

Le processus de reconnaissance du droit à l'eau à l'échelle internationale et l'enjeu de la légitimité dans la gouvernance mondiale : quelle place pour le droit ?

Sylvie Paquerot

Volume 43, Number 2, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1023199ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1023199ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Paquerot, S. (2013). Le processus de reconnaissance du droit à l'eau à l'échelle internationale et l'enjeu de la légitimité dans la gouvernance mondiale : quelle place pour le droit ? *Revue générale de droit*, 43 (2), 279–308.
<https://doi.org/10.7202/1023199ar>

Article abstract

World governance is not organized as a democratic regime. As such, we have to understand more precisely what is or can be the function of international law in that governance. Can it contribute to the democratization of global governance? This text will search an answer to this question through a concrete example, namely the process of recognition of the right to water, which has been recently integrated in the international public law system. After reminding the significant characteristics of that process of integration and the consequences at the international level but also in national legal systems, we will try to understand the relations between law and politics implied in that process. We will then discuss the meaning of these for the potential democratization of world governance.

ARTICLES

Le processus de reconnaissance du droit à l'eau à l'échelle internationale et l'enjeu de la légitimité dans la gouvernance mondiale : quelle place pour le droit?

SYLVIE PAQUEROT*

RÉSUMÉ

La gouvernance mondiale ne reproduisant pas les conditions d'organisation des pouvoirs d'un régime démocratique, il importe dès lors de se questionner sur la fonction qu'y joue ou que peut y jouer le droit international. Ce dernier peut-il contribuer concrètement à une éventuelle démocratisation de cette gouvernance globale? Nous examinerons ici cette question à partir de l'exemple de la revendication de la reconnaissance du droit d'accès à l'eau qui, en une vingtaine d'années, est parvenue à s'inscrire dans le système juridique international. Après avoir

ABSTRACT

World governance is not organized as a democratic regime. As such, we have to understand more precisely what is or can be the function of international law in that governance. Can it contribute to the democratization of global governance? This text will search an answer to this question through a concrete example, namely the process of recognition of the right to water, which has been recently integrated in the international public law system. After reminding the significant characteristics of that process of integration and the consequences at the international level but also in

* Professeure agrégée, École d'études politiques, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario; M.A./LL. M./Ph. D. sciences juridiques et politiques.

rappelé les conditions de cette inscription et sa portée à la fois sur le plan international et dans le droit interne des États, nous analyserons les caractéristiques spécifiques du rapport entre droit et politique que ce processus donne à voir; puis nous relèverons les conséquences qui peuvent en être tirées du point de vue du potentiel de démocratisation de la gouvernance mondiale.

national legal systems, we will try to understand the relations between law and politics implied in that process. We will then discuss the meaning of these for the potential democratization of world governance.

Mots-clés : *Droit à l'eau, gouvernance mondiale, démocratie, légitimité, droit international, confrontation politique.*

Key-words: *Right to water, world governance, democracy, legitimacy, international law, contentious politics.*

SOMMAIRE

Introduction.....	281
I. Démocratie, pouvoir, légitimité et État de droit	285
II. Fonction politique du droit international et principes démocratiques	290
III. L'inscription du droit à l'eau en droit international public	294
IV. Interpénétration des échelles du droit	299
V. Démocratisation de la gouvernance globale et fonction du droit international	302
Conclusion	307

Pourtant, le problème de base reste le même puisqu'il s'agit de gérer la puissance, en l'occurrence des États, et de la contrôler. En l'absence d'appareils politiques, juridiques et législatifs vraiment efficaces — malgré la présence d'organisations internationales, de conventions, de traités, etc. — l'échiquier international est un système qui navigue entre l'anarchie et l'autogestion maladroite¹.

INTRODUCTION

En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait la *Déclaration universelle des droits de l'homme*². Ce texte a, depuis, servi d'assise à l'élaboration de nombreux instruments juridiques internationaux³, mais relativement peu de « nouveaux droits »⁴ ont acquis dans les dernières décennies une reconnaissance effective dans le système international des droits de l'homme. Pour cette raison, nous croyons que la trajectoire de cette reconnaissance, s'agissant du droit à l'eau potable et à l'assainissement⁵, peut éclairer quelque

1. Arnaud Blin et Gustavo Marin, « Repenser la gouvernance mondiale », *FHP* (juillet 2007) à la p 17 en ligne : <http://base.china-europa-forum.net/rsc/docs/doc_207.pdf>. (Note : toutes les adresses internet ont été consultées le 18 juillet 2013).

2. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AGNU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

3. Notamment *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, RT Can 1976 n° 46, REIQ (1984-89), n° 1976 (3), 808 [PIDESC], et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 9-14, RT Can 1976 n° 47, REIQ (1984-89), n° 1976 (5), 817 [PIDCP].

4. Depuis l'adoption de la Déclaration universelle, un certain nombre de droits ont été revendiqués et ont acquis une certaine portée par l'entremise de leur reconnaissance implicite par des mécanismes juridictionnels et non juridictionnels. On peut penser, par exemple, au droit à un environnement sain, qui bénéficie de mécanismes au Conseil des droits de l'homme et de reconnaissance formelle dans certains instruments régionaux. Le parcours du droit à l'eau est toutefois particulier en ce que, sans être nommément inscrit dans le *PIDESC*, toutes les instances des droits de l'homme de l'ONU, y compris le Conseil des droits de l'homme, le considèrent aujourd'hui comme partie intégrante de ce traité.

5. *Le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement*, AGNU Doc off A/64/PV.108, 64^e sess, 108^e séance, 28 juillet 2010, Doc AG/10967 122-0-41 (A/64/L.63/Rev.1) [AGNU, *Le droit fondamental à l'eau*]; ainsi que *Les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement*, Rés A/HRC/15/L.14, Doc off CDHNU, 15^e sess, 24 septembre 2010, adoptée le 30 septembre, en ligne : <http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Right_to_Water/d%3%A9clarationHRC_2010.pdf> [CDHNU, *Accès à l'eau potable*].

peu les paradoxes de la gouvernance globale telle qu'elle se déploie et le rôle qu'y tient le droit international.

Si la gouvernance, en effet, suppose « une nouvelle organisation du pouvoir ou une nouvelle façon de gouverner la société »⁶, où nul acteur ne détient l'autorité politique, les États n'étant qu'un acteur parmi d'autres dans cette gouvernance, cela signifierait que, même en l'absence d'autorité politique instituée, la gouvernance de la mondialisation, la gouvernance globale, sera considérée comme « [...] le lieu de formation des règles et normes qui organisent, à ce niveau, l'espace des relations socio-économiques »⁷. D'où la question immédiate du point de vue des règles et des normes : quel peut être alors le fondement de leur légitimité?

Traditionnellement, à l'échelle internationale, le fondement des règles repose sur le consentement des États⁸, seuls acteurs des relations inter-nationales dans le cadre de l'ordre westphalien, et la fiction de leur égale souveraineté. Tenue cependant de prendre en compte peu à peu les autres acteurs dont ils ont eux-mêmes permis l'introduction en 1945⁹, la gouvernance leur fournit un cadre d'organisation propre à concilier l'apparition de ces nouveaux acteurs avec le maintien du principe contractuel. Ainsi, sans avoir à recourir à aucun des principes au fondement de la légitimité démocratique, principalement par l'entremise du caractère contractuel, volontaire et non universalisable des normes négociées, l'ordre international, toujours fondé sur la souveraineté des États, pourra admettre sans remise en cause de ses

6. Raw Rhodes, « The New Governance: Governing without the Government » (1996) 44 :4 Political Studies 652 aux pp 652-53, traduit par Géraldine Froger, « Significations et ambiguïtés de la gouvernance dans le champ du développement durable » (2006) 136 :4 Mondes en développement 11.

7. Claude Serfati, dir, *Enjeux de la mondialisation : un regard critique*, Toulouse, Octarès Éditions, 2003 à la p 24.

8. Il importe de souligner que la coutume constitue à la fois une extension de ce principe de consentement et une certaine entorse à celui-ci puisqu'en sont issues les normes de *jus cogens* : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, Doc NU A/Conf 39/27, 1155 RTNU 331; RT Can 1980 n° 37; Doc NU A/Conf 129/15 (1986).

