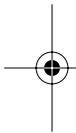


VERS UN DROIT POSTNATIONAL ? UN COURT ESSAI SUR LE DROIT COSMOPOLITIQUE COMME MODÈLE DE GOUVERNANCE GLOBALE



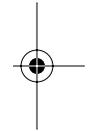
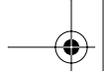
Karim BENYEKHLEF*

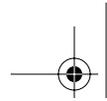
INTRODUCTION.....	909
I. UNE INTRODUCTION AU COSMOPOLITISME.....	915
II. LE DROIT COSMOPOLITIQUE	922
A. Conceptions du droit cosmopolitique.....	923
B. Universalisme et multiculturalisme.....	928
C. Contenu du droit cosmopolitique (Principes fondamentaux).....	932
D. Distinction avec le droit constitutionnel et le droit international.....	938
E. Institutionnalisation du droit cosmopolitique.....	945
F. Droit européen.....	951
G. Normes alternatives.....	954
H. Nouvelle souveraineté.....	955
III. LA DOGMATIQUE NATIONALE.....	962
A. Nationalisme méthodologique	963
B. Optique nationale.....	967
C. Sur la légitimité de l'action cosmopolitique	969
CONCLUSION.....	975



* Directeur du Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur remercie le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour son soutien financier dans la rédaction de cet article. Cet article est en partie tiré d'un ouvrage intitulé *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, à paraître aux Éditions Thémis.







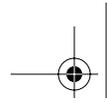
La doctrine politique, sociologique et juridique des quinze dernières années a souligné, à l'envi, avec parfois un certain excès d'enthousiasme, la naissance d'une ère postnationale, c'est-à-dire, en fait, la fin du modèle de l'État-nation tel que celui-ci se déploie en Occident d'abord depuis le XVIII^e siècle environ. Ce modèle contingent ne semble plus répondre aux multiples défis qui confrontent l'humanité et que constituent, parmi tant d'autres, l'environnement, la criminalité et le terrorisme, la régulation de la finance et du commerce international. À cet enthousiasme font écho une obstination du modèle et une croyance impérissable en la nation et en l'État avec lequel elle a fini par se confondre. Quoi qu'il en soit, il faut bien reconnaître que les signes d'un lent dépérissement du modèle de l'État-nation se vérifient dans l'examen et l'analyse des interdépendances nationales, de l'émergence de normativités anationales sous-tendant une activité débordante d'une société civile transnationale et de l'affirmation croissante du rôle des organisations internationales dans la gouvernance globale. Sans parler des travaux des organes gouvernementaux (commissions de valeurs mobilières, banques centrales, tribunaux, etc.) qui se constituent en réseaux transgouvernementaux et dont l'influence normative est loin d'être négligeable¹. Bref, au plan juridique, la souveraineté de l'État, qui doit lui assurer, selon la théorie, un monopole normatif indépassable – l'État seul dit le droit – se heurte aux réalités contemporaines qui semblent se concrétiser par une diffusion progressive des capacités de dire la norme, par un pluralisme de plus en plus affirmé.



On observe également que la distinction méthodologique entre les dimensions interne *et* externe de la souveraineté devient de plus en plus difficile à maintenir au regard de l'interpénétration de celles-ci provoquée par des phénomènes bien évidemment insensibles aux frontières. Les phénomènes, comme les droits de la personne, l'environnement, le commerce ou les objectifs de non-prolifération des armes de destruction massive, ont une tendance à oblitérer la

¹ Sur ce thème, lire notamment Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

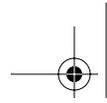
distinction entre l'interne et l'externe. En effet, les normes, explicitant ces phénomènes, sont souvent le produit d'un effort international d'élaboration, leur mise en œuvre et leur application le fruit d'une action nationale et leur sanction, parfois nationale, tantôt internationale. Il y a un mouvement de va-et-vient entre les scènes nationale et internationale qui rend ardu le maintien d'une distinction à tout prix. Une interaction se dessine ainsi entre les normativités, l'une faisant écho à l'autre. La gouvernance globale se signale justement par cette influence et cette interaction des sphères locale, nationale et régionale dans la conception des prises de décision².

La souveraineté, théorisée d'abord par Jean Bodin et depuis reprise comme une antienne fondatrice de l'État westphalien moderne, demande une reformulation si elle entend demeurer un concept opérant dans les champs normatif et politique. Voilà un vaste chantier. Un des éléments de celui-ci est sans doute la mise au point d'un modèle de gouvernance des affaires humaines. Sa nature est nécessairement globale au regard des phénomènes contemporains de la mondialisation. Comment assurer une normativité globale, c'est-à-dire transcendant les droits national et international, dans un univers marqué par la territorialité de la norme, la nationalité du droit ? Il existe bien évidemment plusieurs modèles de gouvernance globale qui pourraient être proposés avec plus ou moins de succès. Avant d'évoquer le cosmopolitisme comme possible modèle, il n'est pas inutile de dire quelques mots sur la notion de gouvernance globale.

La gouvernance se veut d'abord une recherche de nouvelles techniques de gouvernement. La gouvernance a d'abord fait surface dans le monde de l'entreprise (*corporate governance*) pour ensuite être *récupérée* par la Banque mondiale au début des années 90 qui lui a alors accolé le qualificatif de bonne (*good*) pour donner la

² André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 236 et 237.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

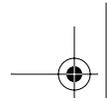
« bonne gouvernance » (*good governance*)³. La fin de la guerre froide, les changements politiques en Europe de l'Est, le triomphe de l'économie de marché sont autant de facteurs qui ont créé un climat propice à l'éclosion de ce nouveau paradigme du développement. L'échec des programmes d'ajustement structurel de la Banque mondiale a aussi contribué à cette éclosion: la stabilisation et l'ajustement structurel étaient considérés comme de « pure(s) technique(s) économique(s) »⁴, ignorant volontairement toute dimension politique et menant ainsi à une impasse. La Banque reconnaît son erreur dans son étude de 1989, introduisant la notion de bonne gouvernance, puisque celle-ci suppose que l'exigence d'ajustement des économies ne peut se réaliser que par la prise en compte d'un ensemble de facteurs *non économiques*, au sens strict du terme. La bonne gouvernance apparaît alors comme un préalable à un développement économique durable. La Banque mondiale identifie trois objectifs fondamentaux de la bonne gouvernance : une fonction publique efficace, un système judiciaire fiable et une administration comptable de ses actes envers la population (imputabilité)⁵.

³ BANQUE MONDIALE, *L'Afrique subsaharienne. De la crise à une croissance durable. Étude de prospective à long terme*, Washington, DC, 1989 (en anglais : *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long Term Study*, Washington, DC, 1989). Sur la « corporate governance », lire entre autres : Robert A. G. MONKS et Nell MINOW, *Corporate Governance*, 3^e éd., Oxford, Blackwell Business, 2004 ; Ronald J. GILSON, « Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function », (2001) 49 *American Journal of Comparative Law* 329 ; Andrei SHLEIFER et Robert W. VISHNY, « A Survey of Corporate Governance », (1997) 52 *Journal of Finance* 737 ; Nicole DECOOPMAN, « Du gouvernement des entreprises à la gouvernance », dans Jacques CHEVALLIER, *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 105. Lire *supra*, Titre I, note 88, la définition de la bonne gouvernance par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD).

⁴ Christian MORRISSON (dir.), *La faisabilité politique de l'ajustement dans les pays en développement*, Paris, OCDE, 1995, p. 11.

⁵ BANQUE MONDIALE, *L'Afrique subsaharienne. De la crise à une croissance durable. Étude de prospective à long terme*, Washington, DC, 1989, p. xii (en anglais : *Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long Term Study*, Washington, DC, 1989 p. xii.). Pour une critique argumentée et originale de la bonne gouvernance, lire Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2005, p. 245 à 272, où l'auteur soutient, notamment, que





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

L'objectif ultime de la Banque est de s'assurer que la gouvernance exercée dans les pays en voie de développement est qualitativement adéquate pour assurer une saine gestion des ressources, en vue d'un développement économique durable. Très rapidement, tous les bailleurs de fonds bilatéraux et multilatéraux se sont emparés de la notion et l'ont adaptée à leur politique de développement.

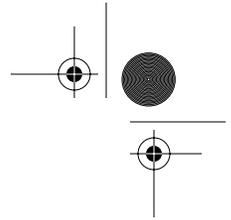
La bonne gouvernance a été pensée dans un cadre d'abord national, celui des pays en voie de développement. Depuis quelques années, la gouvernance dépasse ce contexte et est récupérée par les pays développés qui s'appliquent à eux-mêmes certaines de ses recettes. Finalement, la gouvernance s'ouvre à la situation proprement internationale et devient alors *globale*. À l'initiative de l'ancien chancelier allemand, Willy Brandt, et à la suite de la Conférence de Stockholm de 1991 (*The Stockholm Initiative on Global Security and Governance*), une commission sur la gouvernance globale se met en place avec la bénédiction des Nations Unies. Cette commission, composée d'anciens chefs d'État et d'organisations internationales, de ministres et de quelques représentants de la société civile, dépose en 1994 un rapport fort commenté sur les défis de la mondialisation et la nécessité d'une gouvernance globale⁶. Elle définit la gouvernance de la manière suivante:

Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive

les principes de bonne gouvernance sont les nouveaux paravents derrière lesquels les pays occidentaux cèlent, avec plus ou moins de talent, leurs ambitions commerciales, c'est-à-dire une prédation économique au détriment des intérêts bien compris des pays du Sud qui la subissent. L'auteur écrit à la p. 269 : « Whatever the rhetoric, as to humanism and the welfare of the non-European peoples, commerce has been the controlling preoccupation of colonial governance. This situation is not significantly different now ».

⁶ COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

to be in their interest [...] At the global level, governance has been viewed primarily as intergovernmental relationships, but it must now be understood as also involving non-governmental organizations (NGOs), citizens' movements, multinational corporations, and the global capital market. Interacting with these are global mass media of dramatically enlarged influence.⁷

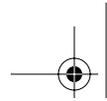
La gouvernance est entendue comme un processus, c'est-à-dire la mise en place de mécanismes de dialogue et de discussion propres à créer un consensus sur un certain nombre de questions déterminées. Les parties doivent se parler, s'écouter et, dans le meilleur des mondes, décider, par consensus, d'une marche à suivre. Cette approche laisse peu de place, de prime abord, à la normativité. Elle se fonde d'abord sur la discussion par le truchement d'une gestion et d'une procédure de l'échange. On pourrait même évoquer une éthique de la discussion. La logique du droit se fonde sur le commandement et la contrainte alors que celle de la gouvernance privilégie le dialogue, la négociation, le consensus⁸. La Commission sur la gouvernance globale comprend bien néanmoins qu'un appel à la discussion ne saurait être suffisant même s'il est soigneusement encadré et répond à des impératifs d'efficacité, d'équité et d'imputabilité. L'approche purement administrative contribue sans doute à une meilleure gestion des affaires publiques nationales et internationales, mais elle ne peut exister dans la seule abstraction économique. Elle doit reposer sur des valeurs susceptibles d'orienter l'action et les décideurs. La Commission identifie de telles valeurs : *respect for life, liberty, justice and equity, mutual respect, caring, integrity*⁹. Il s'agit de valeurs très générales qui peuvent rallier, en principe, toutes les communautés humaines. Leur juridicité est très mince, pour dire le moins. Elles servent de plus petit commun dénominateur et fixent un objectif ultime et essentiel : la démocratie.

⁷ COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 3 et 4.

⁸ Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, à la page 191.

⁹ COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 48 à 54.



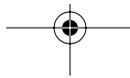


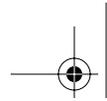
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Si la gouvernance est d'abord une recherche de nouvelles techniques de gouvernement, présentant ainsi des caractéristiques administratives importantes, elle suppose également une approche normative capable de soutenir cette recherche. Le droit semble servir d'arrière-plan, de soutien à une action plus large, parfois abstraite (aux yeux du droit strict) de réaménagement des structures de pouvoir et de décision, de développement de politiques publiques globales et de stratégies administratives¹⁰. Dans une telle perspective, la gouvernance globale ne heurte pas de plein fouet le droit international public ; elle semble plutôt apporter une dimension complémentaire, au plan normatif, pour laquelle le droit international n'a jamais montré un goût particulier. Le constat semble se nuancer si on insiste cette fois sur l'incidence de la gouvernance sur le jeu de la souveraineté. Mais, il ne s'agit là que d'une impression. En effet, si la gouvernance globale induit des pratiques spécifiques au regard de la souveraineté, celles-ci participeront à construire une *nouvelle* souveraineté que les acteurs étatiques auront souhaitée. Le droit international alors suivra : un jour ou l'autre, il transcrira ces pratiques sous forme de règles. Considérons ainsi les dimensions de la gouvernance qui touchent la souveraineté ou d'autres questions relevant, à première vue, du champ du droit international, comme des pratiques voulues par les acteurs, dont les États, et qui se formaliseront, le cas échéant, en règles juridiques appartenant à la famille du droit international ou à celle d'un droit mondialisé en pleine émergence. La complémentarité se dessine, l'opposition s'efface.

Le cosmopolitisme peut-il constituer un véritable modèle de gouvernance ? Même s'il ne semble pas répondre à toutes les facettes de cette notion polysémique, le cosmopolitisme ouvre sans doute une voie de réflexion intéressante puisqu'il suppose, à la base, une

¹⁰ Au plan national, la gouvernance a besoin du droit pour se déployer et se cristalliser : la gouvernance se procéduralise et se contractualise ; d'une part, formalisation des processus de négociation et de prise de décision et, d'autre part, traduction juridique contractuelle des consensus exprimés. Lire Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, aux pages 196 et suiv.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

normativité universelle qui transcende les concepts construits de nation et de territoire.

I. UNE INTRODUCTION AU COSMOPOLITISME

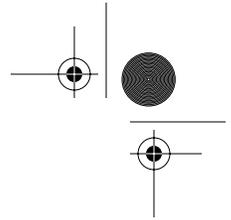
Le terme « cosmopolite » recèle un parfum suranné qui nous renvoie, parmi d'autres, à la *Mitteleuropa* de Stefan Zweig, d'Arthur Schnitzler, de Robert Musil. D'une Europe et d'un monde où l'on voyageait sans passeport. Le terme renvoie aussi hélas, dans l'Allemagne hitlérienne et l'URSS stalinienne, à l'autre, le juif, l'étranger qu'il faut maintenir à l'extérieur, à la périphérie, qu'il faut exclure. D'abord, le plaisir de l'autre, l'échange et le partage et, aussi, l'exclusion, la haine, la méfiance. Le cosmopolitisme dont il est ici question, c'est bien entendu celui de Zweig, l'auteur des *Souvenirs d'un Européen*, qui évoque une compréhension réciproque et une fraternité spirituelle des peuples par-dessus les frontières des langues et des États¹¹.

On ne peut manquer ainsi de souligner la polysémie de l'expression « cosmopolitisme ». Et cela, sans évoquer les polémiques autour du *droit cosmopolitique*. Un projet, un horizon, un modèle, une pratique, une philosophie, une réalité, une fiction, une inévitabilité ? Les termes fusent, les avis divergent, les opinions s'affrontent. On peut certes débattre longuement de notions qui ont longtemps résonné du son de l'idéal, voire de l'utopie. Comment, en effet, réussir à s'affranchir du paradigme national alors que celui-ci nous est présenté comme une permanence, un horizon indépassable ?

Pourtant, dans une perspective purement sociologique, des indicateurs de nature quantitative peuvent être identifiés qui sou-

¹¹ Stefan ZWEIG, *Le monde d'hier. Souvenirs d'un Européen*, Paris, Belfond, 1993, p. 237. Lire également sur l'importance du droit d'asile comme figure du cosmopolitisme, Jacques DERRIDA, *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort !*, Paris, Galilée, 1997. Sur le recours au passeport par l'État, lire : John TORPEY, *L'invention du passeport : États, citoyenneté et surveillance*, Paris, Belin, 2005.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

lignent, pour employer l'expression d'Ulrich Beck, une *cosmopolitisation* de nos sociétés, soit :

- une transnationalisation des biens culturels ;
- une augmentation de la double nationalité ;
- une mobilité accrue des populations (immigration, demandes d'asile) ;
- un développement formidable des flux de communication, du trafic aérien et du tourisme ;
- une recrudescence de la criminalité internationale organisée ;
- une participation accrue des citoyens aux actions et initiatives transnationales d'organisations non gouvernementales (Greenpeace, Amnesty International) ;
- un essor des modes de vie transnationaux avec l'établissement de diasporas importantes et dynamiques et de réseaux privés et publics transfrontières ;
- une conscience plus aiguisée des questions environnementales et de leur incidence et résolution nécessairement globales¹².

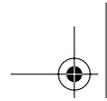
Beck établit une distinction utile entre, d'une part, le *cosmopolitisme* au sens kantien qui relève d'une mission, d'une action et qui « consiste à ordonner le monde » et, d'autre part, la *cosmopolitisation* qui relève plutôt de l'incontrôlable, de quelque chose « qui nous arrive, nous touche »¹³ et, plus précisément, « le fruit de conséquences secondaires non voulues et non perçues, d'actions qui n'étaient pas censées être "cosmopolitiques" au sens normatif »¹⁴. Ainsi, ces indicateurs ont pour conséquence, involontairement, c'est-à-dire dans le sens où cela ne s'inscrit pas dans un

¹² Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 182 à 184.

¹³ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 43.

¹⁴ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 39. Beck, à la page 144, définit ainsi la cosmopolitisation ; « La *cosmopolitisation* est un processus non linéaire, dialectique, dans lequel l'universel et le contextuel, le semblable et le différent, le global et le local doivent être appréhendés non pas comme des polarités culturelles, mais comme des principes étroitement liés et imbriqués l'un dans l'autre ».





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

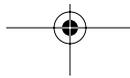
exercice conscient de nature heuristique, d'entraîner un réseau d'interdépendances et, au bout du compte, une conscience des interdépendances. Cette cosmopolitisation, pour latente qu'elle soit, n'en ouvre pas moins un horizon jusqu'ici obstrué par le paradigme national. Les risques posés par la dégradation de l'environnement, les changements climatiques, les armes de destruction massive, le terrorisme, les dangers du nucléaire, etc. constituent également des facteurs contribuant à une cosmopolitisation puisqu'ils induisent une prise de conscience toujours plus importante de l'opinion publique mondiale. Beck évoque une « prise de conscience imposée de la cosmopolitisation du risque »¹⁵. Cette cosmopolitisation n'obéit donc ni à un plan, ni à une méta-théorie qui en commandent le déroulement. Elle n'est pas un idéal au sens où Kant l'entendait mais, beaucoup plus simplement, une série de faits qui s'imposent à l'observateur et qui n'obéissent pas à une ligne constante d'évolution mais plutôt à un processus discontinu aux variations appréciables selon les pays¹⁶.

