

La société civile et ses droits

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « La société civile et ses droits », in *La société civile et ses droits*, dir. B. Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-18.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2004-la-societe-civile-et-ses-droits>

Benoit Frydman

LA Marche Blanche et les défilés anti-Mondialisation : deux images fortes et contrastées qui ont consacré aux yeux du grand public l'émergence d'un nouvel acteur sur la scène politique : la société civile.

En Belgique, plus de 300.000 citoyens descendent dans la rue le 20 octobre 1996 pour protester en silence contre les manquements de la justice et de la police dans l'affaire Dutroux. La pression populaire est immense, sans précédent, et le gouvernement, qui avait tardé dans un premier temps à prendre la pleine mesure de l'émotion populaire, se voit contraint sous la pression de mettre en œuvre des moyens exceptionnels pour faire face à l'indignation et répondre aux attentes : commission d'enquête télévisée, modification de la Constitution, institution d'un Conseil Supérieur de la Justice (où siègeront désormais des membres de la société civile), réforme des polices, réformes de la procédure pénale, etc., tandis que la justice peine encore, sept ans plus tard, à organiser un procès d'assises à haut risque où elle craint que l'opinion publique et les médias ne l'attendent au tournant. Au-delà du fait divers, c'est toute la question de la participation citoyenne qui se trouve explicitement posée par cette affaire, à la faveur d'une prise de conscience brutale des risques que fait peser sur tous et notamment sur les plus faibles, le désintérêt de la population pour la chose publique. L'appel à une « nouvelle citoyenneté » et au développement d'une démocratie plus « participative » s'impose depuis lors et probablement pour longtemps comme un thème important du débat public national.

Pendant ce temps, des cortèges plus bruyants et plus colorés se rassemblent en tous les points du globe et donnent de la voix spécialement à l'occasion des sommets internationaux du G8¹ et des réunions de l'O.M.C.², mais aussi des grands rendez-vous européens³. La mobilisation s'organise cette fois autour de la contestation de la « mondialisation libérale » pour protester contre ses effets négatifs aux plans politique, social et environnemental et réclamer une alternative aux excès du « laissez-faire ». En contrepoint au Forum Economique Mondial, mieux connu sous le nom de « Sommet de Davos », qui réunit les représentants des milieux d'affaires internationaux, le contre-sommet de Porto Alegre devient le lieu de ralliement

1. Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des 7 pays les plus industrialisés, réuni pour la première fois en 1975 à l'initiative du Président français Valéry Giscard d'Estaing, auquel la Russie participe pleinement depuis 1998.

2. L'Organisation Mondiale du Commerce, organisation internationale créée en 1995 qui exerce des responsabilités très importantes dans le domaine de la libération des échanges et du commerce international.

3. Notamment à l'occasion des sommets réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement ou de la conclusion des Traités. Ainsi, la conclusion du Traité de Nice en décembre 2000 avait donné lieu à l'organisation d'un « contre-sommet européen » et de nombreux cortèges et manifestations.

La société civile et ses droits

symbolique les militants anti- ou alter-mondialistes. La société civile internationale s'organise tant bien que mal au départ des « nouveaux mouvements sociaux ». Elle tente de se poser en interlocuteur des forces du marché et prétend traiter avec elles sur un pied d'égalité.

Cette irruption spectaculaire de la société civile au premier plan pose *trois questions* importantes, au carrefour de la philosophie, du droit et de la science politique, mais qui concernent tous ceux qui s'intéressent à la politique et réfléchissent à la démocratie. D'abord et avant tout, le besoin d'élucider un concept souvent employé mais rarement défini : qu'est-ce que la société civile ? qui en fait partie ? et qui peut prétendre s'exprimer en son nom ? Ensuite, quelle fonction la société civile remplit-elle dans nos démocraties contemporaines ? ; quel rôle peut-elle légitimement prétendre jouer dans la vie politique nationale, européenne et internationale ? Enfin, quel est le statut de la société civile dans l'ordre constitutionnel ? quels sont ses droits (si elle en a), ses prérogatives, mais aussi ses responsabilités ?

Cet ouvrage tente d'apporter des éléments de réponse à chacune de ces questions. La première partie, *l'histoire d'une idée*, raconte les épisodes marquants de l'histoire riche et mouvementée du concept moderne de société civile. Sur les traces de Bodin et d'Althusius, de Hobbes et de Locke, de Hegel et de Marx, de Hannah Arendt et de Jürgen Habermas, le lecteur y découvrira les grands modèles qui nourrissent jusqu'à aujourd'hui les débats et les controverses sur le rôle de la société civile. La seconde partie, *le sens d'un mouvement*, fait le point sur l'évolution de la société civile contemporaine et de ses moyens d'action, notamment au niveau international et européen.

*

I. —

II. — QU'EST-CE QUE LA SOCIÉTÉ CIVILE ?

L'idée de société civile puise son origine aux sources des démocraties de l'Antiquité. Les termes latins « *societas civilis* » traduisent la notion de « *koinonia politiké* » qui, dans la *polis* grecque désignait la communauté politique formée par l'ensemble des citoyens. Cette communauté, réduite souvent à quelques centaines d'hommes, se réunissait régulièrement dans des assemblées qui avaient vocation à exercer directement les responsabilités du gouvernement de la cité.

