

CONTREPOINT POLITIQUE : DROIT COMMUN UNIVERSALISABLE ET GOUVERNANCE

Pierre CALAME,
Président honoraire de la Fondation Charles Léopold Mayer

Les hypothèses fondatrices d'un droit commun universalisable

La nécessité d'un droit commun universalisable découle de deux *constats* : le monde est devenu multipolaire, et aucune société ou tradition ne peut prétendre énoncer seule des valeurs universelles ; et pourtant les sociétés sont confrontées à une mondialisation irréversible de leurs interdépendances qui leur impose de faire face ensemble à des défis communs, ce qui suppose de s'accorder sur des valeurs et principes juridiques eux-mêmes communs.

La possibilité de parvenir à un tel droit commun repose de ce fait sur deux *hypothèses* : d'une part, les traditions juridiques ne sont pas irréductiblement différentes, et il est possible d'en dégager un certain nombre de grands principes communs ; d'autre part, ces principes communs sont pertinents pour gérer les défis du XXI^e siècle. Les deux hypothèses sont également nécessaires car il est très difficile pour une société, face à des défis nouveaux, de s'abstraire de ses valeurs et principes juridiques anciens pour en inventer de nouveaux. Il faut donc parvenir, pour se hisser à la hauteur des défis de l'avenir, à une *métamorphose* combinant la continuité du corpus hérité de l'histoire et sa transformation, pour répondre à des défis qui ne correspondent pas, par leur amplitude et leur nature, à ceux pour lesquels ce corpus s'est élaboré au fil des siècles, voire des millénaires.

Le droit, une des composantes de la gouvernance

L'analyse comparative des systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace nous a convaincus que le droit n'est, dans la plupart des sociétés, qu'une des composantes des modes de gestion et de régulation dont se sont dotées les sociétés pour survivre, c'est-à-dire de la gouvernance. La construction d'un édifice juridique autonome, consacré par l'autonomie des institutions qui le mettent en œuvre, est à maints égards une singularité de l'histoire occidentale moderne,

légitimée par la philosophie politique qui sacralise, au sein de la gouvernance, dans le sillage de Montesquieu, la séparation des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif. À cette exception près, le droit est un des outils de la gouvernance et, comme au Moyen Âge en Europe, justice et efficacité sont les deux conditions de légitimité de l'exercice du pouvoir, y compris pour des souverains dont le pouvoir est qualifié d'absolu. Du Moyen-Orient des premiers temps de la civilisation à la Chine, le bon souverain est avant tout celui qui pratique la justice.

L'autonomisation du corpus juridique à l'égard du reste de la gouvernance s'est aussi nourrie en Occident, à l'instar d'autres disciplines enseignées par l'université, du corporatisme par lequel chaque champ de connaissances tend à se distinguer des autres et à internaliser ses critères d'excellence. Cette forme de corporatisme a accentué en outre la fragmentation des corpus juridiques, en opposant par exemple droit occidental et *common law* ou en introduisant, au sein même du droit occidental, la segmentation entre droit civil, droit pénal, droit public, droit international.

Autonomisation et fragmentation du droit sont maintenant contre-performants. Il est temps de réintégrer le droit dans une approche globale de la gouvernance. En réduisant les régulations à des règles, les règles à des principes de droit, la gestion des conflits à des procédures juridiques et des procès, le droit s'est privé d'une compréhension plus large des régulations au sein des sociétés et entre elles. Cette forme d'appauvrissement, qui coupe le droit de l'anthropologie, est inséparable de la montée des absolutismes et des nationalismes, faisant de l'État « wespalien » dont nous avons hérité la forme indépassable de l'expression de l'intérêt général, et de l'élaboration des règles juridiques à l'échelle nationale la forme « pure » de la régulation sociale. Les autres formes, pourtant largement dominantes, sont considérées comme des modes abâtardis, voire clandestins, de la régulation. L'expression de « droit mou », pour qualifier l'ensemble de ces régulations non juridiques, par opposition au « droit dur », est révélatrice de la hiérarchie implicite des valeurs accordées aux différentes formes par lesquelles une société se régule.

