

DU DROIT COSMOPOLITIQUE AU DROIT GLOBAL : POUR UNE RUPTURE ÉPISTÉMOLOGIQUE DANS L'APPROCHE JURIDIQUE

Antoine Guilmain

Volume 26, numéro 2, 2013

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068083ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068083ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guilmain, A. (2013). DU DROIT COSMOPOLITIQUE AU DROIT GLOBAL : POUR UNE RUPTURE ÉPISTÉMOLOGIQUE DANS L'APPROCHE JURIDIQUE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 26(2), 219–236.
<https://doi.org/10.7202/1068083ar>

Résumé de l'article

Le présent article vise à sensibiliser les juristes à une réflexion épistémologique autour des concepts de *droit cosmopolitique* et de *droit global*. Ces concepts nous semblent aujourd'hui trop souvent négligés et, dans la perspective de leur redonner leur place, délaissant volontairement l'approche juridique « classique », nous lui préférons une démarche scientifique en trois étapes. Tout d'abord, nous opérerons une rupture nette avec l'illusion juridique qui résulte essentiellement du positivisme juridique et du nationalisme méthodologique. Ensuite, nous présenterons la construction théorique du droit cosmopolitique à travers sa genèse et son actualisation. Enfin, nous constaterons, de manière empirique, que la notion émergente de *droit administratif global* présente un profond lien de filiation avec celle de droit cosmopolitique.

DU DROIT COSMOPOLITIQUE AU DROIT GLOBAL : POUR UNE RUPTURE ÉPISTÉMOLOGIQUE DANS L'APPROCHE JURIDIQUE

*Antoine Guilmain**

Le présent article vise à sensibiliser les juristes à une réflexion épistémologique autour des concepts de *droit cosmopolitique* et de *droit global*. Ces concepts nous semblent aujourd'hui trop souvent négligés et, dans la perspective de leur redonner leur place, délaissant volontairement l'approche juridique « classique », nous lui préférons une démarche scientifique en trois étapes. Tout d'abord, nous opérerons une rupture nette avec l'illusion juridique qui résulte essentiellement du positivisme juridique et du nationalisme méthodologique. Ensuite, nous présenterons la construction théorique du droit cosmopolitique à travers sa genèse et son actualisation. Enfin, nous constaterons, de manière empirique, que la notion émergente de *droit administratif global* présente un profond lien de filiation avec celle de droit cosmopolitique.

The following article aims to raise awareness among jurists through an epistemological reflection on the concepts of *Cosmopolitan law* and *Global law*. Both appear to us somehow neglected today. In a perspective of rehabilitation, we voluntarily leave aside the classic legal approach to instead choose a scientific approach in three steps. First, we will radically break with the legal illusion that is essentially based on methodological nationalism and legal positivism. Second, we shall present the theoretical construction of Cosmopolitan law through its genesis and updating. Thirdly, we will figure, in an empirical way, that the emerging notion of "*Global administrative law*" is dramatically linked to Cosmopolitan right.

* Candidat au doctorat en droit à l'Université de Montréal et à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

Si la principale raison d'être du droit est d'apporter une sécurité juridique, il subsiste de nombreux cas d'incertitude juridique, résultant par exemple d'une imprécision de la règle de droit dans son contenu, sa portée, son interprétation ou son avenir¹. En effet, la règle de droit n'est résolument pas une formule magique qu'il suffirait de plaquer à un cas d'espèce pour le résoudre : il revient au juriste de l'interpréter et de rechercher son sens. Ultimement, cette prise de position du juriste doit tendre à apprivoiser les incertitudes juridiques et à en réduire les effets. Ainsi, en s'appuyant sur le droit et les règles de droit, on peut assimiler le juriste à un artiste qui composerait une partition mélodieuse avec des notes en y ajoutant du rythme².

Or, dans le contexte de mondialisation que l'on connaît actuellement, le juriste écarte trop souvent sa « vocation » de compositeur pour se limiter à la seule fonction d'interprète. Il renâcle en effet à faire le moindre choix éthique lorsqu'il est amené à qualifier des faits et interpréter la règle de droit. La figure du juriste se réduit alors à un simple « poseur de syllogisme », incapable de s'engager de manière réflexive et critique³. À cet égard, le phénomène de *cause lawyering*⁴ semble être l'exception qui confirme la règle.

Par suite logique, et alors même que l'espace juridique mondial est en pleine mutation, le droit est nécessairement synonyme d'État. Hans Kelsen, ardent défenseur de la thèse de l'identité du droit et de l'État, justifie d'ailleurs cette équation « droit = ordre juridique = État »⁵ par l'analogie suivante : de la même manière que Dieu serait, d'un point de vue gnoséologique, la personnification de l'ordre cosmique, l'État serait l'expression anthropomorphique de l'ordre juridique⁶. Pourtant, un tel paradigme écarte de fait la possibilité de repenser la norme juridique, et donc encore plus le droit lui-même. En effet, la compétence du droit (*materiae*) se fonde uniquement sur une base territoriale (*loci*), en se détachant de toute considération temporelle (*temporis*).

Quoique préjudiciable, cette situation n'est pas nouvelle. En introduisant au XVIII^e siècle sa théorie du droit cosmopolitique, Kant s'était alors vu taxé d'« utopiste », pour avoir cherché à voir au-delà et au-dessus des rapports intra-étatiques (droit interne) et inter-étatiques (droit international). Il le déplorait, n'hésitant pas à écrire : « Je suis venu avec mes écrits un siècle trop tôt. C'est dans

¹ Michel Prieur, « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement » dans *Incertitude juridique, incertitude scientifique: actes du séminaire de l'Institut fédératif « Environnement et eau »*, Limoges, Les cahiers du CRIDEAU, n° 3, 2001 aux pp 13-14.

² Françoise Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit » (1987) 39:2 RIDC 343 à la p 358.

³ Violaine Lemay et Juliane Law, « Multiples vertus d'une ouverture pluraliste en théorie interdisciplinaire du droit : l'exemple de l'analyse du phénomène de *cause lawyering* » (2011) 26 RCDS 353 à la p 354.

⁴ *Ibid* à la p 354 (« Cette pratique suppose par définition l'existence de centaines d'avocats contemporains, jeunes et moins jeunes, engagés dans un type alternatif de pratique professionnelle du droit, une pratique dont la caractéristique est de ne pas fuir l'engagement normatif ou politique, mais au contraire d'y adhérer explicitement et sereinement. »).

⁵ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global? » (janvier 2012), en ligne : Philodroit.be <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf> [Frydman].