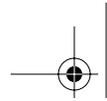
Ainsi, au-delà du débat purement théorique sur l'avènement d'une société ou d'un droit cosmopolitique, il y a le fait implacable de la cosmopolitisation ; ce fait maintes fois évoqué d'une lente mais, semble-t-il, inexorable dissolution des frontières nationales, d'une corrosion de la démarcation entre l'ici et l'ailleurs. On a longtemps pensé que les changements sociaux d'importance ne pouvaient être le fruit que des divers processus internes aux sociétés nationales. Or, les profonds changements sociaux et politiques induits par la cosmopolitisation sont plutôt le fait d'une mécanique *externe* sur laquelle l'État-nation semble avoir peu de prise¹⁷. Une preuve additionnelle de la perte de sens de la distinction entre l'intérieur et l'extérieur. Cette incidence de l'*extérieur* n'est pas sans conséquence sur la conception démocratique dans la société nationale. La conception classique selon laquelle seul l'État peut

¹⁵ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 72.

¹⁶ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 184.

¹⁷ David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 24.





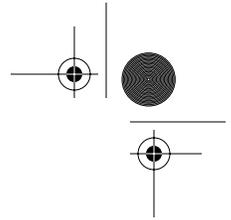
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

prendre des décisions touchant sa population est malmenée par les phénomènes de la mondialisation et les faits cosmopolitiques, puisque la décision politique n'est plus le produit de la seule volonté des représentants du peuple. Cette volonté, se matérialisant par le consentement des citoyens à être gouvernés par tel ou tel représentant, se heurte à des réalités externes, qui ont certes toujours existé mais qui deviennent aujourd'hui de plus en plus prégnantes dans le processus de décision et qui, surtout, imposent des faits ne pouvant faire l'objet d'aucun arbitrage, propre de l'action politique dans la démocratie nationale. Held propose alors d'élaborer un modèle cosmopolitique de gouvernance pour prendre en compte le déficit démocratique induit par la mondialisation. Puisque le schéma actuel des rapports politiques fondé sur une compartimentation des faits et des phénomènes entre le national et l'international apparaît à bout de souffle et difficilement opératoire, il convient d'élaborer un modèle cosmopolitique, réfutant cette compartimentation, susceptible d'appréhender et d'apprécier les faits et les phénomènes sans égard à leur origine et assurant à la prise de décision cosmopolitique une légitimité indéniable. Le pas se franchit : du phénomène de cosmopolitisation, dont on a énuméré quelques indicateurs plus haut, à la constitution d'un modèle théorique propre à traduire sur un plan politique la réalité cosmopolite. Une souveraineté cosmopolitique se dessine. On y reviendra.

Sous plusieurs aspects, l'actuelle mondialisation montre certains traits qui rappellent la formation de l'État au Moyen Âge central et tardif. Karl Marx n'avait-il pas prédit que le capitalisme, par sa globalisation, « briserait l'axiomatique politique nationale »¹⁸ ? Les exigences des marchands du Moyen Âge auprès des princes n'ont pas peu contribué à l'émergence des composantes essentielles de l'État, notamment : des institutions, une bureaucratie et, pour ce qui nous intéresse au premier chef, une normativité législative ou édictale unique et visant la cohérence. L'objectif premier du capital aujourd'hui, comme hier, n'est-il pas de tout mettre en œuvre pour faciliter le commerce transnational ? Cette facilitation

¹⁸ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 24.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

du commerce passe entre autres, nous l'avons vu, par l'élaboration et l'application de règles capables de ceindre les États dans un écheveau normatif auquel ils ne peuvent se soustraire. Elle réclame également un effacement de l'État au profit d'institutions qui les surplombent, les complètent ou les jouxtent et assurent une fluidité de la circulation des capitaux, des marchandises et des investissements. En s'affranchissant du cadre national et territorial, le capitalisme devient le premier acteur du jeu cosmopolitique¹⁹. Il rompt le paradigme national ou l'optique nationale, pour parler comme Beck²⁰, et réclame un cadre normatif et politique transnational correspondant à sa propre sphère d'action. En effet, le cadre national apparaît trop étroit aux opérateurs économiques et ne rend pas vraiment compte de la nature transnationale des échanges. Il importe alors de le transformer afin de permettre aux échanges de se déployer dans un cadre plus conforme à leur réalité. La mise en œuvre d'un cosmopolitisme effectif répondrait alors aux souhaits des opérateurs économiques puisqu'il suppose notamment un cadre normatif qui dépasse l'État-nation. Ainsi, « l'optique cosmopolitique prend acte de la modification de la grammaire sociale et politique »²¹ des relations internationales et conduit à une reformulation de la souveraineté.

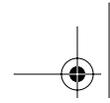
On a souligné à plusieurs reprises la nature dynamique de la souveraineté, pour ne rien dire de sa plasticité. La souveraineté dite

¹⁹ Sur cette idée de jeu cosmopolitique où les joueurs sont le capital, les États et la société civile, voir Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 47-50.

²⁰ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 105 et suiv. Lire aussi Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 51 : « [...] la conviction qui veut que la « société moderne » et la « politique moderne » ne puissent exister qu'organisées au niveau national. La société n'est comprise que comme société nationale, territoriale, organisée et délimitée par les États. Lorsque les acteurs sociaux adhèrent à cette croyance, je parle d'« optique nationale » ; si elle détermine la perspective de l'observateur scientifique, je parle de « nationalisme méthodologique ».

²¹ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 68.





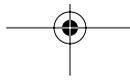
libérale, pour employer une expression de David Held²², démontre, depuis quelque temps déjà, son inadaptation aux réalités contemporaines. L'évolution inmanquable de la souveraineté nous mène, selon Held, vers une réflexion cosmopolitique²³. Autrement dit, nous verrons que pour plusieurs auteurs, la situation actuelle, et *a fortiori* celle à venir, commande une souveraineté dite cosmopolitique²⁴. Pour ceux-là, « l'État cosmopolitique est une réponse politique à la mondialisation »²⁵. On peut se demander si le terme même de « souveraineté » est adéquat pour décrire une cosmopolitique prenant appui sur une diversité de foyers de juridicité alors que nous savons que l'acception classique de la souveraineté fait reposer celle-ci sur l'idée d'un pouvoir unique, absolu et incontestable. L'équivalence qui s'est faite dans la doctrine entre l'État et la souveraineté rend difficile l'idée de contester le principe même de la souveraineté. Sans entrer dans un débat sans fin, il est légitime de se demander si la souveraineté, telle que définie ci-haut, a jamais réellement existé. Si elle n'a été qu'un artifice rhétorique propre à

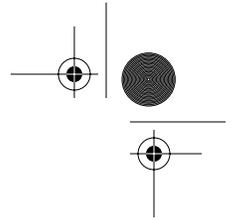
²² David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 5 et suiv.

²³ « Not only are we “unavoidably side by side” (as Kant put it), but the degrees of mutual interconnectedness and vulnerability are rapidly growing. The new circumstances of cosmopolitanism give us little choice but to establish a “common framework of political action” given shape and form by a common framework of law and regulation », David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, p. 23.

²⁴ David Held définit comme suit la souveraineté cosmopolitique : « Cosmopolitan sovereignty is sovereignty stripped away from the idea fixed borders and territories governed by states alone, and is instead thought of as frameworks of political regulatory relations and activities, shaped and formed by an overarching cosmopolitan legal framework », David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 33.

²⁵ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 189. Beck expose à la même page une de ses thèses : « De même que la paix de Westphalie mit un terme aux guerres civiles de religion du XVI^e siècle grâce à la séparation de l'État et de la religion, il se pourrait – telle est ma thèse – qu'une séparation de l'État et de la nation puisse répondre aux guerres (civiles) mondiales de nature nationale que le XX^e siècle a connues ».

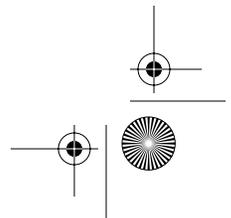
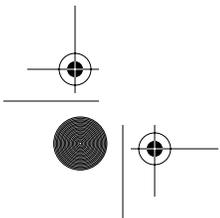


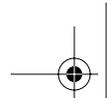


VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

conforter le pouvoir d'abord vacillant de l'État, on peut alors se demander si elle jouera le même rôle dans un contexte cosmopolitique ou, plus probablement, puisque le cosmopolitisme semble mal s'accorder avec l'idée d'une unicité normative suprême, si elle n'est pas appelée à gagner les rayons du musée de l'histoire des idées. Quoi qu'il en soit, l'importance de l'État dans la mise place éventuelle d'un régime cosmopolitique ne semble faire aucun doute : il continuera à jouer un rôle de premier plan. On verra d'ailleurs que les valeurs forgées au sein de l'État-nation au cours des deux cents dernières années, pensons aux droits de la personne, constitueront un axe primordial de la cosmopolitique. Une souveraineté cosmopolitique ne vise pas la disparition de l'État ; au contraire, elle lui accorde une place prééminente puisqu'il ne saurait être question de faire table rase d'une institution qui a si fortement imprégné les mentalités et structuré si profondément les rapports sociopolitiques et normatifs tant internes qu'externes. Toutefois, dans un contexte cosmopolitique, l'État perd son monopole tant normatif que politique. Il n'est plus l'acteur central autour duquel s'articule la légitimité du pouvoir. Nous verrons aussi que la vision cosmopolitique ne suppose pas, loin de là, l'établissement d'un État mondial. Il ne s'agit donc pas de transposer au plan global un concept d'abord élaboré pour fonder notamment la nation.

On l'aura compris, le cosmopolitisme, parce qu'il dessine un devenir possible et n'est pas exempt d'un certain idéal, peut être l'objet de tous les débats, de toutes les spéculations. En même temps, l'observateur attentif ne peut manquer de noter ces faits et phénomènes qui sont autant d'indicateurs d'une cosmopolitisation *objective* des sociétés contemporaines. Il est proposé de se pencher d'abord sur le droit cosmopolitique, de tenter d'en saisir le sens et la portée normative dans le contexte global et de déterminer sa nature potentiellement opératoire dans un monde qui se voudrait postnational mais demeurant encore marqué (et pour longtemps ?) par la dogmatique nationale. Ce sera alors le deuxième temps de nos observations : la capacité d'imaginer une cosmopolitique dans un cadre mental, social et scientifique complètement possédé, voire envoûté, par l'optique nationale et le nationalisme méthodologique, pour employer les expressions d'Ulrich Beck.

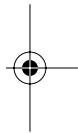


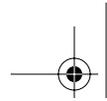


II. LE DROIT COSMOPOLITIQUE

Le dictionnaire *Robert* nous indique que le cosmopolite est celui qui vit indifféremment dans tous les pays, s'accommode de tous. Il est ajouté que le cosmopolite est celui qui subit les influences de nombreux pays. On oppose également le terme à celui de national. Comment pourrait-on définir le droit cosmopolitique ? Avant d'aborder le concept même de droit cosmopolitique à travers ce qu'en dit la doctrine, il n'est pas inutile de proposer une définition. Il sera ensuite possible de la confronter aux conceptions proposées par la doctrine au long des pages qui suivent et de la réviser en fin de parcours.

Le droit cosmopolitique pourrait se définir comme suit : un corpus de règles (normes) émanant d'une pluralité de sources qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne, dont les sujets de droit sont les seuls individus, titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence, qui s'imposent aux États et aux institutions supranationales, dont l'interprétation est laissée aux tribunaux *nationaux* et supranationaux et qui ont préséance sur tous les autres types de normes nationales et internationales. Trois questions principales surgissent à la lecture de cette définition : d'abord, quelles sont les règles possibles du droit cosmopolitique ou, à tout le moins, le type ou la nature de ces règles ; ensuite, quelles sont les sources précises du droit cosmopolitique et, finalement, si les règles du droit cosmopolitique sont hiérarchiquement supérieures, quelle est alors la légitimité qui leur confère cette prééminence ? Dans la foulée de ce dernier point, il est aussi loisible de se demander quels rapports exacts d'internormativité peuvent entretenir des normes cosmopolitiques avec les normes constitutionnelles ou internationales consacrant les droits de la personne. Évidemment, ces questions, hormis peut-être la première, trahissent la conception intrinsèquement nationale que l'on se fait du droit. On envisage les questions juridiques dans un cadre méthodologique purement national alors qu'il faudrait sans doute être en mesure, compte tenu de l'objet même de l'étude, de se détacher de la dogmatique nationale pour pouvoir donner au droit cosmopolitique sa pleine portée, c'est-à-dire un droit indifférent – mais pas insensible – à l'environ-





nement national et dont les canons d'élaboration, d'application et d'interprétation lui seraient propres. En effet, dans une perspective scientifique, le nationalisme méthodologique enferme le chercheur dans l'axiomatique « selon laquelle la nation, l'État, la société seraient les formes sociales et politiques “naturelles” du monde moderne »²⁶. Il devient dès lors très difficile de penser un droit cosmopolitique qui ne repose pas sur les postulats premiers de la science juridique nationale que sont notamment le modèle pyramidal des normes, le monopole normatif de l'État, la légitimité, la représentation démocratique, etc. Nous reviendrons sur cette difficulté méthodologique au point suivant.

A. Conceptions du droit cosmopolitique

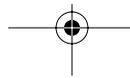
Abordons maintenant les différentes conceptions du droit cosmopolitique que l'interprète peut retrouver dans la doctrine²⁷. Le cosmopolitisme se caractérise d'abord par une affirmation de l'altérité, c'est-à-dire la reconnaissance de l'autre au-delà des distinctions physiques, culturelles ou territoriales ; l'autre est là présent pour rester et il ne saurait être question de l'amener à soi par la force des armes ou la séduction des cultures. Le cosmopolitisme est donc une affaire de coexistence et non d'assimilation ou d'intégration. Il semble également reposer sur le primat de la paix. À cet égard, on peut difficilement évoquer ce thème sans faire référence à la paix perpétuelle de Kant qui débouche notamment sur un droit cosmopolitique. Cette paix perpétuelle est, pour Kant, un but à atteindre, un objectif à rencontrer. Pour le rencontrer, Kant imagine une solution juridique originale : une fédération des États dont l'action politique et normative donne alors naissance à un droit cosmopolitique. Ce projet de paix perpétuelle se décline en trois articles définitifs dont le premier porte que « dans tout État la constitution civile doit être républicaine »²⁸ et la République est ce

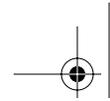


²⁶ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 51.

²⁷ Cette doctrine, on le verra, n'est pas strictement juridique. Elle emprunte également à la philosophie (Kant, Habermas) et à la sociologie (Beck).

²⁸ Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 1999, p. 31.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

mode de gouvernement par lequel le peuple doit consentir aux lois qui le soumettent ; elle porte ainsi en germe le principe du contrat social. Le second article veut que « le droit des gens doit être fondé sur un fédéralisme d'États libres »²⁹. Il s'agit d'une alliance d'États libres qui renoncent à recourir à la guerre dans leurs rapports, mais conservent leur souveraineté faisant ainsi en sorte que cette alliance ou cette République des républiques ne possède aucun pouvoir contraignant à l'égard de ses membres. Cette fédération aspire à faire sortir les nations de l'état de nature dans lequel elles sont plongées et qui se caractérise, comme pour les individus, par une anomie dangereuse. Nous ne sommes pas pour autant en présence d'un État mondial que Kant redoute en raison du danger de despotisme que représente une telle configuration du pouvoir³⁰. Habermas note la contradiction chez Kant entre, d'une part, la volonté d'assurer une subordination des États membres de la fédération à un idéal de paix (sortie de l'état de nature) et, d'autre part, l'absence de toute contrainte juridique propre à permettre l'atteinte de cet idéal³¹. L'engagement de l'État dans la fédération demeure donc purement moral puisqu'il semble que Kant ait considéré la souveraineté des États comme un obstacle insurmontable. Le troisième article définitif porte que « le droit cosmopolite doit se restreindre aux conditions de l'hospitalité universelle »³². On a interprété ce troisième article comme signifiant que l'étranger ne doit pas être traité avec hostilité lorsqu'il est sur le territoire d'une autre nation. Ainsi, le droit cosmopolitique a pour objet « de régler les rapports entre les hommes et les États »³³.

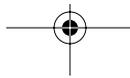
²⁹ Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 1999, p. 43.

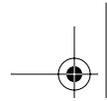
³⁰ Louis P. POJMAN, « Kant's Perpetual Peace and Cosmopolitanism », (2005) 36 *Journal of Social Philosophy* 62, 62 et 63.

³¹ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 20.

³² Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 1999, p. 55.

³³ Christophe PETERMANN, « Kant, précurseur de la mondialisation du droit », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 171, à la page 181.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

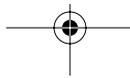
Au support de ces trois articles définitifs, Kant propose également trois modèles de *constitutions* (normes) qui fondent les rapports qui peuvent se nouer entre les différents acteurs que sont les États et les individus : le *jus civitatis*, établissant les droits civils de l'individu dans la nation ; le *jus gentium*, établissant les droits des États les uns par rapport aux autres et, finalement, le *jus cosmopoliticum*, fondant les rapports de l'individu avec l'État étranger ; ces individus étant considérés comme « citoyens d'une cité humaine universelle »³⁴. Ainsi, tout homme est titulaire de ce droit cosmopolitique « en vertu de sa simple humanité », droit qui « consiste essentiellement en un droit de visite, soit le droit qu'a tout un chacun de ne pas être traité en ennemi dans le pays d'accueil »³⁵. Le droit cosmopolitique apparaît alors comme une catégorie juridique inédite complétant la palette des rapports juridiques entamée par le droit étatique (d'une part, rapports entre personnes physiques et morales et, d'autre part, rapports de ces personnes avec l'État et ses démembrements) et le droit international (concerné d'abord et avant tout par les rapports juridiques entre les États souverains). Dans cette configuration, l'individu devient un sujet de droit dans la sphère internationale. Le droit cosmopolitique est laconiquement défini chez Kant ; il ne semble pas offrir une assise suffisamment large susceptible de faciliter un déploiement substantiel conséquent. Pourtant, il constitue déjà une première atteinte à la souveraineté, que Kant considère insurmontable dans un autre contexte, puisqu'il donne à l'individu des droits à l'encontre des États dans la sphère internationale³⁶. Cela dit, ce laconisme ne signifie pas que le droit cosmopolitique se limite au simple texte du troisième article définitif ; celui-ci constitue plutôt un point de départ et il n'épuise pas le thème du cosmopolitisme, à l'instar des deux

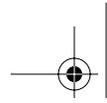


³⁴ Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 1999, p. 29.