9. Nous ne pouvons ici élaborer sur cette dimension, mais il importe de mentionner que l'irruption d'autres acteurs ne tient pas qu'à la Charte de l'ONU et à la DUDH. Les procès de Nuremberg ont aussi joué un rôle significatif à cet égard, dont les retombées sont perceptibles particulièrement dans le droit pénal international.

fondements la participation d'autres acteurs à la gestion des rapports sociaux internationaux :

Fondée sur la coopération entre les acteurs, elle [la gouvernance] minimise la dimension conflictuelle des sociétés humaines. Elle est idéaliste et sa validité risque de se limiter aux espaces étroits au sein desquels les acteurs partagent un minimum de référentiel commun. L'ordre existant [caractérisé par l'intérêt national des États dominants] y est considéré comme une donnée¹⁰.

Ainsi, la gouvernance semble évacuer la dimension proprement politique, conflictuelle, pour gérer un sens déjà déterminé. Ce faisant, elle repousse à ses marges ou à l'extérieur l'expression de cette conflictualité qui ne disparaît pas pour autant, induisant par le fait même un potentiel plus élevé de crise et de conflits sociaux. Cette *extériorisation*, cette mise en marge des positions conflictuelles seront particulièrement visibles dans les débats sur l'eau, jusqu'à l'adoption de l'observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, en 2002¹¹.

Les mécanismes démocratiques traditionnels permettant de délibérer sur le conflit pour le trancher ou le résoudre, ne serait-ce que momentanément, donnent, en principe à tout le moins, la légitimité au législateur de créer la règle, la loi, représentant l'état des rapports sociaux à ce moment et en ce lieu... ce que la gouvernance ne peut permettre puisque, laissant à la marge les acteurs mêmes de ce conflit, elle évacue celui-ci de l'espace de discussion qui n'est plus dès lors un espace véritablement public. Dans les termes colorés de Guy Hermet, on peut ainsi concevoir : « [...] la gouvernance tout court, sans adjectif, en tant que énième procédé d'évitement d'une expression politique populaire trop pressante »¹². C'est

10. Marc Hufty, « La gouvernance internationale de la biodiversité » (2001) 32:1 *Études internationales* 5 à la p 28.

11. Doc off CESNU, 2002, 29^e sess, Observation générale n° 15 (2002) *Le droit à l'eau* (art 11 et 12 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*), Doc NU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003, adoptée en novembre 2002; Doc off CESNU, supp n° 2, Doc NU E/2003/22 (2003), annexe IV [*CESNU, Le droit de l'eau*].

12. Guy Hermet, « Un régime à pluralisme limité? À propos de la gouvernance démocratique » (2004) 54:1 *Rev fr sc pol* 159 à la p 162.

dans ce contexte qu'on peut voir le droit se transformer, en quelque sorte, lui-même en espace public.

Or, à la jonction des enjeux de droits humains et des enjeux environnementaux, deux champs reconnus largement de « préoccupation commune de l'humanité », la problématique de l'eau se situe également à l'intersection des différentes figures du pouvoir qui se déploient dans cette gouvernance mondiale en quête de légitimité : pouvoir économique, qui installe peu à peu à l'échelle mondiale les règles d'une véritable « société de marché » ; pouvoir des États, qui revendiquent envers et contre tout, dans un contexte d'interdépendance, les attributs de leur souveraineté ; pouvoir populaire de résistance et d'émancipation, qui cherche à modifier les normes et les règles qui structurent l'ordre existant.

Les débats autour des enjeux mondiaux de l'eau auxquels nous assistons depuis deux décennies montrent bien l'affrontement de ces pouvoirs et les multiples contradictions qui en émergent, mais ce qui nous intéresse plus spécifiquement ici, c'est le rôle qu'y tient le droit, rôle ambigu et parfois contradictoire, comme nous le verrons. Nous souhaitons ici inscrire notre réflexion dans la perspective du rapport entre droit et démocratie afin de tenter de mieux comprendre le rôle que tient le droit, de fait, dans la gouvernance mondiale actuelle et sa contribution — ou non — à une éventuelle démocratisation de cette gouvernance globale, c'est-à-dire à la réintroduction du conflit inhérent à la réalité sociale. En ce sens, ce ne sont pas les aspects proprement juridiques¹³ du processus de reconnaissance du droit à l'eau qui nous intéressent ici, mais plutôt ce que les acteurs en font, ou tentent d'en faire, en d'autres mots l'usage politique du droit.

Pour ce faire, nous reviendrons d'abord brièvement sur la place du droit dans les régimes démocratiques (I) ; puis nous examinerons les conséquences d'une transposition, à l'échelle internationale, de cette compréhension de l'organisation

13. D'un point de vue doctrinal, il serait ainsi, par exemple, tout à fait légitime de considérer qu'il n'y a pas, actuellement, de reconnaissance effective du droit à l'eau en droit international, puisque la capacité des différentes instances concernées à produire du droit positif, contraignant, n'existe pas ou est contestée.

sociale¹⁴ (II). Après avoir rappelé les conditions de l'inscription du droit à l'eau dans le système juridico-politique international (III), nous analyserons les caractéristiques spécifiques du rapport entre droit et politique que ce processus donne à voir (IV); puis nous relèverons les conséquences qui peuvent en être tirées du point de vue du potentiel de démocratisation de la gouvernance mondiale (V).

I. DÉMOCRATIE, POUVOIR, LÉGITIMITÉ ET ÉTAT DE DROIT

Les analyses visant à comprendre le rôle du droit en démocratie ne datent évidemment pas d'hier. On le sait, Max Weber a caractérisé la modernité politique par le fait que la légalité y constitue « la forme de légitimité actuellement la plus courante »¹⁵. On sait aussi l'importance qu'a prise dans les dernières décennies le thème de « l'État de droit » qui, à l'époque contemporaine, a infléchi la logique démocratique et relativisé la légitimité issue de l'élection¹⁶. La « dogmatique de l'État de droit »¹⁷ a ainsi conduit à de nouveaux équilibres politiques, où la justice est parfois considérée comme un nouvel espace public neutre¹⁸ ou une nouvelle scène de la démocratie¹⁹, jusqu'à qualifier parfois nos régimes de démocraties constitutionnelles, successeuses, en quelque sorte, de la démocratie représentative : « [i]ndissociable d'une crise de la représentation, la promotion de l'état de droit s'inscrit dans un mouvement plus général de réévaluation des formes de la démocratie, qu'elle contribue à légitimer »²⁰.

Avec la mondialisation et les exigences de « gouvernance mondiale » qu'elle suscite, cette réflexion s'est transposée, en partie, à l'échelle internationale, avec le paradoxe, toutefois,

14. En toute conscience du fait qu'il peut y avoir, et qu'il y a de fait, d'autres interprétations ou compréhensions du rapport entre droit et démocratie.

15. Liora Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de SciencesPo., 2009 à la p 94.

16. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 5^e éd, Paris, Montchrestien, 2010 à la p 138 [Chevallier, *L'État de droit*].

17. *Ibid* à la p 134.

18. *Ibid* à la p 141; également Julie Allard et plus généralement les textes de Daniel Mockle, dir, *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

19. Antoine Garapon, *Le gardien des promesses: justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

20. Chevallier, *L'État de droit*, *supra* note 16 à la p 141.

qu'on se situe alors à une échelle sans autorité politique instituée : du souverain, au peuple, à la *communauté légale*, nul représentant de l'humanité ici pour légiférer. Déjà, en 1995, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, Jacques-Yvan Morin répertoriait pourtant un certain nombre d'indices du développement d'un État de droit à l'échelle internationale²¹. Le paradoxe ne cesse de surprendre puisqu'il s'agit alors de réfléchir sur l'état de droit²² sans démocratie²³.

Or, il s'agit de ne pas l'oublier : le droit est le produit d'un rapport de forces politiques, et à l'échelle mondiale, règne une conception essentiellement contractuelle du droit²⁴; les contrats plutôt que les règles d'application générale y dominent. Cette domination d'un droit contractuel et donc individuel sur « la seule norme qui exprime la volonté populaire »²⁵, la loi, nous oblige donc à nous interroger sur le sens et la portée d'un état de droit sans démocratie, sur les

21. Jacques-Yvan Morin, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, RCADI, vol 254, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

22. Nous choisissons d'utiliser l'expression sans la majuscule habituelle pour désigner l'État, puisqu'il s'agit de réfléchir à la primauté du droit en dehors du contexte étatique proprement dit.