⁶ Pierre Brunet, *Vouloir pour la nation - Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruxelles, Publications de l'Université de Rouen, 2004 à la p 15.

cent ans que l'on commencera à me bien comprendre : alors, on se remettra à lire mes livres et l'on saura les faire valoir »⁷.

Le droit cosmopolitique qu'il avait introduit; est-ce un principe, une pratique, une réalité, une fiction, une possibilité, une fatalité⁸? Force est de constater que cette question n'intéresse toujours pas vraiment, au moins au sein de la sphère juridique. Elle est très vite évacuée par une certitude : le droit cosmopolitique n'est pas et ne peut être une norme juridique. L'incertitude résiduelle, condition *sine qua non* à toute démarche scientifique, se trouve ainsi balayée, laissant place à une confortable certitude juridique.

Ceci est d'autant plus préoccupant que Claude Lévi-Strauss, ethnologue qui, rappelons-le, avait également une formation de philosophe et de juriste⁹, et précurseur à bien des égards, nous explique que :

La tâche essentielle de quelqu'un qui consacre sa vie aux sciences humaines, c'est de s'attaquer à ce qui semble le plus arbitraire, le plus anarchique, le plus incohérent, et d'essayer de découvrir un ordre sous-jacent ou du moins d'essayer de voir s'il existe un ordre sous-jacent¹⁰.

En l'occurrence, pour pouvoir accomplir une « révolution » du regard, le juriste doit faire preuve de vigilance épistémologique aiguë et ne pas hésiter à adopter une démarche scientifique. Dans son ouvrage *Le nouvel esprit scientifique*, Gaston Bachelard invite ainsi tout observateur scientifique (qu'il soit juriste, sociologue, politologue, économiste, etc.) à opérer une « rupture épistémologique » de la manière suivante : « Le fait scientifique est conquis, construit, constaté : conquis sur les préjugés, construit par la raison, constaté dans les faits »¹¹. Le droit redevient, de fait, un objet de connaissance, et non la connaissance elle-même¹².

Dans le présent travail, nous suivrons la recommandation de ce grand épistémologue et articulerons donc notre démarche autour de trois étapes successives.

Premièrement: une rupture. Il nous faudra rompre avec l'illusion juridique qui empêche bon nombre de juristes de voir « au-delà de l'État ». Celle-ci se manifeste essentiellement par le positivisme juridique et une approche juridico-centrée (Droit = État). Sans tenter de renverser ces concepts juridiques, l'objectif sera

⁷ Tel que cité dans Éric Volant, *Des morales : crises et impératifs*, Montréal, Mediaspaul Canada, 1985 à la p 102.

⁸ Karim Benyekhlef, « Vers un droit postnational? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale » dans Pierre Noreau et Louise Rolland, dir, *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008 à la p 915 [Benyekhlef].

⁹ Un de ses premiers ouvrages porta d'ailleurs sur les règles du mariage qui ont un impact sur le choix du conjoint : Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd, Paris, Mouton, 1967.

¹⁰ Claude Lévi-Strauss, « L'ethnologue est un bricoleur » *Le Nouvel Observateur* hors série (novembre-décembre 2009) 22 à la p 22.

¹¹ Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique, contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Vrin, 1965 à la p 61.

¹² Pierre Noreau, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi » (2011) 52 C de D 687 à la p 697.

davantage de réhabiliter le positivisme juridique en présomption réfragable et de nuancer la fiction nationale selon laquelle « hors de l'État, point de droit ».

Deuxièmement: une construction théorique. Nous rappellerons la genèse du droit cosmopolitique, mais nous nous efforcerons également de l'actualiser : aujourd'hui, en ce début de XXI^e siècle, qu'est devenu ce concept? Nous essaierons de comprendre l'originalité et les spécificités de cette construction philosophico-juridique, depuis sa conception kantienne originale jusqu'à aujourd'hui, en prenant en considération la reformulation habermasienne du droit cosmopolitique dans les années 1990.

Troisièmement: un constat empirique. Alors que l'idée de *droit global* est très attachée à une perspective juridique, celle de *droit cosmopolitique* emprunte davantage à la philosophie et à la sociologie, ce qui la rend difficilement transposable dans son intégralité, du moins à l'heure actuelle. Cependant, elle n'est pas inutile pour autant, loin de là : nous verrons en effet qu'il est possible d'établir un lien de filiation entre une branche juridique émergente, le droit administratif global, et le droit cosmopolitique.

I. Rupture avec une illusion juridique

Frédéric Nietzsche, précurseur à bien des égards, relevait dans son ouvrage *Le Livre du philosophe*, « [l]a vie a besoin d'illusions, c'est-à-dire de non-vérités tenues pour des vérités »¹³. Par l'usage des notions de « présomption »¹⁴ et de « fiction »¹⁵, le droit en est d'ailleurs une excellente preuve. À cet égard, notons que si la présomption et la fiction sont souvent confondues, il existe une différence de nature entre ces deux concepts : alors que le premier repose sur l'incertitude du vrai, le second repose sur la certitude du faux¹⁶.

Ceci étant dit, bien des juristes tendent aujourd'hui à oublier un autre enseignement de Nietzsche, pourtant contenu dans le même livre, à savoir que « les vérités sont des illusions dont on a oublié qu'elles le sont »¹⁷. L'objectif de la présente partie sera alors de rompre avec l'illusion juridique de deux manières : d'une part, en réhabilitant le positivisme juridique en présomption réfragable, et non pas irréfragable (A); d'autre part, en déconstruisant la fiction nationale selon laquelle « hors de l'État, point de droit » (B).

¹³ Frédéric Nietzsche, *Le Livre du philosophe*, traduit par Angèle Kremer-Marietti, Paris, Flammarion, 1991 [Nietzsche].

¹⁴ L'article 1349 du Code civil français dispose ainsi que « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Voir art 1349 CcF.

¹⁵ Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, *sub verbo* « fiction » : « un mensonge de la Loi consistant à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit ».

¹⁶ Cindy Harvey, « Où la fiction s'arrête-t-elle? » (2007) 55:1 *Revue fiscale canadienne* 72 à la p 77.

¹⁷ Nietzsche, *supra* note 13.

A. Le positivisme juridique, une présomption réfragable

Entre la méthode, la théorie et l'idéologie du droit¹⁸, le positivisme juridique se fonde avant tout sur une présomption de neutralité et de rationalité de la règle de droit¹⁹. Dans la présente partie, nous retiendrons la définition qu'en donne Simone Goyard-Fabre : « Il n'y a de loi que posée par l'État et dans le cadre de l'État; elle n'en appelle à aucune transcendance mais à la seule capacité constructiviste de la raison humaine; et ce constructivisme est axiologiquement neutre »²⁰. Précisons à cet égard qu'il ne s'agira pas d'exposer séparément les acquis des différentes écoles positivistes, mais bien de se concentrer sur les points communs qui les unissent²¹.

