



Fondation *Charles Léopold Mayer*
pour le Progrès de l'Homme

Dossier 1



Dessin Christelle Enault

Droit devant ***Faire progresser le droit à l'heure de la mondialisation***

Conseil de fondation
20-21 Janvier 2019

Table des matières

Introduction	p. 3
<u>I. Le droit bousculé par la globalisation</u>	p. 6
I.1 les cycles, les normes, les acteurs et les lieux du droit	p. 6
- À l'origine du droit – les cycles du droit	p. 6
- Prolifération et hybridation des sources de droit	p. 8
- Une grande pluralité des acteurs du « droit »	p. 12
- Les lieux du droit dans la globalisation	p. 15
I.2 Privatisation et perversion du droit : le droit fait-il l'économie de la Justice ?	p. 19
- Les multinationales et le droit	p. 19
- Du procès à la transaction, le droit comme ingénieur de relations efficaces	p. 22
- Du respect de la loi à la défense d'intérêts	p. 23
I.3 Le droit comme réaffirmation des principes de justice	p. 25
- L'exemple des droits humains	p. 26
- Le droit de l'environnement et la justice climatique	p. 27
- Droit et communs	p. 32
<u>II. La participation de la société civile à l'élaboration du droit</u>	p. 35
II.1 Les outils et modes d'action de la société civile	p. 35
- Les requêtes individuelles ou collectives devant la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Conseil Constitutionnel	p. 35
- La plainte juridique	p. 36
- L'action de groupe	p. 37
- Les recours contre l'État ou l'UE	p. 38
- Les tribunaux citoyens	p. 39
- La participation au processus de normalisation	p. 40
- Les accords entreprises/syndicats/OSC	p. 41
- Le plaidoyer et la fabrique de la loi	p. 43
- La désobéissance civile et l'alerte	p. 43
II.2 La FPH et le Droit	p. 44
- Les fondations et le droit	p. 44
- Le développement de la question du droit à la FPH	p. 44
- Les programmes et partenaires de la FPH sur le droit	p. 49
- Enjeux, acteurs et partenaires de la principale AP portant sur le droit	p. 54
- Enjeux et acteurs de la ligne sur l'alerte	p. 60
Conclusion	p. 63

Introduction

Juillet 2018 - L'Iran porte plainte contre les États-Unis devant la Cour internationale de Justice après le retrait des États-Unis de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien de 2015, qui prévoyait une levée des sanctions contre l'Iran.

Juillet 2018 - Le Conseil constitutionnel français consacre le principe de fraternité et censure partiellement le « délit de solidarité » concernant l'accueil de migrants ; Le 13 décembre 2018, le tribunal correctionnel de Gap déclare les 7 de Briançon coupables d'aide à l'entrée sur le territoire d'une personne en situation irrégulière.

Septembre 2018 - La Cour permanente d'arbitrage de La Haye, saisie par l'entreprise Chevron, rend une décision sommant l'Équateur d'annuler la sentence historique rendue par ses tribunaux contre le géant pétrolier américain, responsable d'un désastre environnemental dans la région amazonienne du pays.

Octobre 2018 - Afin d'éviter un nouveau procès, le jardinier Dewayne Johnson, atteint d'un cancer après avoir utilisé du glyphosate de Monsanto, accepte une diminution de ses dommages et intérêts, qui passent de 289 millions de dollars (somme à laquelle Monsanto a été condamnée lors du premier procès) à 78 millions de dollars.

Octobre 2018 - Des collectivités locales et des ONG menacent Total d'une action en justice si la firme n'inclut pas les risques climatiques liés à ses activités dans son plan de vigilance...

Novembre 2018 - Le parquet financier français requiert 3,7 milliards d'euros contre la banque suisse UBS pour avoir organisé un vaste système d'évasion fiscale.

Ces affaires récentes, à la jonction d'enjeux nationaux et internationaux, publics et privés, illustrent l'importance prise par les questions juridiques dans la globalisation ainsi que leur extrême diversité. Le droit n'est pas seulement une règle du jeu stable, un organisateur neutre des rapports mondialisés, il est d'abord un terrain privilégié de l'expression de rapports de force politiques, économiques et sociaux.

La définition du droit, enjeu politique

La définition même du droit est un objet d'affrontement. Justice, droit¹, norme sont des termes polysémiques qui ne se définissent pas par eux-mêmes et dont les champs se recoupent. Ainsi en est-il de la justice qui désigne tout à la fois une valeur, un idéal moral, un concept philosophique et

1 L'adjectif *droit, droite* nous vient du latin *directus*, « direct », « en ligne droite », « sans détour », « juste ». *Directus* est un dérivé du verbe latin *dirigere*, qui signifie « redresser, régler, tracer en ligne droite, aligner », et qui est lui-même dérivé de *regere*, « régir, guider, conduire » (voir la source latine de *agere*, signifiant conduire, au sens de acte). En français, on a retenu surtout le sens de « juste, honnête, loyal » et « qui suit un raisonnement juste, sensé », « la droiture ».

En latin, *dexter* veut dire « à droite » ou « favorable », tandis que *sinister* signifie « à gauche » ou « de mauvais augure ». *Dexter* a aussi le sens de « adroit ou habile ». L'adjectif « droit, droite » dans le sens strictement spatial (du côté droit par opposition au côté gauche) a supplanté l'ancien français *dextre* et *destrier* de même que *gauche* a supplanté l'ancien Français *séneestre*, qui donnera le mot *sinistre*, de mauvais augure.

une institution qui interprète la loi et en assure l'application par l'exercice de la faculté de trancher entre le juste et l'injuste au nom... du droit. Droit et justice sont deux mots étroitement corrélés dans les esprits sinon parfois synonymes. Ne pourrait-on dans la citation suivante de Victor Hugo substituer le mot justice au mot droit sans que son sens n'en soit en rien modifié ?

« Ce sentiment qui est le granit de la conscience humaine, le droit, voilà le rocher sur lequel viennent échouer et se briser les iniquités, les hypocrisies, les mauvais desseins, les mauvaises lois, les mauvais gouvernements. »

Le droit, représentation d'un idéal de justice et de l'intérêt général, peut être ainsi perçu et pratiqué comme un espace politique à partager, ou un outil privatisé au service de grands intérêts économiques, au détriment de la justice sociale et environnementale. De la même façon, normes et droit s'imbriquent ou se distinguent selon les définitions et les acteurs. Cette plasticité des termes et des acceptions en est la preuve évidente : le droit, les normes, les lois et la justice n'existent pas en dehors de la société. Il ne peut y avoir de définition intemporelle et universelle du droit faisant fi des variations socio-historiques. Le droit est et demeure une production culturelle, une construction évolutive et modulaire et c'est pourquoi on peut souvent remplacer le « droit » par « les droits ».

Le droit, un concept essentiel et insaisissable

En 1989, une expérience a été tentée par la revue Droits (une importante revue française de théorie juridique). L'idée avait été de demander à une cinquantaine d'auteurs de donner en quelques pages leur conception du droit. Ensuite un travail de synthèse aurait dégagé quelques grandes options, à défaut de parvenir à une solution unique. Les contributions furent réunies mais l'objectif ne put être atteint en raison de la trop grande diversité des définitions données. Le doyen Vedel commença même la sienne par ces mots : « Voilà des semaines et même des mois que je "sèche" laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente [...] : "Qu'est-ce que le droit ?" Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro. » Il conclut toutefois ainsi : « ... si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit. »

Nous n'allons donc pas chercher à réussir là où le doyen Vedel a renoncé. Nous ne présenterons pas une définition simple et univoque du droit, mais nous traiterons d'un ensemble de pratiques et de principes qui constituent une activité sociale bien identifiée sinon bien définie : un régime de règles et de sanctions. En la matière, François Ost, pour répondre à la question « à quoi sert le droit ? » distingue :

- 1) les usages du droit – ce qu'on fait du droit, les logiques d'acteurs et rapports de force ;
- 2) les fonctions du droit – arbitrage, encodage, ancrage ;
- 3) et les finalités du droit – justice, démocratie, transition, ou instrumentalisation (à l'image du droit nazi par exemple).

Dans ce dossier, c'est le droit tel qu'il est (*law in action*) qui est analysé et non pas tel qu'il devrait être (*law in book*). Il est donc mis l'accent sur les usages et sur les finalités sociales du droit.

Dans une première partie qui constitue un état des lieux, nous analyserons l'articulation entre théories et exercices du pouvoir – car la théorie en la matière n'est pas un exercice gratuit et universitaire mais constitue un outil d'influence, les grandes puissances l'ont bien compris !. Nous chercherons à suivre l'évolution du droit dans le monde globalisé, à voir comment la globalisation, en déconstruisant le monopole des États, a fait évoluer la vision du droit, la place des normes, les acteurs et les lieux du droit. Il s'agira de comprendre le passage d'un monde de droit à une économie des règles, ses aspects préoccupants – un droit privatisé et souvent perverti, un droit qui s'éloigne de la justice –, mais également ses aspects progressistes – la contagion positive entre droits, le caractère vivant du droit qui s'adapte aux nouveaux enjeux tels que le changement climatique.

Dans une seconde partie qui concerne plus directement l'action propre de la société civile, nous analyserons la manière dont la société civile s'est emparée du droit pour le transformer, voire le créer, et nous analyserons l'action de la fondation et de ses partenaires dans ce cadre.

Les exemples et domaines abordés sont principalement ceux induits par la globalisation et notamment : la régulation de l'activité des entreprises multinationales, la protection de l'environnement, les questions de changement climatique. Les questions d'atteinte aux droits humains et de droits sociétaux sont moins traitées ici que les questions économiques et écologiques, dans la mesure où leur histoire est mieux connue – le droit social moderne est issu des luttes syndicales et politiques du ^{xix}^e siècle et s'il demeure un important terrain de lutte, la question est mieux connue – et qu'elles sont largement abordées par de nombreuses fondations en Europe. Tel n'est pas le cas du droit de l'environnement dont l'émergence est contemporaine : en la matière, nous assistons au droit en train de se faire.

De même, pour préoccupante que soit la question, nous ne traitons pas la situation dans les pays autoritaires et dans les démocraties illibérales, d'une part parce que là aussi le sujet est tristement documenté et que par ailleurs les questions soulevées – la disparition de l'État de droit – dépassent les moyens d'action de la société civile². Nous concentrerons notre analyse sur la situation et l'évolution du droit dans ce que l'on peut encore appeler nos « démocraties » occidentales, la fondation travaillant majoritairement dans cette zone. Zone dans laquelle le maintien d'un droit juste et égal pour tous, ce *granit de la conscience humaine*, peut subir aussi une lente et inexorable érosion.

Mais c'est sans compter sur les *forces imaginantes*³ du droit à l'œuvre, qui viennent de plus en plus de la société elle-même et qui, en dialogue avec le monde des juristes, cherchent à construire un monde de transition écologique et sociale.

2 Le fait est que la « société civile » recule tant en Chine, qu'en Russie ou même en Hongrie ! De ce point de vue, le départ de la très grande fondation Open Society de Budapest pour Berlin montre clairement les limites des actions relevant de la société civile, même avec des moyens considérables.

3 Formule reprise à Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004. Par cette discrète référence à Bachelard qui invoquait les « forces imaginantes de l'esprit », Mireille Delmas-Marty a résumé l'axe majeur de ses recherches : le droit se trouve aujourd'hui face à une mutation sans précédent qui voit se superposer normes nationales, régionales et internationales. Il se doit dès lors de penser à la fois le particulier et l'universel, d'incorporer la part d'indétermination qui lui est constitutive ou encore de mesurer la force créative de ce « flou » qu'il génère.

I. Le droit bousculé par la globalisation

La globalisation des dernières décennies a bousculé l'image d'Épinal d'un droit produit par l'autorité centrale (le parlement dans une démocratie) et appliqué sur le territoire national par une administration dédiée, selon le principe que la loi est la même pour tous. Loin de cette vision classique d'un droit qui se pense uniquement dans le jeu réciproque des ordres juridiques nationaux des États souverains territoriaux, on voit en effet se développer des formes multiples d'hybridation et d'interpénétration des droits nationaux et international, formelles ou souples qui font émerger un droit mondialisé, qui progresse au plan supranational et transnational. Fait de droit public et privé, de lois et de normes, mais aussi de jurisprudences, de droit « souple », de codes de conduites et de lignes directrices, ce droit est aussi le fait de nouveaux acteurs, les entreprises et les organisations de la société civile se trouvant de plus en plus impliquées dans la fabrication des normes et des pratiques juridiques globales.

I.1. Les cycles, les normes, les acteurs et les lieux du droit

- À l'origine du droit – les cycles du droit

Qu'est-ce qui fonde la Loi ? Au cours des siècles, la réponse a pris plusieurs visages : celui de groupes sociaux ou ethniques, celui du Dieu monothéiste, celui de la Force du Souverain, celui de la Machine, celui de la Nature, celui de la Science et, enfin, celui du Marché. Ces deux derniers absolus se sont presque confondus ces dernières années. À l'ère de la mondialisation ou de la globalisation économique et du numérique, le droit change de forme.

Tout se passe comme si plusieurs cycles historiques arrivaient à échéance simultanément :

- le cycle court du positivisme juridique inauguré par le Code civil ;
- le cycle plus long de la nationalisation du droit qui a débuté durant les ^{XIII-XIV} siècles et qui considère l'État comme le *terminus ad quem* de l'histoire du droit ainsi que le pensait Max Weber ;
- le cycle millénaire, qui associait le droit à l'écriture (le Code d'Hammurabi⁴).

Antoine Garapon, juriste, magistrat et secrétaire général de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, présente les cycles du droit comme suit :

a. le « pré-droit » : Avant l'État, le pré-droit puisait son ressort non pas d'un territoire mais d'un groupe. Les obligations prenaient une signification très différente selon qu'elles concernaient les relations à l'intérieur du groupe ou les relations entre groupes. Les premières s'adossaient à un droit religieux, les secondes se bornaient à régler des rapports de vengeance et de composition. La frontière structurante du pré-droit n'était donc pas géographique mais ethnique. L'avènement d'un droit de la cité, mis en scène par Eschyle dans *Les Euménides*⁵, se traduit par l'application d'une même loi à tous les citoyens ; la frontière n'est plus ethnique mais politique et territoriale.

4 Le Code de Hammurabi, daté d'environ 1750 avant notre ère, est le premier texte juridique quasiment complet qui nous soit parvenu. C'est un système répondant aux préoccupations de la vie courante (mariage, vol, contrat, statut des esclaves...) avec une prédominance de la loi du talion en matière pénale.

L'agrégation des communautés au sein de la Cité conduit au dépassement de la coutume et à l'avènement de la loi. Mais une loi « mondaine », relative, qui pose alors la question de son arbitraire et donc de la légitimité du Pouvoir temporel qui veut la faire respecter. Cette opposition entre loi et coutume est incarnée par l'Antigone de Sophocle : les lois de la Cité doivent s'imposer, quoi qu'il en coûte, contre « les lois non écrites, inébranlables des Dieux ». La conscience, qui procède de l'être moral, transgresse, au prix de la mort, les lois de la cité, qui procèdent de l'être politique. On retient souvent de ce mythe la naissance et la justification de la raison d'État. Mais, plus fondamentalement, l'invention du Nomos (du verbe *nemô*, partager) par les Grecs au v^e siècle avant notre ère marque le passage d'une loi imposée du dehors par les dieux à une loi que les citoyens se donnent eux-mêmes en fonction du régime politique qui les gouverne. Mais le concept restera aussi la marque d'une tension entre le prescrit (ordre idéal) et le décrit (fixation des habitudes observées en pratique).

Les Grecs ont ainsi posé, une fois pour toutes, les bases du double problème de la gouvernance : si les lois sont faites par et pour les citoyens, alors :

- quel type de régime politique pourra garantir qu'elles seront justes pour tous ?
- quel principe supérieur pourra garantir qu'elles seront vraies en soi ou, du moins, universelles ?

De Socrate, qui fait de la loi une convention nécessaire pour le maintien de la Cité (allant jusqu'à boire la ciguë malgré un jugement injuste), à Aristote qui voit dans la stabilité et la longévité les critères empiriques d'une bonne loi (la rapprochant ainsi de la coutume), en passant par Platon pour qui les lois doivent s'inspirer du modèle divin mathématique (et pour qui « les chefs se font les esclaves des lois »), les philosophes grecs apportent des réponses sensiblement divergentes qui vont constituer autant d'écoles de pensée jusqu'à nos jours.

b. le droit « classique » : Dans la période moderne, pour opérer le passage d'une loi du groupe à une loi étatique, l'État a dû à la fois monopoliser l'exercice de la violence, et donc de la vengeance privée, mettre fin à la féodalité, attribuer à la loi civile une valeur symbolique supérieure à la loi religieuse et exercer le monopole de la représentation dans les relations avec les autres États. La légalité du droit classique reposait donc sur un ordre externe de nature à la fois sociale, économique, juridique et politique. La belle formule de Justinien trouve tout son sens pour qualifier ce changement de paradigme : *Armis decorata, legibus armata*, c'est-à-dire que le pouvoir est décoré par les armes mais armé par les lois⁶.

– Le droit tout d'abord reflète les mœurs d'une société, comme le montre *L'Esprit des lois* de Montesquieu.

– Le droit doit ensuite être soutenu par un certain investissement politique ; le pouvoir accepte de se soumettre à des formes et à des institutions qui vont faire travailler la force

5 Le procès d'Oreste, mis en scène par Eschyle dans le dernier volet de sa trilogie tragique, *Les Euménides*, tient une place à part dans l'imaginaire athénien et nous parle de droit de la cité. Il est censé être le tout premier procès décidé par une assemblée plurielle, convoquée *ad hoc*. Eschyle n'a pas souhaité brosser un tableau parfait de la justice dans la cité, mais a souhaité mettre en scène ses dangers et ses risques, notamment dans une société démocratique.

6 NB MAC : Mais le vi^e siècle est justement aussi celui où se met en place l'ébauche de la féodalité par la généralisation du colonat (servage) et où le pouvoir de l'empereur prend une coloration nettement religieuse (Justinien intervient beaucoup et de manière brutale dans les querelles religieuses notamment contre le monophysisme). En fait, Justinien fait une référence très romaine et anachronique à la Rome de Cicéron quand, dans la pratique, il contribue à restaurer une monarchie de droit divin (cf. George Tate).

au service de sa propre neutralisation. « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ⁷. »

– La rationalisation de la force ne suffit cependant pas à épuiser le sens du droit car les lois doivent pointer vers une dimension plus grande qui les dépasse (le juste, l'esprit de justice). Dès le haut Moyen-Âge, l'Église « répandait l'idée d'une règle, d'une loi supérieure à toutes les lois humaines », une loi appelée, selon les temps et les mœurs, tantôt la raison, tantôt le droit divin.

Ces trois dimensions du droit – sociale, politique et symbolique – sont réunies dans des instruments écrits (y compris dans les pays de Common Law où le droit est confié aux juges) ;

Le système westphalien articulait les différents ordres juridiques nationaux entre eux, autour du pivot central que constituait l'État, seul sujet de droit international et auteur ultime du droit interne.

c. Le droit « global » ou « systémique ». Cet équilibre, qui a mis des siècles à se construire en Europe, semble s'effondrer aujourd'hui du fait de la mondialisation tout d'abord, de la généralisation ensuite d'un regard économique et non plus politique sur le monde ainsi que sur toute relation humaine, et en partie de la révolution numérique. « Il ne s'agit plus de se référer à une loi qui transcende les faits, mais d'inférer la norme de la mesure des faits⁸. »

La légalité classique qui associait le droit à un ordre politique et social territorialisé, pâlit au bénéfice d'une légalité radicalement inédite. C'est cette dernière phase de l'histoire du droit qui a débuté il y a une cinquantaine d'années que nous cherchons à analyser ensuite, en regard avec le droit classique qui, bien qu'affaibli, se maintient cependant.

- **Prolifération et hybridation des sources de droit**

La globalisation ne pose pas au droit un simple problème d'échelle, elle amène aussi des transformations fondamentales de la nature et de la forme de la régulation, des modes d'élaboration et de mise en œuvre des normes. On constate en effet un envahissement du droit par les normes et une hybridation du droit.

Selon Wikipédia, le terme « **source du droit** » « *désigne habituellement dans les ouvrages de droit tout ce qui contribue, ou a contribué, à créer l'ensemble des règles juridiques applicables dans un État à un moment donné (le droit positif et le droit non-écrit). Selon une autre définition, les sources du droit sont les prémisses de tout raisonnement juridique.*

Dans les pays de droit écrit, les principales sources du droit sont des textes tels que les traités internationaux, les constitutions, les lois, les règlements. Cependant, d'autres sources sont identifiées, telles que la coutume, les principes généraux du droit consacrés par la jurisprudence – parfois inspirée par la doctrine des juristes spécialisés (professeurs, avocats, magistrats...). »

Cependant le droit international tel que traditionnellement conçu, codifié par des instruments classiques comme les traités, conventions ou accords internationaux ne représente désormais qu'une petite partie du corpus de règles, de normes, de lois et de mécanismes de règlements des différends qui affectent concrètement les échanges internationaux. On note en effet une explosion des instruments normatifs tels que les chartes, les labels, les directives volontaires, les codes de

⁷ Livre XI, chap. IV Montesquieu.

⁸ *L'Esprit de Philadelphie*, Alain Supiot, 2010, p. 78.

bonnes pratiques, les normes ISO ou les possibilités de règlements des conflits. Les normes techniques, les indicateurs, les notations, les benchmarks, les classements ou rankings, les programmes et protocoles informatiques, comptent ainsi parmi les instruments normatifs qui prolifèrent à l'échelle mondiale pour tenter d'assurer, avec des succès très variables, la régulation de certains secteurs d'activité. « En d'autres termes, dans le cadre de la mondialisation, l'espace laissé vide par le droit étatique et le droit international a été colonisé par des normativités émergentes qui ont tendance à jouer le rôle d'équivalent fonctionnel des règles de droit⁹. »

On voit se multiplier les instruments de guidage et de gestion par des outils qui ne ressortent pas du champ juridique classique. Le développement par les agences de normalisation (standards ISO, International Standard Organization) des standards techniques en est un exemple, à l'image d'ISO 9000, ensemble de normes relatives au management de la qualité. Mais le contrôle de la qualité ne constitue qu'une étape dans la standardisation. Le contrôle de la gestion, qui permet « la fusion des normes techniques et managériales »¹⁰, amène à l'élaboration de standards aux effets normatifs encore plus importants, comme ISO 14000 (management environnemental) ou ISO 26000 (responsabilité sociétale). Ces derniers standards imposent des critères matériels qui ne relèvent pas simplement de la qualité intrinsèque du produit. Ils dictent des comportements et des actions pour l'entreprise qui dépassent les dimensions purement techniques pour réguler des rapports sociaux qui relèvent, dans la théorie classique, du champ juridique¹¹.

Les indicateurs permettent « de faire émerger du dispositif de gouvernance lui-même, des standards normatifs globaux¹² ». Que l'on pense aux indicateurs de la Banque mondiale : *Doing Business*¹³ et l'indice *Rule of Law*¹⁴, l'un mesurant l'attractivité économique d'un État au regard de son environnement institutionnel et juridique et l'autre agrégeant des données relatives à l'institution judiciaire, au fonctionnement législatif, au contenu des garanties constitutionnelles, au contrôle de la corruption, etc. Autre exemple, dans le champ universitaire, le classement de Shanghai ou celui du Times Higher Education qui évaluent, à partir de critères souvent contestés, le rang des universités dans le monde. Critères qui, inexorablement, s'imposent puisque les dirigeants universitaires sont obsédés par ces classements et tentent, tant bien que mal, de répondre à leurs exigences. On citera enfin les agences de notation de crédit (Moody's, Standard & Poors, Fitch) dont l'influence, voire l'ascendant, sur les capacités budgétaires des États est considérable.