Benoit Frydman

A l'époque moderne, l'expression réapparaît, mais dans un sens radicalement différent, pour désigner cette fois les habitants des villes, les bourgeois, ainsi que le système d'échanges économiques qui les unit. Dans la hiérarchie des ordres qui caractérise l'Ancien régime, la société civile se définit en une double opposition avec la société religieuse (le clergé) et la société militaire (la noblesse). Politiquement, elle équivaut donc au tiers-état, qui rassemble l'immense majorité des personnes dépourvues de privilèges et pour l'essentiel de pouvoir politique. Avec la Révolution cependant, le tiers-état devient la Nation et récupère nominalement pour son compte la souveraineté royale. Toutefois, cette souveraineté s'exerce dans des conditions qui n'ont plus rien de commun avec la démocratie antique. Le peuple délègue ses « pouvoirs » à des représentants qui seuls votent la loi et sont censés contrôler l'exécutif à la tête de la machine administrative de l'Etat. En outre, seuls les « citoyens actifs » participent à la désignation des représentants, ce qui exclut en pratique les femmes, les travailleurs, les jeunes et les étrangers de toute participation officielle à la vie politique. Dans ce contexte, les combats marquants de la société civile à partir du 19^{ème} siècle visent à l'extension du droit de vote (suppression du cens, suffrage universel, vote des femmes, abaissement de la majorité politique, vote des étrangers, parité...) et partant à l'accession à la citoyenneté et à la représentation politique pour tous. Dans les faits, la citoyenneté moderne semble d'ailleurs se résumer pour l'essentiel à la seule participation électorale. Le déclin régulier de cette participation dans la plupart des démocraties occidentales au cours des dernières décennies est dès lors interprété comme exprimant la désaffection ou le désintérêt pour la chose publique de couches de plus en plus larges de la population, qui sont censées se replier exclusivement sur leur « sphère privée », professionnelle ou familiale.

C'est dans ce contexte de relative apathie politique que l'expression « société civile » ressurgit à nouveau de ses cendres pour désigner cette fois, à partir des années septante et quatre-vingt, les foyers de dissidence qui, en particulier en Europe centrale et orientale, résistent à la répression des régimes totalitaires en bout de course ainsi que les associations qui tentent d'organiser des formes de solidarité concrètes en dehors de l'appareil d'Etat et des organisations officielles, comme le syndicat *Solidarnosc* en Pologne, les églises, certaines associations de femmes ou de quartiers. Les révolutions de velours mettent en vedette ces structures vivaces de la société civile qui ont réussi à survivre et même à triompher d'une entreprise totalitaire qui visait précisément à les anéantir ou à les assujettir complètement à l'emprise de l'Etat. Au même moment, l'expression « société civile » commence à désigner à l'Ouest les mouvements et associations, souvent issus de la « deuxième gauche », qui rompent avec l'idéal révolutionnaire de mai 68 pour privilégier la mobilisation de l'opinion sur des thèmes précis et concrets, comme l'écologie ou le désarmement, ou la mise sur pied de formes concrètes de solidarité et d'aide aux plus démunis. Certaines

La société civile et ses droits

de ces organisations étendent leur champ d'action bien au-delà de leur pays d'origine, à l'ensemble de la planète. Elles bénéficient d'une forte médiatisation et de la considération du grand public comme les *French doctors* de *Médecins Sans Frontières* ou de *Médecins du Monde*, qui assurent l'aide d'urgence aux populations victimes de la guerre ou de catastrophes naturelles, *Amnesty International* pour son action en faveur de la libération des prisonniers politiques ou *Greenpeace* pour ses actions spectaculaires dans le domaine de la protection de l'environnement. Deux d'entre elles, *Handicap International* et *MSF* voient leurs activités récompensées par le prestigieux Prix Nobel de la Paix.⁴

Au fil du temps, les Organisations Non Gouvernementales (les fameuses O.N.G.) s'imposent ainsi comme les acteurs les plus représentatifs, les plus dynamiques et les plus sympathiques d'une société civile renouvelée et élargie au niveau de la planète où se posent et se décident de plus en plus les grandes questions de société, comme la paix, le partage des ressources, la préservation de l'environnement, les droits de l'homme... Si ces organisations se caractérisent d'abord par leur extrême diversité, elles n'en occupent pas moins une place relativement originale et spécifique dans le champ social et politique. D'une part, bien qu'elles soient issues de l'initiative privée et associent en principe des personnes et des moyens d'origine privée, les organisations de la société civile se distinguent des entreprises et plus généralement des acteurs économiques par la nature non marchande de leurs activités et les objectifs d'intérêt général qu'elles poursuivent. Mais, d'autre part, malgré la nature ou la portée proprement politiques de leurs actions et revendications, ces associations prennent grand soin à se démarquer des structures politiques et administratives traditionnelles, tant au niveau des Etats que des organisations intergouvernementales. Elles s'appliquent d'ailleurs le principe d'autolimitation qui, à la différence des partis politiques ou dans une moindre mesure des syndicats, leur interdit toute stratégie de prise de pouvoir, d'infiltration de l'appareil d'Etat ou éventuellement même de participation à des structures institutionnelles de décision et de gestion⁵.

