocratie cosmopolitique ou du moins d'une démocratisation des instances de la gouvernance globale.

4. Au moment d'aborder la démocratie cosmopolitique, il faut commencer par noter que son établissement ne constitue pas la question centrale de l'ordre international moderne, loin s'en faut. Classiquement, la question primordiale n'est ni celle de la démocratie, ni même celle de la justice, mais d'abord celle de la paix. La paix, entendue d'abord au sens trivial d'état de non-guerre, à savoir la coexistence pacifique entre les Etats, dont on souhaitera qu'elle se stabilise jusqu'à se pérenniser. On pense bien sûr ici au thème de la « paix perpétuelle », tel qu'il est développé par l'abbé de St Pierre, Rousseau, Kant et leurs nombreux successeurs. L'idée d'une paix durable diffère sensiblement, mais fait signe aussi vers l'établissement d'un ordre juste, que l'on traduit par le respect du droit et de plus en plus des droits de l'homme²⁹. Les Nations-Unies consacrent à la fois les deux logiques par la mise hors la loi de la guerre d'agression et la naissance d'un droit international des droits de l'homme³⁰. Pour certains, l'état de droit et les droits de l'homme ne sont rien d'autre que les bases juridiques de la démocratie³¹. Cette thèse est largement utilisée par les organisations internationales³², qui mobilisent l'état de droit comme un substitut de nature à combler ou à compenser le « déficit démocratique » dont on les accuse à juste

²⁸ Bogdandy, *op. cit.*, 897 et s. et les références citées. En ce sens également, mais exprimé de manière négative, les travaux précités de O. de Frouville. Voyez surtout : J. Salmon, « Quelle place pour l'Etat dans le droit international d'aujourd'hui », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 347 (2011).

²⁹ Dans le sens d'une conception étendue de la sécurité collective et de la paix, dont ils indiquent qu'elle est déjà présente chez Kant, voir J. Habermas, « Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste ? », spéc. p. 271 et les travaux précités d'O. de Frouville.

³⁰ Voir les paragraphes 2 et 3 de l'article 1^{er} de la Charte des Nations-Unies, qui évoquent respectivement la Paix (§ 2) et la prospérité et les droits de l'homme (§ 3). Voir aussi O. de Frouville qui explique très bien les deux logiques et leur potentielle contradiction, dès lors que le thème de la justice peut remettre en selle (comme c'est effectivement le cas) le vieux concept de la guerre juste, qui légitime, dans certains cas, le recours à la guerre d'agression.

³¹ En ce sens O. de Frouville. Pour Louis Favoreu, l'état de droit constituait même le « dépassement » de la démocratie. Ou alors les deux notions sont confondues, à tous les sens du terme, dans l'expression « état de droit démocratique ». Sur cette question, voyez la contribution dans le présent volume de L. Heuschling, « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », ainsi que son ouvrage *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

³² Notamment l'Union européenne.

titre. Pour autant, que l'on accorde ou non à Marcel Gauchet que les droits de l'homme ne sont pas une politique³³, il faut admettre qu'en tout cas ils ne suffisent pas à faire une démocratie. En d'autres termes, la paix ou les droits de l'homme représentent des conditions nécessaires, mais non suffisantes de la démocratie³⁴. En tant que régime politique et forme de gouvernement, celle-ci nécessite en outre des institutions et des procédures de décision, qui permettent de dégager et d'exprimer la volonté populaire et de donner de l'effectivité à ses décisions³⁵. Ce sont ces institutions et structures qui retiendront dans la suite toute notre attention.

5. Lorsqu'on considère les modalités et les formes d'une démocratisation de la gouvernance mondiale, les modèles et les prédictions se multiplient, oscillant entre, d'une part, les idéaux de l'utopie de la démocratie cosmopolitique et, d'autre part, la prise en considération pragmatique des contraintes historiques et politiques et notamment de l'état présent des instances de la gouvernance globale. Dans les limites assignées à cet article, nous cheminerons de l'idéal au possible en empruntant une route jalonnée par trois figures connues de la théorie politique : la démocratie représentative, la démocratie participative et la démocratie d'opinion.

On trouve, y compris dans la littérature juridique, des auteurs pour avancer que nous serions d'ores et déjà dotés d'une constitution mondiale, que certains identifient à la Charte des Nations-Unies³⁶. Mais il s'en trouve peu pour avancer sérieusement que cette constitution serait d'ores et déjà démocratique, sauf à mettre en avant, comme Norberto Bobbio, le principe formel d'égalité souveraine des Etats, se traduisant notamment dans la règle un Etat, une voix, telle qu'elle s'applique par

³³ M. Gauchet, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, juillet-août 1980, repris dans *La démocratie contre elle-même*, Gallimard 2002. Marcel Gauchet conclut, à juste titre selon nous : « Les droits de l'homme ne sont pas une politique dans la mesure où ils ne nous donnent pas prise sur l'ensemble de la société où ils s'insèrent. »

³⁴ De manière intéressante, N. Bobbio, qui voit déjà dans le renoncement à la violence pour la résolution des conflits, une « définition minimale » de la démocratie, situe la paix et les droits de l'homme dans une construction progressive de la démocratie, à l'échelle nationale comme globale : d'abord, la paix, entendue comme suppression de la violence comme mode de résolution des conflits, qui est la condition nécessaire de la reconnaissance des droits de l'homme, qui est la condition nécessaire de l'établissement d'un pouvoir démocratique (« Démocratie et système international », in *Le futur de la démocratie*, Seuil, 2007, 277. – Adde : V. Champeil-Desplats, *Norberto Bobbio : Pourquoi la démocratie ?*, col. « Les sens du droit », 2008, 100).

³⁵ En ce sens notamment J. Habermas, *La Constitution de l'Europe*, spéc. p. 84-85.