Au contraire, la réflexion comparative, dans le temps et dans l'espace, qui guide la recherche d'un droit commun universalisable conduit à « ré-encastrier », pour reprendre l'expression de Karl Polanyi à propos de l'économie vis-à-vis de la société, les systèmes juridiques dans l'ensemble de la gouvernance. C'est d'autant plus nécessaire que la construction d'un *Jus commune* mondial n'est qu'un élément d'un enjeu plus général : la capacité de nos sociétés, face à des interdépendances irréversibles et à des menaces à la survie elle-même de l'humanité, à inventer les régulations correspondant à la nouvelle nature et à la nouvelle ampleur des défis, en un mot à inventer une gouvernance mondiale à la hauteur de ces défis. *La reconnaissance d'un droit commun mondial universalisable n'est ainsi qu'une des modalités nécessaires pour parvenir à une gouvernance mondiale légitime, fondée sur des principes et des modes de régulation dans lesquels les différentes sociétés puissent se reconnaître.*

*La démarche comparative,
fondement d'une théorie générale de la gouvernance*

La démarche comparative utilisée pour rechercher les fondements d'un droit commun mondial n'est ainsi qu'un cas particulier d'une recherche de même nature s'appliquant à un champ bien plus vaste, celui de la gouvernance. Cette recherche m'a guidé depuis des décennies. Fonctionnaire de l'État français de 1968 à 1988, j'ai connu les derniers feux de l'État à la française, organisant et dirigeant la société, j'ai vu poindre la crise de la démocratie représentative. J'ai acquis ainsi la conviction qu'il fallait, pour comprendre les fondements communs de la gouvernance, se déprendre des fausses évidences héritées de notre histoire, – la Nation une et indivisible, l'État, la prééminence de la démocratie représentative sur les autres formes de démocratie – pour rechercher des principes de gouvernance dont l'État n'est qu'une matérialisation à un moment donné de l'histoire.

Pour cela il fallait nommer l'objet de cette recherche. Au début des années 1990, il m'est apparu que le concept le plus englobant était celui de gouvernance, entendue comme l'art des sociétés de se doter des régulations nécessaires à leur survie et à leur développement. Imposer le concept n'a pas été chose facile. En effet à cette époque le mot gouvernance nous était revenu en français par transposition du terme anglo-saxon « *governance* », certes issu de l'ancien français, mais accommodé à la sauce néolibérale de l'époque. Les institutions internationales, aux premiers rangs desquelles la Banque mondiale, ont acclimaté un concept venu du management des entreprises, la « *corporate governance* ». Cet usage étriqué du concept se situait à l'exact opposé de ma tentative. Il faisait de la « bonne gouvernance » (*good governance*) la nouvelle vulgate d'une société dominée par le libre fonctionnement du marché, dans laquelle l'État se limitait à quelques fonctions essentielles, en premier lieu créer les règles de droit nécessaires au bon fonctionnement du marché et de la concurrence.

Énoncée au départ par les *think tank* américains conservateurs, la gouvernance avait ainsi pris valeur normative, à l'opposé de ma démarche analytique. La « bonne gouvernance », caricature laïque de la « Bonne nouvelle », fut ainsi promue par des apôtres labourant en particulier les « terres de mission » que constituaient à cette époque les pays récemment sortis du communisme ou les pays en développement. Il n'est pas étonnant qu'en France, pétrie d'étatisme, le concept même de gouvernance ait pris une connotation franchement péjorative. Il a fallu plus de dix ans pour remonter la pente, surmonter le préjugé selon lequel le concept était le Cheval de Troie du libéralisme économique anglo-saxon et le faire adopter pour décrire, à l'opposé d'un modèle normatif, les multiples formes prises par la gestion des sociétés. La cause semble à présent entendue. La « bonne gouvernance » et ses préceptes normatifs ont été progressivement déconsidérés et la gouvernance a pu être réhabilitée en tant qu'outil d'analyse.

Au fil du temps, je crois être parvenu à dégager un certain nombre de traits constants de la gouvernance : des objectifs constants et des principes

fondamentaux communs, au-delà des formes extraordinairement diverses que revêt la gouvernance d'une culture à l'autre¹. Les observations faites à propos du droit valent pour toute la gouvernance : on ne parviendra à une gouvernance mondiale légitime que si elle est reconnue comme telle par les différentes sociétés, donc fondée sur des *valeurs* dans lesquelles elles se reconnaissent ; et ce sera au prix d'une métamorphose de la gouvernance héritée de l'histoire, et non en inventant de toutes pièces une gouvernance mondiale répondant aux nouveaux défis. De sorte que, si un droit commun universalisable est partie intégrante de la gouvernance mondiale à faire émerger, on peut s'inspirer, pour en cerner les contours, des objectifs et principes communs de gouvernance.

Ce n'est pas le lieu ici de présenter une théorie globale de la gouvernance. Je m'en tiendrai aux aspects les plus immédiatement liés à notre recherche. Pour concevoir cette métamorphose, j'utiliserai la métaphore de la « révolution copernicienne », qui a fait passer à la Renaissance d'un modèle astronomique géocentré – le soleil et les étoiles tournent autour de la terre – à un modèle héliocentré – la terre et les planètes tournent autour du soleil. Dans les deux cas en effet il ne s'agit pas d'inventer de nouvelles données, mais de réagencer les données préexistantes en mettant au centre ce qui a été à un moment périphérique et à la périphérie ce qui a été central.