De nature hybride, ce tissu d'associations semble donc échapper à la division bipolaire classique entre secteur privé et secteur public pour former une sorte de « tiers-secteur » qui tente de se tenir à égale distance du marché et de l'administration. Ni Etat, ni marché, la société civile contemporaine renoue ainsi, mais dans des termes entièrement nouveaux, avec une définition négative, par défaut ou par retranchement. Cette formule négative trahit peut-être quelque chose

4. Voyez *infra* le chapitre 8 de Philippe Laurent consacré à la société civile internationale.

5. Voyez *infra* chapitre 7 l'étude approfondie que Guy Haarscher consacre à cette notion d'autolimitation.

Benoit Frydman

de la nature même du concept qui, par delà les différences de régime, persiste à désigner cet « en-dehors » qui excède ou déborde le cadre institutionnel et potentiellement lui résiste ou du moins le perturbe ; ce qui, dans un système politique, échappe à la systématisation et qui, précisément pour cette raison, est facteur d'évolution, d'innovation et de changement. En cela, la société civile représente, depuis le siècle des Lumières, une instance potentielle de critique et de contestation de l'ordre établi. Même réactionnaire, elle se situe en général du côté du mouvement ou au moins de la revendication, de la réclamation. Elle est la porte, plus ou moins bien gardée, par laquelle les courants d'air de l'histoire tentent de s'engouffrer dans l'édifice institutionnel pour en renouveler l'atmosphère.

Si le concept de société civile renvoie à cet écart, à ce décalage qui sépare nécessairement la « société réelle » et ses aspirations de leur figuration politique, on comprend que le système cherche, surtout en démocratie, à résorber ou à réduire cet écart de manière à ce que le gouvernement demeure « en prise » avec la société et avec la réalité. D'où la tentation des instances officielles de consulter les organisations ou les membres éminents de la société civile, voire même de les associer à la définition et à l'exécution des politiques publiques. Semblable idée inspire manifestement l'attitude de bon nombre d'organisations internationales parmi les plus importantes, telles que l'O.N.U., la Banque Mondiale ou l'Union européenne par exemple. Ces agences accordent de plus en plus largement des « statuts consultatifs » à de multiples acteurs privés non étatiques⁶, les invitent à participer à de grandes conférences⁷ et à débattre dans des forums⁸, ou parfois même font mine de les associer plus ou moins directement aux décisions et à leur mise en œuvre⁹. La participation de la société civile permet sans doute, à leurs yeux, de suppléer le « déficit démocratique » dont souffrent le plus souvent les instances intergouvernementales et ainsi de renforcer leur légitimité. Toutefois, on peut à bon droit s'interroger sur les titres de ces représentants auto-proclamés de la société civile à s'asseoir à la table des délibérations, où ils ne tiennent pas leur siège d'une élection, mais bien d'une invitation officielle que leur vaut leur activisme et leur réputation, sinon d'autres motifs moins avouables. Leur implication est-elle le

6. Notamment au niveau du Conseil Economique et Social des Nations-Unies, mais aussi au niveau de la Commission européenne dans le cadre de la politique agricole ou de la politique sociale.

7. Par exemple, la Conférence mondiale contre le racisme organisée par l'O.N.U. à Durban en 2001, à laquelle participaient de très nombreuses O.N.G. et autres acteurs « non-étatiques » de tous genres.

8. Voyez *infra* au chapitre 9 l'étude de Costa et Magnette sur les nombreux forums organisés par les différents organes de l'Union européenne, spécialement la Commission et le Parlement.

9. Comme par exemple à l'O.I.T. (Organisation Internationale du Travail) où les délégations étatiques sont composées, outre deux délégués du gouvernement, d'un représentant des travailleurs et d'un représentant des employeurs.

La société civile et ses droits

signe d'une démocratisation de la vie politique ou une mise en scène destinée à produire un effet de trompe-l'œil ?

Ce problème fondamental de la participation directe de la société civile au débat et à la décision politiques se trouve le plus souvent posé par rapport à la *représentativité* des acteurs qui y sont impliqués. Les personnes issues de la société civile qui s'impliquent dans les débats publics sont-elles véritablement représentatives des courants d'opinions et des groupes d'intérêts qui traversent et structurent l'ensemble de la société ? A première vue et en pure logique, cette question est absurde. Dans la mesure où la société civile désigne, comme on l'a vu, les citoyens en tant qu'ils ne sont pas représentés par leurs représentants politiques, il y a peu de sens sinon aucun à envisager sa légitimité en termes de représentation. Les membres de la société civile qui s'investissent dans le débat et l'action publics ne s'autorisent que d'eux-mêmes et, à proprement parler, ils ne représentent personne. Mais, dans ces conditions, de quel poids politique pèsent-ils et quels droits peuvent-ils faire valoir à participer au débat public ? Cette question, apparemment complexe, est en réalité clairement réglée dans les constitutions dites « libérales » qui organisent la plupart des régimes démocratiques. Autrement dit, *la société civile a des droits et ceux-ci sont clairement définis et garantis par la Constitution*. Toutefois, ce régime (sinon les dispositions qui le consacrent) est généralement méconnu, ce qui nécessite que l'on y s'attarde quelque peu ici.