23. Malgré le fait que certains puissent considérer que le système international reproduit le modèle démocratique par le principe un État/une voix, la configuration de la société internationale ne correspond ni à l'étymologie du mot ni aux principales caractéristiques des multiples régimes qui se sont réclamés d'elle; le pouvoir direct (*kratos*, en grec) par et pour le peuple (le *demos*). Voir notamment : « Les fondements de la démocratie », (1998) 81 Sciences humaines. Par exemple, Bernard Manin, dans *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995 à la p 15, rappelle cet étrange paradoxe : alors qu'un « gouvernement organisé selon les principes représentatifs était [...] considéré, à la fin du XVIII^e siècle, comme radicalement différent de la démocratie, [il] passe aujourd'hui pour une de ses formes ». Un des fondements importants en philosophie politique se situe dans l'égalité libérée de la personne humaine, qui ne peut être soumise à un pouvoir que si elle l'a choisi. Malgré le développement des droits de l'homme dans le droit international, l'organisation du pouvoir à ce niveau ne permet pas de transposer cette idée, ni plusieurs autres principes des régimes dits démocratiques, dont la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, il faut également prendre en compte le fait qu'une grande partie des États composant la société internationale ne répondent pas eux-mêmes, à l'interne, aux critères de base communément admis de la démocratie.

24. Bien que l'existence de normes impératives, le *jus cogens*, soit reconnu, notamment par la Cour internationale de justice, il reste que très largement, le droit international demeure du droit interétatique contractuel et que peu de normes ont acquis ce statut.

25. Bertrand Mertz, *L'État de droit en accusation*, Paris, Kimé, 1996 à la p 87.

fondements du pouvoir et la légitimité du droit dans la gouvernance mondiale.

Si l'on considère que le premier fondement de la légitimité est celui de ce que nous pourrions appeler le principe démocratique²⁶, c'est-à-dire la perception, par les personnes et les groupes qui sont soumis à une autorité, que la constitution de cette autorité et ses mécanismes²⁷ permettent à la fois de mettre en représentation leur égale dignité et de garantir leur participation effective, l'absence d'espace politique et de communauté politique instituée limite singulièrement la légitimité de la règle à l'échelle internationale. L'absence de législateur représente ainsi pour certains un obstacle majeur à la détermination de normes générales impératives universelles²⁸.

Mais tous ne situent pas les fondements de la légitimité dans ce seul principe démocratique :

Étant admis que toute organisation sociale a besoin d'une forme de pouvoir, celui-ci sera considéré comme légitime lorsqu'il sera, quant à son origine, la projection du bien commun et, quant à son exercice, la traduction en acte de ce bien commun [...]. Est autorisé [autorité] le pouvoir qui préserve et fait croître le bien commun : le pouvoir légitime²⁹.

C'est dans cette perspective que certains juristes conçoivent le fondement de la légitimité du droit international : « La société institutionnelle est en principe *ordonnée au bien commun* de l'humanité, elle est dotée d'organes chargés de définir cet intérêt général et de créer les conditions permettant de le réaliser »³⁰ [italiques dans l'original].

26. Il nous semble important ici d'élargir la réflexion de « la » démocratie au principe démocratique, car les formes de représentation légitime sur le plan international restent à inventer.

27. Selon les principes d'une procédure équitable ou juste : *fairness, transparency, public access, etc.*; Daniel Bodansky, « The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law » (1999) 93 AJIL 596 à la p 600.

28. Gennadiï Mikhaïlovich Danilenko, « International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making » (1991) 2:1 EJIL 42.

29. Sergio Cotta, « La légitimité : un mirage ? » (1986) 134 Diogenes 101 à la p 108.

30. Jean Touscoz, « La souveraineté économique, la justice internationale et le bien commun de l'humanité » dans *Mélanges René-Jean Dupuy : Humanité et droit international*, Paris, Pedone, 1991, 315 à la p 328.

La transposition de cette idée à l'échelle internationale ou supranationale³¹ a notamment donné naissance aux concepts d'*input* et d'*output legitimacy*, pourvus d'un potentiel heuristique s'agissant de penser la légitimité de la gouvernance globale³². Si la légitimité renvoie à la qualité générale d'un ordre social, ses institutions, ses normes et ses règles, plutôt qu'aux acteurs³³, la légitimité, alors, se décline en fonction de ses fins, d'une part — l'efficacité et l'ordre — et de ses moyens, d'autre part — la participation publique³⁴. Le télescopage, ici, des deux dimensions de la légitimité oblige alors, pour comprendre la fonction du droit international, à l'analyser en prenant en compte le processus de production de ses normes et de ses règles, et non seulement le contenu de ces dernières.

• Retour sur l'ambiguïté constitutive de la représentation

La question de la représentation en démocratie est complexe et, à l'échelle internationale, il nous semble essentiel d'y réfléchir non pas en termes de *représentativité*, mais bien sur le plan de la communauté politique. À cette échelle en effet, le concept de représentativité peut difficilement s'appliquer au niveau des organes de décision sans mettre à mal le principe « une personne, une voix », car cela supposerait une représentation proportionnelle des « communautés » et donc, sur le plan mondial, que la société globale soit « susceptible d'une division qui respecte les principes de contradiction et de tiers exclu »³⁵, et que chaque individu ne soit affilié qu'à une communauté et à une seule, ce qui n'est même pas le cas aujourd'hui au sein des sociétés nationales.

31. Ayant d'abord été pensée dans le cadre de la gouvernance européenne, il importe de considérer également la nature supranationale de cet espace politique.

32. Fritz Scharpf, « European Governance », Jean Monnet Working Paper 07/71, Florence, European University Institute, 2001.

33. Thomas Risse, « Global Governance and Communicative Action » (2004) 39:2 *Government and Opposition* 288.

34. Jan Aart Scholte, « Civil Society and Democracy in Global Governance » (2002) 8:3 *Global Governance* 281.

35. Jean-Marie Denquin, « Pour en finir avec la crise de la représentation » (2010) 4 *Jus Politicum* 1 à la p 31.

Pour considérer utilement les conditions d'une démocratisation de la gouvernance globale, donc, encore faut-il savoir lire les évolutions de la démocratie telles qu'elles se sont inscrites dans les espaces nationaux : comprendre, notamment, que le principe de représentation des Nations Unies, de la nation, et donc du bien commun, a fait son temps et n'est plus incarné dans l'État, y compris sur le plan national. Ainsi, nous rappelle Jean-Marie Denquin :

La dissonance tenait plutôt à ce que l'usage du mot « peuple » transforme (en principe) la démocratie d'*imperium en regimen*, la souveraineté d'imputation en souveraineté d'exercice : le peuple, maintenant défini comme un ensemble d'individus *concrets*, devient susceptible d'avoir et d'exprimer une volonté *effective* et pas seulement d'*être représenté*. La nouvelle conception de l'élection comme condition nécessaire et suffisante de la démocratie referme cette parenthèse. Le peuple n'a plus de volonté qu'électorale [...] ³⁶ [italiques dans l'original].

Dans cette perspective, l'« explosion du phénomène des ONG comme aiguillon de la diplomatie internationale », selon la formule de Mario Bettati³⁷, composante incontournable des négociations internationales, doit donc être resituée autrement que dans le questionnement de leur *représentativité*. Ces organisations prônent la mise en œuvre de droits ou de certaines valeurs sans avoir de responsabilité politique ni de régime censé les incarner. Leur légitimité à intervenir est d'autant plus grande lorsqu'il y a carence des autorités³⁸ et surtout en l'absence d'autorité politique instituée... ici, comme nous le verrons, les acteurs utilisent le droit pour réintroduire le conflit... pour contrecarrer l'image d'un univers social pacifié qu'introduit l'idée de régulation, « instrument précieux de légitimation et d'euphémisation » selon les termes de

36. *Ibid* à la p 34.

37. France, Sénat, Commission des affaires étrangères, défense et forces armées du Sénat français, « Audition sur la Cour pénale internationale » (3 février 1999) en ligne: <<http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-31318.html>>.

38. Sylvie Bukhari-de Pontual, « ONG et évolutions du droit international » (2009) 313 Projets 61.

Jacques Chevallier³⁹, d'un pouvoir, celui du nouveau constitutionnalisme⁴⁰, qui se présente comme un mécanisme naturel.

II. FONCTION POLITIQUE DU DROIT INTERNATIONAL ET PRINCIPES DÉMOCRATIQUES

On a beaucoup réfléchi et beaucoup écrit ces dernières années sur le déficit démocratique et la « crise » de la démocratie représentative. On a, également, largement analysé les différentes expériences de démocratie participative visant à revitaliser ce régime politique et sa légitimité. On a cependant fait relativement peu de cas d'une autre dimension des transformations à l'œuvre dans le cadre de la mondialisation, celle du passage de la démocratie représentative à la démocratie de marché, du « passage d'une organisation sociale fondée sur la loi à une organisation sociale fondée sur le contrat »⁴¹, y compris, à bien des égards, dans les cadres nationaux.