*La communauté,
fondement et préalable de la gouvernance*

À la base, en amont de la gouvernance, il y a l'idée de *communauté*. En effet la gouvernance découle de l'effort d'une communauté humaine de se doter de modalités de régulation qui lui assurent sa survie à long terme. Mais une communauté est une construction sociale et historique, dont la gouvernance est elle-même une des composantes. On connaît, à travers les quelques millénaires de l'histoire écrite de l'humanité, les cycles de composition et de décomposition de communautés plus ou moins larges, dont l'expression politique n'est qu'un des aspects, par exemple à travers la construction et l'implosion des empires.

L'idée que la gouvernance décrit les modalités d'organisation d'une communauté instituée masque deux questions essentielles : *qu'est-ce qu'une communauté et comment une communauté s'institue-t-elle ?* Je reviendrai plus loin sur les processus instituants. Restons ici à sa définition : *l'ensemble des humains et des non-humains entre lesquels existent des relations de réciprocité.*

1. Ces objectifs et principes communs ont été détaillés dans plusieurs ouvrages, en particulier : P. CALAME, *La démocratie en miettes. Pour une révolution de la gouvernance*, Descartes & Cie, 2003 ; P. CALAME, *Sauvons la démocratie !*, Éd. Charles Léopold Mayer, 2012 ; P. CALAME, *Petit traité d'économie*, Éd. Charles Léopold Mayer, 2018.

*Communauté et responsabilités mutuelles,
deux faces d'une même monnaie*

Une communauté humaine implique que chacun de ses membres reconnaît et assume la responsabilité de ses actes, y compris l'impact de ce qu'il a « sous sa garde » sur le reste des membres de la communauté. *Responsabilité et communauté sont les deux faces d'une même monnaie*. Ce lien intime se vérifie expérimentalement : la recherche d'une éthique planétaire, d'une éthique commune répondant aux interdépendances du XXI^e siècle, à laquelle j'ai été étroitement associé depuis le début des années 1990, dans le cadre de l'Alliance pour un monde responsable et solidaire², nous a fait découvrir qu'avec de multiples variantes, liées notamment à la place des individus au sein des sociétés, la valeur universelle par excellence est la responsabilité³. Elle satisfait aux deux critères évoqués au début et elle est à ma connaissance la seule à le faire : enracinée dans chaque société et répondant au défi des interdépendances. C'est pourquoi *un Jus commune universalisable repose nécessairement sur une définition universelle de la responsabilité*.

De l'inter-national au mondial

Le caractère irréversible et mondial des nouvelles interdépendances entre les personnes, entre les sociétés, entre l'humanité et la biosphère implique une inversion du regard sur les rapports entre les différents niveaux de gouvernance et de communauté, du mondial au local.

La gouvernance que nous connaissons actuellement pour gérer les problèmes planétaires n'est pas une gouvernance mondiale, mais une gouvernance *internationale*. Elle repose sur la construction au cours des siècles précédents d'une idéologie de l'État et de la nation, selon laquelle il existerait des communautés plus « naturelles » que d'autres, fondées sur le sol ou sur le sang, certes produits de l'histoire, mais destinées à durer. Ce qu'exprime fort bien pour le cas de la France l'idée d'une République une et indivisible. Dans cet ordre politique international, la gestion des affaires planétaires n'implique pas la construction d'une communauté mondiale, mais l'organisation des relations entre les nations sous des formes plus ou moins contractuelles et réversibles. Georges Berthoin, qui fut, dès le début des années 1950, chef de cabinet de Jean Monnet et est en 2019 l'un des rares survivants du groupe des « pères fondateurs » de l'Europe, touche juste en définissant l'ONU comme un syndicat de gouvernants. Selon cette construction historique, seuls les États nationaux correspondent à des communautés stables de sorte qu'ils sont le pivot à partir duquel s'organisent d'un côté

2. www.alliance21.org.

3. E. SIZOO (coord.), *Responsabilité et cultures du monde. Dialogue autour d'un défi collectif*, Éd. Charles Léopold Mayer, 2008.

la gouvernance à des échelles plus petites, celles des collectivités territoriales, et de l'autre leurs relations à l'échelle des régions du monde et de la planète. Il en découle que le droit que nous connaissons aujourd'hui n'est pas un droit mondial s'appliquant à tous les acteurs, quel que soit leur statut juridique, mais *un droit inter-national*, c'est-à-dire gérant les relations entre les États, relations définies par des conventions et traités internationaux toujours réversibles.

Or au XXI^e siècle, le caractère irréversible des interdépendances, qui se manifeste aujourd'hui très concrètement par les menaces qui pèsent sur l'humanité, en particulier du fait d'atteintes irréversibles ou quasi irréversibles à la biosphère, comme le réchauffement climatique ou l'érosion massive de la biodiversité, fait que, pour assurer la survie de l'humanité, le niveau « naturel » de la gouvernance devrait être au contraire le niveau mondial, les autres niveaux, y compris le niveau national, n'étant qu'une déclinaison spatiale et en quelque sorte déléguée d'une gouvernance mondiale.