III. —

IV. — LA SOCIÉTÉ CIVILE DANS LA CONSTITUTION

Pour la plupart des spécialistes du droit constitutionnel, la société civile demeurerait jusqu'il y a peu une parfaite inconnue ou presque. Si, comme c'est bien connu, le texte constitutionnel décrète que « tous les pouvoirs émanent de la Nation », il précise tout aussitôt que lesdits pouvoirs « (...) sont exercés de la manière définie par la Constitution »¹⁰. Or ces pouvoirs constitués ne font guère de place aux citoyens dans l'exercice des responsabilités, si l'on excepte la compétence du jury populaire, limitée au jugement des affaires criminelles par la

10. Constitution belge, article 33, al. 1 et 2.

Benoit Frydman

Cour d'assises¹¹. Pour le surplus, le Peuple élit ses représentants dans les assemblées législatives et les assemblées locales, devant lesquels sont responsables les exécutifs. En démocratie représentative, le rôle politique de la société civile, entendue au sens originel comme la communauté ou l'assemblée des citoyens, se réduirait donc en substance à l'exercice du droit de vote. Après l'élection, le rôle politique du citoyen est terminé. Il n'a plus voix au chapitre sur les affaires publiques, dont il a irrévocablement confié le sort à ses mandataires, au moins jusqu'au scrutin suivant.

Une telle interprétation de notre régime politique, pour répandue qu'elle soit, est pourtant incorrecte sur le plan juridique, comme l'enseigne clairement le texte même de la Constitution et son architecture. La Constitution belge, à l'instar de ces homologues, traite essentiellement, d'une part, des droits fondamentaux des citoyens¹² et, d'autre part, de l'organisation des pouvoirs constitués¹³. Ces deux sujets sont souvent abordés séparément par les spécialistes, l'un au titre des droits de l'homme et des libertés publiques, l'autre sous l'intitulé du droit public ou institutionnel. Pareille division des matières tronque cependant quelque peu la perspective dans la mesure où elle occulte les rapports entre ces deux domaines, que tentent précisément d'articuler les constitutions démocratiques. En reconsidérant dans cette perspective les dispositions constitutionnelles, le lecteur attentif découvre que les relations entre les gouvernés et les gouvernants sont en réalité *au cœur* des préoccupations et qu'il s'agit non pas seulement de garantir les droits des individus par la limitation et la division des pouvoirs du gouvernement (ce qui définit *l'Etat de droit*), mais aussi de rendre possible le contrôle permanent des gouvernants par les citoyens (ce qui relève de la *démocratie*).

En d'autres termes, si le Peuple ou la Nation ne gouverne pas, les citoyens ne sont pas pour autant cantonnés à un rôle passif et muet durant le long intervalle qui sépare deux consultations électorales. Les auteurs des constitutions libérales, qui, ne l'oublions pas, entendaient renverser le pouvoir d'Ancien régime et sa logique absolutiste, ont voulu, conformément à l'idéal des Lumières, que les personnes investies de l'autorité publique exercent désormais leurs responsabilités sous le regard vigilant et si possible bien informé de l'opinion publique, considérée, par défaut, comme l'instance suprême de la raison en politique. C'est dans cet esprit qu'ils ont forgé un véritable statut constitutionnel de la société civile et lui ont accordé des droits qui, n'en déplaise aux constitutionnalistes, relèvent pleinement du droit positif.

11. En vertu de l'article 150 de la Constitution, ainsi que pour le jugement des délits politiques et des délits de presse (à l'exception de ceux inspirés par le racisme et la xénophobie).

12. V. le titre II de la Constitution belge : « Des Belges et de leurs droits ».

13. V. le titre III de la Constitution belge : « Des pouvoirs ».

La société civile et ses droits

L'élection des représentants mis à part, ce *statut constitutionnel de la société civile* repose en ordre principal sur trois piliers.

Premièrement, en vertu du *principe de publicité*, les actes du pouvoir ne sont valables et obligatoires qu'à la condition d'avoir été préalablement rendus publics. C'est en vertu de ce principe que les lois et arrêtés doivent être publiés au journal officiel¹⁴ et que les jugements et arrêts doivent être prononcés, à peine de nullité, en audience publique¹⁵. La même règle de publicité s'étend normalement aux délibérations des assemblées législatives ainsi que des cours et tribunaux.¹⁶ A tort, ces dispositions sont généralement considérées aujourd'hui comme de simples formalités dénuées de substance. Nos ancêtres y voyaient au contraire le seul moyen de mettre fin à la pratique généralisée du *secret*, qui caractérisait l'arbitraire de l'Ancien régime, afin de créer les conditions d'une surveillance effective de la puissance publique par les citoyens. Ainsi, Kant élève-t-il le principe de publicité au rang d'*axiome fondamental de la légalité*, avant même les principes de liberté et d'égalité ou les autres droits fondamentaux garantis aux individus.

