

Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit

Mireille Delmas-Marty, professeur

COURS : LA REFONDATION DES POUVOIRS¹

L'année 2005 devait être un grand moment dans la construction d'un ordre juridique international : on attendait la consolidation de l'ordre européen avec le traité constitutionnel pour l'Union européenne et on espérait la stabilisation de l'ordre mondial avec la réforme de l'Organisation des Nations unies (Onu), qui célébrait son soixantième anniversaire, et l'achèvement du cycle de Doha, pour fêter les dix ans de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Ce fut un triple échec.

En commentant le gel des négociations à l'OMC, Pascal Lamy souligne que « la mondialisation va plus vite que les moyens de la gérer ». Le constat vaut aussi pour les autres institutions, tant il est vrai que les crises ont d'abord révélé un vide, ou plus exactement une absence de modèle théorique pour se représenter les pratiques liées à l'organisation des pouvoirs. La crise de l'Onu a montré que l'ancien modèle - celui de l'Etat-nation qui réserve le pouvoir politique aux Etats et construit le droit international sur les relations interétatiques - ne fonctionne *plus* ; mais les deux autres exemples ont aussi démontré qu'un modèle alternatif – alter national, voire supra national - n'existe *pas encore* ; un tel modèle n'existe ni dans une région pourtant fortement intégrée depuis une cinquantaine d'années comme l'Europe, ni dans un domaine pourtant assez consensuel comme celui du commerce mondial. En somme nous sommes contraints, à ce moment de l'histoire, de refuser à la fois le repli nationaliste et l'échappée mondialiste. Entre ce qui n'est *plus* et ce qui n'est *pas encore* le chemin reste à baliser ; mais il est déjà éclairé, car le temps des crises est aussi le révélateur des difficultés qu'il faudra résoudre pour en sortir.

Pour que l'Europe trouve un nouvel essor, que l'Onu sorte de l'impuissance et que les négociations reprennent à l'OMC, il serait sans doute nécessaire d'instituer les pouvoirs publics. Ou plutôt de les réinstituer car, pour les rendre opératoires, il ne s'agit pas seulement de reprendre, en la transposant du niveau national au niveau international, la distinction entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Une transformation plus radicale est sans doute nécessaire pour dépasser l'opposition public/privé et mettre en relation les divers acteurs, donc s'intéresser non seulement aux acteurs institutionnels (pouvoirs institués) mais à leurs relations avec les autres acteurs : d'une part les acteurs économiques et civiques (relation pouvoirs/ voulos), d'autre part les acteurs scientifiques (relation pouvoirs / savoirs).

Relier pouvoirs, voulos et savoirs, appelle donc une triple démarche.

Il faut sans doute commencer par *réinstituer les pouvoirs*, au sens traditionnel du terme (exécutif, législatif et judiciaire) car la mondialisation appelle de nouvelles articulations entre compétences internationales et nationales. Mais la refondation passe aussi par un *rééquilibrage des voulos* entre acteurs économiques et acteurs civiques (II), sans pour autant négliger l'importance du *croisement des savoirs* (III).

¹ Le cours complet sera publié en 2007 aux éditions du Seuil, série *Les forces imaginantes du droit*, vol. III.

1. Réinstaurer les pouvoirs

Les candidats ne manquent pas. Bien au contraire, on dirait qu'ils se bousculent pour exercer, à l'échelle mondiale, les pouvoirs du législateur, du gouvernement et du juge. En ces temps d'interdépendance où les frontières deviennent poreuses, au sens physique mais aussi métaphorique, les Etats restent en charge des négociations *internationales* mais bien des questions *transnationales* (communications par l'Internet ou flux financiers), ou d'emblée globales (changement climatique ou biotechnologies), relèvent directement des juges ou des organisations internationales. Entre « gouvernement des juges » et « gouvernance » internationale, le flottement témoigne à la fois de cette surabondance institutionnelle et de l'incertitude juridique et politique qui l'accompagne.

Car à peine esquissée, la nouvelle organisation mondiale des pouvoirs est déjà contestée, tant par les mouvements altermondialistes que par les souverainistes ou même par une partie de l'école libérale américaine qui juge insuffisantes les régulations en place.

Mais les critiques n'ont pas la même portée selon les divers pouvoirs : la montée en puissance des juges comme pilotes de la mondialisation se réalise avec les moyens du bord, sans nécessiter de véritable réforme institutionnelle, les techniques d'interprétation offrant déjà de nombreuses possibilités aux juridictions nationales, tandis que s'affirme progressivement la place des juridictions internationales ; en revanche, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir législatif et exécutif auprès des principales organisations internationales, la masse des projets de réforme restés échoués sur le rivage, contribuant sans doute à nourrir le sentiment de crise, évoque à la façon d'un nouveau Graal, une quête de la « bonne gouvernance ». Au risque de préparer l'avènement de véritables monstres juridiques, dont le « traité établissant une constitution pour l'Europe » nous a donné une première vision, à la fois inquiétante et novatrice.

La montée en puissance des juges

On observe d'abord une intensification des échanges entre juges, facilitée par les nouvelles technologies informatiques et la mise en place de réseaux judiciaires. Ces échanges, spontanés et horizontaux (c'est-à-dire non hiérarchisés), traditionnels entre juges de *common law*, s'étendent désormais aux juges de tradition légaliste, esquissant une sorte de communauté informelle des juges qui accompagne l'internationalisation proprement dite (par extension de compétence au-delà du territoire national), de nature plus ambiguë.

Selon qu'elle vient du droit interne, par le jeu des clauses de compétence extra-territoriale, ou du droit international, sur la base de conventions imposant ou suggérant une compétence universelle, l'internationalisation des juges nationaux exprime tantôt un unilatéralisme à tendance hégémonique tantôt un multilatéralisme à vocation pluraliste, renforcé par un effet d'émancipation et même d'émulation.

L'émancipation est en effet la conséquence de l'applicabilité directe des textes internationaux qui modifient, et parfois neutralisent, le droit interne. Libérés du droit interne au profit d'un droit international directement applicable, dont l'imprécision a pour effet de renforcer leur marge d'interprétation, les juges, notamment en Europe, ont vu ainsi leur champ de compétence s'élargir. Même au Royaume Uni où depuis le *Human Rights Act* (entré en vigueur en 2000), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est devenue d'applicabilité directe, même dans des domaines aussi politiques que la législation d'exception : la Chambre des Lords a ainsi annulé en 2004 le *Terrorism Act* de novembre 2001, sur le seul fondement de la Convention, deux nouvelles lois ayant il est vrai atténué peu après les effets de la décision des juges...

S'ajoute un effet d'émulation qui tient à la concurrence créée par le développement des juridictions internationales et contribue paradoxalement à stimuler l'audace des juges

nationaux : ce n'est sans doute pas un hasard si la position novatrice adoptée par la Chambre des Lords dans *l'affaire Pinochet* remonte (s'agissant de la première décision) au 18 novembre 1998, soit quatre mois après la signature, le 18 juillet, de la convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale (CPI).

Cet ensemble de mutations appelle l'harmonisation progressive des règles nationales, donc un contrôle international car l'harmonisation est rarement spontanée. C'est dire le lien entre l'internationalisation des juges nationaux et le processus, apparemment inverse mais sans doute complémentaire, de « juridictionnalisation » du droit international.

Dans un monde qui reste officiellement conçu sur un mode *international*, le développement de juridictions internationales peut surprendre alors que la souveraineté nationale semble un obstacle incontournable : seuls les Etats ont le pouvoir de créer une juridiction internationale, et ils sont naturellement peu portés à le faire. Et pourtant l'obstacle a bel et bien été contourné, sous la double influence de l'universalisme des droits de l'homme et de la globalisation économique. Et la multiplication des juridictions internationales commence à bouleverser l'organisation des pouvoirs en introduisant une dynamique *transnationale*, et parfois *supranationale*, de l'ordre juridique.