³⁵ Christophe PETERMANN, « Kant, précurseur de la mondialisation du droit », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 171, à la page 181.

³⁶ Pavlos ELEFTHERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 245.





autres articles définitifs qui n'épuisent pas, par leur simple énonciation, les questions des droits civils et du droit international³⁷.

Il est important de noter qu'on ne saurait trop attendre des thèses kantienne pour ce qui est d'une exemplification juridique du droit cosmopolitique. Comme le souligne avec justesse Christophe Petermann, il semble bien difficile « de déduire de manière quasi-syllogistique des normes juridiques d'un texte de portée avant tout philosophique »³⁸. Au surplus, Habermas remarque que, tout naturellement, Kant est dépassé par l'évolution des choses et qu'il importe alors de le lire « dans le cadre de l'horizon d'expérience de son temps »³⁹. Le legs kantien demeure néanmoins important puisqu'il porte en germe l'idée d'un affranchissement des individus et d'une reconnaissance de leur rôle comme seuls auteurs et destinataires d'un droit cosmopolitique. Il s'agit sans doute de le reformuler afin de tenir compte des évolutions naturelles qui, bien souvent, le bonifient. On pense, par exemple, à cette paix perpétuelle qui « a acquis une forme concrète dans les institutions, les déclarations et les initiatives politiques des Nations Unies » ou à la mise en place d'une cour pénale internationale qui a fait perdre aux États cette « présomption d'innocence dont ils bénéficiaient dans ce qui était considéré comme leur état de nature »⁴⁰. Cette mise à jour du legs kantien passe notamment par une plus grande institutionnalisation du droit cosmopolitique, c'est-à-dire par la mise en place d'institutions communes aux États capables de s'imposer à eux. L'Organisation des Nations Unies, par la prohibition du recours à la guerre énon-



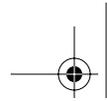
³⁷ Pavlos ELEFThERiADiS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 245 et 246. L'auteur ajoute à la page 246 : « There is nothing stopping us fleshing out the idea that states owe duties to non-citizens and enriching it with new content in the process of constructing our own conception of cosmopolitan law ».

³⁸ Christophe PETERMANN, « Kant, précurseur de la mondialisation du droit », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 171, à la page 172.

³⁹ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 8 et 9.

⁴⁰ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 48 et 50.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

cée par l'article 2.4 de sa Charte, offre une voie transitoire vers cette plus grande institutionnalisation⁴¹. Elle reste pourtant inachevée puisqu'on l'observe, la souveraineté des États constitue encore un dogme dans l'actuelle configuration internationale. La reformulation du legs kantien suppose aussi une prise en compte des conditions contemporaines de la société mondiale, notamment la globalisation des risques, appelant un nouveau concept de paix. Il ne saurait être question de se contenter du concept négatif de paix (absence de guerre) de Kant alors que la guerre et les menaces ont pris une forme radicalement différente de celles qui pouvait avoir cours au XVIII^e siècle⁴². Quoi qu'il en soit, ce legs constitue un point d'appui à partir duquel une réflexion actualisée peut se dessiner tout en étant conscient, tel qu'il a été signalé, qu'il s'agit là d'une thèse philosophique dont l'utilité pour le juriste reste plutôt principielle. À ce propos, avant Kant, on retrouve les traces du cosmopolitisme aussi bien dans l'Égypte ancienne que dans la Grèce antique, la Rome impériale ou les pays d'Islam. Dans tous ces cas de figure, le cosmopolitisme vise d'abord l'harmonisation plutôt que l'uniformisation⁴³. Fondé sur le rapport à l'autre, ce cosmopolitisme des origines cherche à trouver les valeurs communes à tous les êtres humains sans que cela ne débouche sur une contrainte. Le droit cosmopolite, dans ce cadre, est « conçu comme un principe d'harmonisation d'une pluralité de groupes dans leurs multiples rapports mutuels »⁴⁴.

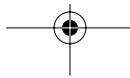


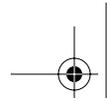
⁴¹ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 52 et 53.

⁴² Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 70 et 71.

⁴³ Hassan ABDELHAMID, « Les projets du droit cosmopolitique. Histoire et perspectives », dans Henri PALLARD et Stamatios TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, PUL, 2003, p. 69, à la page 80. Lire également p. 70 et suiv. pour un court panorama historique du cosmopolitisme.

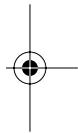
⁴⁴ Hassan ABDELHAMID, « Les projets du droit cosmopolitique. Histoire et perspectives », dans Henri PALLARD et Stamatios TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, PUL, 2003, p. 69, à la page 80.





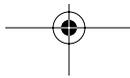
B. Universalisme et multiculturalisme

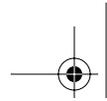
Ce désir d'harmonie, de préférence à l'uniformité, ne peut manquer de faire resurgir le débat contemporain relatif à l'universalisme des valeurs, des idées ou des principes. On pense entre autres à la question des droits de la personne. Le cosmopolitisme est-il un universalisme ? Selon Ulrich Beck, on ne saurait confondre les deux notions : bien que l'universalisme suppose le respect de l'autre en qui il voit un égal, « il ne contient pas la moindre incitation à une quelconque curiosité pour l'altérité de l'autre »⁴⁵ contrairement au cosmopolitisme qui postule cette altérité. L'universalisme occidental accepte donc l'égalité mais pas la différence. En effet, l'universalisme, acceptant l'égalité de l'autre et, par conséquent, son identité, se fonde sur cette dernière pour intégrer l'autre, gommer ses différences ; il ne tolère donc « la voix de l'autre que comme voix du même, comme autoconfortation, autoréflexion, conversation avec soi-même »⁴⁶. L'universalisme est donc porteur d'un projet hégémonique alors que le cosmopolitisme accepte l'égalité et la différence. Selon Beck, l'exemple de la conférence de Valladolid en 1550 illustre cette triste qualité de l'universalisme. On se souviendra que cette conférence opposait un philosophe aristotélien (Sepulveda), pour qui les Indiens d'Amérique étaient des sauvages, différents des Européens et donc inférieurs, à un prêtre dominicain (Las Casas) pour lequel les Indiens ressemblaient aux Européens dans leurs valeurs familiales et sociales, n'étant donc ni différents, ni inférieurs. Mais, le prêtre dominicain « n'acceptait l'égalité des Indiens que parce qu'il les estimait capables de reconnaître la



⁴⁵ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 100.

⁴⁶ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 105. À ceux qui accusent les critiques de l'universalisme de relativisme, Beck répond que le relativisme est également erroné d'un point de vue historique et empirique. Il affirme aux pages 112 et 113 : « D'une part, il [le relativisme] méconnaît ou fausse les réalités historiques des histoires qui s'entremêlent ; d'autre part, il est aveugle au fait que les tracés des frontières entre les espaces culturels, que le relativisme présuppose et chosifie, sont un projet et un produit européen de la Première Modernité, nationale, du XIX^e siècle ».





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

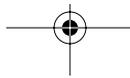
vérité universelle du christianisme»⁴⁷. Il niait alors leur différence. Cette distinction entre le cosmopolitisme et l'universalisme n'est pas mince et porte toute son importance dans un contexte mondial où les interventions *humanitaires* de certaines grandes puissances sont souvent menées au nom de valeurs prétendument universelles qui masquent, avec plus ou moins d'adresse, des visées tout bonnement impérialistes.

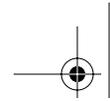
Les droits de la personne, souvent présentés comme formant le noyau premier du droit cosmopolitique, constituent-ils un universalisme ? C'est là un débat récurrent. On reviendra sur les droits de la personne comme fondement du droit cosmopolitique. Auparavant, il convient de dire quelques mots sur l'*universalité* des droits de la personne. Il n'est pas dans notre intention de passer en revue les nombreux arguments pour ou contre une appréhension *universelle* des droits de la personne. Toujours dans le contexte d'une explication du droit cosmopolitique, et tenant pour acquis dès maintenant que les droits de la personne sont au cœur du projet cosmopolitique, on peut choisir les arguments avancés par Habermas pour répondre à la question de l'*universalité* de ces droits fondamentaux. Pour ce dernier, les droits de l'homme ne font pas partie d'une morale universelle. Ils n'ont donc pas d'origine morale, mais constitueraient plutôt « une modalité spécifique du concept moderne des droits subjectifs et donc d'un concept juridique » : ainsi, « les droits de l'homme [auraient] par nature un caractère juridique ». Ils ont certes une apparence morale, mais celle-ci n'est pas due à leur contenu ou à leur structure « mais [au] sens de leur validité qui dépasse l'ordre juridique des États-nations »⁴⁸. Voilà certes une interprétation qui fait reposer le raisonnement sur une ana-



⁴⁷ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 512.

⁴⁸ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 86. Le philosophe ajoute à la page 90 : « Or ce mode de justification ne prive nullement les droits fondamentaux de leur qualité juridique et ne les transforme donc pas en normes morales. Les normes juridiques – entendues au sens moderne du droit positif – conservent leur forme juridique, quel que soit le type de raisons qui permet de fonder leur prétention à la légitimité. En effet elles doivent ce caractère à leur structure et non à leur contenu ».





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

lyse très formelle des droits de la personne, à savoir leur nature d'abord juridique (droit posé). Pour d'autres, l'adoption par la quasi-totalité des États des grands textes (déclaration, pactes, traités, etc.) consacrant les droits et libertés contribue à la généralisation de ceux-ci et, par conséquent, à leur acceptation globale – évitons l'ornière sémantique de l'*universalisme* – et permet de les considérer comme un point de départ « for an overlapping consensus of political justice »⁴⁹. Ainsi, les motivations des États à apposer leur signature sur ces textes sont certes variables : elles peuvent être politiques, religieuses ou simplement morales. Toutefois, on ne peut s'empêcher de noter, selon Eleftheriadis, que cette signature révèle une convergence de vues selon laquelle il importe de mettre en œuvre et de respecter les régimes généraux des droits de la personne⁵⁰.

Avant d'aborder les droits de la personne comme premiers éléments de l'ensemble cosmopolitique, et toujours avec la volonté de distinguer le cosmopolitisme, quelques mots sur le multiculturalisme. On pourrait en effet croire que le cosmopolitisme, à défaut d'être un universalisme au sens que ce mot aujourd'hui colporte, constitue une forme de multiculturalisme. Ulrich Beck s'oppose avec véhémence à cette association. Il estime que le multiculturalisme « désigne une stratégie de traitement de l'altérité qui politiquement, et théoriquement, ancre le respect des différences culturelles dans *l'espace national* »⁵¹. Ainsi, le multiculturalisme est prisonnier de l'optique nationale, « c'est-à-dire d'une pensée qui se meut dans des catégories exclusives les unes des autres, d'une tendance aux définitions identitaires essentialistes »⁵². Le multiculturalisme, en étant prisonnier de la dogmatique nationale, manque de réalisme cosmopolitique, selon Beck, et reste sans réponse

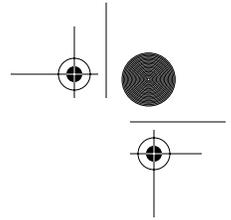
⁴⁹ Pavlos ELEFTHERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 261.

⁵⁰ Pavlos ELEFTHERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 261 et 262.

⁵¹ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 133 et 134 (nos italiques).

⁵² Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 134.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

face aux bouleversements liés « aux conflits qui résultent de l'appréciation opposée des dangers qui pèsent sur la planète (le terrorisme, la catastrophe climatique, la pauvreté à l'échelle de la planète) »⁵³. Au surplus, le multiculturalisme se fonde sur l'idée de « catégories collectives » supposant une homogénéité de celles-ci les unes par rapport aux autres (les Autochtones par rapport aux Arabes dans le contexte canadien, par exemple) et l'absence corollaire de toute individuation : le multiculturalisme ignore l'individu et à l'en croire, ce dernier n'est « qu'un épiphénomène de sa culture et de sa société »⁵⁴. Le cosmopolitisme porte, au contraire, une appartenance multiple dont l'axe s'organise autour de l'individu et qui, bien qu'il reconnaisse l'appartenance nationale et locale, s'active à assurer une prise en charge globale des défis posés à l'humanité. En effet, dans la tradition stoïcienne, le cosmopolite est à la fois citoyen du monde (*cosmos*) et citoyen de la Cité (*polis*)⁵⁵ : il a, tout à la fois, des racines et des ailes⁵⁶.

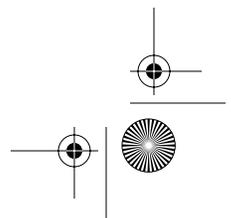
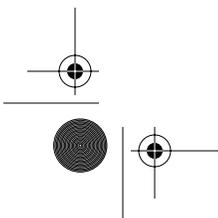


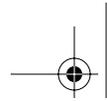
⁵³ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 134.

⁵⁴ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 514.

⁵⁵ « Le stoïcisme cherche, d'une part, à édifier sa conception de l'univers sur des idées communes à tous les hommes, comme sa morale sur des instincts universels. Il a, d'autre part, aboli la distinction entre Hellène et Barbare. Il vise à montrer symboliquement la possibilité de la coexistence pacifique de tous les individus, malgré les différences de culture. Le résultat de cette pensée est le surgissement d'une *cosmopolis*, en face de la *polis*, cité qui enveloppe toutes les cités du monde, donc une sorte d'empire idéal. » ; Hassan ABDELHAMID, « Les projets du droit cosmopolitique. Histoire et perspectives », dans Henri PALLARD et Stamatios TZITZIS (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Québec, PUL, 2003, p. 69, à la page 71.

⁵⁶ Cette jolie formule est d'Ulrich Beck : Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 89.





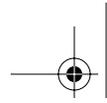
C. Contenu du droit cosmopolitique (Principes fondamentaux)

Il importe à présent de se pencher sur le contenu du droit cosmopolitique contemporain qui ne se limite certainement pas à la simple question de l'hospitalité universelle⁵⁷. Maintenant que nous avons rapidement tracé le portrait du cosmopolitisme kantien et distingué le cosmopolitisme d'autres -ismes, nous avons certes une meilleure idée de ce que peut représenter le droit cosmopolitique. Toutefois, au-delà de ces perceptions, il est important de déterminer les attributs tangibles et, le cas échéant, la nature opératoire du droit cosmopolitique. On pourrait croire, en effet, que le droit cosmopolitique désigne un droit à venir, un droit de nature programmatique qui pourrait survenir dans un monde pacifié, un droit utopique pour les bâtisseurs philosophes qui rêvent d'une nouvelle Arcadie.

L'introduction d'un droit cosmopolitique par Kant, au côté d'un droit constitutionnel, ordonnant les rapports des individus avec l'État et d'un droit international, ordonnant les rapports entre les États, complète le champ possible des interactions entre les individus et les États en instituant et en consacrant des liens de droit entre l'individu et l'État étranger permettant au premier d'agir en sujet de droit dans le cadre international. Cette catégorie juridique inédite prend tout son sens aujourd'hui au regard des interdépendances croissantes entre les États (et les individus) et de la place prééminente accordée aux droits de la personne. Nous verrons que le droit cosmopolitique peut constituer une catégorie juridique utile capable d'accueillir des concepts, des principes et

⁵⁷ « Le droit cosmopolitique ne devrait donc pas se borner aux conditions de l'hospitalité universelle, ce qui ressemble, de ce point de vue, à une sorte d'obole jetée au pauvre. Dans l'attente d'un droit mondial, le droit cosmopolitique doit se déployer sur toute la surface des relations transnationales. Complément nécessaire des droits nationaux et internationaux, il peut pallier l'absence d'une véritable justice distributive en accordant à chacun en vertu de son humanité, des droits sociaux et économiques de redistribution », Christophe PETERMANN, « Kant, précurseur de la mondialisation du droit », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 171, à la page 194.

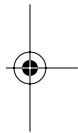




VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

des applications de ces droits qui s'intègrent mal dans le modèle classique de la souveraineté dans son acception autant interne qu'externe. Le droit cosmopolitique occuperait un champ normatif original situé entre le droit national et le droit international. Ce champ existe déjà, selon la doctrine, même si l'expression « droit cosmopolitique » n'est pas forcément employée pour le désigner. Cet espace est, en effet, occupé notamment par un assortiment d'instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et par les multiples règles et régulations européennes ; ce qui fait dire à David Held que le cosmopolitisme ne constitue pas une accumulation d'idéaux politiques désuets, mais se révèle plutôt un entrelacement de règles et d'institutions existantes qui ont déjà commencé à transformer le principe de la souveraineté⁵⁸.

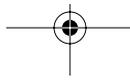
Il serait possible de déterminer le contenu du droit cosmopolitique, contenu fluctuant et évolutif, en fixant l'attention de l'interprète sur ce que Ronald Dworkin appelle les « normative legal principles »⁵⁹. Autrement dit, le droit cosmopolitique se construirait à partir de certains principes fondamentaux qui ressortissent aux droits de la personne et à l'idéal démocratique. Ces principes « will be grounds for law not in the sense of sources of social facts, but in the sense of being points of departure within legal argument »⁶⁰. Il se dessinerait, en effet, au plan global des principes qui emportent une large adhésion et qui pourraient constituer un bassin dans lequel les institutions juridiques nationales et internationales puiseraient pour élaborer un droit cosmopolitique vivant. Le droit cosmopolitique constituerait une tentative de créer un consensus autour de principes et de valeurs parmi les diverses communautés du globe afin de concevoir une *communauté cosmopolite* : cette recherche et cette promotion des principes et valeurs cosmopolitiques pourraient se faire notamment par le truchement des

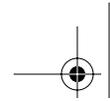


⁵⁸ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 24.

⁵⁹ Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986, cité dans Pavlos ELEFTHERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 260.