Cependant, si la publicité est la condition nécessaire d'un contrôle du pouvoir par les citoyens, elle n'offre pas à elle seule le moyen suffisant de mener ce contrôle à bien. Encore faut-il s'assurer que les citoyens soient effectivement mis au courant des actes du pouvoir et puissent librement faire entendre leur avis et leurs critiques. Ce second objectif est assuré par un *faisceau de droits politiques*, au nombre desquels on comptera bien sûr la liberté d'opinion et d'expression et le droit de pétition, mais aussi la liberté de conscience et la liberté d'enseignement, ainsi que ces prérogatives indispensables à toute action politique collective conséquente que sont la liberté de réunion et la liberté d'association. L'ensemble de ce dispositif garantit ce que Habermas appelle « *la sanctuarisation de l'espace public* ». Il a pour objectif d'empêcher le gouvernement, non pas d'intervenir dans le débat public (ce qui serait absurde et nuisible) mais bien de faire pression sur le libre cours de ce débat en usant de la puissance publique - qu'il s'agisse de la contrainte de la loi ou de l'intervention des forces

14. Art. 190 de la Constitution : « Aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publiée dans la forme déterminée par la loi ».

15. Art. 149 de la Constitution : « Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique ».

16. Art. 47 de la Constitution pour les délibérations des assemblées législatives : « Les séances des Chambres sont publiques. Néanmoins, chaque Chambre se forme en comité secret, sur la demande de son président ou de dix membres. Elle décide ensuite, à la majorité absolue, si la séance doit être reprise en public sur le même sujet ». Art. 148 de la Constitution pour les audiences des cours et tribunaux : « Les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement. En matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité. »

Benoit Frydman

de l'ordre - à des fins de répression, de rétorsion ou d'intimidation des opposants à sa politique.

La *liberté de la presse* constitue le troisième et dernier élément de ce triptyque. La presse et plus généralement les médias remplissent en effet une fonction indispensable et irremplaçable dans les démocraties de masse dans la mesure où eux-seuls sont susceptibles d'assurer en pratique la circulation de l'information au sein de la population et de relayer les revendications et les mouvements d'opinion. La scène médiatique constitue ainsi une sorte d'*espace public virtuel* qui reflète (souvent en les déformant) les différents centres d'intérêts et les multiples courants d'opinion qui traversent la société et rend compte du dialogue entretenu entre le gouvernement et les différentes composantes du tissu social. Encore faut-il pour cela rendre l'accès à ces médias possible et en garantir le caractère pluraliste face aux forces étatiques ou marchandes qui tentent plus ou moins ouvertement de s'en assurer le contrôle.

V. — VERS UNE DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE ?

Comme on le voit, le modèle libéral confère en théorie à chaque citoyen ou groupe de citoyens le droit de participer activement à la vie politique et de faire entendre sa voix dans les débats publics, sans devoir *a priori* montrer patte blanche ou faire la preuve de sa représentativité ou de sa responsabilité¹⁷. Au fond, le modèle libéral conçoit l'espace public à la manière d'un marché où les idées, qui doivent pouvoir circuler et s'échanger librement, se font concurrence, les « meilleures » étant censées s'imposer à l'accord du plus grand nombre, tandis que les autres sont condamnées à disparaître ou à s'amender.¹⁸ Cependant, ce modèle soulève des objections analogues à celles traditionnellement adressées au libéralisme économique. À savoir, qu'en raison de l'inégalité des ressources, certains groupes puissants ou bien organisés disposent davantage de moyens de faire valoir leurs idées auprès des gouvernants (notamment par le lobbying) et de les faire circuler dans l'opinion (notamment par le contrôle des médias), tandis que les minorités défavorisées ne bénéficient pas toujours en pratique de la possibilité de mettre en œuvre les droits formels que leur garantit la Constitution et sont dès lors plus ou

17. L'Anglais utilise le terme « accountability » pour désigner cette capacité de rendre des comptes, de répondre de ses actes devant autrui, en le distinguant bien de la notion de responsabilité juridique que traduit le terme « liability ». Le mot français « responsabilité », plus ambigu, ne rend en outre pas tout à fait l'idée de rendre compte, à laquelle s'adjoint aussi un élément de fiabilité.

18. Cette idée est traduite par le concept utilitariste de *marketplace of ideas* (marché des idées), qui a été très popularisée par Justice Holmes dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine relative à la liberté d'expression et de presse à partir de 1919.

La société civile et ses droits

moins condamnées au silence ou à la discrétion. Ce phénomène trouve d'ailleurs une illustration bien connue sur la scène internationale, où l'on constate que les « grosses » O.N.G., celles qui comptent et exercent de l'influence sur le terrain, dans l'opinion et dans les enceintes officielles, sont pratiquement toutes issues des pays du Nord, assurant de ce fait une sur-représentation des préoccupations ou des intérêts des populations des pays développés, qui ne constitue qu'une fraction nettement minoritaire et privilégiée de l'humanité.

