Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?

Albane Geslin, Emmanuelle Tourme-Jouannet

▶ **To cite this version:**

Albane Geslin, Emmanuelle Tourme-Jouannet. Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?. Confluence des droits, pp.204, 2019, 9791097578077. hal-02446011

HAL Id: hal-02446011

https://sciencespo.hal.science/hal-02446011

Submitted on 17 May 2021

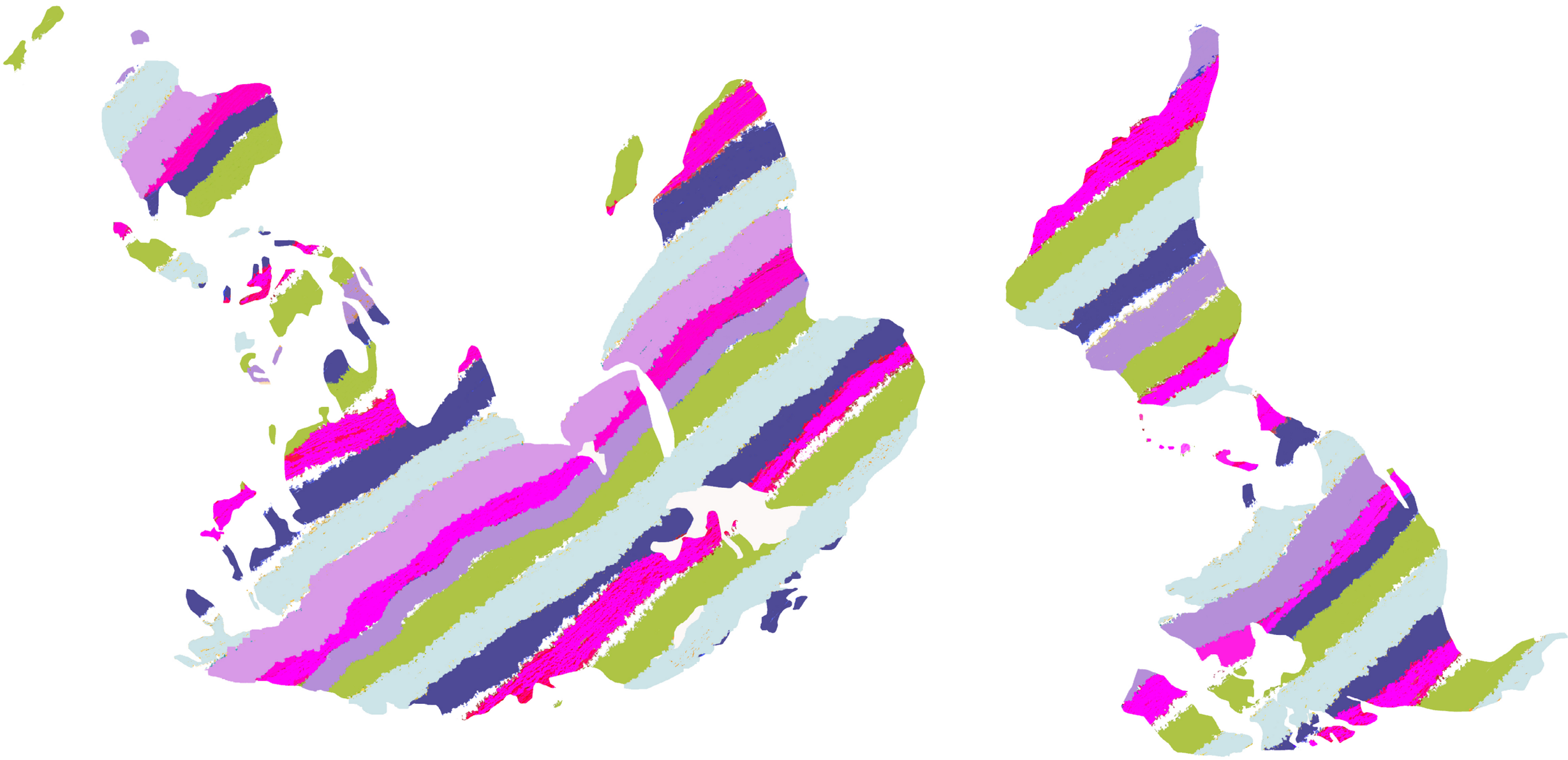
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?

sous la direction de
Albane Geslin et Emmanuelle Tourme Jouannet

7



INFLUENCE des droits
collection d'ouvrages numériques

NFLUENCE
des droits
collection d'ouvrages numériques

NFLUENCE
des droits

Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-03-9

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en Provence : Droits International, Comparé et européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits

ISBN : 979-10-97578-07-7
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle, *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2018.
Disponible sur Internet : http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits
ISBN : 979-10-97578-07-7

Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?

sous la direction de
Albane Geslin
Emmanuelle Tourme Jouannet

Sommaire

Liste des abréviations 9

Propos introductifs – Décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance 11

Albane Geslin, Professeure de droit public. Sciences Po Aix - Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Emmanuelle Tourme Jouannet, Professeure de droit public, École de Droit, Sciences Po, Paris.

Partie I. Regards théoriques et méthodologiques sur le droit international de la reconnaissance

La recherche en droit international de la reconnaissance – Quelle(s) posture(s) épistémologique(s) ? 19

Albane Geslin, Professeure de droit international public. Sciences Po Aix - Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Difficultés à déconstruire et opportunité de refonder le droit (international) à partir du droit (de la reconnaissance) 35

Diane Bernard, Professeure, Université Saint-Louis – Bruxelles.

Une approche critique et pragmatique du droit international des droits humains – Pour une réappropriation par les « subalternes » 47

Jeremy Perelman, Professeur, Directeur de la Clinique, École de Droit, Sciences Po Paris.

James Lorimer – La genèse de la notion de reconnaissance en droit international 65

Paul Bourgues, Juriste.

Partie II. Le droit international de la reconnaissance en actes

La reconnaissance des droits fonciers des peuples en Afrique et leur interaction avec les politiques dites « de développement » 83

Sarah Lazaar, Doctorante en droit comparé, École de Droit de la Sorbonne, Paris 1 Panthéon Sorbonne.

« La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements 97

Makane Moïse Mbengue, Professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université de Genève ; Professeur affilié à l'Ecole de droit de Sciences Po Paris.

Le droit international économique comme moyen de « décoloniser » le droit international ? L'exemple des préférences commerciales 119
Kiara Neri, Maître de conférences HDR, Université Jean Moulin Lyon 3.

Entre principes et procédures – Les défis de l'affaire *Chevron* pour la reconnaissance et la *décolonialité* en Amérique Latine 133
Ademar Pozzatti Junior, Professeur de droit international à l'Université Fédérale de Santa Maria – Brésil.

Droit international de la reconnaissance – Le cas des victimes de guerre à la fin du conflit ivoirien 147
Lydie Kiki-Neme, Assistante en droit public à l'Université Peleforo Gon Coulibaly de Korhogo (Côte d'Ivoire).

Reconnaissance et identité collective à Madagascar 175
Joël Radaody, Dirigeant de l'association Exequatur.

L'absence de reconnaissance constitutionnelle des *bahá'ís* en Iran : défis et conséquences pour la plus grande minorité religieuse non musulmane du pays 185
Thibaud Baghdadi, Coordinateur juridique du centre de rétention administrative de Nîmes pour l'Association Forum Réfugiés-Cosi.

Liste des abréviations

AAA	*American Arbitration Association*
ACP	Afrique Caraïbes Pacifique
AJIL	*American Journal of International Law*
AFDI	Annuaire français de droit international
AIJC	Annuaire international de Justice constitutionnelle
ADDR	Autorité pour le Désarmement, la Démobilisation et la Réinsertion (Côte d'Ivoire)
CDI	Commission du droit international
CDVR	Commission Dialogue, Vérité et Réconciliation (Côte d'Ivoire)
CNE	Commission nationale d'enquête (Côte d'Ivoire)
CIJ	Cour internationale de Justice
CNS	Conseil National de Sécurité (Côte d'Ivoire)
Com.ADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
ComIADH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
CONARIV	Commission Nationale de Réconciliation et d'Indemnisation des Victimes de guerre (Côte d'Ivoire)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CourIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CSE	Cellule Spéciale d'Enquête (Côte d'Ivoire)
DDR	Désarmement, Démobilisation et Réinsertion
DIDH	Droit international des droits de l'homme
DIH	Droit international humanitaire
ECCHR	*European Center for Constitutional and Human Rights*
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations unies
EIA	*Environmental Impact Assessment* / Étude d'impact environnemental
EJIL	*European Journal of International Law*
FAO	*Food and Agricultural Organization of the United Nations* / Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

ICC	*International Chamber of Commerce* / Chambre de Commerce international
ICSDI	*International Centre for Settlement of Investment Disputes* / Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
JDI	Journal du droit international – Clunet
MSCIV	Ministère de la Solidarité, de la Cohésion Sociale et de l'Indemnisation des Victimes de guerre (Côte d'Ivoire)
OCHA	*Office for the Coordination of Humanitarian Affairs*
ODD	Objectifs de développement durable
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
OUP	*Oxford University Press*
PED	Pays en développement
PMA	Pays les moins avancés
PNCS	Programme National de Cohésion Sociale (Côte d'Ivoire)
PNUE	Programme des Nations unies pour l'environnement
RADP	*Remote Area Development Programme*
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueils des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RSA	*Recueil des sentences arbitrales*
SGP	Système généralisé de préférences
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TSD	Traitement spécial et différencié
TWAIL	*Third World Approaches to International Law* / Approches tiers-mondistes du droit international
UNCITRAL	*United Nations Commission on International Trade Law* / Commission des Nations unies pour le droit du commerce international
UNICEF	*United Nations International Children's Emergency Fund* / Fonds des Nations unies pour l'enfance

Propos introductifs
Décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance

Albane Geslin[1]
Emmanuelle Tourme Jouannet[2]

Lorsqu'en 2011 est publié *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*[3], d'Emmanuelle Tourme Jouannet, puis que paraît, l'année suivante son article « Le droit international de la reconnaissance »[4], surgit dans le champ de la recherche française – et plus largement francophone – en droit international un nouveau paradigme, celui de la « reconnaissance ». Les réactions suscitées par ces publications furent vives. Il y eut quelques mécompréhensions du concept même de reconnaissance[5], et diverses critiques se firent entendre. Ainsi a-t-il été souligné que « le DdIR n'[aurait] pas été conçu comme une entreprise cognitive ou délibérative orientée vers la révolution de la connaissance et le débat académique »[6], que la réflexion dénotait une « volatilité méthodologique et fonctionnelle »[7], que « le concept [de reconnaissance] risque de devenir trop massif et d'application indéfinie »[8]. Il ne s'agit pas de dire que les critiques aient toutes été injustifiées ; il s'agit de mettre en évidence que, en tant que champ émergent de la recherche, le droit international de la reconnaissance suscite de nombreuses résistances, mais s'avère un champ de recherche très prolifique et un objet conceptuel fécond pour qui essaie de comprendre le droit international contemporain.

---

1 Professeure de droit public. Sciences Po Aix - Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Professeure de droit public, École de Droit, Sciences Po, Paris.

3 Aux éditions Pedone.

4 *RGDIP*, 2012-4, pp. 769-800. Réédité in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, 2016, pp. 7-38.

5 Ainsi, dans le compte rendu qu'il fait de « Le droit international de la reconnaissance », Jean Charpentier écrit que « La reconnaissance est un acte international par lequel un État manifeste sa volonté de ne pas s'opposer à une situation qui lui est extérieure. Ces situations sont très diverses, ce peut être un Etat nouveau, ou toute manifestation de compétence d'un État ancien, mais dans tous les cas, la reconnaissance évite les contestations ultérieures entre les deux États concernés ; dès lors, par leur multiplication, les reconnaissances contribuent grandement, à côté des conventions bilatérales ou multilatérales à assurer la sécurité des relations internationales. Il est donc indispensable de ne pas compromettre cette fonction juridique en la confondant, par l'usage d'une terminologie équivoque, avec les aspirations, si légitimes soient-elles, des États et des peuples » (*Civitas Europa*, 2013/1, n° 30, p. 257).

6 J. D'aspremont, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, *op. cit.*, p. 46

7 *Ibid.*, p. 43. Voy. égal. V. Chapaux, « Comptes rendus », *RBDI*, 2012/2, pp. 741-742.

8 Ch. Apostolidis, « Le droit international de la reconnaissance comme champ de recherche. Réflexions autour de l'ouvrage d'Emmanuelle Tourme Jouannet *Qu'est-ce qu'une société internationale juste* », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, *op. cit.*, p. 72

I. La reconnaissance, un nouveau paradigme en droit international ?

Le concept de reconnaissance n'est pas nouveau dans le champ juridique ; toutefois il s'est agi pour Emmanuelle Tourme Jouannet de lui conférer un sens distinct de celui auquel classiquement les juristes internationalistes renvoient, à savoir la reconnaissance d'État ou de gouvernement, ou plus largement l'expression de la volonté de l'État d'accepter ou de ne pas s'opposer aux effets d'une situation préexistante[9].

Toutefois, le terme de « reconnaissance » est à entendre dans un sens tout différent, emprunté à la sociologie et à la philosophie morale et politique (Charles Taylor[10], Axel Honneth[11], Nancy Fraser[12] notamment, auteurs qui développent des projets différents mais dont les réflexions constituent un solide point d'ancrage théorique). En ce sens, il constitue indéniablement un nouveau paradigme de la recherche en droit, en ce qu'il est « un nouveau système de représentation qui influence et conditionne la façon dont les acteurs internes et internationaux agissent et réagissent en ce domaine »[13]. L'on envisage alors la reconnaissance « comme un opérateur d'identification (au sens cognitif) de capacités et de compétences appartenant à des individus attestant qu'ils en sont bien les porteurs et un opérateur de distribution de valeur (au sens évaluatif) sur ces mêmes capacités ou compétences attestant qu'elles en possèdent une »[14].

Ce double mouvement – identification/distribution – a une incidence considérable sur la construction de l'identité de l'agent reconnu, qu'il soit individuel ou collectif. Mais, au-delà, cette reconnaissance peut également être perçue comme vectrice de justice sociale, et peut être couplée à la prise en considération des revendications de redistribution et de représentation. Partant, le mépris, le déni de reconnaissance, la méconnaissance, constituent autant d'injustices susceptibles de générer des conflits. Ainsi, la reconnaissance présente un aspect politique important et renferme un puissant potentiel critique, tant il est incontestable que « les institutions n'expriment pas seulement des rapports de reconnaissance, elles les produisent »[15].

---

9 L. Leveneur, « Reconnaissance », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1303.

10 Notam. Ch. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs Essais, Flammarion, 2009, 147 p.

11 Parmi les nombreux ouvrages d'Axel Honneth, voir *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, 2000, 232 p., *La réification. Petit traité de Théorie critique*, NRF Essais, Gallimard, 2007 ; *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, La Découverte Poche, 2008 ; *Un monde de déchirements. Théorie critique, psychanalyse, sociologie*, La Découverte, 2013 ; *Ce que social veut dire, tome 1 Le déchirement du social ; tome 2 Les pathologies de la raison*, NRF Essais, Gallimard, 2013 et 2015.

12 Notam. N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, 2011 ; *Domination et émancipation. Pour un renouveau de la critique sociale*, dialogue avec L. Bostanki, présenté par Ph. Corcuff, Coll. Grands débats : Mode d'emploi, PUL, 2014 ; N. Fraser et A. Honneth, *Redistribution or Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, 2003.

13 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011, p. 173.

14 C. Lazzeri, « Reconnaissance », in S. Mesure et P. Savidan, *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006, pp. 972-973.

15 E. Renault, « Reconnaissance, institutions, injustice », *Revue du Mauss*, 2004/1, n° 23, p. 184.

Cette notion est fertile pour la recherche en droit en général et en droit international en particulier, mais également pour les acteurs quotidiens du droit[16], pour ceux qui s'intéressent à la matérialité, la « *everyday life* »[17] du droit international, car « la législation et les pratiques des institutions peuvent être comprises comme des cristallisations de modèles de reconnaissance »[18].

Emmanuelle Jouannet concluait néanmoins son ouvrage en soulignant que le droit international de la reconnaissance est

> « au mieux [un] remèd[e] correcti[f] et non pas transformateu[r] de l'ordre existant car [il] laiss[e] intactes les structures culturelles et économiques profondes qui sont sous-jacentes à cet ordre, c'est-à-dire à la fois les schémas culturels de représentation dichotomique hérités de la période coloniale/postcoloniale (et autres schémas de représentation pour les autres identités dévaluées) et le système capitaliste marchand et financier, qui tous deux, reproduisent constamment les inégalités économiques et culturelles. [Il] ne décontrui[t] pas les structures mais vis[e] à en corriger les effets négatifs (…) si l'on voulait adopter des solutions transformatrices, celles-ci devraient s'attaquer aux structures de base de l'économie et de la culture[19]. »

Ce constat lucide n'était toutefois ni désenchanté ni décourageant. Il appelait à poursuivre la recherche, et a été l'occasion de stimuler la réflexion de plusieurs chercheurs et chercheuses, réunis, depuis 2014, au sein du groupe de recherche *Justice/Injustice Globale*, désormais codirigé par Emmanuelle Tourme Jouannet, Sundhya Pahuja et Albane Geslin, et fort de près de 80 membres[20]. C'est à l'occasion du premier *workshop* international de ce groupe de recherche, les 8 et 9 septembre 2016[21], que fut abordée la question de savoir si le droit international de la reconnaissance pouvait être un instrument de décolonisation et de refondation du droit – international –.

II. Décoloniser le droit international ?

Le droit international post-1945 a promu la décolonisation, a soutenu le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, inscrit dans la Charte des Nations unies et rappelé dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale ; ce droit serait donc post-colonial. Comment comprendre alors qu'il fasse l'objet de contestations, tant au Nord qu'au Sud, tant de la part des États, des populations, des ONG que des chercheurs, au motif qu'il ne serait que partiellement décolonial ? Nombre d'auteurs

16 On notera à cet égard la création récente d'un programme de la Clinique à l'École de droit Sciences Po Paris désormais consacré à ce thème, en lien avec le Brésil et la Colombie. Des actions en coopération avec des ONG ou des associations pour obtenir le droit à la reconnaissance de groupes marginalisés en Amérique latine, voire la réparation des crimes historiques dont ils ont fait l'objet sont ainsi concrètement mises en oeuvre.

17 L. Eslava, S. Pahuja, « Beyond the (Post)Colonial : TWAIL and the Everyday Life of International Law », *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2012, vol. 45(2), pp. 195-221.

18 E. Ferrarese, « Performativité, pouvoir, vulnérabilité. À propos de quelques immanquables corrélats de l'idée de reconnaissance », in A. Caillé et C. Lazzeri (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, CNRS Éditions, 2009, p. 306.

19 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? op. cit.*, p. 296.

20 https://justiceglobale.wordpress.com/

21 Organisé à Sciences Po Lyon, en partenariat avec l'École de droit de Sciences Po, l'*Institute for the International Law and the Humanities* de l'Université de Melbourne, Sciences Po Lyon et l'UMR Triangle.

ont, en effet, rappelé que le droit international est d'origine européenne et demeure marqué par cette empreinte ; de fréquentes critiques sont également formulées à l'encontre du droit international du développement, du droit international des droits humains, de la protection internationale des peuples autochtones, de l'héritage des frontières coloniales, de la pratique des institutions internationales (Banque mondiale, Fonds monétaire international, Cour pénale internationale notamment), etc.

Analyser le droit international contemporain comme étant un droit de type colonial, c'est reconnaître qu'il est un ordre juridique soutenu par les valeurs occidentales/européennes, qui ont porté la colonisation : une certaine vision de l'humain (individu), du développement, du progrès, des hiérarchies sociales, une certaine vision de la démocratie et du règlement des différends. C'est également reconnaître qu'à rebours du discours qu'il porte – de protection des faibles, d'émancipation, d'égalité, d'universalité des droits, de neutralité, etc. – il reproduit en fait des rapports de domination, perpétue la soumission des peuples et maintient les discriminations au profit des puissants, quelque forme que prenne cette puissance, qu'elle soit politique, économique, militaire, culturelle, ou plus largement cognitive.

La question peut alors être posée de savoir comment débusquer cet inconscient colonial. Ce n'est, en effet, pas parce qu'a émergé un droit de la décolonisation qu'il y a eu décolonisation du droit et peut-être encore moins une décolonisation des esprits des juristes. Aussi peut-on non seulement parler de colonialité du droit international, mais également de colonialité du savoir sur le droit international.

En ce que la notion de reconnaissance permet d'articuler les dimensions matérielles et symboliques des rapports de domination à l'œuvre sur la scène internationale et dans l'ordre juridique qui la structure, « décolonisation » et « reconnaissance » sont deux paradigmes intimement liés[22]. Inscrire la recherche dans cette double perspective, c'est, avec Buenaventura de Sousa Santos, admettre et promouvoir l'idée qu'« il ne peut y avoir de justice sociale globale sans justice cognitive globale »[23].

III. Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation du droit international ?

Les réflexions collectives menées dans le cadre de ce premier *workshop* international du groupe *Justice/Injustice Globale* sont d'une indéniable importance, dans la mesure où nous faisons face, chaque jour un peu plus, à un monde global traversé de multiples instabilités où resurgissent des revendications du passé, où s'entrecroisent des ressentiments violents et des nouvelles aspirations à l'égalité, mais aussi à la préservation de la différence culturelle ainsi que la revendication d'une plus grande justice en matière de développement et d'une plus équitable représentation politique.

22 Certains des lecteurs de *What is a Fair International Society ? International Law between Development and Recognition* (Hart Publishing, 2013) ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, faisant immédiatement le lien entre paradigme de la reconnaissance et études postcoloniales (voy. à cet égard, D. Mehta, « What Is a Fair International Society : International Law between Development and Recognition », *Australian YearBook of International Law*, 2014, vol. 32, p. 192.

23 *Épistémologies du Sud. Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, Desclée de Brouwer, 2016 [édition numérique].

Comment concevoir dès lors que certains instruments juridiques internationaux liés à la reconnaissance puissent permettre de décoloniser le droit international, notamment économique, de ses effets discriminatoires et stigmatisants ?

Il s'est agi, afin de réfléchir à la façon dont l'idée d'un droit de la reconnaissance pouvait être un instrument juridique permettant de lutter contre les injustices et surtout de contribuer à mettre fin à ce que l'on appelle encore l'aspect colonial ou néocolonial du droit international, de mêler réflexions théoriques et méthodologiques et de recueillir des expériences de juristes « de terrain ». Il s'est agi, au cours de ces deux jours, de questionner tout à la fois le droit, la science juridique et l'application du droit. L'on envisageait, en outre, ces questions fondamentales en tenant une approche interdisciplinaire, critique et renouvelée. Les contributions regroupées ici sont le fruit de ces deux jours de réflexions et débats.

La première partie conduit les chercheurs à s'interroger sur l'existence et la nature de ce que l'on qualifie « droit international de la reconnaissance ». Cette notion vient-elle faire évoluer les schèmes de pensée, sur les plans théorique, herméneutique, méthodologique et épistémologique ? De quelle puissance critique le droit international de la reconnaissance est-il porteur ?

La seconde partie de l'ouvrage fait intervenir des acteurs « de terrain », universitaires et praticiens du droit, mettant en évidence la façon dont les populations s'emparent ou pourraient s'emparer du thème de la reconnaissance pour faire entendre leurs voix sur la scène internationale et pour obtenir cette décolonisation du droit international dont il est question : par quels acteurs cette rhétorique est-elle mobilisée ? Dans quelle perspective ? N'observe-t-on pas un retournement de l'outil et une « confiscation » de cette rhétorique par certains groupes au détriment d'autres ? Plus largement, s'agit-il de tempérer un ordre néolibéral économique et du développement qui entraîne la marchandisation généralisée du monde, ou s'agit-il, plus radicalement, de renverser cet ordre ? Le droit international de la reconnaissance est-il ou doit-il être un outil de lutte au nom de la justice ? Quelles sont les ambiguïtés du droit international du développement, du droit économique, des droits humains ? Autant de questions, et d'autres, auxquelles les diverses études de cas proposées tentent d'apporter des réponses.

Partie I

Regards théoriques et méthodologiques sur le droit international de la reconnaissance

La recherche en droit international de la reconnaissance
Quelle(s) posture(s) épistémologique(s) ?

Albane Geslin[1]

« La réflexion sur la valeur normative de certaines cultures décrétée unilatéralement mérite de retenir l'attention[2]. »

Avant de répondre à la question qui donne son titre à cette intervention (III), il s'avère nécessaire de brièvement clarifier deux des principaux points qui sous-tendent la question principale. D'une part, pourquoi mener une réflexion épistémologique ? (I) D'autre part, vers quelle direction s'orienter pour répondre à la question initiale ? (II).

I. Pourquoi mener une réflexion épistémologique ?

Pour la plupart des chercheurs non juristes, la question pourrait sembler déconcertante, en ce que tout discours qui prétend à la scientificité ou qui, à tout le moins, prétend produire une connaissance, doit s'appuyer sur une réflexion épistémologique, *i.e.* une réflexion visant à expliciter les modalités et les conditions de production de cette connaissance. La recherche en droit international de la reconnaissance ne fait pas exception. Partant, il n'y aurait pas à se poser la question « pourquoi » mener une telle réflexion, étant donné que le chercheur se doit de la mener ; la question importante étant alors de savoir comment.

Je souscrirais sans difficulté à cette assertion si la place qu'a la recherche en droit dans le panorama des sciences sociales – en France à tout le moins – n'était pas quelque peu singulière. En effet, les chercheurs en droit sont parmi les rares à n'avoir pas, ou marginalement, mené *collectivement* de réflexions épistémologiques sur leur activité permettant un véritable débat sur les diverses perspectives existantes. Cela ne signifie bien évidemment pas que la recherche n'est sous-tendue par aucune option épistémologique, mais que celle-ci est très rarement explicitée, soit que les chercheurs la taisent, soit qu'ils n'aient pas conscience de l'épistémologie qu'ils mobilisent, contrairement à la méthodologie qui est pour ainsi dire omniprésente en droit. Ils reproduisent ainsi, sans l'interroger,

---

1 Professeure de droit international public. Sciences Po Aix - Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 F. Fanon, « Racisme et culture » [1956], in F. Fanon, *Œuvres*, La Découverte, 2011, p. 715.

ce que l'on peut qualifier d'épistémologie latente, celle de la « science normale »[3], à savoir l'épistémologie dominante dans les sciences du droit : descriptive, largement positiviste (tout à la fois au sens scientifique et juridique) et normativiste.

Toutefois, quand bien même une réflexion épistémologique aurait été sérieusement et collectivement menée par les chercheurs en droit, la question du « pourquoi » n'en deviendrait pas pour autant superflue, et ce pour au moins deux raisons tenant d'une part à un nécessaire marquage du terrain disciplinaire (A), d'autre part à la nécessité de faire apparaître les déterminants de la recherche pour tenter de produire une connaissance émancipatrice (B).

A. Réflexions épistémologiques et géopolitique de la recherche

Si le droit international de la reconnaissance apparaît comme un nouveau champ de recherche[4], un regard différent porté sur l'ordre juridique international, ou s'il s'affirme, plus globalement et plus radicalement, comme un outil de refondation du droit international, faisant ainsi de la reconnaissance un paradigme[5] irriguant, ou à même d'irriguer, l'ensemble de l'analyse du droit international[6], si le droit international de la reconnaissance peut devenir un outil d'élaboration d'une connaissance décolonisée et émancipatrice, sa légitimation en tant que tel impose de mener une réflexion épistémologique.

Certains des détracteurs du droit international de la reconnaissance ne s'y sont d'ailleurs pas trompés : c'est à la méthodologie et à la posture épistémologique plus largement qu'ils s'en prennent pour jeter le doute sur la pertinence de ce nouveau champ de recherche[7]. Ainsi Jean d'Aspremont, analysant l'ouvrage d'Emmanuelle Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, évoque une « gloutonnerie méthodologique », une « instabilité de la méthode de recherche » qui mêle de façon volatile démarche empirique et mouvement normatif, instabilité qui, selon lui, « entrave la création de connaissance sur le droit international »[8].

---

3 Sur cette notion, voy. T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* [1970], Flammarion, 2008, spé. Chap. 1. L'acheminement vers la science normale.

4 Et non, à proprement parler, une nouvelle branche du droit international.

5 Sur le paradigme de la reconnaissance, voy. notam. A. Caillé (dir.), *La quête de reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, La Découverte, 2007, 304 p. ; A. Caillé et C. Lazzeri (dir.), *La reconnaissance aujourd'hui*, CNRS Éditions, 2009, 501 p. ; G. S. Coulthard, *Peau rouge, masques blancs. Contre la politique coloniale de la reconnaissance*, Lux, 2018 ; Y. Cusset, « Lutter pour la reconnaissance et/ou témoigner du différend : le mépris, entre tort et reconnaissance », in E. Renault et Y. Sintomer, *Où en est la théorie critique ?*, La Découverte, 2003, p. 201-216 ; N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, 2011, 182 p. ; N. Fraser et A. Honneth, *Redistribution or Recognition ? A Political-Philosophical Exchange*, Verso, 2003, 224 p. ; B. Hobson (ed.), *Recognition, struggles and social movments. Contested identities, agency and power*, Cambridge University Press, 2003, 352 p. ; A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, 2000, 232 p., *La réification. Petit traité de Théorie critique*, NRF Essais, Gallimard, 2007, 143 p., *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, La Découverte, 2008, 349 p., *Un monde de déchirements. Théorie critique, psychanalyse, sociologie*, La Découverte, 2013, 300 p. ; J. Rawls, *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997, 688 p., *La justice comme équité. Une reformulation de la Théorie de la justice*, La Découverte, 2003, 286 p. ; C. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs Essais, Flammarion, 2009, 147 p ; voy. égal. le dossier « La reconnaissance. Lectures hégéliennes », *Raisons politiques*, 2016/1.

6 Cette prétention est peut-être trop élevée, mais il n'en demeure pas moins que le droit international pénal, le droit international de l'environnement, le droit international des droits humains, des peuples autochtones, le droit international économique, notamment, peuvent incontestablement être analysés à l'aune du paradigme de la reconnaissance.

7 Pratique on ne peut plus courante ; ainsi Pierre Bourdieu soulignait que « chaque découverte de la science déclenche un immense travail de "critique" rétrograde, qui a pour lui tout l'ordre social (les crédits, les postes, les honneurs, donc la croyance) et vise à recouvrir ce qui avait été découvert » (P. Bourdieu, « Une science qui dérange » [1980], in P. Bourdieu, *Questions de sociologie*, Éd. De Minuit, 2002, p. 24).

8 « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, 2016, p. 43-46.

Partant, une explicitation de la ou des postures épistémologiques s'impose en tant qu'elle participe à la légitimation du discours. Emmanuelle Tourme Jouannet a initié la réflexion ; il s'avère nécessaire de la poursuivre.