Cette dynamique est renforcée par un phénomène d'autonomisation qui est particulièrement visible dans une région comme l'Europe où les premières juridictions internationales remontent à une cinquantaine d'années et qui pourrait s'étendre à des organes plus récents, comme l'organe d'appel de l'OMC ou la Cour pénale internationale.

Et l'autonomisation suscite des imitations d'une juridiction à l'autre, non seulement entre les juridictions compétentes en matière de droits de l'homme, mais encore en matière économique, par le jeu des échanges « intra-systémiques » entre cours de nature équivalente établies dans des espaces géographiques différents, comme, par exemple, l'Europe (Cour de Luxembourg pour les Communautés européennes), l'Afrique (Cour de Ouagadougou pour l'Union économique et monétaire de l'Afrique de l'ouest) et l'Amérique latine (Cour de Quito pour la Communauté andine).

A terme, c'est tout l'équilibre des pouvoirs qui se trouve remis en cause. A commencer par le pouvoir législatif, déjà concurrencé en droit interne par le rôle accru des juges constitutionnels, et maintenant ébranlé par le droit international, à mesure que progressent l'émancipation des juges nationaux et l'autonomisation des juges internationaux. Non seulement le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie s'est engagé dans un contrôle de la licéité des résolutions du conseil de sécurité de l'Onu pour affirmer sa propre compétence ; mais d'autres juridictions internationales en viennent - notamment en matière de droits de l'homme par le jeu des interprétations autonomes - à imposer des limites de plus en plus étroites à la souveraineté nationale. Tirant argument de la nécessité de résoudre les problèmes pratiques créés par la surcharge de la cour, le président de la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs ouvertement posé la question de son avenir « constitutionnel ».

C'était peut-être aller un peu vite, s'agissant d'un système désormais ouvert, bien au-delà des vingt-cinq membres de l'Union européenne, à plus de 800 millions de personnes relevant d'Etats, parmi lesquels la Russie ou la Turquie, dont les conceptions en termes de démocratie sont fort différentes. Dans un tel contexte, le rôle de la cour de Strasbourg ne peut sans doute être comparé ni à celui d'un juge constitutionnel, ni à un troisième degré de juridiction. Mais les évolutions récentes, et la nature de plus en plus politique des décisions rendues, montrent comment l'exercice d'une fonction juridictionnelle peut se transformer en un véritable pouvoir, préfigurant sans doute, pour d'autres régions mais aussi à l'échelle planétaire, l'apparition d'un futur pouvoir judiciaire mondial.

Déjà très engagée, une telle transformation rend nécessaire la quête d'une gouvernance que l'on espère suffisamment démocratique pour être considérée comme « bonne ».

En quête de la bonne gouvernance

L'objectif n'est ni de transposer le modèle du gouvernement *national* au profit d'une autorité *supranationale*, régionale ou mondiale ; ni de s'en tenir pour autant à une organisation purement *internationale* du monde. Alors on tente de combiner ces différents modèles en créant un bric à brac de dispositifs hétérogènes, instables et évolutifs que l'on nomme gouvernance.

Cet usage du terme remonte, aux lendemains de la chute du mur de Berlin, à la création au sein des Nations Unies d'une Commission sur la gouvernance mondiale (*Global Governance*). Publié en 1995, le rapport abordait la question de la souveraineté des Etats et de la réforme des institutions des Nations Unies de façon assez classique. Qu'il s'agisse de l'équilibre des fonctions ou de l'attribution des compétences, les relations restaient de type *international*. En revanche, à l'échelle européenne, le Livre blanc de la Commission européenne *Gouvernance européenne* (2001) propose cinq principes dits de bonne gouvernance - ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence- qui se combinent aux principes fondateurs de proportionnalité et de subsidiarité pour déterminer le choix du niveau (national, international ou supranational) de la prise de décision: « le modèle 'linéaire' consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un 'cercle vertueux', basé sur l'interaction, les réseaux et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre ».

Interaction, réseaux, niveaux, nous voici apparemment revenus à la recherche d'un pluralisme ordonné. Mais il s'agit de « la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre », autrement dit de l'organisation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Or la méthode décrite évoque moins la séparation des pouvoirs que la mise en relation des différents niveaux de compétence : la participation est prévue « à tous les niveaux », afin de permettre aux gouvernements et aux parlements nationaux de communiquer entre eux, ainsi qu'avec les institutions européennes. Inscrit dans le « traité constitutionnel » européen, ce changement de méthode sous-tend également les autres débats sur le rôle de l'Organisation internationale du travail, l'avenir de l'OMC, ou la réforme de l'Onu.

Du gouvernement à la gouvernance, la séparation des pouvoirs semble marginalisée, ou même neutralisée, par un déséquilibre des fonctions qui est non seulement toléré, mais organisé, par la gouvernance mondiale qui revient en quelque sorte à instituer la dispersion entre les divers niveaux de compétence. La compétence législative est ainsi répartie entre le niveau national (compétence propre des Etats), le niveau international (compétence partagée, par le jeu des instruments négociés de façon horizontale entre gouvernements, tels que déclarations, conventions ou décisions-cadre), et le niveau supranational (compétence attribuée à une organisation internationale qui impose la norme de façon verticale, par résolution du conseil de sécurité de l'Onu, ou en Europe par directive ou règlement communautaire).

D'où l'importance des techniques d'attribution des compétences, dont la plus élaborée est la subsidiarité qui fonctionne un peu comme un variateur : elle porte vers plus d'intégration si les Etats membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union et vers moins d'intégration dans le cas inverse. Inventée dans le cadre national des fédérations, puis adaptée au cadre régional européen, cette technique d'internationalisation souple serait sans doute transposable au niveau mondial.

Mais précisément parce qu'elle est souple, la subsidiarité facilite, à l'interface du politique et du juridique, les jeux de pouvoirs qui surdéterminent les choix. Elle appellerait un contrôle rigoureux, d'autant plus nécessaire que ces jeux de pouvoirs se développent aussi de façon « inter systémique », c'est-à-dire entre des systèmes de nature différente. Des juges européens peuvent être amenés ainsi, par exemple, à examiner la conformité de mesures prises en

application de décisions du conseil de sécurité des Nations Unies, au risque d'en venir à exercer indirectement un contrôle sur la gouvernance mondiale.

Ils pourraient aussi être appelés à arbitrer, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les jeux de pouvoirs entre les Etats-Unis et l'Europe. Notamment dans le domaine des transports où les responsables américains ont obtenu du Conseil et de la Commission, mais contre l'avis du Parlement, un accord sur le traitement et le transfert de données PNR (*Passenger Name Records*) par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure. Conclu sans réciprocité, cet accord dit de « coopération » est contesté devant la Cour de justice des Communautés. Mais quel seront les principes applicables ?

On voit que si la séparation des pouvoirs est inadaptée à l'échelle mondiale, la mise en réseau n'est pas la panacée qui garantirait une « bonne » gouvernance. D'où le retour au premier sens du mot : pour gouverner un navire, il faut une boussole, mais laquelle ?