Ces normes multiples forment le socle de ce que plusieurs auteurs appellent « le droit global¹⁵ », « puisqu'elles répondent aux exigences de la globalisation et de sa nécessaire gouvernance ; exigences que ne peuvent rencontrer ni le droit national (limité par sa souveraineté d'abord territoriale), ni le droit international (qui concerne d'abord et avant tout les sujets de droit que constituent les États) », comme l'explique Benoît Frydman.

9 Arnaud Van Waeyenberge, Docteur en Droit, enseigne le droit de l'Union européenne, le droit global à HEC.

10 Benoît Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », dans Benoît Frydman et Arnaud Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 5, p. 28.

11 Une introduction au droit global Karim Benyekhlef.

12 Benoît Frydman du Centre Perelman de Philosophie du droit.

13 <http://donnees.banquemondiale.org/catalogue/doing-business>

14 <http://databank.worldbank.org/data/databases/rule-of-law>

15 Les penseurs du droit global regroupent sous l'étiquette « droit global », l'identification, l'étude et l'analyse des nouvelles formes de normativité qui n'appartiennent pas à la panoplie habituelle du droit classique national et international mais dont les effets régulatoires se font ressentir à l'échelle du monde. Si le droit international n'est un droit qu'entre États, le droit global prend en compte les autres acteurs supra nationaux tels que par exemple les entreprises transnationales.

Leur déploiement n'est d'ailleurs pas seulement global, il est souvent d'abord national, voire local. Ces normes pénètrent l'enceinte nationale et brouillent la distinction canonique en droit du national et de l'international, de l'ici et de l'ailleurs. Et si, dans l'ordre juridique classique, la loi dépendait d'une structure externe politique, sociale et symbolique, dans le cadre du droit global en revanche, la norme est souvent intérieure : elle siège dans le mécanisme même qui en assure le fonctionnement.

La prolifération des normes juridiques associée à l'inflation législative que l'on a pu constater ces dernières années amène aussi à une perte de la force de la loi aujourd'hui.

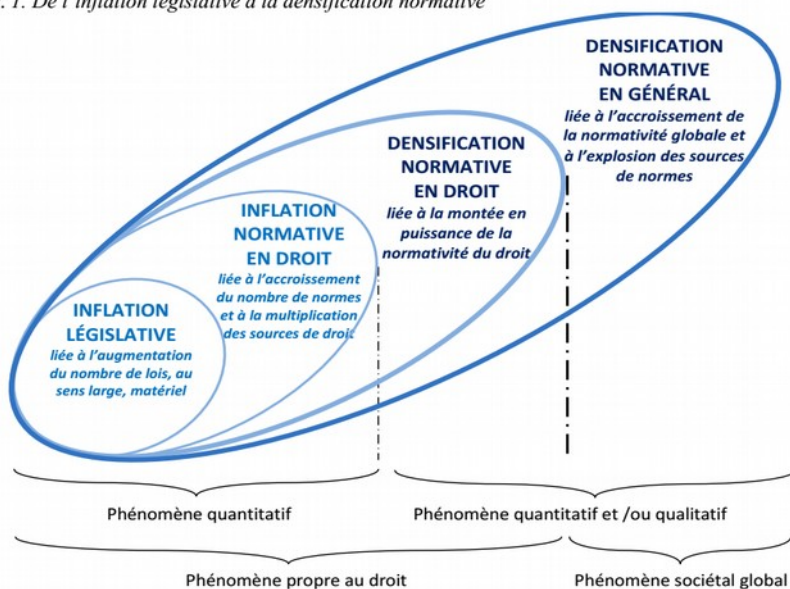
On peut citer ici le phénomène d'inflation législative bien utilisée et médiatisée sous la Présidence de Nicolas Sarkozy. La dictature de l'émotion conduisant à un empilement de lois sans que personne ait la certitude que les unes soient plus efficaces et plus justes que les précédentes. D'autant que beaucoup de lois ne voient pas de décret d'application. Inflation du nombre de lois et inflation du nombre de pages et d'amendements pour une loi : la *tax reform* de Trump, qui est passée très récemment devant le Congrès, faisait des milliers de pages et il était parfaitement clair qu'aucun sénateur ou membre du Congrès ne pouvait l'avoir lue puisqu'une partie des amendements était sous forme manuscrite et s'échangeait entre des assistants parlementaires. Souvent les gens qui les votent ne les ont pas lus.

Alain Supiot nomme « gouvernance par les nombres » ce développement :

« *Le gouvernement par les lois vise au règne des règles générales et abstraites qui garantissent l'identité et les devoirs de chacun. Il repose sur la faculté de jugement, c'est-à-dire sur des opérations de qualification juridique (distinguer des situations différentes pour les soumettre à des règles différentes) et d'interprétation des textes (dont le sens ne peut jamais être définitivement fixé). La gouvernance par les nombres vise à l'autorégulation des sociétés humaines. Elle repose sur la faculté de calcul, c'est-à-dire sur des opérations de quantification (ramener des êtres et des situations à une même unité de compte) et de programmation des comportements (par des techniques d'étalonnage des performances : benchmarking, ranking, etc.).* »

L'Esprit de Philadelphie, Alain Supiot, p. 78

Fig. 1. De l'inflation législative à la densification normative



Source : *La densification normative, Découverte d'un processus*, Catherine Thibierge, Mare & Martin, 2014.

L'hybridation du droit

La prolifération des normes s'accompagne d'un autre phénomène d'hybridation ou de « déformalisation¹⁶ ». L'ordre juridique classique est traditionnellement décrit comme un ordre hiérarchisé, unifié et statique par la théorie du droit. À ces formes juridiques simples, la mondialisation substitue un ensemble complexe d'interactions, horizontales et verticales. Les interactions horizontales relèvent du bon vouloir des acteurs, qu'il s'agisse de la circulation des normes entre les législateurs ou du dialogue des juges que de nombreuses cours suprêmes ont mis en place et qui peut conduire à des phénomènes de fertilisation croisée (*cross fertilisation*) au travers notamment de partage de jurisprudence.

Par ailleurs, la confusion entre **Soft Law** et **Hard Law** s'étend désormais au droit interne. Chacun de ces qualificatifs peut être employé dans plusieurs sens. La *Hard Law* renvoie à un droit idéal, précis, obligatoire et sanctionné, tandis que la *Soft Law* impliquerait « le flou, le mou et le doux ». Le flou, c'est-à-dire l'imprécision de la norme, le mou pour désigner le caractère non obligatoire et le doux pour exprimer l'absence de sanction. Toutefois, les trois caractères ne coïncident pas toujours. Ainsi, l'accord signé à Paris sur le climat n'est ni flou – il précise les objectifs à la fois quantitatifs et qualitatifs – ni mou – les États qui l'ont ratifié ou approuvé doivent obligatoirement l'appliquer –, mais il est apparemment doux et non contraignant : il ne prévoit pas de sanction au niveau international. Reste que cet accord obligatoire peut être invoqué devant un juge national transformé de fait en juge mondial, qui pourrait condamner un État pour non-respect de ses engagements internationaux s'il trouve un support juridique en droit interne (voir les exemples partie 2).

Autre exemple d'hybridation, les dispositifs issus de la RSE entrent de plus en plus en relation avec le droit de la responsabilité au sens large (civile, administrative et même pénale), et deviennent un levier d'imputation de la responsabilité juridique des entreprises. Le droit de la RSE est avant tout un droit « mou » (*soft law*) constitué d'engagements volontaires pris par les entreprises en matière de protection de l'environnement, de développement durable ou encore de défense des droits de l'homme et des droits économiques et sociaux fondamentaux. Toutefois, le caractère spontané et volontaire de la RSE ne l'empêche pas de devenir une source d'obligations juridiques pourvues de sanctions. La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (du 27 mars 2017) et la Loi Sapin II, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi du 9 décembre 2016), sont les expressions les plus récentes de ce mouvement de responsabilisation des entreprises nationales et transnationales, et de sa traduction juridique qui mêle à la fois *soft law* et *hard law*.

16 Mireille Delmas-Marty.

- **Une grande pluralité des acteurs du « droit »**

À la multiplicité des normes, s'ajoute une pluralité des acteurs, voire une explosion du nombre des « émetteurs de droit » : les États bien sûr restent dans la course, tout comme les organisations internationales, mais à côté d'eux se trouvent désormais les instances non gouvernementales, les entreprises, les associations professionnelles ou de la société civile, et jusqu'aux cours elles-mêmes, qui entretiennent un dialogue transnational sans médiation des États. Lors d'une conférence à la Brookings Institution en décembre 2012, Mireille Delmas-Marty et le juge Stephen Breyer donnaient ainsi le chiffre de 30 000 organisations productrices de normes à travers le monde. Sans nécessairement pour autant détenir pour cela un mandat politique, comme lorsque l'International Accounting Standards Board britannique élabore les nouvelles normes comptables internationales. (voir encadré)

« Dire que l'État est "l'unique source du droit", c'est à la fois définir un certain type d'ordre normatif qui fait remonter l'engendrement des normes à l'État et affirmer que toutes les normes appartiennent à l'espace étatique, à l'exclusion de tout autre espace normatif. Mais il y a d'autres sources : internationales, collectivités locales (communes, région), acteurs privés (entreprises)¹⁷. »

Les États perdent une forme de monopole de la production de droit, du fait de la multiplicité des producteurs de droit, et notamment du pouvoir accru des multinationales. Mais tous les États ne perçoivent pas leur rôle de la même manière pour par exemple imposer leur droit à l'étranger. L'exemple par excellence est celui des États-Unis, qui exportent leur pouvoir de sanction au-delà de leurs frontières. Certains parlent de colonisation juridique des États-Unis ou d'américanisation du droit. On peut citer également l'exemple de la Chine. (voir encadré)

L'Europe est un cas particulier intéressant : elle a mis en place la coopération entre juridictions nationales pour créer un nouvel ordre juridique. C'est le cas pour le marché unique, avec le principe de reconnaissance mutuelle : les actes d'un État valent par principe dans les autres États et cette extra territorialité peut conduire à contraindre une juridiction nationale à mettre en application une décision judiciaire d'un autre État.

Supérieur au droit national (même constitutionnel), le droit de l'Union a des effets contraignants à l'égard des États membres et de leurs ressortissants, et apporte une protection juridique unifiée à tous les citoyens européens. L'autre originalité du droit de l'Union européenne, par rapport au droit international notamment, réside en ceci qu'il peut s'imposer directement aux citoyens européens, sans qu'il soit nécessaire que les États membres les reprennent dans leurs propres règles nationales : on parle d'« effet direct » du droit européen.

Les juges, avec la montée en puissance de la judiciarisation de la société, jouent un rôle fondamental dans l'élaboration de la jurisprudence. Au niveau international, ils échangent des arguments, des décisions, des idées : citation de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, formations communes, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats de juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. On parle de gouvernement des juges, de mondialisation judiciaire, ou de commerce des juges.

17 Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

Et « ce commerce procède aussi d'un affrontement entre les cultures judiciaires et d'une lutte d'influence entre États sur la scène mondiale¹⁸ ».

Les organisations internationales gardent une place importante mais dépendent de la volonté des États. Par exemple, la Cour pénale internationale (CPI), créée en 2002, a marqué une évolution fondamentale du droit pénal international. 122 États sur les 193 membres de l'ONU acceptent l'autorité de la CPI mais jusqu'à ce jour, ni les États-Unis, ni la Russie n'ont adopté le statut de Rome qui définit les règles de fonctionnement de la CPI. La Cour pénale internationale est née d'une belle idée, mais sa mise en pratique laisse à désirer. Justice des puissants, justice des Occidentaux, justice sous influence..., les critiques ne cessent de pleuvoir sur cette institution qui, par ricochet, remet en question la notion même de justice internationale. Dans une enquête très fouillée, *Le Joker des puissants*, la journaliste Stéphanie Maupas raconte comment la Cour pénale internationale, a bien vite oublié la promesse d'une justice internationale, pour devenir une arme diplomatique aux mains de certains États seulement.

L'Organisation internationale de normalisation ou ISO, organisme composé de représentants d'organisations nationales de normalisation de 164 pays (l'AFNOR en France). Les normes internationales et les procédures d'évaluation en conformité qui leur sont associées portent indifféremment sur les mesures, le design, la performance ou les effets associés de produits, de processus industriels ou de prestations de services¹⁹. Leur élaboration a lieu au sein d'organismes privés spécialisés tels l'ISO, la Commission électrotechnique internationale (CEI) ou le Comité européen de normalisation (CEN). L'ISO compte aujourd'hui plus de 160 membres nationaux, qui ne sont pas des gouvernements, mais, pour chaque pays, l'organisme de normalisation considéré comme le plus représentatif. Dans la plupart des pays européens et anglo-saxons, il s'agit d'une organisation privée qui entretient des relations contractuelles avec l'État²⁰.

Le rôle grandissant des normes internationales soulève avec acuité la question de leur légitimité au regard de qui participe à leur élaboration. La plupart des études sur la normalisation²¹ offrent un constat partagé à cet égard : les grandes entreprises et multinationales dominent les arènes de la normalisation, alors que les petites et moyennes entreprises et les associations de la société civile sont sous-représentées.

Les directeurs juridiques. Agents de l'entreprise, créateurs de codes de conduite, interprètes du droit en matière comptable, fiscale, sectorielle ou de concurrence, les juristes d'entreprises doivent depuis quelques années mettre en place des programmes de conformité qui répondent

18 Antoine Garapon et Julie Allard *Les juges dans la mondialisation*, Seuil/La République des idées, chapitre 2, 2005.

19 Selon une estimation déjà ancienne de l'OCDE (OECD, 1999), « 80 % des échanges internationaux sont affectés par des normes ou des règlements techniques connexes ». À elle seule, l'ISO a développé plus de 19 500 normes ; elle estime que 18 réunions ont lieu chaque jour ouvrable dans le monde parmi les organes techniques qui effectuent le travail concret d'élaboration des normes et que pas moins de 30 000 experts volontaires participent à ces travaux annuellement.

20 Toute organisation peut devenir membre d'un organisme national de normalisation, indépendamment de son statut. La normalisation est ainsi ouverte aux multinationales, aux PME, aux organisations faïtières de branches économiques, aux organisations professionnelles ou encore aux associations de la société civile. Pour obtenir le statut de membre, les organisations doivent cependant payer une cotisation donnant accès aux travaux des comités techniques nationaux et internationaux. Lors des réunions des comités techniques, les délibérations sont fondées sur l'état de l'art des connaissances scientifiques et techniques, ce qui fait du langage technique une véritable « figure imposée » du travail de normalisation (Mallard, 2000). Les parties prenantes sont représentées par des experts, et les enjeux sont traduits et négociés en termes d'expertise (Demortain, 2011).

21 Notamment le projet de recherche INTERNORM financé par l'Université de Lausanne (UNIL). La normalisation internationale désigne dans le cadre du projet INTERNORM le domaine propre à l'élaboration et à la mise en œuvre de spécifications techniques, partiellement volontaires, explicitement documentées et publiées comme instruments utilisés dans l'organisation de la production et des échanges internationaux.

notamment aux lois extraterritoriales américaines, et coopérer avec un nombre toujours croissant de juges et de régulateurs.

Les arbitres qui interviennent dans le droit international de l'investissement : le système d'arbitrage international en matière d'investissement a été défendu et modelé par les gouvernements occidentaux arguant qu'un mécanisme de règlement équitable et neutre des différends était nécessaire pour protéger les investissements des grandes entreprises de la partialité et de la corruption des cours nationales. Ils sont au cœur d'un débat sur leur capacité à délivrer des jugements équitables et indépendants, et sur leur culture pro-business.

Les cabinets d'avocats jouent un rôle fondamental, notamment dans le cas des « deals de justice », conclus entre l'État américain et les entreprises. Dans le cadre de ces transactions, les entreprises ou les banques doivent en effet désigner un cabinet d'avocats de renom pour mener une enquête interne sur les faits reprochés. On parle des « multinationales du droit » pour parler des gros cabinets d'affaires. Véritable puissance dans le marché international de l'expertise, les *lawyers*, avocats d'affaires trônent désormais au sommet de la hiérarchie des juristes. Mais il y a aussi l'ensemble des avocats juristes dont le rôle est de conseiller, représenter, assister et défendre leurs clients, personnes physiques ou morales, en justice, en plaidant pour faire valoir leurs droits et, plus généralement, pour les représenter.

Les associations professionnelles, syndicats ou entreprises qui créent des labels, des codes de conduite.

Les normes comptables internationales, gérées par un organisme privé

Refusant d'adopter les normes édictées par les Américains, séduite après la chute d'Enron en 2001 par la perspective d'en finir avec le hors-bilan, l'UE se tourne vers une officine privée basée à Londres, créée en 1973, l'International Accounting Standards Committee. Depuis que l'Union européenne (UE) lui a confié l'élaboration de ses propres normes, l'IASB est devenue l'une des plus puissantes organisations internationales. Cet organisme privé édicte, pour une grande partie du monde (110 pays environ), les règles selon lesquelles les entreprises rendent compte de leur activité. Adopté à l'unanimité du Conseil et par 93 % des eurodéputés, le règlement européen du 19 juillet 2002 a ainsi imposé, à compter de 2005, l'utilisation des normes IAS devenues IFRS (International Financial Reporting Standards) à toutes les sociétés cotées en bourse sur le Vieux Continent. Ces normes ont force de loi et ce sont elles qui introduisent à la fois la notion de juste valeur, qui est en fait une valeur du marché, et le futur et la spéculation dans les bilans.

Si les normes comptables américaines sont proches des normes IFRS, il reste une différence essentielle : le gouvernement américain a conservé la main politiquement sur les normes sans s'en remettre complètement aux grands cabinets d'audit qui décident des règles d'écriture de l'histoire des entreprises.

Les ONG, collectifs, syndicats associations de consommateurs qui luttent pour l'accès à la justice, font du plaidoyer pour une évolution de la législation ou utilisent le procès comme mode de gouvernance. Un chapitre est consacré à leur rôle dans l'élaboration du droit

Les « communautés » qui créent du droit (droit coutumier).

Durant de très longues périodes historiques, c'est la coutume qui a fait office de droit. Il reste des traces aujourd'hui du système juridique qui en a découlé. Parfois opposé au droit écrit, le droit coutumier est toutefois encore reconnu par de nombreux tribunaux de par le monde, à condition qu'il ne vienne pas à l'encontre d'une loi.

Un exemple de tribunal coutumier et permanent (puisqu'il existe depuis semble-t-il 960) :

Le Tribunal des eaux de Valence ou Tribunal des eaux de la plaine de Valence est un tribunal coutumier, à savoir que c'est la tradition et la coutume qui en fixent les règles et l'autorité. Il est chargé de résoudre les conflits d'irrigation dans la plaine de Valence (en catalan : Vega ou Horta de València) en Espagne. Le Tribunal des eaux de la plaine de Valence a été inscrit en octobre 2009 par l'UNESCO, conjointement avec le Conseil des bons hommes de la plaine de Murcie, au patrimoine culturel immatériel de l'humanité sous le titre « Les tribunaux d'irrigants du bassin méditerranéen espagnol : le Conseil des bons hommes de la plaine de Murcie et le Tribunal des eaux de la plaine de Valence ». Chaque jeudi (sauf jours fériés), le Tribunal se réunit avec ses assesseurs dans la Casa Vestuario sur la Place de la Vierge à Valence pour discuter de différents sujets. C'est à midi pile, pendant que sonnent les cloches de la tour Micalet, que le Tribunal se réunit formellement devant la Porte des Apôtres de la Cathédrale de Valence, sur la même place. L'huissier, avec l'autorisation du président, appelle alors les accusés de chacun des canaux, avec la phrase traditionnelle « Denunciats de la sèquia de...! (requérants du canal de...) ». Le jugement se déroule rapidement, oralement et entièrement en valencien. Le plaignant, qui est généralement le gardien du canal auquel appartient le contrevenant, expose le cas devant le Tribunal, et ensuite l'accusé se défend lui-même et répond aux questions du représentant du canal auquel il appartient. C'est ensuite que le Tribunal, à l'exception du représentant du canal en question, qui décide de la culpabilité ou non de l'accusé. Dans l'affirmative, le représentant du canal fixe le montant de l'amende à payer, en accord avec les règlements de sa propre Communauté d'Irrigants. Aujourd'hui encore, l'amende se compte en « gages », comme à l'époque médiévale, un gage correspondant au salaire journalier du gardien du canal. La juridiction du Tribunal des Eaux de Valence s'applique : aux membres du Tribunal, aux Communautés d'Irrigants, aux attenants, aux personnes juridiques (par exemple les Chambres d'agriculture), aux fermiers/métayers, aux membres des communes, aux concessionnaires d'eau, aux irrigants, aux plaignants eux-mêmes et à des tierces personnes. Les plaignants peuvent être les représentants, les élus qui appartiennent au conseil de chaque Communauté, le gardien (qui devient alors procureur) et des tierces personnes.

• Les lieux du droit dans la globalisation

Le droit, longtemps lié à la souveraineté nationale, déborde désormais les frontières. Il s'infiltré d'une sphère nationale à une autre. Et il arrive que certaines lois nationales se voient privées de leurs effets sur leur propre territoire (du fait par exemple, d'une *Class action*²² introduite aux États-Unis ou dans l'Union européenne). Le droit international qui s'est développé à partir du XVI^e siècle en se fondant sur les notions d'États territoriaux et de frontières tend ainsi à se déterritorialiser. Les distinctions entre les ordres juridiques nationaux, aussi bien qu'entre les ordres juridiques

22 La *class action* est une action judiciaire entreprise par un grand nombre de personnes qui ont toutes subi le même préjudice. Elle intéresse une catégorie, un groupe de personnes désignées en anglais par le terme "class", les personnes en question devant toutes répondre aux mêmes caractéristiques ; par exemple consommer tel produit ou service, être actionnaire de telle société, etc. La première *class action* a été entreprise aux États-Unis lors de l'explosion d'un cargo, en 1950.

nationaux et le droit international classique se brouillent. Dans ce contexte, la question du droit applicable et du juge compétent est primordiale.

Hétérogène, protéiforme et en mouvement, le droit reste aujourd'hui difficile, voire impossible à cartographier. Cependant, une carte du droit global mettrait en lumière une forte influence anglo-américaine. Celle-ci s'explique en partie par des politiques très déterminées de promotion des systèmes et services juridiques des États-Unis et du Royaume-Uni, adossées à des associations professionnelles redoutablement efficaces comme l'*American Bar Association* ou la *Law Society* anglaise, mais ces efforts de lobbying n'expliquent pas tout. Une des raisons du succès de la *Common Law*²³ qui fonde le droit britannique est en effet sa capacité à mêler intérêts et valeurs. La *Common Law* offre par nature un terrain de négociation et de compromis entre des intérêts, des systèmes, des cultures différentes là où d'autres systèmes juridiques, comme les différentes familles du droit civil, du droit islamique ou du droit coutumier, proposent au monde la construction d'une paix juridique inclusive, une forme d'organisation des rapports sociaux, et se projettent comme un modèle universel²⁴. Sans formuler une telle ambition, la *Common Law* s'en remet plus simplement « aux forces et passions du marché ». Et l'imaginaire contemporain d'une mondialisation marchande lui offre une terre naturelle où prospérer.