⁶⁰ Pavlos ELEFTHERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 260.





activités et travaux des organisations internationales actuelles, comme les Nations Unies⁶¹. Les auteurs évoquent aussi les termes de « common law of good government »⁶² ou de « universal constitutional order »⁶³ [« sovereignty as responsibility to protect »⁶⁴] pour souligner la mise en place, au plan national, de principes communs à une large majorité d'États. Dans tous les cas, cette doctrine prend acte des développements qui participent à l'amenuisement de la souveraineté, à la recrudescence des interdépendances et, surtout, de l'importance croissante accordée aux thèmes des droits de la personne et de la démocratie. L'avènement d'un droit cosmopolitique ne manque pas de soulever des interrogations au regard des sources classiques du droit. On y reviendra. Pour le moment, il apparaît judicieux de poursuivre notre réflexion sur le contenu proprement dit du droit cosmopolitique.

Comment déterminer parmi les divers principes qui peuvent susciter un certain consensus ceux qui pourront être profitables ou non dans l'élaboration d'un droit cosmopolitique ? Il faut en revenir à l'essence même du cosmopolitisme pour ce faire ; c'est-à-dire insister sur les thèmes de l'hospitalité, de la rencontre avec l'autre, de l'altérité, du respect des différences, de l'égalité. David Held identifie, pour sa part, sept principes qu'il qualifie de cosmopolitiques. On retrouve :

1. l'égalité et la dignité ;
2. la citoyenneté active ;
3. la responsabilité individuelle et la reddition de compte ;
4. le consentement ;

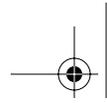
⁶¹ Paul TAYLOR, « The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty », (1999) XLVII *Political Studies* 538, p. 540.

⁶² Pavlos ELEFThERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, p. 254.

⁶³ David HELD, « Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, p. 13.

⁶⁴ Holli THOMAS, « Cosmopolitan Sovereignty », Paper presented to the Australasian Political Studies Association Conference, University of Adelaide, 29th september- 1st October 2004, p. 15. Disponible à l'URL suivant : <<http://www.adelaide.edu.au/>> (dernière consultation : 1^{er} avril 2008).





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

5. la délibération réflexive et la prise de décision collective ;
6. l'inclusion et la subsidiarité ;
7. l'évitement de la souffrance et la satisfaction urgente des besoins primaires⁶⁵.

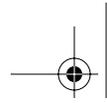
Passons rapidement en revue chacun de ces principes⁶⁶. L'égalité et la dignité de chaque être humain doivent être protégées et respectées quels que soient leur lieu de naissance ou de résidence, leur race, leur origine ethnique, etc. Le second principe (*active agency*, en anglais) suppose la capacité pour chaque individu de raisonner, de délibérer, de choisir, de juger et d'agir quant aux différents aspects de sa vie tant privée que publique. Au centre de ce principe se trouve la faculté individuelle de choisir librement de s'engager. Le principe de la responsabilité individuelle et de la reddition de compte éclaire les deux premiers principes : il est clair que chaque individu arrêtera ses choix en fonction de différents facteurs culturels, sociaux ou économiques. Ces différences légitimes parmi les acteurs doivent être distinguées de celles qui sont le fruit de contraintes sociales ou économiques et empêchent une véritable autonomie du choix. Si les choix sont libres, l'acteur doit alors assumer les conséquences de ceux-ci et être prêt à en rendre compte.

Le quatrième principe reconnaît que l'égalité et la responsabilité personnelle nécessitent un environnement libre et non coercitif par lequel les acteurs peuvent entrer en rapport avec les autres afin d'affirmer leur interdépendance et leur différence. Le principe du consentement est au cœur des notions de gouvernance et de décision collective. Sans consentement, il n'y a pas de décision libre et de gouvernance démocratique. Le cinquième principe, complémentaire du principe précédent, reconnaît la légitimité de la décision majoritaire à condition que les procédures de discussion et de vote soient clairement démocratiques. En d'autres termes, il faut permettre à l'acteur de faire entendre sa voix, de participer aux

⁶⁵ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 24.

⁶⁶ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 24 à 30.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

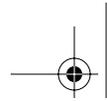
discussions, de délibérer collectivement et, enfin, d'accorder son suffrage. Les principes 4 et 5 doivent être enchâssés dans la communauté politique des acteurs où ils sont appelés à s'affirmer.

Le principe de l'inclusion et de la subsidiarité veut que ceux qui sont affectés par une décision, un processus ou un débat publics puissent y participer, en toute égalité, directement ou par l'intermédiaire de représentants élus et être ainsi en mesure d'exercer une influence sur le résultat. C'est là, on le reconnaît, une application individualisée de la maxime médiévale *Quod omnes tangit ab omnibus approbetur* (tout ce qui intéresse un groupe doit être décidé par ce groupe). La subsidiarité réclame que le processus de prise de décision soit le plus décentralisé possible afin d'accroître les chances de chaque acteur d'y participer et d'avoir une influence. De même, la centralisation sera possible si, et seulement si, cela s'avère nécessaire afin d'éviter l'exclusion d'acteurs qui seraient substantiellement affectés par une décision politique.

Finalement, le dernier principe requiert que tous les efforts soient déployés afin de répondre aux besoins matériels primaires des acteurs (logement, nourriture, eau potable, soins de santé, éducation, etc.). Sans ces efforts, les six premiers principes restent lettre morte. Cette dimension économique du cosmopolitisme de Held ne doit pas être sous-estimée⁶⁷ puisqu'elle démontre que sa vision cosmopolitique ne se limite pas aux libertés formelles et à une appréciation purement procédurale de la démocratie. Elle inclut aussi les droits culturels, économiques et sociaux. Held prend ensuite soin de classer ses sept principes dans trois grandes catégories : les principes constitutifs (principes 1 à 3) qui forment l'armature constitutive de l'univers cosmopolitique fondé sur la dignité, l'autonomie et la responsabilité ; les principes de légitimité (principes 4 à 6) qui ont pour objet de traduire des initiatives individuelles en décisions collectives tout en assurant à celles-ci une claire légitimité, notamment par la mise en place de procédures délibératives pleinement démocratiques et le dernier principe peut se

⁶⁷ David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 239 et suiv.

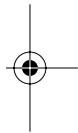




VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

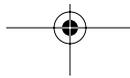
résumer sous la formule de l'engagement prioritaire⁶⁸ envers les plus vulnérables.

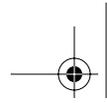
La recension de ces principes nous renvoie tout naturellement aux droits de la personne et à l'idéal démocratique. En effet, les constituants du cosmopolitisme énoncés par Held peuvent se réduire à de claires préoccupations afférentes aux droits et libertés et à l'appareillage démocratique. Il s'agit de s'assurer notamment que chaque acteur ait les moyens d'exprimer ses opinions, de faire valoir ses choix, de participer à la prise de décision, de consentir aux mesures qui l'affectent et de jouir d'une égalité de traitement et de considération dans l'exercice de ses droits. La question de la dignité constitue également un pôle important de l'approche cosmopolitique de Held puisqu'elle fonde, sans aucun doute, l'exigence de protection contre toute mesure contraire aux droits et libertés de première génération (liberté d'expression, protection contre la détention arbitraire, la torture, les fouilles, les perquisitions et les saisies, liberté de conscience, présomption d'innocence, etc.). À ces libertés premières, il conviendrait d'ajouter, dans la foulée du septième principe isolé par Held, les droits économiques et sociaux qui entrent plus difficilement dans le cadre juridique libéral des droits humains. Ces sept principes, identifiés par Held, peuvent donner lieu à des divergences d'interprétation : le cosmopolitisme postule certes le caractère universel des principes qui l'instaurent mais reconnaît, du même souffle, les possibles divergences interprétatives causées par les différences contextuelles (culturelles, politiques, économiques, sociales) dans lesquelles ils sont appelés à jouer. Une interprétation adaptée au contexte apparaît alors naturelle et justifiable. David Held qualifie ce mélange de principes normatifs et d'interprétation adaptée de pluralisme construit (*framed pluralism*)⁶⁹.



⁶⁸ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 30 et 31.

⁶⁹ Citant Jürgen Habermas, Held précise à ce sujet : « This cosmopolitan point of view builds on principles that all could reasonably assent to, while recognizing the irreducible plurality of forms of life », David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 31 et 32.





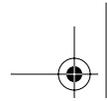
D. Distinction avec le droit constitutionnel et le droit international

Les droits de la personne constituent une source attendue du droit cosmopolitique. On peut se demander pourtant si les droits de la personne n'appartiennent pas déjà aux catégories du droit constitutionnel⁷⁰, au plan interne, et du droit international, pour ce qui est de leur déploiement externe. La dogmatique juridique a tôt fait de nous renvoyer à ces catégories plus classiques du droit et à mettre en doute la plausibilité d'une nouvelle classification. Examinons ensemble la question du rattachement des droits de la personne au droit constitutionnel *et* au droit international. On sait que dans beaucoup de pays aujourd'hui, les droits et libertés sont désormais intégrés au texte constitutionnel, leur conférant ainsi un statut prééminent dans la hiérarchie nationale des normes. Ils s'imposent à l'interprète et peuvent invalider les normes inférieures (loi, règlement, etc.) qui leur sont contraires. Les positivistes insistent également sur le caractère neutre de l'interprétation constitutionnelle : le juge applique sa science juridique à une affaire constitutionnelle sans tenir compte de considérations morales ou éthiques dans son appréciation. Par ailleurs, nous savons que le droit international a une nature particulière en comparaison du droit national : on n'y retrouve ni véritable hiérarchie des normes ni interprète unique et final. On a également souligné la nature longtemps purement formelle du droit international plus intéressé à assurer la coexistence des souverainetés (rapports formels entre États) qu'à réguler des activités humaines qui tombent, à première vue, dans le champ de compétence des souverainetés nationales.

Or, les droits de la personne, tels qu'ils se sont manifestés sur la scène mondiale dès après la Seconde Guerre mondiale, ont bouleversé cet ordonnancement positiviste des choses. Les droits de la

⁷⁰ L'expression « droit constitutionnel » est ici employée en seule référence aux droits et libertés enchâssés dans des textes constitutionnels. Pensons, par exemple, à la *Charte canadienne des droits et libertés* enchâssée dans la Constitution canadienne en 1982. Il n'est nullement question ici du droit constitutionnel relatif aux institutions ou au partage des compétences législatives.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

personne perdent ce caractère national, qu'on a voulu leur accoler, en raison notamment de la multiplication des instruments globaux de protection et de promotion de ces droits et des institutions chargées d'en assurer le respect et, le cas échéant, la sanction. Un pluralisme institutionnel et matériel des droits de la personne s'est mis en place graduellement et donne à ces droits une interprétation et une portée que la seule optique nationale ne peut leur conférer. Les tribunaux nationaux dialoguent entre eux relativement aux droits de l'homme : ils échangent leurs opinions, tiennent compte des tendances qui se dessinent dans les différentes juridictions et dans la jurisprudence d'organes régionaux, comme la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple. Des emprunts croisés se dessinent contribuant à la mise en place, si ce n'est d'une jurisprudence commune, à tout le moins d'une certaine forme de consensus relativement à l'interprétation des principes fondamentaux sous-tendant les droits et libertés. Les auteurs qualifient ce dialogue de « transjudicialism »⁷¹. Au Canada, la Cour suprême a reconnu que certains de ces principes fondamentaux globaux peuvent guider le juge dans son appréciation d'un texte national, même si ces principes n'ont pas fait l'objet d'une ratification en bonne et due forme par le parlement⁷². Ainsi, dans l'arrêt *Baker*, on a permis au juge de recourir à la *Convention sur les droits de l'enfant*⁷³, même si cette

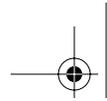


⁷¹ Lire notamment Reem BAHDI, « Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts », (2002-2003) 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 555.

⁷² *Baker c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. Lire aussi au Canada : *Suresh c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. Lire aussi : France HOULE, « La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien », (2004) 45 *Les Cahiers de droit* 295. Pour une opinion critique de l'arrêt *Baker*, lire, entre autres, Stéphane BEAULAC, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international », (2004) 38 *R.J.T.* 359 et Jutta BRUNÉE et Stephen J. TOOPE, « A Hesitant Embrace: Baker and the Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *Canadian Yearbook of International Law* 3.

⁷³ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).



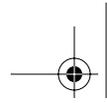


Convention, bien que signée, n'ait pas été ratifiée par le Canada, afin d'interpréter la loi canadienne sur l'immigration sans que ce recours n'ait évidemment des effets contraignants au plan de l'interprétation. Ces principes fondamentaux globaux recèlent alors une certaine force persuasive qui, s'ils ne s'imposent pas au juge en vertu de la règle du précédent ou de toute autre règle positive, témoignent d'une attraction qu'il est difficile d'ignorer. Dans les pays membres du Conseil de l'Europe, les tribunaux nationaux tiennent compte dans leurs arrêts des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette prise en compte n'est pas, cette fois, simplement interprétative. Les décisions de la Cour régionale s'imposent à l'État et à ses tribunaux, atténuant d'autant sa marge d'appréciation⁷⁴ au plan de l'interprétation constitutionnelle des droits et libertés.

Ce dialogue interjurisprudentiel, voire internormatif, est couplé aux pressions et aux travaux de la société civile globale qui, par ses efforts, participe à l'élaboration d'un droit conventionnel visant à garantir la sécurité humaine (mines anti-personnels, Cour pénale internationale, etc.) et assure également une surveillance des accords internationaux de protection des droits de la personne (Amnistie internationale, Human Rights Watch). Cet apport des ONG contribue à façonner un consensus global quant à la forme, au contenu et à la portée des principes fondamentaux sous-jacents aux droits et libertés. La même remarque s'applique aux diverses institutions internationales non juridictionnelles, en particulier onusiennes,

⁷⁴ Sur cette marge d'appréciation laissée aux États dans certaines circonstances, lire les arrêts introducteurs de la notion : *Handyside c. Royaume-Uni*, (1976), série A, n. 24, Cour Eur. D. H. et *Irlande c. Royaume-Uni*, (1978), série A, n. 25, Cour Eur. D. H. Dans la doctrine, on peut lire : Françoise TULKENS et Luc DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », (2006) 1 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 3 ; Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », (2001) 46 *R.D. McGill* 923 et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 483 à 548.

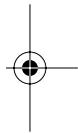




VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

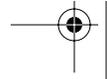
comme le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), ou la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) par exemple, qui participent par leurs activités à l'édification et à la diffusion de ce consensus. Ainsi, un corpus compact de principes globaux se met en place, assisté par différents mécanismes de contrainte à l'efficacité variable, qui s'impose aux souverainetés nationales⁷⁵.

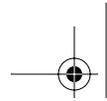
Le droit constitutionnel ne se satisfait donc plus à lui-même ; il n'est plus autosuffisant en quelque sorte puisque ses destinataires s'inspirent, *crescendo*, des décisions et opinions des juridictions étrangères, régionales et internationales et des travaux d'institutions non juridictionnelles dans son interprétation et son application. Le droit moderne et ses représentations montrent une fois de plus leurs limites. Ouvert aux courants extérieurs, le fonctionnement du droit constitutionnel n'obéit plus à la représentation territoriale de l'État-nation par laquelle, rappelons-le, le droit ne doit être que la manifestation *exclusive* de la volonté du souverain. David Held n'évoque-t-il pas un ordre constitutionnel universel⁷⁶ ? Tout cela ne laisse pas entendre bien évidemment la futilité du droit constitutionnel national. Ce dernier demeure un rempart de premier plan contre les atteintes aux droits et libertés que peuvent subir les nationaux des pays dotés d'un système de contrôle de constitutionnalité. Cette évolution démontre tout bonnement que les sources du droit constitutionnel ne peuvent plus être simplement nationales. Elles puisent à d'autres fonds normatifs. Cette pénétration des libertés publiques par des sources extérieures et multiples, soulignant dès lors un réel pluralisme constitutionnel, semble démontrer que ce droit ne s'inscrit plus dans cette catégorie classique dans laquelle le positivisme veut le confiner. Une théorie stricte des sources du droit se heurte dès lors au progrès considérable des droits de la personne qui corrodent les frontières nationales et l'idée même d'un droit strictement national en ces



⁷⁵ Pavlos ELEFThERiADiS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, 251 et 252.

⁷⁶ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 13.





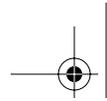
matières. Il est vrai qu'au Canada, par exemple, les droits et libertés forment un solide socle juridique dans la jurisprudence nationale. Toutefois, nous avons déjà souligné les influences, les interpénétrations et les croisements que connaissent les droits de la personne. S'il est encore valable au plan juridique de postuler un droit national des droits de la personne, ce postulat s'avère fragmentaire au regard des développements externes en ces matières, importants en eux-mêmes et appréciables au regard de leur influence sur les droits internes. En d'autres termes, il semble périlleux de prétendre que les droits de la personne appartiennent, en tant que catégorie juridique, au seul empire du droit interne.

Cette dernière affirmation vaut également pour le droit international. Là aussi, il apparaît hasardeux d'affirmer que les droits de la personne, en raison des développements dont on a fait état, constituent dorénavant une catégorie du droit international. On a déjà souligné la nature formelle du droit international dont l'objet essentiel et premier est d'assurer la coexistence des souverainetés et dont les seuls acteurs autorisés sont les États. Or, les droits de la personne, même s'ils sont consacrés dans des textes internationaux, portent sur une matière dont le traitement constitue une claire immixtion dans la souveraineté de l'État et soulèvent un coin dans le principe de neutralité du droit international⁷⁷. Au surplus, le droit international, en consacrant ces droits et libertés, n'a pas franchi le pas en octroyant le statut de sujet à l'individu. Il est vrai que certains textes relatifs aux droits fondamentaux accordent un tel statut aux individus⁷⁸, mais il s'agit là de l'exception. Alors que les droits et libertés concernent au premier chef l'individu, le droit international ne peut octroyer le statut de sujet à

⁷⁷ Pavlos ELEFThERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, p. 250.

⁷⁸ Par exemple, la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953), qui donne un droit d'action à tout individu (y compris toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers) victime d'une violation de ses droits et libertés (article 34). Avant de se pourvoir devant les instances européennes, il doit d'abord avoir épuisé ses recours internes (article 35(1)).





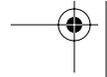
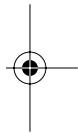
VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

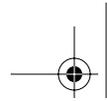
celui-ci au risque de perdre son essence et son objet, à savoir un droit par et pour les États.