La solution à ce problème passe non pas bien sûr par la remise en cause des droits de participation politique, qui sont en tout état de cause loin d'être garantis sur toute la surface du globe¹⁹, mais plutôt par la mise en œuvre de moyens de nature à en promouvoir l'exercice effectif par le plus grand nombre, de manière équilibrée. Pour ce faire, *deux pistes différentes* sont actuellement proposées, qui obéissent à des logiques opposées, mais pouvant déboucher sur des réalisations complémentaires, tant au niveau interne qu'au plan international.

La première piste, inspirée de la philosophie de la communication de *Habermas*²⁰, puise aux sources du libéralisme politique pour en approfondir le projet démocratique et en renouveler les pratiques. Elle demeure attachée au principe d'une séparation claire entre l'État et la société civile, mais tente de renforcer le pôle de la société civile pour favoriser un meilleur fonctionnement de la démocratie. Ce modèle parie sur le potentiel d'engagement des citoyens, sur le « capital social » susceptible de s'investir dans la participation politique. Il estime cependant nécessaire d'ouvrir, de stimuler et de structurer les espaces publics de discussion où la société civile peut se faire entendre et de protéger ces espaces contre les pressions et les influences indues. On retrouve ici le thème de la « sanctuarisation » de l'espace public, mais il s'agit d'aller au-delà des « libertés négatives », qui demandaient seulement à l'État qu'il s'abstienne d'intervenir pour, au contraire, lui demander à présent de prendre des actions positives en vue de susciter les conditions favorables à un débat politique vigoureux. Concrètement, une telle politique se traduit par différents ordres de mesures qui affectent en réalité tous les aspects du statut constitutionnel classique de la société civile.

Il s'agit en premier lieu de *renforcer la publicité* et d'abord en étendant le principe constitutionnel à l'action de l'administration et de ses différents services de même qu'aux agences spécialisées. Cette réforme est la conséquence logique du développement considérable de l'action administrative, mais elle procède aussi d'un souci de réduire

19. Bien qu'ils soient formellement reconnus et protégés par les conventions internationales qui protègent les droits de l'homme, tels le Pacte de l'O.N.U. sur les droits civils et politiques et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

20. Voyez *infra* chapitre 6 « Habermas et la société civile contemporaine ».

Benoit Frydman

au plus juste les marges discrétionnaires d'appréciation des gouvernants. Au plan national, il s'agit d'un combat de longue haleine engagé d'abord au niveau juridictionnel et spécialement du Conseil d'État pour imposer à l'administration de motiver ses actes de manière toujours plus circonstanciée, en faisant la preuve qu'elle a pris en compte et rencontré les différents points de vue, ce qui suppose en fait qu'elle ait entendu ou consulté au préalable les parties intéressées à l'affaire, voire pris l'avis d'experts extérieurs. L'information effective des citoyens requiert en outre la modernisation et la « déformalisation » des modes de publicité, le développement d'Internet représentant à cet égard une ressource puissante et d'autant plus précieuse qu'il réduit fortement le coût de diffusion de l'information. Au-delà du bon vieux principe de publicité, le principe voisin de *transparence* de l'action administrative, qui vise idéalement à transformer les citadelles du pouvoir en tours de verre, se trouve convoqué en permanence et mis à toutes les sauces. Au niveau international, les instances de l'Union européenne et de certaines organisations comme l'O.M.C. cultivent particulièrement ce thème en réponse aux accusations dont elle doivent souvent répondre à propos du caractère technocratique de leur fonctionnement, de la complexité de leurs procédures ou de la composition fermée de leurs cénacles.²¹

Un deuxième ordre de mesures vise à *multiplier les lieux informels de discussion et d'échanges* entre des segments de la société civile et les instances institutionnelles correspondantes. Un tel activisme du débat est particulièrement spectaculaire sur les scènes européenne et internationale où l'on a vu, au cours de ces dernières années, une explosion des grandes conférences et autres forums où les O.N.G. et représentants de multiples groupes d'intérêt et courants d'opinions, ainsi que des experts sont invités en grand nombre. Il s'agit pour les gouvernants de prendre le pouls de la société civile, d'écouter ses revendications et ses réclamations, de faire si possible dialoguer ensemble les opinions et les intérêts différents, voire même d'acquérir de l'expertise à bon compte sur un sujet précis avant d'arrêter une politique ou de décider d'un programme d'action. Dans le même temps, la nécessité se fait jour d'organiser ces nouvelles enceintes de débat et d'en régler les procédures conformément aux règles de l'éthique de la discussion. Pour n'en donner ici qu'un exemple, il faut notamment fixer les modalités d'invitation de manière à garantir à la fois un accès ouvert et équilibré aux différents groupes intéressés.

Un troisième ordre de mesures concerne les médias. Tandis que le modèle libéral se bornait à garantir « négativement » la liberté

21. Ces organisations ont également été instruites par le précédent de l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (A.M.I.), négocié de manière confidentielle au sein de l'O.C.D.E., une fuite sur Internet ayant provoqué en 1998 dans les milieux de la société civile une forte mobilisation internationale qui devait rapidement conduire à la défection de certains gouvernements nationaux et finalement à l'abandon du projet.