Deux exemples d' « extraterritorialité » ou d'influence par le droit : Les États-Unis et la Chine

L'extraterritorialité se définit comme le fait, pour un État, de faire produire à des actes juridiques des effets hors de son territoire, mais derrière cette définition se cachent des réalités diverses.

Les États-Unis

Si les États-Unis ne sont pas les seuls à user de « l'extraterritorialité » comme arme dans les bras de fer économiques et géopolitiques, ils en restent les plus grands utilisateurs. Les sanctions américaines envers l'Iran et tous ceux qui commercent avec elle, ont remis sur le devant de la scène la question de l'extraterritorialité. Nécessité de notre temps pour les uns, outil arbitraire pour les autres, ces mesures relèvent bien d'un symptôme de la mondialisation, et signent un certain échec du multilatéralisme revendiqué depuis la fin de la seconde Guerre mondiale.

Exemple du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) des États-Unis, la loi fédérale américaine qui vise à lutter contre la corruption d'agents publics à l'étranger. Cette loi concerne l'ensemble des actes de corruption commis par des entreprises ou des personnes, américaines ou non, qui sont soit implantées aux États-Unis, soit simplement cotées en bourse sur le territoire américain ou qui participent d'une manière ou d'une autre à un marché financier régulé aux États-Unis. Ces dernières années, plus de 20 milliards de dollars d'amende ont été infligés par la justice américaine à des entreprises européennes.

L'application extraterritoriale de cette loi représente aujourd'hui pour les entreprises du monde entier un risque tel, en termes de sanctions financières mais aussi de réputation, qu'elles se réorganisent en profondeur pour répondre aux exigences des autorités américaines. Pour ce faire, elles se dotent de départements de la conformité (compliance) qui doivent permettre de réformer les pratiques de l'entreprise et de ses filiales à travers le monde – pour prévenir les risques de corruption, mais aussi et peut-être surtout pour pouvoir bénéficier de la clémence du ministère de la Justice américain si d'aventure elles se retrouvaient malgré tout accusées de manquements à la règle.

23 La *Common Law* est un système juridique dont les règles sont principalement édictées par les tribunaux au fur et à mesure des décisions individuelles. La jurisprudence est ainsi la principale source du droit et la règle du précédent oblige les juges à suivre les décisions prises antérieurement par les tribunaux.

24 Anne-Lorraine Bujon, « Le droit, angle mort de la diplomatie économique ? », Note pour le MAE.

Les juges américains reconnaissent une portée extraterritoriale aux lois américaines dans le domaine économique mais plus tellement dans le domaine des droits de l'homme (l'Affaire Kiobel nous a montré que les États-Unis veulent bien être les gendarmes du monde quand une entreprise étrangère fait commerce avec l'Iran, mais pas lorsqu'une entreprise étrangère – Shell – collabore avec un État – le Nigeria – pour torturer et exécuter des militants du peuple Ogoni dénonçant la pollution causée par l'entreprise).

L'affaire Alstom constitue aussi un exemple emblématique de cette stratégie américaine.

Le 22 décembre 2014, l'entreprise française est condamnée par la justice américaine à payer une amende record de 772 millions de dollars, pour des faits de corruption. Dans la foulée, Alstom est rachetée par l'américain General Electric, au nez et à la barbe de l'État français...

La Chine

Les nouvelles routes de la soie, ensemble de liaisons maritimes et ferroviaires entre la Chine et l'Europe, sont aussi un instrument de promotion de nouvelles normes pour la Chine dans les secteurs concernés par ces routes : le transport aérien et maritime, les télécommunications, notamment la téléphonie mobile et les câbles sous-marins, mais aussi la culture.

Plus précisément, la Chine espère effectuer cette promotion par sept biais :

- la mise en réseau de ports, de voies ferroviaires, etc., ce qui suppose une mise à niveau des standards.*
- l'essor de forums diplomatiques multilatéraux organisés par la Chine, qui était en retard dans ce domaine, réunissant de plus en plus de représentants d'ONG, de think tanks, d'entreprises et de petits pays.*
- a création de classements, de nouveaux outils de mesure et de rapports ayant vocation à faire référence, les outils existants étant perçus comme trop occidentaux ; on y trouve les classements des universités, mais aussi pas moins de cinq classements chinois de think tanks.*
- la création de bases de données de référence, par exemple sur les investissements ou les résultats économiques.*
- la création de centres de recherche multilatéraux visant à la création de standards internationaux.*
- la fourniture d'assistance technique, par exemple avec la formation de fonctionnaires pour des pays étrangers en développement, dans le cadre d'un positionnement en tant que solution provider – on observe chez les dirigeants l'usage du terme « solution chinoise » plutôt que celui de « modèle chinois ».*
- un investissement massif dans une diplomatie dynamique, avec l'élaboration de propositions alternatives.*

À travers ces deux exemples, nous voyons à l'œuvre le chambardement du droit à l'initiative notamment des États les plus puissants de la planète qui sont en mesure d'imposer leurs lois, normes et procédures aux sociétés moins organisées et vassalisées. Pour autant, on ne peut nier la différence, dans le cas d'espèce, entre l'attitude chinoise qui relève encore – pour l'instant – du soft power (qui se durcit) et l'attitude américaine qui, sous couvert d'universalisation du droit, projette son droit en dehors de son territoire, et assume ainsi une certaine forme d'impérialisme. Autre différence, l'action des États-Unis qui disposent de lois importantes contre la corruption, est sous-tendue par une certaine idée de valeurs universelles, alors que la Chine n'a pas de mission civilisatrice.

Outre le droit du plus fort, dans le cadre d'une évolution que le juriste Alain Supiot qualifie de « darwinisme normatif », les législations nationales se livrent à une concurrence, dans une irrésistible course vers le moindre État, pour satisfaire les exigences de rendement financier des investisseurs privés. Ces derniers se livrent notamment au **law shopping** ou au **forum shopping**, c'est-à-dire le fait de choisir, en fonction du droit applicable, les lieux les plus avantageux où investir, s'enregistrer ou faire valoir leur droit à un procès. N'est-ce pas l'apanage des marchands, *a fortiori* dans le commerce international, de désigner tel ou tel tribunal compétent, dans telle ou

telle ville, en application de tel ou tel droit, plutôt que de s'en remettre à un pays ou à un système de droit tout entier ?

Le droit connaît ainsi une révolution profonde en passant d'un ordre juridique classique à un fonctionnement hybride/systemique/global. On vient de le voir, cela se manifeste par une migration du centre de gravité du système juridique de la loi aux normes, de l'État vers une multiplicité d'acteurs, mais aussi par une valorisation de la coopération et de la transaction et une privatisation du droit. Cette évolution, comme nous allons le voir, multiplie les situations asymétriques, rompt avec l'*isonomie* – l'égalité devant la justice –, et répand un sentiment croissant d'injustice dans les populations, conduisant à un divorce entre la pratique du droit et le sentiment de justice.

I.2. Privatisation et perversion du droit : le droit fait-il l'économie de la justice ?

Le Droit est un instrument politique. Il a accompagné la mondialisation de l'économie et a été un facteur clé du développement de l'économie libérale (notamment en garantissant le droit de la concurrence), et du néolibéralisme²⁵.

« Le néolibéralisme congédie tout horizon externe, toute raison de surplomb, toute vision d'ensemble (considérés comme idéologiques) et dissocie des éléments que les systèmes de pensée précédents considéraient comme liés : les moyens sont séparés de la fin, l'efficacité coupée de la finalité, la modernité désolidarisée de la démocratie, le droit considéré sans justice, l'individu libéré d'un territoire et enfin la circulation des biens réglée indépendamment du statut des personnes ». Tout le néolibéralisme se situe dans cette séparation, nous dit Antoine Garapon. Et le droit qui s'est développé dans son sillage est à son image.



L'évolution du droit mondial du commerce a ainsi été beaucoup plus rapide que celle des droits sociaux. Alors que l'OIT, créée en 1919, ne dispose d'aucun mécanisme contraignant, l'OMC, créée seulement en 1994, bénéficie elle d'un mécanisme quasi juridictionnel de responsabilité des États. Cette situation de dyschronie contribue à l'effet paradoxal d'une mondialisation qui facilite la croissance économique mais ne résout ni le problème des inégalités et de la grande pauvreté, ni celui des migrations qu'elle aggrave tout comme les atteintes à l'environnement. Justice à deux vitesses que dénonce également Anne-Marie Voisard²⁶ en analysant la notion « d'accès à la justice » qui selon elle sert d'alibi au mouvement de « modernisation » et de privatisation du droit.

Avant d'analyser comment le modèle néolibéral aborde le droit et le procès, revenons quelques instants sur l'acteur clé du néolibéralisme : l'entreprise multinationale, et analysons son rôle dans le développement du droit ou l'usage du droit.

- **Les multinationales et le droit**

« Il ne s'agit pas pour des firmes comme TOTAL de régner sur un mode souverain à coups de décrets et d'édits, tel un État mais de transformer le rapport des États à la conjoncture, de façon à ce que le législateur cherche le plus possible à rendre conforme la loi aux rapports de force instaurés par les multinationales, dont la réalité acquerra le statut d'axiome. La loi qui domine ne sera plus celle des États mais celle du marché au sens d'un champ transcendant le secteur public. Et il s'agira pour les grandes entreprises, de la cultiver dans son flou de façon à ce qu'elle ouvre le maximum de boulevards aux acteurs privés les plus puissants²⁷. »

La forme la plus extrême d'influence des acteurs économiques privés s'exprime dans leur capacité à inscrire dans le droit international public et le droit global les règles destinées à servir leurs

²⁵ Antoine Garapon, *La raison du moindre État*, Odile Jacob, 2010.

²⁶ *Le Droit du plus fort*, Écosociété, 2018.

²⁷ Alain Denault, *De quoi Total est-elle la somme ?*, Rue de l'Échiquier, 2017.

intérêts particuliers. Pour le sociologue Ulrich Beck²⁸, les firmes mettent en place un « droit privé ». Cela vaut pour les normes techniques comme pour le droit du travail ou celui des contrats, les procédures d'arbitrage, etc. Il se construit une sorte de souveraineté juridique du capital, qui lui donne une certaine indépendance à l'égard de la légitimation étatique.

La politiste Susan Sell a ainsi montré comment une douzaine de dirigeants de multinationales américaines opérant dans les secteurs de la pharmacie, de l'informatique et du divertissement ont écrit les accords internationaux TRIPS sur la propriété intellectuelle, instaurant une protection exclusive de leurs brevets sur une durée de vingt ans.

Plusieurs chercheurs²⁹ ont aussi étudié de près la capacité des entreprises à influencer la loi européenne. Si la volonté d'influence directe de certaines grandes multinationales perdure, les fédérations européennes d'entreprises jouent aujourd'hui un rôle clé. L'essentiel du travail d'emprise passe par les contacts avec les Directions générales de la Commission qui disposent, rappelons-le, du droit d'initiative en matière de directives européennes. Les enquêtes montrent que l'essentiel se joue au niveau des premières moutures des directives. Le combat pour influencer les comités du Parlement et le vote en plénière est bien là, mais il ne représente que la partie émergée de l'iceberg. L'influence en amont, puis, de nouveau, en aval du travail parlementaire, lorsque les États, la Commission et le Parlement doivent trouver un compromis, apparaît plus cruciale. Ce travail d'influence ne vise pas tant à réduire la place des régulations publiques qu'à obtenir des subventions et des marchés et à orienter les normes publiques pour qu'elles soutiennent des positions économiques dominantes.

Lorsque les multinationales sont confrontées à des lois qui leur sont défavorables, elles disposent par ailleurs bien souvent de la possibilité de les remettre en cause grâce à des procédures d'arbitrages *ad hoc* qui se sont développées dans le cadre de la prolifération des contrats bilatéraux de commerce et d'investissement. L'explosion de l'arbitrage privé permet en effet aujourd'hui aux entreprises, de choisir leurs arbitres, leurs juges, les règles applicables, soit de négocier les modalités mêmes dans lesquelles ils entendent négocier. Les mécanismes privés de règlement des différends entre investisseurs et États, inclus dans des accords de commerce et d'investissement, permettent ainsi à des multinationales étrangères de saisir des tribunaux d'arbitrage privés contre des États qui auraient, par exemple, l'outrecuidance de prétendre à quelque intérêt national, ou qui, en exerçant leur prérogative de législateur, feraient en sorte de réduire les perspectives de profits de la compagnie. Renaud Beauchard, dans *L'Assujettissement des nations*, publié aux ECLM, décrit combien l'arbitrage est devenu un outil au service des entreprises : intimidation des États, pression pour faire cesser des poursuites pénales, justice d'exception devenant une assurance tous risques pour les investisseurs. Il décrypte deux évolutions clés du processus : la privatisation, au sens d'espace réservé à un entre-soi de quelques spécialistes aux compétences développées et rémunératrices ; la financiarisation, par le recours aux tiers payeurs financeurs, qui s'occupent de tout en échange d'une part des indemnisations, un véritable pousse-au-crime.

28 Cité par Christian de Chavagneux.

29 Comme le sociologue Sylvain Laurens ou au sein de Corporate Europe Observatory.

On entre dans un « casino arbitral » où les firmes paient de l'ordre de 4 millions de dollars pour tenter un arbitrage qui peut leur rapporter des centaines de millions, voire des milliards³⁰. Et on trouve des « juges » en plein conflits d'intérêts, avocats un jour, arbitres le lendemain.

Comment la menace d'arbitrage a permis aux lobbys de détricoter la loi Hulot

Extrait de l'article de blog de Maxime Vaudano – Le Monde, 4 septembre 2018.

Des documents obtenus par l'ONG Les Amis de la Terre un an après la discussion parlementaire nous éclairent sur la stratégie utilisée par les lobbys pour faire valoir leurs arguments. On y apprend notamment que la compagnie pétrolière canadienne Vermilion a brandi la menace d'une procédure en arbitrage international (ISDS) pour décourager le gouvernement de poursuivre son dessein initial. Avant que le Conseil d'État ne rende son avis sur l'avant-projet de loi Hulot, Vermilion lui a adressé une contribution dans laquelle il indique que le projet, en l'état, portait une atteinte disproportionnée à son droit de propriété et à sa liberté d'entreprendre. Mais la note détaille surtout la jurisprudence du Traité sur la charte de l'énergie de 1994, un accord multilatéral peu connu dont la France est signataire, et qui est souvent invoqué par les entreprises pour déclencher des arbitrages internationaux (c'est sur ce traité que Vattenfall s'est appuyé pour réclamer des indemnités après la sortie du nucléaire en Allemagne). Les avocats de Vermilion estiment que ce traité empêche la France d'« agir à l'encontre des attentes légitimes d'un investisseur concernant les conditions clés de son investissement et la stabilité de l'environnement juridique et commercial ». Une manière d'agiter la menace d'une procédure d'arbitrage si le gouvernement persistait à vouloir aller à l'encontre de ses « attentes légitimes » – c'est-à-dire de voir ses concessions et permis renouvelés régulièrement, comme c'était le cas jusqu'alors, en vertu du code minier. Le message semble avoir été reçu cinq sur cinq par le Conseil d'État qui a demandé à Nicolas Hulot de revoir sa copie, en autorisant les renouvellements de concessions et de permis miniers jusqu'en 2040.

Les acteurs du secteur financier ont par ailleurs fait du droit, à partir des années 1980, un des éléments essentiels de la guerre économique³¹, en mobilisant de manière intensive et agressive les ressources les plus sophistiquées de l'arsenal juridique et judiciaire dans le cadre de tactiques de harcèlement, de « guérilla judiciaire », voire de « guerre totale » – la law fare³². Dès lors, il ne s'agissait plus pour les entreprises de s'en remettre au tribunal seulement en dernier recours, mais de prendre en compte dès le départ le terrain juridique dans l'élaboration de leur stratégie. L'utilisation tactique et massive du droit et des tribunaux dans les opérations de fusions et acquisitions, ainsi que dans les conflits d'affaires, a joué un rôle incontournable dans la restructuration du marché des services juridiques et dans l'essor de toute une nouvelle génération de juristes parfaitement informés des exigences de l'économie financière. Si la construction progressive de l'État moderne a été, comme n'a eu de cesse de le souligner Max Weber, « partout l'œuvre de juristes éclairés », l'on doit à des « juristes du marché » d'avoir été les maîtres d'œuvre de la financiarisation accélérée de l'économie par l'élaboration de règles et de dispositifs transnationaux de régulation qui se sont substitués ou imposés peu à peu aux normes nationales.

30 Nuançons : Sur les quelque cinq cents cas d'arbitrage connus – l'opacité est de mise en ce domaine, seul un tiers ont été rendus en faveur des États, un quart en faveur des firmes et un quart ont fait l'objet d'un arrangement dont les conditions ne sont pas connues.

31 Analyse du sociologue Yves Dezalay.

32 La law fare : Inventé par le général de l'armée de l'air américaine Charles Dunlap en 2001, ce terme de langue anglaise est forgé à partir de la contraction des mots « law », droit, et « warfare », art de faire la guerre. Commentant les réactions inquiètes du commandement américain lors de l'intervention de l'Otan dans la guerre des Balkans de 1999, ce dernier parle « d'utilisation du droit comme une arme de guerre » et de la « stratégie d'utiliser – ou de mal utiliser – le droit comme un substitut à des moyens militaires traditionnels pour réaliser un objectif opérationnel ».

Et les États dans tout ça ?

Dans ce cadre, la vision voulant que l'État soit dépassé par la mondialisation économique et qu'il peine à se comporter en instance de régulation sociale souffre de quelques angles morts. Car l'on doit aux États d'avoir eux-mêmes organisé la réduction de leur capacité de régulation, par l'adoption de politiques de déréglementation visant à attirer l'investissement étranger. Dans une large mesure, les États ont organisé et entériné leur impuissance, en fournissant le cadre « qui donne à d'autres la possibilité de dire le droit ».³³

- **Du procès à la transaction, le droit comme ingénieur de relations efficaces**

Prenons le cas des *deals de justice*³⁴ américains. Qu'il s'agisse de corruption, de blanchiment, d'évasion fiscale, de contournement des sanctions internationales, etc, les autorités de régulation américaines traquent ces pratiques chez les entreprises transnationales. Si elles sont avérées, elles peuvent entraîner des sanctions considérables : procès à rallonge, mises en causes personnelles, pénalités astronomiques, et préjudice porté à la réputation de l'entreprise. Devant ces menaces et la perspective de se voir interdire l'accès au marché américain, les entreprises préfèrent coopérer en mettant en œuvre une nouvelle logique. L'entreprise suspectée doit renoncer à se défendre judiciairement, pratiquer elle-même des enquêtes internes poussées, s'acquitter d'amendes colossales et mettre en place des processus de *compliance* lourds et coûteux. En bref : acheter la paix avec les autorités américaines. Cette nouvelle pratique nous éloigne du système classique dans lequel le législateur vote la loi, le juge l'interprète, ordonne son application et le justiciable s'y conforme. Elle pointe vers un système totalement nouveau. Le droit n'est plus destiné à être appliqué mais devient un levier pour forcer la coopération. Dans ce système (qui repose sur une culture de la dénonciation et de l'aveu), les avocats doivent composer à la fois avec les autorités américaines et leurs clients, les entreprises deviennent leur propre policier et leur propre juge et le système judiciaire semble pour ainsi dire mis sur la touche.

Et dans ce cadre, la sanction répond le plus souvent à une logique partenaire/paria. La sanction réelle qui motive les transactions que les entreprises étrangères signent avec les agences américaines de régulation est la mise à l'écart du marché américain. À l'intérieur d'un système, toute revendication de droits est interprétée comme un défi sécessionniste. La dimension symbolique qui fondait l'autorité du droit passe à la trappe puisque le droit est réduit à sa performance sociale et économique. Est juste ce qui est efficace, plus exactement ce dont l'efficacité peut être mesurée. Alors que le droit classique se légitimait en amont par l'émetteur de droit, l'autorité de la nouvelle légalité s'établit par l'aval. Ce sont là des modes de résolution des conflits qui paradoxalement nient le conflit ou cherchent à tout le moins à le dissimuler. Car ils ne vont jamais jusqu'au procès et les éléments de la transaction restent secrets. Le développement des transactions comme celui de l'arbitrage international manifeste d'un certain côté (quand on le regarde de l'intérieur) une tendance à dépolitiser et à fonctionnaliser la justice. Mais il s'agit là d'un paradoxe, car c'est justement de la part des États (ex. des États Unis) et des multinationales un usage hautement politique des systèmes, l'efficacité consistant à servir les intérêts de l'empire.

33 On parle d'ailleurs de Corporate state, les États ne sont-ils pas complices de l'hyperconcentration du capital ? Une sorte de grand accaparement. Le même phénomène a totalement joué aux XVII^e et XVIII^e siècles dans l'accaparement des terres en France et en Grande-Bretagne, avec l'usage abusif du droit.

34 Voir exemple du FCPA page 16.

La transaction plutôt que le procès, la négociation couronnée par un accord à l'amiable connaissent aujourd'hui une poussée extraordinaire qui se constate ailleurs également, aussi bien en matière familiale (divorce par consentement mutuel, développement de la médiation), en droit du travail (la rupture conventionnelle et la récente réforme du droit du travail), dans le domaine pénal (la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), ou, comme on vient de le voir avec l'arbitrage, dans les pratiques du commerce mondialisé. L'équilibre n'est plus recherché au niveau de la société (à l'image du droit du travail qui tentait de redresser la relation asymétrique entre l'employé et l'employeur) mais de manière interne dans la transaction (terme qui a été repris par le vocabulaire numérique). Dans tous ces secteurs, en apparence très hétérogènes, se vérifie un même souci « *d'efficacité* » ainsi qu'une nouvelle place pour le droit qui se conçoit désormais non plus comme l'architecte d'un groupe social mais comme l'ingénieur de relations efficaces.

- **Du respect de la loi à la défense d'intérêts**

La globalisation économique et plus particulièrement le modèle néolibéral aborde par ailleurs le droit non plus par sa nature spécifique de règle exprimant la volonté générale (ou du moins comme une tentative de), mais de l'extérieur, en adoptant le point de vue du consommateur. Le droit est assimilé et réduit à la défense d'intérêts. La loi perd tout caractère normatif pour être rangée au statut de simple information qui doit être prise en compte par le choix du sujet. Elle est ramenée à un paramètre de la décision, à un prix, à un coût de transaction. Foucault insiste sur la rupture qui ne définit plus le crime comme un comportement réprimé par la loi mais comme « toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné³⁵ ». La pensée néolibérale inverse ainsi le rapport entre l'individu et le droit : elle considère que les droits représentent pour l'individu un capital, que ce dernier devra savoir invoquer, utiliser, éventuellement échanger voire brader (comme le *plea bargaining* où il renonce à ses droits à un procès équitable contre une minoration de la peine) pour « maximiser ses avantages et minimiser ses risques ». Une pression s'exerce sur les individus pour qu'ils renoncent à leurs droits : on le voit dans les « deals de justice » mais aussi dans la *justice collaborative*³⁶. Le système est construit de telle sorte que l'intéressé lui-même fera prévaloir ses intérêts sur ses droits. Ses intérêts le poussent à des calculs et donc à des choix « rationnels » – plus prévisibles également pour le pouvoir. Le système ne connaît plus de citoyens mais des « hommes de système³⁷ ». La contrainte ne vient plus directement de l'ordre émis par la loi mais elle s'appuie indirectement sur l'évidence d'une maximisation de ses intérêts mais aussi de son confort.