Pour prendre la pleine mesure des conséquences de ces transformations, il importe de situer les ambiguïtés entourant le sens de la représentation dans la démocratie représentative, car dans les débats, deux sens se télescopent qui n'ont pas la même portée.

Pour la théorie juridique, *les représentants veulent pour la Nation*⁴². Il y a en quelque sorte identité de sens entre représentant et législateur. Il n'existe pas des *représentés* puisqu'une seule entité est susceptible de *représentation*, la Nation⁴³. Selon Georges Burdeau⁴⁴, si le régime *représentatif*

39. Jacques Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation » dans Michel Miaille, dir, *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, 71 à la p 90 [Chevallier, « Concept de régulation »].

40. Stephen Gill, « The Constitution of Global Capitalism », Paper presented to a Panel: *The Capitalist World, Past and Present at the International Studies Association Annual Convention*, Los Angeles, 2000 en ligne : <<http://www.theglobalsite.ac.uk/press/010gill.htm>>.

41. Mertz, *supra* note 25 à la p 98.

42. Denquin, *supra* note 35 à la p 3. Il reprend l'expression de Pierre Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen, Paris, Bruxelles; Publications de l'Université de Rouen, LGDJ, Bruylant, 2004.

43. Il montre que la théorie de la représentation est avant tout un discours justificatif.

44. Georges Burdeau, *L'opinion publique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957 à la p 151.

avait été nommé, comme il aurait dû l'être, régime *délibératif*, il n'y aurait pas eu de *représentés*, car on peut représenter quelqu'un, mais on ne saurait délibérer que sur quelque chose⁴⁵.

Dans la critique du déficit démocratique cependant, les deux sens se télescopent : c'est, d'une part, de représentativité dont il est question, considérant que nos représentants ne sont pas représentatifs de la diversité, mais c'est également, d'autre part, le sentiment de l'absence de « la projection du bien commun et [de] la traduction en acte de ce bien commun »⁴⁶, selon les termes de Cotta.

Dans le second sens donc, c'est la transformation de la conception de l'État comme dépositaire du commun vers un État comme gardien des intérêts — individuels et privés — qui constitue le changement signifiant de la démocratie représentative, où le politique représente désormais des intérêts, introduisant de fait l'enjeu de la représentativité de ces intérêts. Mais, à l'externe, les États n'ont jamais été les dépositaires du bien commun de l'humanité et ne sont liés que par des contrats entre eux⁴⁷. Qu'en est-il alors de la fonction du droit international⁴⁸ ?

Rappelons que jusqu'au XIX^e siècle, la souveraineté étant le thème majeur du droit, la société internationale pouvait difficilement sécréter des normes axées sur l'idée d'intérêts publics communs. Dans le cadre westphalien, le droit international était destiné à régler les rapports des États entre eux et non la destinée d'une communauté; il n'y avait pas de véritable couche de droit public⁴⁹. Peu à peu émergera un droit de la coopération à côté du droit de coexistence :

45. Denquin, *supra* note 35 à la p 2 n 5.

46. *Supra* note 29.

47. La coutume, sur le plan international, est parfois considérée comme un équivalent de la loi, puisqu'elle s'applique à tous. De manière générale cependant, les traités, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, ne lient que les États qui les ratifient et en ce sens, du point de vue de leur portée, renvoient au contrat plus qu'à la loi, qui a vocation à s'appliquer à tous dans l'État où elle s'inscrit, nonobstant l'opinion de certains, dans la doctrine, qui considèrent les traités multilatéraux comme des traités-lois.

48. Monique Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés : essai sur la fonction du droit international*, Paris, La Découverte, 1995.

49. Robert Kolb, « Mondialisation et droit international » (2005) 123 Relations internationales 69 aux pp 75-76.

Le signe extérieur de cette nouvelle unité constitutionnellement organisée est la Société des Nations. [...]. Sous ses auspices est établie la première Cour de justice mondiale, la Cour permanente de justice internationale. Un parallélisme lointain avec l'organisation de l'État s'esquisse. Ainsi naît un nouveau droit international de coopération pour des causes communes⁵⁰.

Avec la création des Nations Unies en 1945, la société internationale se transforme. L'augmentation du nombre d'États indépendants entraîne une modification des bases culturelles du droit et des équilibres politiques; mais surtout, le nombre et le type de sujets du droit international se transforment, notamment avec l'apparition de la personne et de l'humanité : « [d]ès lors, l'écran étatique est percé : ce qui auparavant relevait exclusivement de la compétence intérieure — le fameux domaine réservé — des États devient une matière régie (partiellement) par le droit international »⁵¹. Malgré cette transformation toutefois, le droit international positif demeurera essentiellement issu de la volonté des États.

Pourtant, depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH), « toute question de politique intérieure tombe d'une manière ou d'une autre sous le regard international, car elle touche à la réalisation des obligations assumées dans ces textes : il n'y aurait donc guère plus de domaine réservé dans un sens juridiquement significatif »⁵².

La mondialisation a donc ceci de particulier qu'elle tend à créer une société unique dans laquelle s'interpénètrent progressivement les échelles du droit :

50. *Ibid* à la p 75. D'autres auteurs situent plutôt cette « rupture » lors de la création de l'ONU, alors que d'autres, encore, la situent avant la Société des Nations, remontant notamment au congrès de Vienne de 1815.

51. *Ibid* à la p 77.

52. Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, RCADI, vol 281, La Haye, Martinus Nijhoff, 1999 à la p 233. Bien que la Déclaration universelle ne soit pas un texte de droit contraignant, il reste que deux pactes ont ensuite été adoptés pour lui donner effet. On peut donc considérer que telle était bien l'intention puisque l'on parle usuellement de la charte internationale des droits de l'homme pour désigner ces trois instruments.

[Sur le plan] général, il faut toutefois insister sur l'*absence d'une politique internationale au sens propre*. Nous avons vu que toute politique vise à organiser et à agencer les intérêts d'une société en vue du bien commun; ce qu'on appelle politique internationale n'est cependant pas une politique de, et pour, la société internationale. Elle n'est qu'une somme de politiques nationales externes⁵³ [italiques dans l'original].

Répétons-le : l'État-nation, ou les États, ne sont pas, sur le plan mondial, les dépositaires du commun. Historiquement créées par les États et seulement par eux⁵⁴, au moyen de processus formels qu'ils maîtrisaient — entre eux, souverainement —, les règles juridiques inter-nationales sont aujourd'hui investies par de nombreux acteurs qui transforment significativement la nature du droit interétatique classique. Ce droit, toujours nommé international, diffère aussi passablement, à la fois dans sa formulation, dans l'interprétation de son contenu et dans sa portée, du rapport entre droit et démocratie tel qu'il s'est déployé dans la modernité au sein des sociétés politiques nationales, principalement des États-nations.

Pour l'heure, les divers acteurs, en l'absence d'autorité politique instituée, « suppléent » à la définition/désignation du bien commun, forçant en quelque sorte les États à dépasser la fonction de représentation d'intérêts, sur un mode contractuel, qui fut historiquement la leur dans l'espace international, comme le donne à voir l'inscription du droit à l'eau⁵⁵ : « Au fond, c'est moins un droit qui est ici en jeu, qu'une politique du monde, dont le droit et les procédures judiciaires ne sont que la grammaire imparfaite »⁵⁶.

53. Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp 123-24.

54. Voir, concernant la fonction souveraine de « diseur de droit » des États : André-Jean Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques » (1997) 35 *Dr et Soc* 11.

55. En toute conscience du fait que plusieurs autres exemples pourraient soutenir une telle démonstration, notamment les débats actuels sur les changements climatiques et les suites du Protocole de Kyoto, les débats autour du sens du droit à l'alimentation, etc.

56. Julie Allard, « La "cosmopolitisation" de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme » (2008) 1 *Dissensus — Revue de philosophie politique de l'ULg* 61 à la p 82.