Les droits de la personne apparaissent donc comme une catégorie juridique hybride, voire *sui generis*⁷⁹. Empruntant imparfaitement au droit international et aux droits nationaux, les droits de la personne semblent constituer un ensemble original qui peut très bien constituer les premiers composants d'un droit cosmopolitique. Le cosmopolitisme reconnaît aux individus le statut de sujet dans la sphère internationale : l'individu est alors en mesure de faire valoir ses droits à l'encontre de l'État dont il est le national mais, également, de tout autre État qui aurait attenté à ses droits et libertés. On sait que les droits de la personne s'intègrent souvent mal dans les catégorisations juridiques nationales ou internationales et que la mondialisation et les développements importants connus par cette matière au plan international ont rendu cette catégorisation encore plus difficile. Le droit cosmopolitique permet, semble-t-il, d'atténuer ces difficultés conceptuelles et de faciliter la reconnaissance et l'exercice des droits fondamentaux. Afin d'assurer un déploiement conséquent du droit cosmopolitique et de sa dimension « droits de la personne », il importe de garantir son application effective. C'est ici qu'intervient la question de l'*institutionnalisation* du droit cosmopolitique.

Auparavant, il s'avère utile d'apporter deux précisions : sur l'expression « droit cosmopolitique », puis sur son effectivité. Tout d'abord, il faut bien comprendre que l'expression « droit cosmopolitique » ne doit pas faire illusion. Autrement dit, même si l'interprète ne croit ni en la plausibilité d'un droit cosmopolitique qui se hisserait aux côtés des droits nationaux et du droit international, ni dans les soubassements théoriques du cosmopolitisme, cela importe peu puisqu'il ne s'agit pas de défendre un corps de doctrine, mais plutôt de faire état de phénomènes globaux dont personne ne peut nier la réalité. Ainsi, on peut vouloir récuser, sur un plan théorique, le *cosmopolitisme*, mais il est difficile de nier la *cosmopolitisation*

⁷⁹ L'expression est pratique pour le juriste. Lorsque ce dernier n'est pas en mesure de catégoriser ou de classer un phénomène, une matière, une situation, il précise alors qu'il s'agit d'un cas *sui generis*.



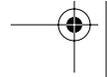


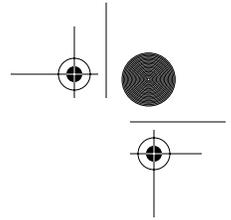
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

dont nous sommes tous témoins et qui se compose de ces phénomènes déjà évoqués, dont les droits de la personne ne sont qu'un avatar. Ces phénomènes sont irréductibles et posent au droit moderne des problèmes conceptuels insolubles. La solution passe par une adaptation, une actualisation des principes juridiques présents. Le droit cosmopolitique constitue une solution possible. Il est vraisemblable que d'autres solutions soient recevables en lieu et place ou simplement en complément du cosmopolitisme : dans tous les cas, elles devront prendre acte des limites du droit moderne et projeter des moyens juridiques susceptibles de répondre, à l'instar du droit cosmopolitique, au développement des interdépendances et à l'insignifiance croissante des frontières nationales au plan normatif. Bref, l'étiquette doctrinale a peu d'importance, c'est la prise en compte des réalités contemporaines, peu amènes avec la souveraineté, qui doit primer. Deuxièmement, on peut croire qu'invoquer l'effectivité du droit cosmopolitique, c'est ramener celui-ci à une simple catégorie du droit positif et, ainsi, tomber dans le piège du positivisme alors que le pluralisme juridique est au cœur de l'idée même du droit cosmopolitique et de son avancée. L'effectivité a longtemps été ramenée à la *sanction* que seul l'État peut infliger. Ainsi, seule une règle émanant de l'État, et donc susceptible de sanction par lui, se voit reconnaître une effectivité dans une approche positiviste. Il existe pourtant plusieurs modes d'effectivité qui n'ont rien à envier à la sanction étatique⁸⁰. On ne saurait donc ramener l'effectivité à la seule sanction par l'État. Par conséquent, rechercher des modes d'effectivité pour le droit cosmopolitique ne peut être interprété comme une volonté de répondre aux exigences du positivisme juridique. Il s'agit uniquement de chercher à rendre opératoires des règles de droit qui présentent certaines particularités au regard de la dogmatique nationale.



⁸⁰ Lire, par exemple, Oran R. YOUNG, *Compliance and Public Authority. A Theory with International Applications*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1979; Michael BARKUN, *Law without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community*, New Haven, Yale University Press, 1968.





E. Institutionnalisation du droit cosmopolitique

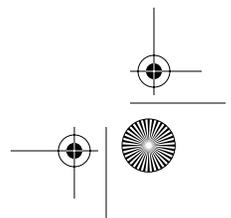
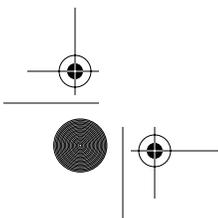
L'effectivité du droit cosmopolitique, dans sa dimension des droits de la personne entre autres, commande son institutionnalisation. L'observateur contemporain ne peut manquer de noter que plusieurs instruments internationaux de protection des droits humains ne sont pas toujours respectés en raison de mécanismes déficients, voire parfois inexistant, de mise en œuvre et, surtout, de sanction. Les droits sont consacrés, mais aucun dispositif n'est mis en place afin d'en garantir le respect et la sanction en cas de violation. Il importe alors d'instituer des garanties propres à remédier à ces tristes situations. L'institutionnalisation du droit cosmopolitique répond également à un autre impératif : celui de sortir les États de l'état de nature afin de garantir la paix et la sécurité mondiales.

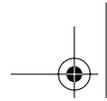
Qu'entendre par le terme « institutionnalisation » ? L'institutionnalisation suppose l'implantation ou l'ajustement de structures susceptibles d'encadrer et d'engager les différents États. Sans le réduire à une seule question d'institutionnalisation, le droit cosmopolitique « a besoin des institutions qui peuvent le rendre effectif, lui garantir son existence et réaliser ses objectifs »⁸¹. Pour Habermas, l'Organisation des Nations Unies et ses constituantes peuvent fonder une telle armature institutionnelle à condition d'en modifier les règles constitutives afin d'engager juridiquement, sous peine de sanctions, les États membres⁸². C'est ici qu'Habermas dessine une distinction entre le droit international, qui institue une simple relation contractuelle entre les États, et le droit cosmopolitique qui peut faire office de constitution mondiale⁸³. La Charte des Nations Unies illustre, d'une certaine manière, cette transition vers une constitution cosmopolitique puisqu'elle porte en germes celle-ci ;

⁸¹ Bjarne MELKEVIK, « Le droit cosmopolite. La reformulation habermasienne », (1999) 21 *Universitas Iuris* 1, 13.

⁸² Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 51-54.

⁸³ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 52.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

la situation actuelle présentant les caractéristiques d'une transition du droit international vers le droit cosmopolitique⁸⁴. Une constitution cosmopolitique instituerait cette fédération des États chère à Kant. Mais là où Kant voyait une fédération d'États libres, le modèle cosmopolitique d'Habermas se distingue en ce qu'il poursuit l'idée d'un État de droit global qui embrasserait les actuels États-nations en les soumettant à des obligations juridiques strictes. Cet État de droit global est démocratique et ce point primordial fixe la question de la légitimité des obligations auxquelles sont soumis dorénavant les États-nations⁸⁵. L'État de droit global, qui se manifeste sous la forme d'une institution mondiale, de la nature de l'Organisation des Nations Unies, doit assurer que la légitimité juridique insatisfaisante des organisations internationales actuelles se transforme en faisant du droit cosmopolitique « la pierre angulaire d'une légitimité juridique mondiale »⁸⁶. Au-delà de l'institution et dans la conformité du modèle communicationnel d'Habermas, cet État de droit est d'abord la communauté des cosmopolites pour laquelle il importe, puisque les États peuvent être des obstacles au droit cosmopolitique en raison de leur prétention à l'exclusivité démocratique, de développer un espace public mondial qui thématiserait les grands problèmes globaux contemporains et ferait ainsi pression sur les États-nations réfractaires⁸⁷. Il reste, bien entendu, une multitude de détails à régler, certains majeurs comme le mode de fonctionnement de cet « État de droit », la manière exacte dont sont prises les décisions, le mode de nomination de ses agents, les

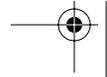


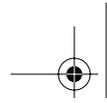
⁸⁴ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 64.

⁸⁵ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 114-115.

⁸⁶ Bjarne MELKEVIK, « Le droit cosmopolite. La reformulation habermasienne », (1999) 21 *Universitas Iuris* 1, 16.

⁸⁷ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 43-47. Cet État de droit est, en effet, d'abord l'affaire des cosmopolites, comme le souligne Habermas à la page 57 : « Bien au contraire, la clef du droit cosmopolitique réside dans le fait qu'il concerne, par-delà les sujets collectifs du droit international, le statut des sujets de droit individuels, fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux ».





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

rapports et relations entre celui-ci et les États-nations⁸⁸, les autres sources possibles d'un droit cosmopolitique, etc. Le droit cosmopolitique, chez Habermas, se profile « comme un droit assurant le projet et l'horizon d'un espace public à l'échelle globale pouvant thématiser démocratiquement les enjeux qui confrontent l'humanité aujourd'hui et une assise juridique aux résultats et aux institutions mondiales »⁸⁹.

David Held propose également l'élaboration d'exigences institutionnelles propres à faciliter le déploiement d'un droit cosmopolitique. Ainsi, au plan juridique, Held avance que le cosmopolitisme postule un ordre juridique global au sein duquel tous les individus sont égaux : *legalis homo*, au cœur du cosmopolitisme juridique, est un individu « free to act by law, free to ask for and expect the law's protection, free to sue and be sued in certain courts »⁹⁰. Plus précisément, le cosmopolitisme demande l'inclusion en droit d'une nouvelle charte des droits politiques, sociaux et économiques, un système judiciaire global interrelié dont la juridiction couvre les droits civil, criminel et commercial et, finalement, l'assujettissement des États à la Cour internationale de justice (CIJ) et à la Cour pénale internationale (CPI)⁹¹. Ces pièces du jeu cosmopolitique doivent certes permettre une effectivité accrue des droits humains, mais également une meilleure fondation d'un droit qui aurait vocation à régir la nouvelle donne provoquée par la mondialisation, la

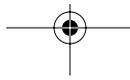


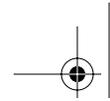
⁸⁸ Melkevik précise qu'une réponse à cette interrogation s'esquisse dans l'œuvre d'Habermas : « Le droit cosmopolitique devient un enjeu de tout droit national et devient également un miroir permettant d'évaluer ce droit national ». L'auteur ajoute à la même page : « Le droit cosmopolitique assure, comme dans la conception d'un droit national chez Habermas, une production continue d'arguments et de raisons dans les espaces publics disponibles. Le droit cosmopolitique est, de cette façon, un objet de controverses, de batailles et de combats en vue de le réaliser », Bjarne MELKEVIK, « Le droit cosmopolite. La reformulation habermasienne », (1999) 21 *Universitas Iuris* 1, 18.

⁸⁹ Bjarne MELKEVIK, « Le droit cosmopolite. La reformulation habermasienne », (1999) 21 *Universitas Iuris* 1, 20.

⁹⁰ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 34. L'expression *legalis homo* est de David Held.

⁹¹ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 34.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

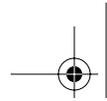
globalisation des échanges et des mouvements (personnes, informations, capitaux, etc.), les interdépendances et les destins de plus en plus croisés des communautés humaines.

Le cosmopolitisme juridique est incomplet sans considérations politiques sur la gouvernance de la *cosmopolis*. Puisque dans cette configuration les États sont appelés à un rôle moindre dans la gouvernance des affaires, il faut prévoir un mode de gouvernance locale, régionale et globale avec des institutions propres à remplir chacun de ces rôles. Il est entendu que l'État conserve un rôle essentiel dans la gouvernance, mais une pleine reconnaissance du polycentrisme, prenant acte des interdépendances et d'un monde de communautés aux destins croisés, commande une allocation du pouvoir aux niveaux local, régional et global fondée sur les caractéristiques des champs ou des questions à réguler. Ainsi, par exemple, les questions relatives au réchauffement de la planète demandent d'être traitées et décidées au plan global. De même, c'est au niveau local qu'il importe de traiter et de décider la question d'un plan d'urbanisme pour une ville comme Montréal ou Bruxelles. Le principe de subsidiarité, redécouvert dans le contexte du droit européen, est sans aucun doute d'une grande utilité dans les cas de compétences non exclusives⁹². Il permet une meilleure



⁹² Sur le principe de subsidiarité en droit européen, lire Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2005, p. 323 à 334 ; Philippe BRAULT, Guillaume RENAUDINEAU et François SICARD, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Documentation française, 2005. Sur ce principe, on peut dire : « La notion de subsidiarité repose sur l'idée selon laquelle les compétences doivent être exercées au niveau le plus proche possible des citoyens. Ce n'est que s'il n'est pas possible de traiter une question de façon satisfaisante à ce niveau qu'il y a lieu de la porter à un niveau plus élevé », Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 148 et 149. Sur l'exercice de ce principe en droit européen où des compétences sont en principe définies et octroyées, le professeur Jacqué ajoute à la page 153 : « La subsidiarité [...] est un principe régulateur de l'exercice des compétences. Elle n'a aucune incidence sur l'existence de celles-ci, mais permet de déterminer si une compétence existante peut ou non être exercée. Il en résulte que le principe de subsidiarité n'est pas applicable aux compétences exclusives par nature puisque, dans ce cas, la compétence doit être exercée par la Communauté.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

adéquation entre la question à traiter et l'action à entreprendre lorsque la compétence à exercer n'est pas clairement attribuée. Le principe de proportionnalité, qui veut, en droit européen, que l'action entreprise n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis⁹³, peut également être appelé à jouer un rôle dans l'appréciation des mesures prises pour traiter une question. Il vise à éviter l'adoption de normes qui, bien que s'inscrivant dans la compétence octroyée, dépasse par leur portée la nature de la question à régir. Il y a une sorte de *débordement* normatif. Le polycentrisme, parce qu'il suppose une diffusion des centres du pouvoir, réclame l'institution de tels principes propres à permettre une meilleure *lubrification* de l'exercice du pouvoir et des responsabilités. Il est clair qu'il est impossible de *tout* prévoir dans une configuration cosmopolitique. Tâche tout aussi chimérique dans un contexte national.

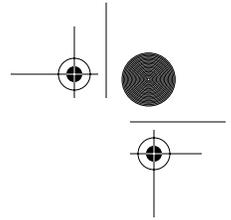
Au plan institutionnel, il apparaît aussi indispensable de mettre sur pied des organisations transnationales ou, à tout le moins, d'ajuster le mandat des organisations existantes afin qu'elles implémentent leur nouveau rôle cosmopolitique. Il importe alors de prévoir une gouvernance à plusieurs plateaux (local, régional, global) et une diffusion du pouvoir (polycentrisme), un réseau de foyers démocratiques du local au global afin de faciliter le dialogue, des régions politiquement plus responsables et la mise sur pied d'une



L'enjeu de la subsidiarité est donc de savoir si, dans un domaine de compétence non exclusive, la Communauté peut agir ou si elle doit laisser les États membres régler la matière ».

⁹³ Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 159. L'auteur ajoute à la page 160 à ce propos : « La subsidiarité vise à déterminer si la compétence doit être exercée. La proportionnalité intervient, une fois prise la décision d'exercer la compétence, pour déterminer l'étendue de la législation. Il s'agit notamment d'éviter l'excès de réglementation communautaire et d'examiner en conséquence s'il n'existe pas d'autres moyens d'atteindre les objectifs de la Communauté en entraînant des contraintes moins fortes que la législation proposée pour les destinataires de celle-ci ». Lire également Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2005, p. 334 à 338.





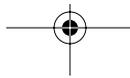
force militaire efficace, comptable de ses actions, prête à agir en dernier recours pour assurer la protection du droit cosmopolitique⁹⁴.

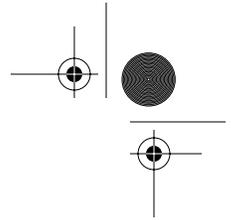
David Held poursuit sa réflexion institutionnelle en précisant que celle-ci exige également des mesures relatives à un cosmopolitisme économique et culturel. Le problème des inégalités économiques dans l'ordre libéral international doit être résolu afin d'assurer un plein exercice des droits politiques par *tous* les cosmopolites. Une connexion doit s'établir entre les droits de la personne et le droit économique international afin de faire figurer sur le même pied, d'une part, droits politiques et libertés formelles et, d'autre part, droits économiques et sociaux. Le cosmopolitisme économique doit augmenter les chances de chacun d'améliorer sa situation économique. Held se montre ambitieux lorsqu'il affirme que l'intervention politique dans l'économie est nécessaire, voire indispensable, pour assurer le respect des principes du cosmopolitisme, notamment quand l'action économique entraîne des dommages à l'environnement ou à la santé ou pour garantir l'observance des principes afférents à l'autonomie des individus⁹⁵. Il faut aussi penser à instaurer une taxation globale afin de permettre un transfert de ressources vers les plus démunis afin de protéger et d'améliorer leur participation citoyenne⁹⁶. Quant au cosmopolitisme culturel, il s'agit de créer les conditions d'un dialogue et d'une médiation entre les diverses traditions culturelles nationales, les communautés et les styles de vie. Cela passe par la reconnaissance d'une connexion croissante des communautés politiques dans les domaines sociaux, économiques et environnementaux, le déve-

⁹⁴ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 35.

⁹⁵ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 36. Sur ce thème, lire les réflexions plus poussées de l'auteur dans : David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 239 et suiv.

⁹⁶ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 37. Sur le thème des conditions de vie minimales pour un exercice significatif des droits, lire également Martha NUSBAUM, « Human Functioning and Social Justice. In Defence of Aristotelian Essentialism », (1992) 20 *Political Theory* 208.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

loppement d'une compréhension et d'un entendement généraux pour trouver des solutions communes aux problèmes collectifs et l'apologie de la différence, de la diversité et de l'hybridité⁹⁷.