Il faut, en effet, être conscient du fait que « l'épistémologie en sciences sociales, ça sert d'abord à faire la guerre, à se démarquer des adversaires, à conquérir une légitimité scientifique »[9]. Partant, si le droit international de la reconnaissance veut acquérir durablement droit de cité dans le champ de la recherche en droit, il doit se doter d'une épistémologie explicite. Il ne s'agit pas seulement d'être pris au sérieux, il s'agit également d'occuper, et de baliser, le terrain conceptuel et méthodologique. L'épistémologie s'apparente ainsi à de la géopolitique.

Mais, au-delà des relations conflictuelles qu'implique toute émergence d'un nouveau paradigme dans un champ scientifique, l'explicitation épistémologique est aussi « une condition du dialogue avec les autres sciences, ce dialogue étant [...] susceptible de nourrir la réflexion du juriste sur lui-même »[10]. Or, en droit international de la reconnaissance, ce dialogue avec les autres sciences est constant et soutenu, du fait de la pluridisciplinarité assumée – parce que consubstantielle – par les tenants de cette approche.

B. Réflexions épistémologiques et conditions d'une connaissance émancipatrice

Une démarche épistémologique s'avère également indispensable pour nous-mêmes, en tant que chercheurs et chercheuses en droit international de la reconnaissance, en ce qu'elle assure un accompagnement réflexif dans le processus d'élaboration de la connaissance, permettant une mise à distance critique, non pas seulement avec notre objet d'étude, mais aussi avec la démarche adoptée. L'épistémologie permet, en effet, de faire apparaître les postulats impliqués par les différentes approches du droit, de mettre à jour également les préjugés, personnels et collectifs, les croyances, les jugements de valeur qui nous animent. Il faut, en effet, garder à l'esprit « tout ce que la vision de l'objet doit au point de vue, c'est-à-dire à la position occupée [par le chercheur] dans l'espace social et dans le champ scientifique »[11].

Ainsi, l'épistémologie participe, dans une certaine mesure, à l'élaboration d'une connaissance émancipatrice. Émancipatrice à double titre. Non seulement individuellement, pour le chercheur, qui met à jour les déterminants qui le constituent et qui déterminent son activité scientifique[12]. Mais également collectivement, en ce que la connaissance a partie liée avec le pouvoir et la domination ; produire de la connaissance, c'est « mettre en jeu un certain pouvoir, instaurer une certaine forme de

9 « La dure simplicité du positif », Éditorial, *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, *Espaces Temps*, vol. 84-86, 2004, p. 3.
10 X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AIJC*, 2015, p. 15.
11 P. Bourdieu, « Une science qui dérange », *art. cit.*, p. 22.
12 Voy. notam. A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole/LGDJ/Lextenso-éditions, 2016, p. 79-130.

domination, une certaine forme d'assujettissement »[13]. En effet, le savoir, juridique en l'occurrence, agit à plusieurs niveaux : l'un, propre à tout champ disciplinaire, renvoie à l'enseignement de cette connaissance, dans le cadre universitaire notamment ; il y a donc un enjeu de transmission, et de reproduction, du savoir ; sur un autre plan, les sciences du droit, comme d'autres telle la biologie, ont également pour destinataires les praticiens ; le savoir va alors, indirectement, influer sur la perception que ces praticiens ont de la norme juridique, donc influer sur les modalités de sa mise en application. Enfin, et cela est plus spécifique aux sciences du droit qu'à d'autres disciplines, elles peuvent avoir, officiellement, une incidence sur l'élaboration du droit positif, influençant notamment le juge ; la connaissance scientifique est donc susceptible d'être inspiratrice de nouveaux contenus juridiques, et donc de s'inscrire dans la chaîne du pouvoir normatif.

Partant, en explicitant les ressorts de la connaissance produite, l'épistémologie permet, dans une certaine mesure là encore, de faire apparaître les ressorts de la domination qu'instaure la production de la connaissance, mise à jour qui est la condition première de l'émancipation.

II. Décrire, prescrire, inviter ? Quel(s) chemin(s) tracer ?

Répondre à la question « quelle(s) posture(s) épistémologique(s) en droit international de la reconnaissance ? », implique d'adopter soi-même une certaine posture et d'orienter l'enquête dans un certain sens, ou à tout le moins d'identifier quelques-unes des différentes directions que peut suivre cette enquête.

Selon une première option, je pourrais m'attacher à analyser la ou les postures épistémologiques adoptées par les juristes menant leurs travaux en droit international de la reconnaissance ; il s'agirait alors d'une approche descriptive, prenant appui sur les travaux de ces chercheurs, éventuellement complétée par des entretiens. Cette approche ne sera pas celle que je suivrai ici.

Une deuxième approche pourrait me conduire à présenter la posture que tout chercheur se devrait d'adopter s'il s'engage à étudier la nouvelle perspective du droit international de la reconnaissance. Selon cette approche prescriptive, il n'y aurait qu'une posture épistémologique légitime. Tel ne sera pas non plus l'option dans laquelle je m'engagerai ; en effet, à l'instar de l'épistémologue G. G. Granger, je considère que « le but et la tâche de l'épistémologie n'est en aucune manière de prescrire, ni même de conseiller. Tout au plus peut-elle fournir une base de réflexion au producteur de connaissances, à qui seul revient, éventuellement, de repenser, adapter, modifier ses méthodes »[14].

13 M. Foucault, émission *Radioscopie*, France Inter, 1975 (« il n'est pas vrai que la connaissance puisse fonctionner ou […] que l'on puisse découvrir la vérité, la réalité, l'objectivité des choses, sans mettre en jeu un certain pouvoir, instaurer une certaine forme de domination, une certaine forme d'assujettissement. Connaître et assujettir, savoir et commander, ce sont des choses qui sont intimement liées »).

14 G. G. Granger, D. Desbons, C. Ruby, « La spécificité des actes humains », *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, *Espaces Temps*, vol. 84-86, 2004, p. 55.

Partant, c'est dans une troisième direction que je vais orienter ma réflexion, une troisième posture qui rend le mieux justice à la perspective dans laquelle Emmanuelle Tourme Jouannet inscrit sa démarche, soulever les questions, proposer des réponses, mais les laisser volontairement en suspens pour que chacun fasse son choix selon sa propre conception ; ainsi qu'elle le précise « la vision délibérément ouverte et non restrictive posée laisse libre cours à de nombreuses interprétations et à de plus grandes possibilités pour la recherche »[15].

Aussi vais-je proposer quelques pistes de réflexions, des postures épistémologiques, en prenant appui non seulement sur ma propre expérience de chercheuse dans le domaine du droit international de la reconnaissance[16], mais également en recherchant les approches méthodologiques qui pourraient être les plus fécondes, celles qui sembleraient susceptibles de conduire ce nouveau champ de recherche vers des horizons le plus ouverts possibles, quitte à ce que les tenants de l'académisme juridique ne soulèvent la question faussement rhétorique de savoir s'il s'agit « encore d'une analyse scientifique du droit international »[17].

III. Quelle(s) épistémologie(s) du droit international de la reconnaissance ?

Dans l'analyse et le commentaire que Jean d'Aspremont fait de l'ouvrage d'Emmanuelle Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, il pose une question très intéressante, davantage centrée sur des questions méthodologiques qu'épistémologiques, mais parfaitement transposable : « comment réinventer le droit international [...] si les contraintes de la pensée classique demeurent si présentes ? »[18].

Il ne peut être répondu à cet appel à sortir du cadre classique qu'en identifiant ce cadre. Très schématiquement, on peut retenir que la matrice épistémologique classique, dominante en sciences du droit, est positiviste, au sens scientifique du terme : descriptiviste, fondée sur l'idée selon laquelle les connaissances décrivent une réalité objective et expriment par-là même une vérité elle-même objective, le chercheur devant s'astreindre à la neutralité axiologique aux termes de laquelle tout jugement de valeur doit être banni de son analyse. À cela s'ajoute le fait que le positivisme juridique, lorsqu'il s'entend au sens restrictif de normativisme juridique (soit la posture adoptée par la grande majorité des juristes) impose d'analyser le droit positif pour lui-même, de l'interpréter sans que son contexte sociologique ou politique ne soit mobilisé dans l'étude pour en apprécier la validité.

---

15 « Réponse d'Emmanuelle Tourme Jouannet à Jean d'Aspremont », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, *op. cit.*, p. 52.

16 Voy. notam. A. Geslin, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s). Enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville, J. Matringe (dir.), *op. cit.*, p. 139-174.

17 L. Delabie, « Les nouvelles approches du droit international », *RQDI*, hors-série, mars 2016, p. 70. Gardons à l'esprit que « [c]omme dans n'importe quel autre champ, les règles disciplinaires qui constituent actuellement notre objet "droit international" et définissent un "champ d'étude" [...] se sont pétrifiées plus ou moins avec le temps jusqu'à ressembler à des données objectives et réelles que l'on prend pour naturelles [...] elles peuvent faire obstacle à la production d'un savoir nouveau » (E. Tourme Jouannet, « Réponse d'Emmanuelle Tourme Jouannet à Jean d'Aspremont », *art. cit.*, p. 52.

18 J. D'aspremont, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », *art. cit.*, p. 45.

Outre le fait qu'à titre personnel je ne m'inscrive pas (plus) dans cette perspective épistémologique classique, il ne me semble pas que ces prescriptions positivistes puissent être fécondes pour qui mène ses recherches en droit international de la reconnaissance, et ce pour des raisons, tenant tout à la fois aux engagements gnoséologique (B) et méthodologique (C), mais également, et prioritairement, à la nécessité de reconnaître le pluralisme épistémologique (A)[19].

A. Épistémologie(s) du droit international de la reconnaissance et reconnaissance du pluralisme épistémologique

Réfléchir à une ou des épistémologies du droit de la reconnaissance invite, préalablement, à réfléchir à la reconnaissance de la diversité des épistémologies et aux rapports de domination qui peuvent se nouer et se sont noués entre différents types d'épistémologie. Au regard de la thématique générale de cet ouvrage, il s'avère indispensable de garder à l'esprit qu'une décolonisation de l'épistémologie est un processus indispensable à mener. Si quelques auteurs s'y emploient[20], la réflexion n'a, pour l'heure, guère trouvé écho dans le champ juridique francophone[21].

Si l'on admet qu'« il ne peut y avoir de justice sociale globale sans justice cognitive globale »[22], et que l'un des objets du droit international de la reconnaissance est, sur le plan scientifique, de réfléchir aux conditions de cette justice sociale globale et, sur le plan normatif, d'instituer les instruments à même de la consacrer, on ne peut que conclure à l'urgente nécessité de reconnaître la pluralité des épistémologies.

Or, sur le plan cognitif et scientifique, la vision occidentale a établi des cadres conceptuels et analytiques devenus hégémoniques, conduisant à penser les alternatives comme n'étant pas crédibles, donc inférieures, voire non existantes[23]. « La modernité occidentale édifiait une continuité triomphale entre l'antiquité et la modernité (supposées européennes), mais instillait à la modernité une rupture insurmontable d'avec leur propre passé pour les autres continents. […] Dans l'hégémonie cognitive occidentale (partie de son hégémonie politique) dont le résultat est un manque mondial d'égalité et de justice cognitives (entre autres injustices), il n'y a, pour ces *autres* modernes, aucune continuité reconnue.

19 Je ne pourrai pas, dans les lignes qui suivent, aborder toutes les dimensions de l'épistémologie du droit international de la reconnaissance. Les propos qui vont suivre doivent donc être entendus comme des propositions d'orientation, et non comme une réflexion aboutie et définitive sur l'épistémologie de la recherche en droit international de la reconnaissance. Une question importante ne sera pas abordée ici dans le détail – mais le sera dans un article à paraître – celle de savoir si le « droit », instrument de la colonisation, peut devenir le médium d'une décolonisation politique et sociale (v. A. Geslin, « L'apport des post-colonial studies aux réflexions épistémologiques et méthodologiques en droit international », in A. Geslin, C. M. Herrera, M.-C. Ponthoreau (dir.), *Épistémologie et méthodologie [juridiques] en perspectives post-coloniales*, (à paraître).

20 Voy. notam. B. de Sousa Santos, *Épistémologies du Sud. Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, Desclée de Brouwer, 2016 (traduction de *Epistemologies of the South. Justice against epistemicide*, Routledge, 2016 ; on notera que le choix du sous-titre de l'édition française conduit très largement à édulcorer la charge critique du titre anglais). Du même auteur, « Épistémologies du Sud », *Études rurales*, 2011, p. 21-49 ; B. de Sousa Santos (ed.), *Another Knowledge is Possible. Beyond Northern Epistemologies*, Verso, 2007 ; S. Castro-Gómez, « Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes », in S. Castro-Gómez y R. Grofoguel, *El giro decolonial. Reflexiones para une diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 79-91 ; F. Garcés, « Las políticas del conocimiento y la colonialidad lingüística y epistémica », in S. Castro-Gómez y R. Grofoguel, *op. cit.*, p. 217-242.

21 Voy. toutefois, A. Geslin, C.M. Herrera et M.-C. Ponthoreau (dir.), *Épistémologie et méthodologie [juridiques] en perspectives post-coloniales*, à paraître.

22 B. De Sousa Santos, *Épistémologies du Sud*, *op. cit.*, p. 1.

23 B. De Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *art. cit.*, p. 34-36. L'auteur va jusqu'à qualifier ce processus d'« épistémicide » (*ibid.*, p. 45).

La seule continuité qui puisse leur être concédée avec leur propre production des savoirs est celle qui réside dans la particularité "non universalisable" ou l'exception. On les dit alors prémodernes »[24].

Nombre de peuples ou d'individus luttant pour leur reconnaissance, à l'échelle nationale comme internationale, prennent appui « sur un savoir différent de celui des Européens : un savoir ancestral, populaire, spirituel, qui n'a rien à voir avec le scientisme. En outre, leurs conceptions de l'être et du vivant sont tout à fait dissemblables du présentisme et de l'individualisme occidentaux. Les êtres sont des communautés d'êtres plutôt que des individus ; ces communautés incluent les ancêtres, les animaux et la Terre Mère. Nous sommes face à des conceptions non occidentales qui, afin d'être comprises et valorisées, requièrent un travail de traduction interculturelle »[25]. Partant, revendiquer le pluralisme des points de vue c'est reconnaître que la connaissance occidentale du monde n'est qu'une des nombreuses modalités de compréhension de celui-ci[26]. En d'autres termes, la reconnaissance du pluralisme épistémologique ne vise pas à rejeter les savoirs occidentaux en tant que tels, mais à admettre, *à égalité*, les constructions de savoirs autres. Au regard des savoirs sur le(s) monde(s) des normes, ce pluralisme épistémologique peut être considéré comme une des « conditions théoriques et empiriques du constat de l'altérité juridique »[27].

B. L'engagement gnoséologique : assumer une approche radicalement constructiviste de la connaissance produite pour l'action

Le constructivisme est l'approche épistémologique « concurrente » pourrait-on dire du descriptivisme. Il repose, schématiquement, sur le postulat selon lequel non seulement la connaissance scientifique, en tant que résultat, présente un caractère socialement construit et artificiel[28], mais également que « le réel connaissable peut être construit par ses observateurs qui sont dès lors ses constructeurs »[29] ; « le réel connaissable est [...] celui que le sujet expérimente. [...] Le sujet ne connaît pas de "choses en soi" [...] mais il connaît l'acte par lequel il perçoit l'interaction entre les choses »[30] et celui par lequel il perçoit l'interaction entre les choses et lui. Il n'y a pas de données s'imposant à l'observateur[31]. Le sujet connaissant jouant un rôle fondamental dans l'élaboration de la connaissance, son intentionnalité et ses finalités doivent être prises en compte, conscientisées et explicitées. Cela conduit à renoncer au critère de vérité objective et de neutralité.

---

24 R. Ivekovič, « Conditions d'une dénationalisation et décolonisation des savoirs », *Mouvements*, 2012, vol. 4, p. 38. Voy. égal. W. Mignolo, « Géopolitique de la connaissance, colonialité du pouvoir et différence coloniale », *Multitudes*, 2001-3 : « La différence coloniale a été du XVI^e^ au XXI^e^ siècle le mécanisme qui a minorisé la connaissance non occidentale », p. 57.

25 B. de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *art. cit.*, p. 31.

26 « la diversité du monde est infinie : elle inclut des manières très différentes d'être, de penser, de ressentir, de concevoir le temps, d'appréhender les relations des êtres humains entre eux et celles entre les humains et les non-humains, de regarder le passé et le futur, d'organiser la vie collective, la production des biens et des services, et les loisirs. Cette diversité d'alternatives reste largement gaspillée parce que les théories et les concepts développés dans le Nord et repris dans tous les lieux de transmission du savoir ne reconnaissent pas ces solutions de rechange ou, quand ils le font, ne les valorisent pas comme des contributions valides pour construire un monde meilleur. Ainsi, à mon avis, ce n'est pas d'alternatives dont nous avons besoin mais plutôt d'une manière alternative de penser les alternatives », *ibid.*, p. 39. Sur ce point, voir notam. le bel ouvrage de l'anthropologue E. Kohn, *Comment pensent les forêts*, Zones Sensibles, 2017.

27 L. Assier-Andrieu, « La genèse réaliste de l'anthropologie du droit. Étude sur *La voie Cheyenne* », in K. N. Llewellyn, E. Adamson Hoebel, *La voie Cheyenne*, Bruylant/LGDJ, 1999, p. XV, note 15.

28 Point sur lequel il semble y avoir désormais, quelle que soit l'épistémologie à laquelle se rattachent les chercheurs, consensus.

29 J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ?, PUF, 2007, p. 45.

30 *Ibid.*, p. 75 et 76.

31 « Le réel est toujours ce qu'il convient de reconstituer. Si on se contente de l'« observer», on risque fort de ne rien voir, de ne rien entendre » (D. Eribon, *Principes d'une pensée critique*, Fayard, 2016, p. 75)

1. *Accepter l'impossibilité de la neutralité*

La conception dominante dans le domaine des sciences est d'affirmer qu'une connaissance ne peut prétendre se constituer comme science qu'à condition que le chercheur adopte une posture de « neutralité axiologique », seul gage d'une connaissance objective, donc universelle ou à tout le moins universalisable. Tel est le modèle de référence prôné notamment par Kelsen en science du droit, excluant tout jugement porté sur la valeur morale du droit positif. Le chercheur doit se placer en surplomb de la réalité qu'il observe. C'est ainsi postuler que le sujet d'épistémé puisse s'abstraire du sujet empirique[32].

La philosophie – Nietzsche – la psychanalyse – Freud – ou la sociologie – Bourdieu, Latour – ont toutes mis en évidence et insisté sur les déterminants, individuels et/ou sociaux, qui conditionnent l'activité cognitive. « [L]e savoir n'est pas produit par des individus mais bien par des communautés d'individus. Le savoir est toujours historique et socialement situé. Il est lié à des lieux, des temps, des pratiques. Le savoir se construit dans une histoire et un espace social, dans une temporalité qui dépasse en réalité la temporalité dans laquelle se situent les producteurs de savoir »[33]. La connaissance scientifique n'échappe pas à ces influences sociales, qu'elle détermine en retour.

Au surplus, ainsi que le précisait Pierre Bourdieu, « [l]e corps socialisé (ce que j'appelle l'individu ou la personne) ne s'oppose pas à la société : il est une de ses formes d'existence. […] Le collectif est déposé en chaque individu sous forme de dispositions durables, comme les structures mentales »[34]. Ce faisant, aucune connaissance produite n'est jamais radicalement objective puisqu'elle est toujours produite d'un certain point de vue ; mais elle n'est jamais radicalement subjective non plus, en ce que ce point de vue, bien qu'individuel, sera toujours socialisé, conventionnel[35], collectif. On peut ainsi considérer que « la vérité est rhétorique, un cessez-le-feu mythique qui interrompt le perpétuel et interminable combat argumentatif entre les différents discours concernant la vérité ; c'est le résultat toujours provisoire d'une négociation de sens à l'intérieur d'un certain auditoire présumé »[36].

Partant, si l'on accepte que l'opposition entre subjectivité et objectivité est artificielle, l'argument traditionnellement opposé au constructivisme, à savoir la relativité et l'incommunicabilité des connaissances produites, tombe.

---

32 B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique*, LGDJ, 2004, p. 35-36.

33 E. Mangez, « Une sociologie de la connaissance, un impératif ! », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2012 (hors série), p. 15. Voy. égal. G. Busino, « Matériaux pour l'histoire de la sociologie de la connaissance », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV-139, 2007, p. 57-190.

34 P. Bourdieu, « Une science qui dérange », *art. cit.*, p. 29. « L'évidence de l'individuation biologique empêche de voir que la société existe sous deux formes inséparables : d'un côté les institutions qui peuvent revêtir la forme de choses physiques, monuments, livres, instruments, etc. ; de l'autre les dispositions acquises, les manières durables d'être ou de faire qui s'incarnent dans des corps (et que j'appelle des *habitus*) » (*id.*).

35 S. Fish, *Quand lire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives*, Les prairies ordinaires, 2007, p. 74.

36 B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique*, *op. cit.*, p. 49.

2. Assumer les conséquences éthiques de la posture constructiviste

Endosser une épistémologie constructiviste, c'est accepter d'adjoindre à la réflexion scientifique une dimension éthique. Il ne s'agit cependant pas seulement d'évaluer les normes au regard des valeurs qu'elles portent ou qu'on prétend leur faire porter – la valeur de reconnaissance en l'occurrence –, et des conséquences sociales qui résultent de l'application de ces normes, mais plus spécifiquement d'évaluer d'une part, la connaissance produite, ses conséquences sociales, politiques et symboliques, d'autre part les conséquences sociales, politiques, symboliques des méthodes mises en œuvre dans la production de connaissance.

En effet, en faisant le choix d'une approche constructiviste de la recherche en droit, on reconnaît au chercheur le rôle d'acteur du droit. Le chercheur ne porte pas sur le droit un regard en surplomb, n'est pas simple observateur d'une réalité qu'il décrit et à laquelle il ne participe pas. En effet, la posture constructive conduit, inévitablement, le juriste à adopter une posture critique[37], à admettre que lorsqu'il « décrit » une soi-disant « réalité » normative, il relaie en fait le discours de la norme, donc le discours du pouvoir, qu'il participe à la reproduction des rapports de domination qu'instaure la norme, car « [l]a théorie est performative : elle fait advenir à l'existence ce qu'elle décrit comme étant le réel. Dire et décrire, c'est en même temps prescrire »[38].

Au surplus, le champ de la reconnaissance est un champ de luttes et le chercheur en droit international de la reconnaissance va, qu'il le veuille ou non, occuper une place dans ces luttes sociales, quand bien même il ne mènerait aucune enquête de terrain et limiterait son étude aux textes légaux et à la jurisprudence. Il s'agit alors d'adopter, de façon consciente et délibérée, une posture visant à faire évoluer le droit international dans une perspective contre-hégémonique[39]. En effet, l'expression « posture critique » n'est pas à entendre ici dans sa version de « faible intensité », en tant que « démarche sceptique », « qui ne se contente pas d'une appréhension première et immédiate de l'objet observé »[40]. La pensée critique est, en effet « une démarche qui se donne pour tâche d'explorer les mécanismes de la domination à l'œuvre dans le monde social et les formes de résistance qu'ils rencontrent »[41].

À cet égard, l'expression « distance critique », employée précédemment, est inappropriée : il ne s'agit en effet pas de prendre de la distance, mais d'être *frontalement* critique. Il s'agit de déconstruire les rapports de domination qui sont maintenus par une règle de droit alors que le discours construit autour de cette règle affirme la pacification et l'harmonisation par exemple. Il s'agit également, à la suite de Michel Miaille, de reconnaître que le droit, en tant qu'il est « une des formes instituées »[42] de la violence, est porteur de violence symbolique.

---

37 L'inverse n'étant pas vrai, car nombre de juristes tenant du courant critique adoptent une démarche descriptiviste.

38 D. Eribon, *op. cit.*, p. 151.

39 Voy. la posture plus radicale encore de R. Bachand, « Manifeste pour la critique en droit international », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, p. 8.

40 X. Magnon, *art. cit.*, p. 19.

41 D. Eribon, *op. cit.*, p. 9. Carlos Miguel Herrera précise également que « l'élément déterminant des théories critiques est une politique d'émancipation et de transformation sociales » (C. M. Herrera, « Ce que «critique» veut dire en (théorie du) droit. Beaucoup moins qu'un manifeste, pas vraiment une cartographie », in J. Saada et M. Xifaras (dir.), *Le droit, entre théorie et critique, Jurisprudence*, 2016, p. 82).

42 M. Miaille, « Le droit-violence », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 2, p. 171.

3. *Dé-penser la distinction sujet-objet de connaissance*

La science moderne, et la science du droit à sa suite, pose la distinction fondamentale entre sujet et objet. Étant extérieur et antérieur au sujet connaissant, « placé devant » lui, l'objet, « ses » caractéristiques « intrinsèques » peuvent donc être « objectivement » analysés.

Une telle approche, en anthropologie et anthropologie du droit, en sociologie et sociologie du droit, en histoire et histoire du droit ou en droit comparé, a eu et a toujours pour conséquence que l'Autre, sa culture, son identité, sa normativité, etc. sont perçus tout à la fois comme nécessairement seconds par rapport à un moi-sujet, et comme « objets » d'étude. Ce mécanisme de réification, d'objectivation relève de et révèle une posture de domination. En effet, il en résulte que, dans la relation cognitive, il n'y a place que pour un seul sujet, celui qui produit la connaissance. Partant, aborder le droit international de la reconnaissance en maintenant cet arrière-fond cognitif risque de conduire à reproduire les mécanismes d'une connaissance coloniale voire impérialiste. L'important est alors de repenser la production de connaissance comme une relation de sujet à sujet[43].

Au surplus, dans une perspective constructiviste, aucun des deux termes de la relation cognitive n'est préexistant à l'autre. Il y a co-émergence de l'un et l'autre par l'activité cognitive. La connaissance est une relation intersubjective. Ainsi, par l'acte de connaissance de l'Autre, je constitue l'Autre en sujet tout en étant constitué par l'Autre en sujet. Je deviens sujet de connaissance dans l'interaction avec un autre sujet de connaissance.

L'on pourra opposer le fait que, en tant que chercheurs en droit, nous travaillons sur des instruments juridiques, des normes, des pratiques, des procédures, des textes, que l'objet-droit préexiste au sujet connaissant, lui est extérieur, voire lui est « imposé »[44]. Le droit n'est, en effet, pas réputé comme résultant de l'activité du savant, mais de celle d'autorités spécifiques que sont, notamment, le législateur et/ou les magistrats. C'est oublier le fait que le droit est une création humaine, une création sociale. Et c'est ce social-là qu'il nous appartient, à mon sens, en tant que chercheurs en droit international de la reconnaissance, de ne pas transformer en objet.

4. *S'engager dans une recherche communautaire*

S'inscrire dans une telle démarche conduit, en outre, le chercheur à relativiser la distinction entre connaissance scientifique et connaissance commune, et à intégrer pleinement l'expertise non scientifique des acteurs dans la production de connaissance scientifique. Les champs de recherche du droit international de la reconnaissance rendent fondamentale une implication directe des communautés concernées[45] – qui ne sont alors pas seulement « enquêtées » –, qu'il s'agisse du droit des peuples autochtones, de la réparation des crimes historiques, du droit international pénal, du droit du développement, de la lutte contre les inégalités et discrimination de genres ou plus

43 B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique*, *op. cit.*, p. 35-38.
44 C. Atias, *Épistémologie juridique,* Dalloz, 2002, p. 141.
45 Communauté en tant que construction sociale, éventuellement organisée au sein d'institutions – associations ou ONG.

largement de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit alors de s'inspirer de certains courants de l'anthropologie du développement qui, depuis une quinzaine d'années, reconsidèrent la place des populations, l'hétérogénéité des acteurs et, sur le plan méthodologique, prennent en compte leurs ressources cognitives et pragmatiques. Mais il s'agit d'aller plus loin encore en s'inscrivant dans la démarche de la recherche communautaire (*community-based research*), une « recherche en collaboration entre chercheurs et acteurs communautaires, qui s'inscrivent tous dans un partenariat équilibré. Les partenaires apportent chacun leurs propres expertises, et partagent les responsabilités. La recherche communautaire est issue des besoins des groupes concernés et vise à leur apporter une réponse en associant démarche scientifique et action. […] La recherche communautaire est toujours tournée vers l'action »[46].

Cette approche ainsi à produire un « savoir engagé »[47]. Cela ne revient pas à confondre recherche et militantisme[48], mais conduit à prendre pleinement en compte le fait que les chercheurs sont engagés dans le mouvement social et peuvent « favoriser l'apparition des conditions organisationnelles de la production collective de l'intention d'inventer un projet politique et […] les conditions organisationnelles de la réussite de l'invention d'un tel projet politique »[49]. Partant, l'engagement du chercheur dans la recherche communautaire n'a pas vocation à être limité aux seuls champs de la sociologie du droit ou à l'anthropologie juridique. Tant la théorie du droit que la dogmatique juridique auraient à gagner à s'engager dans une telle démarche, en ce que la recherche communautaire ouvre la possibilité d'une « co-analyse […] fructueuse pour interpréter les données : la pluralité des acteurs permet une pluralité des interprétations et […] un meilleur ancrage des interprétations dans la culture des communautés »[50]. Il ne s'agit, en effet, pas seulement de tenir compte et de rendre compte de l'interprétation formulée par les individus et communautés, parallèlement à celle produite par les chercheurs ; il s'agit de co-élaborer des interprétations communes.

Ainsi, l'épistémologie du droit international de la reconnaissance pourrait avoir entre autres caractéristiques celle d'être une *community-based epistemology*.

C. L'engagement méthodologique : créer de nouveaux espaces épistémologiques

Je ne vais pas ici m'intéresser aux méthodes de production de connaissance propres aux disciplines juridiques, mais à quelques-unes des perspectives méthodologiques impliquées par l'engagement gnoséologique évoqué[51].

---

46 E. Demange, E. Henry, A. Bekelynck, M. Préau, « Petite(s) histoire(s) de la recherche communautaire », in E. Demange, E. Henry, M. Préau, *De la recherche en collaboration à la recherche communautaire. Un guide méthodologique*, ANRS/Coalition Plus, 2012, p. 19.

47 P. Bourdieu, « Pour un savoir engagé », *Le Monde Diplomatique*, févr. 2002, p. 3.

48 Sur les « idées reçues de chercheurs » à l'encontre de la recherche communautaire, v. E. Demange, E. Henry, M. Préau, *De la recherche en collaboration à la recherche communautaire, op. cit.*, p. 35-37.