³⁶ Voyez notamment : B. Fassbender, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », 36 *Columbia Journal of Transnational Law* (1998), 529, ainsi que les études de P.-M. Dupuy, qui adopte lui-même une position modérée sur la question (« The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », 1 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (1997), 1-33 et « La Charte des Nations-Unies, une Constitution ? », in *L'unité de l'ordre juridique international, Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 297 (2002), 215-244). D'autres auteurs identifient l'émergence d'une constitution matérielle mondiale, sans l'identifier à un document formel comme la Charte. Voyez sur cette question A. Peters, « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre » in H. Ruiz-Fabri et al. (dir.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, 2006, 361-375.

exemple à l'Assemblée générale de l'ONU³⁷. Du moins serait-il possible ou souhaitable, selon certains projets, comme celui du mouvement animé par Daniele Archibugi, de construire une démocratie politique, au départ des institutions des Nations-Unies³⁸. Cette opération consisterait, en caricaturant un peu et en simplifiant beaucoup, à transformer le système onusien non pas en un véritable Etat mondial, mais plutôt en une « fédération démocratique », établie sur la base d'un modèle proche des institutions européennes, souvent prises comme modèle³⁹. Cette transformation affecterait les instances actuelles du système onusien pour les rapprocher des trois pouvoirs organiques classiquement distingués dans les constitutions politiques modernes. Au niveau délibératif, un parlement mondial, idéalement composé de représentants élus au suffrage universel⁴⁰, serait institué qui viendrait non pas remplacer, mais s'ajouter à l'Assemblée générale actuelle, composée des représentants des Etats, instituant ainsi une sorte de bicaméralisme fédéral. Au niveau exécutif, le Conseil de sécurité serait recomposé de manière plus équilibrée, ce qui pré luderait à l'extension de ses attributions et de ses responsabilités. Au niveau judiciaire, la juridiction de la Cour internationale de justice deviendrait obligatoire pour les différends entre Etats, à laquelle s'ajouterait également pour tous la compétence universelle complémentaire de la Cour pénale internationale⁴¹.

Un tel modèle de démocratie cosmopolitique, à supposer qu'il soit souhaitable, sera cependant regardé par la plupart des observateurs comme utopique sinon naïf, irréalisable à moyen ou même à long terme, dans le contexte de notre monde multipolaire où continue de s'affirmer la volonté de puissance ou au moins d'indépendance des Etats. Tel est notamment le cas de Jürgen Habermas qui estime qu'il n'existe pas actuellement de solidarité suffisante pour l'établissement d'un tel régime démocratique⁴². Le grand philosophe allemand tente néanmoins, dans la ligne de la pensée kantienne et du mouvement du constitutionnalisme global, de sauver ce

³⁷ Bobbio évoque explicitement non pas une démocratie, mais une « inspiration démocratique » avec « la création de l'institution caractéristique d'une assemblée au sein de laquelle tous les contractants sont représentés sur un pied d'égalité et qui décident à la majorité » (*Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 289-290). Je me garderai pour ma part de voir de la démocratie dès qu'il y a une assemblée de votants. Encore faut-il considérer quels sont les membres de l'assemblée, qui ils sont censés représenter et quelle autorité est accordée au résultat de leurs délibérations.

³⁸ D. Archibugi *La démocratie cosmopolitique. Sur la voie d'une démocratie mondiale*, Éditions du Cerf, Paris, 2009 ; D. Archibugi, M. Koenig-Archibugi et R. Marchetti, *Global Democracy: Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, 2011.

³⁹ V. réf. *supra* § 1^{er}.

⁴⁰ À défaut, ce Parlement serait composé de délégations de parlements nationaux. Se pose évidemment ici le problème de l'organisation d'élections ou d'envoi de représentants issus des Etats non-démocratiques qui composent la Communauté internationale, lesquels pourraient éventuellement être écartés, de manière provisoire, des instances de la gouvernance mondiale.

⁴¹ On pourrait penser également à la transformation du Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. en une véritable Cour universelle des droits de l'homme.

⁴² *The Divided West*, Polity Press, 2006, p. 139.

modèle institutionnel en limitant les prétentions et les compétences⁴³. Le système du parlement mondial, du conseil de sécurité recomposé et des tribunaux internationaux verrait sa juridiction limitée au respect de la Charte des Nations Unies, à la sauvegarde de la sécurité collective et des droits de l'homme, tandis que les autres questions d'intérêt mondial, comme les questions économiques, financières, écologiques, d'infrastructure, etc. continueraient d'être confiées soit aux organisations actuelles pour la coordination des aspects techniques, soit au compromis des puissances, pour les enjeux politiques, mais, pour ces dernières, selon des voies qui dépasseraient les mécanismes contractuels du droit international classique⁴⁴. Habermas réserve ainsi aux institutions réformées de l'ONU une fonction de gardien des règles constitutionnelles de l'ordre mondial, dont il précise lui-même qu'elle serait davantage de nature juridique que politique⁴⁵. De même, il a très nettement conscience de la nature libérale mais non républicaine d'une telle constitution, entendez qu'elle aurait pour ambition le contrôle des pouvoirs par le respect du droit et des droits, mais non l'établissement d'un véritable pouvoir politique démocratique mondial, dont il estime cependant qu'il est conceptuellement concevable et donc peut-être réalisable à très long terme⁴⁶. Autrement dit, on en revient ici à l'objectif d'un état de droit mondial fondé sur la paix et les droits de l'homme⁴⁷, mais avec la particularité que celui-ci est confié à la garde non pas seulement des juges, mais d'un système institutionnel complet incluant, outre la cour internationale de justice et le tribunal pénal international, une assemblée délibérative et un exécutif pouvant appliquer des sanctions et si nécessaire mobiliser la force. Si la construction un peu baroque proposée par Habermas a le mérite de tenter de tenir compte des réalités institutionnelles et politiques, elle suscite le doute notamment quant à la possibilité de scinder en pratique les questions « constitutionnelles », politiques et techniques, ainsi confiées à des instances et à des procédures de décision différentes. L'observation des choses incline au contraire à penser que la plupart des grands problèmes qui figurent à l'agenda mondial, comme par exemple les questions écologiques ou financières, comportent à la fois des aspects politiques, techniques et de droits fondamentaux, de sorte que le partage des tâches proposé, même s'il établit logiquement une hiérarchie des règles constitutionnelles élevées au rang de *ius cogens*, ne semble pas de nature à

⁴³ Les réflexions du philosophe sur les institutions cosmopolitiques sont développées, avec des nuances différentes et des évolutions (dont il n'est pas possible de traiter ici) dans quatre textes intéressants : *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Cerf, 2006. – « Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance ? », *The Divided West*, Polity Press, 2006, 115-193. – « Une constitution politique pour notre société mondiale pluraliste », *Entre naturalisme et religion. Les défis de la démocratie*, Gallimard, 2008, 270-321. – *La Constitution de l'Europe*, Gallimard, 2012, en particulier ch. IV « La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international. Un essai sur la constitution de l'Europe », 67-130.