La métamorphose de la responsabilité à l'heure des interdépendances mondiales irréversibles

La responsabilité, caractéristique de toute communauté, étant une valeur universelle, il n'est pas surprenant qu'elle joue un rôle décisif dans les systèmes juridiques nationaux. Mais la définition qui en est donnée dans ses différentes dimensions elle-même le produit de l'histoire, répond aux enjeux du passé. Une *métamorphose de la responsabilité* est nécessaire pour l'adapter au changement d'échelle et d'ampleur des interdépendances à l'âge de l'anthropocène.

La responsabilité, telle qu'elle s'exprime aujourd'hui à travers nos systèmes juridiques est, à l'instar du statut des SARL, sociétés anonymes à responsabilité limitée, le fruit d'une évolution historique. La SARL a été inventée au XIX^e siècle pour permettre le développement de l'entrepreneuriat en limitant les risques pris par les entrepreneurs et les actionnaires au capital investi, créant une barrière étanche entre ce capital investi et le patrimoine personnel des investisseurs. Or c'est précisément la somme des responsabilités limitées des différents acteurs qui conduit à la réalité de la situation aujourd'hui : des *sociétés à irresponsabilité illimitée*. On le vérifie d'ailleurs aisément : personne, ni à titre individuel ni à titre collectif, n'est juridiquement responsable des atteintes irréversibles à la biosphère. Elle n'est, à proprement parler, « sous la garde de personne ».

La métamorphose de la responsabilité est donc au cœur de la construction d'un droit commun universalisable, pour passer de sociétés nationales à irresponsabilité illimitée à une communauté mondiale responsable. Pour penser cette métamorphose il faut repartir des *six dimensions de la responsabilité*⁴. Chacune est une tension entre deux pôles.

4. P. CALAME, *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2020 (www.eclm.fr).

Première dimension : *responsabilité subjective ou objective* ? La responsabilité subjective s'intéresse à l'intention qui a présidé aux actes, la responsabilité objective s'intéresse à l'impact effectif, direct ou indirect des actions. Le curseur tendait à se situer au voisinage de la responsabilité subjective. Mais il n'est pas nécessaire que nos intentions soient mauvaises pour que les effets de nos actes cumulés soient destructeurs. Dans le contexte des interdépendances mondiales, le curseur se déplace vers la responsabilité objective.

Deuxième dimension : *responsabilité limitée ou illimitée* ? Ces limites s'expriment en termes de temps, d'espace et de sévérité de la sanction. Les systèmes juridiques traditionnels limitent la responsabilité sur ces trois plans. De peur d'un enchaînement infini des vendettas est énoncé, sauf exception, un principe de prescription dans le temps. Les tribunaux, à quelques exceptions près, ne s'intéressent qu'aux conséquences des actes dans l'espace de leur ressort. La sanction peut être sans rapport avec la conséquence objective des actes. On se souvient à titre d'exception du procès de Jérôme Kerviel, le trader aventureux qui avait en 2008 fait perdre près de 5 milliards d'euros à la Société Générale et avait été condamné à l'issue de son premier procès à payer à celle-ci... 4,9 milliards d'euros de dommages et intérêts. Somme ramenée en appel en 2016... à 1 million d'euros en prenant en compte la capacité effective du coupable à réparer. Mais, dans le contexte nouveau de l'humanité où les conséquences directes et indirectes des actes s'étendent au très long terme – là aussi climat et biodiversité en sont de bonnes illustrations – et à l'ensemble de la planète, le curseur se déplace nécessairement vers une définition illimitée de la responsabilité dans le temps et dans l'espace.

Troisième dimension : *responsabilité individuelle ou responsabilité collective* ? Dans les sociétés anciennes, on a assisté, au fur et à mesure de l'affirmation des individus au sein du groupe, à une transition de la définition collective de la responsabilité, où la famille, le village ou le clan étaient collectivement comptables des actes de chacun de ses membres, vers une définition individuelle. Transition bien attestée dans la Bible avec les livres des prophètes : la faute des pères cessait de retomber sur les enfants. La responsabilité collective a été tenue en lisière, les régimes totalitaires s'étant fait une spécialité de l'usage de la responsabilité collective pour briser toute velléité individuelle de rébellion. Mais, dans le contexte du XXI^e siècle, le curseur doit repartir en direction de la responsabilité collective : l'essentiel des conséquences de nos actes est en effet le résultat de la combinaison de multitudes de décisions dont chacune est anodine mais dont la somme conduit à la catastrophe.