49 P. Bourdieu, « Pour un savoir engagé », *art. cit.*

50 E. Demange, E. Henry, M. Préau, *De la recherche en collaboration à la recherche communautaire, op. cit.*, p. 43.

51 Aux quatre postures méthodologiques étudiées ci-après, peuvent être ajoutées – sans pouvoir néanmoins être développées – quelques brèves réflexions relatives à l'opportunité de recourir à la « méthodologie de la théorisation enracinée » (ou *grounded theory methodology*), notamment développée par D. G. Glaser, A. L. Strauss, J. Corbin ou F. Guillemette. Cette méthode inductive, partant du postulat qu'il n'y a pas de « réalité » ou de « vérité » en attente de découverte, vise à *produire* des concepts et des hypothèses, et non à *vérifier* des hypothèses,

1. *Assumer la mobilité disciplinaire*

Nombre de questions soulevées dans et par la recherche en droit international de la reconnaissance ne sont pas posées « en » droit ni même « au » droit, mais relèvent davantage, notamment, de la sociologie, de l'histoire, de la linguistique, de l'anthropologie, voire de la psychologie. Ce qui revient à dire que les chercheurs n'ont d'autre option que celle de dépasser le cadre du normativisme ou du formalisme juridique dans lequel le droit est « entendu comme un système de normes articulées entre elles de manière autoréférentielles »[52], pour adopter une démarche interdisciplinaire en tant qu'« articulation des savoirs qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques »[53]. Le paradigme de la reconnaissance conduit à saisir et à construire simultanément le droit et son contexte macro et micro-social, politique, culturel, etc. Il s'agit de faire dialoguer – et non de seulement juxtaposer – les savoirs, ceux des juristes et ceux des autres sciences sociales. Le juriste est ainsi invité, sans se départir du strict discours juridique, à faire un pas vers les analyses sociales du droit.

2. *Rompre avec le nationalisme méthodologique et réinvestir le pluralisme juridique*

Si le droit international de la reconnaissance implique la reconnaissance du pluralisme épistémologique, il appelle également à l'adoption d'une perspective pluraliste sur le droit, laquelle passe par la remise en cause du nationalisme méthodologique.

Le nationalisme méthodologique « consiste à comprendre le monde social en prenant l'État-nation pour unité d'analyse »[54] pertinente. Il peut prendre trois formes principales : « la prééminence […] accordée à l'État-nation dans les sciences sociales, […] l'identification de la société à la société d'un État-nation, ou […] la compréhension de l'espace comme naturellement divisé en territoires nationaux »[55]. Le nationalisme méthodologique conduit, en effet, à « naturaliser une ligne de partage entre un "intérieur" et un "extérieur" du national, laquelle s'imposerait également naturellement à l'ensemble des acteurs et des groupes »[56]. Rompre avec un tel biais cognitif peut s'avérer relativement difficile pour le juriste, tant, dans la perception très largement majoritaire, droit et État entretiennent des relations quasi fusionnelles.

Il s'agit de produire « des théories "enracinées" dans les données de terrain et en croissance à partir de celles-ci » (J. Corbin, « Préface », in J. Luckerhoff, F. Guilemette (dir.), *Méthodologie de la théorisation enracinée. Fondements, procédures et usages*, Presses universitaire du Québec, 2012, p. VIII. Je renvoie pour ce point à la très éclairante contribution de Jeremy Perelman dans cet ouvrage.

52 O. Corten, « Le «droit en contexte» est-il compatible avec le formalisme juridique ? », *RIEJ*, vol. 70, 2013, p. 71 ; voy. égal. P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *ARSS*, vol. 64, 1986, p. 3.

53 F. Ost in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., LGDJ, 1993, p. 543 ; F. OST, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 468.

54 S. Dumitru, « Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique ? Essai de typologie », *Raisons politiques*, vol. 54, 2014, p. 9.

55 *Ibid.*, p. 18. Voy. égal. G. Sapiro, « Le champ est-il national ? La théorie de la différenciation sociale au prisme de l'histoire globale », *ARSS*, n° 200, vol. 5, 2013, p. 70-85 ; M.-C. Ponthoreau, « La métaphore géographique. Les frontières du droit constitutionnel dans le monde global », *RIDC*, 2016, n° 3, p. 1-18, spé. p. 7-10.

56 A. Vauchez, « Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique », *Critique internationale*, vol. 59, n° 2, 2013, p. 10.

Il s'agit alors de déplacer le regard afin d'admettre que les champs juridiques et normatif sont beaucoup plus vastes que l'État. La notion de pluralisme juridique formalise ainsi l'idée selon laquelle la conception théorique du centralisme étatique et du monisme juridique n'exprime pas la réalité sociale de l'expérience normative[57]. Dans sa perspective « radicale » ou « critique »[58], le pluralisme juridique rompt définitivement avec le nationalisme méthodologique au profit d'un subjectivisme méthodologique. Ainsi que le précise S. Lebel-Grenier « [l]e droit n'existe que par et pour les individus. […] La conception de la normativité [que le pluralisme juridique radical] prône ne se fonde pas sur un subjectivisme auto-référentiel mais plutôt sur la nécessité d'une épistémologie subjective d'un phénomène qui est interactionnel par nature. Le pluralisme juridique radical considère la norme comme un phénomène qui se fixe dans l'individu et en ce sens s'exprime à travers lui, mais qui porte sur les règles qui devraient guider ses relations avec ceux avec lesquels il interagit »[59].

Cette vision du juridique et l'approche méthodologique qu'elle implique sont ainsi parfaitement complémentaires de la *community-based epistemology* précédemment évoquée, en ce que la recherche en droit international de la reconnaissance porte principalement sur le « droit vécu ».

3. Maintenir l'entre-deux-langues

Certains terrains de la recherche en droit international de la reconnaissance confrontent le chercheur à l'altérité langagière[60]. Deux questions peuvent alors être posées : faut-il, dans les résultats de la recherche, rendre compte de cette altérité ? Dans l'affirmative, comment en rendre compte ?

À la première interrogation je répondrai sans détour, oui en ce que produire une connaissance émancipatrice et décoloniale implique nécessairement la reconnaissance explicite de la diversité langagière, notamment pour les communautés discriminées sur ce plan. Cela est d'autant plus important que l'on sait que la réalité sociale est construite par le langage[61]. Faire en sorte que l'Autre puisse s'exprimer dans sa langue et que le travail de recherche en fasse état s'avère primordial.

Néanmoins, cette altérité langagière, voire plus strictement linguistique peut se doubler d'une non-compréhension conceptuelle, en ce que cette altérité peut naître d'une rencontre de représentations du monde foncièrement différentes. En effet, si l'on peut éventuellement proposer une traduction d'un mot étranger, celui-ci étant pris dans un « écheveau » de sens par lequel il acquiert le sien, dans ces représentations sociales, « lorsqu'on a affaire à une partie du langage (à un mot), le tout est présent. […] les mots n'ont de sens que par leur place dans la trame prise comme un tout »[62].

---

57 Parmi les nombreux auteurs relevant de ce courant, mais ne partageant pas nécessairement une vision comparable du pluralisme juridique, on peut citer J.-G. Belley, S. Lebel-Grenier, R. Macdonald, G. Otis, N. Rouland ou J. Vanderlinden.

58 Sur les différents courants du pluralisme juridique, voy. notam. A. Geslin, « Une brève historiographie de «pluralisme juridique» : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », in F. Audren et L. Gerlain (dir.), *Droit et Anthropologie. Archéologie des savoirs et enjeux contemporains*, *Clio@Themis*, n° 15, 2019 [http://www.cliothemis.com/Une-breve-historiographie-de].

59 *Pour un pluralisme juridique radical*, thèse de doctorat, Université McGill, Montréal, 2002, p. 123. Une telle approche semble ainsi compatible avec des visions du monde qui ne retiennent pas l'individualisme comme principe fondamental.

60 Il faut ici entendre « langage » au sens large, « afin d'y inclure tout l'ensemble des médias porteurs de signification » (C. Taylor, *La liberté des modernes*, PUF, 1997, p. 23).

61 C. Taylor, *op. cit.*, notam. p. 53.

62 *Ibid.*, p. 43 et 44.

Que faire alors ? La principale méthode envisageable pour rendre compte de cette altérité, afin de ne pas reproduire des rapports de domination par l'usage d'une langue dominante, repose sur les « intraduisibles » : « La "méthode" pour faire face à la non-compréhension est de ne pas harmoniser, surtout pas trop ni trop vite, mais de se transporter en "zone de traduction" et de demeurer aussi longtemps que possible dans cet *in-between*, entre-deux ou plus de deux, jusqu'à devenir un peu meilleurs passeurs, *go-betweens* »[63].

Bien que cette non-compréhension soit inquiétante – surtout pour un chercheur –, on doit donc se garder de plaquer – « au moyen d'un universel trop vite postulé »[64], consciemment ou non – les mots et concepts dont on est familier sur les mots et concepts dont on croit comprendre le sens et les fonctions sociales. Il me semble également important de maintenir le lecteur dans cette situation d'intranquillité. Cela est d'autant plus important dans le champ juridique et normatif du fait que le langage du droit assigne et peut enfermer ceux à l'égard de qui il est formulé[65]. Et l'on rejoint les enjeux de traduction interculturelle évoqués par B. De Sousa Santos.

4. *Prendre en compte les affects dans la recherche en droit international de la reconnaissance*

Les études de terrain menées dans une démarche de sociologie ou d'anthropologie du droit, mais également le travail sur le témoignage de victimes, historiques ou contemporaines, confrontent inévitablement le chercheur en droit de la reconnaissance aux affects ; les émotions des sujets étudiés, mais également les siennes propres : colère, exaspération, écœurement, pitié, culpabilité, mais aussi curiosité, joie, contentement, affection, etc. On sait au surplus que le droit, en tant qu'ensemble normatif, est « un produit émotionnel »[66] ; il suffit, pour s'en convaincre, d'un examen attentif non seulement des processus judiciaire et législatif, mais également des revendications sociales opposées au droit : peur, dégoût, terreur, pitié, colère, ressentiment, etc. animent, consciemment ou non, tous les acteurs du droit.

La science moderne, positiviste, a imposé aux chercheurs de refouler les émotions ; elles ont été délibérément écartées des préoccupations épistémologiques. Il n'en demeure pas moins qu'elles nous animent et qu'elles conditionnent ce qu'on voit et ne voit pas, ce qu'on choisit d'étudier ou de ne pas étudier, la façon dont on construit les théories, ce qui les oriente. Les affects sont une source de connaissance[67] et jouent de ce fait un rôle épistémique non négligeable. Loin d'« un subjectivisme sentimental, préoccupé des seuls états d'âme de l'« acteur» et coupé de toute détermination

63 B. Cassin, *Éloge de la traduction. Compliquer l'universel*, Fayard, 2016, p. 78-79 ; v. égal. B. Cassin (dir.), *Philosopher en langues. Les intraduisibles en traduction*, Éditions Rue d'Ulm, 2014.

64 *Ibid.*, p. 82.

65 Voy. notam. A. Geslin « De l'entre soi à l'entre-autre(s)… », *art. cit.*

66 A. Flückiger, R. Roth, C.-N. Robert (eds.), *Droit et émotions : le rôle des émotions dans les processus de régulation juridique et sociale*, Genève, CETEL, 2010, p. 5 [http://archive-ouverte.unige.ch]; v. égal. S. Bandes, *The passion of Law*, New York University Press, 2000.

67 « Des affects et non de la méthode : voilà ce que nous trouvons à la racine de l'activité scientifique. L'activité scientifique produit des concepts mais elle ne peut entretenir cette production que parce qu'elle s'alimente à certains affects », P. Nouvel, « Orientations de l'épistémologie contemporaine. Pour une épistémologie des affects », in M. Lachièze-Rey (dir.), *L'espace physique entre mathématiques et philosophie*, EDP Sciences, 2006, p. 24. V. égal. G. Brun and D. Kuenzle, « A New Role for Emotions in Epistemology ? », in G. Brun, U. Doguoglu, D. Kuenzle (eds), *Epistemology and Emotions*, Ashgate, 2008, p. 1-30.

sociale »[68], il s'avère important de réintégrer les émotions dans le champ de la recherche. Il faut, en effet, reconnaître non seulement qu'elles déterminent pour partie la production de connaissances, mais qu'elles sont elles-mêmes le fruit de déterminations sociales[69]. Partant, une prise en considération rigoureuse des affects dans la recherche permet d'en faire une source additionnelle de savoir, aux côtés de la raison, de l'intuition, de la perception et du témoignage.

L'inscription du droit international de la reconnaissance dans une perspective critique y invite également, en ce que la pensée critique « ne se limite pas à énoncer des analyses destinées à porter au jour des réalités objectives : elle communique aussi des affects grâce auxquels nous sommes à même de saisir la force de vérité que contiennent ces analyses et, par conséquent, de résister, au nom de ce que ces affects nous permettent d'appréhender et de comprendre, à toutes les tentatives pour effacer les conceptions du monde social qui parlent des classes, de la domination, de l'oppression, de la violence, etc. »[70].

68 F. Lordon, *La société des affects. Pour un structuralisme des passions*, Seuil, 2013, p. 10

69 « [c]es affects ne sont pas autre chose que l'effet des structures dans lesquelles les individus sont plongés », F. Lordon, *op. cit.*, p. 11.

70 D. Eribon, *op. cit.*, p. 130.

Difficultés à déconstruire et opportunité de refonder le droit (international) à partir du droit (de la reconnaissance)

Diane Bernard[1]

Cet article vise à contribuer au débat sur la juridicisation de la « reconnaissance », lancé par Emmanuelle Tourme Jouannet et fructueusement prolongé par divers événements et publications scientifiques, dont le présent ouvrage.

Il s'agira ici, plus précisément, de contribuer aux réflexions sur la méthodologie requise par le droit de la reconnaissance (I), puis, sur cette base, de s'interroger sur l'aptitude du droit de la reconnaissance à « servir » le projet d'une « société internationale (plus) juste » (II). Autrement dit, nous réfléchirons à la pertinence du droit, de la reconnaissance et en général, à l'aune des fonctions voire des objectifs de « décolonisation » et « refondation » du droit international qui peuvent lui être prêtés.

I. Penser la déconstruction du droit à partir du droit ?

Dans un premier temps, nous nous proposons de traiter du droit de la reconnaissance sous un angle méthodologique, relatif à l'objet et aux questions de recherche que se donnent celles et ceux qui le promeuvent. Confronter le travail d'Emmanuelle Tourme Jouannet à la pensée de Nancy Fraser, qui l'a tant inspirée, permet d'établir que chacune de ces auteures traite d'un objet distinct, ce qui n'est peut-être pas sans incidence sur le programme critique qu'elles entendent toutes deux mener à bien (A). Une démarche méthodologique particulière, celle du « point de vue externe modéré », paraît cependant en mesure de résoudre fructueusement cette contradiction (B).

1 Professeure, Université Saint-Louis – Bruxelles.

A. Prendre la reconnaissance pour objet de recherche ou outil critique

Le « droit de la reconnaissance » a été identifié par Emmanuelle Tourme Jouannet comme une tendance à tout le moins, en 2011[2], puis plus fermement comme « une nouvelle branche du droit international »[3]. Cette autrice soutient que la société postcoloniale et post-guerre froide était (et demeure) marquée d'une part par des inégalités économiques entre États, lesquelles contredisent le principe de leur égale souveraineté, et d'autre part par la non reconnaissance des revendications culturelles et identitaires portées par certains groupes ethniques, États non reconnus et minorités. Pour elle, l'origine libérale du droit international le rend inapte à lutter contre ces injustices : l'égalité formelle trouve rapidement ses limites face aux inégalités économiques et aux nouvelles revendications socio-culturelles. Selon Emmanuelle Tourme Jouannet, la société internationale oppose néanmoins deux réponses, inabouties autant que cruciales, à ces inégalités : le développement et la reconnaissance.

Dans la seconde partie de son ouvrage *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, qui nous intéresse ici, il n'est pas question de la reconnaissance de (nouveaux) États : l'autrice entend traiter des dispositions de droit international protégeant et promouvant les particularités identitaires et culturelles, en particulier lorsque ces dernières sont dévaluées. Fondamentalement différent du droit du développement, « [c]e droit relatif à la reconnaissance est nouveau. Il permet [...] de prendre en charge des exigences formulées en termes symboliques et culturels, et non plus en termes d'intérêts matériels rationnellement définis »[4]. Ce droit nouveau vise à répondre aux revendications d'égalité « immatérielle », liées au genre, à la langue, l'histoire, la culture, la religion *et caetera* ; ses trois objets principaux sont la lutte contre la domination culturelle, la préservation des identités locales et les réparations revendiquées par des groupes historiquement dominés[5]. Outre qu'elle synthétise rapidement plusieurs reproches adressés aux théories de la reconnaissance[6], Emmanuelle Tourme Jouannet se défait de certaines illusions que pourrait nourrir pareil programme : elle pointe la difficulté de distinguer revendications légitimes et pratiques fondamentalistes ou extrémistes, souligne les liens entre reconnaissance et considérations économiques (la diversité culturelle paraît faiblement armée face au pouvoir économique et socio-politique) et relève, enfin, le caractère « uniformisateur », lissant, de l'action juridique pour la reconnaissance – chercher à faire juridiquement reconnaître une différence implique en effet de « jouer le jeu du droit », de se *soumettre* à un ordre juridique.

Cet ouvrage a reçu un accueil enthousiaste, qui nous semble justifié par au moins trois raisons : Tourme Jouannet y esquisse, en un sens, un dépassement de la critique postmarxiste dans son acception la plus classique, en articulant inégalités matérielles et immatérielles dans l'analyse des structures de domination ; plus généralement, elle conceptualise là un angle d'analyse neuf (pour et

2 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011, p. 297.
3 Voy. notam. E. Tourme Jouannet, « Le doit international de la reconnaissance », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville et J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, 2016, p. 7.
4 E. Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, p. 279.
5 *Ibid.*, p. 173.
6 *Ibid*, p. 281.

parmi les juristes du moins) quant aux inégalités et à leur lien avec certaines structures juridiques ; enfin, l'ouvrage marquait la réémergence d'une pensée *critique* francophone en droit international, et diffusait le travail de nombreux auteurs francophones (tels Mireille Delmas-Marty, Alain Supiot ou Tsvetan Todorov, parmi d'autres), se faisant source d'une ouverture culturelle souhaitable et trop rare dans certains champs académiques. Le caractère fructueux des propositions contenues dans *Qu'est-ce qu'une société internationale juste* ? a d'ailleurs été avéré ensuite par plusieurs conférences et publications, dont le présent ouvrage.

L'appareil théorique développé par E. Tourme Jouannet est explicitement fondé sur les types d'injustice et pistes de solution conceptualisés par Nancy Fraser, dans diverses publications (synthétisées dans l'ouvrage qu'elle a publié en 2005, en français[7]). Au fond, la juriste française prend au mot la position de la philosophe états-unienne, quand cette dernière écrit :

> « *claims for the recognition of difference now drive many of the world's social conflicts, from campaigns for national sovereignty and subnational autonomy, to battles around multiculturalism, to the newly energized movements for international human rights, which seek to promote both universal respect for shared humanity and esteem for cultural distinctiveness.* »[8]

En un sens, E. Tourme Jouannet applique ce diagnostic au droit « inter-national », traduisant « *world's social conflicts* » par « conflits sociaux du monde » ou « conflits mondiaux » (et non par (tout type de) « conflits *dans* le monde », ainsi que traduit dans la version française des travaux de N. Fraser)[9].

Quoi qu'il en soit, cet ancrage en philosophie critique états-unienne positionne le droit de la reconnaissance dans une part plus radicale de la littérature que celle à laquelle il paraît officiellement se raccrocher. En effet, l'objectif d'Emmanuelle Tourme Jouannet paraît descriptif, à première vue : elle annonce mener une « simple observation empirique des pratiques juridiques du droit international existant »[10] ; ce faisant, elle se donne cependant pour projet plus prescriptif d'évaluer l'efficacité de deux évolutions du droit (le développement et la reconnaissance) quant à la mise en place d'une « société internationale » plus « juste », qu'elle souhaite et interroge explicitement – il suffit de lire le titre de son ouvrage séminal pour s'en assurer. Ceci rejoint l'entreprise critique de N. Fraser davantage qu'une « simple observation empirique », et semble forcément orienter les recherches qu'a inspirées ou ultérieurement initiées E. Tourme Jouannet – à l'image du présent ouvrage.

---

7 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution,* La Découverte, 2005.

8 N. Fraser, « Rethinking recognition », *New Left Review*, 2000/3, p. 107 (nous soulignons).

9 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ?, op. cit.,* p. 71.

10 E. Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, en introduction et, ici, p. 300 ; en ce sens, sa posture se rapproche sans doute davantage de celle, presque typologique, de Kymlicka : voy. W. Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, La Découverte, 2001 (orig. 1995).

Une question point néanmoins : le droit de la reconnaissance peut-il répondre aux objectifs de déconstruction soutenu par N. Fraser, lorsqu'elle souhaite que l'on puisse, à partir d'un mouvement de reconnaissance notamment, « désinstitutionnaliser les modèles de valeurs culturelles, qui sont un obstacle à la parité de participation, et les remplacer par des modèles qui la nourrissent »[11] ? Plus précisément, les juristes sont-ils en mesure, de leur point de vue *de juristes*, d'ébranler leur objet, d'interroger la force ou l'opportunité du *droit* international comme structure, pour affronter l'enjeu de la reconnaissance[12] ?

Ceci est d'autant plus délicat qu'indépendamment de leurs sources d'inspiration, de leur intérêt et de leur qualité, les propositions d'Emmanuelle Tourme Jouannet nous paraissent porter sur un objet distinct de celles de Nancy Fraser : cette dernière se place sur le terrain de la philosophie sociale et politique pour réfléchir aux inégalités, prenant *la justice* sociale pour objet et la reconnaissance pour outil conceptuel, tandis que Tourme Jouannet et les juristes intéressés par le droit de la reconnaissance semblent, quant à eux, prendre *le droit* pour objet principal, se préoccupant apparemment de l'évolution du droit international lui-même davantage que de l'opportunité d'une action au niveau international. Bien qu'il soit intéressant de diagnostiquer un « glissement paradigmatique »[13] de N. Fraser à E. Tourme Jouannet, l'outil « reconnaissance » pensé par l'une étant mobilisé par l'autre pour étudier un objet qu'elle désigne également comme (droit de la) « reconnaissance », il s'agit de traiter de mutations juridiques, pour la seconde – que l'on qualifie le droit de la reconnaissance de branche du droit international ou de « tendance » dans son évolution ; autrement dit, il nous semble qu'en l'état de leurs réflexions, la reconnaissance est un paradigme pour Fraser là où elle est d'abord l'objet d'une branche de droit pour E. Tourme Jouannet.

Deux interrogations nous paraissent dès lors s'imposer : faute d'objet commun, peut-on (prétendre) s'inscrire dans un même mouvement ? Dans la section prochaine (B), nous soutiendrons qu'il existe une démarche méthodologique permettant de répondre positivement à cette question. Il nous appartiendra ensuite de nous interroger sur la possibilité de penser le renouvellement du droit, en le prenant comme objet et en œuvrant dans son champ (II) : comment remplacer les inégalités du droit international, juridiquement institutionnalisées, tout en ancrant la réflexion à ce sujet dans ce même droit international, lui-même parfois perçu et analysé comme structure de domination ?

B. Articuler les points de vue pour s'inscrire dans un même mouvement critique

D'avoir identifié un décalage d'objets entre les travaux de Nancy Fraser et ceux d'Emmanuelle Tourme Jouannet, qui s'inspirent des premiers, nous a permis de pointer un défi pour le droit de la reconnaissance : s'il ne vise pas la seule description mais également la mutation, l'amélioration du

11 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ?, op. cit.*, p. 79-80.

12 En un sens proche, voy. les interrogations de J. D'Aspremont, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville et J. Matringe (dir.), *op. cit.*, p. 45 notam. À l'inverse, certains conçoivent le droit et ses institutions comme des artisans de changement, voy. par ex. S. Sassen, « L'émergence d'une multiplication d'assemblages de territoire, d'autorités et de droits », in M. Wieviorka (dir.), *Les sciences sociales en mutation*, Ed. Sciences Humaines, 2007, p. 211-227.

13 A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Université de Toulouse I/LGDJ-Lextenso, p. 108-109.

droit international (vers « une société internationale » (plus) « juste »), reste à déterminer si pareil objectif lui est accessible. Autrement dit, la juriste peut-elle rejoindre le combat de la philosophe, malgré la différence entre leurs objets d'étude et leur ancrage dans des champs distincts ?

À des conditions très exigeantes, il semble théoriquement possible d'adopter un point de vue qui serve cette ambition, tout en dépassant le recours seulement « cosmétique » à la philosophie[14] ou aux sciences non juridiques : c'est la piste qu'ouvre la théorisation d'un point de vue « externe modéré » à adopter en sciences juridiques, tel que conçu par Herbert Hart, vivifié par François Ost et Michel van de Kerchove et officiellement endossé par Emmanuelle Tourme Jouannet[15].

Selon Hart, on peut en effet étudier le droit à partir de différents points de vue. Le premier, interne, consiste en l'usage des catégories et la mobilisation des valeurs et normes de l'ordre qu'on étudie : c'est le point de vue « d'un membre du groupe qui [...] accepte [les règles et codes dudit groupe] et les utilise comme modèles de conduite »[16] ; le deuxième, à l'inverse, consiste à observer le droit d'un point de vue externe radical : c'est « celui des observateurs qui, n'acceptant pas le droit existant dans un certain groupe social, se bornent à en observer les comportements sans être en mesure de distinguer entre une conduite tout simplement habituelle et une conduite qui consiste à suivre une règle juridique (une conduite, donc, motivée par l'existence d'une telle règle) »[17]. Hart a affiné cette distinction entre les points de vue possibles à l'égard du droit, en conceptualisant le « point de vue externe modéré » que François Ost et Michel van de Kerchove ont ensuite développé : dans cette optique, dialectique, on entend prendre au sérieux le discours des juristes eux-mêmes, en étudiant l'auto-interprétation que les agents juridiques prêtent aux actes qu'ils posent, mais sans s'y arrêter – adopter donc le « point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes »[18]. Ceci fait écho à la nature dialectique de la relation qui unit le droit à son contexte : le droit se présente à la fois comme intrinsèquement *distinct* de son environnement (il relève de l'univers du *sollen* par opposition au monde du *sein*, il est normatif) et inextricablement *lié* à ce dernier (le droit émerge de la société et *influe* sur elle). Pareille démarche requiert qu'on procède en trois étapes : l'étude du point de vue des acteurs d'un champ – le droit international, ici – puis la prise de distance à l'égard de leur discours par une plongée dans l'analyse qu'en élaborent des observateurs externes – les sociologues, les historiens, les philosophes, Nancy Fraser par exemple – et, enfin, un retour critique vers le champ originel – le droit international, ici. Il ne s'agit pas de viser la conciliation des discours et points de vue mais leur articulation la plus fine possible, de façon à atteindre la vision la plus juste possible, toujours en mouvement, de ce dont on s'occupe – on cherche le mot le plus proche de la chose, le discours le plus fin, la plus grande justesse possible. L'ampleur de ce travail de traduction permanent et infini, d'une science à l'autre, d'un discours à l'autre, permet ainsi à son auteur (courageux) d'enrichir son approche et de jeter un autre regard sur son objet.

---

14 Fréquent, ainsi que le relève notamment J. D'Aspremont, *art. cit.*, p. 49.

15 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, en introduction.

16 H.H. Hart, *Le concept de droit*, Pub. FUSL, 2e éd., 2005 (orig. 1961), p. 114.

17 R. Guastini, « Le « point de vue » de la science juridique », *RIEJ*, 2007/2, vol. 59, p. 49-58.

18 F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 177-206.

Un suivi plus rigoureux de pareille démarche permettrait sans doute d'affiner certaines analyses d'Emmanuelle Tourme Jouannet : par exemple, la différence établie par Nancy Fraser[19] entre « modèle statutaire de reconnaissance » et « modèle identitaire » ne nous paraît pas suffisamment prise en compte dans les études du « droit de la reconnaissance », qui se cantonnent majoritairement à la reconnaissance des États et collectivités dévalués en droit international et paraissent ainsi, parfois, « cherch[er] à contrer les représentations culturelles dégradantes des groupes subordonnés, […] abstrai[re] le déni de reconnaissance de sa matrice institutionnelle, tranch[er] ses liens à l'économie politique »[20] ; autrement dit, par une certaine coupure disciplinaire d'avec leur matrice d'origine, les travaux de certains juristes me paraissent courir le risque de générer quelques-uns des effets contre-productifs de la reconnaissance mal pensée, telle que la dénonce N. Fraser – une forme de communautarisme, une mauvaise articulation avec la saisie des inégalités économiques, voire une « formulation inappropriée des questions de justice »[21].

Affinant la proposition de Hart, F. Ost et M. van de Kerchove, d'aucuns soutiendront que l'approche des juristes internationalistes qui ont lu et mobilisent N. Fraser relève d'un point de vue *interne* modéré plutôt que du point de vue externe modéré, en ce qu'ils partent du droit pour y revenir[22], mais ces distingos épistémologiques ne grèvent pas le caractère encourageant de notre conclusion méthodologique : il paraît théoriquement possible de s'accommoder de la différence d'objet et de champ entre N. Fraser et E. Tourme Jouannet et, même, d'en faire une force, à condition sans doute de visibiliser la méthodologie qu'on adopte. La différence entre philosophie politique et droit international, quant au champ, ou entre justice sociale et branche de droit, quant à l'objet, ne signe pas l'impossibilité d'un dialogue : au contraire, il est méthodologiquement concevable que des travaux aux objets aussi proches soient *articulés* l'un à l'autre, et y gagnent dès lors en qualité et en précision – chacun de ces discours sur le réel pouvant contribuer à améliorer la justesse de l'autre. Au titre d'un effort permanent de précision de leur position, d'articulation de ses objets et de distinction de ses méthodes d'avec ceux d'interlocuteurs partant de points de vue distincts, les juristes peuvent, après s'être nourris des études d'autres observateurs, revenir à leur objet et à leur pratique – suivant ainsi le mouvement même de la réflexivité critique.

Qu'il soit *méthodologiquement* possible et potentiellement fructueux de mobiliser les travaux de Fraser dans une pensée critique du droit international invite dès lors à s'interroger sur la « société internationale (plus) juste » à laquelle paraissent viser les travaux relatifs au droit de la reconnaissance : le droit peut-il y contribuer ?

19 Voy. N. Fraser, « Rethinking recognition », *art. cit.*, p. 107-120.
20 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, *op. cit.*, p. 92.
21 *Ibid.*
22 A. Bailleux et H. Dumont, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010/2, p. 275-293.

II. Faire société ?

Les inégalités institutionnalisées par le droit international peuvent-elles être contrées par la voie du *droit* de la reconnaissance, alors même que le juridique est souvent perçu et conceptualisé comme une structure de domination ?