⁴⁴ *La constitution de l'Europe*, op. cit., p. 117 et s.

⁴⁵ *The Divided West*, op. cit., p. 140 et s.

⁴⁶ Outre *The Divided West* précité, « Une constitution politique... », op. cit., p. 275 et s.

⁴⁷ Voir *supra* § 4, mais dont Habermas, il faut y insister, affirme clairement qu'il ne doit pas être confondu avec la démocratie.

résoudre le problème souvent mis en avant de la « fragmentation » du droit international⁴⁸.

6. A défaut de véritable démocratie représentative, d'autres esprits qui s'estiment plus réalistes ou même certains des partisans d'un parlement mondial⁴⁹ préconisent ou s'accrochent, à tout le moins de manière transitoire, d'une forme alternative de démocratisation des organisations internationales, qui reposerait sur la présence et la participation dans ces instances de mandataires d'organisations non gouvernementales (ONG) et de groupes d'intérêts structurés (syndicats, représentants des secteurs économiques, etc...), porteurs d'enjeux et de revendications au niveau global et considérés comme des substituts en quelque sorte d'une représentation démocratique défaillante car impossible à réaliser. Ce modèle participatif, associant ce qu'on a parfois appelé « la société civile organisée » a connu un fort engouement et suscité d'importants débats dans la littérature depuis plus de vingt ans⁵⁰. Il s'est traduit sur le terrain par une évolution des cénacles de la politique globale avec l'organisation de multiples forums mondiaux ou régionaux auxquels participent largement des acteurs de la société civile⁵¹, mais aussi avec l'ouverture de plus en plus large des enceintes des organisations internationales à certaines organisations non gouvernementales, allant jusqu'à leur accorder un statut officiel et un siège d'observateur⁵², mais en les associant plus rarement au vote et aux décisions ou au contrôle de celles-ci⁵³. Les organisations de la société civile sont de fait désormais très présentes, visibles et actives dans les grandes enceintes de délibération mondiale, dont elles influencent l'agenda et alimentent les discussions avec des propositions, des revendications, mais aussi beaucoup avec des rapports d'expertise. Elles jouent un rôle plus important encore dans certaines instances moins formelles de la gouvernance globale, qui ne sont pas construites sur un modèle strictement interétatique, mais où

⁴⁸ Sur cette notion, voyez le rapport très complet et nuancé établi par Martti Koskeniemi pour la commission de droit international de l'O.N.U. : *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de l'expansion et de la diversification du droit international*, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_l682.pdf (consulté le 22 juin 2012).

⁴⁹ D. Archibugi et D. Held, « Cosmopolitan Democracy : Paths and Agents », p. 7 et les autres références citées dans cet article (consultable sur <http://ssrn.com/abstract=1758725>). – Habermas se prononce également en faveur d'une telle solution alternative au parlement mondial.

⁵⁰ Mouvement auquel a d'ailleurs participé, dans la littérature francophone, l'auteur de ces lignes, de manière critique cependant quant à ce modèle participatif ou corporatif. Voyez à cet égard les contributions réunies dans B. Frydman (dir.), *La société civile et ses droits*, Bruylant, 2004, ainsi que l'ouvrage collectif *Société civile et démocratisation des organisations internationales*, Academia Press, 2005 et aussi B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2010, en particulier ch. 2., dont on peut retrouver une version préalable de certains développements dans B. Frydman, « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », *Revue Droits Fondamentaux*, 2001-2002, n° 1 (<http://www.refer.sn/revue-df>).

⁵¹ Aux résultats mitigés et parfois très contestés, comme le tristement fameux forum de Durban sur le racisme.

⁵² Comme c'est le cas par exemple au Conseil économique et social de l'O.N.U.

⁵³ Voyez sur ce point les conclusions de notre étude précitée *Société civile et démocratisation des organisations internationales*.

s'élaborent cependant d'importantes normes à portée globale. On mentionnera, comme exemple récent parmi d'autres, la manière dont a été composé le cercle des participants aux discussions qui ont conduit à l'adoption de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations⁵⁴.

Il reste que ce modèle, parfois qualifié de « néo-corporatiste », d'association et de consultation des groupes d'intérêts organisés au niveau des instances de la gouvernance mondiale, qui d'ailleurs n'est pas neuf⁵⁵, fait également l'objet de sérieuses critiques, qui mettent en cause sa légitimité et son caractère réellement démocratique. D'une part, la participation de ces organisations à l'exercice du pouvoir compromettrait leur crédibilité en tant qu'instances critiques et violerait le principe d'autolimitation qu'elles ont placé le plus souvent, à la différence des partis politiques, au fondement de leurs statuts⁵⁶. D'autre part, on s'interroge non sans raison sur la représentativité de ces organisations, qui émanant d'initiatives diverses, parfois des gouvernements eux-mêmes, souvent des milieux d'affaires, ne s'autorisent finalement que d'elles-mêmes et demeurent assez opaques, notamment quant à leurs sources de financement. Certaines organisations ne sont ainsi que le faux nez de certains intérêts plus ou moins puissants et il suffit de considérer l'ancrage de ces associations pour constater que leur paysage reproduit largement les déséquilibres des moyens sur la planète, notamment au niveau nord-sud. Ce défaut est aggravé en outre par le fait que les institutions qui font une place à ces organisations de la société civile, jouissent d'une assez grande discrétion pour choisir leurs interlocuteurs et composer ainsi à leur guise « leur » société civile⁵⁷.