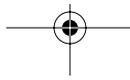
Ces propositions de Habermas et de Held, relatives à une institutionnalisation du cosmopolitisme, contribuent à rendre plus concrète l'idée d'un droit cosmopolitique. On décèle dans ces propositions l'architecture possible d'une normativité qui n'appartient déjà plus aux ordres juridiques national et international. Il s'agit bien sûr des grandes lignes d'un projet cosmopolitique. Il apparaît difficile, pour le moment, d'aller dans les détails les plus fins d'un tel projet. On y perçoit malgré tout les grandes tendances agitant la réflexion juridique au regard des phénomènes de la mondialisation, des interdépendances croissantes et des limites de la norme moderne et du droit international. Aux fins de poursuivre notre analyse du droit cosmopolitique, il s'avère profitable de chercher à en définir plus avant le contenu.

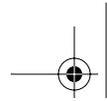
F. Droit européen

Si on reconnaît l'actualité du droit cosmopolitique, il faut bien admettre sa nature encore simplement ébauchée. Si les droits de la personne en constituent les premiers composants, quels seraient les autres composants de ce droit en devenir ? On pourrait sans doute renvoyer le lecteur aux multiples déclarations relatives à l'État de droit et à la nature démocratique des régimes politiques, consacrant un véritable droit commun global des impératifs démocratiques et du bon gouvernement⁹⁸. Par ailleurs, on retrouve souvent dans la doctrine une référence au droit européen comme exemple de constitution d'un droit cosmopolitique. La jurisprudence des Communautés a reconnu à cet égard que le droit communautaire formait un nouvel ordre juridique qui n'appartient ni à

⁹⁷ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 38.

⁹⁸ Lire Thomas M. FRANCK, « The Emerging Right to Democratic Governance », [1992] 86 *The American Journal of International Law* 46 qui affirme l'émergence d'un « droit à la démocratie » en droit international.

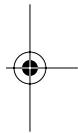




MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

l'ordre national ni à l'ordre international⁹⁹. Nous sommes dès lors en présence d'un tiers ordre juridique distinct dans lequel les sujets de droit sont les États *et* les personnes physiques ou morales.

L'Union européenne n'est ni un État, ni une organisation internationale. Elle n'est pas un État car elle ne correspond pas aux caractéristiques strictes de l'État que sont un territoire, une population et un exercice de souveraineté sur ceux-ci. L'Union ne possède pas de territoire. Les individus peuvent être des citoyens de l'Union, mais appartiennent d'abord à leur État et il ne saurait être question d'acquérir la citoyenneté européenne : la citoyenneté de l'Union se superpose à la nationalité de l'individu¹⁰⁰. Pour ce qui est de la souveraineté, elle semble partagée entre l'Union et les États membres : les États membres ont cédé des éléments de leur souveraineté à l'Union qui exerce, en plénitude, ces compétences octroyées par traité. Pour le reste, les États membres demeurent souverains dans ces champs de compétence qui n'ont pas été cédés. L'Union européenne ne possède pas non plus les attributs d'une organisation internationale. La Cour de justice des Communautés européennes évoquait, dans les années 60, un nouvel ordre juridique de droit international en parlant des Communautés pour opérer un changement de vocabulaire plus récemment et évoquer simplement un nouvel ordre juridique¹⁰¹. Au surplus, une étude des particularités propres à l'Union européenne démontre que « l'on est en présence d'un phénomène qui ne répond plus à la notion traditionnelle d'organisation internationale »¹⁰². L'Union est beau-

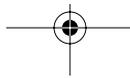


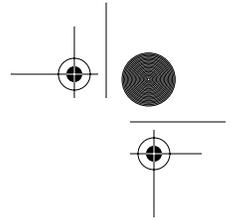
⁹⁹ Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 104.

¹⁰⁰ Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 94. Sur l'idée d'un État européen, lire Glyn MORGAN, *The Idea of a European Superstate. Public Justification and European Integration*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

¹⁰¹ Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 97.

¹⁰² Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 97. Lire aussi Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, Litec, 2005, p. 40 et suiv.





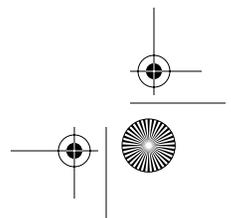
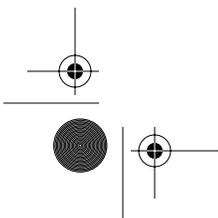
VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

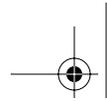
coup plus qu'une simple organisation intergouvernementale : dans son ordre juridique, les citoyens de l'Union sont des sujets de droit et les normes communautaires sont d'application directe. Il n'est pas dans notre intention de contribuer aux nombreuses polémiques doctrinales relatives à la nature juridique exacte de l'Union européenne. Plus simplement, ces quelques remarques permettent de constater que le droit européen n'est ni national, ni international. Il forme une catégorie à lui seul. Ainsi, l'Europe offre les trois régimes juridiques, que Kant identifiait au support de ses trois articles définitifs sur la paix perpétuelle : des règles élaborées et appliquées au plan national (législations nationales dans chacun des vingt-sept pays européens), des règles élaborées et appliquées au plan international (les traités et conventions constitutifs des communautés européennes) et des règles élaborées et appliquées entre les deux plans, « originating irrespective of boundaries and applying domestically without their pedigree being questioned »¹⁰³. On peut alors avancer que le système juridique de l'Union européenne apparaît comme une synthèse de constitutions nationales, de conventions internationales et de droit cosmopolitique qui s'applique sans égard aux hiérarchies classiques des sources du droit et à la souveraineté nationale¹⁰⁴. De plus, le droit cosmopolitique européen consacre l'individu comme sujet de droit. Celui-ci peut invoquer le droit européen à l'encontre de son État ou d'un État étranger advenant une violation des droits qui lui sont concédés par l'Union. L'analogie est tentante. L'Union européenne n'est-elle pas cette fédération d'États productrice d'un corpus normatif original et distinct attribuant des droits aux personnes opposables aux États ?

L'exemple européen est également très instructif pour ce qui touche l'interprétation et l'application du droit cosmopolitique. Nous avons déjà dit que le droit cosmopolitique se compose notamment des principes fondamentaux qui ressortissent aux droits de la personne et à l'idéal démocratique. On pourrait y ajouter le droit

¹⁰³ Pavlos ELEFThERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, p. 259.

¹⁰⁴ Pavlos ELEFThERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, p. 259.





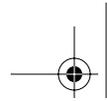
européen qui a parfaitement intégré ces principes. L'interprétation des principes du droit cosmopolitique par les tribunaux nationaux devrait laisser une large place aux idiosyncrasies nationales. Autrement dit, l'autonomie des nations dans l'interprétation de ces principes devrait être maintenue au nom même du cosmopolitisme. On doit leur reconnaître une marge d'appréciation. L'exemple européen ouvre la voie : les pays membres de l'Union européenne se sont certes entendus sur toute une série de principes, mais conservent une autonomie dans l'interprétation et l'application de ces principes en autant que cette marge s'inscrive dans les limites générales de ceux-ci¹⁰⁵. Ainsi, à une pluralité de centres ou de foyers producteurs de droit (fondant les principes) correspond une pluralité d'interprétations du droit (dialogisme).

G. Normes alternatives

Le droit cosmopolitique pourrait également être composé des nombreuses normes produites par l'action de la mondialisation et de la globalisation des échanges. Ces normes échappent à l'empreinte étatique en ce qu'elles sont souvent le fruit d'une action régulatoire privée ou semi-publique, en tous les cas non strictement étatique. Bref, ces règles que les acteurs se donnent afin de faciliter et de sécuriser leurs rapports juridiques. On peut penser, par exemple, à la *lex mercatoria*. Peut-on soutenir que la *lex mercatoria*, c'est-à-dire ces règles que les opérateurs économiques se donnent dans le cadre de leurs activités commerciales, constitue une composante du droit cosmopolitique ? La même question peut se poser au regard de la *lex electronica*, c'est-à-dire de ces règles que les internautes et les marchands se sont données pour faciliter

¹⁰⁵ Pavlos ELEFThERIADIS, « Cosmopolitan Law », (2003) 9 *European Law Journal* 241, p. 262 et 263. La marge d'appréciation, développée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, permettrait de « conjuguer l'universalisme des droits de l'homme avec le relativisme des traditions nationales » : Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, p. 15. Lire aussi Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, p. 15 et 16 et 406.





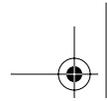
VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

leurs transactions et autres opérations informationnelles dans le cyberspace. Toute une industrie normative s'est mise en place ces dernières années afin de tenir compte de la mondialisation et de pallier les limites de la norme moderne et de sa dépendance aux frontières nationales. Si nous confrontons tous ces types de normes à la définition du droit cosmopolitique proposée plus haut, il n'est pas sûr que ceux-ci puissent correspondre à celle-là. On pense, en particulier, à cette préséance du droit cosmopolitique sur tous les autres types de normes. Rien ne nous empêche de modifier légèrement cette définition et de soutenir que les normes relatives aux droits de la personne et à l'appareillage démocratique doivent certes se voir reconnaître une prépondérance par rapport aux autres normes, mais qu'il existe possiblement des règles qui, sans revêtir ces attraits, constituent malgré tout des normes à vocation cosmopolitique puisqu'elles ne sont ni nationales, ni internationales, qu'elles ont les individus comme sujets de droit et qu'elles régissent en général des situations ou des circonstances transnationales. Si tel est le cas, il sera alors sans doute nécessaire de réviser quelque peu notre définition du droit cosmopolitique. Il conviendra alors également de se pencher sur les rapports d'internormativité qui peuvent (ou pourront) se nouer entre les règles du droit cosmopolitique et les autres règles des droits nationaux et du droit international. Quelle est la nature de ces rapports, si rapports il y a ?

H. Nouvelle souveraineté

La cosmopolitisation du monde induit une nouvelle réflexion autour du thème de la souveraineté. Elle nous invite à réviser nos conceptions de la souveraineté en proposant comme moyen de révision le droit cosmopolitique. Dans un monde cosmopolitique, il faut arracher la souveraineté à son ancrage national et territorial : l'État n'en est plus le seul titulaire. La souveraineté doit se décliner au pluriel : les souverainetés. Ainsi, on peut considérer une multiplicité de souverainetés qui s'explique dans les polities locales, régionales, urbaines ou les différents réseaux globaux. La souveraineté devient polycentrique au sens où elle est diffusée parmi plusieurs centres de pouvoir et de décision. Toutes ces polities sont autonomes dans l'exercice de leurs compétences. Leur autonomie





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

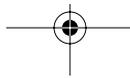
doit cependant s'inscrire dans le cadre général du droit cosmopolitique¹⁰⁶. Ce dernier fixe donc un encadrement à l'intérieur duquel les polities sont souveraines. Leur marge d'appréciation est importante mais, à l'instar des États membres de l'Union européenne, elle ne doit pas outrepasser ce cadre général que constituent les principes fondamentaux du droit cosmopolitique. Ces derniers clôturent en quelque sorte la marge souveraine des polities cosmopolites. Cette conception de la souveraineté peut sans doute choquer ses dogmatistes puisqu'elle ne semble pas accorder à un chef l'autorité finale et suprême. Le mythe du chef, si prégnant dans l'imaginaire humain, celui qui statue, dirige, guide et conclut dans une manière mêlant mystique et politique, celui-là semble se dissiper lentement sur les rivages du cosmopolitisme¹⁰⁷. Pourtant, cette conception ne le fait pas disparaître complètement puisqu'il gouverne toujours sa politie. Ce qui disparaît peut-être, si cela a jamais existé, c'est cette idée d'un pouvoir unique, absolu et incontestable qui ne se partage pas. Le pouvoir est non seulement diffusé dans les diverses polities, assurant tantôt une décentralisation, tantôt une centralisation conformément au principe de subsidiarité, mais il est également exercé d'une manière plus immédiate par des assemblées de citoyens aux différents niveaux et par une démocratie participative active¹⁰⁸. Des réseaux de polities se mettent en place, qui

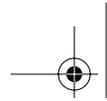


¹⁰⁶ David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 234.

¹⁰⁷ Sur le dogme selon lequel la souveraineté ne peut être partagée, voir Thomas W. POGGE, « Cosmopolitanism and Sovereignty », (1992) 103 *Ethics* 48, 59 et 60, pour lequel « Law-governed coexistence is possible without a supreme and unconstrained agency ».

¹⁰⁸ David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 234 et 235. Sur la démocratie participative, lire la bonne introduction de Dominique LEYDET, « Introduction à un numéro spécial sur la démocratie délibérative », (2002) 29 *Philosophique* 175. Leydet écrit à la page 175 : « [...] la démocratie délibérative a pour centre de gravité la notion de délibération publique. Son intuition fondamentale est que la délibération, à la différence d'autres procédures de décision collective, est une méthode qui engage ses participants à poser ensemble la question de leur bien commun. Si certaines conditions sont satisfaites, elle peut produire des décisions que les citoyens

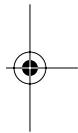




VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

comprennent les États puisque ces derniers jouent encore un rôle essentiel, assurant une meilleure répartition des pouvoirs et des responsabilités au regard des défis majeurs suscités par les interdépendances et la gestion des risques globaux. On peut aussi parler d'une souveraineté *distribuée* qui, là aussi, reflète mieux l'exercice du pouvoir et la création de normes adaptés aux réalités contemporaines des activités humaines et des conditions environnementales¹⁰⁹.

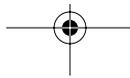
Qui peut déterminer si une politique a outrepassé les principes fondamentaux du droit cosmopolitique dans l'exercice de ses compétences ? Là aussi, ce rôle ne semble pas devoir être attribué à une seule autorité. On doit postuler que les autres politiques peuvent s'intéresser à ces excès de pouvoir tout comme les tribunaux judiciaires et les assemblées citoyennes de la politique concernée. Cette pluralité de foyers de juridicité et d'interprétation des normes dans un modèle cosmopolitique renvoie aux théories du réseau¹¹⁰ grâce auxquelles on peut imaginer un enchevêtrement de nodules juridiques qui se répondent, dialoguent, négocient, se prononcent et statuent. Nous sommes loin de la pyramide normative et d'une vision du droit que les objectifs de cohérence, de prévisibilité et de hiérarchie ont rendu purement statique. Le contexte contemporain requiert une conception plus complexe que la pensée juridique moderne. Un droit en réseau suppose bien évidemment l'élaboration de règles d'internormativité permettant le dialogue, la négociation et la décision ; règles qui s'éloignent sans aucun doute des attributs de la norme moderne.

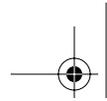


eux-mêmes reconnaîtront comme légitimes, parce qu'ils les jugeront correctes/meilleures/plus justes ou raisonnables. La délibération publique est ainsi le concept charnière qui permet de lier bien commun, justification et légitimité ».

¹⁰⁹ Thomas W. POGGE, « Cosmopolitanism and Sovereignty », (1992) 103 *Ethics* 48, 61 et suiv. Pour Pogge, une distribution verticale de la souveraineté doit être privilégiée pour les raisons suivantes : la paix et la sécurité, la réduction des oppressions, la justice économique globale et l'écologie.

¹¹⁰ Lire Manuel CASTELLS, *La société en réseaux*, 2^e éd., Paris, Fayard, 2001 ; François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

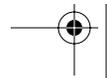
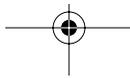
Le droit cosmopolitique peut également faire l'objet d'une approche atténuée au regard de la souveraineté en se concentrant sur les seuls droits de la personne et sur l'idéal démocratique. Dans la foulée des travaux de la Commission internationale sur l'intervention et la souveraineté¹¹¹ (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*) et de la conception de la souveraineté comme une responsabilité, selon laquelle les autorités de l'État sont responsables de protéger la sécurité et la vie de ses citoyens et d'assurer leur bien-être, il est permis d'imaginer que cette responsabilité de l'État soit devenue un standard minimum de la citoyenneté internationale¹¹². Il ne s'agirait pas encore d'une coutume mais plutôt d'une norme émergente consacrée par la pratique. Ainsi, un État, qui ne protégerait pas la vie et la sécurité de ses citoyens ou ne leur offrirait pas un environnement capable de permettre leur bien-être, pourrait se voir *retirer* sa souveraineté par la communauté internationale¹¹³. En effet, n'est-ce pas, dans la pratique actuelle, la communauté internationale qui, en reconnaissant la souveraineté d'un État émergent, la lui octroie *de facto* et *de jure* ? En poursuivant le raisonnement, certains en arrivent à affirmer que ce que la communauté internationale peut donner, elle peut également le reprendre : on assimile alors la souveraineté à un *permis* de diriger

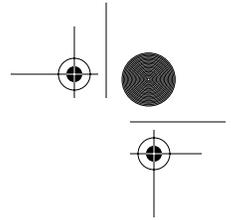


¹¹¹ Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de souveraineté des États, *La responsabilité de protéger*, Ottawa, CRDI, 2001. Disponible à : <<http://www.iciss.ca/report-fr.asp>> (dernière consultation : 1^{er} avril 2008). En anglais : Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, December 2001, International Development Research Centre, Canada. Disponible à : <<http://www.iciss.ca/report-en.asp>> (dernière consultation : 1^{er} avril 2008). Sur ce rapport, lire entre autres Gareth EVANS et Mohamed SAHOUN, « The Responsibility to Protect », (2002) 81 (6) *Foreign Affairs* 99.

¹¹² Holli THOMAS, « Cosmopolitan Sovereignty », Paper presented to the Australasian Political Studies Association Conference, University of Adelaide, 29th september, 1st October 2004, p. 15. Disponible à l'URL suivant : <http://www.adelaide.edu.au/apsa/docs_papers/Others/Thomas.pdf> (Dernière consultation : 1^{er} avril 2008).

¹¹³ Paul TAYLOR, « The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty », (1999) XLVII *Political Studies* 538, p. 558.





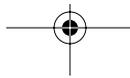
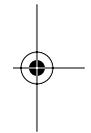
VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

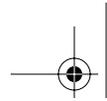
un gouvernement¹¹⁴ ! Le droit cosmopolitique serait donc constitué, dans ce cas de figure, des principes assurant la sécurité, la vie et le bien-être des citoyens d'un État, à savoir les droits et libertés de l'individu (droit à la vie et à la liberté, protection contre la torture, les fouilles, les saisies et les perquisitions, présomption d'innocence, droit à un procès équitable, liberté de conscience, etc.) et, sans doute, de certaines exigences relatives à la forme démocratique de gouvernement. La mise en œuvre et la sanction de ces principes et exigences seraient assurées par la communauté internationale qui, dans le cas où elle recouvrerait la souveraineté d'un État, assumerait en lieu et place de l'État défaillant les responsabilités et devoirs de gouvernement. C'est là une forme de ce droit ou devoir d'ingérence dont il est beaucoup question depuis plusieurs années¹¹⁵.