*« Il y a même **une contestation de l'idée même de droit** ; non pas au nom d'une philosophie de l'histoire ou d'une loi de la nature comme les totalitarismes du ^{xx}e siècle, mais en prétendant instaurer une manière non politique d'organiser la coexistence humaine. Le chiffre est opposé à la parole, la statistique à la dialectique, le code à l'alphabet, l'ordre graphique au monde physique, les avocats sont aux prises avec des mathématiciens, les juristes avec des économistes, les fonctionnaires nationaux avec des fonctionnaires du FMI ou de la Banque mondiale. Le droit n'est plus un cadre à*

35 Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, cité par Antoine Garapon.

36 Toutes les procédures amiables.

37 dont on trouve une version très précoce, comme le fait remarquer Denis Baranger, professeur de droit public, chez Adam Smith, le père fondateur de l'économie.

interpréter pour agir mais une information parmi d'autres que l'acteur rationnel doit prendre en compte. »

A. Garapon

François Ost explique que « pour la première fois, nous envisageons le scénario d'une société post juridique – une société sans droit ; une société dont le droit se serait dissous dans un océan de normativité indistincte, déterritorialisée et managériale³⁸. »

Les poursuites bâillons : un exemple de perversion du droit

*« Dans un contexte de judiciarisation croissante du politique, l'on a vu ces dernières années poindre de nouvelles modalités de répression de la parole, lesquelles présentent l'avantage de revêtir les traits de la violence légitime et d'agir sous le couvert de la légalité. Elles se déploient sous la forme d'un vaste arsenal de dispositions législatives et d'outils juridiques plus ou moins opaques dont peuvent se prévaloir les détenteurs de capitaux avec l'assurance confortable d'être dans leurs droits. »**



Les poursuites bâillons (en anglais SLAPP) apparaissent comme symptomatiques de cette censure légalisée au nom le plus souvent du droit à la réputation. Elles consistent en des actions en justice, intentées le plus souvent en diffamation, visant à neutraliser, à censurer des personnes ou des groupes ayant pris part au débat public dans le cadre de controverses ou ayant critiqué des entreprises.

« Les poursuites bâillons révèlent l'existence de dispositifs légaux destinés à protéger le droit de faire taire les critiques de ceux qui peuvent en payer le prix. »

* Anne-Marie Voisard, *Le droit du plus fort*, Ecosociété, 2018.

NB : Ces exemples tendent à démontrer que l'instrumentalisation du droit porte atteinte à l'État de droit. On le note en particulier en France depuis les attentats de 2015, mais cela s'est aussi produit aux États-Unis depuis 2001, avec cette remise en cause de l'État de droit, notamment au prétexte de le protéger contre la menace d'un terrorisme global. En peu de temps en effet, des principes essentiels de l'État de droit ont perdu leur légitimité et on assiste à une fermeture de l'espace public. On voit par exemple se décomposer une justice « pénale » qui devient « prédictive ». Elle ne punit plus une faute mais fonde sur une dangerosité, postulée par un simple avis, des mesures coercitives qui ne respectent ni la légalité des délits et des peines, ni la présomption d'innocence, ni la séparation des pouvoirs quand elles sont ordonnées par l'administration.

Nous avons vu combien le contexte de globalisation a modifié le rapport au droit, combien les acteurs puissants de cette mondialisation ont utilisé, usé et/ou créé le droit, et les dérives qui peuvent en découler. Mais il ne s'agit pas, comme le dit Polanyi, de réduire le droit à la sphère économique et marchande (telle que cette sphère tente de le faire), et la vision serait partielle si nous ne mettions pas en lumière les contagions positives du droit, notamment lorsqu'il s'agit de faire face à de nouveaux enjeux de société.

38 François Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.

1.3. Le droit comme réaffirmation des principes de justice

Le droit évolue avec la société et les enjeux qui se posent à lui. Il s'est construit sur un monde physique. Aujourd'hui, il doit s'adapter à un monde de plus en plus virtuel, à un univers de flux (le financier, le numérique). La mondialisation, la révolution numérique, les migrations, les questions climatiques, etc. remettent le droit en question. C'est pourquoi il faut faire appel, comme le dit Mireille Delmas-Marty³⁹, aux *forces imaginantes* du droit, pour l'adapter aux dynamiques sociales actuelles et à l'urgence de transformations nécessaires⁴⁰. Et ce d'autant plus dans un contexte de privatisation et de perversion du droit, de crise de la démocratie, de crise écologique, sociale et économique. Mireille Delmas-Marty fait le pari « *que le droit peut contribuer à protéger le souffle qui nous maintiendrait en vie sans réduire la vie à la survie de l'espèce humaine* ». Pari incertain car « *il peut sembler dérisoire de prétendre imposer des règles éthiques et juridiques aux algorithmes des savants et des robots* ». À moins dit-elle de lancer « *un appel à la raison humaine et à la raison juridique et aux forces imaginantes du droit*⁴¹ ».

Ces forces imaginantes étaient à l'œuvre quand ont été adoptés des principes tels que la responsabilité commune mais différenciée, le principe de précaution, de responsabilité, de prévention, d'accès à l'information (cf. convention d'Aarhus) et de réparation. Le concept de Justice évolue en fonction de ses nouveaux principes et se comprend désormais en considération de la protection juridique des générations futures : justice environnementale, justice climatique, protections des biens communs sont autant de nouvelles facettes du concept de justice, spécifiques à notre temps. Mireille Delmas-Marty invite par ailleurs à penser d'autres principes régulateurs qui permettent de dépasser les contradictions au niveau global : le principe d'égalité de tous les êtres humains pour dépasser la contradiction Sécurité contre libertés, celui de solidarité, pour dépasser la contradiction entre compétition contre coopération...

La globalisation ou encore l'influence grandissante des règles communautaires induisent, par exemple, de repenser le droit au-delà des frontières étatiques. Les mouvements migratoires de la fin du xx^e siècle et de ce début de xxi^e siècle sont en effet entrés dans ce qu'on pourrait appeler le « deuxième âge des migrations et des circulations » : sans cadre juridique idoine, au contraire de celles du « premier âge » du début du xx^e siècle pourvues d'un cadre juridique et institutionnel désormais inadapté aux nouvelles configurations⁴². Les motifs de migration et de circulation recouvrent des situations orphelines de tout cadre juridique adéquat. Les situations de migration s'inscrivent désormais le plus souvent dans le registre de la « migration forcée », forme de migration imposée par les conflits armés, les crises alimentaires, le chômage de masse, le réchauffement climatique. Une personne fuyant les conséquences du réchauffement climatique ou de la misère ne saurait invoquer valablement la protection qu'elle organise car les notions de « réfugié climatique » ou de « réfugié environnemental » et encore plus de « réfugié économique » n'existent pas pour la Convention de Genève. Il en va de même de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) qui consacre la liberté de circulation en tant que droit objectif dont la pleine réalisation dépend des États qui autorisent ou non sa mise en œuvre quasi-exclusivement par l'arme du visa d'entrée. Une personne doit non seulement pouvoir quitter librement son pays

39 *Aux quatre vents du Monde*, Seuil, 2016.

40 Dans *L'Esprit des lois*, Montesquieu indique que les lois sont comprises comme « les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ».

41 Mireille Delmas-Marty, *op. cit.*

42 Hocine Zeghib Maître de conférences HDR de droit public honoraire, Université Paul Valéry – Montpellier III.

– ce que la DUDH garantit –, mais doit aussi pouvoir entrer dans un autre pays que le sien, soit pour y demander asile soit pour le traverser à la recherche d’un autre pays de refuge. Or, le droit d’entrer dans un autre pays que le sien n’existe pas, encore moins le droit de s’y installer. C’est là que réside le principal obstacle à l’universalisation véritable du droit à la mobilité. Reconnaître un droit à la mobilité – droit subjectif rattaché à la personne non à l’État – suppose un changement de paradigme qui heurte de front la souveraineté, la sécurité nationale, et donc le contrôle des frontières.

Faire coïncider fait et droit, coller aux nouvelles réalités est un enjeu majeur. Le droit a souvent su affronter les nouveaux enjeux en rénovant les concepts, instruments, notions qui le structurent, et en inventant des nouveaux outils.

- **L’exemple des droits humains**

L’idée des droits de l’homme ou droits humains⁴³ n’est pas nouvelle mais, d’une part, elle s’accompagne depuis le xx^e siècle de dispositifs institutionnels visant à la rendre plus tangible, et de l’autre, elle s’est ouvert de nouveaux horizons de conquête : les droits de l’homme dits de « deuxième » et de « troisième générations » (droits économiques, sociaux et culturels, droits environnementaux, etc.).

« La force propre du droit, écrivait Pierre Bourdieu, est d’instituer, c’est-à-dire de faire exister ou encore de donner vie, à ce qu’il nomme. Ainsi en est-il des droits de l’homme qui nomment le citoyen, et en le nommant le constitue – au sens premier du terme – citoyen sujet de droit. Le citoyen, en effet, n’est ni une donnée immédiate de la conscience ni une donnée naturelle. Il n’est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le citoyen est une création artificielle, très précisément, il est créé par les textes qui posent les droits qui le constituent⁴⁴. »

La distinction démocratique tient précisément dans cette interrogation continue sur les droits humains. Les régimes totalitaires comme les régimes démocratiques « fonctionnent » sans doute au droit. Mais, alors que les premiers refusent, par principe, toute discussion sur le droit dont ils s’affirment seuls détenteurs légitimes, les seconds acceptent, par principe, la légitimité du débat sur les droits. La spécificité de la démocratie est de laisser la question des droits toujours ouverte puisque sa logique est de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée. Et, au centre de cette discussion, demeure constamment l’interrogation sur les revendications qui peuvent être qualifiées ou non de droits de l’homme.

Avant 1945 et la Charte des Nations unies, les droits de l’Homme n’existaient tout simplement pas en droit international. L’individu n’était qu’un « objet » du droit international et les États n’avaient pas, sauf dans quelques cas particuliers, à se justifier du traitement qu’ils réservaient à leurs nationaux : leur souveraineté équivalait à un droit de vie et de mort sur leurs citoyens.

Depuis, s’est développé sur le socle de la Déclaration un système complet et cohérent de normes, largement acceptées par les États, ce que l’on appelle souvent le « droit international des droits de l’Homme » : neuf conventions fondamentales à l’ONU, dont les deux « pactes » sur les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels, et sept autres traités qui déclinent les

43 Nous choisissons ici d’utiliser l’appellation contemporaine de « droits humains », qui pourra vous sembler parfois anachronique.

44 Dominique Rousseau, Directeur de l’Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne.

obligations des États s'agissant de certaines violations (torture, disparitions forcées, discriminations raciales et à l'égard des femmes...) ou pour certaines catégories de personnes (enfants, handicapés, travailleurs migrants) ; des conventions régionales comme la Convention européenne des droits de l'Homme ; et une multitude d'autres textes, conventionnels ou non.

Or, on assiste actuellement à une résurgence des courants d'idées hostiles aux droits de l'Homme et, plus largement, à ce qui les fonde, à savoir les principes issus de la philosophie des Lumières. Les droits de l'Homme sont accusés par les uns d'être complices du néolibéralisme économique, ou encore d'être le masque de l'impérialisme de certaines grandes puissances. Pour d'autres, les droits de l'Homme seraient « contre le peuple », parce qu'ils défendraient uniquement les minorités contre la majorité ou donneraient le pouvoir à des « experts » dépourvus de toute légitimité démocratique. D'autres cercles encore reprochent aux droits de l'Homme de déformer la « nature » supposée de l'être humain, en portant atteinte à certaines structures anthropologiques telles que la famille.

Par ailleurs, si le droit international des droits de l'Homme est particulièrement concret et cohérent, il doit faire face à des questions inédites. Les nouvelles technologies, en particulier, bouleversent notre rapport à la liberté et à la dignité. La surveillance de masse, par exemple, engendre une nouvelle échelle dans les atteintes à la vie privée et les normes existantes ne permettent pas encore d'y faire face. Ces évolutions, à la fois rapides et massives, modifient le jeu d'acteurs et les rapports de force. Elles ont inmanquablement un impact sur les individus, à l'échelle mondiale, et ce, en dehors des cadres étatiques et même internationaux existants. Les droits de l'Homme sont appelés à s'adapter à ce nouveau contexte et vont sans doute, à l'instar du droit de l'environnement, imaginer les formes inédites que requièrent ces profonds changements.

- **Le droit de l'environnement et la montée en puissance d'une justice climatique mondiale**

Le droit de l'environnement et la justice climatique sont depuis quelques années un terrain de créativité du droit et sont symptomatiques à la fois de l'évolution du droit telle que décrite ci-dessus et de la place des différents acteurs dans cette évolution. Le droit du climat amène les juristes (avec l'impulsion de la société civile, on le verra plus loin) à la fois à composer avec l'existant en termes institutionnel et normatif mais également à impulser des innovations au sein des droits existants en remobilisant des concepts ou mécanismes au sein de ces droits pour les mettre au service du climat.

Le foisonnement du droit du climat

La régulation climatique foisonne, mêlant aujourd'hui le droit international et le droit interne, composé d'une grande diversité de normes, de droit dur et de droit souple, produites par une multitude d'acteurs, États Parties à l'Accord de Paris autant que non Parties (infra-étatiques et non étatiques comme les entreprises et les ONG). On connaît l'importance du droit international public qui, depuis 1992 avec la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et depuis 1997, date de l'adoption du Protocole de Kyoto, ne cesse de se saisir de cet enjeu en raison de sa nature globale. Les États ont ainsi avancé vers un accord international commun les incitant à prendre des engagements en faveur de la réduction des rejets de gaz à effet de serre. Mais on peut aussi citer toutes les disciplines juridiques qui, de près ou de loin, participent à la lutte contre le

changement climatique : le droit de l'immobilier, le droit des collectivités publiques ou le droit de l'entreprise, les droits de la responsabilité, civile ou pénale... Le droit du climat a ainsi conduit les États du monde entier à adopter, depuis les années 2000, des lois portant sur la réduction et l'adaptation aux changements climatiques.

Un nouveau type de contentieux a vu le jour ces dernières années : le procès climatique

Comme résultat de ce phénomène d'internalisation du droit international, des droits et obligations ont été progressivement affirmés au niveau domestique et invoqués par des acteurs très différents devant les tribunaux nationaux : soit pour contester leurs contenus (trop ou pas assez exigeants), soit pour enjoindre à l'État ou ses autorités d'aller plus ou moins loin (selon les requérants) et d'être plus ambitieux dans la planification des objectifs climatiques, ou encore afin d'engager la responsabilité des entreprises polluantes. Depuis, ce contentieux climatique s'est considérablement déployé tout en se diversifiant, d'abord aux États-Unis, mais désormais aussi en Europe et dans le reste du monde.

Le procès climatique constitue un ensemble très hétérogène : des recours administratifs à la saisine des instances internationales et régionales, engageant la responsabilité d'une agence régionale ou d'un vaste groupe d'entreprises multinationales, demandant des réparations pour une seule victime ou pour un peuple entier, invoquant des impacts climatiques passés ou la violation des droits des générations futures. Les thématiques traitées dans ces procès sont vastes, abordant aussi bien la réglementation du droit climatique (mesures de réduction des gaz à effet de serre ou des mesures d'adaptation), que du droit de la responsabilité de l'État et de l'entreprise, soit par le droit civil soit par le droit administratif. Les argumentaires des requérants mobilisent les notions de *Common Law (Law of torts, Public Trust)*, les droits fondamentaux, les droits constitutionnels, le droit de l'environnement, mais aussi le droit des investissements, le droit des affaires, et ce à toutes les échelles, internationale, régionale, nationale ou locale.

Par ailleurs, de par le caractère éminemment global de leur objet, ces procès participent clairement d'un dialogue entre juges et d'une perméabilité des frontières juridiques (internationales et internes) qui suscitent la réflexion et invitent à s'interroger sur la circulation des décisions de justice et sur l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres.

Derrière l'examen de l'originalité de la matière du procès, à savoir les procès climatiques eux-mêmes, ce sont alors aussi bien le droit d'accès au juge, les conditions de recevabilité de l'action, la détermination des juridictions compétentes, celle du type d'action à favoriser, le rôle des parties et du juge à l'instance en particulier en matière de preuve⁴⁵, tant la nature globale des causes et des effets du changement climatique rend difficile l'établissement du lien de causalité, qui devraient être examinés et éprouvés.

45 La question de la preuve est extrêmement délicate. Dans l'affaire du paysan péruvien Saul Luciano Lliuya qui a porté plainte devant le tribunal allemand de Hamm, en Rhénanie-du-Nord-Westphalie contre l'entreprise allemande RWE qu'il estime responsable de 0,47 % du changement climatique de la planète et affecte ainsi le glacier qui domine son village et menace de s'effondrer, même si on arrive à déterminer que la part de l'entreprise est de 0,47 % dans l'augmentation du réchauffement climatique, comment expliquer que ce sont ces 0,47 % qui sont responsables de la fonte des glaciers andins ? Les défenseurs aux procès climatiques se fondent souvent aussi sur les incertitudes scientifiques afin de réfuter les effets du réchauffement climatique. NB : Après un premier refus, l'agriculteur et guide de montagne a vu sa plainte enregistrée en appel par le tribunal le 13 novembre 2017.

L’Affaire Urgenda (Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands)

En 2015, la Fondation Urgenda, organisation de protection de l’environnement, et 886 citoyens néerlandais demandent aux juges de reconnaître un devoir de diligence qui s’imposerait aux Pays-Bas. L’enjeu de court-terme : le rehaussement des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 17 à 25 % à horizon 2020 par rapport à l’année 1990. Autre enjeu : l’instauration d’une obligation de protéger les citoyens et la nature du réchauffement climatique et des activités polluantes, au nom de la solidarité entre les citoyens néerlandais, avec les citoyens du monde, et avec l’ensemble du vivant. Le 24 juillet 2015, le tribunal de La Haye donne raison aux requérants. Il souligne la « gravité des conséquences du changement climatique et du risque majeur qu’un changement climatique se produise ». Dans la foulée de cette décision, de très nombreux partis politiques se réunissent pour proposer la loi climatique la plus ambitieuse des pays développés : en visant 95 % de réduction d’émissions de gaz à effet de serre à horizon 2050. Le 9 octobre 2018, au lendemain de la publication du rapport du GIEC, la Cour d’Appel de la Haye confirme cette décision historique : en se fondant sur la Convention européenne des droits de l’homme, elle conclut que les droits humains doivent être protégés et que juges et citoyens ont bel et bien leur mot à dire pour préserver ce droit essentiel. Selon les juges de la Cour d’appel de La Haye, le gouvernement aurait ainsi un devoir d’agir, fondé sur le devoir de diligence qui l’oblige à protéger non seulement la vie de ses concitoyens mais également leur domicile et leur vie de famille ; ces derniers pourraient se voir menacés par les effets inégaux du changement climatique.

Cette décision illustre le fait que la combinaison des principes juridiques nationaux et internationaux existants peut mener à des décisions péremptoires dans un contexte plus global de prise de conscience des périls liés au changement climatique.

Cette décision a ouvert la voie à d’autres actions en justice climatique, fondées sur la violation des droits fondamentaux.

La plainte d’Urgenda a d’ores et déjà inspiré des dizaines d’autres actions en justice climatique dans le monde (voir la partie participation des citoyens à l’élaboration du droit). Trois États (Pays-Bas, Pakistan, Washington US) ont déjà été condamnés par des juges nationaux en raison de l’insuffisance de leur action pour réduire les rejets de gaz à effet de serre ou de leur inertie pour faire face aux effets des changements climatiques

De la même façon, la responsabilité de l’Union européenne face au changement climatique va être examinée pour la première fois par la justice. Lundi 13 août 2018, la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) a en effet jugé recevable l’assignation pour « inaction climatique » déposée le 24 mai contre le Parlement et le Conseil européens par dix familles originaires du Portugal, d’Allemagne, de France, d’Italie, de Roumanie, du Kenya, de Suède et des Fidji. Ces plaignants estiment que l’objectif de l’Union européenne pour 2030 – une baisse d’au moins 40 % de ses émissions de gaz à effet de serre par rapport au niveau de 1990 – est insuffisant pour garantir leurs droits fondamentaux à la vie, la santé, l’activité et la propriété des populations, ainsi que pour atteindre les objectifs fixés par l’accord de Paris sur le climat. Cette action engagée devant la Cour européenne vise, d’une part, à ce que l’Union s’engage à réduire davantage les GES d’ici 2020, 2030 et 2050 ; d’autre part, à ce que les 27 reconnaissent la violation des droits fondamentaux compris dans la Charte de l’Union européenne. C’est la toute première action en justice pour le climat au niveau de l’Union européenne, la première également à soulever la responsabilité de l’Union d’agir pour l’ensemble des citoyen-nes du monde. À travers cette action devant le Tribunal de justice de l’Union européenne, les familles portent une requête de renforcement et de démocratisation de l’Union par l’exigence d’une action plus forte en faveur de la protection du climat, et d’un accès effectif à la justice et à la protection de leurs droits.

En Colombie, DeJusticia pour la protection de l'Amazonie

Le 5 avril 2018, la Cour suprême de Colombie a répondu positivement à l'appel de 25 requérants colombiens âgés de 7 à 26 ans, et accompagnés par l'ONG DeJusticia. La Cour a donné cinq mois au gouvernement, à l'échelle nationale et locale, pour créer et mettre en place un programme d'interruption de la déforestation en Amazonie et de réduction des émissions de gaz à effet de serre. La Cour a ainsi établi le devoir de l'État de protéger la nature et le climat, au nom des générations présentes et futures. Elle a également lancé un Pacte intergénérationnel pour la vie dans l'Amazonie, qui réunira les jeunes requérants, des ONG, des experts et les communautés locales ainsi que l'État, afin de garantir les droits des générations présentes et futures. La Cour a aussi donné des droits à la forêt Amazonienne. Les juges de la Cour Suprême ont ainsi affirmé que « la solidarité et l'environnement sont reliés, jusqu'à ce qu'ils ne fassent plus qu'un ».

Le rôle de l'expertise⁴⁶ (du GIEC notamment)

Les conclusions de plus en plus explicites du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) sur la part anthropique du changement climatique influencent indéniablement les décisions prises par la Communauté internationale : le premier rapport, publié en 1990, a préparé l'adoption de la Convention-Cadre des Nations unies sur les Changements Climatiques de 1992, celui de 1995 le protocole de Kyoto celui de 2014 sert de base aux négociations de la COP 21. Comme l'exprime clairement S. Maljean-Dubois : « Au fur et à mesure des rapports, les incertitudes se sont réduites tandis que les motifs d'inquiétudes augmentaient. Chaque rapport du GIEC a imprimé des coups d'accélération au processus diplomatique⁴⁷ ». Mais l'influence de ces rapports n'est pas seulement politique, elle se fait aussi sentir sur le terrain du procès. On le voit dans l'exemple Urgenda. Le juge néerlandais s'appuie directement sur les rapports du GIEC. Les connaissances délivrées régulièrement par le GIEC et d'autres groupes d'experts, poussent le droit à évoluer et renforcent son rôle dans la lutte contre le changement climatique. Le rôle joué par la connaissance scientifique devrait même gagner en importance car, au-delà du décideur public, c'est le juge qui est appelé à en tenir compte pour statuer sur les responsabilités des décideurs publics et privés.