La société civile et ses droits

d'expression et de pression par l'interdiction de la censure, l'objectif assigné ici consiste à *promouvoir le pluralisme de l'information*, notamment au niveau des rédactions et des conseils d'administration des médias spécialement audiovisuels ainsi que dans la représentation des différents groupes d'intérêt au niveau de l'autorité de contrôle, mais aussi en organisant un véritable *droit d'accès aux médias* ou en assouplissant les conditions du droit de réponse dans les débats d'intérêt public.²²

Un autre moyen d'action encore de la société civile qui mérite une considération particulière consiste à saisir la justice. Tandis que la représentation parlementaire est pratiquement verrouillée par les partis politiques, l'accès aux cours et tribunaux est généralement plus facile et susceptible d'offrir une excellente tribune aux revendications et aux réclamations des citoyens. Un des moyens de promouvoir le débat public et la participation citoyenne consiste dès lors à ouvrir plus largement les portes des prétoires nationaux et internationaux aux organisations de la société civile en leur reconnaissant le droit (souvent encore contesté à l'heure actuelle) d'agir au nom des valeurs d'intérêt commun qu'ils défendent. La reconnaissance de l'action collective (*class action*) représente une autre possibilité équivalente de stimuler la participation publique par les voies de la justice.²³

Enfin, un moyen important de renforcer la société civile consiste tout simplement pour les pouvoirs publics à les soutenir financièrement. De fait, bon nombre d'associations qui relèvent du tiers-secteur ou du non-marchand (et qui précisément pour cette raison peinent à s'autofinancer), sont en réalité massivement subsidiées par des fonds publics et parfois mêmes directement créées à l'initiative des pouvoirs publics. Il est également fréquent que les institutions européennes ou internationales accordent des allocations ou des indemnités aux O.N.G. qui contribuent à leurs travaux, notamment pour couvrir les frais de participation à une conférence internationale. Ces organisations peuvent aussi être liées aux instances gouvernementales ou intergouvernementales par des contrats rémunérés, par exemple en vue de la réalisation d'une étude ou d'un rapport ou même pour la mise en œuvre des politiques sur le terrain. De tels procédés, s'ils sont fréquents, jettent le soupçon sur l'indépendance réelle de certains acteurs dits de la société civile et mettent en évidence les dangers réels et permanents d'une instrumentalisation de ceux-ci par les puissances de la politique ou de l'argent. On sait ainsi que certaines O.N.G.,

22. Sur la perspective d'un droit positif d'accès aux médias à garantir par les pouvoirs publics, voir l'intéressant arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *VgT Verein Gegen Tiergräbriken c. Suisse* du 28 juin 2001 et le commentaire éclairé de P.F. Docquir, « Participation aux débats d'intérêt général : vers la reconnaissance d'un droit d'accès à la tribune médiatique ? » dans la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 1045-1053.

23. Voyez *infra* chapitre 10 l'étude approfondie consacrée par Paul Martens à cette question.

Benoit Frydman

familièrement désignées sous le nom de « Gongos » (acronyme pour *Governmental Non Governmental Organizations*) ne sont que le faux nez de certains gouvernements peu reluisants. Mais il est également manifeste que, faute de subsides, les O.N.G. des pays du Sud n'ont pratiquement pas les moyens de participer à la vi^e politique internationale. Ce problème conduit dès lors à appliquer aux associations de la société civile elles-mêmes un devoir de transparence, en leur demandant de publier leurs comptes et la liste de leurs membres, de manière à faire la lumière sur leurs sources de financement et les intérêts qu'elles représentent véritablement.

La seconde piste pour renforcer le statut et les prérogatives de la société civile part de la thèse inverse selon laquelle la séparation libérale de l'Etat et de la société est intenable et dangereuse – car elle risque de les dresser l'un contre l'autre – et qu'il faut au contraire multiplier entre les deux non seulement les relais et les points de rencontre, mais encore instituer de véritables entités intermédiaires qui encadrent et structurent la société civile en même temps qu'elles l'articulent et l'amarrent à l'appareil d'Etat. Ce second modèle puise ses racines dans la philosophie du droit de *Hegel*, penseur par excellence des médiations, et trouve un débouché naturel dans les régimes de type inter-communautaires ou néo-corporatistes.²⁴ Pratiquement, il s'agit d'abord de structurer et donc de stabiliser la société civile en la segmentant en un certain nombre de groupes d'intérêt (par exemple les classes sociales ou les catégories socioprofessionnelles), pour ensuite inviter les représentants de ces groupes à participer, sous la houlette de l'Etat, à la délibération et à la gestion des politiques publiques qui les affectent directement. Dans le domaine social, la négociation collective des relations de travail, la gestion de la sécurité sociale et l'institution du Conseil économique et social constituent les meilleurs exemples de cette approche, que l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.) tente de reproduire à l'échelon international. Beaucoup de voix s'élèvent aujourd'hui, tant au niveau national qu'européen et international, qui réclament une réforme de ces institutions et de leur composition, notamment pour y inclure des représentants du secteur non marchand et donc l'ouvrir aux acteurs les plus dynamiques de la société civile contemporaine.