Si nous nous sentons déboussolés, ce n'est pas que nous manquions de boussole mais peut-être parce que les polarités ont changé à plusieurs reprises depuis la fin de la seconde guerre mondiale : la première bifurcation correspond à l'entrée dans la guerre froide et à la division du monde en deux blocs, qui déplace les priorités vers les questions de sécurité ; la deuxième remonte à l'année 1989, la fin de la guerre froide ayant eu pour effet principal de projeter en avant de la scène la globalisation économique et financière ; mais les attentats du 11 septembre 2001 ont à leur tour modifié la donne, le terrorisme global ayant eu pour effet de « remagnétiser » le pôle sécuritaire, avec cette différence majeure qu'il ne s'agit plus de relations internationales ni de droit de la guerre, mais de droit pénal et de la mise en place d'un dispositif répressif au cœur de la gouvernance mondiale. D'où ce nouveau défi d'une communauté qui se construit sans extérieur, c'est-à-dire sans ennemi commun.

En somme, « réinstaurer les pouvoirs » supposerait l'invention de nouveaux instruments juridiques pour cette gouvernance mondiale qui implique tout à la fois de repenser les fonctions traditionnelles, de rationaliser la dispersion des compétences et finalement de résoudre les tensions en retrouvant une boussole pour s'orienter.

La complexité des dispositifs qui se mettent déjà en place donne à craindre que la raison, même éveillée, n'en vienne à enfanter un monstre.

Faut-il avoir peur des monstres juridiques ?

L'expression est apparue au cours du débat sur le traité établissant une constitution pour l'Union européenne (TCUE). S'agissait-il d'un traité international, d'une constitution ou d'une troisième catégorie : monstre juridique ou espèce nouvelle ? Entre l'effroi de la métamorphose et l'attrait ludique de la nouveauté, on voyait poindre la perplexité des juristes.

Il faut commencer par l'autopsie du monstre pour en apprendre le bon usage. Quel que soit l'avenir de l'Europe, les débats autour du traité constitutionnel auront en effet permis de mieux comprendre les contradictions, les incomplétudes et les incohérences qui caractérisent l'internationalisation du droit :

- les contradictions tiennent tantôt à l'hybridation de catégories apparemment contradictoires comme traité (*international*) et constitution (*supranationale*), tantôt à la création de nouvelles catégories, apparemment incompatibles avec les anciennes (comme gouvernance juxtaposée à gouvernement, ou espace à territoire) ;
- l'incomplétude, par interruption de la chaîne hiérarchique, tient à l'ambiguïté de principes comme la subsidiarité ou la reconnaissance mutuelle des décisions de justice, qui permettent de limiter mais parfois d'imposer l'intégration (le Conseil constitutionnel ne s'y est d'ailleurs pas trompé, dans son avis du 19 nov. 2004, jugeant nécessaire sur ce point, comme sur d'autres clauses « passerelles », la révision de la Constitution française) ;

- quant aux incohérences, elles apparaissent à l'énoncé des objectifs de l'Union (art. I-3 TCUE) tant cette énumération laborieuse mêlait de notions disparates, comme « la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples », un « espace de liberté de sécurité et de justice sans frontières intérieures » et « un grand marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée ». Suivaient, en vrac, le fameux concept « d'économie sociale de marché hautement compétitive », qui est supposé concilier le plein emploi avec le progrès social et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » (art. I-3 §3, al.1) ; puis le combat contre l'exclusion et les discriminations (art. I-3 §3, al.2). Alors seulement apparaissait le mot clé : la solidarité, dans les relations entre les Etats membres et dans les relations avec le reste du monde. De nature à identifier l'Europe, ce principe aurait dû être placé en tête du projet et il aurait fallu montrer pourquoi il s'impose aujourd'hui en Europe et devrait s'imposer à l'ensemble de la planète, demain ou après demain.

Car la solidarité naît de la volonté de transformer cette interdépendance que l'on subit comme une calamité (symbolisée notamment par les délocalisations) en un projet que l'on construit comme un destin commun. Pour construire cette solidarité sans renoncer à la diversité rappelée par la devise « Unie dans la diversité », il ne s'agissait pas de tout simplifier, comme les rédacteurs l'avaient imprudemment promis, mais de pratiquer une pédagogie de la complexité en utilisant les contradictions apparentes pour réduire incomplétudes et incohérences, ce qui aurait supposé un effort d'imagination.

Un effort encore plus nécessaire pour réinstituer les pouvoirs à l'échelle mondiale et trouver des alternatives au tryptique « indépendance / souveraineté / communauté des Etats ». Il est vrai que les tendances actuelles peuvent sembler défavorables à une organisation pluraliste des pouvoirs. En affaiblissant les Etats, l'interdépendance conduirait à la dépendance au profit des pouvoirs exercés de façon hégémonique : hégémonie des marchés, car les Etats sont débordés au sens propre par la globalisation des marchés économiques dont ils peinent à réguler le fonctionnement ; ou hégémonie des superpuissances, quand la doctrine américaine met au premier rang l'intérêt national, jusqu'à rejeter le concept de communauté internationale. Au lieu d'être en marche vers un ordre mondial selon lequel la souveraineté nationale céderait le pas devant l'intérêt collectif, nous irions tout droit vers un tryptique « dépendance/ mondialisation / hégémonie ».

A moins de concevoir un autre type d'organisation que l'on pourrait nommer « interdépendance / mondialité / communauté humaine », sur le modèle kantien. Mais la vision de Kant, si éclairante soit-elle pour concevoir la superposition entre communauté nationale (droit civil), internationale (droit des gens) et supranationale (droit cosmopolitique), n'explique pas comment l'ensemble peut fonctionner dans le monde réel. Car l'organisation en réseaux implique une répartition des fonctions entre ces différents niveaux et les divers secteurs du droit (droits de l'homme, marché, environnement, santé...).

Pour imaginer la répartition entre les niveaux d'organisation institutionnelle, l'internationaliste Georges Scelle avait inventé le concept de « dédoublement fonctionnel »². Mais le dédoublement s'observe aussi dans les sociétés qu'il nommait superétatiques, car les organes spécialisés ne couvrent jamais toutes les fonctions ; en outre il faut désormais intégrer à la construction d'ensemble les organisations régionales, qui se sont multipliées dans des proportions imprévisibles à l'époque.

Il reste aussi à concevoir les articulations entre secteurs, le cloisonnement étant accentué par les pratiques des institutions financières, en particulier les évaluations de la Banque mondiale qui se concentrent sur des variables quantifiables comme le taux de chômage, négligeant des objectifs plus qualitatifs, comme la justice sociale, la protection de l'environnement, ou plus largement l'ensemble des droits fondamentaux, et qui privilégient

² G. Scelle, *Précis du droit des gens*, 1933, rééd. CNRS 1954.

les seuls dispositifs nationaux, au mépris des réseaux internationaux et au risque de contredire d'autres engagements. En méconnaissant la complexité du monde réel, la sectorisation fragilise la cohérence, mais on sait qu'à l'inverse, la complexité affaiblit la complétude qui garantirait la sécurité juridique.

Pour sortir de l'impasse - et réinstituer les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires - il ne suffit ni d'une séparation des pouvoirs à l'évidence dépassée, ni d'une mise en réseaux dont le fonctionnement est incertain et les résultats d'autant plus imprévisibles que la boussole s'affole à chaque nouvelle catastrophe mondiale qui déplace le nord magnétique. Mais il faut écarter aussi, me semble-t-il, la vision linéaire qui ferait de l'extension du standard de l'Etat de droit à l'ensemble des Etats le préalable nécessaire à toute organisation mondiale. Juridiquement incertaine, cette vision est politiquement difficile à réaliser, et d'ailleurs ambiguë si elle sert à légitimer une organisation hégémonique du monde.