III. L'INSCRIPTION DU DROIT À L'EAU EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

En suivant le cheminement de la reconnaissance du droit à l'eau dans le système international depuis une vingtaine d'années, il est possible de distinguer deux phases significatives, du point de vue juridique⁵⁷. Nous avons, ailleurs, analysé et qualifié la première, s'étendant du début des années 1990 à 2002, année de l'adoption de l'Observation générale n° 15⁵⁸, de « politisation »⁵⁹ des enjeux de l'eau douce. Dans cette période, la revendication d'un droit à l'eau en tant que droit humain ne peut être détachée, en effet, de la confrontation politique qui se déroule autour de la privatisation des services et des velléités de marchandisation de la ressource. C'est à la proposition de considérer l'eau comme un bien économique que répond essentiellement cette revendication. Toutefois, nous souhaitons ici nous attarder plus spécifiquement à la phase subséquente, de l'adoption de ladite observation en 2002 à l'adoption, en 2010, d'une résolution par l'Assemblée générale des Nations Unies⁶⁰ et d'une résolution portant sur le sujet par le Conseil des droits de l'homme (CDH)⁶¹, stipulant que le droit à l'eau fait bel et bien partie des droits humains et suppose donc des obligations contraignantes pour tous les États ayant ratifié le

57. L'objet peut être analysé à partir de nombreuses autres perspectives, qui exigeraient une autre périodisation, notamment celle de l'économie politique internationale, mais l'espace oblige ici à faire abstraction de ces perspectives qui pourraient enrichir l'analyse du droit présentée ici.

58. CESNU, *Le droit à l'eau*, supra note 11. À la lecture de cette observation, qui dit les obligations des États, on voit bien que les experts du comité tiennent en quelque sorte le rôle du juge constitutionnel, en interprétant le sens des textes.

59. Sylvie Paquerot, « Reconfigurations des acteurs et de l'ordre du jour dans le domaine de l'eau : une gouvernance mondiale en quête de légitimité » dans Jules Duchastel et Raphael Canet, dir, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athena, 2006, 307. On peut considérer que l'action collective pour faire passer un « besoin » dans la catégorie de droit relève effectivement de l'action politique, avec Denis Merklen, « Les frontières politiques de l'espace social », Colloque international *Expériences limites, ruptures et mémoires. Dialogues avec l'Amérique latine*, présenté à l'École des hautes études en sciences sociales, Centre d'études des mouvements sociaux et l'Institut Marcel Mauss, Paris, 18-20 octobre 2006 en ligne : <<http://lodel.ehess.fr/cems/docannexe.php?id=1403>>.

60. AGNU, *Le droit fondamental à l'eau*, supra note 5.

61. CDHNU, *Accès à l'eau potable*, supra note 5.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*⁶².

L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 juillet 2010 d'une résolution portant sur le droit d'accès à l'eau a été saluée comme une victoire par les mouvements sociaux intervenant sur cette question à travers le monde⁶³. Paradoxalement, 41 pays se sont abstenus lors du vote sur cette résolution, mais aucun n'a osé voter contre. Quelques semaines plus tard, le 30 septembre 2010, le Conseil des droits de l'homme affirmait l'existence d'une obligation juridique, pour les États signataires du *PIDESC*, à l'égard de ce droit. La récente décision judiciaire, au Botswana⁶⁴, concernant le droit à l'eau⁶⁵ illustre par ailleurs l'interpénétration de l'interne et de l'externe et l'effet des normes internationales sur le verrou du domaine réservé des États évoqué par Kolb⁶⁶.

En juillet 2010, l'Assemblée générale adopte en effet une résolution par laquelle elle « 1. [*r*]econnaît que le droit à l'eau

62. *PIDESC*, *supra* note 3.

63. Thorsten Kiefer et Catherine Brölmann, « Beyond State Sovereignty: The Human Right to Water » (2005) 5 Non-State Act & Int'l L 183.

64. *Mosethlhanyane v Botswana (PG)*, n° CACLB-074-10, (Cour d'appel de Lobatse du Botswana), (27 janvier 2011) en ligne : <<http://www.escri-net.org/sites/default/files/bushmen-water-appeal-judgment-jan-2011.pdf>> [*Mosethlhanyane*]; voir également : Sello Motseta, « Botswana Court Gives Kalahari Bushmen Water Rights », *Associated Press [Gaborone, Botswana]* (27 janvier 2011) en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/feedarticle/9472020>>.

65. La décision de la Cour suprême d'Israël concernant le droit à l'eau des populations bédouines aurait aussi pu servir à illustrer notre propos : « [l]e droit à l'eau est un droit fondamental de la personne méritant une protection constitutionnelle en vertu du droit constitutionnel à la dignité humaine », a confirmé la Cour suprême d'Israël dans une décision rendue le 5 juin 2011. Ce verdict est le résultat d'un appel lancé par les membres de communautés bédouines non reconnues vivant dans le Neguev. On leur avait refusé le raccordement au réseau national de distribution de l'eau Mekorot, une décision confirmée par le tribunal de district en 2006 : Tomer Zarchin, « Court Rules Water a Basic Human Right », *Haaretz* (6 juin 2011) en ligne : <<http://www.haaretz.com/print-edition/news/court-rules-water-a-basic-human-right-1.366194>>.

66. Malgré l'existence du *PIDESC* dans le droit international et l'adoption de l'observation générale n° 15 en 2002, il reste que les arguments évoqués par plusieurs États tout au long de la décennie 2000 pour refuser de reconnaître le droit à l'eau reposaient largement sur leur souveraineté, et particulièrement la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, position explicitement défendue par le Canada à la Commission des droits de l'homme en 2002 et réitérée par d'autres États lors du Forum mondial de l'eau à Istanbul en 2009, notamment l'Égypte et le Brésil.

potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme »⁶⁷ [italiques dans l'original]. On peut lire à cette occasion dans le document émis par le Département de l'information que :

L'Assemblée générale a « reconnu » ce matin, [...] le droit à une eau potable salubre et propre comme un droit fondamental, essentiel au plein exercice du droit à la vie et de tous les droits de l'homme. Les 35 délégations qui ont expliqué leur vote ont livré des points de vue contradictoires sur l'existence ou non du « droit à l'accès à l'eau »⁶⁸.

En voici quelques pièces choisies qui illustrent une partie des contradictions non résolues entourant ce droit :

Le représentant du Botswana a déploré qu'une résolution aussi vitale n'ait pu être adoptée par consensus. Il a jugé qu'il aurait été préférable d'**attendre le terme du processus de Genève**⁶⁹. C'est la raison pour laquelle mon pays s'est abstenu, a-t-il confié [...] ⁷⁰ [nos caractères gras; soulignés dans l'original].

Le représentant de la Guinée équatoriale a dit que l'accès à l'eau était avant tout une **question de souveraineté nationale** et qu'il revenait aux États Membres d'aborder cette question au regard de leur législation [...] ⁷¹ [nos caractères gras; soulignés dans l'original].

Le représentant de l'Espagne a regretté qu'aucune des recommandations de l'Union européenne n'ait été prise en compte dans la résolution. Il a **néanmoins salué l'amendement qui remplace le terme « déclare » par « reconnaît »** au

67. Rés AG 64/292, Doc off AGNU, 64^e sess, Doc NU A/RES/64/292 (3 août 2010), (A/64/L.63/Rev.1 + Add.1 (oralement modifié)); AGNU, *Le droit fondamental à l'eau*, *supra*, note 5.

68. Organisation des Nations Unies, communiqué, AG/10967, « L'Assemblée "reconnaît" le droit à l'eau potable comme un droit fondamental [...] » (28 juillet 2010) au para 1 en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2010/AG10967.doc.htm>> [AGNU, AG/10967].

69. Il est ici fait référence au processus au sein du Conseil des droits de l'homme, situé à Genève.

70. AGNU, AG/10967, *supra* note 68.

71. *Ibid.*

premier paragraphe du dispositif. Il a, à son tour, insisté sur la responsabilité première des États en matière de droits de l'homme en général et d'accès à l'eau potable, en particulier⁷² [nos caractères gras; soulignés dans l'original].

On voit bien, dans les deux premières interventions, l'importance accordée au respect des processus institués par les États, d'une part, et à la souveraineté, d'autre part, mais attardons-nous ici à l'intervention de l'Espagne, qui fut, avec l'Allemagne, un des pays « parrains » de ce sujet au Conseil des droits de l'homme. Si la distinction saluée peut paraître à première vue oiseuse, il reste qu'on reconnaît ce qui existe (ce qui vise à consacrer une assise juridique préalablement existante au droit à l'eau), alors que les déclarations de l'Assemblée générale n'ont pas de portée juridique obligatoire. *A contrario*, en utilisant le terme « déclare », sans être une autorité politique instituée — l'Assemblée générale n'a qu'un pouvoir de recommandation —, c'est bien le rôle de législateur qu'on tente de lui faire tenir alors.