La prudence s'impose sans doute lorsqu'on veut faire du droit cosmopolitique un outil de légitimation d'une intervention armée ou de mesures punitives dans ou à l'encontre d'un État dont on affirmerait qu'il ne protège pas les droits et libertés de ses citoyens ou, pire, les viole et qui ne présenterait pas les nobles marques de la démocratie. Une instrumentalisation des droits de la personne, à des fins impériales, néo-coloniales ou paternalistes, n'est certes

¹¹⁴ « But there was a contrasting notion of sovereignty: that it could be envisaged as having a licence from the international community to practice as an independent government in a particular territory. Such a licence could be granted by the act of recognition of that government by other states, and a consensus amongst them that this should be done could be interpreted as an expression of the will of the international community », Paul TAYLOR, « The United Nations in the 1990s: Proactive Cosmopolitanism and the Issue of Sovereignty », (1999) *XLVII Political Studies* 538, 538.

¹¹⁵ Sur ce thème controversé, lire entre autres: Charles ZORGBIBE, *Le droit d'ingérence*, Paris, PUF, 1994; Olivier CORTEN et Pierre 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*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 1996; Alain PELLET, *Droit d'ingérence ou devoir d'assistance humanitaire?*, Paris, Documentation française, coll. « Problèmes politiques et sociaux », 1995; Marie-Dominique PERROT, *Dérives humanitaires – États d'urgence et droit d'ingérence*, Paris, PUF, 1994; Fernando R. TESON, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York, Transnational Publishers, 1988.





pas à exclure. N'avons-nous pas été témoins récemment d'interventions armées lancées dans le but de conduire à la liberté et à la démocratie ou dont l'objet affichait ostensiblement une dimension humanitaire¹¹⁶ ? Ulrich Beck parle d'un « faux » cosmopolitisme qui « instrumentalise la rhétorique cosmopolitique – celle de la paix, des droits de l'homme, de la justice mondiale – à des fins d'hégémonie nationale »¹¹⁷. En effet, ces thèmes offrent à l'Occident « l'armature idéologique nécessaire aux croisades économiques et militaires mondiales » et sont l'alibi parfait pour entreprendre des interventions humanitaires « qui ont permis l'avènement d'un “humanisme militaire” extrêmement ambivalent »¹¹⁸. La notion médiévale de guerre juste resurgit au gré d'une défense douteuse des droits de la personne et de la démocratie. Au Moyen Âge, « la guerre est juste si elle a pour but de supprimer un désordre d'où découlent des injustices »¹¹⁹. Ne sont-ce pas là les motifs invoqués pour justifier les interventions dites humanitaires ? Il importe

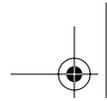
¹¹⁶ On peut penser à l'exemple de l'intervention anglo-américaine en Irak en 2003 dont l'objet, après une recherche futile d'armes de destruction massive, s'est mué en une généreuse donation de la liberté par les occupants au peuple irakien. On peut également songer à l'intervention au Kosovo en 1999. Gerry Simpson, dans son ouvrage, montre, entre autres, que les grandes puissances ont communément travesti leurs intérêts stratégiques dans des justifications relatives à la défense de la civilisation (au XIX^e siècle), des droits de l'homme et de la démocratie (au XX^e et aujourd'hui) et ont toujours prétendu parler et agir au nom de la communauté internationale : lire Gerry SIMPSON, *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2004.

¹¹⁷ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 53.

¹¹⁸ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 143. Beck ajoute, dans un autre ouvrage, que « [...] le régime des droits de l'homme est une arme à double tranchant. Il ne permet pas seulement de régler des conflits par-delà les frontières. Il ouvre aussi un boulevard aux “interventions humanitaires” dans d'autres pays », Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 96.

¹¹⁹ Véronique HAROUEL-BURELOUP, « Guerre », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 772. Sur ce thème, lire Guillaume BACOT, *La doctrine de la guerre juste*, Paris, Economica, 1989.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

donc d'interroger « les bonnes intentions cosmopolitiques en sondant leur apport émancipateur ou leurs abus »¹²⁰ et de soulever ainsi le débat d'une éthique du cosmopolitisme.

Ces craintes sont légitimes puisque, comme le souligne Habermas, les pays développés sont les seuls pour l'instant à pouvoir « s'offrir le luxe de mettre leurs intérêts nationaux en accord avec les critères normatifs qui définissent le niveau d'exigence à peu près cosmopolitique des Nations Unies »¹²¹. Pour les autres, le chemin peut paraître long. Les droits de la personne, noyau dur du cosmopolitisme, ne doivent donc pas être utilisés comme une arme par les pays développés afin d'asservir les autres d'une manière ou d'une autre. Pour combler ce redoutable écart dans le cheminement vers un droit cosmopolitique, Habermas préconise, comme à son habitude, le dialogue entre les protagonistes des trois mondes afin d'en arriver à une conscience partagée du cosmopolitisme, à un « accord normatif » sur les droits de la personne et à une entente sur la « conception de l'état de paix »¹²². Un processus d'apprentissage réciproque doit se manifester afin que le contenu du droit cosmopolitique ne soit pas l'enjeu de toutes les confusions, de tous les malentendus. Un tel processus répond à la nécessité d'une éthique du cosmopolitisme.

*

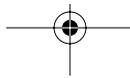
* *

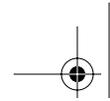
Ces quelques développements nous donnent une meilleure idée de ce que le droit cosmopolitique peut amener au modèle d'une gouvernance globale. Il ne faut pas perdre de vue que le droit cosmopolitique constitue d'abord une forme de droit mondial, c'est-à-dire une tentative de réponse aux immenses défis normatifs posés par la mondialisation, la croissance des interdépendances, les risques civilisationnels posés par et à l'homme... Une manière également

¹²⁰ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 97.

¹²¹ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 68.

¹²² Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 70.





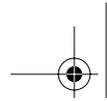
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

de donner un statut, une voix juridique à l'individu dans un monde qui se rapetisse et dans lequel les États se sont trop longtemps donné le seul et meilleur rôle. Le principe d'un droit mondial susceptible de pallier les insuffisances du droit international et des droits nationaux modernes n'est certainement pas une idée facile à proposer dans un univers modelé, voire hanté, par l'État-nation. Il faut aussi reconnaître, dans cette foulée, une certaine inconsistance du droit cosmopolitique, puisqu'un autre obstacle que celui de la nation se rencontre sur le chemin vers l'élaboration d'un droit mondial, à savoir le positivisme juridique qui tente d'obliger l'interprète à *penser* le droit à travers son prisme. Apprécier le droit cosmopolitique dans un cadre positiviste, c'est convenir inévitablement de son inconsistance, de son imprécision et, condamnation sans appel, de sa non-juridicité. On peut en rester là et conclure alors que ces immenses défis normatifs sont sans solution, puisque deux concepts phares de notre appareillage intellectuel s'y opposent. Bien entendu, une telle posture est indéfendable car elle nous condamne à une stagnation épistémologique. Le droit cosmopolitique est un droit en devenir ; il se compose de principes dont la juridicité paraît indéniable et qui sont déjà à l'œuvre. Pensons aux droits de la personne. Par ailleurs, un travail important reste certainement à accomplir afin de le parachever. C'est là un processus long. Le droit cosmopolitique recèle, dès maintenant, toutes les qualités propres à le transformer en un droit mondial capable de relever les défis et les risques de nos sociétés contemporaines. Avant d'en arriver là, il importe de débarrasser le droit de sa seule optique nationale.

III. LA DOGMATIQUE NATIONALE

Débarrasser le droit de sa seule optique nationale, c'est vouloir ouvrir le droit à d'autres perspectives. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'il faille éliminer ou autrement éradiquer les droits nationaux. Une telle proposition n'aurait strictement aucun sens. Le droit cosmopolitique se fonde sur le droit national pour assurer son déploiement ; il « devient un enjeu de tout droit national et devient également un miroir permettant d'évaluer ce droit natio-





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

nal »¹²³. Bref, les relations entre un droit mondial en devenir et les droits nationaux sont importantes et étroites sans pour autant faire disparaître une naturelle concurrence. Ces relations sont marquées par un dialogue internormatif.

Il importe, à ce stade, de distinguer, ainsi que nous y invite Ulrich Beck, d'une part, la perception que se font de la nation les acteurs sociaux (État, politiques, citoyens, ONG, etc.), ce qui constituerait l'« optique nationale » de ces protagonistes et, d'autre part, la conception et les perspectives de l'« observateur scientifique » dans ses travaux et recherches (politiste, juriste, économiste, sociologue, etc.), ce qui pourrait être désigné sous le vocable de « nationalisme méthodologique »¹²⁴. On se propose alors d'étudier d'abord sommairement la question du « nationalisme méthodologique » afin de bien percevoir les pièges, obstacles et autres difficultés qui se dressent sur la route du juriste qui essaie de penser hors du cadre national. Ensuite, il convient d'analyser les perceptions du cadre national par les acteurs sociaux afin de déterminer les moyens de faire sauter les obstacles épistémologiques qui, là encore, empêchent les acteurs de faire évoluer leur conception politique. Finalement, quelques mots sur la légitimité de l'action cosmopolitique au regard des postulats classiques de la légitimité dans les démocraties nationales.

A. Nationalisme méthodologique

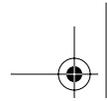
Le « nationalisme méthodologique » impose une vision territoriale de l'État et de la société qui le compose. Il y a une coïncidence des frontières sociales et territoriales tant et si bien que la vision des sciences sociales « repose sur l'opposition entre le national et l'international »¹²⁵. L'observateur est incapable de penser le monde à partir d'autres catégories que celles-là. Il ne peut envisager le monde que sur la seule base d'un découpage national comme s'il s'agissait

¹²³ Bjarne MELKEVIK, « Le droit cosmopolite. La reformulation habermasienne », (1999) 21 *Universitas Iuris* 1, 18.

¹²⁴ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 51.

¹²⁵ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 58.



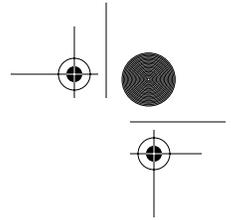


là d'une apodicticité et non d'un simple construit historique. Comment, en effet, accepter de considérer comme des facteurs externes les risques mondiaux liés à l'environnement ou au terrorisme, les normes mondiales relatives au trafic aérien, aux télécommunications ou à Internet, le rôle des acteurs supranationaux, etc. ? Ces facteurs constituent de véritables « variables internes » que les observateurs doivent prendre en compte dans leur appréciation *nationale*. Quelle est la valeur de cette démarcation au regard des impératifs scientifiques ? Comment analyser de manière acceptable les phénomènes de la mondialisation en se fondant sur des concepts et des notions scientifiques qui intègrent en leur sein ces délimitations territoriales que ces phénomènes justement ignorent ? L'approche nationale fait en sorte que l'observateur méconnaît ces phénomènes, qui sortent de son cadre habituel, ou les caractérise comme des signes de déclin¹²⁶. Le droit, puisqu'il se fonde et se déploie sur un territoire, représente un objet scientifique profondément marqué par le « nationalisme méthodologique ». Il faut bien reconnaître la nature inadaptée du droit moderne et son incapacité à répondre de manière adéquate et efficace aux défis de la mondialisation et au nouvel art de gouverner qui, lentement mais sûrement, se dessine.

La doctrine du positivisme juridique n'arrange évidemment pas les choses. Au contraire, elle exacerbe cette fascination nationale en investissant l'État-nation des plus grandes qualités démiurgiques seules capables de sécréter du droit : hors de l'État, point de droit. Il est, à l'heure actuelle, invraisemblable pour le juriste *lambda* d'imaginer un ensemble normatif où l'État-nation ne serait qu'un acteur parmi d'autres. Dans ces circonstances, on imagine les difficultés de celui-ci à concevoir un droit transnational qui ne repose pas sur une charpente étatique. La centralité de l'État-nation dans l'imaginaire et l'idéation juridiques finit par être la cause de graves difficultés d'appréhension et de compréhension des phénomènes décrits jusqu'ici. On tente sans cesse de recycler les mêmes concepts en les adaptant avec plus ou moins de succès à la nouvelle donne et souvent, en désespoir de cause, on en arrive à prôner une

¹²⁶ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 107.





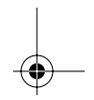
VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

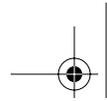
solution internationale, c'est-à-dire l'élaboration et la mise en œuvre d'un traité international en bonne et due forme, comme si l'addition de souverainetés étatiques pouvait répondre correctement aux apories et aux insolubilités juridiques qu'on a tenté sans succès de régler sur le seul terrain national. L'Internet a suscité de telles démarches. Cette incapacité de sortir du tandem « dehors/dedans » et de penser les phénomènes globaux sans chercher un point d'appui analogique national, nous entraîne vers une impasse conceptuelle où il sera difficile, voire impossible, de comprendre correctement les phénomènes de la mondialisation et d'y apporter une réponse satisfaisante. Dans le cadre du droit, qui nous occupe au premier chef, il devient nécessaire – mais est-ce suffisant ? – de cesser de raisonner en des termes strictement positivistes et d'ouvrir sa pensée vers un pluralisme juridique et un polycentrisme politique. Cette ouverture pose des problèmes très complexes, notamment d'internormativité. Ces difficultés ne devraient pas nous arrêter puisque le *statu quo* nous mène, répétons-le, vers une aporie.

Beck évoque, outre le cosmopolitisme bien entendu, deux concepts développés en sciences sociales en réponse aux phénomènes de la mondialisation : l'interconnectivité (*interconnectedness*) et la métaphore de la « liquidité ». Le concept de l'interconnectivité « rompt avec le nationalisme méthodologique en cela qu'il propose une approche théorique de l'enchevêtrement et de l'interdépendance croissants des espaces nationaux et qu'il les met en lumière sur le plan empirique »¹²⁷. Les États sont, en effet, contraints dans un écheveau d'obligations ou d'engagements politiques et juridiques qui pourrait constituer un système politique global à paliers multiples en émergence¹²⁸. Au-delà de ces obligations et engagements,

¹²⁷ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 158.

¹²⁸ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory*, 1, p. 17. Ulrick Beck apporte une critique au concept d'interconnectivité : « Néanmoins, il [le concept] reste en même temps tributaire du nationalisme méthodologique dans la mesure où il continue à prendre pour hypothèse fondamentale l'existence d'unités étatiques territoriales et de sociétés nationales, puisque ce sont précisément elles qui sont de





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

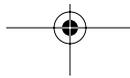
un faisceau croisé d'interdépendances se crée en raison des risques posés à la planète par l'action des hommes (armes de destruction massive, terrorisme, environnement, etc.) et de la nature (catastrophes naturelles ou causées par l'action des hommes). Ces circonstances font que le degré d'interconnexité et de vulnérabilité de tous ne peut que croître très rapidement et nous oblige à mettre en place un programme commun d'action politique fondé sur un cadre juridique général susceptible de permettre une réponse globale et efficace à ces risques majeurs¹²⁹. Selon la métaphore de la « liquidité », « les structures du monde social se dissolvent et se transforment en “flux” – flux humains, d'informations, de biens, de signes particuliers et de symboles culturels ». Devant ce qui semble être une indépendance de ces flux au regard de l'ordonnement national et international, Beck répond que « les espaces nationaux et leurs concrétions et manifestations institutionnelles continuent à former un centre de pouvoir structurant » et ajoute, dans un sens critique, que la métaphore des flux, parce qu'elle se fixe sur les nœuds, les réseaux, les mouvements « conduit à négliger l'analyse des relations de pouvoirs »¹³⁰. Ces deux propositions théoriques font bien ressortir la fluidité, la flexibilité, l'insaisissabilité, l'ondulation des rapports économiques, sociaux et politiques transnationaux. Ces rapports se font souvent par-dessus, en deçà ou à côté des États ; ils ne reconnaissent aucune frontière puisque leur nature y est insensible. Le droit doit s'inspirer de ces formules afin, lui aussi, de développer cette flexibilité, cette ductilité et cette adaptabilité caractéristiques des nouveaux phénomènes globaux.

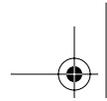


plus en plus liées et mises en réseaux », Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 158. Comme on voit qu'il est très ardu de se sortir du modèle national au plan de la méthode scientifique.

¹²⁹ David HELD, « Law of States, Law of Peoples : Three Models of Sovereignty », (2002) 8 *Legal Theory* 1, 23.

¹³⁰ Ulrick BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 159.





B. Optique nationale

Nous avons évoqué, en ouverture au cosmopolitisme, que des signes indéniables de cosmopolitisation de nos sociétés se faisaient jour sous l'influence croisée de l'activité humaine et de la nature. La cosmopolitisation prend la forme notamment des risques inquiétants qui menacent la planète : dégradation de l'environnement, changements climatiques, armes de destruction massive, terrorisme, danger du nucléaire, pauvreté, etc. Cette perception des risques « que la civilisation fait peser sur elle-même » peut lever « le verrou de l'optique nationale »¹³¹. Ces risques font prendre conscience de la nature globale des problèmes qui en sont la source et subvertissent les soutènements des systèmes politiques national et international, en exposant clairement leur inefficacité, voire leur insignifiance, dans la résolution active et diligente de ceux-ci. L'opinion publique nationale et mondiale n'est certes pas indifférente à la multiplication des risques que les activités humaines font peser sur les civilisations. Une théorie de la société mondiale du risque¹³² se met en place et permet de mieux saisir « les crises d'interdépendance » et « les rapports entre cette cosmopolitisation latente, imposée, et sa prise de conscience par l'intermédiaire des scandales qui frappent l'opinion publique mondiale »¹³³. La thèse de Beck est donc à l'effet que la prégnance du risque dans

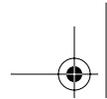


¹³¹ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 458.

¹³² Lire à ce sujet : Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier-Flammarion, 2003.