Nous avons donc besoin d'un nouveau monstre pour combiner, comme les pratiques tentent déjà de le faire, le standard de l'état de droit avec les réseaux de la gouvernance mondiale. Une telle combinaison nécessite des techniques juridiques qui ne réduisent pas la complexité mais l'organisent. Qu'elles soient inspirées par la mécanique (passerelles, régulateurs, instruments de réglage) ou par la biologie (porosité des systèmes, importance de la membrane qui sépare sans isoler, comme un filtre permettant les échanges), l'essentiel est d'abord de permettre aux réseaux de la gouvernance de fonctionner de façon juridique, c'est-à-dire rigoureuse et prévisible, donc de conjuguer complexité et objectivité.

Il faut donc systématiser dans les réseaux de la gouvernance mondiale l'usage de concepts comme la subsidiarité, conçus comme des passerelles entre niveaux et entre secteurs, mais au risque de favoriser l'instabilité d'ensemble. Indissociable de la complexité, l'instabilité permet d'éviter les monstres sacrés de la dogmatique, mais elle ne garantit pas la cohérence.

Pour renforcer la cohérence, c'est la métaphore biologique qui peut nous guider : à l'image de la membrane qui filtre les échanges entre les cellules vivantes, il faut des dispositifs filtrant les échanges entre les différentes composantes de la gouvernance mondiale. On pourrait considérer comme tels les objectifs communs (comme les huit objectifs du Millenium ou les trois objectifs annoncés par le Secrétaire général de l'Onu dans son rapport pour le soixantième anniversaire Onu) ; ou encore les priorités, qu'elles soient définies par référence au droit international comme le *jus cogens* (normes impératives) ou au langage économique comme les « préférences collectives » ou « biens publics mondiaux ».

En somme, s'il est vrai que la complexité est inhérente au pluralisme, elle appelle une certaine fragmentation des pouvoirs institués entre des niveaux différents (infranational, national et international, régional ou mondial) et leur sectorisation autour d'objets spécifiques (comme le marché, l'environnement ou les droits de l'homme).

En revanche, elle nécessite un renouvellement des techniques juridiques pour favoriser les articulations et les interactions, d'un niveau à l'autre et d'un secteur à l'autre. Façon de réduire le désordre sans garantir la stabilité. On pourrait même dire, de façon à peine provocatrice, que la gouvernance mondiale sera d'autant plus durable qu'elle restera en mouvement, donc instable. D'où l'importance croissante des juges qui tentent de corriger le désordre du monde, par ajustements et réajustements, sans jamais fixer définitivement un ordre mondial qui se substituerait à celui des Etats.

Mais l'état de droit ne peut reposer sur les seuls juges. C'est pourquoi, il ne faut pas avoir peur des monstres juridiques : à défaut d'Etat, donc à défaut de gouvernement et de parlement mondial, l'état de droit devra se combiner avec une gouvernance en réseaux. Mais c'est aussi pourquoi la « refondation » ne peut se limiter aux pouvoirs *stricto sensu*, institués ou réinstitués. Pour que l'information circule dans les réseaux de la gouvernance, elle doit être portée par une volonté collective qui suppose la participation de tous les acteurs, y compris les acteurs privés, économiques ou civiques.

II. Rééquilibrer les vœux

Des pouvoirs aux vœux, les choix des mots n'est pas neutre. Il implique une approche volontariste. Une approche que le Conseil d'Etat inscrit dans la vision républicaine, qu'il oppose à la vision libérale, qualifiée d'utilitariste en ce qu'elle limite l'intérêt général à la somme des intérêts particuliers. Si les deux approches sont présentées comme peu compatibles, c'est qu'elles « ne s'accordent pas sur la place qu'il convient de reconnaître à l'Etat ni sur ce que doit être l'étendue et la nature de son intervention »³.

Et pourtant, le débat semble s'être déplacé avec la construction européenne, puis avec la globalisation. La question n'est plus de choisir entre l'Etat libéral et l'Etat garant de l'intérêt général, mais avant tout de s'interroger sur les conditions d'une « gouvernementalité » hors de l'Etat. Michel Foucault en avait pressenti l'importance⁴ ; en revanche il n'avait pu percevoir le risque, dénoncé par Pierre Bourdieu, que « les Etats remplissent une fonction d'écrans qui empêchent les citoyens voire les dirigeants eux-mêmes, d'apercevoir leur dépossession et de découvrir les lieux et les enjeux d'une vraie politique »⁵. Constatant qu'en Europe les Etats constitueraient « un écran d'illusion politique propre à masquer les vrais lieux de décision », il ne renonçait pas à l'espoir de « rendre l'Europe à la politique ou la politique à l'Europe » et plaidait pour un mouvement social européen et pour la création « d'instances transnationales chargées de contrôler les forces économiques dominantes et de les subordonner à des fins réellement universelles », croyant à la possibilité d'une volonté générale qui pourrait s'exprimer en dehors des Etats.

Mais comment faire émerger cette « volonté générale », sinon en donnant la parole aux acteurs non institutionnels et en conjuguant les volontés particulières qu'ils expriment ? S'il est un constat que personne ne conteste, même si certains le déplorent, c'est que les acteurs publics n'ont pas le monopole de la gouvernance mondiale. Le constat apparaît dès 1995 dans le rapport de l'Onu définissant celle-ci comme « l'ensemble des méthodes par lesquelles les individus et les institutions, publiques et privées, gèrent leurs affaires communes ».

Faut-il pour autant s'en tenir à cette dichotomie « public/privé » ? Ou encore « Etat/société civile » ? On pourrait le croire si l'on se réfère au discours officiel en Europe où la « société civile », envisagée comme un bloc, est courtisée par les institutions soucieuses de renforcer leur légitimité pour répondre au « déficit de démocratie ». Qu'il s'agisse du Livre Blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, ou des initiatives du Parlement européen, on en vient se demander si la société civile n'est pas devenue un enjeu de pouvoir, plutôt qu'un véritable acteur. Pourtant la société civile apparaît fort disparate, y compris dans les institutions comme le Comité économique et social (CES) en Europe, ou le Conseil économique et social à l'Onu, tant les intérêts divergent entre les composantes économiques et les courants sociaux. On séparera donc des acteurs publics, d'une part les acteurs économiques et d'autre part ceux qu'on nommera « civiques » afin de prendre en compte les différences, quant aux intérêts sous-jacents et quant aux pouvoirs de ceux qui les représentent ou les défendent.

³ Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport 1999, n°50.

⁴ M. Foucault, *Dits et écrits*, III, 1976-79, Gallimard, 1994.

⁵ P. Bourdieu, *Contre feux 2*, éd. Raison d'agir, 2001.

La prépondérance des acteurs économiques

Dans les années 60-70, le « droit économique » se donnait pour objectif d'encadrer ces pouvoirs économiques privés, au confluent d'un ordre public de protection (Etat gendarme utilisant interdictions et sanctions) et de direction (Etat providence utilisant réglementation et incitation, afin d'orienter, voire de diriger, l'économie). Mais cette dualité, que l'on retrouvait à la base du droit pénal des affaires, a été remise en cause par les nouvelles pratiques de « régulation », le terme relevant moins d'un ordre « public » que de « la montée d'influence des forces économiques ». Combinée à la sectorisation des marchés, la régulation « pose de sérieux problèmes eu égard au besoin d'une gouvernance globale »⁶. Des problèmes de cohérence, comme on l'a vu, mais aussi des problèmes d'équilibre des pouvoirs, dès lors que la globalisation peut conduire, sinon d'emblée à une régulation sans Etat, du moins à une rupture entre le droit économique interne et international.