On pourrait penser que le droit « à » la reconnaissance (de tel ou tel groupe, de tel ou tel particularisme) correspondrait mieux que le droit « de » la reconnaissance aux objectifs de désinstitutionalisation des inégalités que poursuit N. Fraser. Ce « droit à » désignerait cependant des mouvements tellement divers (reconnaissance de certaines collectivités oubliées autant que droit individuel à la culture ou réparations symboliques suite à des crimes de masse, entre autres exemples) qu'il s'assimilerait quasiment à la notion de droit subjectif, au sens de prérogative ou le pouvoir d'action conférés – et à reconnaître – à une personne (« j'ai droit à ceci »). Un passage de la *law of recognition* au *right to recognition* paraît donc inadéquat à deux égards au moins : il ne refléterait guère le programme que se donne E. Tourme Jouannet, qui théorise une évolution des mouvements sociaux revendiquant une reconnaissance à des structures juridiques *de* reconnaissance, et serait source de confusion voire d'approximation terminologique. Nous travaillerons donc bien, ici, à partir du droit *de* la reconnaissance, entendu au sens le plus large possible à partir du propos tenu par E. Tourme Jouannet – comme une « tendance », englobant tant la pratique du droit (incluant là la possibilité qu'il s'agisse d'une « branche de droit ») que la science juridique (intégrant sa dimension paradigmatique éventuelle).

Reste à établir si le droit de la reconnaissance peut contribuer à une société internationale plus juste. À cet égard, nous soutiendrons une position paradoxale mais d'apparence fort simple, en deux points : il n'existe pas de société internationale (A) mais le droit peut contribuer à faire lien social (B).

A. Questionner l'existence d'une société internationale

Le titre de l'ouvrage à l'origine des recherches sur le droit de la reconnaissance, « *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?* », implique qu'on postule l'existence d'une « société internationale ». Trois commentaires nous paraissent s'imposer à ce sujet, dès lors que l'une des fonctions du droit de la reconnaissance serait de contribuer au faire-société de niveau international.

Premièrement, on ne voit guère quelle cohésion sociale *a minima* fonderait la société internationale. Ainsi que l'ont écrit Thomas Lindemann et Julie Saada[23], entre autres, il paraît difficile de penser une société internationale suffisamment intégrée pour qu'une conception du bien, même minimale, puisse être partagée par l'ensemble de ses membres – et que, par conséquent, les processus de reconnaissance ou les dénis de celle-ci puissent être formulés à partir d'un langage moral commun.

23 Th. Lindemann et J. Saada, « Théories de la reconnaissance dans les relations internationales. Enjeux symboliques et limites du paradigme de l'intérêt », *Cultures et conflits*, 2012, vol. 87 [https://www.cairn.info/revue-cultures-et-conflits-2012-3.htm].

D'ailleurs, le flou de l'expression « communauté internationale » traduit assez bien cette difficulté à transposer à l'international les processus internes aux ordres juridiques nationaux. Quelles sont donc les « frustrations collectives à l'échelle de la planète » auxquelles pense E. Tourme Jouannet, dans *Qu'est-ce qu'une société internationale juste*[24] ? Sont-elles partagées par des groupes identifiés, identifiables, présents sur la scène internationale ? Ces groupes luttent-ils pour une plus grande reconnaissance à l'échelle globale ? On peut penser aux femmes, la domination masculiniste paraissant globalement mondiale, mais ceci paraît requérir à tout le moins une esquisse d'élaboration.

Par ailleurs et deuxièmement, il nous semble que le droit international a la polycentralité pour réalité et vision[25], ce qui vient affaiblir les analyses globalisantes *d'une* société internationale. Une brève analyse de l'Organisation des Nations unies confirme cette idée[26] : si l'Assemblée générale paraît toute désignée pour constituer le terreau de la communauté internationale, elle est dépourvue de véritable pouvoir contraignant et ne peut qu'émettre des recommandations ; quant au Conseil de Sécurité, qui prétend tenir le rôle de garant de l'ordre public mondial, il est tout à fait conditionné par l'état des relations entre certaines grandes puissances – il n'y a pas, dans ces institutions, de centralisation résolue. Plus généralement, les dissensions politiques et idéologiques qui agitent le monde[27] rendent improbable une quelconque fusion des différents systèmes juridiques en place – à moins qu'un État particulier (une superpuissance) n'impose son propre système au monde[28], ce qui ne correspondrait guère à la *société* luttant contre les inégalités que paraît supposer Emmanuelle Tourme Jouannet. Pour le dire simplement, l'unité ne paraît pas d'application, même dans une vision modérée, moins centralisatrice qu'un « ordre » international. Ainsi se développe le modèle faible d'un « mouvement fort en faveur d'un système universel de droit transnational », dans lequel les systèmes de justice seraient « de simples supports d'une justiciabilité universelle visant à assurer un respect accru des droits de l'homme »[29] ; ses acteurs et leurs rôles sont mal définis et tant sa conceptualisation que son effectivité sont à peine esquissés[30]. Bref, « il n'y a guère à ce jour d'ordre juridique international : seules existent des règles disparates impuissantes à définir une ordonnance hors de l'esprit de ceux qui arbitrairement y découvrent un système »[31] ; « il n'existe pas un droit des articulations apte à livrer un ensemble construit de solutions »[32] ; « les points de contact ne font pas disparaître les frontières »[33] ; « le droit international est moins un système que tout autre ordre juridique. C'est une série de grappes de normes qui fleurissent çà et là et se superposent de façon empirique »[34] .

24 E. Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, p. 280 notam.
25 A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international – l'impossible capture de l'humanité,* PUF, 1999, p. 399.
26 A. Papaux et E. Wyler, *L'éthique du droit international,* coll. Que sais-je ?, PUF, 1997, p. 57.
27 O. Corten *et al.* (dir.), *À la recherche du nouvel ordre mondial – I. « Le droit international à l'épreuve »*, Complexe éd., 1993, p. 1.
28 R. Haveman, « Epilogue : a system sui generis » in R. Haveman, O. Kavran et J. Nicholls, *Supranational Criminal Law : a system sui generis*, Intersentia, 2003 p. 347.
29 R. Roth, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans état et sans territoire », in Ch.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 133.
30 *Ibid.*, p. 144.
31 J. Verhoeven, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 58.
32 J.-S. Berge, « Les interactions du droit international et européen », *JDI*, 2009/3, § 1.
33 H. Ascensio, « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général » in M. Delmas-Marty, *Les sources du droit international pénal,* Société de législation comparée, 2004, p. 408.
34 R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 291.

Enfin et troisièmement, si une « société civile internationale » (composée de citoyens, d'ONG, voire d'entreprises multinationales) est parfois identifiée, c'est pour l'*opposer* à la société des États : *l'inter*-national, c'est bien l'entre-États, même si on peut le penser, avec certains critiques, dans une perspective post-westphalienne. Ce sont bien les États qui fondent l'international, chacun s'appuyant sur une reconnaissance *interne* de sa légitimité (par un corps social traversé des inégalités que dénonce N. Fraser) et sur une notion de souveraineté contestée, alors que les luttes pour la reconnaissance au niveau international dépassent l'État, étant portées par d'autres groupes et individus aussi, dans d'autres objectifs. On relève bien la distinction chez Fraser, qui adopte une perspective nettement plus postmoderne que celle de E. Tourme Jouannet en plaidant, elle, pour un espace politique *trans*-national.

Au fond, Nancy Fraser paraît parfois assumer mieux la fin du « cadre étatique territorial westphalien » que certains juristes, lorsqu'elle dresse le bilan du transnationalisme et du cosmopolitisme[35] : pour elle, l'ébranlement du système (sans renversement radical, cela dit) implique que les lieux de justice se déplacent et échappent au monopole de l'État. Dans « Repenser la reconnaissance », elle relève ainsi que les revendications culturelles gagnent en importance au moment même où l'État perd le monopole normatif : « il est impératif », dit-elle, « de formuler les problèmes au niveau adéquat : il faut déterminer quels problèmes sont authentiquement nationaux, locaux, régionaux et mondiaux, parce que les luttes actuelles sont souvent menées dans un cadre erroné »[36], d'autant plus que les États sont moins puissants depuis la fin de la Seconde guerre mondiale et ne constituent par définition pas un *forum* de justice adéquat aux inégalités transfrontières. Ceci entraîne, selon Fraser toujours, un « problème de [...] déformation de la perspective », une « forme spécifique de méta-injustice », qui consiste à ce qu'on ne puisse opposer l'injustice à ceux qui l'instituent ou en bénéficient mais seulement à un État – lequel est dépassé. C'est là une erreur d'échelle, de « *scales of justice* »[37]. Pour N. Fraser, la manipulation de l'espace politique et sa domination par certains demeurent au cœur de la structure étatique, tandis que le manque de parité dans la participation sociale s'y renforce ; elle plaide donc pour un espace politique dépassant l'ordre national, celui-ci étant non seulement *inique* (notamment par son élitisme et son masculinisme) mais aussi *inapte* à traiter des enjeux transfrontières.

On peut dès lors douter de la force du droit de la reconnaissance, notamment face à l'ordre économique international. Emmanuelle Tourme Jouannet l'admet tout à fait, quand elle écrit que « le droit international de la reconnaissance et le droit international du développement sont au mieux des remèdes correctifs et non pas transformateurs de l'ordre existant car ils laissent intactes les structures sous-jacentes à cet ordre, c'est-à-dire à la fois les schémas de représentation dichotomiques hérités de la période coloniale/postcoloniale (et autres schémas de représentations pour les autres identités dévaluées) et le système capitaliste marchand et financier qui, tous deux, reproduisent constamment

35 Du principe qui fonde le droit international depuis le Traité de Westphalie, signé à la fin de la Guerre de Trente ans, en 1648 : l'État constitue la forme privilégiée d'organisation politique des sociétés ; ceci entraîne au moins trois conséquences formelles : l'égale souveraineté de tous les États, leur souveraineté sur leurs population et territoire, et l'équilibre des puissance entre eux.

36 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ?, op. cit.*, p. 73.

37 N. Fraser, *Scales of justice. Reimagining political space in a globalizing world*, Polity, 2008.

les inégalités économiques et culturelles [...]. Si l'on voulait adopter des solutions transformatrices, celles-ci devraient s'attaquer aux structures de base de l'économie et de la culture et prendre, par exemple, la forme de la décroissance économique et de la déconstruction culturelle »[38] . Un pas plus loin, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?* paraît négliger certains pans importants de la littérature critique (notamment postmarxiste) : pensons par exemple aux études démontrant que le potentiel émancipateur des droits fondamentaux est étouffé par leur inclusion dans les politiques de développement, sous le poids institutionnel et bureaucratique en particulier[39] (le *workshop* international organisé à Sciences Po Lyon, en 2016, ainsi que cet ouvrage, montrent cependant que le dialogue à ce sujet a lieu, et que ce commentaire n'a donc peut-être plus lieu d'être).

Quoi qu'il en soit, la « société » qu'il s'agit de réformer, radicalement ou non, ne nous semble pas d'une existence évidente, et certainement pas d'une cohésion comparable à celle des ordres internes.

B. Reconnaître juridiquement pour inclure socialement

Le droit de la reconnaissance, en tant qu'il est juridique, a-t-il dès lors lieu d'être au niveau international, en tant que facilitateur sociétal à tout le moins ? Nous avons relevé à quel point il pouvait être difficile, ou à tout le moins paradoxal, de penser la déconstruction du droit à partir du droit même ; il semble néanmoins soutenable d'affirmer que le droit pourrait être bien davantage qu'un simple « outil » de reconnaissance : sa dimension symbolique en fait davantage qu'une technique instrumentale ; il pourrait constituer un mode de « faire société » – ou, plus modestement, l'une des voies vers la « société » internationale que postule (ou espère) Tourme Jouannet. Un détour par la théorie générale du droit paraît utile à l'étai de cette hypothèse, plus spéculative que les propos tenus ci-dessus.

La science du droit révèle un constat paradoxal : on observe aujourd'hui une juridicisation (et/ou judiciarisation) de la société, c'est-à-dire un recours croissant au droit (et/ou aux tribunaux) dans les relations sociales, contentieuses ou non ; largement posé et commenté[40], ce diagnostic de *verechtlichung* s'accompagne de diverses critiques adressées au droit et à l'institution judiciaire, en tant que modes de prévention et de régulation des conflits ; on observe une perte de confiance en l'appareil normatif au sens classique du terme[41] qui ne se limite pas aux critiques radicales du droit, qu'elles soient féministes, postcolonialistes ou culturelles : plus généralement, usagers, praticiens et chercheurs dénoncent l'inefficacité du droit dans divers secteurs[42]. S'articulent ainsi un appel au droit et un rejet de ce dernier.

---

38 E. Tourme Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, p. 296.

39 Voy. S. Pahuja, « *Rights as regulation : Integrating human rights and development* », in B. Morgan (ed.), *The intersection of rights and regulation. New directions in socio-legal scholarships*, Ashgate, 2007, p. 167-191.

40 Voy. par ex. J. Habermas, *The theory of communicative Action, vol.* 2 « Lifeworld and systems, a critique of functionalist reason », Beacon, 1987, p. 356-370 ; ou G. Teubner, « Juridification : concepts, aspects, limits, solutions », in G. Teubner (ed), *Juridification of social spheres : A comparative analysis in the ereas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, DeGruyter, 1987, p. 3-47.

41 Par ex. E. Clase, W. Devroe et B. Keirsbilck (eds), *Facing the limits of law*, Springer, 2009 ; M. Constable, *Just silences : the limits and possibilities of modern law*, Princeton UP, 2007 ; P.H. Shuck, « The limits of law : essays on democratic governance », Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics and Public Policy, Working Paper n° 224, 2000 ; A. Sarat, L. Douglas et M.M. Umphrey (eds), *The limits of law*, Stanford UP, 2005.

42 Dans des branches et perspectives diverses, voy. par ex. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2011 ; B. Chopard, B. Deffains et J.-D. Guigou, « Droit, architecture financière et stratégies des banques », *Revue de l'OFCE*, 2007-2, n° 101, p. 333-354 ; W.E. Wagner, « Commons ignorance : the failure of environmental law to produce needed information on health and the environment », *Duke Law Journal*, 2004-6,

Ceci nous paraît révéler la singularité cruciale que revêt le droit en général, parmi les différents modes normatifs. À première vue, sa spécificité parait tenir aux garanties démocratiques et au monopole coercitif détenu par l'État – deux caractéristiques qui le distinguent en effet des autres modes de régulation sociale et de résolution des litiges. Il nous semble cependant qu'*autre chose* se joue par et dans le droit, qui pourrait sous-tendre à la fois l'appel et le rejet qu'on lui adresse et qui expliquerait que nous (un « nous » forcément polymorphe, qu'il reste à identifier) conservions de hautes espérances à l'égard du droit, renforcées peut-être par la sécularisation du monde social et sources de sa mobilisation dans ce qui nous importe (certes pas les fusions et acquisitions de sociétés multinationales, qu'on laisse sans remord aux mains d'arbitres dépourvus de toute légitimité sociale, mais le familial, le pénal, le rapport à l'autre, la vie – autant de secteurs que touche, de près ou de loin, le « droit de la reconnaissance »). Nous soutenons que cet « autre chose » qui se jouerait dans et par le droit tient à sa fonction *instituante*, laquelle dépasse la dimension instrumentale qu'il revêt en tant que mode de régulation sociale. Prenant le relais d'autres vecteurs d'institution au cœur de nos sociétés sécularisées, le droit au sens strict incarnerait le tiers ou l'indisponible dont toute société « auto-instituée » aurait besoin pour faire société : face aux logiques managériales qui en appellent à sa transformation ou à son contournement, il aurait la fonction capitale de « faire société » *symboliquement* (au sens grec de *sun-bollon*, « jeter avec, ensemble »). Cette hypothèse, toute intuitive qu'elle soit encore, nous semble d'intérêt pour ceux qui promeuvent le projet d'une société internationale, par le droit de la reconnaissance ou non.

Pareil positionnement émerge d'un certain terreau philosophique : d'abord, très généralement, il prolonge les théories du droit comme langage (le symbolique étant là, dans le fait de parler, d'habiter l'écart entre les mots et le réel et de se représenter cette division langagière, et le droit étant par définition constitutif d'un pouvoir sur et par le langage), voire comme mythe. Plus précisément et avec un enthousiasme variable, il renvoie aux travaux de Cornélius Castoriadis[43], Paul Ricœur[44], Pierre Legendre[45] (et, derrière lui, Alain Supiot[46]), outre François Ost : ce dernier écrit ainsi que le droit poursuit une finalité anthropologique, d'institution de l'humain, « défini[e], en toute première approximation, par l'accès au langage, à l'ordre du symbolique, du tiers institué, de la loi commune, et finalement de linterdit et de la limite. Toutes ces réalités, qui font système, n'ont pas pour but d'enfermer l'homme dans un carcan, mais au contraire, de lui assurer identité et autonomie, de le préserver du fantasme dêtre tout (et notamment l'auteur de la loi), de le garder ainsi de la folie et de la violence – bref de l'équiper pour activer, comme un être libre, le lien social qui le constitue »[47]. Dans

vol. 53, p. 1619-1745 ; J.G. Laitos et L.J. Wolongevicz, « Why environmental laws fail », *William & Mary Enviromnental Law and Policy Review*, 2014-2015, vol. 39, p. 1-51 ; K. Bumiller, « Victims in the shadow of the law : a critique of the model of legal protection », *Signs*, 1987-3, vol. 12, p. 421-439 ; D. Garland, *The culture of control crime and social order in contemporary society*, U. Chicago Press, 1990 ; K. Greenfield, *The failure of corporate law. Fundamental flaws and progressive possibilities*, RHYW, 2010 ; R. Freedman, *Failing to protect : the UN and the politicization of human rights*, OUP, 2014 ; K. Mills, *Human rights protection in global politics : responsibilities of States and non-State actors*, MacMillan, 2015 ; M. Gibney, *International human rights law : returning to universal principles*, Rowman & Littlefield, 2015.

43 C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, 1999.

44 P. Ricœur, « Qui est le sujet de droit ? », in *Le juste*, Esprit, 1995 ; « L'antinomie de la réalité humaine et le problème de l'anthropologie philosophique », in *Écrits et conférences*, 3 : *Anthropologie philosophique*, Le Seuil, 2013.

45 P. Legendre, *La question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999 ; *Le désir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'État et du droit*, Fayard, 2005.

46 A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.

47 F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, p. 97.

cette perspective, le droit n'est ni un outil (neutre comme selon les positivistes, purement instrumental comme dans la vision réaliste états-unienne, de domination comme chez les postmarxistes) ni un ensemble de principes moraux définis (comme selon les iusnaturalistes ou les dworkiniens) ni une norme parmi d'autres. Il aurait bien plutôt la fonction ou le but de constituer symboliquement les individus en communauté, quelle que soit l'orientation que se donne cette communauté (toujours cependant dans le champ sécularisé susmentionné) ; cette fonction ou ce but seraient rendus possibles par la symbolisation d'un tiers, le droit, qui permet de sortir de « l'entre-soi », du rapport inter-individuel, en faveur d'un lien social.

Si cette hypothèse a une vocation transversale, elle paraît particulièrement saisissante quand on l'applique au « droit de la reconnaissance », dans ses dimensions théoriques autant que phénoménologique. Antoine Garapon, bien qu'il se concentre sur le judiciaire[48] et ne travaille guère aux évolutions du droit international que problématise E. Tourme Jouannet, nous paraît l'avoir explicité[49], en se fondant notamment sur les travaux de N. Fraser et plus particulièrement sur ceux de Paul Ricœur – autant de sources qui font raisonner son travail avec celui des internationalistes investis dans une réflexion sur le droit de la reconnaissance, sachant que Ricœur pense la reconnaissance à partir d'une réflexion sur l'injustice et, plus précisément, à la suite des drames de la guerre de 1939-1945. En effet, A. Garapon nous paraît soutenir l'hypothèse du droit comme force instituante, clef sociétale, et *mutatis mutandis* celle de la position potentiellement centrale du droit de la reconnaissance à cet égard, en droit international, lorsqu'il écrit que « la reconnaissance restitue l'épaisseur anthropologique du temps politique qui ne peut s'estimer être définitivement sorti du moment de la reconnaissance, qui ne peut se nourrir que des formes procédurales, qui hésite toujours entre plusieurs temporalités, celle des commencements et celle du temps ordinaire, l'espace des institutions mais aussi leur au-delà, le droit positif et ce qui le dépasse : la reconnaissance. La politique démocratique vit du conflit maintenu entre le temps poétique de la fondation et la prose du temps ordinaire. La présence de formes de reconnaissance, qui réapparaissent çà et là à divers moments de notre vie politique, rappelle ce moment épochal préjuridique : en coexistant avec le droit formel, ces formes de reconnaissance instaurent une distance intérieure à la vie des institutions. Elles rejouent à l'infini un passage initial et dessinent un horizon, qui vient rompre la monotonie de nos démocraties et la prose du droit positif »[50].

Ainsi la reconnaissance noue-t-elle les enjeux anthropologiques et politiques du faire société, d'une part, et le droit de la reconnaissance, pratique ou paradigme, pourrait-il se situer au carrefour d'une déconstruction du droit comme structure de domination, à l'appel de N. Fraser, et d'un espoir de fondation d'une société internationale plus juste, porté par Emmanuelle Tourme Jouannet (quand bien même cette société n'existerait pas – ou pas encore). Cette idée confirme là sa richesse hypothétique et en appelle à de plus amples développements théoriques.

48 Voy. A. Garapon, « La dimension cérémonielle de la reconnaissance dans la justice », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2014, vol. 281, p. 73-87.
49 A. Garapon, « Justice et reconnaissance », *Esprit*, 2006, 3 (mars/avril), p. 231-248.
50 *Ibid.*, p. 248.

Une approche critique et pragmatique du droit international des droits humains
Pour une réappropriation par les « subalternes »

Jeremy Perelman[1]

Le droit international de la reconnaissance mérite toute notre attention. À la fois grille de lecture analytique voire matrice épistémologique critique qui se révèle particulièrement appropriée aux évolutions des objets – et des sujets – contemporains du droit international, d'une part, et véhicule d'une normativité assumée, d'autre part, ce droit se voit reflété, incorporé et mis en mouvement dans un nombre croissant de domaines. C'est à l'occasion de réflexions communes en cours sur la ou les manières de penser des formes alternatives d'activation du droit international, et en particulier de ce qu'elle appelle le « nouveau » droit international du développement[2] en faveur des « subalternes», qu'Emmanuelle Tourme-Jouannet m'a invité à faire la rencontre de ce droit, à travers les acteurs et animateurs principaux de son articulation en cours.

Cette rencontre, lors du Colloque de Lyon sur le droit international de la reconnaissance qui fait l'objet de cette publication, a mis en lumière la contribution potentielle de ce droit à ce que Sundhya Pahuja nomme la « décolonisation », nécessaire, du droit international[3]. Elle a également ouvert une réflexion sur sa capacité à refonder le droit international, et sur la notion même de (re) fondation. Dans cette contribution, je m'attacherai à examiner ces questions, en particulier sous un angle méthodologique voire épistémologique[4]. Plus qu'une contribution substantive à l'élaboration du cadre théorique ou méthodologique du droit de la reconnaissance, l'analyse qui suit se conçoit comme un essai articulant une réflexion, à la fois externe et « ouverte », sur les passerelles existantes entre le droit international de la reconnaissance, d'une part, et l'approche qui fait l'objet de travaux en cours[5]. Cette contribution émane en effet d'une position qui n'est pas celle d'un « internationaliste » dans le sens classique, voire contemporain, du terme. Si les questions de colonisation/décolonisation

---

1 Professeur, Directeur de la Clinique, École de Droit, Sciences Po Paris. L'auteur tient à vivement remercier les organisatrices du colloque de Lyon de 2016 sur le droit international de la reconnaissance, en particulier Albane Geslin et Emmanuelle Tourme Jouannet, pour lui avoir permis d'engager un dialogue et une réflexion sur les thèmes qui les animent.

2 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011.

3 S. Pahuja, *Decolonising international law : development, economic growth and the politics of universality*, Cambridge University Press, 2011.

4 Je m'en remets néanmoins pour ceci à l'excellente analyse d'Albane Geslin dans ce même volume (voir A. Geslin, « La recherche en droit international de la reconnaissance : quelle(s) posture(s) épistémologique(s) ? »).

5 J. Perelman, *Global Poverty, Human Rights and Globalization in the Post-washington Consensus: The Rights-ification of Development*, Cambridge University Press, à paraître, 2020.

du droit international, notamment du droit international économique, et de ses effets en termes de ce qu'Iris Young nomme « l'injustice structurelle »[6] ou d'autres comme Thomas Pogge la « violence radicale »[7] y sont centrales, celles liées à la ou une possible (re)fondation du droit international le sont en effet beaucoup moins. Cette approche s'identifie donc volontiers à celle mise en avant par les organisatrices de cette rencontre, à savoir un questionnement épistémologique à caractère interdisciplinaire, critique et renouvelé – ou encore itératif, mais sans sombrer dans un post-modernisme paralysant – par rapport à l'idée de toute notion, aussi séduisante soit-elle, comme étant définitivement acquise. Elle fait ainsi sienne des questions telles que les conséquences distributives des usages, mobilisations et possibles cooptations voire confiscations de la rhétorique du droit international de la reconnaissance ou de celle de ce qu'Emmanuelle Tourme-Jouannet nomme le « nouveau » droit international du développement par différents acteurs ; ou encore, de manière centrale, celle de savoir si leur déploiement permet principalement de tempérer l'économie politique néolibérale de la globalisation et du développement (et si oui, jusqu'à quel point), ou bien de la subvertir, voire de la contester.

Ces questions sont en effet au cœur d'un projet dont j'évoquerai dans un premier temps les grandes lignes (I.A), ainsi que les liens et les distinctions théoriques à la fois avec l'idée de décolonisation du droit international et celle du droit international de la reconnaissance comme instrument de celle-ci (I.B). Dans un second temps, j'évoquerai les éléments centraux d'une approche « critique/pragmatique » des droits humains et notamment des droits sociaux-économiques, dans une perspective de réappropriation de ces droits dans le cadre de stratégies de lutte contre la pauvreté (II.A), en particulier les aspects méthodologiques et épistémologiques du projet autour duquel s'est construit cette approche, et son apport potentiel aux travaux en cours ou à venir sur le droit international de la reconnaissance (II.B).

I. La *rights-ification* du développement et la décolonisation du droit international

Le thème général des travaux qu'il paraît utile d'évoquer ici est celui d'une investigation sociojuridique et critique portant sur l'interaction entre différentes formes contemporaines de déploiement des normes dites « universelles » du droit international des droits humains, d'une part, et les articulations juridiques, théoriques, institutionnelles et politiques associées au concept et aux pratiques de « développement » qui ont émergé au cours des deux dernières décennies, d'autre part. Cette analyse s'appuie sur une approche post-réaliste de la globalisation du droit et de la rationalité juridique, et sur des travaux en économie du développement. Elle s'opère à travers une analyse discursive et textuelle, ainsi que des observations empiriques qualitatives issues de cas d'études et des méthodes d'observation-participative. Elle se situe à l'intersection de trois champs d'investigation interdisciplinaires que sont les droits humains, droit et développement, et l'analyse sociojuridique du changement

6 I. M. Young, « Responsibility and Global Justice : A Social Connection Model », in *Global Challenges : War, Self-Determination and Responsibility for Justice*, Polity Press, 2006.
7 T. Pogge, « Why Inequality Matters », in D. Held, A. Kaya (eds.), *Global Inequality: Patterns and Explanations*, Polity Press, 2010.

social. Elle s'inscrit dans une interrogation plus large sur le rôle, la signification et l'impact du droit – conçu en termes pluralistes – sur le changement et la justice sociale. Et, plus précisément, sur le rôle des droits humains dans l'articulation du discours, des théories, et des politiques de développement, dans le maintien de structures globales de subordination et d'inégalité attachées aux manifestations contemporaines de celui-ci ou, au contraire, dans l'établissement d'un lien entre revendications émanant du registre de la contestation sociale et subalterne, d'une part, et l'articulation d'imaginaires politico-institutionnels, voire de trajectoires de développement alternatives et durables, d'autre part.

A. La *rights-ification* du développement : manifestations intellectuelles, institutionnelles et pratiques d'un phénomène contemporain

Cette investigation part du constat, que d'autres ont fait également[8], de l'ascension, depuis la fin des années 1990, du droit, du discours et de l'idéologie des droits humains dans les théories, les politiques et les institutions dominantes associées au paradigme de ce que Joseph Stiglitz a appelé le « post » Consensus de Washington en matière de politiques de développement[9]. Plus généralement, il part d'une observation de la manière dont un ensemble d'acteurs – États, institutions multilatérales, entreprises multinationales, organisations non-gouvernementales, réseaux d'activistes ou d'universitaires ou encore mouvements sociaux – confrontés à la fragmentation du droit international et l'émergence de ce que certains appellent un pluralisme juridique global[10], tentent de répondre ou de s'adapter aux évolutions de l'économie politique de la globalisation et aux insuffisances de la gouvernance économique globale et de la lutte contre la pauvreté, et ce notamment à travers l'articulation de nouveaux régimes transnationaux de gouvernance de responsabilité susceptibles de contenir ou encore de « civiliser »[11] la globalisation économique et générer un développement durable. Ces différentes pratiques, c'est du moins mon argument[12], reflètent l'ascension des droits humains dans les discours contemporains sur le droit international et le développement, un nombre croissant de ces acteurs aspirant à baser ces régimes de gouvernance et d'imputabilité sur des normes de droits humains, qui apparaissent aujourd'hui comme un discours central, notamment dans les formes contemporaines de rationalités et de consciences juridiques[13], en matière de justice économique et sociale.

Dans le champ de plus en plus juridicisé du développement, le discours des droits ou *rigths-talk* est en effet devenu central. Il apparaît notamment dans la multiplication des « approches » institutionnelles et quasi-constitutionnelles « basées sur les droits humains » (*rights-based* ou *human*

8 Voy. S. Pahuja, *Decolonising international law*, *op. cit.* ; E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.* ; D. Trubek, A. Santos (eds.) *The new law and development : a critical appraisal*, Cambridge University Press, 2006.

9 J. Stiglitz, « Is there a post-Washington Consensus Consensus ? », in J. Stiglitz, N. Serra (eds.) *The Washington Consensus reconsidered : towards a new global governance*, Oxford University Press, 2008, p. 41.

10 G. Teubner, « Global Bukowina : legal pluralism in the world society », in G. Teubner (ed.) *Global law without a state*, Ashgate, 1996 ; E. Darian-Smith, *Laws and societies in global contexts : contemporary approaches*, Cambridge University Press, 2015.