Les collectivités locales et la justice climatique

Sur la scène internationale, il est incontestable que les États ne sont plus les seuls acteurs du climat et que l'inertie de certains d'entre eux a créé un vide, que tente de combler l'action des collectivités infra-étatiques. L'exemple américain est ici emblématique. En 2005, le refus du Président Bush de ratifier le Protocole de Kyoto a provoqué l'adoption d'un accord sur le climat par la conférence américaine des maires (US Conference of Mayors), prévoyant d'atteindre malgré tout les objectifs de Kyoto. En 2017, la décision du Président Trump de sortir les États-Unis de l'Accord de Paris a engendré la même réaction : une lettre ouverte des maires (Climate Mayors) lui signifiant qu'ils resteront fidèles aux engagements de Paris.

46 Dans le système anglo-saxon, qui prône en général l'existence d'un jury souverain sur la question de la preuve ou des dommages, le jury tranche toujours sur la base de l'intime conviction et n'a pas à motiver sa décision. Une bonne partie des litiges se place très souvent en amont du procès sur le fond, c'est-à-dire dans le cadre de la procédure prévue aux États-Unis par le Code fédéral de procédure civile, qui ne connaît pas la notion d'expert. Cela ne veut pas dire que le témoin expert peut être n'importe qui, n'importe quelle personne, il doit être reconnu pour ses travaux, sa qualité, sa fiabilité et son indépendance. À l'inverse, lorsque le procès se déroule devant un juge seul, notamment pour toutes les questions de recevabilité dans l'action fédérale aux États-Unis, ou devant une Cour qui ne pratique pas une procédure totalement accusatoire, les parties n'ont pas d'autre ressource que de se référer aux travaux du GIEC, c'est-à-dire le groupement intergouvernemental des experts pour le climat.

47 S. Maljean-Dubois, *La diplomatie climatique de Rio 1992 à Paris 2015*, Pedone, 2015, p. 43.

L'action climatique des collectivités territoriales n'avait pas été prévue ni organisée par le droit international du climat. Certaines de ces collectivités ont pris des initiatives et ont occupé une place, avec d'autres acteurs privés, et ce faisant ont infléchi la construction du droit du climat, qui a acté leur présence. La décision finale adoptée lors de la COP 21 à Paris reconnaît un rôle aux entités non parties (non-party stakeholders). Ces dernières sont destinataires de l'Appel de Paris pour le climat, élaboré parallèlement à l'Accord de Paris. Il prévoit de la part des signataires un « ferme engagement en faveur d'un climat sûr et stable dans lequel l'élévation de la température soit limitée à moins de 2 °C⁴⁸ ».

13 collectivités locales, Notre Affaire à Tous, Sherpa et deux autres associations interpellent TOTAL (extrait du communiqué de presse)

Ce 23 octobre 2018, 13 collectivités ont décidé d'interpeller TOTAL, entreprise française la plus grosse émettrice de gaz à effet de serre, quant aux conséquences désastreuses de son activité sur le climat et l'environnement. Les territoires, premiers impactés et premiers acteurs de la lutte contre le changement climatique au niveau mondial, prennent les devants. Face à l'impunité des responsables, et alors que nous sommes toutes victimes du changement climatique, elles réclament du géant pétrolier une réelle vigilance et exigent la mise en conformité de sa stratégie d'entreprise avec les objectifs de l'Accord de Paris et le respect des 1,5°C. Sur la base de la loi sur le devoir de vigilance les territoires portent plusieurs revendications : Total ne peut plus ignorer le risque climatique et doit mettre en conformité son plan de vigilance avec les dispositions légales. L'entreprise doit identifier clairement le risque climatique que représente ses activités partout dans le monde, et doit, conformément à la loi, établir des actions adaptées pour lutter contre ce risque majeur sur l'environnement et les droits de l'homme. Par ailleurs, cette "mise en conformité" implique forcément des changements radicaux dans la stratégie d'entreprise de Total. Notamment, le groupe ne peut plus continuer à investir comme il le fait dans l'exploration de nouveaux gisements (1,2 milliards de dollars en 2017 dépensés dans l'exploration de nouveaux gisements d'hydrocarbures). Si Total ne corrige pas son plan de vigilance en 2019, une action en justice avec mise en demeure pourrait être engagée.



Le droit de la nature

En 1972, pour contrer un projet de la Walt Disney Company qui menaçait une forêt de séquoias en Californie, le juriste Christopher Stone proposa, dans cet article pionnier, d'accorder des droits aux arbres et « à l'environnement naturel dans son ensemble ». Par ce texte (jusqu'ici inédit en français), Stone a contribué de façon décisive⁴⁹, à la prise de conscience de la valeur intrinsèque de la nature. L'originalité de sa position tient à son caractère juridique : en conférant aux entités naturelles le droit, dans certaines situations, de se défendre en justice par l'intermédiaire de représentants, il ouvrait la voie au primat de leur préservation sur le pur calcul économique.

48 Les réseaux de villes et de collectivités locales regroupent des partenaires liés par la voie contractuelle, au sein de systèmes juridiques plus ou moins ouverts, et mettant en œuvre entre leurs parties des règles qui se veulent complémentaires par rapport au droit international du climat. Les questions qui se posent sont celles du contenu exact de ces règles contractuelles, de leur articulation avec les droits nationaux applicables aux parties concernées, des intérêts réels des institutions privées finançant les actions climatiques des collectivités infra-étatiques, ou encore de la place des citoyens.

49 aux côtés d'auteurs comme Rachel Carson, Lynn White Jr, Peter Singer ou Arne Næss.

Cette idée a fait son chemin. En 2008, la Constitution de l'Équateur faisait expressément de la nature un sujet de droit. En 2016, en Nouvelle-Zélande et en Inde, des fleuves se sont vu reconnaître une personnalité juridique. Depuis quelques années, un peu partout dans le monde, un débat philosophique et juridique intense interroge les liens qui unissent humains et non-humains sur notre planète. Droit de la nature, droit des animaux, on note tout un nouveau champ de réflexion récent sur le sujet.

Le mouvement qui porte cette idée, End Ecocide on Earth⁵⁰, considère aussi que la destruction des écosystèmes et de leurs sous-systèmes, s'apparente à un crime contre l'humanité quand elle menace les conditions de vie de peuples qui en dépendent. Ainsi ce type d'écocide ne devrait pas pouvoir se soustraire à une juridiction internationale au nom de la souveraineté nationale, ni se négocier par des instruments de marché et d'échange de droits.

- **Droit et communs**

Lorsque l'on pense aux rapports entre le droit et les communs, on envisage souvent en premier lieu les licences libres, comme la GNU-GPL ou les Creative Commons, qui constituent des outils juridiques extrêmement ingénieux ayant ouvert de nouvelles perspectives pour la mise en partage de logiciels et d'œuvres de l'esprit. Ce furent des coups de génie en matière d'inventivité juridique, ces licences protégeant la richesse commune en empêchant quiconque de s'emparer du code, des écrits, des images ou de la musique une fois qu'ils ont été mis en partage.

Valérie Peugeot, chercheuse à Orange Labs et membre du Conseil National du Numérique, a l'habitude de parler de « *normes juridiques ascendantes* » pour désigner ces règles nombreuses qui émergent des pratiques des communautés engagées dans la gestion de biens communs. Ces règles, dont Elinor Ostrom a aussi montré l'importance dans les phénomènes sociaux liés aux communs, peuvent avoir différents degrés de consistance et de formalisation. Elles peuvent aussi parfois se retrouver en conflit avec le droit des États, mais il arrive aussi que celui-ci finisse par les reconnaître, voire à les garantir et à les protéger.

Il existe ainsi par exemple des « protocoles bioculturels », qui ont pour but de protéger les savoirs et les traditions agroécologiques des peuples indigènes. Il existe aussi de nouvelles formes juridiques de coopératives qui transposent les principes de la coopération dans le domaine de la finance ou des services sociaux. On trouve, encore, de nouvelles initiatives juridiques prises dans l'objectif de protéger les communautés locales contre l'extraction par fracturation hydraulique, contre les plantations d'OGM et d'autres enclosures perpétrées par de grandes corporations. Des fondations multipartites proposent par ailleurs de protéger les richesses communes qui vont de l'atmosphère à des minerais ou à des nappes phréatiques. Et il existe de nouvelles formes organisationnelles pour accueillir « l'En-Commun »⁵¹, distinctes des institutions commerciales, bureaucratiques ou caritatives existant déjà.

Comme souvent dans le « monde des communs », les initiatives sont nombreuses, variées et inventives sur le plan du droit.

50 End Ecocide on Earth demande l'introduction du crime d'écocide dans le droit pénal international, comme cinquième crime pouvant être poursuivi devant la Cour Pénale Internationale au même titre que le crime contre l'humanité, le crime de génocide, le crime de guerre et le crime d'agression.

51 David Bollier, initiatives recensées par les commoneurs.

Les droits humains, du climat ou des communs sont symptomatiques des questionnements en cours sur l'évolution du droit. Il en est de même pour le numérique ou la robotisation comme nouveaux enjeux qui posent des questions au droit, des questions de droit⁵². Par leur globalité et leur impact sur les sociétés, ils imposent au monde la nécessité de repenser la vision et le cadre même du droit.

Nous l'avons vu dans cette première partie, le droit peut tout à la fois être la mise en forme de l'idée de justice ou en organiser la suspension au service de fins douteuses, « d'un droit de la sortie du droit, d'un droit du plus fort »⁵³. L'équation État/territoire souverain/corpus de règles a volé en éclat et un espace s'est ouvert pour le meilleur ou pour le pire, aussi bien pour les multinationales que pour la société civile. Comment cette dernière se démène-telle dans cet environnement qu'elle a aussi contribué à créer ? Quels sont les différents modes d'action qu'elle développe ? À l'instar des combats pour la justice climatique, quel rôle peut-elle jouer et quelles forces peut-elle mobiliser ?

C'est à ces questions que nous répondrons dans une seconde partie, qui nous permettra également d'expliquer le positionnement de la fondation sur le thème, les actions menées et les perspectives envisagées.

Les questions que cela pose pour la fondation :

Quelle est la vision de la fondation, entre une définition abstraite et conceptuelle et une définition instrumentale du droit ?

Quelle est la position de la fondation face à un droit qui n'a plus comme fondement un idéal de justice mais la défense d'intérêts particuliers ?

52 Enjeux qui ont été abordés au sein du dossier thématiques technologie et société

53 Anne-Marie Voisard

II. La participation de la société civile à l'élaboration du droit

Nous l'avons vu dans la partie précédente, le droit de l'environnement et la justice climatique ou le droit des communs se sont développés grâce et avec la société civile. Si la démocratie est entendue comme la prise en main par les citoyens de la vie de la cité, leur participation effective à la production de l'intérêt général, à la conduite de l'action publique, à l'élaboration du droit et des règles du vivre ensemble est aujourd'hui centrale. La société civile et les citoyens participent en effet à la fois à la veille de l'évolution du droit, à la dénonciation de sa perversion, mais sont également forces innovantes du droit.

Avant de faire le point sur la façon dont le droit est traité à la fondation, les programmes et acteurs concernés, il est nécessaire de présenter un panorama des modes d'action utilisés par la société civile dans ce cadre.

II.1. Les outils et modes d'action de la société civile

Si l'on observe la variété des outils et modes d'actions dont disposent les organisations de la société civile dans cette perspective, on s'aperçoit non seulement qu'elles appréhendent le droit comme levier (travaux pour élaborer des propositions de lois ou amendements) dans le cadre de leurs plaidoyers mais qu'elles utilisent également la plainte juridique et le procès comme outils de sensibilisation, de mobilisation et de création de droit. Elles tentent également de participer à tous les niveaux du droit classique au droit global, ou par l'engagement dans des processus de normalisation. Le droit y est considéré à la fois comme :

- moyen de faire évoluer la société dans le sens de l'intérêt général de la transition sociale et environnementale ;
- outil pédagogique de sensibilisation ;
- moyen de rendre justice.

- **Les requêtes individuelles ou collectives devant la Cour Européenne des droits de l'Homme et le Conseil Constitutionnel**

Un des premiers moyens dont dispose la société civile non pas pour créer le droit mais pour participer à son évolution, c'est le fait de disposer de mécanismes de saisines⁵⁴ d'Institution telles que la Cour européenne des droits de l'Homme et les Conseils Constitutionnels nationaux.

- Devant la cour Européenne des droits de l'Homme⁵⁵

Le 6 novembre 1990, quatorze États membres du Conseil de l'Europe ont signé le protocole n° 9 à la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), consacrant au profit de toute personne

54 La saisine désigne l'action qu'accomplit un requérant lorsqu'il demande à une juridiction de trancher un litige au cours duquel il estime que ses droits ont été violés.

55 La CEDH veille au respect de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dite « convention européenne des droits de l'homme »), signée en 1950 par les États membres du Conseil de l'Europe qui regroupe quarante-sept États. La CEDH peut être saisie par les gouvernements et surtout par les individus (ainsi que les organisations non gouvernementales) qui n'ont pas pu obtenir justice dans leur pays. Composée de quarante-sept juges (un par État membre), la CEDH a rendu plus de dix mille arrêts depuis sa création sur les sujets les plus divers (liberté d'expression, droit à un procès équitable, droit à la vie et interdiction de la torture, liberté de conscience, etc.). Ses décisions sont obligatoires : les États doivent les appliquer sous peine de se voir à nouveau condamnés ou sanctionnés. Le comité des ministres du Conseil de l'Europe veille à l'exécution des arrêts.

physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, un droit de « saisine » de la Cour de Strasbourg. Avec l'ouverture à la signature de ce nouveau protocole, la Cour européenne est devenue la seule Cour internationale devant laquelle les individus disposent d'un « droit d'action en justice » les autorisant à mettre en accusation un État, et de surcroît leur propre État national.

- **Devant le Conseil Constitutionnel français**

Avant 2008, le droit de saisine du Conseil constitutionnel restait assez restreint et ne pouvait être exercé qu'*a priori*, c'est-à-dire avant qu'une loi ne soit promulguée ou avant qu'un traité ne soit ratifié. Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il peut s'effectuer *a posteriori* et les citoyens français, comme c'est le cas dans d'autres pays, peuvent désormais demander le contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur, à l'occasion d'une action en justice les concernant, s'ils estiment que la loi porte atteinte à leurs droits et libertés (question prioritaire de constitutionnalité). Toutefois, le Conseil n'est pas saisi directement par le citoyen, mais par le Conseil d'État ou la Cour de cassation auxquels la demande a été transmise. Ces hautes juridictions de l'ordre administratif et judiciaire font office de filtre.

Petit regard en Europe

– *L'action directe la plus originale, l'amparo, permet en Espagne à un particulier d'obtenir la protection de ses droits constitutionnels. Sa recevabilité n'est soumise qu'à l'obligation d'avoir épuisé l'ensemble des autres voies de recours. Saisi d'un tel recours, le juge peut déclarer la nullité de la décision qui viole les droits individuels, déterminer l'étendue de ceux-ci, reconnaître le droit ou la liberté publique en question et rétablir le requérant dans l'intégrité de son droit ou de sa liberté en édictant des mesures propres à en garantir la conservation.*

– *En Allemagne en revanche, l'action directe du particulier pour obtenir la protection d'un droit fondamental lésé par un acte de puissance publique est non seulement soumise à l'obligation d'avoir épuisé l'ensemble des autres voies de recours mais aussi à l'autorisation préalable de la cour constitutionnelle. Elle ne peut, en outre, être intentée que dans le mois à compter de la notification de l'acte ou, pour les lois et règlements, dans l'année suivant la promulgation.*

– *La Belgique connaît un système d'action directe ouverte dans les six mois suivant la publication du texte contesté, à condition d'avoir un intérêt à agir et sous réserve d'une procédure de filtrage.*

– *Au Portugal, le seul cas où un particulier puisse intenter une action en constitutionnalité devant le tribunal constitutionnel est celui où il conteste la décision du juge du fond qui a interprété la constitution dans le cadre du contrôle « concret ».*

– *Enfin, une action indirecte peut être introduite par un particulier devant une juridiction au cours d'un procès afin que le juge du fond adresse une question préjudicielle au tribunal constitutionnel. Il en est ainsi en Italie et en Belgique. Dans ce pays, la cour constitutionnelle peut également « filtrer » les recours, étant entendu que les cours suprêmes ont l'obligation de saisir la cour constitutionnelle lorsque les parties le leur demandent.*

• **La plainte juridique**

Cette question a été l'objet d'une fiche de cas (dossier conseil octobre 2018) dont nous reprenons quelques éléments clés. On assiste à la multiplication des actions contentieuses portées par les associations de la société civile : plainte contre le cimentier LafargeHolcim, accusé de « financement du terrorisme », ou contre BNP Paribas, au cœur d'une enquête pour complicité

dans le génocide au Rwanda, toutes deux déposées par Sherpa ; mise en cause du partenariat Lego/Shell par Greenpeace, plainte de l'association HOP contre Apple sur le fondement du délit d'obsolescence programmée (en pleine fête de Noël) ; dépôts de plaintes collectives contre les GAFAM par la Quadrature du Net autour des notions de consentement et de surveillance économique. Par les retombées médiatiques de ces actions, les associations ont trouvé un moyen efficace pour dénoncer les défaillances du droit ou des réglementations mais également pour le faire évoluer et ainsi participer à la création du droit.

La plainte et le procès sont totalement intégrés aux actions de plaidoyer de certaines organisations, à l'instar de la plainte contre Auchan déposée par Sherpa après l'effondrement du Rana Plaza, plainte intégrée dans le plaidoyer pour une loi sur le devoir de vigilance des multinationales.

Les organisations de la société civile maîtrisent ainsi de mieux en mieux les outils de *soft law* et de *hard law*, savent les combiner pour initier des recours, organiser des campagnes. C'est d'ailleurs leur travail couplé à celui de juristes qui a permis de mettre en lumière et de rendre poreuses *soft* et *hard law*. Les engagements volontaires permettent progressivement d'entraîner des décisions de justice : les codes de conduite relèvent, certes, du déclaratif non contraignant, mais leur non-respect est désormais assimilé à une « pratique commerciale trompeuse » soumise à la sanction à la fois des concurrents et des consommateurs.

- **L'action de groupe**

Inspirée des *class actions*⁵⁶ aux États-Unis, l'action de groupe a été introduite en France par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation. Elle permet à un groupe de personnes, victimes d'un même préjudice de la part d'une entreprise, d'agir collectivement en justice pour obtenir réparation. Concrètement, les plaignants, constitués en une association de consommateurs, peuvent se défendre avec un seul dossier et un seul avocat. Puis la loi du 18 novembre 2016 a élargi la possibilité d'action de groupe aux questions de discrimination au travail, de santé environnementale et de protection des données personnelles.

Si l'on regarde un peu en arrière, seules 12 actions de groupe ont été lancées dans le secteur de la consommation. Quant aux secteurs tels que la santé ou l'environnement, le nombre est encore assez faible. Plusieurs raisons expliquent ce bilan, au-delà du fait qu'il s'agit d'une mesure assez récente en France : contrairement aux États-Unis où n'importe quel avocat peut enclencher une *class action*, en France, seules les associations agréées depuis plus de 5 ans et dont la défense d'intérêt entre dans l'objet social peuvent engager l'action, et seulement si elle ont préalablement – 4 mois auparavant – mis vainement en demeure celui contre qui elles envisagent l'action, de cesser le manquement à ses obligations (légales ou contractuelles) ou de réparer le préjudice.

De surcroît, les actions de groupe sont victimes des lenteurs de la justice : il faut parfois plusieurs années avant d'obtenir un jugement, la durée se trouvant d'autant plus allongée que les entreprises attaquées multiplient les recours pour faire annuler la procédure. Cependant, comme les actions de groupe sont souvent amplement relayées par les médias, le risque est grand pour les entreprises attaquées de perdre la bataille de l'opinion. Enfin, le développement de la médiation,

56 La toute première action de groupe a été déclenchée contre l'État américain en 1947, après l'explosion survenue dans un port du Texas, qui causa la mort de 580 personnes. Bien plus célèbre, la *class action* menée en 1993 par Erin Brokovich – incarnée par Julia Roberts au cinéma – permit d'obtenir 333 millions de dollars pour indemniser les victimes d'une affaire de pollution de l'eau potable en Californie.

depuis le 1^{er} janvier 2016, à tous les secteurs de la consommation permet également d'expliquer le peu d'actions de groupe engagées.

S'est développée par ailleurs aux États-Unis le *Public trust*. Le Trust aux États-Unis ressemble à ce que nous désignons généralement par la notion de bien commun prévue par le code civil, mais il s'agit en réalité d'une organisation pratiquement institutionnalisée. C'est pourquoi des trusts de jeunes enfants désignés sous le vocable *Our Children trust* font fureur dans toutes les juridictions fédérales, actuellement saisies de plus d'une quarantaine de procès importants, fondés sur le concept de carence de l'État face aux générations futures.

- **Les recours contre l'État ou l'UE**

Nous reprenons ici le thème de la justice climatique pour appuyer notre propos sur le droit d'action des citoyens, regroupés ou non en associations (affaire *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*), le droit aux collectivités publiques (affaire du Massachusetts précitée) ou même ce que l'on appelle la notion de Trust.

On a vu que les procès climatiques sont la face visible d'attentes nouvelles en matière de justice climatique et de nouveaux droits face aux impacts du changement climatique sur la société. Créateur de droits et nourri de propositions novatrices, le procès voit se succéder et fleurir les demandes issues de la société civile autour d'une « cause climatique », et ce partout dans le monde et depuis 2015 en Europe.

Les associations mobilisent des droits qui existent déjà dans les différents pays, que ce soit au niveau de la loi, de la jurisprudence (comme le devoir de diligence, *duty of care*) ou des constitutions (comme le droit à un environnement sain). Ces différents droits, jamais mobilisés jusqu'ici pour se prémunir des effets du changement climatique, témoignent d'une grande audace et d'une certaine habileté juridique de la part des associations impliquées⁵⁷.

La société civile a ainsi amorcé un mouvement dont le retentissement mondial se propage, des connexions évidentes existant entre les différentes ONG à l'origine de ces actions. Ces dernières s'inscrivent en effet dans un mouvement global qui cherche à améliorer les voies d'action et les stratégies judiciaires, en faisant appel à des avocats militants pour défendre ces affaires. L'un des arguments les plus innovants et les plus emblématiques utilisés dans l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas – et repris dans d'autres affaires (*Kelsey Cascadia* et coll. aux États-Unis⁵⁸) – est celui de la construction d'une « société soutenable » à laquelle tout État devrait tendre. Les associations défendent ainsi un intérêt qui dépasse nécessairement les nations (les effets des émissions franchissent les frontières) et qui transcende les générations (la difficulté de s'adapter dans la durée à l'irréversibilité climatique). L'intérêt à la fois transnational et transgénérationnel de ces actions explique en grande partie la sympathie qu'elles suscitent chez les juges et dans l'opinion publique.

Selon le Sabin Center for Climate Change Law, ce sont plus de 900 plaintes et recours climatiques qui ont été lancés pendant la dernière décennie. Elles sont de plus en plus souvent l'objet d'actions

57 Les juges font également preuve d'innovation en acceptant d'entendre ce type d'actions et en estimant qu'elles sont recevables.

58 En 2015 aux États-Unis, une vingtaine d'adolescents ont déposé avec l'association *Our Children's Trust* un recours devant un tribunal de l'Oregon, réclamant au gouvernement de baisser de manière significative les émissions de CO₂.

de la société civile, collectivités et citoyens, qui réclament des multinationales les plus polluées la vigilance et la prudence, soit l'inscription dans une trajectoire 1,5 °C, ou encore la réparation des dommages causés ; elles réclament d'autre part une action résolue de leurs États pour protéger le climat, les générations futures, et les citoyens d'aujourd'hui.