On comprend mieux dans ce contexte, qui implique une véritable participation des représentants de la société civile à l'exercice du pouvoir, l'exigence de *représentativité*, adressée aux organisations de la société civile. Il importe en effet de vérifier que ceux qui demandent à s'asseoir à la table des négociations représentent effectivement les différents groupes d'intérêts considérés, non seulement pour conférer une certaine légitimité aux compromis qui y seront adoptés, mais aussi afin que chaque représentant soit en mesure de garantir jusqu'à

24. Voyez *infra* chapitre 3 l'étude de N. Giovannini, « Hegel et la "bürgerliche Gesellschaft" ».

La société civile et ses droits

un certain point l'accord et la loyauté de sa « base » à l'égard de l'accord conclu.

Si un tel modèle participatif est parfaitement concevable dans l'ordre interne, en particulier dans des pays comme la Belgique, qui pratique de longue date un système de concertation par « piliers », il est beaucoup plus délicat à mettre en œuvre au niveau des organisations internationales. Cette difficulté tient sans doute essentiellement au caractère somme toute très peu démocratique de la VI^e politique internationale. Les Etats y conservent jalousement l'essentiel du pouvoir de décision et leurs délégations se montrent plus que réticentes à abandonner aux acteurs non étatiques, qui ne sont au fond que des « sujets passifs » du droit international²⁵, une part même minime ou symbolique de leur *imperium*. Si donc leur déficit démocratique pousse tout spécialement les organisations internationales à s'entourer des avis et du concours des « représentants » de la société civile, quitte à leur accorder généreusement des statuts consultatifs ou des moyens financiers, le même motif les retient de conférer à ceux-ci un réel pouvoir de décision.

Au-delà même de cet obstacle conjoncturel, l'association de représentants de la société civile à l'exercice du pouvoir politique pose un certain nombre de difficultés fondamentales qui tiennent au concept même et au statut de la société civile. D'abord, ses opposants font valoir qu'il tend à figer les clivages qui traversent la société au détriment de l'unité et de l'identité politiques du corps social que l'on trouve à l'origine inscrite dans l'idée de communauté politique. Ensuite, l'attribution aux organisations de la société civile d'un pouvoir de décision semble contrevenir directement au principe d'autolimitation qui fonde leur spécificité et dirige normalement leur action. Pratiquement, comment une organisation de la société civile pourra-t-elle encore jouer sa fonction de contrôle et de critique d'une politique à laquelle elle a été directement associée ? Comment pourra-t-elle alerter l'opinion publique, si elle est elle-même partie prenante au processus de décision et liée par ses résultats ? Les dangers de la confusion des genres sont ici loin d'être négligeables, tant pour les organisations de la société civile, qui risquent d'y perdre leur identité, que pour les citoyens eux-mêmes, dont les associations sont ainsi attirées et éventuellement récupérées par les sphères du pouvoir.

*

Le présent ouvrage réunit plusieurs contributions qui s'inscrivent dans une recherche collective sur la société civile, financée par le Fonds pour la Recherche Fondamentale Collective (F.R.F.C.), dans le cadre du programme « Droit et démocratie : les nouvelles régu-

25. Par analogie avec la catégorie des « citoyens passifs » dans les théories post-révolutionnaires de la souveraineté nationale, mentionnée au début de cette introduction.

Benoit Frydman

lations », auquel collaborent le Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles, le Séminaire Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques des Facultés Universitaires Saint-Louis et le département de philosophie politique de l'Université de Liège.

Cette recherche a débuté par un séminaire organisé en février et mars 2000 à l'U.L.B. sur le thème : « Qu'est-ce que la société civile ? ». Elle s'est poursuivie avec deux colloques organisés en 2001 et 2002 successivement à l'U.L.B. et aux F.U.S.L., en collaboration avec le Mouvement de la Société civile, sur les thèmes : « Société civile et Etat : face à face » et « Société civile et syndicats ». Cette série de colloque se poursuivra en 2003 et 2004 par une série de rencontres sur le thème « Société civile et expertise ». En parallèle, le Centre de Philosophie du Droit est engagé depuis 2002 avec le Centre de Droit International de l'U.L.B. dans une recherche collective financée par les S.S.T.C. sur le thème : « La participation de la société civile à la prise de décision et aux mécanismes de contrôle des organisations internationales », menée en collaboration avec une équipe de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris et une équipe de l'University College de Londres.

Les contributions rassemblées dans cet ouvrage émanent de philosophes, de juristes et de politologues, ainsi que de spécialistes de la société civile, qui ont en commun d'avoir réfléchi sur la question de la démocratie et de ses mutations. Une partie des contributions a été rédigée pour le séminaire « Qu'est-ce que la société civile ? ». Les autres contributions ont été suscitées par les questions, discussions et controverses suscitées ou développées lors de ce séminaire. Nous remercions tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont participé et prêter leur concours à cette entreprise.

Bruxelles, juillet 2003