7. Ces critiques ne remettent pas en cause le rôle indispensable de la société civile dans le fonctionnement d'une véritable démocratie vivante, mais elles conduisent certains courants d'idées à en définir autrement la fonction dans une conception qui relève moins de la démocratie participative que de la démocratie d'opinion. Dans cette dernière conception, la société civile est l'auteur de l'opinion publique et l'espace public désigne les lieux, les structures, les voies et les moyens informels par lesquels cette opinion s'exprime⁵⁸. Or la mondialisation croissante des

⁵⁴ Pour une analyse de cette norme et notamment des conditions de son adoption : F. Quairel-Lanoizelée, M. Capron, M.-F. Turcotte dir., *Iso 26000 : une Norme "hors norme" ?*, Economica, 2010.

⁵⁵ Voyez déjà l'organisation tripartite des délégations nationales et des instances de discussion au sein de l'O.I.T., fondée en 1919.

⁵⁶ Sur ce principe, voyez G. Haarscher, « La société civile et le concept d'auto-limitation », in *La société civile et ses droits*, op. cit., p. 147.

⁵⁷ On ainsi forgé le terme ironique de « Gongo's » pour Governmental Non Governmental Organizations » pour décrire ce phénomène de constitution d'une société civile *ad hoc* par certains gouvernements au demeurant critiquables sur le plan du respect de la démocratie. Mais le phénomène de société civile *ad hoc* peut également être constaté dans les institutions internationales, notamment au niveau de l'Union européenne. Voyez sur cette question, O. Costa et P. Magnette, « La société civile européenne entre cooptation et contestation », in *La société civile et ses droits*, op. cit., p. 181 et s., spéc. p. 199 et s.

⁵⁸ Cette conception de la société civile a été développée de manière prééminente par J. Habermas d'abord dans *L'espace public* (Payot, 1997), puis, surtout pour ce qui nous concerne, dans *Droit et*

échanges, des relations et surtout des communications, stimulée de manière extraordinaire par le développement des nouvelles technologies et des réseaux, mais aussi la prise de conscience de nouvelles solidarités et de nouveaux risques à l'échelle planétaire suscitent l'émergence et le développement progressif d'une société civile globale où s'expriment des aspirations et des revendications, des thèmes et des propositions, des indignations et des scandales qui contribuent à l'établissement d'un agenda et d'un débat politique planétaire.

Du sein de cette société civile globale s'organisent progressivement les instruments d'un contrôle des pouvoirs par l'opinion publique. Ces instruments relèvent de ce que Pierre Rosanvallon a appelé la « contre-démocratie »⁵⁹. L'expression apparaît toutefois ambiguë, d'autant plus impropre en l'occurrence qu'elle s'adresse à des instances de gouvernance qui ne sont pas démocratiques⁶⁰, de sorte qu'il vaudrait peut-être mieux les qualifier (du moins si on veut se montrer optimiste) de « pré-démocratiques ». Ces instruments ont pour but de tenter de contrôler, au double sens de surveiller et d'orienter, l'action des puissants et les décisions des responsables. Mobilisés par des acteurs et des structures multiples et divers, ces instruments empruntent des formes extrêmement variables, pour certaines bien connues, juridiques ou non, qui vont des contre-sommets et des manifestations⁶¹ à des actions et procédures judiciaires ou quasi-judiciaires (s'appuyant en particulier sur les droits de l'homme⁶²), en passant par le développement spectaculaire d'organisations, de sites et autres indicateurs qui scrutent les performances des acteurs globaux et sont prompts à dénoncer ce qu'ils perçoivent comme scandales, injustices et incuries.

8. Le bon fonctionnement de la société civile dans son activité de surveillance et de critique permanentes des pouvoirs repose sur un certain nombre de règles juridiques qui la rendent possible et qui, dans les démocraties nationales libérales, sont assez fermement garanties par la Constitution. Ce statut de la société civile, qui est tout à fait transposable à l'échelle globale, repose sur trois piliers que j'ai développés dans des travaux antérieurs et que je me contenterai de rappeler ici⁶³. Le

démocratie (Gallimard, 1999). Pour une synthèse des conceptions du grand philosophe de Francfort sur cette question, on peut consulter B. Frydman, « Habermas et la société civile contemporaine », in *La société civile et ses droits*, op. cit., p. 123-144.

⁵⁹ P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006. Voyez l'analyse critique très intéressante qu'en propose Emmanuel Picavet dans le présent volume.

⁶⁰ Rosanvallon reconnaît d'ailleurs explicitement que certains instruments qu'il énumère au titre de la contre-démocratie ont précédé l'instauration de la démocratie elle-même.

⁶¹ Chacun garde en mémoire les contre-sommets de Porto Alegre et les nombreuses manifestations qui ont accompagné et accompagnent encore les grands sommets internationaux du type G8.

⁶² Voyez notamment sur ce point : B. Frydman et L. Hennebel, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 73-136.

⁶³ Voyez spécialement les études précitées : « La société civile et ses droits » et « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international ».

premier est le principe de publicité, que Kant qualifiait de principe transcendantal du droit public, aux termes duquel aucun acte de l'autorité publique n'est valable ni ne peut produire d'effets de droit à l'égard des gouvernés qu'à la condition d'avoir été rendu public. Ce principe de publicité constitue évidemment une condition de possibilité de l'information et par suite un préalable indispensable à la critique et au contrôle. Le second pilier est constitué par un faisceau de libertés publiques mobilisables à des fins politiques qui doivent permettre d'assurer la sanctuarisation de l'espace public. Comme l'écrit Dominique Rousseau, dans la démocratie continue, l'espace public «est le lieu de la controverse, du contentieux, du choc des propositions normatives et de la confrontation des acteurs sociaux – comités, clubs, associations... – qui les portent»⁶⁴. Ces libertés, qui le protègent en tant qu'espace d'innovation et de contestation politique, incluent bien évidemment la liberté d'expression en ses différents aspects, mais aussi la liberté de réunion et d'association sans lesquelles la société civile ne pourrait abriter en son sein les organisations qui en sont le fer de lance ni manifester sa mobilisation. Enfin, la liberté de la presse, entendue en un sens large qui inclut non seulement l'interdiction de la censure mais aussi la garantie du pluralisme des médias et le libre accès à l'information et à ses canaux, forme le troisième pilier de ce statut. Ce pilier est nécessaire au soutien de l'édifice dès lors que, dans les démocraties de masse, le débat public ne peut s'organiser que par la voie des médias. Ce qui est déjà vrai à l'échelle nationale l'est bien entendu *a fortiori* à l'échelle mondiale.