Le climat, c'est l'Affaire du siècle

4 associations mettent l'État français sur le banc des accusés pour inaction climatique

Quatre ONG ont lancé mardi 18 décembre 2018 une action en justice climatique contre l'État français. La première étape consiste à envoyer une « demande préalable », sous le format d'une lettre, au président de la République, au Premier ministre et aux ministres concernés, expliquant les carences de l'État et lui demandant d'agir. Si la réponse n'est pas satisfaisante, les ONG saisiront le tribunal administratif d'un « recours en carence fautive », une procédure qui vise à sanctionner l'inertie de l'Administration publique alors qu'elle se trouve tenue d'agir. Les 4 organisations co-requérantes reprochent à l'État de s'être abstenu de prendre des mesures concrètes et effectives pour lutter contre le changement climatique en France, alors même qu'il en avait l'obligation.

Cette obligation à agir, les avocats des 4 associations l'ont tirée de la Constitution française, de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi des multiples normes et engagements pris par la France tant sur le plan international (Déclaration de Stockholm, Charte mondiale de la nature, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, Protocole de Kyoto, Accord de Paris), européen (Paquet énergie-climat, directives...) ou national (Loi Grenelle I, Loi pour la Transition énergétique...). Ces documents juridiques permettent aujourd'hui de reconnaître l'existence d'un « principe général du droit » portant obligation de lutte contre le changement climatique. Les quatre organisations demandent ainsi la réparation du préjudice moral causé à leurs membres et du préjudice écologique subi par l'environnement.

L'association Aînés pour la protection du climat a déposé plainte contre la Suisse, au nom de la vulnérabilité des personnes âgées face au réchauffement climatique



Pollution de l'air : face à l'inaction, 78 organisations et médecins saisissent à nouveau le Conseil d'État

Paris, le 2 octobre 2018 - Plus d'un an après que le Conseil d'État a exigé du gouvernement français un plan d'action urgent pour réduire la pollution de l'air, 77 requérants, parmi lesquels des médecins et des associations de défense de l'environnement et de la santé, portent un nouveau recours pour dénoncer l'inertie du gouvernement.

- **Les tribunaux citoyens**

« Un tribunal émanant directement de la conscience populaire reflète une idée qui fera du chemin », disait le sénateur italien Lelio Basso qui fut à l'initiative de la création, en 1979, du Tribunal permanent des peuples. Tel fut aussi le but du Tribunal Monsanto qui a siégé durant 3 jours d'octobre 2016 à la Haye : avec l'objectif de faire de la conscience publique une source du droit. À l'instar du Tribunal Russell-Sartre sur le Vietnam, du Tribunal permanent des peuples – qui

s'est prononcé sur les catastrophes de Bhopal (en 1992) puis de Tchernobyl (en 1996) – ou plus récemment du Tribunal international de conscience des crimes contre la nature (initié par Edgar Morin), ces « tribunaux citoyens » s'appuient sur l'autorité de leurs membres, et tentent souvent de rivaliser avec les « véritables » juridictions internationales⁵⁹. Le tribunal Monsanto en reprend d'ailleurs les codes : son siège se trouve à la Haye, à l'instar de la Cour pénale internationale et de la Cour internationale de justice ; ses membres sont des juristes : il compte notamment parmi eux, Françoise Tulkens qui a été juge à la Cour européenne des droits de l'homme ; et la composition du tribunal reflète les canons onusiens de représentativité géographique. La procédure s'inspire, elle-même, de celle de la Cour internationale de justice. Comme le peut cette juridiction interétatique, le Tribunal Monsanto rend un avis consultatif afin d'apporter un éclairage juridique sur une question de droit. Les « plaignants » sont auditionnés ; les avocats des « victimes » remettent au juge des conclusions. Le droit appliqué par les juges pour se prononcer est un mélange de *hard law* (droit international obligatoire), de *soft law* (droit international non obligatoire) et de droit prospectif.

En effet, si le droit à la santé et à l'alimentation ou à la liberté de recherche scientifique sont reconnus dans les conventions internationales des droits de l'homme (droit obligatoire), seuls des États sont parties à ces conventions ; en d'autres termes, les sociétés transnationales telles que Monsanto ne sont pas appelées, en principe, à rendre compte de la façon dont elles les respectent auprès des juridictions ou organes internationaux de protection des droits de l'homme. C'est pourquoi, pour rendre opposables ces droits à Monsanto, le tribunal s'appuie à titre complémentaire sur un instrument de *soft law* : les principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme. Selon ces principes, les entreprises « devraient » respecter les droits humains, éviter d'y porter atteinte et être tenues responsables des conséquences de leur activité sur l'homme et l'environnement. Le Tribunal Monsanto apprécie la responsabilité pénale internationale de cette société multinationale, c'est-à-dire d'une personne morale, ce qui est novateur en droit international. Concernant le crime d'écocide, il s'agit là de droit de *lege ferenda*, c'est-à-dire d'une norme juridique qui n'existe pas encore et que l'on souhaiterait voir adoptée.

- **La participation au processus de normalisation**

Depuis la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995 et l'approfondissement du marché unique européen, davantage d'importance a été accordée à la normalisation internationale dans l'organisation des marchés afin de faciliter les échanges. En touchant à la régulation de domaines aussi variés que la gestion de l'environnement, les critères d'inflammabilité des textiles, les services touristiques, les techniques de diagnostic *in vitro* ou encore les nanotechnologies, les normes internationales ont souvent une incidence directe sur notre santé et notre sécurité, tout en restant largement méconnues du public. Actuellement, la normalisation internationale s'étend à toujours plus de domaines émergents en lien avec les services publics, comme les systèmes de distribution d'énergie ou la sous-traitance de services.

Les défis majeurs qui se posent en général à la participation politique (Bacqué et al., 2005 ; Sintomer, 2007 ; Bacqué, Sintomer, 2011) se traduisent sur le terrain de la normalisation internationale avec certaines particularités. Trois de ces défis sont au cœur de notre champ d'analyse :

59 Et cela va dans ce cas au-delà d'une généralisation de la pratique des « off » qui complètent et influencent le « in ».

- la question de la représentativité des parties prenantes et des experts au sein des comités de normalisation ;
- le défi de l'expertise, ressource stratégique et point de passage obligé pour agir au sein des « comités techniques » ;
- et la question des « effets » de la participation sur la décision, en l'occurrence du degré d'influence que les associations peuvent avoir sur les produits de la normalisation.

Bien que caractérisées par un important déficit démocratique et une surreprésentation des entreprises et associations professionnelles, les arènes de la normalisation internationale sont néanmoins ouvertes, du moins formellement, à la participation de toutes les parties intéressées. Les acteurs associatifs s'efforcent de s'impliquer dans l'élaboration des normes internationales de type ISO, en l'occurrence au sein de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et du Comité européen de normalisation (CEN). Néanmoins, la faible présence des acteurs de la société civile⁶⁰ dans les procédures de normalisation soulève la question de la légitimité des normes, qui pourtant occupent une place de plus en plus importante dans l'organisation des marchés. Cette question renvoie plus généralement au déficit démocratique qui caractérise les arènes de la diplomatie technique, largement dominées par les savoirs experts et les acteurs économiques.

- **Les accords entreprises/syndicats/OSC**

Autres modes d'action possibles, la participation à l'élaboration d'accords signés entre entreprises, syndicats et ONG : pour exemple, l'accord signé au Bangladesh. Dans la foulée de la catastrophe du Rana Plaza⁶¹ avait été signé l'« Accord du Bangladesh sur la sécurité contre les incendies et la sécurité des bâtiments », associant multinationales donneuses d'ordre, syndicats internationaux et ONG, sous l'égide de l'Organisation internationale du travail. Cet Accord faisait figure de petite révolution puisque c'était la première fois que des multinationales prenaient certains engagements contraignants en ce qui concerne les conditions de travail chez leurs fournisseurs, et acceptaient que syndicats et ONG aient leur mot à dire sur le processus. Clean Clothes Campaign était l'un des quatre témoins signataires. Quatre ans plus tard, comme le rappelle le collectif Éthique sur l'étiquette, l'Accord a permis de résoudre « *plus de 100 000 problèmes de sécurité identifiés par les inspections dans 1 800 usines de confection, employant au total plus de 2,5 millions de travailleurs* ». L'Accord exige des marques signataires qu'elles divulguent l'identité de leurs usines et demande des inspections indépendantes des bâtiments sur la sécurité incendie, la sécurité électrique et structurelle, des formations sur les droits des travailleurs et un examen des normes de sécurité. Les marques de mode, ainsi que leurs fournisseurs, sont responsables de l'indemnisation des travailleurs lors de toute fermeture pour les travaux de restauration et d'entretien résultant des inspections. Alors qu'il devait arriver à expiration en mai 2018, une nouvelle version vient d'être signée, qui en reprend les grandes lignes tout en renforçant certains aspects. Bien entendu, ces accords sont un outil dans la réflexion plus globale sur la responsabilisation des entreprises. Quelques jours à peine après le renouvellement de l'Accord, l'explosion d'une chaudière dans une usine textile de Gazipur a fait au moins 11 morts et une cinquantaine de blessés, illustrant la persistance des problèmes de sécurité.

60 Le projet INTERNORM a permis d'identifier le potentiel et les difficultés de la participation des acteurs associatifs dans les procédures d'élaboration des normes internationales.

61 En avril 2013, l'effondrement de l'immeuble Rana Plaza, au Bangladesh, faisait plus de 1100 victimes et attirait l'attention du monde entier sur les conditions de sécurité et de travail des ouvrières textiles dans ce pays, où se fournissent massivement les grandes marques occidentales.

Tableau récapitulatif des outils et modes d'actions

Saisine de la CEDH ou du Conseil constitutionnel	Possibilité de mettre en accusation un État ou demande de contrôle de constitutionnalité d'une loi si celle-ci porte atteinte aux droits et libertés. Les démarches prennent plusieurs années (pour la CEDH notamment) ou sont indirectes concernant le Conseil Constitutionnel français, le Conseil n'étant pas saisi directement par le citoyen, mais par le Conseil d'État ou la Cour de cassation.
Plainte juridique	Actions contentieuses menées par les associations de la société civile contre des entreprises, dépôt de plaintes souvent collectives. Les entreprises les utilisent aussi et parfois en retour sous la forme de procès bâillons contre les associations. Les associations doivent financer la venue des plaignants au procès, ces frais n'étant pas pris en compte par le système judiciaire.
L'action de groupe	Permet à un groupe de personnes, victimes d'un même préjudice, d'agir collectivement en justice pour obtenir réparation. Elles s'appliquent aux questions de consommation, de discrimination au travail, de santé environnementale et de protection des données personnelles. Seules les associations agréées depuis plus de 5 ans et dont la défense d'intérêt entre dans l'objet social peuvent engager l'action.
Le recours contre l'État ou l'UE	Par des groupes de plaignants ou des associations, par exemple pour carence fautive de l'État (ex. du climat). Recours devant le tribunal administratif (France) ou devant devant la Cour de Justice de l'Union européenne.
Les tribunaux citoyens	Procès symbolique mené par des experts de la société civile et des juristes. La médiatisation du procès et des résultats est l'enjeu majeur.
La participation au processus de normalisation	Implication dans l'élaboration des normes internationales de type ISO, en l'occurrence au sein de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et du Comité européen de normalisation (CEN).
Les accords entreprises/syndicats/OSC	Des accords réunissant entreprises, syndicats internationaux et ONG, sous l'égide de l'Organisation internationale du travail peuvent avoir un caractère contraignant.
Le plaidoyer et la fabrique de la loi	Institutionnalisation de processus participatif d'écriture de la loi et plaidoyer mené par les associations pour l'élaboration d'une loi.
La désobéissance civile	Refuser la loi pour la transformer La désobéissance est le refus assumé et public de se soumettre à une loi, un règlement, une organisation ou un pouvoir jugés iniques par ceux qui les contestent, tout en faisant de ce refus une arme pour transformer le droit.

- **Le plaidoyer et la fabrique de la loi**

Bien connu de la fondation, le plaidoyer est un mode d'action courant des associations pour faire évoluer la loi et le droit. Les exemples sont nombreux, des lois sur l'alerte à celle sur le devoir de vigilance. Ce point a me semble-t-il été largement traité et je ne le développerai pas ici. On peut noter cependant un autre aspect qui s'est développé relativement à la fabrique de la loi dans des processus « institutionnalisés ». Depuis 2016 et l'exemple de la loi « République numérique », les initiatives de participation citoyenne au processus d'écriture de la loi se multiplient, avec plus ou moins de régularité, d'efficacité et d'ambition.

- **La désobéissance civile et l'alerte**

La désobéissance civile constitue aussi un usage paradoxal du droit. On a vu Ghandi ou Martin Luther King jouer le Droit contre le droit ou la Loi contre la loi scélérate, qui, en commettant des infractions qui faisaient scandale réussissaient en fin de parcours à transformer le droit. Il s'agit alors un combat pour le droit par des citoyens qui mobilisent les valeurs juridiques fondamentales pour obtenir la transformation de la loi. Et il en va de même lorsqu'il s'agit des lanceurs d'alerte. L'exemple des faucheurs volontaires ou des faucheurs de chaises est par ailleurs intéressant à relever ici car il s'agit justement de provoquer le procès pour qu'il y ait débat de société, dans le premier cas sur les OGM, dans le deuxième sur l'évasion fiscale. Provoquer le procès par des actes de désobéissance civile offre ainsi une nouvelle illustration de modes d'action juridique utilisés par les associations.

On observe donc ici un large éventail de l'usage créatif du droit par les associations, les collectifs citoyens qui sollicitent, comme le dit François Ost, les « potentialités critiques » pour jouer le droit contre lui-même et le transformer⁶².

Comment se situe la fondation dans ce cadre ? Comment a-t-elle mis en place un programme sur le thème et comment le droit est-il abordé dans les différents programmes ? Quels sont les partenaires soutenus et leurs modes d'action ? telles sont les questions abordées dans la suite de ce dossier.

62 Il est pertinent de continuer à poursuivre l'étude de toutes ces modalités (et bien d'autres que nous aurions oubliées) et leur étendue dans la société française, francophone et européenne.

II.2. La FPH et le Droit

- **Les fondations et le droit**

Un grand nombre de fondations travaillent sur les « Droits Humains », l'ensemble de leurs actions cherchant à appuyer l'accès à la justice et la mise en œuvre des droits humains (plus ou moins spécifique, droits des minorités). Elles sont pour la plupart réunies au sein du réseau Ariadne sur le changement social et les Droits de l'Homme. Certaines, notamment américaines comme Open Society ou la Rockefeller Brother, appuient le contentieux des organisations de la société civile autour de thématiques spécifiques. Ce type d'action est très développé aux États Unis et les fondations sont toujours surprises de voir que cela est assez nouveau en Europe et en particulier en France. C'est ce que nous avons pu noter lors de nos discussions avec d'autres fondations autour de l'action de Sherpa. Avec l'arrivée de Trump, les fondations ont par ailleurs dû inclure dans leur budget d'appuis aux organisations les risques juridiques. Citons également comme groupe de fondations celles qui travaillent sur la régulation des multinationales – corporate accountability-Wellspring, Open Society et dont certaines font aussi partie de Edge (True Costs Initiative, Wallace, Greengrants, Renewable Freedom...). Mais très peu d'entre elles ont comme la FPH une ligne consacrée spécifiquement à l'évolution du droit.

- **Le développement de la question du droit à la FPH**

1982-1992 : une question périphérique

L'approche juridique ne domine pas les premières années de la fondation. Quand il s'agit de changements structurels et d'action publique, la fondation traite d'actions relevant de l'exécutif plus que du législatif ou du judiciaire⁶³. En 1996, la FPH publiera cependant les deux tomes de *Pratiques du droit, production de droit*⁶⁴, rapports qui s'intéressent à la production de droit communautaire et à sa relation au droit général, celui produit par les États. Parallèlement, elle appuie *Juristes solidarités*, organisation qui apporte une aide juridictionnelle aux petits paysans. La fondation aborde le droit par sa périphérie, au travers de populations marginalisées. Elle n'interpelle pas la production du droit comme elle interpelle l'action administrative.

1992, RIO, Principe de responsabilité et approche chartiste

La question du droit va s'imposer progressivement, par le haut, dans le contexte de la préparation du Sommet de la Terre de Rio (1992). Un projet de Charte de la Terre, sur le modèle des autres chartes des Nations unies, est alors évoqué au sein des instances internationales. Ce projet n'aboutira pas, compte tenu des divergences politiques et de l'aversion des États-Unis pour le supranational. Mais l'idée est reprise et relancée par Maurice Strong et Mikhail Gorbatchov, à partir de 1994. Cette initiative de la « *société civile* », bien dans l'esprit de l'époque, ambitionne de

63 Nous reprenons ici la distinction des pouvoirs formulée par Montesquieu [De l'esprit des Lois](#), Montesquieu, 1748.

64 <http://www.eclm.fr/ouvrage-244.html> et <http://www.eclm.fr/ouvrage-243.html>

contourner la résistance des États-Unis. Ce texte aura un certain écho, sera adopté par de nombreuses organisations et mouvements, laïcs ou religieux, et finalement par l'UNESCO. Il énonce avant tout des principes et des valeurs et ne prend pas de forme juridique. S'il constitue à ce jour la tentative la plus aboutie pour proposer un nouveau régime de valeurs commun, il n'a pas su gagner de portée juridique⁶⁵. Son appel à une responsabilité universelle – « *Nous sommes à la fois citoyens de différentes nations et d'un seul monde où le local et le mondial sont étroitement liés. Nous partageons tous la responsabilité de garantir le bien-être présent et futur de la grande famille humaine et de toutes les autres formes de vie* » – est un principe trop générique et trop vague, plus métaphysique que juridique. Cette notion de responsabilité partagée est moins précise que la notion de « *responsabilité commune mais différenciée* » qu'a retenu la déclaration de Rio. Ce concept, outre qu'il a été adopté par les États, a le mérite de souligner que le *Principe Responsabilité*, cher à Hans Jonas, nécessite d'être décliné pratiquement, acteur par acteur, en tenant compte des poids politiques des pays ainsi que des statuts économiques et sociaux différents des personnes et des organisations⁶⁶. Quelles que soient ses limites, la Charte de la Terre existe encore aujourd'hui et demeure de tous les documents de ce type le plus largement adopté.

1992-2001 La responsabilité, face cachée du droit

La fondation poursuit son propre cheminement dans le cadre de son projet d'*assemblée mondiale de citoyens*. Elle fait la connaissance d'une équipe de juristes belges de l'Université Saint-Louis à Bruxelles, dont notamment Christoph Eberhard et François Ost. Ce dernier, qui enseigne le droit et la philosophie du droit, publie *La Responsabilité, face cachée des droits de l'homme*. Il met l'accent sur ce concept de responsabilité, notamment par réaction à l'approche des grands textes internationaux issus de la deuxième Guerre mondiale qui mettent l'accent sur les droits. Or, si certains « droits » sont des droits sans tiers comme contrepartie – le droit d'association, le droit d'exprimer son opinion... – la plupart des droits sociaux – droit au travail, droit au logement, droit à un environnement sain – doivent avoir une tierce partie à laquelle ce droit soit opposable. Ces droits impliquent donc de nommer un responsable. Traditionnellement, les États constituaient ce tiers auquel ces droits étaient opposables⁶⁷, et c'était bien le rôle qu'ils avaient joué dans les États « sociaux », qu'ils soient autoritaires ou démocratiques durant la période 1945-1975. Mais, dans le contexte de démantèlement de l'État-providence, la question du tiers se posait. Faute d'État, la responsabilité retombe sur la Société, mais qui dans la Société ? L'effacement de l'*État responsable en dernier ressort* posait la nécessité de redéfinir le régime de responsabilité. Pour la fondation, la stratégie devient donc l'affirmation du principe responsabilité. La « *Charte des responsabilités humaines* », issue de l'assemblée des citoyens de Lille constituera, à partir de 2001, la colonne vertébrale de son action.

65 Triste épilogue pour son promoteur, Maurice Strong, ce dernier démissionnera de l'ONU à l'occasion du scandale du programme « Pétrole contre nourriture ». S'il ne sera finalement pas poursuivi, il sera tout de même établi qu'il avait touché un chèque de 988.885 \$ de la part de Tongsun Park, homme d'affaire sud-coréen qui fut inculpé en 2006 par la Cour Fédérale de New York dans le détournement du programme.

66 Faute de déclinaison, les principes de responsabilité « universelle » ou « partagée » s'exposent aux mêmes critiques que la notion d'anthropocène : la globalisation à l'humanité masque la réalité de rapports politiques et sociaux inégalitaires.

67 De manière symptomatique, le terme d'opposable est d'ailleurs impropre puisqu'il s'agit moins d'opposer son droit à des actions menées par un tiers qui causeraient un préjudice que d'obtenir d'un tiers, l'État en l'occurrence, qu'il agisse en votre faveur.

2001-2010 décliner la charte des responsabilités humaines

Par sa nature, la *Charte des responsabilités humaines* est assez proche de la *Charte de la Terre* : elle affirme des valeurs et des principes. Le caractère intrinsèquement limité d'un texte général, oblige pour le rendre opératoire de convaincre des acteurs socio-économiques de s'approprier la charte et de la décliner en l'appliquant à leur activité. Cette approche socioprofessionnelle doit être rapprochée du très fort développement, à cette période, des codes de déontologie sur le modèle de la médecine (Serment d'Hippocrate), profession qui dispose d'un ordre susceptible de prendre des sanctions. Cette approche *déontologique* – une des formes de la *soft law* – faute d'institutions ne parviendra cependant que rarement à devenir contraignante.

C'est dans ce cadre de la déclinaison de la charte, tant au niveau socioprofessionnel qu'en matière de gouvernance, que la fondation coopère avec des juristes. La relation avec ces derniers, comme dans le cas de Sherpa, n'est pas dénuée d'ambiguïté. Alors que Sherpa démarche la fondation pour exercer son action juridique à l'encontre de multinationales ou de dirigeants peu scrupuleux, la fondation souhaite également le développement d'une alliance de juristes travaillant sur la déontologie des professionnels du droit ainsi qu'un développement juridique des principes de la charte afin de la rendre plus opérante. La fondation – au contraire de Sherpa – s'intéresse alors peu au potentiel de cet autre mouvement de la *soft law*, la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE). Ce mouvement culmine avec la formation, en 2000, du *Global Compact* sous l'égide de l'ONU⁶⁸. Au contraire des codes de déontologie qui font reposer la responsabilité sur les individus dans leur cadre socio-professionnel, la RSE porte sur la responsabilité des organisations, essentiellement les multinationales.

2010-2018 l'action juridique comme levier du droit

Jusqu'au début des années 2010, les chartes se multiplient au sein de la société civile, chaque nouvelle charte ou déclaration rajoutant à la confusion et affaiblissant la portée des chartes existantes. Citons par exemple la *Déclaration d'interdépendance* et le *Projet d'une Charte pour la Gouvernance Mondiale*, produits par le Collegium international⁶⁹. En octobre 2011, Edith Sizoo, animatrice de la *Charte des responsabilités humaines*, effectue pour la fondation un recensement des chartes et initiatives internationales⁷⁰. L'idée d'un travail de rapprochement des dynamiques de chartes est évoquée. Il n'y sera pas donné suite. La *Charte des responsabilités humaines* continue d'être portée mais échoue à émerger, notamment si on la compare à la *Charte de la Terre*.