Quatrième dimension, *responsabilité vis-à-vis du passé ou vis-à-vis du futur ? Du prévisible ou aussi de l'imprévisible* ? Les systèmes juridiques nationaux privilégient la responsabilité à l'égard de nos actes passés et elle se définit par le constat mesurable des conséquences qu'ils ont eues. L'acte et la conséquence se situent tous les deux du côté du passé. En outre, combiné avec la dimension individuelle de la responsabilité, établir la responsabilité implique le constat d'une relation de causalité entre des actes d'un côté et des conséquences de l'autre. Or a

progressivement émergé l'idée de responsabilité à l'égard des générations futures, qui n'existent pas encore. L'évaluation de la mise en danger de la vie d'autrui, en lieu et place d'un constat de causalité, est une autre évolution, illustrée par la condamnation d'Eternit Italie et de ses dirigeants⁵ à l'issue d'un procès qui a fait date. Enfin, l'obligation de vigilance à l'égard des conséquences *possibles*, dans le futur, d'actes qui eux-mêmes ne sont pas encore survenus se trouve consacrée par l'énoncé du principe de précaution.

Cinquième dimension : *responsabilité à l'égard des seuls humains ou à l'égard de l'ensemble de la biosphère* ? Là aussi le curseur a évolué au cours des millénaires, car derrière cette dimension s'en profile une autre : une communauté est-elle faite d'humains ou d'humains et de non humains ? Les humains forment-ils une communauté à part, ayant simplement vocation à tirer parti du reste de la biosphère à leur profit, ou ne sont-ils que des éléments parmi d'autres d'une communauté plus large cimentée par des rapports d'interdépendance ? Une analyse historique⁶ montre que dans pratiquement toutes les sociétés du passé on a associé dans des proportions variables ces deux pôles.

L'Europe moderne fait exception, comme le consacre d'ailleurs la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de borne que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » (article 4). Dans cette Déclaration les non humains sont absents, sauf lorsqu'ils sont appropriés en tant qu'objets à disposition exclusive des humains. C'est ce que rappelle l'article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé... ». D'où il découle par différence que la partie non appropriée de la biosphère est juridiquement inexistante. Cette conception des droits et de la propriété est une source majeure de catastrophes pour l'humanité qui, contrairement aux personnes physiques ou morales, n'a pas les biens communs de l'humanité « sous sa garde ». Face à ces catastrophes annoncées, le curseur est reparti dans l'autre sens : on revalorise, y compris dans les enceintes inter-nationales, la vision andine de la Terre Mère, Pacha Mama – qui aurait passé il y a cinquante ans pour caractéristique de peuples primitifs qu'il était urgent de civiliser en leur enseignant la différence radicale entre humains et non humains. On essaie par un tour de passe-passe d'accorder une personnalité juridique à des « non humains » comme des arbres, des rivières ou des écosystèmes tout entiers, pour leur conférer des droits.

Sixième dimension : *obligation de moyens ou obligation de résultat* ? Là aussi le curseur est aujourd'hui proche du premier pôle, l'obligation de moyens. Ce

5. V. en particulier L. d'AMBROSIO, « L'affaire italienne ETERNIT : quelle leçon », in K. MARTIN-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutation aux métamorphoses de la responsabilité*, Pedone, 2016.

6. J. Ki ZERBO en coll. avec M. J. BAUD-GAMBIER, *Compagnons du soleil : anthologie des grands textes de l'humanité sur les rapports entre l'homme et la nature*, Paris, La Découverte/Unesco/FPH, 1992.

qu'exprime le fait qu'un acte légal, conforme aux règles établies, exonère son auteur de la responsabilité de ses conséquences, et que les États se jugent de leur côté dédouanés de leur responsabilité dès lors qu'ils ont édicté des règlements administratifs pour la préservation de l'environnement. Le curseur doit, là aussi, se déplacer en direction de l'obligation de résultats, ce qui implique de promouvoir des principes généraux et non des règles, à charge pour les acteurs publics ou privés de traduire eux-mêmes ces principes généraux en règles, en fonction de leur propre contexte, de façon à assurer que le résultat est atteint. On trouve un écho direct de cette dernière dimension dans la théorie de la gouvernance, où l'obligation de pertinence de l'action vient se substituer à l'obligation de conformité à des règles⁷.

La légitimité des règles et des détenteurs du pouvoir

Pour durer et s'exercer de manière pacifique, la gouvernance et ses dirigeants doivent être *légitimes*. Dans les démocraties, on a longtemps confondu légalité et légitimité : dès lors que « le peuple » était en dernier ressort l'auteur des règles de gouvernance et qu'il choisissait librement ses dirigeants, comment l'exercice de leur pouvoir pourrait-il ne pas être jugé légitime ? C'est l'aporie de la démocratie : toutes les enquêtes d'opinion, à l'échelle internationale, montrent que dans les démocraties les responsables politiques sont, de tous les corps sociaux, ceux dans lesquels on a le moins confiance.