Toutefois, ces principes fondamentaux, qui protègent la liberté dans la sphère publique et créent les conditions indispensables à un débat public ouvert sur l'action politique, s'ils sont garantis par les constitutions nationales démocratiques, n'existent encore dans la sphère globale que de manière imparfaite et programmatique. Ces revendications sont cependant fortement ancrées dans les traditions démocratiques et soutenues par les règles internationales qui les consacrent, de même que par le corpus juridique des droits de l'homme. De sorte qu'elles semblent d'ores et déjà opérer avec une certaine effectivité dans l'ordre international. Ainsi, on se rappelle du sort de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) qui, négocié en grand secret au sein de l'OCDE, précisément pour épargner aux négociateurs les foudres de « la société civile », avait été extrêmement critiqué pour cette raison même, avant d'être finalement abandonné à la suite de la défection de plusieurs gouvernements⁶⁵. Or, la même situation semble en passe de se rejouer aujourd'hui avec l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA⁶⁶), négocié par les Etats sous la pression des lobbies des groupes d'intérêts titulaires de droits intellectuels (copyright, brevet,...), mais qui suscite la colère et la mobilisation d'une partie des internautes. Cette mobilisation peut d'ailleurs être constatée à tous les niveaux, non seulement mondial, mais aussi

⁶⁴ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96, 1997, pp. 73-88.

⁶⁵ En particulier, le gouvernement français dirigé par L. Jospin.

⁶⁶ Anti-Counterfeiting Trade Agreement, négocié entre 2008 et 2010 à l'initiative d'une coalition d'une quarantaine d'états, dont nombre d'états de l'OCDE (USA, UE, Japon, Canada,...) et quelques autres états invités.

européen, où elle a été clairement entendue et spectaculairement relayée par le Parlement européen, qui a massivement rejeté l'accord international⁶⁷. De même au niveau national, comme l'indique, par exemple, l'abandon par le Président Obama, en pleine campagne de réélection, des projets SOPA et PIPA discutés au Congrès⁶⁸, ainsi que les contestations et critiques dont a fait l'objet Hadopi en France. Cette mobilisation, qui se manifeste sous diverses formes, pas toujours licites d'ailleurs, se traduit également dans les urnes avec la récente apparition, notamment en Europe et singulièrement en Allemagne, d'un « parti pirate »⁶⁹. Si la naissance de ce parti est souvent interprétée comme une manifestation particulière d'un vote populiste, j'y verrais plutôt quant à moi le signe de la prise de conscience politique d'une nouvelle génération attachée, pas uniquement pour des raisons consuméristes, à la liberté de communication et de circulation des informations sur les réseaux. Quant aux possibilités d'actions politiques offertes par ce nouvel espace public d'Internet et des réseaux sociaux, elles sont tout sauf virtuelles comme en atteste le rôle qui leur est imputé et que l'on a pu parfois constater à la fois dans les révoltes dites du « printemps arabe », mais déjà lors du mouvement de contestation des élections en Iran et aussi, dans un autre contexte, lors des émeutes de Londres. On en trouve d'autres signes dans la bataille autour de la censure de l'Internet telle qu'elle se déroule par exemple en Chine, notamment dans le bras de fer (habillé de velours) entre Google et le gouvernement chinois ou en Occident avec l'intéressante affaire Wikileaks⁷⁰ ou bien encore, au niveau global, à l'occasion des négociations au sein de l'Union internationale des télécommunications (UIT)⁷¹. Ainsi, ces questions de la liberté et du contrôle des réseaux de communication globaux et de leur mobilisation à des fins politiques, loin de se limiter à des enjeux techniques ou économiques,

⁶⁷ Vote de la session plénière du 4 juillet 2012 : 478 votes contre, 39 pour et 165 abstentions.

⁶⁸ Stop On-line Piracy Act et Protect Intellectual Property Act, introduits respectivement à la Chambre des représentants et au Sénat des Etats-Unis en 2011 et 2012, à propos duquel le Président Obama a fait savoir qu'il exercerait son veto s'ils portaient atteinte à la liberté d'expression.

⁶⁹ Le parti pirate suédois a été fondé en 2006, très rapidement suivi par des partis similaires dans de nombreux pays européens et d'Amérique du nord principalement, fédérés pour la plupart dans le parti pirate international. Le parti pirate allemand a obtenu des résultats surprenant en obtenant 15 députés aux élections de Berlins (9%) en 2011, résultat confirmé en Rhénanie-Nord Westphalie en 2012 avec 20 députés (8%) et des intentions de vote élevées dans les sondages.

⁷⁰ Voyez l'excellent article d'Y. Benkler, « Wikileaks and the Protect-IP Act : a New Public-Private Threat against Internet Commons », *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2011, 154, dans lequel Benkler rapproche de manière pertinente Wikileaks the PIPA notamment quant à l'usage et la légitimation de techniques de censure inconstitutionnelles en droit américain. – Pour une description et analyse très complète de l'affaire Wikileaks, voyez du même auteur, sur son blog : « A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate », working draft d'un article annoncé à la *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, consultable en ligne à l'adresse : http://benkler.org/Benkler_Wikileaks_current.pdf.

⁷¹ Voyez en particulier les inquiétudes et la mobilisation auxquelles a donné lieu le sommet de l'UIT de Dubaï en décembre 2012, dont l'objet était de réviser le règlement des télécommunications internationales (RTI). Les propositions russes de reprise en main par les Etats du contrôle de l'Internet sur leur territoire ont entre autres suscité de nombreuses protestations.

constituent actuellement une ligne de front importante et un point chaud dans la bataille pour la démocratisation globale⁷².