Les liens qui se nouent avec les juristes – Antoine Garapon (IHEJ), Mireille Delmas-Marty et Alain Supiot (Collège de France), William Bourdon (Sherpa) – montrent le potentiel d'une stratégie qui mise sur l'action juridique et la jurisprudence comme moyen de faire progresser le droit social et environnemental existant, tant au plan national qu'international. Cette approche jurisprudentielle infirme l'opposition *approche par les droits* versus *approche par la responsabilité* qui structurait jusqu'alors l'action de la fondation. À la question de la responsabilité, elle répond en se fiant à l'institution judiciaire pour faire ce qu'elle a toujours fait : déterminer, procès après procès, les parts de responsabilité respectives. Dès lors que la dégradation de l'environnement ou des conditions de travail causent des préjudices établis, le processus judiciaire s'attache à déterminer

68 <https://www.unglobalcompact.org/>

69 <http://www.collegium-international.org/fr/>

70 Fiche Bip n°4 646 – DOCUMENT DE CONTEXTUALISATION SUR LA CHARTE DES RESPONSABILITES HUMAINES

les chaînes de causalité qui conduisent au préjudice et détermine ainsi la responsabilité des acteurs⁷¹. Cette dernière approche est plus familière aux juristes. Elle a le mérite d'avoir une certaine efficacité immédiate en créant au moins une menace et un risque réputationnel pour les acteurs dominants. À moyen terme, elle fait le pari par effet d'accumulation, de produire un nouvel ordre juridique⁷². Réussira-t-elle ? C'est une autre histoire. Mais c'est cette approche qui l'emporte, à partir de 2014, dans la stratégie de la fondation.

Ainsi, au fur et à mesure que de 1992 à 2008 la communauté internationale – l'interétatique – s'est décomposée, la fondation a abandonné les approches descendantes étroitement liées aux sommets internationaux, pour privilégier une approche plus ascendante des luttes sociales, utilisant l'outil juridique pour faire progresser la protection de l'environnement et la dignité humaine.

Petite chronologie

- 2001-2003 Dans le cadre des Appels à initiatives (API), William Bourdon et François Ost répondent sur la question de droit et justice.
- 2004-2005 Création des deux AP, l'une thématique sur droit et gouvernance avec François Ost, et l'autre, socioprofessionnelle, sur le développement d'une alliance de juristes avec William Bourdon. Création de Sherpa.
- 2006 Abandon du projet d'alliance de juristes, Sherpa mettant l'accent sur le contentieux.
- 2008 Rencontre de juristes internationaux à Paris en octobre.
- 2009 Publication par le FnGM du cahier de propositions de Sherpa sur la régulation des entreprises transnationales.
- 2010 Finalisation et capitalisation du travail sur droit, gouvernance et développement durable mené avec Christoph Eberhart et François Ost.
- 2012 Création d'une nouvelle ligne sur le droit. Partenariat avec l'Institut des Hautes Études sur la Justice dont Antoine Garapon est le secrétaire général en vue de travailler sur les évolutions du droit et de la justice dans un cadre pluridisciplinaire et international.
- 2012-2014 L'IHEJ s'est investi sur le terrain du droit « global » en travaillant sur la question de l'internationalisation des normes et des pratiques du droit privé ou encore en s'intéressant aux questions de réforme de la justice.
- 2014 Première convention tripartite avec Sciences citoyennes et Transparency International France sur la protection des lanceurs d'alerte. Organisation de plusieurs séminaires sur le thème et plaidoyer actif au niveau français.

71 On retrouve ici les deux approches classiques. Une approche déductive, qui, d'un texte fondateur – une charte – fait découler des principes et des règles, une approche inductive qui se fait fort, procès après procès, de dégager un nouveau régime de droits et de devoirs, et cela, même au niveau international.

72 Notamment quand les jurisprudences conduisent à des travaux universitaires qui leur donnent une forme de généricité et fondent une nouvelle perspective pour le droit.

- 2015 L'IHEJ met en place un séminaire de philosophie du droit sur l'entreprise comme forme politique, en partenariat avec l'École de la magistrature et propose des travaux de réflexion, en lien avec le ministère de la Justice, sur l'utilisation des technologies de l'information et de la communication et les valeurs de justice ; poursuite des travaux du programme Conventions sur le droit économique et la régulation internationale menés en partenariat avec le Ministère des Affaires étrangères.
- 2016 Création de l'association Amicus Curiae et d'Amicus radio, qui se veut un accompagnement à la formation des juristes, une ouverture sur le droit pour des non juristes et un moyen de mettre en dialogue juristes et non juristes. Poursuite des travaux menés par l'IHEJ. Côté Lanceurs d'alerte, le plaidoyer mené par Transparency International France et Sciences citoyennes a abouti en partie à la loi Sapin II qui donne pour la première fois une définition du lanceur d'alerte. Ces deux organisations ont par ailleurs animé un réseau de 18 ONG et syndicats sur le thème. 2016 marque aussi le premier appui au réseau International des lanceurs d'alerte Whistleblowing International network WIN.
- 2017 Poursuite des différents travaux. Définition et mise en place des partenariats en vue du lancement de AMICUS INFO (l'Université libre de Bruxelles, l'Université de Montréal, l'Université Queen Mary à Londres, American University à Washington, le Centre de recherche et d'études des avocats du Conseil National des Barreaux, Sciences-Po Paris). Suivi du projet de directive pour une protection des lanceurs d'alerte au niveau européen.
- 2018 Fin de l'appui à l'IHEJ. Sherpa passe de la ligne « régulation des multinationales » à la ligne « droit ». Création d'une ligne sur la protection des lanceurs d'alerte. Les suites du partenariat avec le Collège de France (*via* Paris I) sont intégrées à la convention avec Amicus Curiae, qui développe les liens avec le monde universitaire. Développement de la plateforme *On ne se taira pas* sur les procès baillons et lancement des premières plaintes et recours contre l'État de l'association Notre affaire à tous.

• **Les programmes et partenaires de la FPH sur le droit**

Les programmes concernés

Page N°	Code AP	Titre	Budget	Référent(e)
Programmes Gouvernance				
1	GR0118	Pour une Europe démocratique et participative	700 000,00 €	Inga Wachsmann
7	GR0218	Gouvernance et coopération régionale en Méditerranée	700 000,00 €	Françoise Macé
13	GR0318	Gouvernance et intégration régionale en Afrique de l'Ouest	600 000,00 €	Louca Lerch
17	GR0418	Gouvernance régionale Chine	50 000,00 €	Nicolas Krausz
23	GR0518	Gouvernance et coopération régionale en Amérique andine	270 000,00 €	Françoise Macé
27	GT0118	Pour une gouvernance démocratique, participative et inclusive	300 000,00 €	Françoise Macé
31	GT0218	Gouvernance mondiale – quel changement d'échelle mondial pour les acteurs de la transition ?	fermeture de l'AP	
37	GT0418	Municipalisme et transition	350 000,00 €	Nicolas Krausz
43	GT0518	Pour une politique d'asile et migratoire européenne humaine, responsable et durable	300 000,00 €	Inga Wachsmann
Programmes Méthodes et Outils de l'information				
47	MI0118	Éditions Charles Léopold Mayer	780 000,00 €	Matthieu Calame
49	MI0218	Information et éducation populaire pour la transition	690 000,00 €	Nicolas Krausz
57	MI0318	Pour un internet libre et ouvert	620 000,00 €	Juliette Decoster
63	MI0418	Le Centre Eco-développement de Villarceaux	560 000,00 €	Claudia Neubauer
67	MI0518	Mobilisation des lieux de la fondation au service des organisations de la société civile	276 000,00 €	Matthieu Calame
69	MI0618	Mise en réseau et coopération avec d'autres fondations	210 000,00 €	Matthieu Calame
73	MI0718	Appui direct aux acteurs	870 000,00 €	Matthieu Calame
Responsabilité & éthique				
75	RE0118	Médias, la bataille de l'information	390 000,00 €	Juliette Decoster
81	RE0218	Renforcer le dialogue entre civils et militaires	390 000,00 €	Louca Lerch
87	RE0318	Comment être un chercheur responsable au XXIe siècle?	570 000,00 €	Claudia Neubauer
91	RE0418	Développer la responsabilité des ingénieurs	200 000,00 €	Claudia Neubauer
95	RE0518	Promouvoir l'édition indépendante et la bibliodiversité	520 000,00 €	Juliette Decoster
99	RE0618	Politiques de l'agroécologie	600 000,00 €	Inga Wachsmann
105	RE0718	Des pêches artisanales responsables et durables	fermeture de l'AP	
109	RE0818	Former les acteurs locaux à la transformation constructive des conflits	540 000,00 €	Louca Lerch
113	RE0918	Veille citoyenne, expertise et plaidoyer pour une régulation des multinationales et des banques.	750 000,00 €	Juliette Decoster
119	RT0118	Faire progresser le droit à l'heure de la mondialisation	430 000,00 €	Juliette Decoster
125	RT0218	Principes généraux de responsabilité	50 000,00 €	CdF
129	RT0318	La protection des lanceurs d'alerte, un enjeu de démocratie	360 000,00 €	Juliette Decoster
Programmes Transition				
133	TC0118	Maîtrise sociale de l'innovation technique	600 000,00 €	Claudia Neubauer
139	TC0218	Biodiversité domestique	480 000,00 €	Inga Wachsmann
145	TC0318	Gouvernance du foncier et des territoires en Europe	500 000,00 €	Inga Wachsmann
151	TC0418	Transport, hypermobilité, tourisme	50 000,00 €	Matthieu Calame
155	TC0518	Transition des systèmes énergétiques	475 000,00 €	Claudia Neubauer
159	TF0118	Les réseaux d'habitants, acteurs de la transition dans les villes	585 000,00 €	Louca Lerch
167	TF0218	Le commerce international et sa régulation à l'échelle des filières	675 000,00 €	Françoise Macé
171	TF0318	Systèmes agricoles et alimentaires territorialisés	720 000,00 €	Inga Wachsmann
177	TF0518	Villes et territoires locaux, acteurs de la Transition	300 000,00 €	Louca Lerch
181	TF0618	Territoires de montagne	100 000,00 €	Louca Lerch
185	TP0118	ESS : formes sociales de l'économie	690 000,00 €	Claudia Neubauer
189	TP0218	La renaissance des communs	400 000,00 €	Nicolas Krausz
197	TP0318	Responsabilité des jeunes pour la transition en Europe	560 000,00 €	Louca Lerch
203	TP0618	Réforme de la pensée socio-économique	670 000,00 €	Claudia Neubauer
209	TP0718	Monnaies locales	150 000,00 €	Nicolas Krausz
215	TT0118	Relier les acteurs de la transition	615 000,00 €	Nicolas Krausz
TOTAL BUDGET ACTION			19 646 000,00 €	

Le tableau ci-dessus montre que la quasi totalité des programmes de la fondation est concernée de près ou de loin par les questions de droit⁷³. Les approches varient en fonction des AP ou des acteurs concernés, cela mérite que nous nous y penchions d'un peu plus près :

1 ligne budgétaire est directement axée sur le droit

RT0118 – Faire progresser le droit à l'heure de la mondialisation est la ligne principale sur ce thème puisqu'il ne s'agit pas seulement d'acteurs qui utilisent le droit comme levier mais également d'une ligne où est analysée l'évolution du droit.

1 ligne budgétaire traite en grande partie de droit

RT0318 – l'AP « protection des lanceurs d'alerte », dont l'un des objectifs est la protection juridique des lanceurs d'alerte.

Les autres lignes budgétaires ont un axe droit plus ou moins fort

Des questions de régulation des multinationales et des banques, au commerce international et sa régulation par les filières, du droit à la ville au plaidoyer pour faire reconnaître ou réglementer un secteur particulier ou à l'appui juridique, la notion de droit présente de multiples facettes.

Les trois schémas ci-après tentent de représenter la façon dont les partenaires de la fondation s'emparent des questions de droit :

- Le premier montre les modes d'action principaux des partenaires de la fondation lorsqu'il s'agit de droit. Le plaidoyer est l'outil principal utilisé par les partenaires de la fondation pour transformer le droit mais l'utilisation du contentieux, du recours, de l'action collective s'étend dans la société civile française et européenne.
- Le deuxième propose une série de questions de droit qui peuvent se poser au sein des programmes.
- Le troisième, enfin, présente quelques actions juridiques importantes engagées par certains partenaires.

73 J'ai demandé à chacun des référents de répondre à plusieurs questions : quelles sont les AP concernées par le droit ? Quels sont les enjeux qui posent selon eux de nouvelles questions au droit ? Comment voient-ils la participation des citoyens à l'élaboration du droit au travers des programmes qu'ils suivent ?

L'utilisation du droit par les partenaires de la fondation

Le contentieux

Action Aid Peuples solidaires
Alternatiba
Amis de la Terre
ANV-COP21
Attac`
Collectif Éthique sur l'étiquette
Frank Bold
HOP

La quadrature du Net
Notre Affaire à tous
RAP
Réseau Semences paysannes
Sherpa
Transparency International
FNE

L'appui juridique

La Cimade
Maison des lanceurs d'alerte
Notre Affaire à tous
Transparency International
Vox public
WIN (appui juridique + amicus)

Le plaidoyer

ActionAid France
Afac-Agroforesteries
AIJ
AITEC
ARGA
Attac
Avicenn
Banana Link
Collectif des Associations
Citoyennes
Coalition Européenne d'Action
pour le droit à la ville et le droit
au logement
Commerce Équitable France
Corporate Europe Observatory
Citizens For Europe gUG
Citizens for Europe
CINEP/PPP
CLER
Collectif Repenser les Filières
Commons Network

Coordination Européenne Via
Campesina
ENSSER
Euro-ISME
Finance Watch
Fair Trade Advocacy Office
Institut Veblen
Les Amis de la Terre France
La Quadrature du Net
La Via Campesina
Mouvement pour l'économie
solidaire

Mouvement SOL
Nuclear Transparency Watch
P2P Foundation
RAP
Réseau Action Climat
Réseau Semences paysannes
Sciences citoyennes
Sherpa
StopOGM
VoxPublic



La veille juridique

Achac't
Action aid
AFAC
Aitec
Alter médias
Amicus Curiae
Amis de la Terre
Artisans de la Transition
Attac
Avicenn
Banana Link
Bede (soutien juridique)
Coalition européenne d'action
pour le droit à la ville et au
logement (CEA)
CENAC

La Cimade
CLER
CRID
Commerce équitable France
CommonsPolis
Commons Network
Corporate Europe Observatory
ENSSER
EPIM
Frank Bold
IHEJ
Inf'OGM
IPES
La quadrature du Net
Maison des lanceurs d'alerte
Mouvement Sol

4D
P2P Foundation
RAC
Remix the Commons
Sciences citoyennes
Semences Paysannes
Sherpa
Stop OGM
Transparencia por Columbia
Transparency International France
Urbamonde
Utopia
Via campesina
Vox Public
WIN

Les questions de droit dans l'action de nos partenaires

Comment produire et mettre en œuvre une conception alternative au paradigme de la propriété privée exclusive et absolue qui reconnaisse juridiquement des régimes complexes de propriété (faisceau de droits...)?

TP0218 La Renaissance des Communs

Le droit à la ville : comment et sur quelles bases permettre aux moins favorisés de ne pas quitter la ville ? Comment permettre à ceux qui en sont exclus pour l'habitat d'y accéder en tant qu'espace public et politique ? Comment intégrer le droit au logement et lutter contre la financiarisation de l'immobilier urbain au niveau des réglementations européennes et nationales ?

TF0118 Les réseaux d'habitants, acteurs de la transition dans les villes

Comment faire évoluer le droit à l'expérimentation pour les collectivités territoriales en alliance avec les mouvements de la tradition face à la tradition jacobine de l'État central français et dans une perspective de relocalisation de l'économie et des flux d'échanges commerciaux ?

TP0718 Monnaies locales

Comment reconnaître juridiquement la capacité des citoyens et de leurs initiatives plus ou moins formelles à co-produire, co-gérer et co-contrôler l'action publique locale ?

GT0418 Municipalisme et transition

TC0318 Gouvernance du Foncier

Quels droits pour les robots humanoïdes ? Quel régime juridique spécifique, destiné à gouverner les rapports entre l'humain et les robots dotés d'intelligence artificielle, susceptibles de prendre des décisions dans un environnement mobile en interaction avec l'homme. Établir un régime de responsabilité en cascade ? : du robot au fabricant, au fournisseur, à l'utilisateur et enfin au propriétaire, se caractérisant par une distinction entre les règles de droit applicables aux humains et celles régissant les robots ?

TC0118 Maîtrise sociale de l'innovation

Comment sécuriser l'accès au foncier agricole pour les petits paysans et sa préservation à des fins de transition (agro-)écologique face aux diverses tentatives d'accaparement (compagnies privées, États étrangers, grands projets nationaux...)?

RE0218 Renforcer le dialogue entre civils et militaires

Comment garantir une traduction du droit international humanitaire et des conventions en une éthique militaire activement transmise aux troupes opérationnelles et favoriser une traduction de l'éthique vers du droit s'agissant de problématiques émergentes (exemple : nouvelles technologies militaires, circulation digitale de l'information et alerte) ?

Quelques exemples d'action juridiques phares des partenaires



avec la FNH et Foodwatch



Préparation de la Loi Blandin

Travaux de définition et plaidoyer pour une définition du lanceur d'alerte au sein de la Loi Sapin II



Plaintes contre Samsung, Lafarge, BNP, Vinci



Conception et portage de la Loi sur le devoir de vigilance



Plainte contre Total



Élaboration d'un diagnostic sur la protection sociale en France et de propositions de réformes en vue de renforcer les principes de gestion en commun au sein des systèmes de protection sociale



Étude juridique préalable pour un recours constitutionnel France sur la compatibilité du CETA avec la Constitution française et les traités européens (analyse juridique et traduction). Collaboration étroite avec la juriste qui a rédigé la note de saisine des députés, dépôt d'une porte étroite devant le Conseil Constitutionnel



Saisine du Tribunal de la CJUE sur la réglementation des nouveaux OGM



Élaboration d'un manuel national sur la santé et la sécurité dans l'industrie de la banane en Équateur qui débouche sur la signature d'un accord ministériel qui établit le caractère obligatoire du manuel et de son contenu dans toutes les plantations de bananes du pays



Travaux pour le développement d'un label



Plaidoyer pour l'interdiction de l'utilisation des néonicotinoïdes *ENSSER Suisse*



Autorisation des décaissements de la ville de Bayonne en eusko (monnaie locale) *en appui du Conseil Municipal de Bayonne dans son action juridique contre l'État*



Contributions à la loi relative à la transition énergétique



Contributions à la loi sur l'ESS



Contributions à la Loi anti-corruption et au Code minier au Burkina Faso

- **Enjeux, acteurs et partenaires de la principale AP portant sur le droit**

RT0118 – Faire progresser le droit à l’heure de la mondialisation

Budget : 430 000 €

ENJEUX (repris de la fiche budgétaire)

Face à la mondialisation des échanges, on observe un retard du droit sur la réalité des interdépendances. Délinquance financière, violation des droits humains, destructions environnementales, le droit semble souvent impuissant à remédier à l’irresponsabilité en matière sociale, environnementale et monétaire et à traduire en justice les responsables. De même, en matière de changement climatique, les préjudices sont réels, mais la responsabilité souvent difficile à imputer.

On voit se développer aujourd’hui, parallèlement aux systèmes nationaux et internationaux avec lesquels il interagit, un droit transnational hybride, fait de droit public et privé, de lois et de normes, mais aussi de jurisprudences, de droit « souple », de codes de conduites et de lignes directrices... Ce droit est aussi le fait de nouveaux acteurs, les entreprises et les organisations de la société civile se trouvant de plus en plus impliquées dans la fabrication des normes et des pratiques juridiques globales. Très imprégné de pratiques et de principes issus de la tradition anglo-américaine, pragmatique et déterritorialisé, ce droit global peut devenir tour à tour un terrain de représentation de l’intérêt général, un espace politique à partager, comme il peut représenter une régression vers un droit privatisé au service de grands intérêts économiques, au détriment de la justice sociale et environnementale.

Face à un risque de privatisation et d’instrumentalisation du droit par des intérêts particuliers, il faut comprendre l’évolution du droit, faire face aux nouvelles formes d’impunité nées de la mondialisation et appréhender les perspectives que le droit ouvre pour transformer nos sociétés contemporaines, en les orientant vers la défense du bien commun, de la transition écologique et d’un idéal de justice.

MODE OPÉRATOIRE

La fondation appuie :

- une veille sur l’évolution du droit mondial/global/transnational ;
- la conception de nouveaux outils juridiques visant à lutter contre l’impunité des acteurs de la mondialisation économique (étendre le devoir de vigilance des multinationales, lutter contre les procès bâillons) ;
- l’utilisation du procès comme outil pour faire avancer le droit, ouvrir le débat public, et le développement des actions de groupes pour les catastrophes en terme de santé et d’environnement ;
- une mise en réseau des acteurs du droit pour une justice responsable, et une mise en lien des acteurs du droit avec d’autres milieux socio-professionnels (universitaires, ONG, etc.) ;
- une réflexion thématique sur les enjeux qui posent des questions nouvelles au droit : les communs, le numérique, etc. ;
- une évolution de la formation des juristes.

Commentaires :

Comme nous l'avons vu dans l'historique, cette ligne a été créée en 2012 dans les suites des travaux menés avec François Ost et Christophe Eberhard, du cahier de propositions élaboré par l'association SHERPA, de la tentative de création d'une alliance de juristes et des discussions notamment avec Antoine Garapon et l'Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ). Il s'agissait en premier lieu de mieux cerner les enjeux autour du thème droit, justice et mondialisation, de développer une expertise en interne et de permettre des liens entre juristes et non-juristes sur les enjeux de la mondialisation. Les liens avec l'IHEJ, ses travaux de veille sur l'évolution du droit, et plus particulièrement sur la régulation de la mondialisation (économique) au travers de son programme *Conventions* mené en partenariat avec le Ministère des Affaires Étrangères, ont permis d'avoir une meilleure vision des enjeux et de développer des liens entre des réseaux de juristes et des non-juristes travaillant sur des questions de droit. C'est ainsi que des juristes de l'IHEJ et l'AITEC, organisation militante experte du commerce international et de l'investissement, ont abordé ensemble les questions de commerce international et d'investissement, et notamment la question de l'arbitrage privé international. C'était la première fois que les experts de l'AITEC discutaient avec des arbitres mobilisés par l'IHEJ. En 2016 est créée l'association Amicus Curiae, qui reprend en grande partie les travaux sur la régulation de la mondialisation dans les suites de l'IHEJ, cherche à faire se rencontrer différents acteurs travaillant sur le droit, juristes, diplomates, chercheurs, ONG et à diffuser les questionnements autour du droit. L'IHEJ étant très institutionnel puisque sous l'autorité des 4 Hautes Cours et Amicus Curiae⁷⁴ reprenant en partie le relais des travaux menés par l'IHEJ tout en étant plus proche de la société civile et plus européenne, il a été décidé de cesser le partenariat avec l'IHEJ⁷⁵. En 2018, les suites des travaux menés dans le cadre du partenariat avec le collège de France ont été intégrés à la convention signée avec Amicus Curiae qui développe dans le cadre « d'Amicus Labo » des liens avec le monde académique.