D'apparition plus récente, ce dernier a en effet transformé le rôle des frontières nationales: d'imperméables qu'elles étaient pour préserver l'indépendance politique des Etats, les frontières deviennent poreuses pour faciliter la coopération économique. Si le droit économique interne est à la fois de protection et de direction, et le droit international général un droit de protection, le droit international économique, lui, serait un « droit d'expansion »⁷. La conséquence en est qu'au lieu de préserver les Etats, il les fragilise et du même coup marginalise les efforts du droit interne visant à encadrer les pouvoirs privés économiques, qui se trouvent ainsi comme libérés de toute contrainte.

Cette autonomisation s'est faite en plusieurs étapes. L'apparition d'entreprises multinationales (transnationales dans le vocabulaire de l'Onu) n'est pas un phénomène nouveau. Leur définition par le Conseil économique et social (des « sociétés dont le siège social est dans un pays déterminé et qui exercent leurs activités dans un ou plusieurs autres pays, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales qu'elles coordonnent ») renvoie implicitement à la notion d'économie « multinationale » qui avait émergé à partir du début des années soixante, privilégiant les flux d'investissements directs à l'étranger et la mobilité des activités productrices des firmes d'un territoire à l'autre. Une mobilité qui crée en effet une autonomie par rapport au cadre juridique national que les entreprises peuvent choisir au mieux de leurs intérêts.

Mais depuis la fin de la guerre froide la globalisation a favorisé une expansion sans précédent : au cours des années qui ont suivi, les multinationales sont devenues les principaux opérateurs du commerce mondial. A l'économie *internationale*, qui relevait du champ politique et diplomatique, se substitue une économie *multinationale*, le rôle des entreprises étant déterminant dans les transformations de la mondialisation, à tel point qu'elles tendent à supplanter les Etats. Cette économie, dont le caractère global tient d'abord à la prédominance de la dimension financière, s'impose progressivement partout, y compris dans un pays comme la Chine qui continue pourtant à prôner officiellement un « socialisme de marché ».

Le bouleversement affecte aussi le domaine juridique, brouillant la séparation entre droit international privé et public, c'est-à-dire entre les relations microéconomiques (par exemple, le droit de la vente internationale ou des contrats internationaux) et macroéconomiques (par exemple le droit de l'OMC ou celui des investissements). Car dans chacune des deux branches se manifeste la privatisation des pouvoirs : en droit privé avec la *lex mercatoria*, comme en droit public avec l'accès direct des entreprises à la justice internationale, à travers le droit des investissements. En cette matière, les tribunaux arbitraux (dont les sentences sont obligatoires) ne sont plus seulement saisis sur la base des contrats d'Etats. Depuis 1990, ils acceptent aussi les saisines unilatérales des investisseurs : du moment qu'il relève d'un Etat

⁶ G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2005.

⁷ D. Carreau et P. Julliard, *Droit international économique*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2005.

ayant conclu un traité avec l'Etat d'accueil, n'importe quel investisseur privé peut attirer cet Etat devant un tribunal arbitral et le faire condamner. Cet octroi de la personnalité internationale (c'est-à-dire du statut de sujet de droit international) à des acteurs économiques privés, en renforçant leur prépondérance, invite à s'interroger sur la responsabilité qui devrait accompagner un tel transfert de pouvoir.

L'idée que celui qui détient un pouvoir global doit en répondre, si possible à l'échelle globale se heurte pourtant à divers arguments. La crainte des effets pervers d'une responsabilité qui inciterait à « fuir devant le pouvoir afin d'éviter de répondre » semble peu convaincante, confrontée à l'attrait du pouvoir. En revanche la difficulté à imputer la faute dans une organisation aussi complexe que l'entreprise multinationale où la prise de décision relève de plusieurs niveaux dans la chaîne hiérarchique, est un réel problème, en droit civil comme en droit pénal, dès lors que la sanction se veut « punitive ».

Ce problème d'imputabilité de la faute peut expliquer en partie la différence traditionnelle entre d'un côté l'illégalisme des classes populaires, celui des biens (le droit pénal traditionnel, dit « de droit commun », construit autour de la figure du vol et durement réprimé), de l'autre, l'illégalisme des droits, que se réservent les plus nantis (droit pénal économique, pendant longtemps quasi inappliqué). A première vue le constat semble renforcé par la globalisation car les illégalismes, intégrés aux risques du métier, sont d'autant mieux tolérés que la mobilité des entreprises multinationales leur permet de jouer sur les différences d'un pays à l'autre, cette tolérance se traduisant aussi par la préférence donnée à l'autorégulation sur la sanction.

Mais le constat ne correspond qu'à une partie de la réalité car le commerce mondial demande désormais l'égalité entre les concurrents. Le marché s'intéresse donc aux illégalismes des droits qu'il incite à réprimer sévèrement, comme en témoignent quelques procès retentissants, aux Etats Unis ou en Europe. Pour que le jeu se joue à armes égales, il faut en effet réussir à aplanir le terrain. Rien d'étonnant dès lors si le libéralisme, après avoir supprimé les frontières du commerce et favorisé la déréglementation, dissociant l'espace économique du territoire politique, entraîne un durcissement de l'éthique – dont témoigne le projet de « Principes de responsabilité » élaborés par la Sous-commission des droits de l'homme de l'Onu à l'intention des entreprises. Ce durcissement accompagne une internationalisation de la responsabilité.

La voie a été ouverte par des initiatives nationales, principalement aux Etats Unis où les juges peuvent appliquer aux multinationales et à leurs dirigeants de lourdes sanctions pénales (loi *Sarbanes Oxley*, 2002) ou civiles (*Alien Tort Claims Act*, 1789, redécouvert depuis une vingtaine d'années), pour des comportements commis à l'étranger. Cette voie pourrait conduire à une future responsabilité universelle, à condition de renforcer le lien avec l'éthique en s'inspirant du projet de l'Onu. En attendant de combiner ainsi *soft law* internationale et *hard law* interne, elle reste unilatérale. D'où l'intérêt d'une responsabilité mieux encadrée par des conventions multilatérales (par ex. en matière de corruption).

Face à cette extension de leur responsabilité, la stratégie des opérateurs économiques ne consiste pas à nier la nécessité d'unifier les normes - bien au contraire, ils plaident eux-mêmes en faveur de normes unifiées sur la corruption -, mais ils considèrent « illusoire » de supposer qu'un contrôle pourrait avoir une quelconque efficacité à long terme si les entreprises n'en acceptent pas le principe et ne coopèrent pas explicitement. D'où la proposition d'associer les opérateurs économiques à l'exercice du pouvoir législatif, exécutif et pourquoi pas judiciaire. En l'absence d'institutions supra étatiques représentant la volonté générale à l'échelle mondiale, la proposition n'est pas absurde, mais un tel partenariat, qu'il faut bien considérer comme un partage de souveraineté, est de nature à instrumentaliser la responsabilité qui risque de devenir un moyen de pression pour assurer aux plus puissants la domination du marché. De la prépondérance des acteurs économiques, on glisserait vers celle du système économique, voire au « totalitarisme de l'économie ». A moins de trouver une méthode pour

organiser le partenariat en combinant les garanties de l'état de droit (légalité, garantie judiciaire ou juridictionnelle, respect des droits fondamentaux) à la souplesse des réseaux de la gouvernance organisant l'exercice des pouvoirs.

Encore faut-il, pour qu'il s'agisse d'une gouvernance démocratique, que les acteurs civils ou civiques soient eux aussi représentés, afin d'ouvrir la voie d'un véritable rééquilibrage.