Le mythe de la rationalité du législateur, et la notion voisine qui en découle de « légicentrisme », mènent bien souvent les juristes à une adhésion illimitée envers une entité juridique ou politique²² : ils finissent alors par ériger le positivisme juridique en une présomption irréfragable. Une telle tendance évacue de fait la différence profonde entre présomption et fiction – « *if a presumption is not rebuttable in this way, it is indistinguishable from a legal fiction* »²³ – et provoque des effets néfastes à au moins deux égards : d'une part, les juristes oublient qu'en droit, la part du construit est bien supérieure à celle du donné et, d'autre part, les justiciables se voient encouragés à se soumettre passivement à la loi et à l'ordre qu'elle établit²⁴.

L'objectif de cette partie est de sensibiliser les juristes aux difficultés résultant du choix d'opérer, dans un contexte de globalisation, une distinction rigide entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il pourrait ou devrait être²⁵, autrement dit entre le droit positif et le droit idéal, ou de manière plus générale, entre une approche descriptive et une approche prescriptive. Par suite logique, nous tenterons de réinstaurer le positivisme juridique en une présomption réfragable.

Quoique se plaçant dans l'optique d'une analyse du droit international, et non dans un contexte de « globalisation du droit »²⁶, Jean-Faustin Badimboli Atibasay, dans son article *Double impuissance du positivisme juridique au regard de*

¹⁸ Norberto Bobbio, « Sur le positivisme juridique » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, 53 à la p 54.

¹⁹ Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne Melkevik, dir, *Transformations de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, 83 à la p 89 [Gaudreault-DesBiens].

²⁰ Simone Goyard-fabre, « La fondation des lois civiles » (1993) 49 *Laval théologique et philosophique* 105 à la p 110.

²¹ Jean-Faustin Badimboli-Atibasay, « Double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international » (2003) 33 *RGD I* à la p 4.

²² Otfried Hoffe, *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991 à la p 12.

²³ Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd, Markham, Butterworths, 2002 à la p 71.

²⁴ Gaudreault-DesBiens, *supra* note 19 aux pp 90-91.

²⁵ *Ibid* à la p 89.

²⁶ Sabino Cassese, *Au-delà de l'État*, traduit par Philippe Cossalter, Bruxelles, Bruylant, 2011 aux pp 43-45 [Cassese].

la normativité du droit international²⁷, a fort bien souligné les biais d'une perspective purement positiviste. En substance, il relève deux problèmes que rencontre le positivisme juridique quant à son application en droit international : d'une part, un problème de validité, puisque, dans la mesure où le positivisme rejette tout ce qui mêle droit positif et droit naturel, et à partir du moment où juridicité et positivité se confondent, il n'existe plus de droit international du tout; d'autre part, un problème d'effectivité, car, dans la mesure où les règles du droit international ne sont pas toutes le résultat de procédés formels de création, la coutume et les principes généraux de droit ne devraient alors plus être considérés comme des normes juridiques, de même d'ailleurs que le consensus, les résolutions des organisations internationales et le *jus cogens*²⁸. Par suite logique, le juriste qui se cantonnerait à une perspective purement positiviste écarterait, de fait, toute validité et effectivité du droit international.

Cette analyse vaut également pour le droit global. Selon le courant positiviste, le droit global est en effet une *lex feranda* (droit en développement) dénuée de toute normativité, plutôt qu'une *lex lata* (droit établi) qui oblige et confère des obligations pour le présent²⁹.

Ces éléments indiquent qu'il est désormais nécessaire, voire salutaire, de cesser de raisonner en des termes strictement positivistes et de s'ouvrir au pluralisme juridique³⁰. L'école positiviste n'échappe d'ailleurs pas aujourd'hui à cette prise de conscience : elle semble en effet plus prudente dans la formulation de ses thèses et s'ouvre à d'autres voies de recherche dans la science du droit³¹.

B. La fiction nationale : « hors de l'État, point de droit »

Encore aujourd'hui, les conceptions et perspectives de l'observateur scientifique (juriste, économiste, politologue, sociologue, etc.)³² sont bien souvent imprégnées d'un « nationalisme méthodologique »³³ ou d'une forme de « statocentrisme »³⁴ : l'analyste n'envisage alors le monde que « sur la seule base d'un découpage national comme s'il s'agissait là d'une apodicticité et non d'un simple construit historique »³⁵. Cette tendance est d'ailleurs largement renforcée par le fait que les sources utilisées par la recherche sont pour la plupart produites par des agences et pour les exigences administratives des États.

²⁷ Badimboli-Atibasay, *supra* note 21.

²⁸ *Ibid* aux pp 13-15.

²⁹ Michel Virally, « À propos de la “*lex feranda*” » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Éditions A. Pedone, 1981 à la p 519.

³⁰ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 965.

³¹ Voir Ota Weinberger, « Au-delà du positivisme et du droit naturel » dans Neil MacCormick et Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 115 à la p 115.

³² Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 963.

³³ Ulrich Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme*, Paris, Alto-Aubier, 2006 [Beck].

³⁴ Gérard Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

³⁵ Benyekhlef, *supra* note 8 aux pp 963-964.

Néanmoins, les développements d'auteurs, tels Norbert Elias³⁶ ou Ernest Gellner³⁷, sur la place et le rôle de l'État dans le constructivisme des nations³⁸ effritent progressivement cette apparente opposition entre le national et l'international³⁹ dans les sciences sociales.

Si certaines disciplines tendent aujourd'hui à se détacher de cette vision purement territoriale de l'État, le droit reste encore profondément marqué par ce « nationalisme méthodologique »⁴⁰. Le juriste lambda aura en effet tendance à regarder le monde à travers les verres déformants du « système westphalien » : comme l'avaient déjà souhaité Henri IV et Sully dans leur concept de « Grand dessein », c'est en 1648 que le Traité de Westphalie vient ériger l'État moderne en pierre angulaire de l'ordre juridique international. Par suite logique, comme le résume Benoît Frydman, « [l']identification des dimensions logique et politique de l'ordre juridique place les juristes [...] devant une équation simple et assez rigide : droit = ordre juridique = État »⁴¹.

Une fiction présumée irréfutable émerge alors : « hors de l'État, point de droit »⁴². Le droit international, notion introduite par le philosophe anglais Jeremy Bentham (1748-1832) pour désigner les rapports entre deux États, tous deux dotés de la souveraineté, semblent d'ailleurs conforter cette idée. En effet, il se fonde avant tout sur des accords de transaction, résultant de traités entre États⁴³. Jellinek concluait d'ailleurs : « [l]e droit international existe pour les États, et non les États pour le droit international »⁴⁴.