Dans la gouvernance, la légitimité est première et la légalité seconde. Pour être légitime aux yeux d'une communauté, la gouvernance doit satisfaire à deux groupes de critères : *la conformité aux valeurs qui fondent la communauté ; l'efficacité*. Au titre du premier groupe, deux critères : le pouvoir est exercé conformément à des valeurs que partage la communauté, et qui valent aussi bien au sein de la famille qu'à l'échelle de la communauté tout entière ; les dirigeants incarnent effectivement ces valeurs. Au titre du second groupe, trois critères : les limites imposées à la liberté sont clairement justifiées par la recherche du bien commun ; les politiques et modes de régulation sont adéquats aux défis à relever ; la gouvernance satisfait au principe de moindre contrainte, c'est-à-dire qu'elle s'adapte à chaque contexte particulier. Ces deux groupes correspondent aux deux critères de légitimité du pouvoir au Moyen Âge : la justice et l'efficacité.

Le droit et les systèmes juridiques n'échappent pas à cette exigence de légitimité. On le constate dans les pays anciennement colonisés, où les systèmes juridiques hérités du colonisateur sont plaqués sur la société, et dans toutes les sociétés où l'impartialité de la justice n'est pas garantie, mais aussi lorsque la société a accumulé au fil du temps des strates de règles uniformes inadaptées tant aux nouvelles réalités qu'à la diversité des contextes.

7. P. CALAME et A. TALMANT, *L'État au cœur*, Desclée de Brouwer, 1996.

Les objectifs éternels de la gouvernance

La gouvernance prend, d'une culture à l'autre et d'une époque à l'autre, des formes éminemment variables. Et pourtant on peut reconnaître, sous toutes ces formes, *trois objectifs constants* qui reflètent l'objectif ultime : pour parler comme les biologistes, le maintien d'un organisme, en l'occurrence d'une communauté, dans son domaine de viabilité : à l'intérieur de ce domaine, l'organisme est capable de mettre en place des mesures correctrices pour assurer son équilibre – c'est l'homéostasie – ; à l'extérieur de ce domaine, le retour à l'équilibre n'est plus possible. La montée, au cours des dernières années, de la « collapsologie », du discours sur le prochain effondrement de l'humanité, n'est que le reflet de la conscience d'une gouvernance et de systèmes juridiques incapables de maintenir l'humanité dans son domaine de viabilité.

Les trois objectifs éternels qui découlent de l'exigence de pérennité sont : entretenir la cohésion sociale de la communauté en évitant son implosion du fait de conflits internes ; disposer d'une capacité de résistance face à des agressions extérieures ou d'une résilience face à des événements imprévisibles ; maintenir un équilibre à long terme entre la société et son écosystème. Ce sont trois objectifs *relationnels* visant, chacun dans son domaine, à établir ou rétablir des relations entre les individus, entre les sociétés, entre l'humanité et la biosphère. C'est pourquoi l'enjeu d'un droit commun universalisable n'est pas de multiplier les procès, mais de *rétablir les relations* : dans un procès, chaque acteur est face au juge et non en face de l'autre. *Le droit mondial doit donc être entendu comme un ensemble de régulations, peu importe qu'il s'agisse de « droit mou » ou de « droit dur », visant à rétablir des relations abîmées.* C'est le fait que chaque acteur assume pleinement ses responsabilités qui peut fonder la « confiance légitime » des uns envers les autres.

La gouvernance, d'un trépied à l'autre

La gouvernance traditionnelle, dans des sociétés stables ou en évolution lente, est fondée sur un trépied : des institutions ; des compétences dévolues à chacune d'elles ; des règles. L'édifice des codes, civil, pénal, d'urbanisme, de commerce, etc. en est le reflet. Dans des sociétés en mouvement, un nouveau trépied tente à se substituer au précédent. Ce sont : les objectifs communs poursuivis par la communauté ; les valeurs partagées ; les processus d'invention des régulations face à des défis sans cesse renouvelés.

La gouvernance mondiale à inventer, dont le droit commun fait partie, ne vise pas à mettre en place un État mondial et un corpus uniforme de règles mondiales de droit. Ses trois objectifs ne peuvent pas non plus se diluer à l'instar des dix-sept objectifs de développement durable, ODD, adoptés par la communauté inter-nationale en 2015. Leur affichage donne l'impression qu'existe une « communauté mondiale » cimentée par des défis communs, mais ils entretiennent l'illusion d'une communauté plutôt qu'ils ne la construisent.