L'émergence des acteurs civiques

On ne devient pas « citoyen », ou plus largement « acteur civique », par la seule volonté des pouvoirs institués. Bien au contraire, il a fallu conquérir de haute lutte un pouvoir qu'aucun Etat n'était spontanément disposé à reconnaître. Dans la sphère internationale, la conquête est encore plus lente. Les droits d'association et de réunion sont consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme et les pactes de l'Onu, mais le statut de sujet de droit international est réservé aux Etats, ou à titre exceptionnel aux investisseurs privés. Certes la Charte de l'Onu prévoit que le Conseil économique et social peut consulter des organisations non gouvernementales (ONG), mais il s'agit d'un rôle potentiel plus que d'un statut formel et la citoyenneté mondiale reste à construire. Une tâche difficile, car à la différence des acteurs économiques qui sont soutenus par les Etats, les acteurs civiques, qui sont souvent perçus – et se perçoivent parfois eux-mêmes – comme leurs adversaires, revendiquant, au nom de l'intérêt général mondial, une stratégie d'auto-légitimation, ou d'auto-institution, qui se substituerait à celle d'auto-limitation.

Tout le problème est là car en s'instituant représentants de l'intérêt général en dehors de toute procédure d'investiture démocratique, les ONG risquent de se voir accusées d'imposture, d'autant qu'elles s'organisent de façon diversifiée et hétérogène. Si les syndicats ne jouent encore qu'un rôle modeste à l'échelle mondiale, en revanche les ONG proprement dites, se sont internationalisées selon un processus de croissance qui ressemble à celui des entreprises multinationales, la carte géographique de leurs sièges correspondant à celle des multinationales, à tel point qu'on les nomme parfois « multinationales du cœur ».

Pour éviter à la fois la sacralisation et la diabolisation, il faudrait, à défaut de parlement mondial, définir un cadre juridique assez souple pour ne pas réduire l'inventivité, mais assez précis pour promouvoir des formes nouvelles de démocratie, sinon représentative, du moins participative, voire délibérative. En somme il s'agirait de construire un espace public mondial, ce qui suppose le respect de critères en effet démocratiques, comme l'indépendance, la représentativité et la légitimité.

L'indépendance renvoie à la question des financements et à celle des origines. A mesure que les acteurs civiques s'engagent dans de nouveaux types de partenariats - avec les Etats, les organisations internationales, régionales ou même interrégionales (rôle des ONG dans les accords de Cotonou signés en 2002 entre l'UE et les pays ACP, Afrique, Caraïbes, Pacifique), et parfois même avec les acteurs économiques (*Global Compact*)-, il devient tentant, pour les gouvernements ou les entreprises de développer leur influence à travers des associations qui servent en réalité leurs intérêts, au risque d'affaiblir la crédibilité des ONG. D'où la nécessité d'une charte déontologique mondiale, du type de celles qui se sont multipliées dans les pays occidentaux depuis les années 90, la formule permettant aussi d'aborder les autres critères de la représentativité et de la légitimité.

S'il est vrai que la représentativité se mesure moins au nombre d'adhérents qu'à la diversité de l'assise géographique, sociale et culturelle des acteurs civiques, le chemin pour parvenir à une véritable représentativité est long. Il peut passer notamment par l'extension progressive d'une organisation d'abord nationale (comme *Oxfam*, *Amnesty International*, *MSF*, ou le *Mouvement International d'ATD Quart monde*), ou par la construction de

fédérations et coalitions (géographiques ou thématiques), qui devraient permettre de corriger l'actuelle prédominance des ONG occidentales.

La question de la légitimité n'en est que plus complexe, au carrefour de trois sphères : la légalité (le droit), l'efficacité (la force), et la moralité (le « bien » avec toute l'ambiguïté d'une définition qui renvoie à l'éthique). Selon les divers recoupements possibles, l'action humanitaire s'inscrit dans plusieurs configurations, telles que l'action *gagnante*, la seule qui réunirait les trois sphères, ou encore, selon les sphères privilégiées, l'action *légaliste*, *dissidente*, ou *franc-tireur*⁸.

Encore faut-il apprécier les trois critères en fonction de la fonction exercée. Leur pondération ne sera pas la même selon qu'il s'agit de participer à la fonction judiciaire, ou plus largement juridictionnelle, ou de ces activités très diverses, des campagnes d'opinion à la contribution aux négociations, qui commandent la participation à la fonction législative.

La participation à la fonction juridictionnelle n'est pas admise par la Cour internationale de justice (CIJ), pourtant la seule juridiction universelle à compétence générale. En revanche les ONG « s'invitent » parfois dans les procès, devant les juges nationaux ou devant des juridictions internationales spéciales. L'objectif, tel qu'on le perçoit notamment devant les juridictions des droits de l'homme, est de défendre (outre leurs intérêts personnels, comme un individu ordinaire) soit les intérêts des victimes, soit l'intérêt général au sens le plus large. On retrouve ici le débat entre défense des droits et défense du droit.

Les exemples ne manquent pas : on sait qu'*Amnesty International* et *Human Rights Watch* sont intervenus à de multiples reprises auprès de juridictions comme la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*, la Cour européenne des droits de l'homme ou les tribunaux pénaux internationaux ; la Fédération internationale des droits de l'homme est à l'origine de la première décision de la Cour pénale internationale sur le rôle des victimes. Au delà du droit humanitaire et des droits de l'homme élargis à la lutte contre la pauvreté (création du *mouvement international d'ATD Quart monde* en 1974), les acteurs civiques contribuent désormais aussi à la recherche d'une cohérence entre commerce mondial et droits de l'homme, s'opposant non seulement aux Etats mais encore aux entreprises multinationales, par exemple dans le débat autour des médicaments génériques et du système des brevets.

Quant à la participation des ONG à l'élaboration de normes internationales (fonction législative au sens large), on sait comment Henri Dunant, bouleversé par le spectacle du champ de bataille de Solferino (1859), décida de créer le *Comité international de la Croix Rouge (CICR)* qui contribuera à l'élaboration de tout un droit humanitaire, dit de Genève pour le distinguer du droit de la guerre élaboré par les seuls Etats. Désormais bien d'autres domaines sont concernés, qu'il s'agisse des droits de l'homme, y compris les droits économiques, sociaux et culturels, du droit pénal international ou de la protection de l'environnement et des exemples bien connus illustrent le succès législatif des ONG, tels le rôle d'*Amnesty International* dans l'adoption de la convention de l'Onu contre la torture, ou celui de la fédération d'ONG constituée pour la création de la CPI (convention de Rome, 18 juillet 1998).

Mais l'un des plus frappants, car il vise directement la souveraineté des Etats, est celui de l'interdiction des mines antipersonnel (convention d'Ottawa, 3 déc. 1997). Alors que le problème semblait insoluble, il aura fallu à peine plus d'un an pour l'élaboration du texte et moins d'un an et demi entre la signature (1^{er} déc. 1997) et l'entrée en vigueur (1^{er} mars 1999) : un appel à l'émotion, combiné à de solides compétences juridiques et scientifiques et à une conception politique intransigeante (un texte indérogeable imposant l'interdiction totale), a réussi au delà de tout espoir. Comme par une étonnante alchimie entre le « savoir-faire » qui consiste en un professionnalisme que l'on commence à nommer, de façon un peu

⁸ E. Goemare et F. Ost, *Humanité, humanitaire*, Fac. univ. St Louis, 1998, p. 128

provocatrice, diplomatie non gouvernementale, et un « faire-savoir » qui permet à un moment donné de cristalliser les opinions publiques. Il reste à dégager les conditions auxquelles la recette serait transposable.

Qu'il s'agisse de faire-savoir ou de savoir-faire, la question des savoirs est désormais au cœur de la nouvelle gouvernance mondiale.