11 D. Kinley, *Civilizing globalization : human rights and the global economy*, Cambridge University Press, 2009.

12 Voy. J. Perelman, *The Rights-ification of Development*, *op. cit.*

13 C. Tomlins, J. Desautels-Stein (dir.), *Searching for contemporary legal thought*, Cambridge University Press, 2017.

rights based approaches) censées « guider » les politiques de développement, dans la multiplicité des revendications et contre-revendications socio-économiques mais également identitaires et culturelles qui façonnent l'évolution du droit international tout en étant façonnés par les économies politiques globales et locales du développement, dans les débats qui ont entouré l'articulation de nouveaux objectifs du développement durable en 2015, dans les vifs débats entourant les régimes et le droit international des investissements[14], ou encore dans l'émergence du cadre conceptuel des Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011, qui à la fois cible et reflète ce qui émerge comme une forme de privatisation du développement. Cette analyse s'appuie sur des théories de la globalisation du droit et de la rationalité juridique[15] pour cartographier et développer une analyse critique de cet ensemble de discours et pratiques, que je qualifie comme reflet de la *rights-ification* du développement. Ce concept, que les termes de « juridification ou de juridicisation à travers la mobilisation du discours et des normes de droits humains » ne sauraient pleinement traduire, désigne le phénomène d'articulation, de multiplication et d'intégration, par tous ces différents acteurs et suivant des biais idéologiques et normatifs qui varient, d'un ensemble hétéroclite de théories, de cadres normatifs, régulatoires et institutionnels, ainsi que de programmes et stratégies d'action, « basés » sur le discours des droits humains.

Ce concept est en partie basé sur la conceptualisation par Amartya Sen du développement comme ne pouvant être limité au développement économique, et des droits humains, aussi bien civils et politiques que sociaux, économiques et culturels, comme à la fois moyens et fins du développement. La *rights-ification* apparaît à ce titre et de prime abord comme une véritable rupture avec la dynamique observée ou du moins apparente depuis 1945 d'une séparation entre le projet et l'entreprise de développement, d'une part, et le mouvement des droits humains, d'autre part. Et ce, en particulier, au regard de la période du Consensus de Washington, où la croissance économique est érigée en précondition absolue à la réalisation des droits humains. L'analyse démontre cependant qu'au lieu d'un ensemble normatif, institutionnel ou politique cohérent, la *rights-ification* apparaît comme un ensemble d'idées, de discours et de pratiques idéologiquement contestés et parfois contradictoires. Je décris ainsi trois manifestations de la *rights-ification*, essentiellement à des fins analytiques.

La première est une *rights-ification intellectuelle*. Elle reflète l'émergence d'idées et de discours, principalement dans les champs de la théorie et l'économie du développement, et de la philosophie morale et politique. À travers une cartographie intellectuelle appliquée à des économistes influents tels qu'Amartya Sen, Joseph Stiglitz et Hernando de Soto, celle-ci met notamment en relief différentes formes d'intégration du droit et des droits humains dans les théories économiques dominantes du « post » Consensus de Washington. Elle examine la manière dont ces formes d'intégration reflètent, à un moment d'incertitude et de contestation autour de l'existence ou la persistance d'un « modèle » de développement, un appel à une forme de cohérence et de logique interne du droit, et en l'occurrence à

14 Voir, à ce titre, la contribution de M. M. Mbengue dans cet ouvrage. (« "La loi des nations est faite de fer"? Reconnaissance et décolonisation du droit international des investissements »).

15 Principalement celle de Duncan Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000 » in D. Trubek, A. Santos (eds.), *op. cit.*

la légitimité normative « universelle » des droits humains, pour guider la formulation et l'orientation du projet et des politiques de développement. L'intégration par Amartya Sen des différentes catégories de droits humains dans sa reconceptualisation, à la fois déontologique et conséquentialiste, du développement est ainsi analysée en partie de manière critique, en ce qu'elle reste ancrée dans une vision moderniste et libérale du développement. Celle d'Hernando De Soto apparaît quant à elle comme une cooptation néolibérale du langage des droits humains, à travers la mise en avant des droits de propriété comme « droits humains des pauvres ».

La deuxième décrit les *formes institutionnelles* prises par la *rights-ification* , à travers l'analyse de cas d'études d'intégration du discours des droits humains aux Nations unies, à la Banque mondiale, à la Commission des Nations unies pour la Démarginalisation des Pauvres par le Droit, et enfin à travers les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Elle décrit la manière dont des acteurs centraux de l'industrie du développement ont interprété, assimilé ou au contraire contesté les éléments de la *rights-ification* intellectuelle, et intégré (ou non) les droits humains dans leurs appareils institutionnels, leurs pratiques et leurs politiques.

La troisième décrit et vise à cartographier (idéologiquement, notamment, ainsi qu'à l'égard de que j'appelle l'économie politique de l'imputabilité) les *pratiques* de la *rights-ification.* Elle examine la manière dont un ensemble d'acteurs, s'appuyant sur les idées émanant de la *rights-ification* intellectuelle et les déployant à la fois dans ses cadres institutionnalisés ou en dehors, ont développé des formes diverses de pratiques. Celles-ci incluent des mouvements sociaux et de campagnes de terrain pour les droits sociaux-économiques en Afrique sub-saharienne ou en Amérique latine, des nouveaux modes de plaidoyer transnational par des ONGs portant sur des investissements internationaux à large échelle dans les ressources naturelles, des pratiques d'entreprenariat normatif aux Nations unies ou dans des cadres régionaux, ou encore l'élaboration de stratégies de responsabilité sociale d'entreprise et de management du risque. Cette analyse fait apparaître quatre types de pratiques[16]: le normativisme des droits humains, le *naming and shaming* de la globalisation économique, le plaidoyer transnational orienté sur la production économique et les chaînes de valeurs, et enfin le plaidoyer et les approches critiques/pragmatiques, qui seront ici évoqués.

En examinant la manière dont les droits humains sont intégrés dans des articulations intellectuelles, traduits au sein de cadres institutionnels, et activés par un ensemble de pratiques, cette analyse aspire avant tout à cartographier et à identifier, au sein de ces cadres et de ces pratiques, des espaces potentiels de contestation et d'action visant à lutter contre l'injustice structurelle. Au final, l'analyse fait apparaître un phénomène contrasté. D'une part, certains modes de *rights-ification* agissent comme un levier important permettant l'ouverture de débats démocratiques, voire l'émergence de matrices émancipatrices d'imputabilité autour des pratiques de la globalisation économique et des politiques de développement. À ce titre, certaines formes de *rights-ification* permettent d'étirer les frontières du droit international dans un sens qui est proche que celui décrit par Emmanuelle Tourme-Jouannet

16 Pour une analyse préliminaire, voir J. Perelman, « Transnational Human Rights Advocacy, Economic Globalization, and the Political Economies of Accountability : Mapping the Middle », *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 16, n° 2, 2013, pp. 89-144.

dans sa conceptualisation du « nouveau » droit international du développement et du droit international de la reconnaissance, et de la place centrale qu'y ont pris les droits humains[17], et d'ouvrir de nouveaux espaces politiques, de nouvelles manières de bousculer les dynamiques structurant les économies politiques. D'autre part, reflétant un appel au droit comme stratégie de développement dans l'ère de la post-guerre froide[18], la *rights-ification* apparaît, en partie de par la nature même du paradigme des droits humains, comme limitée dans sa capacité à préfigurer un véritable changement des cadres conceptuels, idéologiques et institutionnels du projet moderniste et libéral de développement, ou à offrir un cadre cohérent pour véritablement guider les choix politiques inévitables impliqués par la notion même de développement. La *rights-ification*, telle qu'elle se manifeste notamment dans les principaux cadres institutionnels du développement, semble en effet souvent emprunter à ce que Balakrishnan Rajagopal nomme la *développementalisation* des droits humains[19]. Celle-ci résulte de la rencontre d'un discours potentiellement émancipateur (mais néanmoins fondamentalement libéral, formaliste et, pour beaucoup, colonisant) et d'une technologie de gouvernance où les droits humains sont intégrés dans une approche plus générale de réformes dites de l'Etat de droit comme véhicule de politiques de développement néolibérales, et dont la capacité à véritablement affecter les dynamiques structurelles de pauvreté et d'inégalité à l'échelle globale semble limitée. De la même manière, dans ses manifestations pratiques les plus contemporaines en lien avec les dynamiques actuelles de globalisation économique, et notamment celles s'appliquant à l'exploitation de ressources naturelles comme modèle de développement, la *rights-ification* apparaît plus comme un champ central – mais parfois limité – d'affrontement politique, que comme un vecteur en soi de remise en cause des schémas d'injustice structurelle[20].

B. *Rights-ification*, décolonisation, et droit international de la reconnaissance

L'analyse du phénomène de *rights-ification* du développement se situe à l'intersection entre droits humains – droit international des droits humains, mais aussi discours, dans le sens foucaldien du terme, des droits humains – et développement. Elle est en partie liée à ce qu'Emmanuelle Tourme-Jouannet décrit justement comme l'émergence d'un « nouveau » droit international du développement centré, notamment, autour de la place croissante du droit international des droits humains au sein de celui-ci, ainsi qu'au sein des mécanismes de revendication qui sont au cœur de l'émergence d'un droit international de la reconnaissance. Deux questions et difficultés centrales se posent, à la fois dans l'analyse de la *rights-ification* et dans le cadre de cette approche : les droits humains, intégrés et centraux à la fois dans le « nouveau » droit international du développement et le droit international de la reconnaissance, peuvent-ils véritablement être vecteurs d'une réelle décolonisation du droit international, alors qu'ils constituent en partie une manifestation de la colonisation de celui-ci[21] ? Et peuvent-ils,

17 Voy E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société international juste ?*, *op. cit.*

18 Da. Kennedy, « The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense », in D. Trubek, A. Santos (eds.), *op. cit.*

19 B. Rajagopal, *Globalization from below ! Development, social movements and Third World resistance,* Cambridge University Press, 2003.

20 Pour un argument récent sur le libéralisme au cœur du paradigme des droits humains, et l'incapacité de celui-ci à traiter de la question centrale des inégalités, voy. S. Moyn, *Not enough : human rights in an unequal world,* Harvard University Press, 2018. Voy égal. J.L. Linarelli, M. Salomon, M. Sornarajah (eds.), *The misery of international law: confrontations with injustice in the global economy,* Oxford University Press, 2018.

21 M. Mutua, *Human rights : a political and cultural critique*, Pennsylvania Press, 2008.

de par ce que certains considèrent comme leur cooptation au sein d'un paradigme néolibéral de « droits humains *pour le marché* »[22], véritablement servir de vecteurs d'émancipation pour les « subalternes » ?

L'analyse de la *rights-ification* s'interroge sur la question de savoir si les différentes formes d'articulation et d'intégration intellectuelle, institutionnelle et pratique des droits humains sont à même, de par la nature, l'histoire et les modes de déploiement de ces droits, de véritablement décoloniser le droit international économique et, plus largement, d'affecter voire de subvertir les modèles économiques de développement qui le sous-tendent. Tout en soulignant les possibilités de réappropriation et de réarticulation, notamment par des mouvements sociaux anti-hégémoniques[23] et des approches critiques/pragmatiques[24] du discours des droits humains, elle fait ainsi ressortir les effets de cooptation, les « liens manquants » en termes d'économie politique, d'imputabilité (en pointant, notamment, le rôle des acteurs privés du développement économique et des institutions financières internationales), et les conséquences distributives de l'intégration ou de la résistance au discours des droits de l'homme dans les politiques et pratiques de développement. Elle partage ainsi avec l'analyse du « nouveau » droit international du développement une mise en avant des aspects potentiellement émancipateurs qu'offrent cette nouvelle centralité des droits humains, tout en pointant les critiques et les limites, notamment celles articulées par l'approche tiers-mondiste du droit international (TWAIL)[25], du droit international des droits humains en tant qu'émanation d'un projet libéral-universaliste. Ceux-ci apparaissent en effet dans l'analyse originale d'Emmanuelle Tourme Jouannet comme un discours en soi relativement limité dans sa capacité à véritablement déstabiliser les structures de pouvoir, notamment néocoloniales, instituées par le droit international économique[26]. Si les droits humains jouent un rôle essentiel dans ce qu'elle désigne par l'universalisme substantiel contemporain et la subjectivisation du droit international qui en découle, ils sont également, dans cette acceptation, les vecteurs emblématiques d'un projet d'impérialisme libéral contemporain, qui impose une vision hégémonique exclusive d'idées, valeurs ou de sources de connaissance alternatives à caractère potentiellement universel[27].

---

22 U. Baxi, *The future of human rights*, Oxford University Press, 2002.

23 Dans ce sens, voy. notam. B. Rajagopal, *op. cit.* ; B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*, Routledge, 2014.

24 Voy. Partie II ci-dessous.

25 Voy. E. Tourme-Jouannet, M. Toufayan, H. Ruiz Fabri (dir.), *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde : entre répétition et renouveau*, Collection de l'UMR de Droit Comparé de Paris 31, Paris, Société de Législation Comparée, 2013.

26 Voir E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.*. Dans de nombreux exemples de l'émergence du droit international de la reconnaissance, tels que ceux présentés dans les chapitres de Sarah Lazaar ou Makane M. Mbengue dans cet ouvrage, ce droit est en interaction directe avec le champ du développement, et apparaît comme potentiellement à même de décoloniser le droit international économique. Ces exemples font néanmoins apparaître le constat, partagé par Emmanuelle Tourme-Jouannet et Sundhya Pahuja, de la subordination *de facto* du droit international de la reconnaissance (et notamment des droits humains) au droit international économique. Ceci est notamment apparent autour du droit international des investissements, où l'on peut observer l'émergence d'une version contemporaine du phénomène contemporain de *rights-ification*, où la mobilisation du discours et des mécanismes de revendications liés aux droits humains par différents acteurs (communautés autochtones, ONG, mais également entreprises) produit des effets similaires à ceux observés au niveau des discours et politiques de développement. S'y retrouvent notamment des effets de cooptation, par des acteurs privés, du discours des droits humains, et de subordination aux logiques et aux règles sous-jacentes au droit international économique (voir J. Perelman, « Human Rights, Investments and the Rights-ification of Development : The Practice of "Human Rights Impact Assessments" in Large-Scale Foreign Investments in Natural Resources » in K. Young (ed.) *The future of economic and social rights,* Cambridge University Press, 2019 (à paraître).

27 La vision de la nature comme ressource commodifiable et intégrée au système d'exploitation capitaliste résulte ainsi d'un mécanisme d'imposition/sélection inhérent au droit international, dans laquelle des visions alternatives telles que le caractère sacré de certaines ressources sont rendues invisibles (E. Jouannet, « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai-faux paradoxe du droit international ?», in E. Jouannet, H. Ruiz Fabri (dir.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris 13, Paris, Société de Législation Comparée, 2006.

Dans l'analyse de la *rights-ification* du développement, la figure d'un discours historiquement coopté et cristallisé autour d'une version libérale, universaliste et impérialiste, agissant hier au service du projet colonial, et aujourd'hui au service d'un projet néocolonial de développement à travers des mécanismes de gouvernementalité et d'anti-politique[28], est fortement présente. Plutôt qu'une re-politisation de la pauvreté à travers le dépassement d'une vision dichotomique séparant développement et droits humains, la *rights-ification* apparaît souvent, notamment dans ses manifestations intellectuelles et institutionnelles, comme la manifestation de « deux faces » d'un même projet[29] à la fois libéral et pro-occidental, répliquant des dynamiques issues du projet colonial[30]. Si l'approche utilisée intègre en partie l'analyse historique et la critique épistémologique opérée par les TWAILs sur le droit international et sur les droits humains, elle se distingue néanmoins par une emphase analytique sur les différentes manifestations de la *rights-ification* « de l'intérieur »[31]. Celle-ci y apparaît au final non pas comme constat définitif empruntant à une démarche exclusivement critique, mais comme un phénomène multiforme, en constante évolution, et reflétant des tendances communes mais également des tensions visibles au sein des modes de rationalité juridique contemporains.

Le droit international de la reconnaissance, qui constitue pour Emmanuelle Tourme-Jouannet l'autre face du droit international contemporain, apparaît comme un outil de connaissance potentiellement plus décolonisée et émancipatrice que celle émanant du droit international du développement, et ce même dans ses formes « nouvelles ». À ce titre, le droit international de la reconnaissance serait à même de permettre ou du moins d'aspirer à la refondation du droit international[32]. Reprenant en partie l'analyse de Nancy Fraser[33], Tourme-Jouannet décrit ce droit comme le pendant identitaire et culturel des dynamiques et mécanismes de revendications à l'œuvre dans le droit international contemporain, l'autre pendant, socio-économique, s'exprimant à travers le « nouveau » droit du développement. Le droit international de la reconnaissance apparaît ainsi comme une manifestation directe de différentes formes discursives, institutionnelles et surtout de pratiques de *rights-ification*, articulées autour de normes à la fois individuelles et collectives du discours des droits humains. Il s'érige à la fois comme grille de lecture conceptuelle de l'évolution du droit international contemporain,

---

28 J. Ferguson, *The anti-politics machine : «development», depoliticization and bureaucratic power in Lesotho*, University of Minnesota Press, 1990.

29 B. Rajagopal, *op. cit.*

30 S. Pahuja, L. Eslava, « Beyond the (Post)Colonial : TWAIL and the Every Day Life of International Law », *Journal of law and politics in Africa, Asia and Latin America – Verfassung und recht in ubersee*, vol. 45, n° 2, 2012. On notera que nombre d'auteurs TWAILs, en partie en raison de son ubiquité, ne rejettent cependant ni le droit international, ni le potentiel émancipateur et anti-hégémonique du discours des droits humains. Ce dernier est ainsi réapproprié par certains au sein d'approches pluralistes, multi-culturelles ou décolonisées, à travers des praxis subalternes de mouvements sociaux ou encore, plus récemment, dans des visions normatives alternatives de l'universel ou des approches « antagonistes » du droit international telles que celles articulées par S. Pahuja et L. Eslava. Pour une analyse de la critique des droits humains par le mouvement TWAIL, voy. J. Perelman, « Les critiques tiers-mondistes du droit international des droits de l'homme : les TWAILs entre impérialisme, résistances et émancipation », in L. Hennebel et H. Tigroudja (dir.) *Actes du troisième colloque de l'institut international des droits de l'homme : les critiques du droit international des droits de l'homme*, Pedone, p. 434-469.

31 Et ce, notamment, à travers l'analyse des « pratiques » contemporaines de la *rights-ification*, qui emprunte pour partie à l'approche méthodologique examinée ci-dessous en partie II.

32 Programme du Workshop International « Droit International de la Reconnaissance. Instrument de décolonisation du droit international et de refondation de celui-ci ? », Sciences Po Lyon, 8-9 septembre 2016, p. 1. Voy. plus généralement E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville et J. Matringe (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, 2016.

33 N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et Redistribution.* La Découverte, 2011.

et en concept potentiellement à même de transcender les « fantômes du passé »[34]. Le droit international de la reconnaissance serait ainsi à même de répondre aux dynamiques néocoloniales qui structurent le droit international contemporain – et notamment le droit international économique – en le réformant dans un sens émancipatoire.

Les droits humains, comme il a été souligné, sont à la fois intégrés et centraux dans l'émergence d'un « nouveau » droit international du développement articulé, notamment, autour d'un concept de développement élargi au-delà de la croissance économique. Ils sont également intégrés et centraux dans le paradigme du droit international de la reconnaissance, en tant que discours et mécanismes de revendications identitaires et culturelles. La centralité du discours des droits de l'homme, ou *rights-ification*, apparaît donc ici comme un lien central entre les deux pendants du droit international contemporain qui sont appréhendés par le droit international de la reconnaissance. Dans ce cadre, ils y font l'objet d'une analyse nuancée, à la fois critique et constructiviste[35]. Ainsi, si les droits humains apparaissent toujours comme potentiellement emblématiques d'un projet d'impérialisme libéral contemporain, ils sont au centre du « vrai-faux paradoxe » universel/impérialiste[36] du droit international – paradoxe qui ne constitue pas, pour l'auteure, une impasse définitive. Ce paradoxe apparaît plutôt comme une des limites inhérentes au droit international, limite qu'il faut confronter, sans relativiser la responsabilité européenne quant à ses effets pervers, ni pour autant procéder à une démarche d'essentialisation des cultures qui rendrait impossible toute cohabitation[37]. Si le paradoxe inhérent au droit international se reflète dans l'émergence de pratiques néocoloniales et néo-impérialistes, il peut ainsi être néanmoins contourné, notamment à travers le droit international de la reconnaissance. Ce dernier permettrait, dans sa pratique et sa structure argumentative, voire dans ses fondations mêmes, l'émergence de nouvelles formes d'universalismes « pragmatiques » et de valeurs partagées, tout en permettant la reconnaissance de conflits irréductibles et une articulation claire de leurs divergences. Cette approche « universelle pragmatique » du droit international, adossée à une communauté humaine, contourne le paradoxe du droit international, en parallèle au développement progressif d'une véritable société internationale autour de laquelle fonder un ordre international juste. Elle s'engage ainsi sur les questions

34 Programme du Workshop International sur le Droit de la Reconnaissance, *op. cit.* p. 1.

35 Sur le constructivisme et la théorie critique, voy. H. Mayrand, « L'apport Mutuel Entre Constructivisme et Théories Critiques » in R. Bachand (dir.) *Théories Critiques et Droit International*, Primento, 2013 ; sur les liens entre constructivisme et droit international, voy. J. Brunee & S. J. Toope, « Constructivism and International Law » in J. L. Dunoff, M. A. Pollack (eds.) *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations : The State of Art*, Cambridge University Press, 2013 (suggérant qu'une approche constructiviste considère la réalité internationale comme socialement construite, et les agents et les structures internationales comme mutuellement constitutifs. Une telle démarche s'oppose, notamment, au positivisme descriptif et à une approche décontextualisée du droit international à l'œuvre dans la doctrine française internationaliste majoritaire).

36 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? op. cit.* (suggérant que le droit international, alors qu'il est culturellement situé en tant que produit direct de la pensée européenne, a toujours prétendu contenir des normes abstraites, neutres et universelles, applicables à tous les États du monde).

37 E. Tourme-Jouannet suggère ainsi une position de discernement, où le droit international de la reconnaissance se doit de résister aux instrumentalisations du discours des droits humains autour d'arguments culturalistes « forts », soit aux essentialismes relativistes également dénoncés par les critiques tiers-mondistes (tels le discours de relativisme culturel axé sur les « valeurs asiatiques » articulé par Lee Kwan Yew, et contre lequel s'érige notamment Amartya Sen dans sa construction intellectuelle), mais se doit par ailleurs d'intégrer des arguments culturalistes « faibles » légitimes, et plus proches d'un pluralisme culturel (voy. Emmanuelle Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. De Frouville et J. Matringe (dir.), *op. cit.*. Pour une autre approche constructiviste, visant à articuler une approche « trans-civisationnelle » du droit international et critiquant certaines approches tiers-mondistes pour les fondements européens de leur approche épistémologique, voir Y. Onuma, *Le droit international et le Japon : une vision trans-civilisationnelle du monde*, Pedone, 2016.

ontologiques portant sur la nature du droit international, ainsi que la possibilité de « refonder » ce droit autour d'une vision normative de justice globale et de communauté humaine[38].

Au final, les droits humains sont donc au centre du droit international de la reconnaissance, à la fois comme manifestation d'un phénomène émergent, objet d'une analyse critique, et comme éléments d'un paradigme normatif à la fois pragmatique et constructiviste[39]. Nonobstant la question de l'aspiration à (re)fonder le droit international, voire un ordre international juste, ce positionnement, à la fois critique et constructiviste, paraît pouvoir être lié, en partie, à une vision critique/pragmatique des droits humains. Celle-ci s'est élaborée autour d'un projet qui vise entre autres, à partir de l'observation de pratiques issues de terrains concrets de la lutte contre la pauvreté, à transcender les impasses universalistes/culturalistes du discours des droits humains. C'est ce projet que l'analyse qui suit se propose de brièvement présenter.

II. Une approche critique et pragmatique des droits humains : aspects méthodologiques et épistémologiques

L'approche critique/pragmatique des droits humains qui fait l'objet de cette section est issue d'un projet collaboratif[40]. Elle procède et découle d'une théorisation « par le bas » de manifestations concrètes de ce que la section précédente a présenté comme les pratiques contemporaines de la *rights-ification* par des acteurs « de terrain », et se situe dans l'analyse de la catégorie desdites pratiques décrites comme permettant l'ouverture potentielle de nouveaux espaces politiques, et de nouvelles manières de bousculer les économies politiques. Elle se veut à la fois descriptive et prescriptive, mais de manière résolument ouverte, réflexive et itérative – à la fois sur les objets analysés, les instruments de connaissance, et les normes qui les sous-tendent, et sans aspirer à une reconstruction ou une (re)fondation du discours des droits humains, ou du droit international.

38 Pour une articulation de l'approche à la fois critique et normative qui semble être à l'œuvre, voir le programme « Justice/Injustice globale : développement, droits humains et droit de la reconnaissance : approches critiques et renouvelées », codirigé par Emmanuelle Tourme-Jouannet, Sundhya Pahuja et Albane Geslin (https://etourmejouannet.wordpress.com/developpement-droits-humains-et-droit-de-la-reconnaissance/justice-globale-developpement-droits-humains-et-droit-de-la-reconnaissance-francais/). De manière significative, ce projet « encourage la réflexion critique, interdisciplinaire et renouvelée des relations entre droit international, (in)justice globale, (in)égalité, distribution et bien-être humain, égale dignité et différence culturelle », et cherche, dans un même mouvement, à « contribuer de façon active à transcrire cette approche *renouvelée au plan normatif* et institutionnel du droit international, approche qui a pour ambition de renforcer l'égalité sociale et économique des personnes, leur dignité et le respect de leurs différences culturelles » (emphase italique par l'auteur). Pour un commentaire par des auteurs du mouvement TWAIL notant la réticence de ce mouvement à entrer dans la « boîte noire » conceptuelle du droit international, à aborder les questions ontologiques qui s'y posent sur sa nature en tant que droit, ou encore à articuler des contre-normativités permettant d'ancrer à la fois leur position de résistance et de réforme du droit international, voy. S. Pahuja, L. Esteva, *op. cit.*

39 Voir J. D'Aspremont, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », in E. Tourme Jouannet, H. Muir Watt, O. de Frouville et J. Matringe (dir.), *op. cit.*, p. 39-54 (suggérant une tension entre le normatif et l'empirique dans l'approche méthodologique qui sous-tend l'articulation du concept de droit à la reconnaissance, tension qui si elle n'est pas abordée pourrait entraver la génération de connaissance).

40 L. White, J. Perelman (eds.), *Stones of Hope : How African Activists Reclaim Human Rights to Challenge Global Poverty*, Standford University Press, 2011.

A. Une approche critique/pragmatique des droits humains

Le projet collaboratif autour duquel s'articule l'approche critique/pragmatique des droits humains combine investigations empiriques et réflexion théorique autour d'études de cas – dans le sens quasi-anthropologique du terme de *thick descriptions* – portant sur la mobilisation de normes et discours de droits sociaux-économiques par des juristes, activistes et mouvements sociaux, dans le contexte d'actions spécifiques menées contre différentes manifestations de pauvreté en Afrique anglophone sub-saharienne (au Ghana, en Afrique du Sud, en Tanzanie et au Nigeria). Mené en collaboration avec Lucie White autour d'un groupe de chercheurs juristes et non-juristes ainsi que d'activistes/juristes « de terrain », ce projet se focalise sur le déploiement de cet ensemble de normes dans des pays africains de tradition juridique anglo-saxonne, dans un contexte global de *rights-ification* des questions de développement et des revendications en matière de justice sociale.

Ce projet s'appuie sur une méthodologie principalement qualitative, basée notamment sur l'approche dite de théorie ancrée (*grounded theory*) des sociologues Glaser et Strauss[41] articulée autour d'étude de cas co-écrites par des chercheurs et des activistes. Ces études de cas sur mobilisation de normes et discours de droits sociaux-économiques (utilisés, dans certaines de ces études, dans le cadre de plaidoyers menés en collaboration avec des cliniques juridiques[42]) sont explorées à travers des méthodes d'observation participative, ainsi que d'une série de dialogues réflexifs[43] entre chercheurs et praticiens portant sur les dynamiques ayant mené à la mobilisation de ces normes et/ou discours. La méthodologie retenue emprunte également à l'analyse comparative et interdisciplinaire, notamment à travers l'articulation et l'utilisation de cinq grilles d'analyse théoriques appliquées à chaque étude de cas et chaque dialogue réflexif : l'approche critique/transformative du libéralisme juridique ; l'analyse juridique distributive ; le cosmopolitisme subalterne et le pluralisme juridique ; l'institutionalisme historique, et enfin l'expérimentalisme démocratique et juridique[44]. À titre d'exemple, l'une des études de cas examine une campagne à la fois locale et transnationale sur le droit à la santé au Ghana. Celle-ci implique une stratégie contentieuse basée en partie sur des arguments de droits humains issus du

41 B. Glaser, A. Strauss, *The discovery of grounded theory : strategies for qualitative research*, Adline, 1967 (cette approche identifie dans la recherche qualitative de terrain des traits communs à partir desquels le chercheur construit progressivement des interprétations théoriques, plutôt que de construire un modèle quantitatif pour tester un postulat théorique). Voy. égal. A. Strauss, J. Corbin (eds.) *Grounded Theory in Practice*, Sage Publications, 1997.

42 Pour une discussion des liens entre cliniques juridiques et nouvelles frontières épistémologiques, voy. J. Perelman, « Cliniques juridiques et recherche scientifique : vers un renouveau épistémologique de la pensée juridique? », *RIEJ*, Automne 2014 p. 133-153.

43 D. Schon, *The reflective practitioner* : how *professionals think in action*, Temple Smith, 1983 (le dialogue réflexif implique un engagement actif de l'interprète avec le sujet de l'interprétation, et vise à faire émerger la conscience, par les acteurs, de leurs propres tactiques, stratégies, théories du changement et valeurs idéologiques).