9. Pour autant, il y aurait quelque naïveté à considérer qu'il suffirait de garantir, avec l'aide du droit, la libération et la sanctuarisation de l'espace public virtuel constitué par les réseaux pour réaliser *ipso facto* les conditions de la démocratie mondiale. Dans un espace public entièrement libéré, tous les intérêts trouvent à s'exprimer et luttent avec les moyens que leur confèrent leur puissance relative, en sorte que cet espace peut être mobilisé à des fins aussi bien de domination que d'émancipation politique. Cela s'est déjà vu dans l'histoire⁷³ et on en connaît des exemples aujourd'hui. Ainsi, les agences de notation, dont les avis font désormais les grands titres de l'actualité, ne sont rien d'autre historiquement et conceptuellement que des organes de presse, qui émettent des opinions sur la solvabilité des débiteurs, qu'il s'agisse d'entreprises, de collectivités publiques ou même d'Etats souverains. Elles jouent cependant, dans leur situation d'oligopole, une fonction de « guide » (à l'instar des guides touristiques si vous voulez), dont les jugements sont massivement suivis par les marchés et les investisseurs institutionnels, souvent sous la contrainte du droit, en manière telle d'imposer, avec la puissance considérable qui procède de cette position de leader d'opinion des intérêts capitalistes, des choix politiques aux Etats, y compris démocratiques, voire aux instances de gouvernance supra- et internationales⁷⁴. Ainsi, l'espace public, le « tribunal de l'opinion publique »⁷⁵ et les instruments de la « contre-démocratie » représentent-ils, dans un environnement global sans souverain, des ressources disponibles mobilisables à des fins diverses et diversement légitimes pour qui sait les saisir et les faire fonctionner.

En l'absence de structures démocratiques au niveau global et même d'un véritable gouvernement, la « lutte pour le droit », qui se déroule sans trêve dans les espaces publics informels et plus largement au sein de la société, ne se trouve pas

⁷² Cet exemple confirme un peu plus l'impossibilité de scinder les questions de droit fondamentaux des questions (politiques) économiques et des questions techniques de fonctionnement et de coordination des réseaux de communication : voir *supra* § 5 notre objection au système habermassien d'institutions cosmopolitiques.

⁷³ On se rapportera sur ce point au maître ouvrage de J. Habermas sur *L'espace public* (Payot, 1997), qui démontre parfaitement, avec un pessimisme qu'il tenait encore à l'époque de l'ancienne génération de l'école de Francfort, cette dialectique de la Publicité, qui peut être dévoyée ou retournée en publicité commerciale ou en propagande. Habermas rappelle d'ailleurs cette ambivalence de l'espace public électronique, à propos de la société civile virtuelle globale, dans *The Divided West*, p. 145.

⁷⁴ Sur cette question, v. B. Frydman, « Le pouvoir normatif des agences de notation » et les autres contributions du colloque *Les agences de notation entre les Etats et les marchés* (Académie royale de Belgique, 26 mars 2012), à paraître chez Larcier. – Pour une excellente étude sur le pouvoir de régulation des agences de notation, voyez l'ouvrage de T. Sinclair, *The New Masters of Capital : American Bond Rating Agencies and the Politics of Creditworthiness*, Cornell U.P., 2005.

⁷⁵ L'expression est empruntée à Jeremy Bentham, qui analyse judicieusement l'opinion publique comme une instance fictive et néanmoins effective, qu'il range au titre des instruments de la « législation indirecte ». Voyez notamment sur ce sujet, le récent essai de G. Tusseau, *La guerre des mots*, Dalloz, col. « Les sens du droit », 2012.

canalisée vers des processus de décision politique organisés et centralisés⁷⁶. Au Centre Perelman, nous étudions, depuis plusieurs années, les conséquences de cette situation dans divers secteurs clés de la globalisation, dans une perspective pragmatique chère à l'École de Bruxelles⁷⁷. Synthétiquement, à défaut d'arbitrage central, on assiste à une prolifération normative anarchique (pannomie), chaque groupe d'intérêts ou porteur de valeurs tendant à produire et à diffuser ses propres normes. La forme de celles-ci diverge d'ailleurs des règles juridiques classiques, privilégiant des codes de conduite, des standards techniques ou encore des indicateurs managériaux. La lutte pour le droit se focalise sur la création, le repérage et la mise sous pression de nouveaux points de contrôle sectoriels (comme les agences de notation pour les marchés financiers), à qui sont attribués ou imposés la responsabilité de faire respecter les standards ou benchmarks qui parviennent à prévaloir, non sans susciter d'après « guerres de normes », et de mettre au point des dispositifs de contrôle. On l'aura compris, ni l'élaboration ni la mise en œuvre de ces normes ne répond en rien aux conditions d'une procédure démocratique, ni ne donne forcément lieu à forme de délibération quelconque⁷⁸. Les rapports de force et de domination, ainsi que l'usage des positions stratégiques, jouent à fond dans cette lutte sans merci. Toutefois, il est possible que, dans ce contexte, un ou des « publics », au sens de John Dewey⁷⁹, se constituent, qui parviennent à transformer l'un ou l'autre de ces points de contrôle en agence publique de gouvernance.

10. Les modalités juridiques d'un contrôle des instances de pouvoir globales ne se limitent donc pas à la revendication d'un statut constitutionnel de la société civile mondiale qui en permette la critique. Elles visent également directement les actes et les décisions des instances de la gouvernance globale desquelles il est réclamé qu'elles rendent compte des pouvoirs et des responsabilités qu'elles exercent. Il s'agit ici de la revendication d' « *accountability* » que la tradition démocratique et juridique,

⁷⁶ Le concept de « lutte pour le droit » a été forgé par R. Jhering, en particulier dans son essai éponyme : *Der Kampf ums Recht*, Vienne 1872, trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marecq Aîné, 1890, et réédition de *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, 2006. Jhering y décrit précisément les institutions étatiques comme celles qui sont en charge d'arbitrer, en édictant et en interprétant le droit, les luttes auxquelles se livrent les groupes d'intérêts pour la reconnaissance et la légitimation de leurs prétentions concurrentes. Ce concept irriguera tout le modèle sociologique du droit au 20ème siècle et notamment les travaux français de l'École de la libre recherche scientifique, mais aussi de Dugué et Hauriou.