III. Au croisement des savoirs

Pourquoi associer les savoirs à la refondation des pouvoirs ? A première vue tout les sépare : d'un côté l'objectivité et le doute scientifique, de l'autre la subjectivité et les certitudes politiques ; d'un côté la vérité scientifique vérifiable, de l'autre l'adhésion à des valeurs non démontrables, à commencer par les droits de l'homme proclamés selon le préambule de la DUDH comme un acte de foi : « les peuples des Nations unies proclament leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme ».

Entre pouvoirs et savoirs il y aurait le même rapport de « continuité-discontinuité » qu'entre l'évolution de la vie et le passage à la norme, morale ou éthique : « La vie nous a laissés au milieu du gué, écrivait Paul Ricoeur dans son dialogue avec Jean-Pierre Changeux, sans nous donner de règles pour faire prévaloir la paix par rapport à la guerre, par rapport à la violence »⁹. La réponse du scientifique est que le savoir pourrait contribuer à des réinterprétations et des réappropriations car « le chercheur n'avance pas masqué. Il prend le risque de se tromper. Les modèles scientifiques sont soumis au verdict des faits et jugés par les faits ». Dès lors, demande JP. Changeux, « pourquoi ne pas réactualiser l'unité de la substance spinoziste à partir des connaissances d'aujourd'hui ? » A quoi P. Ricoeur rétorque « votre plaidoyer très popperien pour la modélisation et la vérification-réfutation, je le tiens pour irréfutable dans le domaine qui est le vôtre. Mais ce discours ne nous rapproche pas d'un pouce de ce que serait une réactualisation de la substance spinoziste [...] On retrouve le problème de la continuité-discontinuité ». On le retrouve plus encore dans la relation entre savoir et pouvoir politique. La discontinuité demeure apparemment infranchissable entre ce qui est et ce qui doit être, et pourtant la continuité serait plus que jamais nécessaire depuis que nous avons renoncé à nous protéger des dangers qui menacent nos sociétés par les seules pratiques religieuses et magiques, préférant la recherche scientifique des causes et l'approche technologique des solutions.

Prenons l'exemple des changements climatiques. C'est à partir des années 70 que le problème de l'action potentielle des activités humaines sur le climat commence à préoccuper les scientifiques. Convaincue de l'ampleur du problème, la communauté scientifique internationale s'organise alors de façon plus rapide et plus efficace que la communauté politique. Dès 1979, l'Organisation météorologique mondiale (OMM) lance un programme de recherche sur le climat (PMRC) et s'attachera à partir de 1986 à l'étude des interactions entre climat et environnement, tout en traitant de la dimension humaine du changement climatique et de la biodiversité. Le Groupement d'experts intergouvernemental sur le changement climatique (GIEC) est créé en 1988 sous les auspices de l'OMM et du PNUE (programme des Nations unies pour le développement) et devient une courroie de transmission entre les décideurs politiques et la communauté des scientifiques intéressés à l'évolution du climat qui participeront à l'élaboration, puis au suivi, du protocole de Kyoto.

On sait que rien n'est encore résolu et que l'après Kyoto reste à négocier. Du moins avons-nous une illustration des interrogations nées de cette mondialisation des experts face à des pouvoirs qui restent organisés pour l'essentiel au niveau étatique, laissant ouverte la question d'une gouvernance mondiale qui appellerait aussi la démocratisation des savoirs.

⁹ J.-P. Changeux et P. Ricoeur, *Ce qui nous fait penser, La nature et la règle*, éd. Odile Jacob, 1998.

La mondialisation des experts

A mesure que les sociétés deviennent « sociétés du savoir »¹⁰, apparaît un nouveau type d'expertise qui entraîne des modifications dans l'exercice des trois pouvoirs institutionnels (le pouvoir judiciaire en première ligne, mais aussi l'exécutif et le législatif), y compris à l'échelle internationale où apparaît une « expertise mondiale de gouvernance », qui contribue à la gouvernance sans se confondre avec elle. Elle apparaît d'abord en Europe, avec les nouvelles Agences indépendantes, chargées de la veille et de l'évaluation des risques dans des secteurs allant de la sécurité aérienne et maritime à la sécurité alimentaire, en passant par l'environnement et les médicaments. Selon le Sénat, ces pratiques contiendraient en germe « le risque d'un déplacement du curseur du pouvoir de décision du politique vers le scientifique », conduisant à une « déresponsabilisation du politique au profit de l'expert », posant la question « du contrôle démocratique du véritable décideur public »¹¹.

Or le phénomène est devenu mondial : outre le GIEC, de nouveaux organes sont chargés de normes techniques, comme le *Codex alimentarius*, organe intergouvernemental qui confie l'élaboration des normes alimentaires à cinq structures d'experts. Créé en 1962 sous la double égide de la *Food and Agriculture Organisation* (FAO) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le *Codex* comprend plus de 200 normes visant des aliments ou des groupes d'aliments, dont la nature juridique est devenue quasi législative à partir de la création de l'OMC (1995), du fait que certains accords OMC renvoient aux normes techniques. Même si l'Organe d'appel refuse d'en faire des normes contraignantes, ce renvoi introduit déjà, entre l'incitation et l'obligation, la notion intermédiaire de recommandation.

Il serait excessif d'en conclure à une « déresponsabilisation du politique au profit de l'expert », car les questions les plus sensibles, comme l'étiquetage des OGM, restent du domaine politique. A lui seul, le savoir ne produit pas les décisions qui déterminent le devenir historique des sociétés. Et pourtant, face aux problèmes globaux, l'expertise interdisciplinaire, au croisement d'études scientifiques, mais aussi juridiques, économiques, sociales, culturelles, serait nécessaire pour élaborer des réponses non pas uniformes mais « contextualisées », c'est-à-dire adaptées aux divers contextes, locaux, nationaux ou régionaux. Placée au croisement des savoirs, l'expertise pourrait ainsi contribuer à rationaliser la reconnaissance des marges dans l'espace (marges nationales) et dans le temps (vitesses différenciées).

A condition de transposer le tryptique « indépendance, contradiction, objectivité » de l'expertise nationale judiciaire à l'expertise mondiale de gouvernance, en ajoutant la compétence, qui est la raison d'être de l'expertise, et le pluralisme qui permettrait précisément d'intégrer les spécificités géographiques, économiques et culturelles à la mondialisation.

En Europe, la situation a évolué en ce sens dans certains secteurs comme les médicaments où les directives européennes renforcent l'indépendance, qui est également à l'origine de la création des Agences européennes, en imposant aux experts une déclaration d'intérêts. A l'échelle mondiale, la nouvelle procédure de sélection des experts, mise en place par la FAO et l'OMC tient compte de la formation scientifique, des conflits d'intérêts et de la représentation de toutes les régions du monde ainsi que de la parité hommes/femmes.

L'amélioration ainsi amorcée des qualités de l'expertise rend possible un futur statut mondial de l'expert autour de principes directeurs, comme la liberté de la recherche et la liberté d'expression du chercheur, qui s'inscrivent déjà dans divers textes, nationaux et internationaux. Il reste que la tension entre la liberté d'expression du chercheur (le « droit de parler ») et les obligations de confidentialité (le « devoir de se taire ») qui lui sont de plus en plus souvent imposées, qu'il s'agisse de la protection du secret professionnel, ou de

¹⁰ *Vers les sociétés du savoir*, Unesco, 2005.

¹¹ *Les agences européennes : l'expert et le politique*, rapport n° 58, Sénat 2005.

l'interdiction de la diffamation, voire du dénigrement fautif, appellerait à mieux préciser les articulations, en droit interne et international, entre liberté et responsabilité.