44 L'approche critique/transformative du libéralisme juridique implique un positionnement critique et politisé à l'égard du libéralisme juridique et du discours des droits sociaux-économiques. L'analyse juridique distributive fait référence à une approche normativement située qui vise à faire apparaître les effets distributifs, apparents et caché, des règles juridiques et des cadres d'action politiques. L'expérimentalisme judidique fait référence à une approche sociojuridique qui explore la manière dont les stratégies juridiques permettent l'émergence de modes innovants de gouvernance à la fois démocratique et décentralisée au sein des administrations publiques. Le cosmopolitisme subalterne, articulé notamment par Boaventura de Sousa Santos et Cesar Garavito (voy. B. De Sousa Santos, C. Rodriguez-Garavito, « Law, Politics, and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization » in *Law and globalization from below* : *towards a cosmopolitan legality,* Cambridge Unversity Press, 2005) met en avant les pratiques de plaidoyer à la fois local et transnational de nature « subalterne », qui visent à contourner et subvertir les institutions juridiques formelles de la globalisation néolibérale. Il promeut l'émergence des formes alternatives et pluralistes d'ordres juridiques, en soutien aux stratégies subalternes de mouvements sociaux et de mobilisations politiques. L'institutionalisme historique fait référence aux travaux de politistes axés sur les dynamiques géographiques, politiques et historiques qui déterminent les trajectoires et pratiques institutionnelles, et notamment ceux qui examinent la manière dont ces pratiques affectent les personnes vulnérables et marginalisées et enracinent des effets de violence structurelle.

libéralisme juridique critique et des concepts issus de l'expérimentalisme juridique[45], la mobilisation d'un mouvement social, des éléments de plaidoyer multiforme à échelle locale, nationale et transnationale, le tout visant à permettre à des communautés locales de participer pleinement à l'articulation de nouvelles formes de financement, de régulation et de mise en œuvre, à long terme, du système d'accès aux soins médicaux pour les plus démunis[46]. Une autre étude explore le contentieux et le mouvement social mis en œuvre par la *Treatment Action Campaign* en Afrique du Sud, sous l'angle d'une approche résolument politique de la mise en œuvre des droits sociaux-économiques dans une stratégie multi-niveau de plaidoyer[47]. Une autre encore examine des stratégies liées au droit au logement dans le cadre de projets massifs de réaménagement urbain à Lagos au Nigeria, ou l'échec du déploiement du discours et d'une institution nationale pour les droits humains dans le cadre de déplacements de populations et de formalisation des droits de propriété en Tanzanie.

Le projet vise au final à identifier, à partir des cas d'études et de la méthodologie de dialogues réflexifs, des éléments communs et à formuler des hypothèses théoriques sur ce types de pratiques, ainsi que sur la nature même des droits sociaux-économiques et de leur interaction – leur évolution, adaptation, transformation, résonnance, impact – avec une pluralité d'ensembles discursifs, normatifs, institutionnels et politiques constitués à l'échelle locale, nationale et transnationale. Le principal ouvrage qui résulte de cette collaboration distingue trois caractéristiques communes aux pratiques innovantes, conçues comme des campagnes multiformes, fortement politisées et ancrées pour la plupart autour de mouvements sociaux.

La première est une forme distinctive de stratégies d'engagement, qui rejettent les stratégies formalistes et contentieuses classiques, ou les seuls exercices de documentation et dénonciation, en matière de droits sociaux-économiques. Ces stratégies sont qualifiées de « critiques », dans le sens d'une approche critique en théorie sociale mais également en théorie juridique, et qui reste ici lié avant tout à une forme d'intégration et d'internalisation, par les principaux acteurs de terrain, des différentes critiques articulées notamment par les *critical legal studies* et les juristes tiers-mondistes du courant TWAIL sur les limites des droits humains et de leur mobilisation[48]. Ces stratégies sont également qualifiées de « pragmatiques », le pragmatisme faisant ici écho non pas à la vision à la fois déontologique et conséquentialiste d'Amartya Sen sur les droits humains, mais à la pensée adaptative de Dewey autour de l'idée que penser le sens d'une chose revient à identifier l'ensemble de ses implications pratiques, et que « ce qui est vrai », et qui apparaît progressivement par l'expérience et l'enquête, est « ce qui fonctionne »[49]. Il se traduit dans le cadre de ces études de cas par des stratégies qui dépassent,

45 C. Sabel, W. Simon, « Destabilizing Rights », *Harvard Law Review,* vol. 117, 2005, p. 1015.

46 J. Perelman, K. Young, with the participation of M. Ayariga, « Freeing Mohammed Zakari : Rights as Footprints », in L. White, J. Perelman (eds.), *op. cit.*

47 W. Forbath, with assistance from Z. Achmat, G. Budlender, M. Heywood, « Cultural Transformation, Deep Institutional Reform, and ESR Practice : South Africa's Treatment Action Campaign », in L. White, J. Perelman (eds.), *op. cit.*

48 Critiques qui peuvent ici être résumées comme portant sur les droits humains comme paradigme formaliste, libéral-individualiste, eurocentrique et démobilisant en tant que discours et vecteur de justice et de changement social.

49 Remettant en cause l'idée de vérité absolue et de la connaissance comme représentation du réel, le pragmatisme implique celle de la connaissance comme instrument d'adaptation à des situation nouvelles, à travers notamment la production d'habitudes d'action permettant une adaptation à un environnement. Les idées, qui émergent de situations concrètes, débouchent sur des actions qui, si elles permettent de s'adapter adéquatement à la situation confrontée et sont donc validées par l'expérience, deviennent des habitudes pouvant être réappliquées dans des contextes similaires. La vérité réside, donc, dans « ce qui fonctionne » : « Si idées, significations, conceptions, notions, théories et systèmes sont

consciemment, les pratiques formalistes traditionnelles d'activation et d'application du droit positif, et ce dans trois directions. Tout d'abord, les acteurs au centre des études de cas n'hésitent pas à utiliser le contentieux, non pas au titre de l'articulation judiciaire d'une violation du droit positif par l'État débiteur d'obligations comme objectif principal, mais à titre instrumental, voire accessoire, au sein de campagnes multiformes[50]. Par ailleurs, ces stratégies procèdent à travers un engagement de multiples acteurs, dans tous les domaines de pouvoir public[51]. Le pragmatisme « en action » de ces stratégies apparaît enfin à travers une approche qui rejette la division libérale entre public et privé, et cherche à impliquer, selon la cartographie des acteurs et des pouvoirs liés au contexte de l'action, les acteurs à la fois publics et privés – rejetant ainsi la perception de l'État comme unique responsable et vecteur de réalisation des droits sociaux-économiques. Ces approches pragmatiques sont complétées par un usage de la performance chorégraphiée, terme qui emprunte aux théories des fonctions expressives du droit, et qui fait référence à l'usage de la performance chorégraphiée comme instrument de pouvoir. Ce pouvoir de disruption des hiérarchies, limité comme le suggère Gramsci par la pénétration de ces hiérarchies dans la subjectivité des subalternes, résonne ici à travers des mécanismes de conscience/récits/mémoire du/des droits (*legal consciousness*) qui s'étendent à la fois dans le temps et dans l'espace.

La deuxième grande caractéristique commune qui émerge de l'étude de ces pratiques est une orientation normative spécifique, elle-même articulée autour de trois axes qui sont, en partie, le reflet des grilles de lectures utilisées dans l'analyse : le « libéralisme juridique critique »[52], le pluralisme juridique[53] et la pratique des droits humains comme politique de redistribution[54]. La troisième

---

utiles à la réorganisation active d'un environnement donné pour enlever quelques problèmes ou perplexités particulières, alors leur validité et leur valeur se mesurera à la tâche accomplie. S'ils réussissent dans leur mission, alors ils sont fiables, justes, exacts, vrais et bons. S'ils ne parviennent pas à dissiper la confusion, à éliminer les défauts, s'ils ajoutent à la confusion et à l'incertitude et qu'ils font plus de mal que de bien lorsqu'on fonde sur eux nos actions, alors ils sont mauvais. Confirmation, corroboration et vérification résident dans l'œuvre accomplie et ses conséquences. La beauté se reconnaît à ses œuvres : c'est à ses fruits que tu la reconnaîtras. » J. Dewey, *Reconstruction en philosophie*, Université de Pau, Farrago, 2003, p. 135.

50 Voy. L. White, J. Perelman, « Stones of Hope : Experience and Theory in African Economic and Social Rights Activism », in L. White, J. Perelman, *op. cit.*, p. 149-171. Dans ces campagnes, l'effet recherché d'un jugement se situe plus au niveau de la force symbolique et expressive qu'à celui d'un effet direct et concret sur le terrain, et les recours judiciaires sont articulés de manière structurelle et expérimentaliste dans le but d'ouvrir la porte à des innovations institutionnelles dans des systèmes de logement sociaux, de financement de traitements antirétroviraux, ou de distribution alimentaire. Les stratégies contentieuses sont complétées par des stratégies juridiques et extra-juridiques, telles que des mobilisations populaires, des campagnes médiatiques, des stratégies de développement économique communautaire, ou encore de mobilisation de mouvements sociaux locaux ou transnationaux en réseaux.

51 *Ibid.* Ces stratégies vont ainsi au-delà des pratiques de droits sociaux-économiques ancrées dans un paradigme libéral et consistant en l'identification, notamment par des comparaisons budgétaires régionales et/ou temporelles, des manquements par les États à leurs obligations en termes de respect, protection et réalisation des droits sociaux-économiques garantis au niveau international. Si l'État reste un acteur central pour nombre de ces activistes, certains pointent la situation de certains États africains dans l'économie politique néolibérale du développement, et appellent ainsi à ne pas uniquement se focaliser sur la dichotomie entre droits individuels des victimes et violations par l'État. Un engagement de ce dernier, mais également des divers acteurs non-étatiques – institutions financières internationales, mouvements sociaux transnationaux, gouvernements de pays riches – ayant ou pouvant avoir une influence sur une redistribution potentielle des ressources permettant de financer des programmes sociaux locaux, voire de générer des innovations institutionnelles dans leur fonctionnement.

52 *Ibid.* Cette notion fait référence à une utilisation politisée du discours des droits une intégration à la fois de la critique des droits et du « mythe des droits », et les réponses apportées par des auteurs allant de Jeremy Waldron à Amartya Sen, en passant par l'approche « transformative » de Nancy Fraser, les travaux d'Alan Hunt, d'Henry Shue ou encore la réfutation par Michael McCann de certaines thèses post-réalistes sur le mythe des droits par une théorisation de la « mobilisation juridique » (*legal mobilization*) empruntant à la théorie de mouvements sociaux (voy. M. Mc Cann, *Rights at work : pay equity reform and the politics of legal mobilization*, University of Chicago Press, 1994).

53 *Ibid.* Ce terme fait ici référence notamment aux travaux d'écoles d'anthropologie sociojuridique tels que ceux de Sally Engle Merry ou de l'école « subalterne » de Boaventura de Sousa Santos et Cesar Rodriguez-Garavito (voir *supra* note 44) , ainsi qu'aux travaux postcoloniaux du politiste Partha Chaterjee (voy. notam. P. Chaterjee, *The Politics of the Governed: Popular Politics in Most of the World*, Columbia University Press, 2004), et faisant allusion à la coexistence d'ordres juridiques pluriels dans les contextes examinés comme éléments de contraintes mais également d'opportunités politiques, ainsi qu'à la manière dont ces activistes traitent, en les remettant toutes deux en question permanente, les deux éléments en tension dans leur approche que sont une adoption critique et « transformative » des valeurs libérales universalistes, et un attachement au pluralisme juridique et au pluralisme des modes de vie.

54 *Ibid.* Ce terme fait ici référence à une approche clairement politisée et partisane de l'activisme juridique, qui mobilise le langage des droits sociaux-économiques afin de lutter contre une résurgence de mécanismes de domination néocoloniale à travers la globalisation néolibérale,

caractéristique, basée sur les grilles de lectures théoriques que constituent l'expérimentalisme juridique et l'institutionnalisme historique appliquées aux études de cas, fait référence à la manière dont ces pratiques s'inscrivent dans des démarches de préfiguration de changement structurel, à la fois en termes d'innovations institutionnelles durables dans les mécanismes de protection et de prestations sociales, et en termes de politiques de développement.

Au final, l'engagement pragmatique des droits humain qui émerge des études de cas ne se pose pas la question de savoir si les droits humains ont un sens uniquement dans leur transposition juridique ou judiciaire, ou de savoir s'ils ont un sens uniquement quand une « violation » morale ou juridique est constituée. Il ne cherche pas à (re)construire un droit international, et ne cherche pas à répondre à des questions ontologiques sur la nature ou l'existence de celui-ci. Il considère les droits humains comme un discours et un outil à la fois juridique et moral, qui est et peut être mis à contribution pour des objectifs politiques de justice sociale[55]. Cet engagement ne cherche donc pas nécessairement à développer (ou à étendre le plus loin et le plus habilement possible) le droit international des droits humains et ses mécanismes de protection « de haut en bas » et d'un point de vue normatif et/ou institutionnel. Il cherche plutôt à y puiser « ce qui marche », à un niveau relativement micro et « de bas en haut », afin de générer des stratégies permettant de confronter des situations concrètes de pauvreté et d'injustice structurelle qui paraissent *a priori* inextricables. Cette analyse s'inscrit dans celle, plus globale, du phénomène de *rights-ification.* Elle met ainsi en relief la manière dont l'articulation judiciaire et extrajudiciaire des normes et du discours juridique, et du discours des droits humains en particulier, ne peut à elle seule permettre de « guider » la lutte contre la pauvreté ou d'offrir des solutions qui se substitueraient à celles émanant d'un nécessaire débat politique et démocratique sur les politiques – et la notion même – de développement. Néanmoins, les cas étudiés démontrent comment la mobilisation de normes par des acteurs de terrain, notamment celles empruntant au discours des droits sociaux-économiques, peuvent ouvrir, par instant, de nouvelles perspectives et de nouveaux espaces politiques. Développées et réappropriées dans des contextes spécifiques, à travers la mobilisation de mouvements sociaux à l'échelle locale, nationale et/ou transnationale, et empruntant à une approche à la fois critique et délibérément pragmatique du déploiement de ces normes dans une économie politique du développement, de telles stratégies permettent de générer des espaces de délibération démocratiques ainsi que des reconfigurations institutionnelles originales ouvrant la voie, par instants, à des avancées substantielles en matière de justice sociale et de réinvention du politique.

---

tout en étant conscient des limites, des biais libéraux et formalistes et des contradictions internes au discours des droits humains, ou encore de l'indéterminisme juridique à l'œuvre dans toute allocation de ces droits ainsi que des effets distributifs du déploiement du droit dans des contextes de politiques de développement, et qui emprunte aux visions démocratiques expérimentalistes de Roberto Unger ou plus radicales de Chantal Mouffe et Enesto Laclau.

55 Pour une analyse récente relativement similaire, voy. D.N. Sharp, « Pragmatism and Multidimensionality in Human Rights Advocacy », *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n° 3, 2018, p. 499-520.

B. Critique, pragmatisme et constructivisme : considérations méthodologiques et épistémologiques pour le droit international de la reconnaissance

L'analyse articulée autour du projet collectif qui vient d'être évoqué procède d'une démarche à la fois critique et pragmatique. Sa dimension critique s'apparente au niveau méthodologique à l'application à des cas d'études « de terrain » de grilles de lectures critiques (analyse distributive, pluralisme, expérimentalisme, notamment) sur le discours et le paradigme normatif des droits humains, et au niveau épistémologique au questionnement itératif sur les objets, les instruments, les valeurs sous-jacentes et les effets de pouvoir liés aux outils de connaissance qui en résulte. Son pragmatisme s'inscrit dans la démarche méthodologique de la *grounded theory* découlant d'études de cas[56], et dans la perspective épistémologique consistant à valider une « vérité » à travers ce que l'expérience démontre comme étant des habitudes d'action qui « fonctionnent » dans la résolution de problèmes[57]. Les stratégies étudiées à travers les études de cas sont ainsi à la fois les terrains d'expérimentation d'une séries d'actions spécifiques procédant, comme il a été vu, d'un pragmatisme adapté à la situation rencontrée, et forment, à travers leur mise en commun, le terrain empirique d'une théorisation de nature pragmatique « par le bas » et par l'expérience. Cette théorisation, qui procède de l'identification des tendances communes aux différents terrains, équivaut à une caractérisation d'« habitudes d'action » – habitudes qu'il convient non pas d'essentialiser en systématisation théorique définitive, mais de proposer d'appliquer à des contextes similaires, à l'aune, toujours, de la vérification empirique et de l'analyse critique itérative.

À ce titre, un lien partiel peut être établi entre approche critique/pragmatique et démarche constructiviste dont se revendique le droit international de la reconnaissance en tant qu'outil de connaissance[58]. Ce lien apparaît notamment dans l'appel d'Albane Geslin à une démarche procédant d'un « constructivisme radical »[59] au sein d'une approche épistémologique critique. Celle-ci procède en effet selon l'auteure d'une réflexion permanente sur l'élaboration de la connaissance, à travers notamment une distance critique avec les postulats et jugements de valeurs adoptés par les chercheurs et les rapports de domination qui les sous-tendent. Pour Geslin, une production de connaissance qui

---

56 Sur les liens entre pragmatisme et théorie ancrée, voir notamment A. Bryant, « Grounded theory and pragmatism : the curious case of Anselm Strauss », *Forum : qualitative social research*, vol. 10, n° 3, art. 2, September 2009. Pour une approche juridique contemporaine ne procédant pas directement de la théorie ancrée mais adepte du pragmatisme, voir B. Frydman, « Comment penser le droit global », in J.-Y. Cherot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant 2012, p. 17-48 (l'école pragmatique de Bruxelles étudie l'émergence du droit global « non sur la base d'une théorie générale préétablie, mais au départ d'études de cas et d'observations sur le terrain [...] étudié(s) de manière particulièrement approfondie, sans nous limiter à une stricte approche de droit positif, mais en multipliant au contraire les angles disciplinaires et en prêtant de l'importance à des données qui sont parfois considérées comme non pertinentes d'un point de vue juridique ». Cette approche, qui va de la pratique à la théorie, compare ensuite ces différents terrains afin d'émettre des hypothèses plus générales et des outils conceptuels sur les normativités étudiées).

57 Pour une analyse sociologique et juridique de l'apport de John Dewey à la philosophie du droit, voy. J. Grosdidier et L. Israel, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés. Revue de Sciences Humaines*, n° 27 : « Penser avec le Droit », décembre 2014 (notant, notamment, l'apport de Dewey à la philosophie du droit bien au-delà d'un simple utilitarisme).

58 Sur le lien entre constructivisme et pragmatisme, voir notamment J.L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes,* Que Sais-Je, PUF, 2012 p. 68 et s. On notera par ailleurs les liens établis par certains entre constructivisme et théorie ancrée, notamment au sein de l'approche dite de « théorie ancrée constructiviste ». Celle-ci se revendique du pragmatisme, et suggère que les données empiriques et les théories ne sont pas découvertes mais construites par le chercheur à travers ses interactions avec le terrain et les participants aux études de cas, et reflètent notamment les valeurs, origines géographiques et choix normatifs du chercheur (voir K. Charmaz, « Shifting the grounds : Constructivist grounded theory methods », in J.M. Morse, P.N. Stern, J. Corbin, B. Bowers, K. Charmaz, A.E. Clarke (eds.), *Developing grounded theory* : The second *generation*, Left Coast Press, 2009, p. 127–154.

59 Voy. dans cet ouvrage A. Geslin, « La recherche en droit international de la reconnaissance : quelle(s) posture(s) épistémologique(s) ? ».

soit à la fois critique et émancipatrice implique des *moves* (mouvements, ouvertures) épistémologiques forts, tels que la pluridisciplinarité, ou encore une prise en compte des affects psychologiques dans les considérations et les positionnements épistémologiques propres au chercheur. On ne peut que souscrire à cette aspiration pour le droit international de la reconnaissance, en insistant par ailleurs sur la complémentarité entre une telle démarche et celle de la *grounded theory*, notamment basée sur des études de cas « de terrain »[60].

Un autre lien, lié à ce positionnement épistémologique critique commun entre les deux approches, réside dans l'appréhension du vrai/faux dilemme universaliste du droit international. L'approche critique/pragmatique, qui se dégage donc à la fois à l'observation des cas étudiés et apparaît comme une possible approche à la mobilisation, dans certains contextes, du discours des droits humains, est en partie le reflet d'une trajectoire intellectuelle particulière. Celle-ci est le reflet d'une rencontre entre une vision critique du projet libéral-universaliste et des limites du formalisme juridique face à des situations de pauvreté et d'exclusion concrètes et vécues, d'une part, et une prise de conscience, à travers un engagement et une observation de terrain, de la néanmoins toute réelle résonance et utilisation – ou plutôt réappropriation politique, pragmatique et consciemment créolisée, par des acteurs et des mouvements sociaux situés dans le sud global – du discours et parfois aussi du droit positif des droits humains, autour de valeurs centrales de dignité et de justice sociale. Cette trajectoire se retrouve dans les études de cas qui font le cœur de l'analyse. Celles-ci mettent en effet en relief la manière dont le discours des droits socio-économiques et, au-delà, le langage des droits humains, reflète parfois – mais pas de manière nécessairement systématique – les mécanismes post ou néocoloniaux identifiés articulés par les approches tiers-mondistes du droit international. Dans de nombreux cas, ce discours est néanmoins interprété, réapproprié et redéployé dans des campagnes, des discours et des récits prenant la forme de « droits comme empreintes »[61], et autour desquels s'articulent des mouvements sociaux localisés et politisés. Ces études décrivent des démarches pragmatiques qui opèrent, sur le terrain, à travers une navigation complexe[62] entre mobilisation discursive de l'universel et réappropriation locale[63]. Cette position rappelle ici celle adoptée par l'« universalisme pragmatique » du droit international de la reconnaissance – nonobstant l'aspiration parallèle de ce dernier à la refondation du droit international autour d'une vision normative de justice globale. La rencontre entre le discours des droits humains et des « cultures » locales a ainsi lieu autour d'un

60 On notera à ce titre l'appel de S. Pahuja et L. Esteva à développer une *praxis* axée sur l'empirique du « droit international de tous les jours » et du « droit vivant » des mouvements sociaux comme fondements d'une conception « antagonistique » du droit international (voir S. Pahuja, L. Esteva, *op. cit.*).

61 J. Perelman, K. Young, *op. cit.* La métaphore de « droits comme empreintes » s'articule notamment autour de notions issues de la littérature sur la conscience juridique (*legal consciousness*). Elle décrit l'opération expressive et symbolique des droits, en contraste avec une approche formaliste dans le cadre du précédent et du contentieux, d'une part, et des traités internationaux, d'autre part. Elle désigne également la manière dont le déploiement du langage des droits, plutôt que d'imposer une vision nécessairement unique et universelle, peut se décliner dans des formes, des empreintes locales qui sont autant de significations et de réappropriations, tout en adoptant une structure narrative commune. Elle désigne enfin une approche créative des droits socio-économiques et de leur mobilisation, qui permet de donner une interprétation institutionnelle particulière, à la fois politisée, contextuelle et expérimentale, aux formules et schémas d'actions préétablis des politiques de développement.

62 Voy. L. White, J. Perelman (eds.), *op. cit.*, p. 160-170.

63 *Ibid.* L'approche critique pragmatique n'est pas centrée sur la location géographique ou géopolitique à titre de revendication épistémologique. Elle s'appuie sur des concepts d'« entre-deux » (*betweenness*), ou de « droits comme empreintes » qui ne se forment ni dans l'anecdote locale ni dans l'universalisme triomphant. Le discours qui en résulte mêle des acteurs locaux et extérieurs autour d'une notion d'injustice, et voit des acteurs locaux, conscients des limites et critiques adressées au discours, s'en saisir, s'en emparer, l'utiliser quand et où il est utile.

activisme de terrain, autour des questions concrètes d'extrême pauvreté comme injustices vécues. Les liens entre universalisme et impérialisme, les tensions entre formalisme, individualisme et occidentalisme, d'une part, et « tradition » et culture d'autre part, y sont présents. Mais ils ne sont ni ignorés ou esquivés, ni érigés comme une impasse définitive, par les acteurs de terrain. Ceux-ci font de ces tensions un fondement de leur modes et choix d'action au service de leur projet politique de justice sociale. Ils procèdent à une réappropriation sélective et normativement située de valeurs politiques au cœur du paradigme des droits humains, autour de situations et notions très concrètes et locales d'injustice. Cette réappropriation implique une négociation normative, qui passe par un pluralisme juridico-normatif comme angle d'analyse et de pratique. Celui-ci reconnaît l'imbrication de divers univers normatifs au-delà du juridique, et adopte une vision historique critique[64]. Et il s'inscrit, au final, dans une démarche pragmatique.

Conclusion

Le droit international de la reconnaissance, en ce qu'il procède d'une démarche à la fois critique et constructiviste, paraît pouvoir relever le défi de la décolonisation du droit international, et notamment du discours des droits humains. Pour cela, une revendication assumée de sa nature mixte, à la fois outil de connaissance et paradigme normatif construit en opposition au positivisme, parait nécessaire. La réflexion méthodologique et épistémologique en cours paraît à ce titre essentielle, et salutaire. Si la posture critique doit s'examiner, notamment, à l'aune de la question de la décolonisation des épistémologies (critiques)[65], la démarche pluraliste-pragmatique parait pouvoir apporter une voie permettant à la fois de reconnaître et de dépasser la question de la localisation du savoir et des effets de pouvoir et de domination qui en découlent. La démarche critique/pragmatique, et la méthodologie de la théorie ancrée, du dialogue réflexif et de l'analyse pluridisciplinaire qui l'accompagnent, semblent par ailleurs pouvoir, en partie, répondre à l'aspiration constructiviste du droit international de la reconnaissance – à condition, comme le suggère Albane Geslin dans ce volume, de constamment interroger la connaissance produite, les valeurs qui la sous-tendent, et le rôle actif du chercheur dans la production de cette connaissance. L'exploration du droit international de la reconnaissance « de tous les jours », à travers des études de cas « de terrain » approfondies et méthodologiquement situées, y compris à travers un engagement du chercheur au sein de projets cliniques de recherche-action de nature pluridisciplinaire, paraît à ce titre être une piste à la fois prometteuse et adaptée au développement du droit international de la reconnaissance.

64 Ce pluralisme utilise également l'histoire coloniale, aussi bien pour analyser les valeurs et schémas libéraux proposés par l'entreprise du développement et le langage de résistance officiel représenté par les droits humains, que pour développer une analyse critique de la construction et de la réification de la « tradition » ou de « normes indigènes » ou plurielles.

65 Voir B. de Sousa Santos, *op. cit.*

James Lorimer
La genèse de la notion de reconnaissance en droit international

Paul Bourgues[1]

Dans son acception contemporaine, la reconnaissance, notamment la reconnaissance en droit international public est définie comme :

> « Tantôt manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne accepte de tenir établie une situation préexistante, de fait ou de droit, en vue de permettre de produire ses effets voire de les renforcer […], tantôt décision officielle par laquelle une autorité confère ou consent à faire produire des effets juridiques à un groupement, un titre ou un acte dont […] elle admet l'existence et la valeur […], tantôt acte unilatéral par lequel un État fait connaître qu'il admet l'existence à son égard d'un fait et s'engage irrévocablement à en tirer, dans ses relations extérieures, les conséquences que le droit international y attache[2]. »

Si les questionnements liés à la reconnaissance internationale sont un sujet classique de la science du droit international moderne, visant principalement, comme énoncé ci-dessus, la reconnaissance interétatique, la problématique ne s'est pas toujours posée en termes identiques. En effet, pour les auteurs de la doctrine du droit des gens classique et moderne, la détermination de l'étendue *ratione personae* du droit international, ou *ius gentium*, est une question qui ne suscite que peu d'intérêt scientifique[3] et dont la portée normative semble, aux termes des paradigmes dominants à l'époque, dépourvue d'objet. Fondé sur l'égalité entre les peuples, le droit des gens modernes dans la conception de l'Ecole du droit de la nature et des gens, ne saurait voir ses bénéfices refusés à une entité politique quelconque[4]. Dans un même sens, la notion de reconnaissance n'existe ni dans la pratique ni dans la science du droit international avant le XIX^e^ siècle. Comme le résume C. H. Alexandrowicz,

---

1 Juriste.

2 L. Leveneur, « Reconnaissance », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1303.

3 E. Tourme Jouannet, « Des origines coloniales du droit international : À propos du droit des gens moderne au 18^e^ siècle », in *The Roots of International Law – Les fondements du droit international. Liber Amicorum Peter Haggenmacher*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 657-658. .

4 Voy. notam. C. Thomasius, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, LXXII, 161 ; E. de Vattel, *Droit des gens,* II, I, § 7, p. 262 ; S. Von Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens,* LII, chap. III, p. 179 ; cités in E. Tourme Jouannet, *art. cit*, p. 658-659.

« […] *the classic law of nations accepted under the impact of the natural law doctrine, defactoism and declaratorism as the basis of mutual recognition of States and governments which were established* de facto *as existing automatically* de jure. *It never gave the existing members of the Family of Nations the power to decide about the existence or non-existence of newcomers to the Family of Nations. It knew no theory of recognition. In none of the classic writers is there any such formulated theory. Acts of recognition, if they occurred in the past, were declaratory of facts, they were not constitutive in their effects. Constituvism was an invention of the 19th-century positivists, possibly under influence of Hegel, perhaps first formulated by Henry Wheaton in the third edition of his treaties of the Law of Nations. It gave the existing European states an arbitrary power to admit or reject other States or governments, a power which was not justifiable under the natural law doctrine.* »[5]

Comme le souligne Alexandrowicz, l'acte de reconnaissance internationale, de reconnaissance constitutive, qui émerge au XIXe siècle confère aux États de « La Famille des Nations civilisées » le droit unilatéral de déterminer quel groupement politique extra-européen est susceptible d'être un sujet du droit international tel que défini par les Européens. La paternité du principe de la reconnaissance constitutive est attribuée à Henry Wheaton et développée dans son ouvrage *Elements of International Law* publié pour la première fois en langue anglaise en 1836. Wheaton définit ainsi le principe et le régime juridique de la reconnaissance :

« *The external Sovereignty of any State, on the other hand, may require recognition by other States in order to render it perfect and complete. So long, indeed, as the new State confines its action to its own citizens, and to the limits of its own territory, it may well dispose with such recognition. But if it desires to enter into that great society of nations, all the members of which recognize rights to which they are mutually entitled, and duties which they may be called upon reciprocally to fulfil, such recognition becomes essentially necessary to the complete participation of the new State in all the advantages of this society. Every other State is at liberty to grant, or refuse, this recognition, subject to the consequences of its own conduct in this respect: and until such recognition becomes universal on the part of the other States, the new State becomes entitled to the exercise of its external sovereignty as to those States only by whom that sovereignty has been recognised.* »[6]

La présence et la multiplication de travaux scientifiques consacrés à la notion de reconnaissance à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle peuvent être expliquées par un changement de la situation politique et géopolitique de l'Europe d'une part et d'autre part, ces changements ont des répercussions dans la façon dont le droit international est appréhendé. En effet, en comparaison avec les siècles précédents, la seconde moitié du XIXe siècle européen connaît peu de guerres. Au surplus,

5 C. H. Alexandrowicz, *The Afro-Asian World and the Law of Nations. Historical Aspect*, Sijthoff, 1968, p. 127.
6 E. Wheaton, *Elements of International Law,* Londres, 4th ed., Stevens and Sons, 1904, p. 36-37.

les progrès du libéralisme économique et politique dans les États européens orientent les centres d'intérêt du droit international vers les rapports entre l'Europe et le reste du monde, ces derniers tentant de légitimer leur hégémonie[7]. C'est dans ce contexte politique et doctrinal, au sein duquel le positivisme juridique tend à s'affirmer comme paradigme dominant, que s'insère la pensée de James Lorimer.