Loin de questionner cette fiction, le juriste préfère bien souvent s'en tenir au confortable tandem « dehors/dedans »⁴⁵ et s'inscrit, de fait, dans une dynamique de complaisance.

Or, aujourd'hui, *volens nolens*, l'ordre juridique est plus complexe à appréhender dans la mesure où il devient « multi-niveaux » : à l'intérieur, il est local et national; à l'extérieur, il est étatique et global⁴⁶. Dans son récent ouvrage *Au-delà de l'État*, Sabino Cassese illustre fort bien cette évolution⁴⁷ en analysant, par exemple,

³⁶ Norbert Elias, *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

³⁷ Ernest Gellner, *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1999.

³⁸ Bertrand Wert, *Le postnational et le postétatique en question : le cas de la gouvernance de la sécurité dans l'euro-métropole lilloise*, thèse de doctorat en science politique, Université Paris Dauphine, 2009 à la p 17.

³⁹ Beck, *supra* note 33 à la p 58.

⁴⁰ Benyekhlef, *supra* note 8 aux pp 963-964.

⁴¹ Frydman, *supra* note 5.

⁴² Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 964.

⁴³ Cassese, *supra* note 26 à la p 76.

⁴⁴ Tel que cité par Prosper Weill, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public » (1992) 237 RCADI 9 à la p 44.

⁴⁵ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 965.

⁴⁶ Cassese, *supra* note 26 à la p 49.

⁴⁷ *Ibid* à la p 54; à titre d'exemple, l'article XI.2 du *Règlement intérieur de la Commission du Codex Alimentarius* prévoit que les organes collégiaux font tous leurs efforts pour arriver à un accord par le « consensus »; de même, l'article XI.5 de la *Convention internationale pour la protection des végétaux*, en ce qui concerne la Commission pour les mesures phytosanitaire, dispose que lorsque le

le principe d'unanimité pour les décisions globales qui, bien qu'exigé par certains traités, est de plus en plus souvent tempéré de diverses manières. L'émergence d'un tel ordre juridique à paliers multiples recoupe d'ailleurs le concept d'« interconnectivité »⁴⁸ développé en sciences sociales par Ulrich Beck.

Dès lors, pour faire écho à cette réalité, le juriste doit se libérer de la fiction selon laquelle la Nation et l'État seraient des formes sociales et politiques « naturelles »⁴⁹, pour pouvoir envisager l'ordre juridique global qui, à en croire Sabino Cassese, est loin d'être à un stade primitif de développement⁵⁰.

II. Construction théorique : genèse et actualité du droit cosmopolitique

Malgré la polysémie et le parfum suranné qui entourent l'expression « cosmopolitisme »⁵¹, l'idée de droit cosmopolitique revient avant tout à la philosophie transcendantale de Kant, qui fut largement exposée dans son *Projet de Paix perpétuelle* de 1795. Pour rencontrer cette paix perpétuelle, il a suggéré une solution juridique originale qui retiendra notre attention (A). Néanmoins, Kant évoluait dans le cadre de l'horizon d'expérience de son temps⁵², et Jürgen Habermas, à la fin du XX^e siècle, a reformulé la conception kantienne du droit cosmopolitique pour lui donner une portée résolument pratique et actuelle : en ce sens, il a voulu s'inscrire comme citoyen du monde fervent militant pour la paix perpétuelle (B).

A. La proposition kantienne d'un droit cosmopolitique : vers la paix perpétuelle

Pour se démarquer de l'accusation d'utopiste, Kant a souhaité donner une perspective résolument pratique⁵³ à son *Projet de Paix perpétuelle* en consignant trois « articles définitifs » qui seraient les conditions juridiques nécessaires pour éviter la guerre. Premièrement, « dans tout État la constitution civile doit être républicaine »⁵⁴, en ce sens que l'intérêt public prime sur l'intérêt privé du gouvernement.

consensus n'est pas atteint la décision pourra être prise à la majorité des deux tiers des présents. (Voir FAO, *Règlement intérieur de la Commission du Codex Alimentarius*, 2003 art XI (2), en ligne : <<http://www.fao.org>>; ICPV, *Convention internationale pour la protection des végétaux*, novembre 1997, art XI (5), en ligne : ICPV <<http://www.ippc.int>>.

⁴⁸ L'interconnectivité est une approche théorique qui postule une augmentation de l'enchevêtrement (prolifération des engagements politiques et juridiques) et de l'interdépendance (risques humains et naturels) entre les espaces nationaux. Voir Beck, *supra* note 33 à la p 158.

⁴⁹ Cassese, *supra* note 26 à la p 51.

⁵⁰ *Ibid* à la p 62.

⁵¹ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 915.

⁵² Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Éditions du Cerf, 1996 aux pp 8-9 [Habermas, *La paix perpétuelle*].

⁵³ Marc Belissa et Florence Gauthier, « Kant, le droit cosmopolitique et la société civile des nations » (1999) 317 *Annales Historiques de la Révolution française* 495 à la p 501 [Belissa et Gauthier].

⁵⁴ Emmanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, Vrin, 1999 à la p 31 [Kant].

Deuxièmement, « le droit des gens doit être fondé sur un fédéralisme d'États libres »⁵⁵, afin d'assurer la « confiance » dans le droit, en évitant surtout l'avènement d'une République mondiale. Troisièmement, « le droit cosmopolite doit se restreindre aux conditions de l'hospitalité universelle »⁵⁶, c'est-à-dire que l'étranger ne doit pas être traité avec hostilité lorsqu'il est sur le territoire d'une autre nation. Dès lors, l'état de paix n'apparaît plus exclusivement comme une cessation des hostilités, mais plutôt comme un état juridique qui doit être construit et maintenu⁵⁷.

Habermas s'intéresse également au problème substantiel des conditions qui rendent possible une paix véritable entre les nations⁵⁸ et reformule de la manière suivante le tryptique kantien : « 1) le caractère pacifique des républiques, 2) la force socialisatrice du commerce international et 3) la fonction de l'espace public politique »⁵⁹. Avec le recul, il explique alors que ces propositions kantiennes, prises dans leur sens immédiat, ont été démenties par les faits : en effet, les républiques ne se sont pas montrées aussi pacifiques que Kant le présupposait⁶⁰; l'expansion du commerce international a créé, à bien des égards, de nombreuses tensions (mondialisation)⁶¹; et l'émergence d'un espace public fondé sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication amène son lot de difficultés (notamment, le *media mass*)⁶².