Le travail de l'association Sherpa, pilier dans le monde associatif français sur les questions de droit était intégré à partir de 2012 dans la ligne sur la régulation des multinationales dans les suites de l'élaboration en 2009-2010 du cahier de propositions « réguler les entreprises transnationales, 46 propositions ». Il s'agissait de travailler à la mise en débat du cahier de propositions et à sa mise en œuvre. C'est ainsi en partie qu'a vu le jour la proposition de loi sur le devoir de vigilance portée ensuite de façon collective et votée en 2017. Au cours de la période 2015-2017, il a semblé nécessaire de prendre en compte le travail de Sherpa de façon plus globale au-delà de l'entrée multinationale et de montrer combien Sherpa était force « innovante » du droit, que ce soit sur la question des flux financiers, sur les procès bâillons, sur l'utilisation des actions de groupe, sur la responsabilité des investisseurs, sur la dé-privatisation de l'arbitrage et en définitive sur sa façon d'aborder le droit et de participer à la formation de la société civile française sur ces questions.

À partir de 2013-2014, la question de l'alerte et de la protection des lanceurs d'alerte s'est imposée à nous, ce qui a abouti à la création d'une ligne sur l'alerte en 2018. Il était logique que cette question émerge au sein de la ligne sur le droit car la question de la protection juridique était et reste la question principale de cette ligne, même si, une fois que cette protection est en partie assurée, les autres enjeux de la protection des lanceurs d'alerte peuvent davantage voir le jour (accompagnement psychologique, médiatique, financier, etc. des lanceurs d'alerte pris en compte dans le travail de la maison des lanceurs d'alerte).

74 Les fondateurs d'Amicus Curiae sont issus de l'IHEJ.

75 Cette évolution a été discutée avec l'IHEJ dès la création d'Amicus Curiae.

LES ORGANISATIONS PARTENAIRES DE LA LIGNE DROIT

SHERPA



L'association est un acteur-clé pour combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges économiques et financiers. Sherpa a déjà obtenu la mise en place de mécanisme de réparation pour des communautés victimes de crimes économiques, des reconnaissances de culpabilité pour des crimes économiques graves à l'égard de multinationales et de dirigeants, et des avancées législatives et politiques qui ont un impact concret sur la définition de l'économie mondialisée. Ses différents modes d'action sont les suivants :

- Le Plaidoyer : afin de faire avancer le droit au niveau national et international, Sherpa développe des axes de plaidoyer juridique et met en place des campagnes de plaidoyer auprès des acteurs économiques, politiques, institutionnels, des médias et du grand public.
- Le contentieux stratégique : forte de son réseau de juristes et d'avocats, l'association met en œuvre des actions juridiques stratégiques. Ces actions peuvent être judiciaires (dépôts de plainte devant les juridictions civiles, pénales ou administratives) ou extrajudiciaires (mécanisme des Points de contact nationaux de l'OCDE, médiation ou arbitrage).
- Le laboratoire de droit : en tant que cercle de réflexion, Sherpa développe de nouveaux outils juridiques au service des campagnes de plaidoyer et des stratégies contentieuses. Ils peuvent prendre la forme de rapports d'enquête, d'exposés de situation, d'articles de doctrine ou d'études juridiques.
- La sensibilisation et les formations juridiques : Sherpa développe des activités de sensibilisation et de renforcement de capacités en France et à l'international. L'objectif est de renforcer l'autonomie des acteurs et leur capacité à mettre en place des actions juridiques, mais aussi de stimuler l'échange et la collaboration entre les organisations de la société civile et les experts. Mise en place de caravanes juridiques dans 6 pays d'Afrique francophone depuis 2012, participation à des formations, interventions régulières, formation indirecte d'autres organisations de la société civile pour déposer des plaintes collectives.

Sherpa participe aux réseaux suivants :

- Le Forum Citoyen pour la RSE (FCRSE) est une coalition française d'acteurs de la société civile plaidant pour la responsabilité sociétale des entreprises. Sherpa est membre du Conseil d'Administration.
- L'European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) rassemble des ONG, syndicats, associations de consommateurs et instituts de recherche œuvrant pour la responsabilité sociale et environnementale des entreprises à travers l'Europe. Sherpa est membre du Steering Group.
- OECD Watch est un réseau informel international d'ONG qui milite pour le renforcement des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Sherpa est membre du comité de coordination.
- Treaty Alliance est un réseau international d'ONG qui milite pour l'adoption d'un traité international contraignant sur l'obligation pour les entreprises multinationales de respecter les droits humains sur toute leur chaîne de production.

- L'UNCAC Coalition est une coalition d'ONG qui milite pour la ratification de la convention Merida (114 pays signataires) et la mise en œuvre effective des dispositions de cette dernière.
- La coalition Publiez Ce Que Vous Payez (PCQVP) milite pour que les industries extractives publient le montant des taxes et redevances qu'elles versent aux gouvernements des États dans lesquels elles opèrent.
- La Plateforme Paradis Fiscaux et Judiciaires œuvre pour mettre un terme aux places financières off-shore.
- Le collectif « On Ne Se Taira Pas ! » a été créé par Sherpa avec d'autres organisations de la société civile en 2017 afin d'œuvrer pour des réformes législatives protectrices de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte, des journalistes, et des ONG, pour préserver l'action de la société civile (voir ci-après).

AMICUS CURIAE



Fondé en 2015 sous la forme d'une association internationale de droit belge, Amicus Curiae se consacre à un travail d'information, d'étude et d'analyse sur la mondialisation du droit, et à la co-production de stratégies juridiques avec des acteurs engagés dans la défense de l'intérêt général. Amicus Curiae regroupe experts et institutions de différents pays autour d'une équipe d'animation basée à Paris dont la mission est d'en organiser la mobilisation pour développer :

- AMICUS INFO, une agence d'information pour connaître et comprendre l'état du monde.
- AMICUS RADIO, un catalogue de podcasts pour relayer les débats sociétaux et en restituer les contenus.
- AMICUS LABO, un laboratoire de projets pour stimuler les idées et accompagner les initiatives de ses membres.

Comme les Amicus Curiae – ces intervenants extérieurs à une affaire chargés d'apporter des informations et des observations afin d'éclairer le juge dans sa décision –, l'association considère que le droit est l'affaire de tous et la justice un bien commun de l'humanité. C'est pourquoi ces domaines méritent que l'on s'invite dans leurs débats : pour exiger d'en comprendre les arguments et avec l'ambition de s'y faire entendre.

NOTRE AFFAIRE A TOUS

Notre affaire à tous est une association constituée à l'été 2015 faisant du droit un sujet autant qu'un outil de mobilisation pour protéger les communs et le vivant. L'association s'inscrit dans le paysage mondial de la justice climatique et des droits de la nature et a pour objet d'initier et d'accompagner des démarches juridiques en ce sens, et en faveur de la justice sociale et environnementale.



Elle est issue du mouvement End Ecocide on earth, qui cherche à faire reconnaître, au niveau pénal international, les atteintes les plus graves portées à l'environnement.

Ancrée dans la lutte pour la préservation de la nature, l'association œuvre à l'instauration d'une **justice climatique**. Ses actions doivent permettre de faire face aux changements climatiques, au désastre nucléaire, à la disparition des ressources, etc.

L'objectif principal de Notre affaire à tous est d'agir dans le domaine juridique, qui permet d'influencer les modes de vie et de gouvernement donc de faire respecter et améliorer le droit en vigueur, notamment celui de l'environnement. L'association cherche ainsi à établir, « par la jurisprudence et la mobilisation citoyenne, une responsabilité effective et objective de l'humain vis-à-vis de la nature ».

A partir des nombreuses avancées en droit de l'environnement et des multiples courants qui animent un débat juridique essentiel, l'enjeu est pour l'association d'inventer et donner corps aux concepts juridiques adaptés à la petite taille de notre planète et à son rythme biologique. Il s'agit d'une part de faire respecter, y compris par des moyens juridiques, d'autre part d'améliorer, le droit actuellement en vigueur, notamment à travers l'inscription dans la Constitution de la lutte contre le dérèglement climatique, l'octroi au Procureur pénal européen de la compétence environnement, la formation des magistrats ou encore l'inscription de l'écocide comme 5e crime reconnu par la Cour pénale internationale.

Notre affaire à tous a ainsi pour objectifs :

1. d'accompagner et de protéger les victimes du dérèglement climatique :

– Elle accompagne les familles et les professionnels impacté-e-s par les effets des changements climatiques pour faire reconnaître leurs droits, et l'obligation des pouvoirs publics, à tous les niveaux, de les protéger.

– Elle mobilise citoyen-ne-s & élu-e-s locaux pour une participation juste des pollueurs aux frais liés au dérèglement climatique : des frais de santé à l'aménagement de nos territoires ainsi qu'aux dépenses induites par la dégradation des sols ou activités touristiques et professionnelles.

2. de construire de nouvelles responsabilités pour les États en matière environnementale

Notre Affaire à Tous travaille à l'institution d'un véritable « droit environnemental et de la nature », garant de l'action de l'État dans la préservation des communs naturels et des droits humains.

– Plaidoyer, aux côtés d'associations et de député-e-s, pour l'inscription du climat dans la constitution au travers de « notre constitution écologique ».

– Création de la jurisprudence pour le droit climatique de demain : en 2018, Notre affaire à tous a accompagné la famille de plaignant-e-s Drômoise dans leur recours à la Cour Européenne de Justice, et déposé le premier recours global contre l'État Français.

Deux collectifs (non financés actuellement mais dont on suit le développement)

LE COLLECTIF CONTRE PROCÈS BÂILLON ANIMÉ PAR LE CRID

Le Collectif « On Ne Se Taira Pas » est né de la rencontre d'acteurs divers, dont la liberté d'expression a été menacée par des « poursuites bâillons ». Professeurs d'université, ONG, avocats, journalistes, blogueurs, lanceurs d'alerte, ou simples citoyens engagés, sont de plus en plus souvent poursuivis par des acteurs économiques de pouvoir/d'influence, pour avoir dénoncé au grand public des violations des droits humains et environnementaux.



Pour le collectif, les poursuites bâillons sont un phénomène en recrudescence et aucun des maillons de la chaîne des défenseurs des droits n'est à l'abri. Informer sur des pratiques pas toujours aussi « green » ou « socialement responsable » que ce qu'en dit une communication externe, peut suffire pour tomber sous le coup d'une poursuite bâillon.

Par ailleurs, ces poursuites profitent de l'inégalité de moyens entre acteurs, puisqu'elles sont généralement utilisées par des structures disposant de moyens financiers et humains bien supérieurs à ceux des personnes et organisations poursuivies. Loin de l'euro symbolique autrefois réclamé, on parle aujourd'hui de millions d'euros de dédommagement.

Le collectif cherche à fournir aux victimes des moyens de défense en cas de poursuite-bâillon, tisse un large réseau de médias et sites pour relayer les poursuites et soulever un débat sur ces questions, développe des analyses et outils sur le thème et promeut une loi anti procès bâillons.

Le collectif regroupe : les Amis de la Terre France, le Collectif des Associations Citoyennes (CAC), Coordination Eau Ile-de-France, CRID, FoodWatch, France Libertés, Greenpeace, Observatoire des Multinationales, ReAct, Ritimo, Sherpa, Survie.

LE RÉSEAU ACTION DROIT DÉMOCRATIE, ANIMÉ PAR VOX PUBLIC

une coopérative de moyens et de savoirs pour faciliter les recours juridiques des associations



De nombreuses initiatives visant à renforcer l'accès au droit et à la justice existent aujourd'hui en France. Certaines visent essentiellement à informer les personnes sur la nature et les modalités d'exercice de leurs droits (ADIL, CIDFF, GISTI, association Droit d'urgence...). D'autres promeuvent la défense de l'État de droit sur un plan plus politique (Syndicat de la magistrature, Syndicat des Avocats de France, LDH). D'autres enfin tendent à agir, au nom de l'intérêt général, pour l'application effective de la loi et des traités européens ou internationaux ou le plaidoyer pour de nouveaux droits (Sherpa, Anticor, Transparency, Quadrature du net, Notre affaire à tous, Zero Waste France...).

Afin de mettre en commun leurs savoirs et expertises et rendre incitatifs leurs modes d'actions juridiques, en particulier les contentieux, ces organisations invitées par VoxPublic, en collaboration avec Vincent Sizaire (magistrat, membre du Syndicat de la magistrature), ont initié en juin 2017 un processus de concertation d'une quarantaine d'acteurs issus du monde associatif (juristes, spécialistes du contentieux), et d'universitaires, d'avocats ou de magistrats. L'objectif de la création de ce collectif est la mise en commun de moyens et d'idées pour permettre le développement de « contentieux stratégiques » (contentieux ayant pour but de faire évoluer le cadre légal). Il s'agit aussi de réfléchir aux moyens d'impliquer plus de spécialistes du droit aux côtés des associations.

Les organisations membres se donnent pour objectifs (extrait de la charte) :

- d'instituer entre elles une coopérative de moyens se traduisant par la mise en commun d'expériences, d'outils juridiques et d'informations ;
- de créer un espace de débat et de soutien mutuel entre juristes activistes et progressistes ;
- de renforcer leur expertise juridique, en nouant pour ce faire des relations avec le monde de la recherche ;
- de promouvoir l'action juridique dans les organisations militantes progressistes.

Outre ces collectifs, **de nouvelles organisations** ayant le droit au cœur de leur mission voient le jour ces dernières années. Elles s'inscrivent dans ce mouvement général où la société civile s'empare du droit. Nous pouvons citer à la fois des organisations ayant pour thème la santé environnementale⁷⁶ ou des associations d'avocats et juristes pro bono.

⁷⁶ Justices Pesticides qui s'est créée dans les suites du Tribunal Monsanto, ou Actio Popularis (créée à l'initiative d'une ancienne directrice de Sherpa) une plateforme de juristes sur la santé environnementale

- **Enjeux et acteurs de la ligne sur l'alerte**

RT0318 – La protection des lanceurs d'alerte, un enjeu de démocratie

Budget : 360 000 €

ENJEUX (repris de la fiche budgétaire)

Encouragement à l'évasion fiscale, blanchiment, fraude, corruption, scandales sanitaires et environnementaux à répétition... Ces affaires sont le symptôme d'une crise systémique, crise de l'État de droit qui sape la confiance entre État et citoyens, confiance qui est aux fondements de nos démocraties. Ni les Panama Papers, ni Lux Leaks, ni le scandale du Médiateur ne seraient aujourd'hui sur la place publique si l'alerte n'avait été lancée. Sans les révélations d'Antoine Deltour, le Luxembourg n'aurait jamais admis qu'il était un paradis fiscal et la Commission européenne n'aurait pas statué sur les rescrits fiscaux. Et sans celles d'Edward Snowden sur la surveillance de masse, la question de l'évolution du droit européen en matière de protection des données n'aurait pas été posée avec autant de force. Les lanceurs d'alerte mettent à jour l'illégalité, l'illégitimité, l'immoralité de certaines pratiques. Ni professionnels de l'alerte tels les journalistes, ni forcément désobéisseurs civils ou activistes de la transparence à tout prix (leaker), ni délateurs qui agiraient dans leur intérêt personnel, les lanceurs d'alerte rompent le silence « pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général ». Et pourtant, qu'ils alertent en interne, qu'ils saisissent l'autorité judiciaire ou administrative ou qu'ils prennent à témoin l'opinion publique, ils sont attaqués, licenciés ou condamnés et subissent de terribles pressions. Qu'il faille attendre que des individus prennent le risque de voir leur vie détruite pour replacer l'intérêt général au cœur du débat public, met en lumière la crise profonde de nos systèmes politiques et de leurs mécanismes de contrôle. Ces « lanceurs d'alerte » sont le symbole et le symptôme d'une démocratie malade. Ils ne peuvent constituer à eux seuls le remède, mais ils occupent une place importante pour rendre possible une véritable régulation, garante du retour de la confiance entre citoyens et dirigeants.

En mettant sur la place publique des informations qui auraient eu sinon toutes les chances de rester secrètes, les lanceurs d'alerte contribuent à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique. Ils participent à l'instauration d'un contrôle démocratique sur les questions généralement occultées et laissées à la décision des seuls experts. Ils doivent donc être considérés et protégés. D'où une mobilisation tant aux niveaux national, régional qu'international pour imaginer et mettre en place les instruments juridiques pouvant leur apporter une protection, et poser la question de la défense de l'intérêt général. Car au-delà de la protection des lanceurs d'alerte, l'objectif est bien de faire évoluer les cadres existants pour renforcer la démocratie et la légitimité d'agir de la société civile pour la défense de l'intérêt général.

MODE OPÉRATOIRE

Depuis 2014, la fondation a soutenu en France un processus de travail sur le droit d'alerte mené par Sciences Citoyennes et Transparency International France qui ont œuvré notamment pour la reconnaissance du droit d'alerte en France et contribué au processus menant au vote de 3 lois comportant des dispositions de protection des lanceurs d'alerte en France en 2013 et à des éléments de la loi Sapin II en 2016.

Aux niveaux européen et international, la question de l'alerte évolue également, qu'il s'agisse des législations nationales ou de textes de référence au niveau européen (4 résolutions et 1 recommandation 2015 du Parlement européen et du Conseil de l'Europe, ainsi que le projet de directive sur la protection des lanceurs d'alerte) ou au niveau mondial (Assemblée générale de l'ONU). Des initiatives connexes comme la directive sur le secret des affaires et sa mise en application au niveau national vont par ailleurs avoir un impact considérable sur les lanceurs d'alerte et leur protection. D'où une mobilisation des organisations de la société civile et de députés européens, notamment pour faire évoluer le droit d'alerte, la protection des lanceurs d'alerte et le suivi de l'alerte au niveau européen.

Dans ce cadre, la Fondation a appuyé l'organisation de la rencontre du réseau WIN, Whistleblowing International Network qui réunit les organisations spécialistes de l'alerte au niveau international, et la création d'un pôle européen fort au sein de ce réseau.

Il s'agit pour la fondation de contribuer à :

- l'évolution du droit de l'alerte en France et en Europe ;
- la création d'une maison des lanceurs d'alerte en France ;
- la mise en lien des organisations travaillant sur l'alerte au niveau international (*via* le réseau Whistleblowers International Network notamment) ;
- renforcer la prise en compte de l'alerte dans une perspective démocratique au-delà de la protection du lanceur d'alerte ;
- poser la question de la définition et de la prise en compte de l'intérêt général.

LES ORGANISATIONS PARTENAIRES DE LA LIGNE SUR LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

2 partenaires clés en France :

– **TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI) FRANCE**, de par l'implantation mondiale du mouvement TI (112 chapitres) et ses coopérations régionales, son expertise pionnière en droit comparé de l'alerte et son expérience parlementaire (au plan européen et français),



– **ET SCIENCES CITOYENNES**, de par son travail collaboratif et la constitution de réseaux de recherches et d'action en France et en Europe, l'analyse fine de l'expertise et de l'alerte scientifique et le succès remporté avec la loi Blandin, ont noué et développé un dialogue fructueux, à un moment historique pour la protection des lanceurs d'alerte (2015-2017), grâce aux deux conventions tripartites de partenariat avec la FPH. Grâce également à un travail préparatoire et un début de chemin commun en amont (à dater de 2013).



Ce dialogue a permis aux deux organisations d'élargir et d'approfondir leur cadre conceptuel en confrontant des enjeux, des sensibilités et des expériences différentes mais souvent complémentaires, dans la construction d'un plaidoyer commun aux deux organisations, puis à un groupe de travail de trois ONG et trois universitaires (le groupe d'écriture de la loi Galut en 2015), puis à une coordination alerte de 18 ONG et syndicats (loi Sapin 2 en 2016) et à une coordination de 21 organisations de la société civile menant à la création d'une maison des lanceurs d'alerte en 2018.

À partir de janvier 2019, la **MAISON DES LANCEURS D'ALERTE** devient le partenaire clé de la ligne en France.



Ces deux organisations sont en dialogue avec la coordination européenne (Eurocadres) qui réunit syndicat et ONG en vue de l'adoption d'une directive sur la protection des lanceurs d'alerte et avec le réseau WIN Whistleblowing International Network (WIN) soutenu par la Fondation également.

LE RÉSEAU WHISTLEBLOWING INTERNATIONAL NETWORK (WIN)

Le réseau international sur l'alerte réunit des organisations de la société civile spécialistes de l'alerte. WIN permet à ces organisations



de combiner leurs forces avec celles d'autres acteurs clés afin de mener un plaidoyer au niveau national, régional et international pour la protection des lanceurs d'alerte et le suivi des alertes.

WIN dispose depuis peu d'une structure associative et d'un bureau de coordination en Écosse.

Jusqu'à présent, il était porté par la maison des lanceurs d'alerte britannique Public Concern at Work, devenu Protect.

WIN vise à soutenir les organisations (principalement nationales) qui travaillent sur l'alerte afin :

- d'assurer une meilleure protection des lanceurs d'alerte dans le monde ;
- de poser les questions du droit à être informé et des questions de transparence et secret en démocratie.

Comme nous l'avons vu dans cette partie, les organisations de la société civile misent de plus en plus sur l'action juridique et la jurisprudence, elles imaginent de nouvelles formes d'action, de nouveaux outils comme moyens de faire progresser le droit social et environnemental. Les différents programmes de la fondation constituent des lieux d'observation privilégiés de ces forces nouvelles et la montée en capacité des organisations dans ce domaine est notable. La ligne sur le droit, quant à elle, vise à appuyer des associations de juristes qui analysent l'évolution du droit, forment et mobilisent les organisations de la société civile et les citoyens et produisent un changement social et politique.

Pour résumer, la fondation :

- appuie la société civile à la fois pour mener une veille sur l'évolution du droit, utiliser le droit, le faire appliquer et le transformer ;
- contribue à mettre en lien les juristes et les non-juristes.

Conclusion

Le droit est un observatoire privilégié des mutations actuelles. Il se trouve au centre d'un champ de bataille entre les acteurs, au premier rang desquels on trouve les États, les multinationales et la société civile. Face à un risque de privatisation et d'instrumentalisation du droit par des intérêts particuliers, il s'agit de contribuer à comprendre l'évolution du droit, de lutter contre les nouvelles formes d'impunité nées de la mondialisation et d'appréhender les perspectives que le droit ouvre pour transformer nos sociétés contemporaines. Cela suppose de travailler inlassablement à « lever la supercherie qui consiste à faire passer le droit pour de la justice, le légal pour le légitime, la force pour la norme⁷⁷ » et de chercher à aller dans le sens de l'isonomie, de l'état de droit, de l'intérêt général, du bien commun et de la transition écologique et sociale, pour que le droit n'aggrave pas le déficit de justice.

Pour cela, la participation à l'élaboration du droit de tous ceux qui portent ces principes est fondamentale. C'est pourquoi la FPH appuie la co-construction du droit par la société civile.

Le droit est à la fois un système vivant et un mode opératoire. Un système vivant qui évolue et se transforme, et suppose une veille attentive au vu de la complexité des enjeux. Un mode opératoire dont s'emparent les organisations de la société civile avec l'appui du monde des juristes. La fondation s'attache à la fois au système et au mode opératoire par l'étude de cette évolution du droit, la mise en lien des juristes et des non-juristes, le développement de nouveaux outils juridiques.

En tant que mode opératoire, le droit peut concerner tous les thèmes en fonction des enjeux de société qui émergent, surgissent. Ainsi, la question de la protection des lanceurs d'alerte est devenue centrale et fait aujourd'hui l'objet d'un programme en soi. Celle de la justice climatique, du fait de sa globalité, de sa gravité et de son irréversibilité, est un formidable accélérateur de l'évolution du droit. C'est pourquoi la ligne sur le droit sert aussi d'incubateur pour suivre les enjeux qui posent de nouvelles questions au droit et le transforment.

Au vu des transformations actuelles, des crises sociales, politiques, écologiques que nous vivons, la question du droit juste est un enjeu démocratique incontournable.

77 Cynthia Fleury, *La fin du courage*, Fayard, 2010, p. 75.