⁷⁷ Pour une synthèse des résultats et méthodes du Centre Perelman sur cette question, nous renvoyons à notre récent article « Comment penser le droit global ? » in J.Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (col. « Penser le droit », 2012), pp. 17-48. – Pour en savoir plus sur l'École de Bruxelles, on peut lire : B. Frydman, « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », in in B. Frydman et M. Meyer, *Chaim Perelman (1912-2012) : De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012, pp. 229-246. Voir également le cycle de conférences du Centre Perelman sur *Le droit selon l'École de Bruxelles* (février-mars 2013). Plus généralement, les publications du Centre Perelman sont accessibles sur le site www.philodroit.be.

⁷⁸ Pensons, par exemple, aux standards techniques intégrés dans les dispositifs technologiques qui sont insérés en l'absence de délibération et de consentement des intéressés, voire même à leur insu.

⁷⁹ J. Dewey, *Le public et ses problèmes*, trad. et int. de J. Zask, Gallimard, Folio essais, 2010.

en particulier anglo-saxonne, associe si étroitement à l'exercice d'un mandat public⁸⁰. Cette exigence tend notamment à soumettre, au-delà du principe fondamental de la publicité, les décisions de pouvoir à des contraintes juridiques de validité qui ont pour objet ou pour effet d'en limiter le risque d'arbitraire. Selon certains, de telles contraintes juridiques s'imposent ou devraient s'imposer également aux actes des instances de la gouvernance globale dès lors qu'ils affectent, directement ou indirectement, de manière sérieuse la situation et les droits fondamentaux des personnes. Relève de ce type d'acte pour n'en citer qu'un exemple, la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies dressant et publiant la liste des personnes suspectées de terrorisme⁸¹. Cette thèse est développée de manière particulièrement intéressante, à la suite du juge Sabino Cassese⁸², par l'équipe animée par Benedict Kingsbury à la NYU, sous le nom de « droit administratif global » (*Global Administrative Law* ou *GAL*)⁸³. Cette école propose, sur la base d'une analyse à la fois empirique et normative des pratiques des instances de gouvernance mondiale et régionale, enrichie par la comparaison des traditions nationales des Etats de droit, un catalogue de principes, de règles et de garanties de procédure qui conditionnent ou devraient conditionner la validité des « actes administratifs » de ces instances et dont le respect devrait par conséquent s'imposer à elles ou leur être imposées par des instances de contrôle. En substance, l'« acte administratif global » devrait être rendu par un organe dont la composition et le fonctionnement sont transparents ; il devrait être motivé et susceptible de recours devant une instance juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle ; la décision et sa motivation devraient être rationnelles et proportionnelles, respecter l'égalité et les attentes légitimes. Il s'agit en somme de garantir aux citoyens du monde le respect par les instances de pouvoir supra-étatiques des exigences d'un *due process of law* quant aux actes qui les affectent. Comme l'état de droit (*rule of law*) dans lequel elles s'inscrivent, ces exigences du *due process* ne garantissent pas la participation des citoyens au pouvoir, mais elles participent de cette tradition constitutionnelle libérale de contrôle et de limite du pouvoir par le

⁸⁰ Cette notion n'est traduite que très imparfaitement en français par le terme de « redevabilité » qui ne convoie à peu près rien de la signification du terme original. Si l'exigence de la reddition des comptes est très marquée dans la vie politique anglaise et américaine, son champ d'application est bien plus large puisqu'elle s'étend à l'ensemble des démocraties « protestantes » (notamment en les démocraties scandinaves) et bien plus ancienne puisque l'obligation de rendre compte au terme de son mandat date de la démocratie athénienne, où elle représentait tout sauf une formalité, dans la mesure où elle se déroulait devant une instance judiciaire et que le mandataire répondait de sa gestion sur sa fortune personnelle et sur ces droits civiques (voyez à ce sujet l'ouvrage de M. Hansen, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Belles Lettres, 1993).

⁸¹ B. Kingsbury, N. Krisch et R. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law », in 68 *Law and Contemporary Problems* (2005), p. 32, évoquant les recours introduits devant les juridictions européennes contre les actes de l'Union Européenne appliquant dans l'ordre juridique communautaire les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations-Unies relatives au gel des avoirs des individus et des entités associées au terrorisme international (affaire Kadi).

⁸² S. Cassese, *Au-delà de l'Etat*, Bruylant, 2011.

⁸³ Nous renvoyons en particulier à l'article de B. Kingsbury, N. Krisch et R. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law », in 68 *Law and Contemporary Problems* (2005), 15-61.

droit, qui a précédé et peut-être favorisé, notamment en Angleterre, l'instauration de la démocratie parlementaire⁸⁴.

De manière pragmatique, l'école de New-York ne limite pas le champ d'application de ce « droit administratif global » aux seules autorités officielles (entendez interétatiques) de la gouvernance mondiale, mais l'étend beaucoup plus largement à toutes les instances formelles ou informelles, publiques, privées ou mixtes, qui affectent effectivement la situation et les droits fondamentaux des personnes⁸⁵. Déplaçant l'objectif de manière particulièrement intéressante, Jean-Philippe Robé et ses amis s'interrogent quant à eux, dans une perspective similaire, sur la « constitutionnalisation » des pouvoirs de l'entreprise, en particulier des entreprises transnationales, dont les activités couvrent l'ensemble de la planète et la puissance ainsi que les moyens excèdent souvent celles des Etats petits et même moyens⁸⁶. Si on admet le principe suivant lequel on a autant de responsabilités que de pouvoirs et qu'à ce titre les entreprises sont mises en demeure, sous la pression de l'opinion, d'assumer une forme de responsabilité sociale ou sociétale, en particulier à l'égard des externalités positives et négatives engendrées par leurs activités⁸⁷, alors il apparaît légitime de leur demander d'en rendre compte et de poser aussi à leur égard la revendication de la publicité de leurs décisions et du contrôle de celles-ci, ainsi que de leur mode de gouvernance⁸⁸. On constate ainsi que le passage à l'échelle globale fournit l'occasion de remettre en cause la grande frontière moderne entre le public et le privé, notamment pour redéfinir les organisations qui devraient faire l'objet d'un contrôle politique par les voies du droit.