Néanmoins, Habermas souligne que ces impasses et échecs historiques ne suffisent pas à enterrer le « legs kantien », et ce, pour une bonne raison : au support de ces trois articles, Kant propose également trois modèles de constitution (normes) qui structurent les rapports entre les États et les individus⁶³.

Kant dépasse en effet le *jus civitatis* (établissant les droits civils de l'individu dans la nation) et le *jus gentium* (établissant les droits des États les uns par rapport aux autres) pour appréhender une nouvelle forme de droit : celle du *jus cosmopolitis*, ou droit de la personne en tant que « citoyen d'une cité humaine universelle »⁶⁴. Alors que les deux premières formes du droit restent profondément ancrées dans la construction de l'État moderne, puisqu'elles régissent respectivement les rapports intra-étatiques et inter-étatiques, le droit cosmopolitique apparaît comme « une catégorie juridique inédite complétant la palette des rapports juridiques entamée par le droit étatique [...] et le droit international »⁶⁵. Tout homme devient alors un sujet à part entière dans la sphère internationale et peut faire valoir son droit cosmopolitique qui « consiste essentiellement en un droit de visite, soit le droit qu'a tout un chacun de

⁵⁵ *Ibid* à la p 43.

⁵⁶ *Ibid* à la p 55.

⁵⁷ Belissa et Gauthier, *supra* note 53 à la p 505.

⁵⁸ Jean-Marc Ferry, « Conflits identitaires, droit cosmopolitique et justice reconstructive dans les relations internationales », en ligne : <<http://users.skynet.be/sky95042/45contri.pdf>>.

⁵⁹ Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 52 à la p 27.

⁶⁰ *Ibid* à la p 29.

⁶¹ *Ibid* à la p 33.

⁶² *Ibid* à la p 41.

⁶³ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 925.

⁶⁴ Kant, *supra* note 54 à la p 29.

⁶⁵ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 925.

ne pas être traité en ennemi dans le pays d'accueil »⁶⁶. Loin de la seule philanthropie, Kant soutient que ce droit cosmopolitique est bien de nature juridique⁶⁷, alors même qu'il n'y a pas d'exigence de réciprocité puisqu'il est inhérent à la condition humaine. On comprend fort bien que cette affirmation a pu et continue de faire couler beaucoup d'encre.

Deux faiblesses tendent à limiter la bonne réception dans le monde juridique du concept de *droit cosmopolitique* : d'une part, il est bien difficile d'apporter une reformulation juridique à ce concept et, comme le souligne fort bien Petermann, « de déduire de manière quasi syllogistique des normes juridiques d'un texte de portée avant tout philosophique »⁶⁸; d'autre part, Kant lui-même évoluait dans le cadre de l'horizon d'expérience de son temps⁶⁹, ce qui rend aujourd'hui cette théorie d'autant plus difficilement transposable.

Habermas a alors proposé une reformulation du droit cosmopolitique dans les années 1990, mieux adaptée au contexte actuel.

B. La reformulation habermasienne du droit cosmopolitique : pour la paix perpétuelle

Pour détacher la conception kantienne d'une « manière chimérique et exagérée de concevoir le droit »⁷⁰, Habermas va approfondir et actualiser les fondements juridiques du droit cosmopolitique, à savoir sa validité et son effectivité.

S'agissant de la validité, Habermas relève fort justement que, dans la conception kantienne, la différence entre droit international et droit cosmopolitique demeurerait poreuse et ambiguë. En effet, l'état de paix reposait sur un congrès permanent des États, autrement dit sur un effet du droit international, avec comme difficulté principale celle « de la garantie juridique susceptible de conférer un caractère obligatoire à la permanence d'une telle alliance des peuples [...] si rien ne permet de s'élever au-dessus de la souveraineté de l'État-nation »⁷¹.

Pour échapper à cette prégnance des États sur les cosmopolites, Habermas va se focaliser sur le rôle et la fonction de l'espace public politique à l'échelle mondiale et sur la possibilité d'instituer progressivement une société politique mondiale qui disposera à la fois d'une assise morale et juridique⁷². Une telle démarche le conduit à considérer que « la clé 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,

⁶⁶ Christophe Petermann, « Kant, précurseur de la mondialisation du droit » dans Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 181 [Petermann].

⁶⁷ Belissa et Gauthier, *supra* note 53 à la p 506.

⁶⁸ Petermann, *supra* note 66 à la p 172.

⁶⁹ Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 52 aux pp 8-9.

⁷⁰ Kant, *supra* note 54 à la p 61.

⁷¹ Yves Cusset, « Peut-on désutopiser le cosmopolitisme? Réflexions sur la citoyenneté mondiale » (2008) 4:32 *Raisons politiques* 139 aux pp 143-144 [Cusset].

⁷² *Ibid* à la p 144.

fondant pour ceux-ci une appartenance directe à l'association des cosmopolites libres et égaux »⁷³. On réalise alors le tournant qu'opère Habermas en insistant sur le statut des citoyens du monde comme seuls auteurs et seuls destinataires⁷⁴ : la validité du droit cosmopolitique ne repose plus sur les « sujets collectifs du droit international », mais désormais sur les « sujets individuels de droit »⁷⁵.

Cette vision profondément humaniste n'empêche pas Habermas de dégager le principal problème que pose l'avènement d'une telle citoyenneté mondiale active : « [c]e qui manque à la culture politique de la société mondiale, c'est la dimension commune, d'ordre éthico-politique, qui serait nécessaire à la formation équivalente d'une communauté et d'une identité à l'échelle de la planète »⁷⁶.

Cette carence a un impact direct sur l'effectivité du droit cosmopolitique, puisque le cadre normatif d'une communauté cosmopolitique ne peut plus se faire autour d'une conception éthico-politique de l'identité des citoyens du monde⁷⁷. Habermas se doit alors de trouver un lien normatif de substitution : ce seront les droits de l'Homme. La solidarité cosmopolitique des citoyens du monde reposera alors sur l'universalisme moral que traduisent les droits de l'homme⁷⁸. Par suite logique, si un État revendique son droit à l'exclusivité démocratique ou sa spécificité culturelle, il pourra se voir sanctionné par l'espace public mondial ayant une prétention universaliste et globale⁷⁹. L'institution disposant d'un tel pouvoir coercitif sur les États-Nations ne serait autre qu'un « État de droit global », qui pourrait prendre la forme d'une organisation mondiale, à l'image de l'Organisation des Nations Unies⁸⁰. À cet égard, la Charte des Nations Unies, forme archaïque de « Constitution cosmopolitique », pourrait devenir le bras armé pour soumettre les États-nations à respecter leurs obligations.