¹³³ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 70. Beck établit une distinction entre les risques financiers et les risques civilisationnels : « [...] les risques financiers provoquent une dépréciation de la propriété individuelle et des droits individuels de propriété, ce qui permet de les individualiser et de les nationaliser ; ils procurent aux mouvements de ré-ethnisation et de re-nationalisation des possibilités de pouvoir, et apportent donc de l'eau au moulin des opposants à la cosmopolitisation. À l'inverse, les risques civilisationnels alertent et renforcent la conscience de l'existence de normes globales, instaurent un espace public, rompent ainsi avec l'axiomatique nationale de la réflexion et de l'action, et offrent aux alliances cosmopolitiques, qui associent ONG, États et grands groupes, des





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

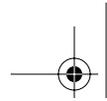
les sociétés contemporaines ne manque pas d'inquiéter l'opinion publique, de lui faire prendre conscience de la fragilité de sa propre sécurité et des nécessités conséquentes d'une action globale qui ne peut être le propre d'une seule nation. La société civile prend alors le relais par des stratégies militantes dont l'objectif est d'informer et de conscientiser les opinions publiques de la gravité des risques globaux. On peut reconnaître ici l'action d'organisations comme Greenpeace ou Médecins du monde. Contre toute attente, c'est la *perception* des risques et des dangers par l'opinion publique plutôt que l'objectivité même de ces dangers qui peut faire bouger les choses¹³⁴. Ainsi, cette perception alimentée par les médias et conjuguée à l'action des ONG, de certaines institutions internationales et même, parfois, de certains États et d'entreprises constituent des facteurs d'activisme ouvrant de nouvelles perspectives sur la nature des dangers des menaces civilisationnelles et les moyens de les freiner et, possiblement, de les enrayer. Ces moyens passent par une action globale que ne sont pas en mesure d'accomplir avec toute l'efficacité voulue les droits nationaux et international.

Au plan historique, la souveraineté première du souverain est judiciaire. Il doit conduire et administrer la justice. Au Moyen Âge, le mot « justice » n'a pas une acception aussi limitée qu'aujourd'hui. Rendre justice ne signifie pas simplement trancher un conflit dans le cadre d'un procès, c'est aussi assurer le bien-être et la prospérité du royaume et, à ce titre, c'est assumer l'un des rôles fondateurs de l'État : garantir la sécurité des citoyens. N'est-ce pas là également l'une des clauses premières du contrat social hobbesien : la sortie de l'état de nature, violent et inhospitalier, mène à une plus grande sécurité des uns et des autres grâce à cet État auquel on cède, en retour et pour paiement, des droits. L'histoire et la philosophie font donc de la sécurité l'une des premières missions de l'État. Au plan historique, le souverain s'est arrogé cette mission afin d'asseoir son pouvoir en offrant un bien rare pour l'époque. Dès cette épo-

possibilités d'action et de pouvoir d'un genre nouveau. » ; Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 199 et 200.

¹³⁴ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 466.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

que, la sécurité est devenue une *industrie* pour l'État qui y a eu recours régulièrement afin d'affermir sa souveraineté et y trouver un brillant prétexte pour établir une surveillance et un contrôle toujours croissants sur ses citoyens, leurs activités et leurs affaires. Or, l'État ne semble plus en mesure aujourd'hui d'offrir la sécurité à ses citoyens devant les menaces civilisationnelles qui pèsent de plus en plus sur eux. En d'autres termes, cette perception des risques par l'opinion publique « provoque l'écroulement du principe de légitimation propre à l'ordre national » : ainsi, puisque le souverain n'est plus capable d'assurer la sécurité de ses citoyens, « le devoir d'obéissance des citoyens », dans une logique hobbesienne, « s'éteint »¹³⁵. Le risque constitue alors une force irrésistible qui sape les fondements de l'autorité de l'État en faisant ressortir les incapacités de celui-ci à le juguler, le contrôler et le résoudre. La réponse au risque ne peut être simplement nationale, elle est d'abord cosmopolitique.

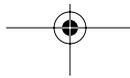
Si le risque est susceptible de desserrer l'étau de l'optique nationale, il peut permettre aux acteurs sociaux de percevoir l'inconsistance des réponses nationales aux dangers qu'il pose. L'optique devient plutôt cosmopolitique puisque dans ce contexte mondial de risques globaux et des dangers « produits par la civilisation, les anciennes distinctions entre le dedans et le dehors, entre le national et l'international, entre nous et les autres, perdent leur validité »¹³⁶. Il est clair que ce changement d'optique ne se fera pas instantanément ; il sera plutôt le fruit d'un processus discontinu, déjà entamé, dont l'accélération pourrait être soudaine dans le cas de réalisation des risques.

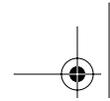
C. Sur la légitimité de l'action cosmopolitique

La question de la légitimité de l'action cosmopolitique s'inscrit dans le thème général de la dogmatique nationale. En effet, la légitimité politique touche dans nos sociétés nationales au cœur même

¹³⁵ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 464.

¹³⁶ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006, p. 32.





du dispositif démocratique. Il est naturel de se demander si le passage du national au cosmopolitisme ne s'accompagne pas « d'une modification des fondements de la légitimité de l'agir politique » : en effet, « un régime cosmopolitique n'est précisément pas un régime national projeté à grande échelle »¹³⁷. Il faut donc se demander si la légitimation du politique ne connaît pas une transformation de son assise.

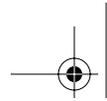
La légitimité repose sur le besoin de confiance et de certitude nécessaire à l'homme dans son action. Elle a un sens polysémique qui varie selon les époques où on l'étudie. Dans le champ politique, la légitimité « constitue un rempart contre le caprice ou l'anarchie, l'arbitraire ou l'insensé ; elle donne donc au Pouvoir sa plénitude et sa force » : le pouvoir n'est pas en effet seule puissance, de la nature de la force brute (ordre du fait), il est aussi de l'ordre du droit, dans la manifestation de l'autorité de gouvernement¹³⁸. Il importe alors « qu'il y ait dans le Pouvoir quelque chose qui soit au-delà du Pouvoir et qui le fonde en le justifiant »¹³⁹. Pour le positivisme juridi-

¹³⁷ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 111.

¹³⁸ Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 388.

¹³⁹ Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 388. Nous traiterons ici brièvement de la légitimité politique. Il existe aussi une légitimité juridique qui en est indépendante et aussi différente : on a souvent associé légitimité juridique et légalité, cette association traduisant « l'exigence de cohérence logique et rationalité des "modernes" a fait son réquisit premier », Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadriège », Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 929. Dans la foulée, Goyard-Fabre ajoute à la p. 930 : « Dans le temps de la rationalité moderne, tout pouvoir légitime s'inscrit donc, selon Weber, dans le cadre logico-formel de la régularité juridique de l'État ; selon le même schéma, tout acte juridique et toute conduite des citoyens trouvent leur légitimité dans leur conformité à la lettre des lois et des codes. Et, puisque le corpus des règles de droit découle de l'axiomatique technico-rationnelle sur laquelle repose l'ordre juridique, la notion de légitimité se caractérise par sa "neutralité axiologique" ».





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

que, la légalité apparaît comme l'étalon de la légitimité¹⁴⁰. En d'autres termes, le respect des formes et des procédures juridiques assure à une action sa légitimité, répondant ainsi à une rationalité légaliste. Cet argument est imparfait dans la mesure où il est invraisemblable que « la rationalisation résorbe la contingence factuelle historique, et elle ne peut, sans faute lourde, ignorer l'horizon des valeurs de justice » ; de même, cette légitimité rationnelle fait l'impasse sur « l'influence qu'exercent sur tout pouvoir "les génies invisibles de la Cité" que sont les traditions, les opinions et les sentiments »¹⁴¹. On ne saurait alors s'en remettre à une simple logique procédurale, une rationalité formelle pour fonder, de manière satisfaisante, la légitimité. Il semble bien que la viabilité d'un régime politique soit possible « si ses formes sont en accord avec les structures et les opinions de la société »¹⁴². Le peuple, ou du moins ses perceptions et ses attentes, deviennent le siège de la légitimité de l'action politique dans ces cas de figure. La légitimité n'est pas une affaire purement mécanique qui obéit à des formules protocolaires et rituelles typiques du champ juridique. Une légitimation de l'action politique ne saurait donc être produite par une procédure ; elle doit également se baser sur une acceptation sociale. On pense notamment au suffrage universel que Rosanvallon présente comme une légitimité *sociale-procédurale* ; formule qui sous-tend là encore

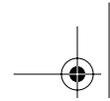


¹⁴⁰ Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 390. Goyard-Fabre fait état des trois figures de la légitimité identifiées par Max Weber : la « figure charismatique dominée par la valeur exemplaire d'une personnalité ; une figure traditionaliste obéissant aux vertus de l'« éternel hier » ; une figure rationnelle se fondant sur la désignation régulière de ceux qui gouvernent et sur la légalité de leurs décisions et de leurs actions », Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 929-930. Cette troisième figure, on l'aura compris, s'inscrit bien dans le positivisme juridique.

¹⁴¹ Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 932.

¹⁴² Simone GOYARD-FABRE, « Légitimité », dans Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 391.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

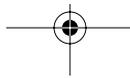
une certaine rationalité mécaniste¹⁴³. Mais l'association de la légitimité aux *desiderata* du peuple ne recèle-t-elle pas une autre forme de danger ? Celui notamment de faire reposer la légitimité sur les habituelles palinodies des peuples et ainsi de fragiliser l'exercice du pouvoir. La légitimation par le peuple du pouvoir n'entraîne pas fatalement un pouvoir légitime. Les dérives populaires ne sont pas un accident de l'histoire. La légitimité doit alors prendre appui sur un croisement de ce que l'on pourrait appeler une légitimité populaire, c'est-à-dire une légitimité de l'action politique reposant sur une adhésion du peuple proprement dit et des « génies invisibles de la Cité »¹⁴⁴ qui fondent une certaine historicité de la légitimité, et sur une rationalité légaliste qui permet à la légitimité de présenter une certaine neutralité axiologique. Cela dit, il faut reconnaître, avec Goyard-Fabre, les multiples résonances de la légitimité selon les époques.

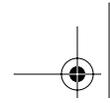
Nous savons bien que la mondialisation a pour effet de soustraire à la seule sphère nationale la possible résolution de certaines questions globales. L'État démocratique ne peut à lui seul apporter des solutions viables et efficaces à des problèmes de nature globale. La théorie démocratique, qui veut que seul l'État, représentant démocratique du peuple, puisse prendre des décisions touchant sa population est battue en brèche par les réalités de la mondialisation. En effet, la communauté nationale ne peut plus prendre seule des décisions qui, pourtant, affectent directement ses activités et son fonctionnement¹⁴⁵. Pour répondre à ce déficit démocratique qui ne peut que croître, David Held propose, nous le savons, une démocratie cosmopolitique. Comment assurer à celle-ci une légitimité de l'action politique de ses gouvernants ? La question est déjà difficile dans un cadre national, elle le devient d'autant plus dans un cadre cosmopolitique pour lequel nous manquons de détails et

¹⁴³ Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 115.

¹⁴⁴ Guglielmo FERRERO, *Pouvoir. Les génies invisibles de la Cité*, Paris, Plon, 1942, p. 27.

¹⁴⁵ David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 16 à 23.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

dont la netteté conceptuelle est encore en devenir. Pour Ulrich Beck, la légitimité d'un régime cosmopolitique pourrait reposer sur « la perception des menaces civilisationnelles que l'humanité fait peser sur elle-même »¹⁴⁶. Autrement dit, c'est « la croyance en la possibilité d'écartier le danger qui menace l'humanité *par* l'action politique représentative et *pour* l'humanité menacée, qui fonde la légitimité »¹⁴⁷. Une telle légitimation n'est pas le fruit d'un choix ou d'un caprice théorique, elle est imposée par la réalité des faits et des perceptions. On pourrait alors la ranger, en partie du moins, dans ce que nous avons appelé une légitimité populaire, celle établie par les sentiments courants du peuple et l'acceptation sociale. La perception des dangers par les peuples commande une réponse cosmopolitique à ceux-ci et, par conséquent, fonde aussi une légitimité de cette action puisque « le privilège de l'autoconservation infinie est le premier bien de l'humanité »¹⁴⁸. Beck admet la nature a-démocratique de sa proposition, voire même son caractère anti-démocratique puisqu'il est clair que la question de la perception des dangers et des risques que l'humanité fait peser sur elle-même peut être l'objet de toutes les dérives populistes et conduire à la « tentation de se débarrasser des entraves démocratiques »¹⁴⁹. Pour sa part, Rosanvallon évoque une légitimité correspondant « à l'affirmation de valeurs reconnues par tous » qui pourrait « également être définie par un universel de type cognitif, celui de la raison, ou par un "universel instrumental", comme celui qu'exprime le droit »¹⁵⁰. Cette légitimité que l'auteur qualifie de « substantielle » est représentée par des « autorités morales socialement reconnues (personnalités emblématiques, institutions religieuses, associations caritatives,



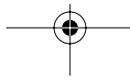
¹⁴⁶ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 459.

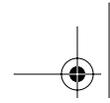
¹⁴⁷ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 461,

¹⁴⁸ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 460.

¹⁴⁹ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 460.

¹⁵⁰ Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 115 et 116.





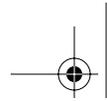
MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

etc.) à des autorités de nature plus intellectuelle »¹⁵¹. Cette légitimité *substantielle* nous permet de sortir de l'impasse conceptuelle *nationale* ou *statocentrique* qui fait reposer la légitimité sur le seul suffrage universel. Elle ouvre la voie à une conception plus dynamique de l'idéal démocratique.

On peut également imaginer une légitimité du modèle cosmopolitique qui reposerait là aussi sur un amalgame des exigences populaires (exprimées en partie par le suffrage universel et les autorités morales évoquées par Rosanvallon) et d'une rationalité légaliste. Sans entrer dans les détails d'une architecture du pouvoir cosmopolitique, nous savons déjà que le cosmopolitisme se caractérise par un important polycentrisme, c'est-à-dire une multiplication des sources de pouvoir fondée notamment sur leur proximité avec les populations et leur capacité de gestion globale : ces populations locales et régionales peuvent être à la source de la légitimité de l'action cosmopolitique. Pour ce qui est de la gestion globale, sa légitimité peut, en partie, se fonder sur la nécessité impérieuse de conduire les réponses aux risques civilisationnels. Elle peut également trouver appui sur les instances locales et régionales et sur une meilleure représentativité de celles-ci dans les instances des institutions transnationales qui organiseront le modèle cosmopolitique. On peut même imaginer la création d'un parlement des citoyens du monde. Dans tous les cas de figure, une architecture complexe doit être mise en place afin de traduire, au plan institutionnel et constitutionnel, les exigences du cosmopolitisme. La nature de la légitimité de l'action cosmopolitique dépendra en bonne partie de cette architecture. On peut sans doute penser que les modèles de la légitimité sociale-procédurale et substantielle et de la rationalité légaliste joueront un certain rôle dans cette équation générale, mais ce rôle sera tributaire des formes du modèle cosmopolitique sur lequel les protagonistes se seront entendus. Finalement, il convient de noter que le modèle cosmopolitique nous invite à nous défaire de nos tropismes nationaux. Il importe alors d'éviter de reproduire dans un schéma cosmopolitique les réflexes et les automatismes induits par la dogmatique nationale. Le cos-

¹⁵¹ Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, p. 115 et 117.





VERS UN DROIT POSTNATIONAL ?

mopolitisme n'est pas le prolongement de l'ordre national. Il nous invite à réinventer les conceptions relatives à l'exercice et à la distribution du pouvoir, à renouveler notre appréhension et notre activité politiques, à transformer notre grammaire des sciences sociales et à rénover les institutions et les structures d'autorité. Bref, à emprunter résolument le chemin d'une conception plus dynamique de la démocratie par laquelle cet idéal ne repose pas exclusivement sur le suffrage universel¹⁵². Autrement, il nous sera impossible d'articuler un régime postnational susceptible de répondre véritablement aux risques civilisationnels posés par les activités humaines (entre autres la mondialisation) et nous nous retrouverons aux prises avec un ersatz de système national impuissant, car incapable de répondre à ces risques.

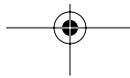
*

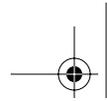
* *

L'Union européenne représente une rupture nette avec un modèle classique de souveraineté, qui relève sans doute plus de la rhétorique que de la réalité concrète. Sans qualifier cette union politique de régime cosmopolitique pur, on y retrouve plusieurs composants du cosmopolitisme. Certains champs de la souveraineté ont été cédés par les États aux communautés européennes faisant de celles-ci ni une organisation internationale, ni un État de nature fédéral, mais un organe *sui generis* se détachant clairement des modèles connus de gouvernance. L'Union est fondée sur des valeurs et des principes démocratiques communs aux États membres : les exigences afférentes à l'État de droit lient ces derniers et consacrent l'obligatorité des droits de l'homme. Les Nations Unies sont d'abord une institution interétatique. Pourtant, on ne peut s'empêcher de noter que l'organisation a développé, au fil du temps, des modes originaux de gouvernance globale, par exemple, la gestion des télécommunications, du trafic aérien, de l'aide humanitaire aux réfugiés ou encore du contrôle des maladies infectieuses.



¹⁵² Au-delà de Pierre ROSANVALLON, et pour une critique sévère et contestée de la démocratie, lire Luciano CANFORA, *La démocratie*, Paris, Seuil, 2006. Dans une veine romanesque, lire José SARAMAGO, *La lucidité*, Paris, Seuil, 2006.





MÉLANGES ANDRÉE LAJOIE

Les signes de cosmopolitisation sont visibles. Ils demandent un cadre plus formel, une assise institutionnelle plus ordonnée afin d'assurer une gouvernance globale qui tienne compte de l'important legs national et qui puisse assurer un exercice démocratique d'un nouveau pouvoir cosmopolitique.

À la lumière de ces réflexions sur le droit cosmopolitique, il est sans doute nécessaire de réviser la définition proposée au début de celles-ci. En effet, on a noté que le droit cosmopolitique peut englober, outre les droits de la personne, des normes institutionnelles, instaurant un ordre politique en Europe et, possiblement, ces normes qui ont vocation à régir les situations transnationales. Une définition révisée pourrait se lire comme suit : « le droit cosmopolitique est formé de règles émanant d'une pluralité de sources et comprend, d'une part, des normes visant à réguler les activités transnationales et, d'autre part, des normes qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne. Dans tous les cas, les sujets de droit sont les seuls individus titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. Ces normes s'imposent aux États et aux institutions supranationales et leur interprétation est laissée aux tribunaux *nationaux* et supranationaux. Les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont préséance sur tous les autres types de normes nationales, internationales et transnationales ».