Le Conseil des droits de l'homme, pour sa part, affirmera le droit à l'eau⁷³ par un tout autre chemin, en suivant plutôt le raisonnement antérieur du Comité des droits économiques, sociaux et culturels pour lequel le droit à l'eau existe⁷⁴, est contenu, dans les obligations du *PIDESC*. Il ne s'appuie donc pas sur la résolution « politique » de l'Assemblée générale, bien qu'il s'y réfère, mais plutôt sur l'instrument juridique ratifié... comme le Comité des droits économiques, sociaux et culturels avant lui, il interprète, il ne crée pas le droit :

2. *Rappelle* la résolution 64/292 de l'Assemblée générale du 28 juillet 2010, dans laquelle cette dernière a reconnu le droit à une eau potable, c'est-à-dire salubre et propre, et à l'assainissement comme un droit fondamental qui est essentiel au plein exercice du droit à la vie et de tous les droits de l'homme;

3. *Affirme* que le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découle du droit à un niveau de vie suffisant et qu'il

72. *Ibid.*

73. Le Conseil des droits de l'homme rend légalement obligatoire le droit à l'eau, en ligne : <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=36308>>.

74. On voit ici la portée du choix d'un mot, entre *déclare* et *reconnait*.

est inextricablement lié au droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, ainsi qu'au droit à la vie et à la dignité⁷⁵ [italiques dans l'original].

Pourquoi, peut-on se demander, le changement d'un seul mot retient-il à ce point l'attention d'un pays comme l'Espagne, lui-même promoteur de la reconnaissance de ce droit? C'est que les pays participant à cette promotion ne visent pas tous les mêmes objectifs. La résolution présentée devant l'Assemblée générale en juillet 2010 l'a été par des pays pour lesquels les droits humains doivent constituer un rempart contre la privatisation⁷⁶. Or, tout en rendant les États responsables de la mise en œuvre des droits, les instruments internationaux des droits humains n'ont jamais eu pour fonction ou pour objectif d'exclure du marché et de ses règles la livraison des services requis pour la mise en œuvre des droits.

Ces deux prises de parole, politique et juridique pourrait-on dire, restent donc contradictoires à certains égards puisque dans le premier cas, il s'agit bien d'utiliser le droit comme arme contre la privatisation et la marchandisation, d'une utilisation politique du droit en somme, comme le montre l'analyse des discours et des prises de position tout au long de la première décennie du XXI^e siècle. Dans le passage du terme *déclare* au terme *reconnait*, puis dans la résolution du Conseil des droits de l'homme, on assiste à ce que Liora Israël qualifie avec justesse d'« euphémisation relative de la conflictualité produite par l'inscription dans la sphère judiciaire »⁷⁷. Ainsi, l'inscription du droit à l'eau dans le système des droits de l'homme le réduit-elle, dans sa portée juridique effective, à une dimension acceptable pour le libéralisme, la souveraineté, et plus généralement les principes au fondement de l'ordre international dominant.

75. CDHNU, *Accès à l'eau potable*, *supra* note 5.

76. Parrainée par la République plurinationale de Bolivie, devenue depuis les événements de Cochabamba un symbole contre les multinationales de l'eau. Rappelons qu'au tournant de la décennie (1999-2000) la région de Cochabamba, dont la population est majoritairement autochtone, fut le théâtre d'importants soulèvements populaires contre la privatisation de l'eau. La citation du leader Oscar Oliveira fit le tour du monde : « ils veulent privatiser la pluie ».

77. Israël, *supra* note 15 à la p 102.

Ce processus donne ainsi à voir le double sens de la justice comme pouvoir et comme résistance, contribuant à la fois au déploiement d'un « nouvel ordre néolibéral »⁷⁸ et à l'inclusion de groupes marginalisés dans l'espace public⁷⁹. Il illustre la contribution différenciée et souvent ambivalente du droit, de ses processus et de ses mécanismes, à un « désir de justice » qui relève clairement d'une « demande sociale ». Ainsi peut-on observer cette ambivalence dans le cheminement de la reconnaissance du droit à l'eau au sein du système international, où les outils juridiques à disposition, en l'occurrence, un droit essentiellement contractuel, ne permettent pas, le plus souvent, de dépasser et résoudre les contradictions. Toutefois, le récent jugement au Botswana, mentionné précédemment, laisse espérer la possibilité d'un certain élargissement vers un droit commun à partir de la forme contractuelle du droit international classique : le droit international, en l'état, pourrait donc représenter, tout de même, un outil non négligeable aux mains des acteurs.

IV. INTERPÉNÉTRATION DES ÉCHELLES DU DROIT

C'est en 2002 que les Bushmen (Bochimans) ont été expulsés de leurs terres ancestrales par le gouvernement botswanais. Le gouvernement a alors scellé leur puits principal du désert du Kalahari pour faire place à l'exploitation diamantifère. Cette expulsion a été jugée illégale et inconstitutionnelle par la Haute Cour botswanaise en 2006⁸⁰. Malgré cette décision toutefois, le gouvernement du Botswana a maintenu une interdiction d'accès à l'eau, alors même qu'il autorisait la compagnie minière à utiliser toute l'eau dont elle pouvait avoir besoin dans la réserve et proposait à des compagnies de safari de forer de nouveaux puits. Les Bushmen ont

78. Gakuto Takamura, « La justice comme vecteur d'un nouvel ordre : le cas du Japon » dans Jacques Commaille et Martine Kaluszynski, dir, *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, 213.

79. Commaille et Kaluszynski, *ibid.*

80. *Sesana v Attorney-General*, [2006] AHRLR 183 [BwHC 2006] (Haute Cour du Botswana).

ainsi dû, une fois de plus, recourir aux tribunaux pour obtenir l'accès à leur puits⁸¹. Dans un premier jugement, le 21 juillet 2010, avant le vote de l'Assemblée générale et la résolution du Conseil des droits de l'homme donc, le juge Walia s'est prononcé en faveur du gouvernement argumentant que « si les Bushmen vivaient dans l'inconfort, ils ne pouvaient s'en prendre qu'à eux-mêmes »⁸². Sa décision fut par la suite infirmée, en janvier 2011, dans un jugement unanime, par la Cour d'appel qui a statué qu'interdire l'accès au puits relevait d'un traitement dégradant contraire à la Constitution⁸³.

Au paragraphe 19 du jugement, il est explicitement fait référence aux normes internationales en ces termes : « in the exercise of a value judgment, the Court is entitled to have regard to international consensus on the importance of access to water. Reference to two important documents will suffice [...] »⁸⁴. Le tribunal se réfère en l'occurrence à l'Observation n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et à la résolution de l'Assemblée générale de 2010, d'autre part, où l'on voit bien un déplacement de la référence à une légitimité unidimensionnelle du droit... à l'intérieur du droit lui-même⁸⁵.

Faire jouer le niveau international sur le niveau national, et les règles les unes contre les autres, inscrit la conflictualité à l'intérieur même de la sphère juridique qui, en droit international, ne connaît pas l'application stricte d'une hiérarchie des normes. L'opposition et la résistance s'inscrivent dès lors dans le registre des droits et dans les termes du droit⁸⁶, résultat de « la capacité d'agents sociaux, hors du champ juridique, *via* éventuellement des mouvements sociaux, à mobiliser le droit pour peser sur sa redéfinition ou sa

81. Pour plus de détails concernant le cheminement de ce cas, voir le site de l'organisation *Survival* en ligne : <<http://www.survivalfrance.org/actu/6018>>.

82. *Mosetlhanyane v Botswana (PG)* (Juge Walia), n° MAHLB-000393-09 [BwHC 2010] (Haute Cour de Lobatse du Botswana (21 juillet 2010)).

83. Les Bushmen ont porté cette cause en appel avec le soutien de l'organisation internationale *Survival*, *supra* note 81.

84. *Mosetlhanyane*, *supra* note 64.

85. Israël, *supra* note 15 à la p 97.

86. *Ibid* à la p 95.

“(re)création” dans le sens de la cause qu’ils défendent »⁸⁷.
Pour Benoît Frydman :

[...] dans l’environnement global, le droit ne désigne plus seulement, comme dans le modèle de la souveraineté, un cadre de référence qui détermine ce qui est permis ou interdit (sous peine de sanction) à l’intérieur duquel les interactions sociales sont censées se dérouler. Le droit devient lui-même un enjeu de luttes et un moyen d’action pour les joueurs, qui ne se contentent plus de jouer des coups conformes ou non aux règles, mais tentent également de créer ou de modifier les règles à leur avantage ou pour faire progresser les objectifs dont ils poursuivent la réalisation⁸⁸.