Melkevik reformule la conception habermasienne du droit cosmopolitique de la manière suivante : « Un droit assurant le projet et l'horizon d'un espace public à l'échelle globale pouvant thématiquement démocratiser les enjeux qui confrontent l'humanité aujourd'hui et une assise juridique aux résultats et aux institutions mondiales »⁸¹.

⁷³ Jürgen Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998 à la p 179.

⁷⁴ Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Québec, Bruylant, Presses de l'Université Laval, 2002 à la p 47.

⁷⁵ *Ibid* à la p 138.

⁷⁶ Jürgen Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000 aux pp 118-119.

⁷⁷ Cusset, *supra* note 71 à la p 145.

⁷⁸ *Ibid*.

⁷⁹ Habermas, *La paix perpétuelle*, *supra* note 52 à la p 61 (« le point faible d'une protection globale des droits de l'homme est l'absence d'une force exécutive qui serait, au besoin, capable d'assurer le respect de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en intervenant dans la souveraineté des États nationaux »).

⁸⁰ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 946.

⁸¹ Bjarne Melkevik, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne » (1999), en ligne : Réseau Européen Droit et Société <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm>> [Melkevik, « Le droit cosmopolitique »].

À notre sens, la conception habermasienne soulève au moins deux grandes difficultés.

La première difficulté, en amont, a trait à l'existence même d'un espace public mondial. En effet, en érigeant de manière arbitraire les droits de l'homme en norme suprême, Habermas semble agir en « despote éclairé » ce qui va à l'encontre même de sa démarche : alors que la Constitution globale devrait être discutée par les cosmopolites, puis ensuite concédée par le haut, elle est tout bonnement octroyée unilatéralement à travers la Charte des Nations Unies.

Une seconde difficulté, plus en aval, touche l'institution même en charge du pouvoir coercitif. Dans une logique constructiviste, Habermas balaie plusieurs siècles d'histoire, qui ont pourtant vu l'émergence des États-nations, pour se décider finalement à donner les pleins pouvoirs à une entité *ex nihilo* : l'État de droit global. Il est évident qu'un tel nouvel État naissant aurait bien du mal à s'imposer face aux systèmes juridiques nationaux bien plus organiques et organisés. Il reste d'ailleurs plusieurs aspects de cet État de droit qui n'ont pas été appréhendés explicitement par Habermas⁸², comme son mode de fonctionnement, son processus décisionnel, ses rapports et relations juridiques, etc. Autant de détails qui ont fait l'histoire, et, en ce sens, l'histoire ne devrait pas être qu'un détail...

Finalement, dans une perspective plus historiciste, une question se dégage : si les 18^e (droits civils), 19^e (droits politiques) et 20^e (droits sociaux) siècles ont respectivement permis d'asseoir les trois dimensions du statut du citoyen à l'échelle nationale, pourquoi le 21^e siècle n'annoncerait-il pas une synthèse à l'échelle mondiale de ce statut en faisant émerger la figure du cosmopolite ?

Cette question ne sera pas directement abordée dans le présent travail, mais pour le moment, nous ne retenons qu'une certitude qui pourrait en consoler certains comme en désoler bien d'autres : l'utopie n'est jamais qu'une réalité en puissance.

III. Constat empirique : l'émergence d'un droit global

L'objectif de cette partie sera de montrer qu'aujourd'hui s'opère progressivement une rupture avec la fiction nationale selon laquelle droit et État seraient synonymes : elle se traduit notamment par l'émergence d'une nouvelle science juridique, celle du droit administratif global. Après avoir présenté ses traits essentiels (A), nous le mettrons en perspective avec le concept de droit cosmopolitique (B). Nous verrons alors que, s'il existe un lien de filiation entre ces deux notions, il demeure une différence fondamentale : alors que l'idée de droit global est très attachée à une perspective juridique, celle de droit cosmopolitique emprunte davantage à la philosophie et à la sociologie, ce qui la rend difficilement transposable dans son intégralité, du moins à l'heure actuelle.

⁸² Benyekhlef, *supra* note 8 aux pp 946-947.

A. Traits essentiels du droit administratif global

« Peut-on véritablement parler d'un droit global, quand le droit demeure, en apparence du moins et dans le discours officiel, l'apanage de l'État ou, dans le cas du droit international, des États »⁸³? Si cette question provocante est longtemps restée à l'ombre du positivisme juridique et de la fiction nationale, certains auteurs n'hésitent plus aujourd'hui à rompre l'illusion juridique pour tenter de mettre en lumière l'influence de la réalité institutionnelle et sociale sur le droit⁸⁴.

Le « droit administratif global » (*global administrative law*) en est un excellent exemple. L'avènement de cette notion fait écho au phénomène de « pluralisation de la gouvernance internationale »⁸⁵ qui ne cesse de s'accroître ces dernières années. En effet, l'activité normative passe de plus en plus par des organisations non gouvernementales (ONG) ou des organismes de normalisation technique, alors même que ce ne sont pas des sujets traditionnels du droit international public (contrairement aux États). Face à un tel constat, les professeurs Benedict Kingsbury, Richard Stewart et Nico Krisch ont alors cherché à voir au-delà du droit administratif international (qui se limite aux organisations internationales) pour prendre en compte ces nouveaux organismes de normativité. Dans leur article *The Emergence of Global Administrative Law*⁸⁶, ils appréhendent ainsi le phénomène d'administration sous cinq dimensions différentes pour mieux saisir les effets de la mondialisation. L'objectif n'est pas tant d'évincer les organisations internationales de la réflexion que d'élargir l'analyse à de nouveaux acteurs, qui sont des avatars de la mondialisation⁸⁷. Malgré l'existence d'un terreau qui était déjà fertile⁸⁸, cet article s'apparente à la pierre fondatrice des réflexions autour du droit administratif global.

À l'heure actuelle, le droit administratif global est un champ de recherche éclaté qui a le « vent en poupe » : la pléthore d'articles⁸⁹, de livres⁹⁰ et de colloques⁹¹ est d'ailleurs assez révélatrice. Ce foisonnement doctrinal a pourtant eu lieu essentiellement en langue anglaise, à la marge du monde de la recherche francophone. Ce n'est que très récemment que la réflexion autour du droit administratif global s'est

⁸³ Frydman, *supra* note 5 à la p 3.

⁸⁴ Cassese, *supra* note 26 à la p 4.

⁸⁵ Jean d'Aspremont, « Droit administratif global et droit international » (2012), en ligne : SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004699> [d'Aspremont].

⁸⁶ Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law » (2005) 68 *Law & Contemp Probs* 15 à la p 20.