James Lorimer (Aberdalgie, 1818 – Edimbourg, 1890), pourtant, revendique une approche du droit international fondée sur le jus naturalisme. À Berlin, le futur professeur suit les cours de philosophie du droit dispensés par Trendelenburg[8] dont la doctrine des éléments de fait acquisitifs d'un droit[9] semble avoir exercé une influence intellectuelle décisive sur la pensée de James Lorimer. Politiquement, Lorimer est influencé par la pensée de Dahlmann, historien libéral allemand, partisan de l'unification des États allemands au sein d'une monarchie constitutionnelle, dont il assiste aux conférences données à Bonn. Pour synthétiser ses positionnement doctrinaux et politiques, Gerry Simpson présente Lorimer comme « un juriste jusnaturaliste de plus, mais qui cette fois appliquait le droit naturel au droit international [...] et qui, en tant qu'impérialiste victorien du 19e siècle, diviserait volontiers le monde entre les États civilisés, les barbares et les sauvages »[10].

Cette division du monde en trois sphères concentriques à laquelle Gerry Simpson fait allusion est majoritairement admise dans la doctrine des XIXe et XXe siècles[11] et est au cœur de l'œuvre de James Lorimer. Cependant, cette division du monde entre peuples civilisés et non civilisés, entre sujets du droit international et non sujets, repose sur un système philosophique et juridique jusnaturaliste revendiqué, en contradiction avec la pensée des auteurs de l'école du Droit de la Nature et des Gens évoquée ci-dessus. En effet, selon Lorimer, le droit positif a une fonction déclaratoire du droit naturel. Le droit naturel, constitué par le fait de l'inégalité entre les États ne saurait avoir pour conséquence en droit positif une égalité formelle entre ceux-ci, mais doit au contraire consacrer leur inégalité[12], contrairement aux thèses de Vattel et Pufendorf soutenant l'égalité de tous les peuples devant le droit des gens. Arnulf Becker Lorca expose à cet égard :

> « le droit positif est déclaratoire du droit naturel. Le droit des Nations, à son tour, est découvert à partir des faits de la nature, qui, selon Lorimer, sont essentiellement des relations de pouvoirs.

7 Cf. notamment E. Tourme Jouannet, *art. cit*, p. 669.

8 Pour les éléments biographiques de la vie et de l'œuvre de James Lorimer, voy. A. de la Pradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Paris, 2e éd., Les éditions internationales, 1950, p. 219 et s.

9 E. De Szaszy, « Le conflit de lois interpersonnel dans les pays en voie de développement », *RCADI*, 1973, T. 138, p. 196. « Les auteurs appartenant au troisième groupe (Trendelenburg [...]), par contre, prennent en considération l'acquisition même du droit, les éléments de fait acquisitifs. Ils cherchent le critérium des droits acquis dans *la nature des faits juridiques acquisitifs eux-mêmes* et énumèrent, déterminent les faits qui sont en état de constituer un droit acquis ».

10 « *The Lorimer I took away from this course was one more natural lawyer, but this time one who applied natural law to international law (a subject I had taken little interest in at that point) and one who, as a 19th-century Victorian imperialist, would happily divide the world into civilized states, barbarians and savages* », G. Simpson, « James Lorimer and the Character of Sovereigns : *The Institutes* as 21st century Treatise », *EJIL*, vol. 27, n° 2, 2016, p. 433.

11 J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations : A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities,* William Blackwood and Sons, 1880, vol. 1, p. 227-229. Pour une approche analogue de la pensée de Lorimer, v. notamment A. de la Pradelle, *op. cit.*, p. 219 et s. ; A. Truyol y Serra, « L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles », *RCADI,* 1965, vol. 116, p. 148-149 ; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 1st ed, Cambridge University Press, 2007, p. 79.

12 J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations, op. cit., p.* 19 et s.

> En élevant le fait du pouvoir et de l'inégalité entre les États à un principe "de fait", Lorimer exclut la possibilité d'une égalité juridique formelle entre des États qui sont inégaux en fait, une différence qui confère aux États européens le droit unilatéral à la conquête et à l'expansion »[13].

Si l'École du droit naturel n'est plus majoritaire dans la deuxième partie du XIX^e^ siècle, les doctrines portant distinction entre nations civilisées et non civilisées, les tentatives de légitimation des guerres de conquête et de la colonisation par une exploitation du droit international sont pourtant légion[14]. Lorimer est par exemple l'un des fondateurs de l'Institut du Droit International et est présent à Gand lors de la première réunion de l'Institut en 1873[15]. Le professeur écossais, nommé à la Chaire de droit public et de Droit de la Nature et des Gens à l'Université d'Edimbourg en 1844[16] n'est ainsi pas un internationaliste politiquement et doctrinalement isolé. Politiquement, son positionnement est celui de très nombreux internationalistes convaincus des bienfaits de la civilisation européenne dont doivent pouvoir bénéficier tous les peuples du monde. Leurs travaux scientifiques doivent conférer aux entreprises coloniales et impérialistes une légitimité rationnelle. Doctrinalement, bien que jusnaturaliste revendiqué, sa méthode n'en est pas moins causaliste[17], comme la méthode positiviste majoritaire des juristes de son temps. Comme en témoignent les développements ci-dessous, l'invocation de la nature par Lorimer n'a pour autre fonction que de fonder la validité de ses hypothèses, que de cerner les faits observables pour établir sa théorie[18].

Cette absence d'isolement, la convergence de sa doctrine avec ses contemporains, rend l'entreprise de définition de l'héritage intellectuel particulier de Lorimer peu aisée. Bien qu'Ernest Nys dédie son manuel d'histoire du droit international à « L'impérissable mémoire de James Lorimer »[19], au-delà de la mention des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, quelle a été et quelle est la portée de la doctrine de James Lorimer sur le droit international de la reconnaissance du siècle précédent et que reste-t-il de ses préceptes dans la pratique internationale contemporaine ?

---

13 A. Becker Lorca, « Universal International Law : Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation », *Harvard International Law Journal*, vol. 51 ; n° 2, 2010, p. 489.

14 V. par ex., E. Tourme Jouannet, *art. cit.*

15 A. de la Pradelle, *op. cit.*, p. 220.

16 *Ibid.*

17 Pour expliquer l'évolution de la philosophie de la connaissance à l'époque des Lumières, Robert Kolb explique qu'« Il s'agit [le positivisme juridique] d'une doctrine relativement récente dont certaines racines remontent au relativisme des Sophistes et au nominalisme du moyen âge. […] il n'y a de réalité que dans l'individuel et dès lors ce n'est pas la raison, mais la volonté de Dieu qui est la source du devoir. La *reductio ad unum* thomiste se transforme ici en *reductio ad plurum*, ce qui ouvre le chemin à une conception atomiste et causale du monde. Le positivisme moderne émerge quant à lui sous la triple impulsion de la réforme avec l'éclatement des valeurs, de la fascination provoquée par la méthode exacte des sciences naturelles et de la consolidation d'un pouvoir absolu et centralisé dans l'État moderne. C'est l'époque où l'homme commence à se mettre au centre du cosmos, tendance ouverte par l'humanisme et aboutissant à l'idéalisme allemand et italien. L'homme réduit tout à sa disposition : de transcendant, le droit devient immanent. C'est un produit de la volonté intelligente de l'homme. L'empreinte la plus forte, le positivisme la reçoit des nouvelles méthodes causales qui remplacent les conceptions finales dont il a déjà été question. La racine commune des tendances positivistes réside dans le rejet de la métaphysique. Tout doit être ramené au fait observable qui représente une donnée purement objective du réel. Dès lors il n'y a de réalité que dans le fait individuel […], non dans des essences générales inobservables », in R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international* : *problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 40.

18 Sur le principe « *de facto* » dans la doctrine de Lorimer, voy., pour les développements les plus récents M. Koskenniemi, « Race, Hierarchy and International Law », *EJIL*, vol. 27, n° 2, 2016, p. 417-421.

19 E. Nys, *Les origines du droit international*, Thorin & Fils, 1894, 426 p.

Pour tenter de discerner ce qui est attribuable à James Lorimer, sera examiné dans cette contribution le régime juridique d'exclusion que l'auteur préconise pour que soient considérés comme sujets de droit international certains États uniquement, européens ou peuplés de descendants de colons européens dont la communauté est constituée par un modèle de civilisation commun (I). Ensuite, au sein de cette société d'États catégorisés, différenciés, l'auteur envisage la façon dont les États considérés comme civilisés déterminent leurs rapports entre eux et avec les États non civilisés (II).

I. Un régime d'exclusion

Dans la perspective de Lorimer, la reconnaissance doit être accordée à des États et uniquement à des États, et non pas à des peuples, des nationalités ou des « races » selon la terminologie des juristes du XIX^e^ siècle. Le principe « *de facto* » mentionné précédemment sous-tend l'ensemble de son édifice théorique. Seul l'État peut être considéré comme personne morale, seul l'État peut être sujet du droit international[20] (A). Par conséquent, si l'observation des faits naturels ne permet pas de conclure à l'existence d'un État, l'exclusion des groupes humains sans État est justifiée. James Lorimer soutient par conséquent au fil de ses travaux, une exclusion du droit international des États ou autres entités dont le niveau de civilisation n'est pas conforme aux prétendues exigences du droit international pratiqué par les nations civilisées (B).

A. L'État comme sujet exclusif du droit international

Pour James Lorimer, comme pour Hegel, la reconnaissance est un principe fondamental du droit international[21]. Au surplus, Lorimer fait de la reconnaissance un principe fondamental pour la science du droit international également, en ce qu'il découle de la science de la nature et résulte d'une application des faits observables à la science[22].

Pour justifier du caractère exclusif de la personnalité juridique internationale des États, Lorimer se fonde sur une analyse anthropologique de la vie des individus en société. « L'objet du droit naturel est la réalisation de la liberté des individus conformément à leurs pouvoirs et capacités respectifs, la base du droit international est la reconnaissance du fait de l'individu, sujet de droit »[23]. S'il s'agit ici de droit international privé, dont Lorimer contribuera également à la doctrine, la définition qu'il propose du droit international public est un projection de cette approche aux relations interétatiques : « Le droit international est la réalisation de la liberté des nations isolées, par l'affirmation et la reconnaissance réciproques de leurs véritables facultés »[24].

---

20 A. de la Pradelle, *op. cit.*, p. 223.

21 G. Schwarzenberger, « The fundamental principles of international law », vol. 87, 1955, p. 260.

22 J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, *op. cit.*, p. 4. « *1st, the fundamental doctrine of recognition, as the doctrine of international existence* de facto, *or of State life for international purposes, corresponds to that fundamental doctrine of natural law which teaches that all rights and duties have their origin in, and are limited by, the facts of natural life. As the doctrine which carries it back to nature, the general doctrine of recognition is thus the fundamental doctrine of the Science of International Law – the doctrine in virtue of which it is a science* ».

23 J. Lorimer, *op. cit.*, p. 4 et s, cité par A. de la Pradelle, *op. cit.*, p. 222.

24 *Ibid.*, p. 1-2.

On déduit de cette approche que les nations privées de liberté ne peuvent pas être considérées comme sujets de droit international. « Une entité juridique doit être distincte de toute autre entité juridique, sinon elle ne pourrait avoir ni droits ni devoirs ; il faut qu'elle ait sa propre sphère d'activité morale et physique. Grand ou petit, l'État international est ainsi nécessairement un État à part »[25].

Pour justifier la qualité exclusive de l'État comme sujet de droit international, Lorimer adopte le critère de la liberté, lui-même fondé sur la raison. Seule une entité libre, rationnelle, peut prétendre à la reconnaissance internationale, car réputée libre d'un pouvoir de commandement supérieur[26]. Comme il sera évoqué plus loin, Lorimer assimile l'absence de civilisation d'une entité particulière à une absence de raison dans la mentalité collective. Par conséquent, un État non rationnel, ne peut être pleinement libre et donc ne peut être pleinement reconnu. Dans le contexte de la rédaction des écrits de Lorimer, les provinces, les colonies, les États placés sous suzeraineté d'autres États, les membres de confédérations politiques ne sont pas des sujets de droit international[27]. Ces entités sont des sujets « imparfaits » du droit international[28]. L'existence de l'État est fondée sur les faits de la liberté et de la raison, et de l'existence *de facto* de l'État découle sa potentielle reconnaissance *de jure*[29].

Parallèlement à la liberté dont une communauté est susceptible de bénéficier, en ce qu'elle est libre d'un commandement supérieur, Lorimer s'attache, comme de nombreux autres auteurs du XIX^e^ siècle[30], à dégager des caractéristiques internes de ces communautés permettant d'affirmer ou de nier un niveau de développement, de civilisation suffisant pour être considéré comme un État[31]. Nous le verrons, le statut de nations civilisées sera conféré uniquement aux nations européennes et aux États indépendants issus de colonies de peuplement européennes.

Après cet aperçu de ce que peut être, formellement, un sujet du droit international, James Lorimer envisage les conditions substantielles auxquelles un État candidat à la reconnaissance par les autres États doit satisfaire. Ce droit confié aux tiers est individuel, « En l'absence d'une autorité centrale, tout État doit décider pour lui-même le droit de déterminer l'existence ou la non-existence de droit d'un État prétendant à la reconnaissance. Mais il ne faut qu'une telle décision soit arbitraire ; elle doit dépendre à la fois de la volonté et de la possibilité d'user de réciprocité dans la reconnaissance qu'elle exige »[32].

---

25 A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 223.

26 « La volonté raisonnable est la seule libre ; seule elle s'accorde avec la volonté suprême ; seule, elle est capable de se manifester comme puissance. Dans la raison se trouve donc le critérium de la présence ou de l'absence de la liberté interne de l'État » in J. LORIMER, *op. cit.*, p. 348.

27 A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 223, J. LORIMER, *op. cit.*, p. 140.

28 J. LORIMER, *op. cit.*, p. 140.

29 A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 223

30 Voy. notam. H. WHEATON, *Elements of International Law*, 1866, p. 18 ; J. KENT, *Commentary in International Law*, ed. par J.T. Abdy, Deighton, Bell and Co., Cambridge, Steven and Sons, Bell Yard, Londres, 1866, p. 11.

31 « Une importante question surgit : la reconnaissance ne peut-elle avoir lieu aussi longtemps que la communauté qui la demande n'a pas acquis le degré de développement intellectuel auquel l'interdépendance apparaît comme une nécessité impliquée dans la revendication même de l'existence nationale, la volonté d'user de réciprocité d'accomplir l'obligation des États ne suffit-elle pas ? », J. LORIMER, *op. cit.*, p. 109.

32 A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 222.

B. Les fondements matériels de la présomption de réciprocité – La distinction entre nations civilisées en non civilisées

Selon Lorimer, chaque communauté politique jouit d'une présomption du droit à la reconnaissance internationale. « L'État qui réclame la reconnaissance doit offrir à l'État dont il la réclame la présomption qu'il est à même de remplir les devoirs inhérents à l'existence internationale. La présomption suffit ; mais pour que cette présomption existe, il faut que l'État ne présente aucun trait caractéristique incompatible avec l'exercice de la volonté d'user de réciprocité dans la reconnaissance ; ostensiblement du moins, il doit réunir les conditions de la capacité juridique »[33]. Pour renverser ces présomptions, l'auteur écossais indique que les États susceptibles d'accorder leur reconnaissance à telle communauté politique doivent rechercher, d'une part, les indices de la volonté de la communauté candidate à satisfaire à ses obligations internationales (1) et, d'autre part, à fonder ou à renverser la présomption de la capacité des communautés à remplir leurs devoirs internationaux (2).

1. La présomption de volonté

En termes de présomption de volonté des communautés à remplir leurs devoirs réciproques les autorisant à réclamer la reconnaissance, Lorimer soutient que certains régimes politiques et certaines confessions doivent être privées de reconnaissance. « Il y a des exemples d'États qui possèdent des croyances religieuses ou laïques intolérantes qui excluent la présomption de la possession de la volonté nécessaire de réciprocité, par laquelle un État montre qu'il est à la fois capable et disposé à remplir les devoirs inhérents à son existence internationale »[34].

Lorimer exclut du champ de la reconnaissance certains systèmes politiques[35]. Parmi les exclus, se trouvent les théocraties, notamment les théocraties musulmanes du XIX^e^ siècle, en ce qu'elles cherchent à « soumettre le monde entier à leurs lois »[36]. De même, sont privées du droit à la reconnaissance internationale les monarchies intolérantes, la république intolérante et l'anarchie. Selon l'auteur, ces trois régimes ont en commun de vouloir faire admettre l'universalité de la vérité de leurs lois en dehors des frontières de leur territoire. Parmi les monarchies intolérantes, les exemples donnés sont l'empire romain qui recherchait la « domination universelle » et le Premier Empire français[37]. Logiquement, Lorimer indique que les monarchies européennes, ne rentrent pas dans les catégories des régimes intolérants.

Ensuite les « Républiques intolérantes » en essayant d'appliquer le dogme de l'infaillibilité du peuple souverain ne sauraient être reconnues comme État par les États civilisés en ce qu'elle porte atteinte à la liberté des autres communautés. L'exemple donné par l'auteur est celui de la Convention et des guerres de la Révolution »[38].

---

33 *Ibid*, p. 136.
34 A. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 222.
35 M. KOSKENNIEMI, « *Race, Hierarchy and International Law* », *European Journal of International Law*, Vol. 27, n° 2, 2016, p. 423.
36 J. LORIMER, *op. cit.*, p. 344.
37 *Ibid.*
38 *Ibid.*, p. 345-346.

Enfin, dans l'anarchie, Lorimer perçoit l'effondrement de l'État, la perte de l'autorité du gouvernement central sur ses sujets. En ce cas, la notion d'ordre, chère à la doctrine du XIXe pour identifier un niveau de civilisation, disparaît et l'État soumis à l'anarchie ne peut plus bénéficier de reconnaissance internationale. La commune de Paris sert ici d'exemple et permet à Lorimer d'illustrer l'attitude de Bismarck qui refuse alors de négocier avec les représentants de la Commune de Paris, la France ayant cessé d'exister comme entité politique[39].

Parallèlement à la nature de certains régimes politiques, Lorimer prescrit que les communautés politiques musulmanes, dont l'Empire ottoman, ne peuvent faire l'objet de reconnaissance, non pas en raison de la nature interne des régimes, mais en raison de la mentalité induite par la religion islamique. C'est l'élément moral, chrétien et suprématiste qui renverse la présomption d'un respect de la réciprocité internationale par les musulmans. Il cite à cet égard :

> « Il se peut qu'un jour les mahométans acceptent l'enseignement moral du christianisme tout en rejetant son enseignement dogmatique ; il se peut aussi qu'un nouveau prophète, plus grand que Mahomet, vienne combler l'abîme qui sépare aujourd'hui le monde musulman du reste de l'humanité ; ou encore que les influences anthropothéistes se fassent jour dans l'islamisme. Mais l'absence de caractère spéculatif chez la race sémitique nous avertit que son développement moral sera nécessairement fort lent ; sa culture ne porte aucune trace de cette tendance introspective qui, sur le terrain de la morale, rapprocha la philosophie grecque du christianisme. Le progrès dans le gouvernement interne n'a pas la moindre valeur au point de vue international, aussi longtemps que la communauté demeure attachée à l'idéal de non-réciprocité dans la reconnaissance. En tant que race, les Turcs sont probablement incapables d'atteindre un développement politique qui leur permette d'adopter le régime constitutionnel ; mais s'il en était autrement, si leurs constitutions de 1856 et de 1876 avaient été appliquées, le caractère international de la Turquie n'en serait pas devenu meilleur. Le Coran aurait continué à se trouver entre la Turquie et le reste du monde et à porter un démenti aux déclarations constitutionnelles de réciprocité. Nous n'avons pas à nous occuper du mérite ou du démérite du Coran sous tous les autres rapports, absolument prise, une religion exclusive soit vraie ou qu'elle soit fausse, peu importe, elle est toujours fausse au point de vue du droit international, et c'est un non-sens que de dire que la reconnaissance des États mahométans n'est plus qu'une question de temps[40]. »

39 *Ibid.*, p. 346.
40 *Ibid.*, p. 123.

2. *La présomption de la capacité*

Pour attester de l'absence de volonté rationnelle susceptible de permettre d'honorer les engagements internationaux, Lorimer cherche une analogie avec le droit interne, « droit municipal ». Il tente d'établir une analogie entre les deux corps de règles, indiquant que trois facteurs sont à l'origine d'une absence de volonté rationnelle : la minorité, la faiblesse d'esprit et le crime[41].

Si le motif de la temporalité est rejeté comme inopérant, « En droit international, le laps de temps ne fournit aucune présomption en faveur de la présence d'une volonté rationnelle. Les communautés les plus barbares sont probablement aussi vielles que les communautés les plus civilisées. »[42] En revanche, Lorimer considère qu'il existe toutefois une « minorité politique »[43] composée par les races barbares qui peuvent être légitimement soumises par les « races civilisées ». Comme nous le verrons dans la deuxième partie, les « races barbares » évoquées par Lorimer désignent les communautés africaines et certaines communautés politiques non organisées en État.

Concernant la faiblesse d'esprit de certaines nations présumée par Lorimer, ce dernier considère que si elle existe au sein d'une nation, après être identifiée par la psychologie, alors cette dernière ne peut pas avoir de volonté rationnelle. Par conséquent, « elle formera un obstacle permanent à la reconnaissance et […] elle établira entre les races supérieures et les races inférieures un rapport de tutelle perpétuelle »[44].

> « La question de savoir s'il existe dans les races une véritable imbécillité de naissance relève de la psychologie : nous n'avons pas à la discuter, il nous suffit de savoir si elle existe. Le droit municipal distingue aussi la faiblesse d'esprit survenue depuis la naissance ; il lui attribue deux causes : la maladie et la sélénite ; l'une et l'autre empêchant l'action de la volonté rationnelle, et là même où elles n'annihilent point cette volonté, elles enlèvent le droit à la reconnaissance civile et politique[45]. »

Une fois présentées les communautés politiques susceptibles d'être reconnues en tant qu'État et les communautés politiques devant en être exclues et soumises à la domination des nations « civilisées », la doctrine de Lorimer revient sur le régime général de la reconnaissance. En effet, si l'auteur donne les éléments de fait et le régime juridique de la reconnaissance entre États « civilisés », les communautés « barbares » et « sauvages » font également l'objet d'une reconnaissance. Or, comme nous venons de le démontrer, cette reconnaissance peut ne pas être plénière, elle n'est pas forcément constitutive du statut étatique pour l'entité reconnue. Le régime de la reconnaissance pour Lorimer est une reconnaissance graduée. En déterminant trois cercles concentriques d'humanité, Lorimer définit en effet les règles juridiques applicables aux rapports entre les nations « civilisées » et les autres nations.

---

41 *Ibid.*, p. 158.
42 *Ibid.*
43 « Il y a cependant une minorité politique ; les races barbares sont comme les enfants de la grande famille humaine, dans la réalisation de leur idéal particulier, elles ont droit, non à la reconnaissance, mais à la tutelle », J. Lorimer, *op. cit.*, p. 158.
44 *Idem.*
45 *Ibid.*, p. 158.

II. Une tentative d'objectivation d'un régime de la reconnaissance juridique internationale

La reconnaissance peut, selon Lorimer, être complète ou partielle, absolue ou relative. En effet, « tous les États n'ont pas des droit égaux en droit, mais tous les États sont fondés à être protégés par le droit ». Donc, si la reconnaissance ne peut être la même pour toutes les communautés, les communautés ne peuvent réclamer que les droits correspondant aux faits. En faits, dans la pensée de l'auteur, les communautés sont inégales, par conséquent, les droits revendiqués ne peuvent être identiques. « Si tout ce que l'on entend par égalité était que tous les États ont un droit égal à affirmer les droits qu'ils ont et s'ils avaient ainsi un intérêt égal dans cette *vindicatio juris*, alors l'affirmation serait vraie pour les États comme pour les individus »[46]. De cette inégalité en faits, Lorimer déduit donc une égalité en droit pour les États en élaborant un système juridique de la reconnaissance entre nations civilisées qui est un régime de reconnaissance plénière au sein duquel le droit naturel comme le droit positif s'appliquent (A). En revanche, en ce qui concerne les rapports juridiques entre États civilisés et nations non civilisées, le régime de la reconnaissance est différent en ce qu'il s'agit d'un régime de reconnaissance partielle au sein duquel le droit positif n'est pas nécessairement appliqué (B).

A. La reconnaissance plénière

Comme l'explique Antonio Truyol Y Serra, « la sphère de la reconnaissance plénière s'étend à tous les États de l'Europe, aux colonies de ces États qui sont peuplées d'Européens de naissance ou de descendants d'Européens, et, enfin aux États de l'Amérique, qui se sont affranchis de la domination des États européens dont ils formaient autrefois des colonies »[47].

Pour la caractériser, James Lorimer indique qu'elle correspond « à la reconnaissance au bénéfice du nouvel État des droits et des privilèges de la communauté politique adulte. C'est le degré final, il est marqué par l'envoi d'ambassadeurs, ou l'élévation de consuls au rang d'ambassadeurs et par la conclusion de traités »[48].

Pour fonder en fait sa théorie et donc, établir sa validité, James Lorimer dresse le constat suivant lequel, en écho aux arguments suprématistes chrétiens présentés précédemment, la reconnaissance plénière « est demeurée jusqu'ici limitée aux nations qui professent la religion chrétienne »[49]. Estimant, dans la fidélité à la pensée de Saint Augustin, que le christianisme

> « émane de la conscience et de la raison de l'homme, il n'y a pas plus d'opposition [entre christianisme et religion naturelle des Aryens] qu'il n'y en a entre Dieu et la nature, toutes ont comme base le monothéisme moral. […] Il n'est pas une religion aryenne ou chrétienne qui, au fond n'affirme les postulats sur lesquels s'appuie le droit ou qui contienne le moindre élément

46 *Ibid.*, p. 141.
47 A. Truyol y Serra, « L'expansion de la société internationale aux XIX^e^ et XX^e^ siècles », *RCADI*, 1965, vol. 116, p. 148.
48 J. Lorimer, *op. cit.*, p. 349.
49 *Ibid.*

de nature à empêcher les États qui la pratiquent de remplir leurs obligations internationales envers les autres États. Leurs dogmes théologiques peuvent arrêter quelques temps le développement où la reconnaissance d'un système de morale universel – élément valable – mais ils ne l'excluent pas et le droit à la reconnaissance devient pour les communautés politiques qui professent ces religions une simple question de fait. Tout se réduira à savoir si présentement ces communautés possèdent un système de morales engendrant des conséquences politiques et juridiques telles qu'elles entrent dans la catégorie des États. La réponse est affirmative pour les États, catholiques romains de l'Europe moderne[50]. »

Ce système de morale universelle dont sont empreints les États chrétiens de l'Europe en fait des États civilisés jouissant d'une reconnaissance plénière en ce que leur raison leur permet de respecter la règle de la réciprocité. Malgré la bienveillance manifeste envers les religions aryennes, Lorimer indique cependant que les pressions dogmatiques, les superstitions et l'idolâtrie les ont écartées d'une idée de morale émanant de la nature[51].

Au-delà de la tradition chrétienne constitutive pour les communautés d'un certain niveau de civilisation, Lorimer retient les critères de l'organisation interne de l'État, révélatrice d'un degré de développement intellectuel, pour conférer à celle-ci la qualité de « nation civilisée ». En ce sens, sa doctrine est assimilable à l'opinion dominante de la doctrine du XIX^e^ siècle permettant de distinguer les nations civilisées des nations non civilisées. Par exemple, pour justifier que le droit international de l'Europe ne s'étend qu'aux États de l'Europe et anciennes colonies européennes ayant accédé à l'indépendance, Kent écrit :

> « Mais les nations chrétiennes de l'Europe, et leurs descendants de l'autre côté de l'Atlantique, en raison de la large supériorité de leurs réalisations dans le domaine des arts, de la science, du commerce, aussi bien que dans le domaine politique et l'art de gouvernement ; et, par-dessus tout, par la lumière la plus éclairée, les vérités les plus certains, et la sanction la plus précise, que la chrétienté a communiqué à la doctrine morale des anciens, ont établi un système juridique qui leur est propre. Elles forment ensemble une communauté de nations, unies par la religion, les attitudes, les mœurs, l'humanité et la science, et sont également unies par les avantages mutuels des rapports commerciaux, par l'habitude de former des alliances et des traités les unes avec les autres, de s'envoyer des ambassadeurs, et d'étudier et de reconnaître les mêmes auteurs et les mêmes systèmes de droit public[52]. »

---

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 J. Kent, *Commentary in International Law*, ed. par J.T. Abdy, Deighton, Bell and Co., Cambridge, Steven and Sons, Bell Yard, Londres, 1866, p. 11, cité in D. Gaurier, *Histoire du droit international. De l'antiquité à la création de l'ONU*, Presses universitaires de Rennes, 2^e^ éd., 2014, p. 876.

Pour résumer la pensée dominante de l'époque, sans doute moins radicale et confessionnelle que la doctrine de Lorimer pour déterminer le caractère civilisé d'une nation, Georg Schwarzenberger formule la proposition suivante :

> « Le critère visant à déterminer si un État était civilisé et ainsi, admis à une pleine reconnaissance d'une personnalité internationale était, en tant que règle, simplement si le gouvernement était suffisamment stable pour respecter des engagements obligatoires de droit international et s'il était capable et déterminé à protéger de manière adéquate la vie, la liberté et la propriété des étrangers[53]. »

Cette propension des États non-européens à « protéger la vie, la liberté et la propriété des étrangers » est un arguments récurent dans les discours sur le droit international dans la deuxième partie du XIX^e^ siècle. En effet, pour justifier l'intervention multinationale européenne en Chine en 1900 pour réprimer les agissements violents de la secte des « Boxeurs », les Européens invoquent la défaillance de l'Empire chinois à protéger les ressortissants étrangers présents sur son territoire. De cette allégation, naît la doctrine de l'intervention d'humanité[54], révélatrice de cette distinction entre « nation civilisées » et « nations non-civilisées », ces dernières n'étant pas admises à participer aux bénéfices du droit des gens européen. Pour mettre en relief cette différence de droits applicables aux relations entre les différentes sphères de civilisation, Lorimer soutient que les États européens civilisés n'interviennent pas en Russie pour protéger les minorités juives subissant les pogroms au motif que les nations civilisées reconnaissent la Russie comme un État civilisé. En revanche, Lorimer indique que les États européens peuvent adopter des contre-mesures prescrites par le droit international de l'Europe[55]. Naturellement, dans cette logique différencialiste, les États non-civilisés ne peuvent invoquer un droit à l'intervention d'humanité contre un État de l'Europe. Des débats analogues ont également lieu en doctrine concernant les différentes interventions sur le territoire de l'Empire ottoman[56].