*La Déclaration universelle des responsabilités humaines,
noyau dur d'un droit mondial*

Les valeurs partagées reposent sur deux piliers : la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948, et qui a pris progressivement consistance même si, au plan anthropologique, le concept de « droits de l'homme » est loin d'être universel ; la Déclaration universelle des responsabilités humaines qui en est le complément, et qui énonce les principes généraux reflétant les dimensions élargies de la responsabilité. Le travail international mené dans le cadre de l'Alliance pour des sociétés responsables et durables⁸ depuis plus de vingt ans a abouti à l'énoncé de huit principes :

1. L'exercice par chacun de ses responsabilités est l'expression de sa liberté et de sa dignité de citoyen de la communauté mondiale.

2. Chaque être humain et tous ensemble ont une co-responsabilité à l'égard des autres, de la communauté proche et lointaine, et à l'égard de la planète, en proportion des avoirs, du pouvoir et du savoir de chacun.

3. Cette responsabilité implique de prendre en compte les effets immédiats ou différés de ses actes, d'en prévenir ou d'en compenser les dommages, que ceux-ci aient été ou non commis volontairement, qu'ils affectent ou non des sujets de droit. Elle s'applique à tous les domaines de l'activité humaine et à toutes les échelles de temps et d'espace.

4. Cette responsabilité est imprescriptible dès lors que le dommage est irréversible.

5. La responsabilité des institutions, tant publiques que privées, quelles que soient les règles qui les régissent, n'exonère pas la responsabilité de leurs dirigeants et réciproquement.

6. La possession ou la jouissance d'une ressource naturelle induit la responsabilité de la gérer au mieux du bien commun.

7. L'exercice d'un pouvoir, nonobstant les règles par lesquelles il est dévolu, n'est légitime que s'il répond de ses actes devant ceux et celles sur lesquels il est exercé et s'il s'accompagne des règles de responsabilité à la hauteur du pouvoir d'influence exercé.

8. Nul ne peut s'exonérer de sa responsabilité au nom de son impuissance s'il n'a fait l'effort de s'unir à d'autres ou au nom de son ignorance s'il n'a fait l'effort de s'informer.

*Institution de la communauté
et droit commun universalisable*

Revenons à la question préalable : comment instituer une communauté mondiale ? Comment faire émerger, au-delà de différences que l'existence des États-Nations tend à pérenniser, le sentiment d'une communauté mondiale de

8. www.alliance-respons.net.

destin ? Communauté et responsabilité étant les deux faces d'une même monnaie, la mise en débat des principes généraux de responsabilité qui viennent d'être décrits fait partie intégrante de l'institution de la communauté.

Parler de processus instituant signifie que l'on ne peut pas se contenter d'inviter des spécialistes de droit constitutionnel venant des différents continents à élaborer ensemble une ébauche de « constitution mondiale ». Pas plus que l'on ne peut réduire l'adoption par la communauté mondiale d'une Déclaration universelle des responsabilités humaines à son adoption inter-gouvernementale à l'occasion d'une Assemblée générale des Nations unies. *C'est une dynamique beaucoup plus inclusive dont nous avons besoin, impliquant dans cette élaboration toutes les composantes de la société.*

Pour être plus précis, prenons le cas de l'Europe. L'une des raisons profondes de la crise actuelle de l'Europe est que la mise en place d'un marché unifié, d'institutions transnationales et même d'une monnaie commune s'avère ne pas être suffisante pour faire émerger la conscience d'une communauté de destin. Déjà, à cette échelle, s'impose l'idée d'un « processus instituant citoyen » organisé à deux niveaux successifs, d'abord celui des régions, ensuite celui de l'Europe⁹.

Une préfiguration de ce que pourrait être un tel « processus instituant citoyen » à l'échelle mondiale a été la démarche expérimentée dans les années 1990 avec l'Alliance pour un monde responsable et solidaire¹⁰. Le dialogue international a été conduit en suivant trois « voies » parallèles : une voie « géo-culturelle », mettant en scène le dialogue entre les différentes régions du monde ; une voie « collégiale », mettant en scène le point de vue des différents acteurs ; une voie « thématique », mettant en scène les réponses recherchées en commun à des défis communs. C'est autant d'occasions de tester la pertinence des principes généraux de responsabilité universelle, et plus généralement d'une ébauche de droit commun, appliquées tant aux différents acteurs qu'aux différents défis.

*Concilier unité et diversité :
les fondements d'un droit commun
adapté à la diversité des contextes*

L'art de la gouvernance peut se définir en deux phrases : l'art de gérer les relations ; l'art de concilier au mieux l'unité et la diversité. Ce second art a pour traduction concrète deux concepts fondamentaux, récemment consacrés par la Commission européenne comme fondement de l'élaboration des futures politiques¹¹ : gouvernance à multi-niveaux ; subsidiarité active.

9. http://blog.pierre-calame.fr/public/FR_articleassembleeinstituante.pdf.

10. www.alliance21.org.