⁸⁷ Daniel Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global » (2012) 53 *Les cahiers du droit* 3 à la p 7 [Mockle].

⁸⁸ En ce sens, voir Dave Gunton et al, « A Global Administrative Law Bibliography » (2005) 68 *Law & Contemp Probs* 357.

⁸⁹ Carol Harlow, « Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values » (2006) 17 *EJIL* 187; Sabino Cassese, « Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation » (2006) 37 *NYUJ Int'l L & Pol* 663.

⁹⁰ Gordon Anthony et al, dir, *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011; Hugh Corder et al, dir, *Global Administrative Law : Development and Innovation*, Cape Town, Juta, 2009.

⁹¹ Par exemple, Clémentine Borjes, dir, *Un droit administratif global? A global administrative law? Actes du colloque organisé les 16 et 17 juin 2011 par le CEDIN et le CRDP*, Paris, Pedone, 2012.

amorcée dans un contexte francophone⁹². À cet égard, le professeur Daniel Mockle, dans son article *Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global* de 2012, réalise une excellente synthèse du débat sur le droit administratif global⁹³.

Pour notre part, nous n'avons ni la prétention d'analyser exhaustivement le corpus doctrinal autour du droit administratif global ni de résoudre les controverses autour de la légitimité ou la juridicité de ce concept. Nous tenterons plutôt de dégager les traits essentiels du droit administratif global, en procédant par petites touches impressionnistes, principalement à la lumière de l'ouvrage *Au-delà de l'État*⁹⁴ du professeur Sabino Cassese, récemment publié en langue française⁹⁵. Pour cet auteur, « le droit n'est pas seulement la norme ni l'institution ou l'ordonnement juridique. Il est tout cela à la fois, mais également l'histoire et la société avec lesquelles il est inextricablement lié »⁹⁶. Cette rupture avec les outils juridiques de « fiction » et de « présomption » lui permet de voir « au-delà de l'État » (titre de son ouvrage) et ainsi comprendre le passage qui s'opère aujourd'hui « d'une économie globalisée vers une globalisation du droit » (titre du premier chapitre).

Avec toutes les limites que suscite une telle démarche, nous allons tenter de déterminer ce qu'exclut le droit administratif global (approche négative) et ce qu'il recouvre (approche positive). Cela nous conduira, d'une part, à le mettre en perspective avec des notions voisines telles que le droit administratif international ou le droit international administratif, d'autre part, à faire la lumière sur cette notion en présentant ses traits essentiels.

Entre la fin du XIX^e et le début de la Seconde Guerre mondiale, l'« internationalisation » du droit administratif et l'« administrativisation » du droit international ont occupé la scène doctrinale européenne⁹⁷. Le droit international administratif trouve en partie sa source en droit international public et s'attache à étudier la composition, l'organisation, le fonctionnement et l'activité normative des administrations internationales. Le droit administratif international, quant à lui, peut se rattacher au droit international privé rapporté à la sphère de l'action administrative et a pour objet d'étude les éléments d'extranéité propres à la fonction exécutive⁹⁸. Si ces deux courants doctrinaux présentent quelques liens de filiation avec la théorie du droit administratif global, il n'en demeure pas moins qu'elle s'est établie bien plus récemment et sur des bases bien particulières : alors que « ceux-ci se consacraient à une étude organique et matérielle [...], celui-là provient de l'émergence de règles

⁹² d'Aspremont, *supra* note 85.

⁹³ Mockle, *supra* note 87.

⁹⁴ Cassese, *supra* note 26.

⁹⁵ À l'origine ce papier devait constituer une recension du livre du professeur Cassese. Dans ce contexte, cet auteur est privilégié dans le cadre de notre démarche.

⁹⁶ Sabino Cassese, *Il mondo nuovo del diritto – Un giurista e il suo tempo*, Bologne, Il Mulino, 2008 à la p 196.

⁹⁷ Jean-Bernard Auby, « La théorie du droit administratif global : brève présentation critique » (3 mai 2007), en ligne : Chaire MADP Sciences Po <<http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf>>.

⁹⁸ Philippe Cossalter, « Préface » dans Cassese, *supra* note 26 à la p 8.

procédurales adoptées par des organes permanents exerçant une fonction de type exécutif »⁹⁹, explique Philippe Cossalter dans sa préface de l'ouvrage de Sabino Cassese susmentionné.

À ce stade, il faut souligner que le cadre de référence du droit administratif global (*global law*) est sensiblement différent de celui du droit international public, qui englobe le droit international administratif. En effet, malgré une ouverture progressive sur la réalité institutionnelle et sociale, le droit international public évolue dans un cadre strict qui est fortement teinté par le positivisme juridique. Dans un tel contexte, il est difficile, voire impossible, d'élaborer de nouveaux principes et mécanismes d'imputabilité pour les organisations non gouvernementales (ONG) ou les organismes de normalisation technique, qui ne sont même pas des sujets du droit international public. À l'inverse, le droit administratif global est conçu suivant les postulats de la mondialisation et de la gouvernance mondialisée, ce qui élargit sensiblement le cadre de référence. Il y aurait en fait un décentrement de l'analyse, « un peu comme si le droit globalisé devait prendre le relais du droit international public pour décrire, non pas le cadre juridique des rapports internationaux, mais les effets induits par la globalisation »¹⁰⁰. L'épithète « global », plutôt que « international », marque d'ailleurs cette volonté de sortir du confortable tandem interne/international, de se défaire de l'ordonnement classique des ordres juridiques¹⁰¹.

Après avoir mis en évidence la différence fondamentale qui sépare les anciens courants doctrinaux de la théorie du droit administratif global, il s'agit d'en dégager les traits essentiels. Substantiellement, on peut dire qu'elle repose sur deux piliers :

- D'une part, une base structurelle : le caractère « administratif » suppose l'existence d'organes non gouvernementaux de type administratif dans leur composition (fonctionnaires nationaux ou internationaux), dans leurs fonctions (émission normes techniques) et dans leur régime (ensemble de principes assurant une procédure juste et équitable)¹⁰².
- D'autre part, une base conjoncturelle : le caractère « global » repose sur l'idée selon laquelle on glisserait d'une économie globalisée vers une globalisation du droit. Selon Cassese, l'ordre juridique global serait alors un ordonnancement largement fondé sur la coopération, soit au niveau interétatique, soit au niveau global au sens strict.

En définitive, retenons que le droit administratif global porte à la fois sur les relations horizontales qui lient les États, mais appréhende également les relations verticales qui rapprochent, notamment, les organisations non gouvernementales et les *non-State actors* (société civile, personnes privées, entreprises, groupes de pression,

⁹⁹ *Ibid* aux pp 8-9.