Mais le souci d'informer le public suggère aussi un lien entre la mondialisation des experts et une « démocratisation des savoirs » qui impliquerait - sinon la transparence totale, qui n'est sans doute ni possible, ni souhaitable -, du moins une réflexion sur l'accès au savoir et le partage des savoirs.

La démocratisation des savoirs

Si tout être humain est désormais « citoyen actif » à partir de sa majorité, la démocratisation reste un processus inachevé. En même temps qu'elle s'internationalise par addition (on est citoyen de sa ville et de son pays, mais aussi citoyen européen, citoyen du monde), la citoyenneté se transforme par multiplication : d'active, elle devient *interactive*, préparant le passage de la démocratie représentative à des formes participatives et délibératives.

C'est ainsi que savoirs et pouvoirs sont liés. L'accès aux savoirs commande le bon usage de la démocratie représentative, mais le droit à l'information stimulé par l'apparition d'Internet favorise la forme participative. Du débat public au débat en ligne, les réseaux de pouvoirs sont déjà débordés par le pouvoir des réseaux numériques qui rassemblent sans hiérarchie divers acteurs sociaux.

C'est moins pour des raisons idéologiques que par la force des choses que la numérisation semble vouée à remettre en cause non seulement la règle de droit, mais aussi l'organisation des pouvoirs. Impossible à localiser, car il se trouve partout à la fois, l'Internet échappe à la règle étatique qui suppose un cadre spatio-temporel délimité et stable. Chaque usager étant à la fois émetteur et récepteur, l'Internet apparaît impossible à gouverner selon les voies traditionnelles, l'expression de « gouvernance Internet » exprimant, par delà cette impossibilité, la recherche d'alternatives acceptables, au plan national mais aussi global.

Car la réflexion est devenue globale avec le Sommet mondial sur la société de l'information (Genève, 2003). Le plan d'action proposé à Genève définissait « des cibles indicatives » pour améliorer la connectivité et l'accès aux technologies de l'information et de la communication et proposait la création d'un Fonds de solidarité numérique. Situait la coopération entre les Etats et le secteur privé dans le cadre de l'Onu, et non de l'OMC, ce plan d'action confiait au Secrétaire général lui-même la tâche de créer un groupe de travail sur « la gouvernance Internet », selon un processus « ouvert et inclusif » faisant intervenir dans un multi-partenariat les organisations intergouvernementales et internationales ainsi que les acteurs économiques et civiques. Repris à Tunis en 2005 dans une perspective plus politique qui tient compte de la diversité des partenaires et des intérêts qu'ils défendent, amorçant un nouveau « discours sur la société de l'information », le débat reste inachevé, notamment en raison de la forte opposition des Etats-Unis qui tiennent à conserver leur maîtrise initiale.

Il reste à savoir comment cette interactivité entre individus qui caractérise l'information sur l'Internet peut garantir une véritable démocratie informationnelle, avec les critères d'indépendance et d'impartialité que cela suppose, alors que les risques de manipulation, de désinformation, voire d'informations à des fins criminelles, se développent au même rythme que les effets positifs.

La question de la gouvernance est également posée en termes de partage des savoirs. Le partage appellerait en effet un aménagement des droits de propriété intellectuelle, comprenant la limitation des droits existants au profit de biens non exclusifs, considérés comme « biens communs », ainsi que la promotion de nouveaux droits pour protéger, à travers les savoirs traditionnels, la biodiversité et les identités culturelles. L'objectif sera d'autant plus difficile à atteindre que l'application de la propriété intellectuelle au vivant implique une vision des

rappports à la nature sans doute différente entre les anciens droits de propriété intellectuelle et les nouveaux.

Du croisement des savoirs, on en vient au dialogue des cultures. Désormais affirmé avec force par le droit international (Déclaration, puis Convention « sur la protection et la promotion de la diversité culturelle », Unesco 2001 et 2005), le principe de diversité culturelle marque une évolution qui accompagne le passage de la société d'information vers « les sociétés du savoir ». Refusant de privilégier un modèle unique de la connaissance, qui s'imposerait du nord au sud, et reconnaissant « l'importance des savoirs traditionnels, en tant que source de richesse immatérielle et matérielle », la convention Unesco constate que les processus de mondialisation, facilités par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication, créent « les conditions inédites d'une interaction entre les cultures, représentant un défi pour la diversité culturelle, notamment au regard des risques de déséquilibre entre pays riches et pauvres ».

Pour que la diversité survive aux interdépendances toujours plus étroites, il faudrait considérer la traduction non seulement comme un outil linguistique, mais aussi comme un « paradigme politique », pour reprendre une expression que François Ost¹² propose d'emprunter à Paul Ricoeur, évoquant aussi le miracle de la traduction qui crée « de la ressemblance là où il ne semblait y avoir que de la pluralité »¹³. Loin de faire disparaître la diversité, la traduction, médiateur entre diversité culturelle et universalisme du savoir, contribuerait à « construire les désaccords ». En ce sens elle deviendrait « paradigme politique ».

Conclusion : vers une trilogie Savoir/Vouloir/Pouvoir ?

Dans un monde idéal, les savoirs inspireraient les vouloirs, en incitant à rationaliser les choix, et les vouloirs inspireraient à leur tour les pouvoirs en les organisant et en les légitimant, au lieu des phénomènes d'autoreproduction et d'autolégitimation trop souvent observables. Dans le monde réel, la violence des conflits et l'intensité des blocages incitent à plus de réalisme. Trilogie donc, plutôt que triangle, pour marquer cette combinaison de logiques différentes déterminant des formes instables qui ont en commun d'inclure tous les acteurs, institutionnels et non institutionnels. Mais l'instabilité n'exclut pas la recherche de nouvelles fondations.

Certains proposent un contrat mondial. La difficulté est qu'il s'agirait d'un contrat à la fois « multidimensionnel », pour relier acteurs et institutions de façon différente d'un niveau à l'autre, d'un secteur à l'autre, et « total », ayant nécessairement vocation à inclure tous les acteurs. En ces temps de terrorisme international, l'ennemi se trouverait donc dans la communauté, et non au dehors, identifié dès lors à chacun d'entre nous. Du contrat mondial total, on glisserait aisément vers un totalitarisme généralisé dont on perçoit déjà quelques signes avant-coureurs.

C'est pourquoi la refondation des pouvoirs ne peut se passer du droit. Qu'il s'agisse d'ordonner les interactions qui sous-tendent un contrat multidimensionnel, ou de poser des limites aux dérives sécuritaires d'un contrat social total, elle implique la construction d'un état de droit à l'échelle mondiale. Ce nouveau « monstre juridique » ne pouvant être engendré que par hybridation des méthodes de la gouvernance et de l'état de droit, empruntant à l'une l'art de co/ordonner - c'est-à-dire d'organiser les interactions entre les acteurs étatiques et non étatiques (économiques, civiques, scientifiques) qui participent à l'exercice des pouvoirs - et à l'autre celui plus difficile encore de sub/ordonner les pouvoirs aux droits fondamentaux.

¹² F. Ost, « Les détours de Babel, La traduction comme paradigme politique », conférences Collège de France, 2006.

¹³ P. Ricoeur, « Projet universel et multiplicité des héritages », *Entretiens du XXIème siècle*, Unesco 2004.

Sans oublier que l'état de droit, comme le contrat mondial, conditionnés par le renouvellement du formalisme juridique placé sous le signe du « pluralisme ordonné », appelleraient à leur tour une refondation plus large, à la fois civique, juridique et philosophique (politique au sens le plus complet), autour d'une communauté de valeurs, dont il restera à explorer les conditions de possibilité.