Or, les ambiguïtés que peut poser en démocratie la substitution au politique de la société civile⁸⁹ prennent un sens différent dans l’espace international, où l’autorité politique n’est pas instituée... L’intégration du droit à l’eau montre en effet que de nombreux acteurs, dans ce débat, qu’il s’agisse des organisations internationales, des mouvements sociaux, voire des acteurs économiques, se sont dans les faits emparés de la discussion sur le bien commun, s’appropriant ainsi la délibération politique. Peut-on dès lors considérer l’inscription du droit à l’eau comme une construction légitime de la légalité? Si oui, quels seraient alors les fondements de cette légitimité?

Tout se passe comme si un système pour dire ce qu’est le droit était en train de se bricoler, mais ce bricolage ne résout aucunement la question fondamentale de la création légitime du droit, qui nous ramène à la fonction politique et à celle du législateur, chargé de dire le bien commun, dans cet espace dépourvu d’autorité politique. À travers le cheminement du droit à l’eau, on s’aperçoit que ce « vide » politique

87. Jacques Commaille, « La place du droit dans l’œuvre de Pierre Bourdieu : présentation » (2004) 56-57 *Dr et Soc* 11 à la p 14.

88. Cité par Christoph Eberhard, « L’approche pluraliste du droit : un enjeu central pour une gouvernance légitime » (2009-2010) *Chroniques de la gouvernance* 87 aux pp 90-91.

89. Jean-Pierre Galavielle, « Gouvernance, marché et régulation sociale : une question de confiance ou de... légitimité? Retour à l’économie politique », Document de travail du Centre d’économie de la Sorbonne #2008.43, CNRS, Paris, Maison des sciences économiques, 2008, en ligne : <<http://ces.univ-paris1.fr/cesdp/CES-docs.htm>>.

est momentanément occupé par des acteurs diversifiés qui exercent cette « fonction » sans être institués en tant que tels, mais qui doivent faire face à une certaine réaction de blocage des États⁹⁰ qui se considèrent toujours comme seuls dépositaires de cette fonction de création du droit international au nom de leur souveraineté.

V. DÉMOCRATISATION DE LA GOUVERNANCE GLOBALE ET FONCTION DU DROIT INTERNATIONAL

N'y a-t-il pas contradiction dans les termes à poser la question de la démocratie en contexte de gouvernance et de régulation? La gouvernance, en effet, se nourrit d'une sorte de « légitimité par l'efficacité »⁹¹ et donne ainsi un poids beaucoup plus grand à la dimension *output* de la légitimité — l'efficacité, les résultats — qu'à sa dimension *input* — le processus⁹². La participation et l'inclusion ne visent pas ici, en effet, comme dans la logique démocratique, à assurer la diversité et la pluralité des points de vue dans la délibération, mais la mise en commun des ressources et énergies de tous les acteurs poursuivant le même objectif. Si ces mécanismes peuvent produire de l'acceptabilité sociale⁹³, celle-ci ne peut être confondue avec les exigences de la démocratie. Elle est « pour ainsi dire, génétiquement programmée en tant que mode de gestion reflétant la logique de l'économie capitaliste. Elle ne s'inscrit donc pas dans la raison politique, mais dans la raison économique »⁹⁴, ce pour quoi cet auteur nous invite à

90. Nous faisons ici référence non pas au blocage des quelques États qui sont contre la reconnaissance du droit à l'eau, mais à une attitude plus généralisée, visant à reprendre le contrôle de cette création de droit en la réintégrant dans les processus internationaux reconnus, qu'illustre la discussion autour des termes *déclare* et *reconnaît*.

91. Yannis Papadopoulos, Sonja Wälti et Daniel Kübler, « Gouvernance et légitimité : la politique de la drogue en Suisse comme cas exemplaire » (2001) 47 *Dr et Soc* 205 à la p 232.

92. Karin Bäckstrand, « Democratizing Global Environmental Governance? Stakeholder Democracy After the World Summit on Sustainable Development » (2006) 12:4 *EJIR* 467 en ligne : <<http://ejt.sagepub.com/cgi/content/refs/12/4/467>>.

93. Jean Leca, « Ce que l'analyse des politiques publiques pourrait apprendre sur le gouvernement démocratique » (1996) 46:1 *Rev fr sc pol* 122 à la p 129.

94. Ali Kazancigil, *La gouvernance et la souveraineté de l'État*, septembre 2003, à la p 5, en ligne : <www.ceri-sciences-po.org>.

« [...] éviter de prendre les vessies de la gouvernance technocratique pour des lanternes de la démocratie avancée [...] »⁹⁵.

Son outil privilégié, par ailleurs, n'est pas la loi, ni même, pourrait-on dire, le droit, mais plutôt la régulation, qui relève du systémisme et efface la possibilité de conflits irréciliables, supposant le consensus comme mode indépassable de gestion des rapports sociaux⁹⁶. Une telle perspective fait la part belle au contractualisme pour assurer le processus de reproduction du système, où les positions antagoniques se trouvent d'emblée exclues puisque la reproduction constitue la finalité non discutée. Tel semble bien être le sens de l'inscription du droit à l'eau en termes de reconnaissance de son existence dans les cadres juridiques préalablement existants, évacuant du même coup les dimensions contestataires de l'ordre en place que recelaient les revendications des deux dernières décennies, dans le passage du verbe *déclare* au verbe *reconnait*.

D'un point de vue idéologique, la régulation, outil de la gouvernance technocratique, « présuppose l'idée d'harmonie des intérêts et l'absence de contradictions irréductibles qui peuvent donc être rendus compatibles par compromis ou processus d'ajustement ». Il s'agit en somme, comme nous le rappelle Chevallier, de « faire du collectif à partir de l'individuel »⁹⁷.

Il faut donc entendre, avec Rémi Bachand, « [...] par "gouvernance globale" l'ensemble des décisions, formelles ou informelles, prises autant par des acteurs publics que privés, et qui ont un impact sur la répartition des richesses et des pouvoirs à l'échelle mondiale »⁹⁸. Il s'agit, tout compte fait, de *piloter efficacement* pour empêcher ce que Rancière⁹⁹ appelle « la relation dans laquelle ceux qui jusqu'alors n'avaient pas droit à l'existence politique réclament haut et fort leur dû, un accès à la parole et à la reconnaissance », une confrontation

95. *Ibid* à la p 7.

96. Michel Miaille, dir, *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, à la p 18.

97. Chevallier, « Concept de régulation », *supra* note 39 à la p 87.

98. Rémi Bachand, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale » (2010) 114 :2 RGDIP 281 à la n 1.

99. Jacques Rancière, *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard, 1998.

véritablement politique¹⁰⁰, que l'on observe autour de la reconnaissance du droit à l'eau depuis deux décennies.

Si tant est qu'en démocratie, la loi soit conçue comme la volonté du peuple — de l'UN — et le contrat comme l'expression de la diversité des intérêts, les deux se retrouvent incarnés dans le droit international en même temps et sous la même forme en quelque sorte, parce que contrat et volonté de « loi » se confondent et ne disposent que d'un seul et même instrument pour se matérialiser... le droit international peut-il représenter à la fois le commun de l'humanité — l'UN — et l'expression de la diversité des intérêts?

Envisager la démocratisation de la gouvernance mondiale suppose, au point de départ, de réintroduire le politique et donc de dépasser le cadre de la gouvernance globale tel qu'actuellement donné, posé; de dépasser, en somme, la gestion du monde conçue comme si les fins étaient d'ores et déjà déterminées. Cela suppose de réfléchir à la configuration d'un espace proprement politique à l'échelle mondiale, malgré l'absence de communauté politique instituée. Mais cela suppose préalablement de réfléchir aux formes d'articulation entre les différents pôles de tension propres à la démocratie : entre l'UN — le bien commun — et les intérêts — la pluralité —, et donc au rôle du droit dans ces articulations.

Comme le remarquait en son temps le grand juriste Charles Chaumont « [...] le droit international est fondé sur des contradictions »¹⁰¹ et ses règles prennent appui sur des facteurs idéologiques qui camouflent les réalités de la puissance des plus forts sur les plus faibles¹⁰². Il ne fournit aucunement la première des conditions d'un état de droit : que le pouvoir, fondé sur le droit, est aussi limité par le droit, ce qui supposerait la soumission des États, de tous les États au droit¹⁰³. Mais l'état de droit, à lui seul, ne constitue pas une garantie de démocratisation. Il peut tout aussi bien contribuer à la régulation d'une société de marché, où le seul bien commun se réduit

100. Loïc Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 2008 à la p 76.

101. Charles Chaumont, *Cours général de droit international public*, RCADI, vol II, 1970, à la p 347.

102. *Ibid* à la p 361.