¹⁰⁰ Mockle, *supra* note 87 à la p 29.

¹⁰¹ d'Aspremont, *supra* note 85.

¹⁰² Cassese, *supra* note 26 à la p 5.

etc.)¹⁰³. Cette approche transversale semble en fait recouper celle du droit cosmopolitique, en ce sens qu'il y a une volonté délibérée de voir au-delà des rapports intra-étatiques (droit interne) et inter-étatiques (droit international). Par ailleurs, et comme le relève fort bien le professeur Jean-Guy Belley, il devient possible de postuler qu'« une communauté juridique transnationale se forme sous nos yeux en se réclamant d'un nouveau sens commun juridique et d'une pratique professionnelle dont l'État n'est plus le centre de gravité »¹⁰⁴.

B. Droit global et droit cosmopolitique, regards croisés

Comme conclusion à son article *Vers un droit postnational? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale*, le professeur Karim Benyekhlef en vient à proposer une définition « revisitée » du droit cosmopolitique.

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, 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 [nous soulignons]¹⁰⁵.

Sans reprendre les spécificités des différentes conceptions du droit cosmopolitique, nous retiendrons délibérément cette définition dans le présent travail. Notons toutefois qu'elle apparaît plus englobante que celle d'Habermas dans la mesure où, par-delà les droits de l'homme, sont également intégrées des normes institutionnelles ayant vocation à régir le contexte transnational.

Une telle approche du droit cosmopolitique s'articule autour de quatre piliers : les sources, les sujets de droit, l'interprétation et l'autorité. Nous reprendrons ses traits caractéristiques pour les confronter à ceux du droit administratif global, et plus généralement du droit global.

Tout d'abord, concernant les sources de droit, que l'on se place dans une perspective de droit cosmopolitique ou de droit global, il y a bien pluralité de sources : d'une part, les normes globales vont être plutôt sectorielles et spéciales¹⁰⁶; d'autre part, l'ordre juridique global se fonde sur un corps de règles constitutionnelles

¹⁰³ *Ibid* à la p 23.

¹⁰⁴ Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) 26 RCDS 257 à la p 260.

¹⁰⁵ Benyekhlef, *supra* note 8 à la p 976.

¹⁰⁶ Cassese, *supra* note 26 à la p 56.

composé, entre autres, des principes de transparence, du droit d'être entendu, de l'obligation de motivation et du droit d'obtenir un réexamen juridictionnel des actes¹⁰⁷. La principale difficulté de ce corpus normatif réside dans sa portée : en effet, ces règles étant sectorielles, il manque « un ensemble général de règles (ou méta-règles) opérant comme un élément d'unification »¹⁰⁸. Face aux systèmes juridiques nationaux bien plus organiques et organisés, on comprend aisément qu'un corpus global fragmenté ait du mal à s'imposer.

Pour ce qui est des sujets de droit, le droit administratif global semble être plus englobant que le droit cosmopolitique. En effet, alors que le droit cosmopolitique s'en tient aux personnes physiques (« les seuls individus titulaires de ces droits, quels que soient leur nationalité ou leurs lieux de résidence »), le droit global englobe, quant à lui, les personnes morales. Par exemple, des personnes privées et des autorités nationales vont pouvoir agir devant l'article 1904 NAFTA Binational Panel¹⁰⁹, de même que l'État partie à l'accord et les personnes privées ressortissantes d'autres États contractants pourront être des parties devant des procédures se déroulant devant l'ICSID Arbitral Tribunal. « Ces quelques exemples montrent que les litiges tranchés par les organes juridictionnels ou quasi juridictionnels globaux ne concernent pas seulement le niveau inter-étatique, mais également la société civile, au sein des États »¹¹⁰.

En ce qui concerne l'interprétation des normes, le droit cosmopolitique se recoupe avec le droit global. En effet, elle est laissée aux tribunaux nationaux et supranationaux, à cette différence près que la répartition des juridictions est en voie de développement au niveau global. En effet, mis à part les juges pénaux qui se sont distingués comme un ensemble spécialisé, « les autres juges globaux ont des compétences mixtes, en partie constitutionnelles, en partie civiles, en partie administratives »¹¹¹.

Pour finir, et c'est bien là la différence majeure entre droit cosmopolitique et droit global: la question de l'autorité, c'est-à-dire en fait celle de l'effet et de l'exécution des décisions. En substance, en droit cosmopolitique, les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont « préséance » sur tous les autres types de normes, ce qui semble les doter d'effets directs sous peine de sanction. Or, rien de tel n'est prévu, ni même envisagé, en droit global. En effet, « [l]es organes juridictionnels et quasi juridictionnels globaux n'ont pas, en principe, les pouvoirs d'exécution et de sanction dont bénéficient les organes étatiques »¹¹². Ce qui n'implique pas que les organes globaux ne puissent pas recourir à d'autres mécanismes incitatifs : par exemple, dans un contexte de commerce international, l'Organisation mondiale du commerce a introduit un pouvoir de

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 70.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 56.

¹⁰⁹ ALÉNA, *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'Article 1904*, en ligne : Secrétariat de l'ALÉNA <<http://www.nafta-sec-alena.org>>.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 65.

¹¹¹ *Ibid*.

¹¹² *Ibid* à la p 66.

sanction à l'égard des autorités nationales qui ne se conformeraient pas aux normes en vigueur¹¹³.

Loin de se satisfaire de simples mécanismes incitatifs, Habermas prône un contrôle persuasif et répressif de l'espace public mondial sur les États-nations réfractaires. L'État de droit global conçu par Habermas soumettrait, via la communauté des cosmopolites, les actuels États-nations à des obligations juridiques strictes, au besoin par la force.

Cette observation pousse à la réflexion et soulève au moins une interrogation : plutôt que faire pression sur l'État-nation, solide construction socio-historique, ne vaudrait-il pas mieux l'associer de manière consensuelle à faire du droit cosmopolitique « la pierre angulaire d'une légitimité juridique mondiale »¹¹⁴? De manière plus générale, ne serait-il pas préférable, voire salutaire, d'associer à un naturel conservateur le talent d'améliorer?

Autant de questions qui, dans une perspective proustienne, pourraient s'appeler « conclusions » pour l'auteur et « incitations » pour le lecteur : « Nous sentions très bien que notre sagesse commence où celle de l'auteur finit, et nous voudrions qu'il nous donnât des réponses, quand tout ce qu'il peut faire est de nous donner des désirs »¹¹⁵.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Melkevik, « Le droit cosmopolitique », *supra* note 81.

¹¹⁵ Marcel Proust, *Sur la lecture*, Arles, Actes sud, 1988 à la p 32.