11. En conclusion, le mouvement actuel de globalisation suscite une crise de la démocratie libérale qui, dans le moment même où son modèle tend à s'imposer comme le seul régime politique légitime voire licite au regard du droit international, menace la survie des démocraties nationales qui, ne pouvant plus régir efficacement des forces qui les dépassent, sont contraintes de transférer l'exercice d'une part toujours plus grande de leurs pouvoirs d'autodétermination, vers des instances de gouvernance généralement dépourvues de tout caractère démocratique. La démocratie

⁸⁴ Le principe en sous-tend déjà la fameuse Grande Charte (*Magna Carta*). – Le constitutionnalisme libéral a pour but de limiter l'arbitraire du pouvoir (Habermas, *The Divided West*, p. 159 et *supra*).

⁸⁵ « The Emergence of GAL », *op. cit.*, p. 20 et s.

⁸⁶ J. Ph. Robé, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système monde », in O. Favereau, A. Hatchuel et B. Roger (dir.), *Formes de la propriété et responsabilités sociales*, Lethielleux, 2012.

⁸⁷ Dans sa *Communication relative à la Responsabilité Sociale des Entreprises : une nouvelle stratégie pour l'Union Européenne (2011-2014)* du 25 octobre 2011 (COM(2011)681), la Commission européenne propose de redéfinir la RSE comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » (p. 7).

à la nouvelle définition de la responsabilité sociale des entreprises récemment adoptée par la Commission européenne

⁸⁸ Sur cette question, de manière approfondie Th. Berns, P.-F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

moderne ne pourrait survivre qu'en renonçant à elle-même, sauf à se réinventer en se transposant à l'échelle globale. L'objectif de réaliser la démocratie par le droit à l'échelle globale paraît cependant extrêmement ambitieux sinon hors de portée. D'une part, la transformation des institutions internationales en une fédération démocratique appuyée notamment sur un parlement mondial relève de l'utopie dans le contexte politique actuel. D'autre part, la réalisation d'une démocratie participative par l'ouverture aux instances de gouvernance de représentants d'organisations de la société civile n'offre pas les garanties d'une véritable démocratisation. Tout au plus peut-on, à ce stade, tenter d'organiser par les moyens du droit les conditions d'un contrôle « pré-démocratique » par l'opinion publique et des organes juridictionnels, des actes et des décisions des instances officielles et officieuses de la gouvernance globale. Cet objectif quoique limité est cependant encore loin d'être atteint à ce jour. En attendant, faute d'être canalisée vers des instances centrales de décision et d'arbitrage, la lutte pour le droit bat son plein, de manière anarchique, au sein de la société mondiale et suscite une abondante production normative, non démocratique et la mise au point de nouveaux dispositifs de contrôle, prétendument apolitiques, qui s'éloignent des règles juridiques pour emprunter des formes souvent plus insidieuses.

Enfin, quand bien même ces difficultés seraient surmontées, certains courants, en particulier ceux que l'on range parmi les « théories du Sud », font valoir que de telles réformes purement formelles, organiques ou procédurales des institutions ne suffiraient pas à réaliser une véritable démocratisation du monde⁸⁹. Une véritable démocratie, font-ils valoir non sans raisons, impliquerait en outre une véritable solidarité entre les habitants et les peuples de cette planète, un partage plus équitable des ressources ou, à tout le moins, la volonté de réduire les énormes inégalités qui subsistent voire s'accroissent. Les idées de partage et d'égalité participent en effet du cœur même de l'idéal démocratique⁹⁰ et, sur le plan historique, l'instauration d'un régime démocratique a souvent été de pair avec une redistribution contrainte des biens fondamentaux⁹¹. Or, de ce point de vue, l'échec de la plupart des Etats à prendre ou à tenir l'engagement de consacrer un misérable 0,7% de leur PIB à l'aide publique aux pays en développement démontre tragiquement à quel point la solidarité et la volonté

⁸⁹ Nous renvoyons en particulier aux travaux de B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense : Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths, 2002 et *The Rise of the Global Left. The World Social Forum and Beyond*, Zed Books, 2006.

⁹⁰ Sur la notion d'égalité à l'origine et au centre de la démocratie, on renverra au très bel ouvrage de M. Detienne, *Les maîtres de vérité en Grèce archaïque*, Maspero, 1967. Voyez également l'ouvrage de R. Dworkin sur le sujet, *La vertu souveraine*, Bruylant, 2007 et P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Seuil, 2011. Kelsen s'inscrit par contre en faux contre cette conception dans le cadre d'un débat avec la démocratie sociale des marxistes, dans son ouvrage sur la démocratie : « C'est en effet l'idée de liberté, et non d'égalité, qui tient la première place dans l'idéologie démocratique. Sans doute, l'idée d'égalité, elle aussi, y entre ; mais elle n'y tient, nous l'avons vu, qu'un rôle tout-à-fait négatif, formel et secondaire » (H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2004, p. 104).

⁹¹ Comme la réforme agraire dans les démocraties antiques ou la vente des biens nationaux lors de la Révolution française.

de partage font aujourd'hui défaut au niveau mondial⁹². Elles ne semblent pas davantage se manifester au niveau européen et il n'est même plus sûr qu'elles existent encore au niveau national. Ce défaut de solidarité n'est peut-être pas le moindre des arguments à l'appui des prophètes de malheur qui nous enseignent que nous serions entrés désormais dans l'ère de la « post-démocratie ».

⁹² Dans le même sens, Habermas qui estime que la solidarité est une ressource rare, qui fait défaut entre les individus et les peuples au niveau mondial, ce qui fait d'ailleurs obstacle à l'institution d'un gouvernement mondial et donc d'une démocratie planétaire (notamment : *The Divided West*, 139).