103. Chevallier, *L'État de droit*, *supra* note 16 à la p 128.

à régler de manière procédurale les conflits entre individus libres, afin d'assurer la reproduction du système.

On peut observer que le droit international et sa fonction dans la gouvernance mondiale n'est pas univoque, contrairement à ce que certains auteurs prétendent : il n'est ni seulement un instrument de l'hégémonie capitaliste, ni seulement un instrument de justice. L'exemple utilisé ici montre bien cette tension entre aspiration au droit et nouveau constitutionnalisme.

Droit non hiérarchique en principe, on sait que certains domaines du droit international trouvent à s'appliquer plus aisément que d'autres et disposent des moyens de leur effectivité, au premier chef le droit économique et commercial international. Celui-ci, dans le cadre de la mondialisation actuelle de l'économie, est souvent perçu comme une offensive générale et organisée contre les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes et les droits humains, contre les acquis démocratiques et l'ordre international dans son ensemble, visant notamment l'appropriation des ressources communes¹⁰⁴.

Si l'un des pôles de cette tension, entre instrument de l'hégémonie capitaliste et instrument de justice, est perçu et qualifié de nouveau constitutionnalisme, c'est bien que le droit commercial international s'impose *de facto*, dans cette absence de hiérarchie formelle des normes sur le plan international : les ressources naturelles, les microorganismes, les écosystèmes, le corps humain, la santé, l'éducation, la culture, la recherche scientifique, les médicaments, tous sont soumis à la loi du marché et font l'objet d'appropriation « légale » par les firmes privées, malgré l'existence d'autres normes exprimant des valeurs contradictoires.

Une approche alternative va plutôt voir le droit international comme une langue servant à argumenter et à articuler de manière légitime des arguments et des préférences

104. Hugo Ruiz Diaz, « Réflexions sur les mutations du droit international (I); Le droit international et la mondialisation », Comité pour l'annulation de la dette du tiers-monde (2 décembre 2004) aux pp 3-4 en ligne : <<http://www.cadtm.org/Le-droit-international-et-la->>. Cette perception du droit économique international ne doit pas être comprise comme intemporelle. Ainsi, par exemple, au sortir de la décolonisation, toutes les discussions autour d'un nouvel ordre économique international (NOEI) laissent penser que le droit économique et commercial n'était pas perçu de la même manière par les acteurs.

politiques¹⁰⁵. C'est ici le conflit politique qui migre dans l'espace juridique. Dans cette perspective,

[l]e droit est tellement indéterminé — non seulement du fait que ses règles sont textuellement ambiguës ou incomplètes, mais aussi et surtout parce qu'à chaque règle peut être opposée une contre-règle aussi valide, que chaque argument peut faire face à un contre-argument, etc. — qu'il est presque toujours possible de défendre une position à partir d'une argumentation juridique¹⁰⁶.

Or, si le recours au droit peut être vécu dans certaines circonstances comme un « affront au politique »¹⁰⁷, il peut aussi bien représenter un enrichissement de la vie politique lorsqu'il sert à démultiplier l'espace public et à introduire, précisément, des questions jusque-là exclues du débat politique : « [c]e n'est plus, dans ce cas, le droit qui règle la politique, ce sont les exigences politiques qui érigent le droit en argument politique »¹⁰⁸. Le droit, ici, sert à retisser le lien social au-delà des frontières, mais il recèle aussi le risque d'effet de club et d'élitisme¹⁰⁹, phénomène observable dans le cheminement de la reconnaissance du droit à l'eau, où la prise en compte par les institutions des revendications a entraîné une mise à l'écart des citoyens et des groupes de base au bénéfice des experts et professionnels des droits¹¹⁰, réduisant les valeurs exprimées à des normes acceptables pour le libéralisme. Dans cette perspective, le droit participe d'un espace politique au sens où il devient le lieu de l'expression des conflictualités à résoudre.

105. De manière générale, voir : Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers Pub, 1989, réimprimé avec un nouvel épilogue : Cambridge, Cambridge University Press, 2006. En français, du même auteur : *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007.

106. Bachand, *supra* note 98 à la p 318.

107. Commaille et Kaluszynski, *supra* note 78 à la p 16.

108. Étienne Tassin, *Un monde commun. Pour une cosmo-politique des conflits*, Paris, Seuil, 2003 à la p 123.

109. Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005 à la p 74.

110. David Kennedy, « Contester le règne des experts : la politique de gouvernance globale » dans David Kennedy, *Nouvelles approches de droit international*, Paris, Pedone, 2009, 231.

CONCLUSION

Les dominés ont commencé à s'emparer du droit international et de la politique internationale pour tenter d'en faire un instrument de transformation, comme jadis l'ont fait les peuples luttant pour leur libération contre la domination coloniale¹¹¹.

Constatant que la fonction du droit international dans la gouvernance mondiale actuelle n'est pas univoque, il nous faut toutefois rappeler avec insistance que l'institution judiciaire a vocation au maintien de l'ordre existant et à sa stabilité, à la reproduction, donc, des rapports sociaux institués et non à leur remise en cause¹¹². Mais il faut insister également ici sur le double rôle du droit, car la victoire ou la défaite judiciaire n'a pas le même sens lorsqu'il s'agit de faire apparaître, de donner une voix, aux personnes ou aux valeurs exclues, de permettre l'expression des conflictualités.

Dans cette configuration particulière des rapports entre droit et politique qui se déploie à l'échelle mondiale, un des risques les plus importants du point de vue de l'émancipation, toutefois, nous paraît être celui que soulignent Allard et Garapon, soit la séparation des droits dits fondamentaux de leur origine politique¹¹³, générant une situation paradoxale du point de vue de la légitimité, forte sur le plan substantiel, mais faible sur le plan procédural puisque les citoyens peuvent difficilement, à ce niveau, se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis. Entre deux éléments fondamentaux de la démocratie — le respect des droits et « décider pour soi-même » —, tout se passe comme si la première dimension restait la seule, dans l'espace international, à servir de critère pour évaluer la démocratisation de la gouvernance mondiale.

Le rapport entre représentant et représentés se trouve en effet mis sous tension par le droit avec les droits humains, d'autant plus quand ceux-ci sont interprétés en regard de normes externes. Si, sur le plan interne, le juge — ou le jugement — peut constituer une interface entre les actes

111. Ruiz Diaz, *supra* note 104 à la p 4.

112. Israël, *supra* note 15 à la p 128.

113. Allard et Garapon, *supra* note 109 à la p 79.

politiques d'un gouvernement et le pacte fondateur d'une communauté politique¹¹⁴, lorsque le jugement provient de l'extérieur, on s'éloigne d'autant de la légitimité démocratique... Mais est-ce moins légitime pour autant? Dans la logique de l'État de droit, l'indépendance du juge se trouve renforcée par la dimension supranationale qui l'autonomise et il peut, dès lors, être perçu comme plus à même de re-dire les pactes fondateurs des peuples. C'est bien l'usage que semble en faire la Cour d'appel du Botswana, interprétant son propre cadre constitutionnel à la lumière de ce qu'elle nomme le « consensus » international.

L'intégration du droit à l'eau au titre des droits humains donne en fait à voir une double tendance, paradoxale : d'un côté, elle illustre éloquemment le fait que les États semblent avoir compris qu'ils n'ont plus véritablement, désormais, de domaine réservé¹¹⁵, ce qui constitue somme toute, du point de vue des droits humains, une bonne nouvelle... Mais ce faisant, elle montre également la difficulté à leur faire intégrer des normes communes précisément parce qu'ils savent, désormais, qu'ils devront en rendre compte... Dépouillés de la liberté du contrat, les États répugnent à envisager de se soumettre à la « loi », mais les règles, même bafouées, se trouvent confortées dans leur existence quand le pouvoir cherche à camoufler leur non-respect¹¹⁶ ou à contester leur portée.

114. Le peuple perpétuel contre le peuple momentané de Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation* (1789-1799), Paris, Gallimard, 1995.

115. Kolb, *supra* note 49 à la p 78.

116. Pierre-Marie Martin, *Les échecs du droit international*, n° 3151, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p 116.