11. On trouvera cette communication d'octobre 2018 à : <https://ec.europa.eu/infos/cites/infos/filcommunication-principal-subsidiarity-proportionality>.

La *gouvernance à multi-niveaux* rompt avec la vision traditionnelle de la gouvernance, celle qui a par exemple inspiré en France les réformes de décentralisation de 1982 et 1983, selon laquelle les compétences exercées par la sphère publique se répartissent entre les différents niveaux de gouvernance, chaque niveau étant supposé exercer des compétences exclusives. On y admet implicitement que chaque défi de la société peut être géré à un niveau unique qu'il suffit de bien choisir : c'est une gouvernance par *partage des compétences*. Or il est aisé de constater qu'au XXI^e siècle aucun des grands enjeux de nos sociétés ne peut être géré à un niveau unique. À l'idée de partage de compétences se substitue celle de *compétences partagées*, ce qui implique que la coordination d'actions des différents niveaux soit à la base des méthodes de gouvernance. La construction européenne, malgré toutes ses limites et ses crises, est dans le monde d'aujourd'hui le système d'une gouvernance le plus proche de l'idée de « souveraineté partagée ».

Le *principe de subsidiarité active*¹² définit les modalités pratiques de cette coopération : « subsidiarité » renvoie à l'idée d'autonomie des acteurs les plus directement confrontés à l'action, au plus près de la diversité des contextes, tandis que le qualificatif « active » renvoie au fait que ces réponses inventées localement doivent s'inspirer de principes directeurs élaborés en commun. Ces principes directeurs ne tombent pas du ciel, mais découlent eux-mêmes de la confrontation des expériences concrètes. C'est l'application du principe d'apprentissage permanent.

Or, dans le champ juridique, la réflexion comparative qui a été menée nous a montré qu'il existe un équivalent. Mireille Delmas-Marty a ainsi avancé l'hypothèse que dans chaque tradition juridique existe une bipolarité entre « la règle » et « l'esprit de la règle ». L'esprit de la règle correspond à ce que sont les principes directeurs dans la subsidiarité active. La règle est la traduction dans chaque contexte de cet esprit. Là aussi l'exemple européen est une source d'inspiration : pour concilier droit européen et traditions juridiques de chaque pays a été introduite l'idée de marge nationale d'interprétation. Le principe de subsidiarité active permet d'aller plus loin en invitant chaque pays à traduire dans son contexte propre les principes directeurs de la Déclaration universelle des responsabilités humaines.

La gouvernance à multi-niveaux et le droit

Le principe de gouvernance à multi-niveaux s'applique également de façon très directe à la mise en place d'un droit commun universalisable. De même que la mise en place d'une gouvernance mondiale légitime ne présuppose pas la mise en place d'un État mondial, de même le processus continu d'élaboration d'un

12. P. CALAME « Les relations entre niveaux de gouvernance ; la subsidiarité active », in *La démocratie en miettes*, Descartes et cie., 2003.

droit mondial ne présuppose pas de mettre en place une juridiction mondiale disposant des moyens de police permettant de rendre les sentences exécutoires. L'enjeu est au contraire, en amplifiant un mouvement déjà amorcé de jurisprudence croisée des cours de justice, de penser en termes de *coopération entre les cours de justice des différents niveaux*. Dans une telle démarche, permettant de déployer un droit mondial à multi-niveaux, une des fonctions majeures du niveau mondial est de construire *une banque commune des jurisprudences* des différents cas traités, source d'inspiration à la disposition de tous, fondement d'un tronc commun d'enseignement du droit et base de la réactualisation constante des principes directeurs au fur et à mesure que leur pertinence est confrontée à la diversité des cas concrets examinés.

La transposition d'une gouvernance à multi-niveaux au droit mondial à multi-niveaux conduit, enfin, à une redéfinition radicale de la juridiction compétente pour se saisir des différents conflits et vérifier le respect par tous les acteurs des principes généraux de responsabilité. Dans la situation actuelle, les critères de détermination de la juridiction compétente sont le statut juridique des acteurs (public ou privé), la domiciliation des personnes morales, la localisation des préjudices. La philosophie de la gouvernance à multi-niveaux conduit à une conception très différente où c'est *la taille des acteurs et l'ampleur de leurs impacts* qui déterminent la juridiction compétente. Selon cette logique, l'État et les très grandes entreprises ou institutions bancaires, qui ont pour caractéristique commune que leur impact transcende largement les frontières nationales, doivent relever des mêmes juridictions, celles-ci pouvant être des cours nationales, mais investies, du fait de la taille des acteurs, d'une compétence universelle.

Chacune des pistes avancées au fil des pages demande bien entendu d'être approfondie, mais elle me semble bien illustrer la fécondité d'une application au champ juridique des principes communs de gouvernance.