Ce droit à l'intervention d'humanité n'est cependant que l'une des conséquence du régime de la reconnaissance partielle accordée aux nations « non civilisées ».

---

53 « *The test whether state was civilized and, thus, entitled to full recognition as an international personality was, as a rule, merely whether its government was sufficiently stable to undertake binding commitments under international law and whether it was able and willing to protect adequately the* life, liberty and property of foreigners », G. Schwarzenberger, « The Standard of Civilisation in International Law », in W. Keeton et G.Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems*, Stevens & Sons Lt., Londres, 1955, p. 220, cité in B. Bowden, « The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization », *Journal of the History of International Law*, vol. 7, 2005, p. 19

54 La doctrine de l'intervention d'humanité, est définie par Antoine Rougier en 1910 comme celle qui « reconnaît pour un droit l'exercice du contrôle international d'un État sur les actes de souveraineté intérieure d'un autre État, contraires aux "lois de l'humanité", et qui prétend en organiser juridiquement le fonctionnement. Suivant cette doctrine, chaque fois que les droits humains d'un peuple seraient méconnus par ses gouvernants, un ou plusieurs États pourraient intervenir au nom de la société des nations, soit pour demander l'annulation des actes de puissance publique critiquables, soit pour empêcher à l'avenir le renouvellement de tels actes, soit pour suppléer à l'inaction du gouvernement, en prenant des mesures conservatoires urgentes, et en substituant momentanément leur souveraineté à celle de l'État contrôlé », A. Rougier, « La théorie de l'intervention d'humanité », *RGDIP*, 1910, p. 9.

55 J. Lorimer, *op. cit.*, p. 182.

56 A. Rougier, *op. cit.*, p. 5-63 ; Y. Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international. Droit et relations internationales*, Bruylant, coll. de droit international, Bruxelles, 2003, p. 126.

B. La reconnaissance partielle

« La deuxième sphère, celle de la reconnaissance politique partielle, "comporte l'application plénière, intégrale, du droit rationnel, et une application restreinte, variable, du droit positif" »[57]. Cette deuxième sphère est composée de la Turquie d'Europe et d'Asie, des États d'Asie indépendants, de la Perse, de l'Afghanistan, du Siam, de la Chine, du Japon, d'une partie de l'Afrique, à savoir le Maroc et des petits États musulmans ou fétichistes dans l'Afrique équatoriale[58].

Cette catégorisation a pour conséquence, comme l'explique Lorimer, de ne pas conférer aux États y appartenant des droits analogues à ceux détenus par les Européens. Cette application variable du droit positif, est, nous l'avons vu, un moyen pour les États de l'Europe de justifier, entre autres, des interventions militaires au nom de l'intervention d'humanité, mais également, cette dissymétrie aboutit progressivement à la mise en place de régimes de mandats, la signature de traités inégaux ou encore, à la mise sous tutelle de territoires et aux capitulations[59].

Par exemple, l'institution des juridictions consulaires découlant d'une capitulation, n'obéissent pas à la règle de la réciprocité du droit international européen. Le privilège de juridiction consulaire dans un traité conclu entre un État européen et l'Empire ottoman ou l'Empire chinois confère au consul européen un monopole de juridiction pour les litiges opposant deux ressortissants de l'État d'envoi ou un litige opposant un national de l'État d'accueil ou de l'État d'envoi. Autre rupture avec le droit international classique, le régime des capitulations au XVI^e^ siècle faisait du régime des capitulations un privilège réciproque[60].

Cependant, Lorimer n'assigne pas tous les États en question à demeurer éternellement dans l'une des catégories définies. Par exemple, dans sa conception du monde, « si les Japonais continuent pendant quelque vingt ans à progresser comme ils le font, il est possible qu'on ait à décider s'ils n'ont pas droit à la reconnaissance politique plénière »[61]. Les faits ultérieurs semblent confirmer la projection de Lorimer car le Japon dénonce en 1894 les traités inégaux qui le lient aux puissances occidentales et signe le premier traité sous condition de réciprocité avec le Royaume-Uni[62]. Le Japon, suivant cette ligne, tente de démontrer qu'il est lui aussi un État civilisé en mettant par exemple en exergue les qualités humaines du comportement de ses troupes lors du conflit sino-japonais de 1894-1895. Enfin, le Japon, lors de la conférence de paix ouverte en 1919, se présentera comme une nation civilisée afin de pousser ses avantages territoriaux et d'obtenir une tutelle sur plusieurs territoires chinois. Paradoxalement, le Japon endosse un discours sur le droit qui l'avait au préalable exclu des bénéfices du droit international de l'Europe[63].

---

57 A. Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 148-149 ; J. Lorimer, *op. cit.*, p. 102.

58 A. Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 148-149 ; J. Lorimer, *op. cit.*, p. 102.

59 R. Horowitz, « International Law and State Transformationin China, Siam, and the Ottoman Empire during the Nineteenth Century », *Journal of World History*, vol. 15, 2004, p. 445, cité in A. Bercker Lorca, « Universal International Law : Ninereenth-Century Histories of Imposition and Appropriation », *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n° 2, 2010, p. 506 ; A. Orakhelashvili, « The Idea of European International Law », *EJIL*, 2006/2, vol. 17, p. 318.

60 A. Orakhelashvili, *op. cit.*

61 J. Lorimer, *op. cit.*, p. 103.

62 A. Bercker Lorca, *op. cit.*, p. 478.

63 *Ibid.*, p. 500 et s.

Enfin, fidèle au peu de crédit qu'il accorde aux États musulmans, Lorimer condamne l'admission, alors récente à la date de la parution de son ouvrage majeur en 1880, de l'Empire ottoman dans le cercle restreint des États bénéficiant du droit international de l'Europe[64]. Souvent présenté comme l'admission de l'Empire ottoman au sein de la Famille des Nations civilisées, James Lorimer démontre que la Turquie n'est pas une nation civilisée et donc condamne la reconnaissance de l'Empire ottoman. Quant à la doctrine contemporaine, l'opinion majoritaire indique que malgré l'extension de certains droits à l'Empire ottoman, ce dernier n'est pas considéré par les Européens comme un membre de la Famille des Nations civilisées à part entière[65].

Pour conclure, la troisième sphère « embrasse les peuples ou tribus non organisées de l'Afrique, les sauvages des quelques rares îles océaniques encore indépendantes. Vis-à-vis de ces tribus barbares qui n'offrent qu'un embryon d'organisation sociale, qui n'ont pas toujours des frontières terrestres nettement délimitées, les États civilisés « devront respecter les principes humanitaires du droit rationnel ; mais ils ne sauraient être astreints à pratiquer le droit international positif »[66].

Ainsi, ces « nations sauvages »[67] et « nations barbares »[68], ne bénéficiant que de la reconnaissance imposée par le droit naturel, sont, dans la pensée de Lorimer, destinées à être soumises à la tutelle des puissances européennes. Si la colonisation des territoires peuplées par des telles communautés trouve ici une légitimation dans les écrits de Lorimer, ce dernier, en rappelant les principes humanitaires du droit rationnel, inscrit son propos dans un courant doctrinal très présent au siècle des impérialismes qui, tout en tentant de draper la colonisation dans la vertu de la licéité, s'indignait contre la violence engendrée par les entreprises coloniales et de conquête[69].

Conclusion

La doctrine retient essentiellement de la pensée de Lorimer la division du monde en trois sphères d'humanité concentriques, chacune distinguée par son niveau de civilisation. Nous l'avons évoqué, si la distinction entre humanité civilisée et non civilisée a été un concept omniprésent dans la doctrine du XIX^e^ et du début du XX^e^ siècle[70], la terminologie a disparu du discours sur le droit international après la vague de décolonisation des années 1960.

64 « Les Turcs nous ont fait durement éprouver les conséquences de l'extension des droits de la civilisation à des barbares qui ont montré leur inaptitude à remplir les devoirs qu'impose la civilisation et qui, peut-être bien, n'appartiennent même pas aux races progressives », J. Lorimer, *op. cit.*, p. 349.

65 Sur les débats doctrinaux relatifs à l'admission de la Turquie au sein de la « Famille des nations civilisées », voy. *inter alia,* T. Toyoda, « L'aspect universaliste du droit international européen et le statut juridique de la Turquie avant 1856 », *Journal of the History of International Law*, vol. 8, 2006, p. 37 et s. ; A. Orakhelashvili, *op. cit.*, p. 337; Y. Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Brill, Nijohff, 2010, p. 308.

66 A. Truyol y Serra, *op. cit*, p. 149 ; J. Lorimer, *op. cit.* p. 102-103.

67 J. Lorimer, *op. cit.* p. 102-103.

68 *Ibid.*

69 Pour les réactions doctrinales aux violences liées à la colonisation au XVIII^e^ siècle, voy par exemple, E. Tourme Jouannet, *art. cit.*, p. 651, et, de la même auteure, « Colonialisme européen et néo-colonialisme contemporain (Notes de lecture des manuels européens du droit des gens entre 1850 et 1914) », *Baltik Yearbook of International Law*, 2006, vol. 6, p. 49-78.

70 A. Anghie, *op. cit*, p. 79 et s.

Cependant, la pratique du droit international contemporain ne reconnaît pas la personnalité juridique internationale aux entités infra-étatiques, l'État semble demeurer le sujet privilégié, sinon exclusif du droit international public. De plus, la reconnaissance, malgré l'émergence d'une jurisprudence relative à la définition de l'État, reste soumise à l'appréciation souveraine des autres États. En cela, les règles préconisées par Lorimer pour objectiver les règles d'octroi de la reconnaissance n'ont pas perduré.

Malgré la disparition du vocabulaire suprématiste religieux racial Gerry Simpson met en lumière que la pensée de Lorimer trouve une certaine actualité au XXI^e^ siècle en matière de référence au droit naturel et de droit du recours à la force en droit international[71].

Cette actualité se manifeste par exemple, en ce qui concerne la persistance de la référence au droit naturel, par l'émergence de normes indérogeables de droit international dont l'application contemporaine serait la définition de normes de *ius cogens* dont, notamment, la proscription du génocide. Par ailleurs, si la référence aux nations civilisées et non civilisées n'est plus explicite, la constitution de juridictions pénales internationales, comme les Chambres extraordinaires au Cambodge serait-elle peut-être symptomatique de la persistance de préjugés civilisationnels dans le droit international contemporain[72].

Enfin, Gerry Simpson fonde une analogie entre la pratique du droit du recours à la force et la doctrine de Lorimer concernant les guerres contre les barbares ou les communautés sauvages[73]. Pour fonder le droit à la légitime défense, l'ennemi devient un pirate ou un terroriste, autorisant ainsi l'intervention contre un État réputé « ennemi de l'humanité ». L'État coupable de ne pouvoir maintenir l'ordre sur son territoire est réputé non civilisé en ce qu'il est incapable de gérer ses affaires intérieures et de soumettre l'ensemble de ses citoyens, ses « sujets » dans le langage de Lorimer.

---

71 G. Simpson, *op. cit.*, p. 442-446.

72 *Ibid.*, p. 443.

73 « *In a way, Lorimer's theory of barbarian war in the 19th century might be becoming a generalized practice of war in the 21st century. Wars are abolished not by refusing to fight them but, rather, by refusing to concede that violence can even be designated «war». «Enemies» become «enemies of mankind» and warriors become «pirates». To go to war today, we might say, is to assume an anterior relationship of inequality. Just as the 19th century colonial war or war against the savage or barbarian was not war but, rather, «gun-boat diplomacy», «suppression of the natives» or «police action», so too postmodern war can be described as anything but war – anything but what it is [...]Thus, we have the language of peace making, peacekeeping and peace enforcement by the forces of humanity against those who defy or resist humanity (one of the interesting consequences of this in recent practice is a sort of indignation that anyone would fire back)* », *ibid.*, p. 444.

Partie II

Le droit international de la reconnaissance en actes

La reconnaissance des droits fonciers des peuples en Afrique et leur interaction avec les politiques dites « de développement »

Sarah Lazaar[1]

La question des droits fonciers est une problématique centrale en Afrique. En effet, « 60 à 80 % des populations africaines, selon les pays, ne possèdent aucun acte justifiant l'attribution des terres sur lesquelles [elles] vivent ou qu'[elles] exploitent. En Afrique, en Amérique latine, en Asie et même dans certaines régions d'Europe, ce déni de propriété a des conséquences sociales, économiques et humaines désastreuses »[2].

Cette absence de titres fonciers implique une insécurité rendant les populations très vulnérables aux expulsions, surtout quand les terres sur lesquelles elles vivent suscitent la convoitise de certains investisseurs. Cette problématique trouve sa source dans la conception même du droit foncier et le décalage entre celle qu'en ont les populations et celles qu'en ont les institutions nationales et internationales. C'est concernant ces dernières qu'on peut légitimement se demander si une décolonisation du droit international ne serait pas nécessaire à travers la reconnaissance des droits fonciers particuliers en droit international.

Qu'est-ce que la terre ? Que signifie ce terme et à quoi correspond-il concrètement ? Lorsque l'on parle de la terre, fait-on référence à une parcelle déterminée ou à une zone « illimitée » au sein d'un territoire étatique limité ? Fait-on référence à un sol, en comprenant le sous-sol et les richesses que celui-ci peut renfermer ? La terre est-elle un terrain fertile, une zone forestière, un désert ?

La terre est tout cela à la fois. Il y a autant de représentations de la terre qu'il y a de cultures – ou au moins de communautés humaines – pour y vivre. Dès lors, avoir une approche conceptuelle tendant à vouloir à tout prix donner une définition avec des critères spécifiques reste limité. Il n'existe pas de définition unique. Il faut donc interroger les acteurs, c'est-à-dire les peuples vivant et jouissant de l'utilisation de ces terres, et pas seulement les définitions contenues dans les textes institutionnels. La terre pour les San[3] n'est pas la terre selon les normes du droit positif botswanais,

---

1 Doctorante en droit comparé, École de Droit de la Sorbonne, Paris 1 Panthéon Sorbonne.

2 A. Harissou, *La terre, un droit humain, Micropropriété, paix sociale et développement*, Dunod, 2011, Préface p. XI.

3 Peuple dit « autochtone » d'Afrique australe, dont une partie vit sur le territoire du Botswana, appelé communément Bushmen.

ni celle des peuples dits autochtones. La terre selon les San est ce qu'ils pensent qu'elle est, et il en va de même pour les autres peuples en Afrique, ayant des modes de vie différents. Leur conception n'étant pas la même que celle de leurs gouvernements respectifs, il est nécessaire de trouver un terrain d'entente.

Ces droits fonciers tels que posés par les droits positifs africains sont connus sur le continent pour être inadaptés, mais aussi vulnérables aux exigences économiques contemporaines (I). Toutefois, le monde juridique n'y est pas totalement insensible, et des tentatives de reconnaissance en droit international sont observables, bien que timides, ainsi que des projets nationaux et locaux, mis en place pour parer les lacunes juridiques (II).

I. Un droit foncier inadapté et fragile face aux exigences économiques

Le terme foncier vient de fonds et se rapporte à ce qui constitue un fonds de terre[4], à sa propriété, à son exploitation et à son imposition[5]. Le terme fonds vient lui-même du latin *fundus* signifiant terre, propriété, domaine[6]. Le foncier est donc un adjectif renvoyant à la terre, à une parcelle de terre, un bien juridique. Toutefois, selon Alain Rochegude et Caroline Plançon, le terme foncier est utilisé « souvent de manière imprécise, voire abusive, pour recouvrir tout ce qui, de près ou de loin, touche à l'identification, au statut et à l'utilisation des terrains »[7]. Nous verrons ici en quoi l'approche de la terre par les sociétés négro-africaines[8] est en décalage avec le régime foncier tel que voulu par les gouvernements (A), mais aussi la vulnérabilité de ces régimes et des législations face aux exigences économiques contemporaines (B).

A. Une représentation de la terre différente aux niveaux local et institutionnel

Dans son ouvrage *L'homme et la terre*[9], Guy Adjété Kouassigan définit la terre selon les sociétés négro-africaines en suivant un triptyque. La terre est un bien collectif, sans valeur pécuniaire mais avec une valeur spirituelle (1). Dès lors, on comprend mieux pourquoi les régimes fonciers institués en Afrique où ces critères s'appliquent ne fonctionnent pas ou mal, et ce notamment à cause de l'instrument juridique du titre foncier (2).

---

4 C. Augé, *Nouveau petit Larousse illustré*, 1936. Les définitions sélectionnées sont celles qui intéressent le sujet car les termes foncier et fonds se rapportent par extension à d'autres choses qui ne seront volontairement pas abordées.

5 Définition du terme « foncier » sur le site du *Larousse* [http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/foncier/34447?q=foncier#34394].

6 Définition du terme « fonds » sur le site du *Grand Dictionnaire Latin* [http://www.grand-dictionnaire-latin.com/dictionnaire-latin-francais.php].

7 A. Rochegude, C. Plançon, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier,* Comité technique « Foncier et Développement », 2009 [http://www.foncier-developpement.fr/wp-content/uploads/fiche-pays-fichier-integral1.pdf]. Définition du foncier p. 446.

8 Expression utilisée par Guy Adjété Kouassigan et reprise dans cet article.

9 G-A. Kouassigan, *L'homme et la terre. Droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Berger-Levraut, 1966, p. 10.

1. *La valeur spirituelle de la terre au cœur de la représentation au niveau local*

La terre, si l'on veut élaborer un système juridique adapté aux peuples africains, doit être comprise comme faisant partie intégrante des croyances de ces peuples. « On ne peut comprendre son statut spécial dans les systèmes juridiques traditionnels que si l'on met en lumière les croyances inspirées par elle aux hommes qui, à travers plusieurs générations, ont élaboré des corps de normes destinées à régler les rapports quotidiens imposés par la vie en société »[10].

La terre « n'est pas considérée dans sa simple matérialité, car pour beaucoup de sociétés ouest-africaines, elle est moins ce qu'elle représente que ce qu'elle suggère aux hommes. Avant que d'être source de richesses, elle est source de vie. […]. Elle se prête, mais ne se soumet pas aux hommes »[11].

G.A. Kouassigan se focalise dans son ouvrage sur les sociétés ouest-africaines, mais la généralisation peut-être faite en Afrique, et même ailleurs dans le monde[12]. Bernard Nantet, dans son *Dictionnaire de l'Afrique* écrit très clairement qu'en « Afrique, la terre n'appartient pas aux hommes mais à Dieu [A. Hampaté Bâ]. Elle est sacrée, car les ancêtres civilisateurs y sont enterrés. Elle est donnée aux hommes qui veulent la cultiver par le chef de terre ou le chef traditionnel, qui intercèdent auprès des ancêtres par des rituels comportant des offrandes »[13]. G.A Kouassigan ajoute que la plupart des peuples d'Afrique vouent un culte spécial à la terre, et de citer Hubert Deschamps, dans son *Les religions de l'Afrique noire*[14] : « la terre est l'objet d'un culte chez les populations agricoles, c'est-à-dire l'immense majorité des noirs. Une tribu qui s'installe dans un pays fait alliance avec la terre, non pas avec la planète, mais avec l'esprit de ce territoire déterminé »[15].

Il convient d'apporter un élément supplémentaire ici. Les peuples dont il s'agit sont les peuples d'agriculteurs, c'est-à-dire de sédentaires. Chez les chasseurs-cueilleurs, la terre n'est pas moins sacrée. En effet, pour les San du Botswana par exemple, peuple dit autochtone[16] d'Afrique australe, la terre est considérée comme étant leur mère[17]. Elle est un cadeau sacré dont les hommes doivent prendre soin[18]. La terre n'est pas une simple commodité permettant leur subsistance. Elle est l'essence même de leurs coutumes, le fondement de leurs traditions ancestrales. Elle ne peut donc avoir un équivalent monétaire[19]. Voilà ici un critère complémentaire à prendre en considération. La terre n'est pas un bien commercialisable et à valeur pécuniaire. La terre n'a « pas de valeur appréciable en argent, [et] de ce fait, ne peut faire l'objet de transactions commerciales »[20].

10 *Ibid,* p. 111.
11 *Ibid,* p. 11.
12 On peut en effet observer la même approche chez les Indiens d'Amérique et les Aborigènes d'Australie.
13 B. Nantet, *Dictionnaire de l'Afrique – Histoire, Civilisation, Actualité*, Larousse, 2006, p. 282.
14 H. Deschamps, *Les religions de l'Afrique noire*, PUF, 1954, p. 27.
15 G.-A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 115.
16 L'utilisation de ce terme sera étudiée dans la partie suivante.
17 S. Saugestad, *The Inconvenient Indigenous, Remote Area in Botswana, Donor Assistance, and the First People of the Kalahari*, The Nordic Africa Institute, 2001, p. 215. [http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:242171/FULLTEXT01.pdfThe].
18 D. Champagne, « Rethinking Native Relation with Contemporary Nation – States », in *Indigenous people and the modern state*, AltaMira Press, 2005, p. 7.
19 A. Duffy, « Indigenous peoples' land rights : developing a sui generis approach to ownership and restitution », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2008, p. 508 : « *Land is not conceived as monetary terms* ».
20 G.-A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 10.

Un véritable lien cosmique s'établit alors entre l'homme et la terre lors de son installation. Ce n'est pas « un simple acte d'occupation », mais « un véritable pacte qui s'établit entre le premier occupant et les esprits du terroir sur lequel il s'installe »[21].

G.A Kouassigan qualifie la terre de bien, et en particulier de bien collectif, comme étant « un principe constant des droits fonciers ouest-africains »[22]. La terre fait donc l'objet d'une appropriation, elle « appartient à une communauté […] mais jamais à un individu à titre privatif et exclusif »[23].

C'est dans un tel contexte qu'est venu s'imposer, par la colonisation[24], le titrement foncier, sacrosaint instrument juridique justifiant de la propriété individuelle sur une terre, et appuyé par les institutions internationales par la suite[25].

2. La problématique du titrement ancré au sein des institutions

Le titre foncier est un support représentatif écrit des droits que les acteurs privés, ou publics agissant comme des personnes privées, ont sur la parcelle de terre en question. Le titrement foncier se manifeste par une immatriculation de la terre au sein d'un registre et de la remise au propriétaire d'un titre foncier qui est lui-même la copie d'une page de ce registre. C'est le « document reconnaissant le droit de propriété d'une personne sur un immeuble et reproduisant la page du registre foncier consacrée à ce même terrain »[26].

Il serait périlleux de trouver des règles de fonctionnement communes entre tous les pays d'Afrique, même ceux ayant des systèmes juridiques similaires, car chacun procède de manière différente. En effet, au Mozambique par exemple, où le système juridique est également civiliste, « la propriété de la terre appartient à l'État »[27]. L'article 6 alinéa 1 de la Constitution du Mozambique dispose que « le territoire de la République du Mozambique est unitaire, indivisible et inaliénable, comprenant toute la surface de la terre, les eaux territoriales et l'espace aérien délimité par les frontières nationales »[28]. Le terme clé ici est « inaliénable », c'est-à-dire qui ne peut faire l'objet d'un transfert de droit, et notamment d'un droit de propriété. Cela a donc pour conséquence que les droits fonciers au Mozambique sont des droits d'usage[29] et non des droits de propriété[30].

21 *Ibid.* p. 116.
22 *Ibid.* p. 54.
23 *Ibid.*
24 Union Africaine, *Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique, Politiques foncières en Afrique : un cadre pour le renforcement des droits fonciers, l'amélioration de la productivité et des conditions d'existence*, Addis-Abeba, 2010, p. 24 [http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/fg_on_land_policy_fre_0.pdf].
25 Notamment à travers les positions de Hernando de Soto, examinées dans la seconde partie de cet article.
26 A. Rochegude, C. Plançon, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier*, *op. cit.* p. 445.
27 *Ibid.* p. 326.
28 Constituição da Republica de Moçambique, Artigo 6.1 : *« O território da República de Moçambique é uno, indivisível e inalienável, abrangendo toda a superfície terrestre, a zona marítima e o espaço aéreo delimitados pelas fronteiras nacionais »* [http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF].
29 A. Rochegude, C. Plançon, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier*, *op. cit.* p. 326.
30 Le droit de propriété pris dans son sens civiliste et absolu, c'est-à-dire comprenant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*.

Cependant, la réalité démontre que même en l'absence de titre foncier, les terres sont occupées et utilisées. C'est là que réside le cœur de la problématique foncière sur le continent. L'approche foncière rationalisée[31] et envisagée uniquement par le prisme du titre foncier et la propriété privée n'est donc pas viable dans le contexte africain.

Le problème est d'autant plus accru que les terres en Afrique suscitent la convoitise, et que les États africains cherchent à attirer des investisseurs, sans avoir des législations suffisamment solides pour garantir la sécurité foncière des populations.

B. Une attractivité des terres facilitée par les lacunes des dispositifs fonciers face aux investissements

L'une des principales raisons de l'attractivité des terres en Afrique est leur abondance et la richesse des ressources naturelles qu'elles recouvrent, mais aussi le fait que la plupart des terres ne soient pas utilisées[32]. Or, on observe que la réalité est plus complexe et que la question de l'attractivité des terres et de la volonté d'investir et de les rentabiliser s'accompagnent d'une mauvaise compréhension et appréhension de l'espace foncier (1), mais aussi de lacunes sur le plan juridique, fragilisant les populations dans leurs rapports à leurs terres et aux investisseurs (2).

1. La mauvaise gestion de l'espace foncier à travers l'exemple de l'Éthiopie

Le *Global Agro-ecological Assessment* constate que 80 % des réserves de terres agricoles sur la planète est en Afrique et en Amérique latine[33]. Par réserves de terres agricoles, il est entendu ici que ces terres ne sont pas utilisées, par conséquent non rentabilisées, gaspillées.

Le problème dans cette classification est que l'on considère que ces terres sont vacantes et sans maîtres. On emploie en Ethiopie par exemple, les expressions de *wastelands*[34] ou *idle lands*[35], quand en réalité ces terres sont utilisées par la population majoritairement rurale dans ce pays[36]. Il est donc hasardeux de prétendre qu'un terrain est inoccupé, car il pourrait toujours être réclamé par quelqu'un[37]. C'est le mode de culture qui échappe à la conception gouvernementale, d'où l'emploi de ces expressions qui renvoient plus à l'idée de productivité que d'utilisation de la terre[38]. Ces terres ne sont pas inoccupées, elles sont simplement utilisées d'une manière qui est jugée non productive par le gouvernement et les investisseurs.

---

31 Du point de vue de ceux qui la promeuvent du moins, car est-elle vraiment raisonnable si elle n'est pas viable ?

32 L. Cotula, S. Vermeulen, R. Leonard, J. Keeley, *Land grab or development opportunity ? Agricultural investment and international land deals in Africa*, IIED, FAO, IFAD, 2009. p. 68. [http://www.fao.org/docrep/011/ak241e/ak241e00.htm].

33 *Ibid.*

34 Terres gâchées.

35 Terres inoccupées.

36 L. Cotula, S. Vermeulen, R. Leonard, J. Keeley, *Land grab or development opportunity ?, op. cit.*, p. 68.

37 *Ibid.* p. 71.

38 *Ibid.*

Le danger ici est que cette terminologie de disponible, inoccupée ou gâchée, est utilisée pour fonder juridiquement des transferts de terres à des investisseurs[39].

La course au développement[40] justifie de tels procédés. Or, il n'est pas nécessairement meilleur pour l'économie d'un pays, qui ne peut se contenter uniquement d'une approche macro-économique. Bien qu'il soit vrai que des investissements puissent contribuer à une hausse du produit intérieur brut et créer de la richesse matérielle, cela s'effectuera au détriment des populations locales qui perdront l'accès à leur moyen de subsistance[41].

Comme ces terres attirent l'attention à la fois des gouvernements et des investisseurs, et que les catégories créées sont visiblement en contradiction avec la réalité vécue, la question qui se pose est celle de l'implication des populations locales. Celle-ci peut se faire en amont, à travers les législations en vigueur, quand celles-ci laissent la place à la participation des locaux, mais aussi en aval, dans le cadre d'un conflit d'investissement.

2. *L'implication des populations locales face aux investissements : les exemples du Mozambique et du Zimbabwe*

Les lois et politiques au Mozambique concernant la gestion des terres et des ressources naturelles incluent des provisions pour la participation des locaux[42]. Il y a une reconnaissance spéciale des droits et intérêts des communautés locales, et notamment l'exigence de les consulter et de les convoquer aux réunions dans des cas de transferts de terres.

Cependant, il en va autrement dans la pratique. Un rapport de la FAO[43] détaille les défaillances de ce système : les communautés locales ne sont pas toujours suffisamment informées avant les réunions, les rapports présentent des incohérences où certaines terres sont mentionnées comme étant inoccupées alors qu'elles ne le sont pas, et les rapports ne reflètent pas non plus l'opinion des communautés, représentées par leurs chefs tribaux ou les élus locaux.

Les blocages s'imposant aux communautés locales dans le cadre des investissements se manifestent aussi en aval, lors de conflits. Un exemple nous est donné à travers l'arbitrage entre une entreprise privée et le Zimbabwe en 2012 dans l'affaire *Border Timbers v. Zimbabwe*[44]. L'arbitrage en question concernait des propriétés au Zimbabwe sur lesquelles des investisseurs européens, les demandeurs, avaient des plantations de bois. Le Zimbabwe avait récupéré ces terres de force dans le cadre d'un plan de réforme foncière. Ce qui nous intéresse ici est qu'en mai 2012, une pétition a été faite par les chefs de quatre communautés indigènes du Zimbabwe pour être *amici curiae* dans cette

39 *Ibid.*
40 Nous reviendrons sur l'utilisation de ce terme dans la seconde partie de cet article .
41 L. Cotula, S. Vermeulen, R. Leonard, J. Keeley, *Land grab or development opportunity ? op. cit.*, p. 14.
42 *Ibid.*, p. 72.
43 *Ibid.*
44 Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case n° ARB/10/25 and Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case n° ARB/10/15, Procedural Order n° 2, 26 June 2012, 21 p. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1044.pdf].

affaire. Le tribunal arbitral a rejeté cette pétition en argumentant que même s'il était reconnu que ces communautés ont un intérêt sur les terres en question, et que bien que le jugement rendu par le tribunal aura des conséquences sur la vie de ces communautés, celles-ci n'apportent aucune preuve que le droit international des investissements et le droit international des droits de l'homme sont interdépendants et que par conséquent, aucune décision du tribunal qui ne prendraient pas en considération des règles du droit international des droits de l'homme ne serait légalement incomplète[45]. Formulation tortueuse pour dire que le tribunal n'a pas l'obligation de statuer sur la violation des droits humains en l'espèce.

En présence de tels blocages, des initiatives tant au niveau local que national et international ont été mises en place. Il serait faux de prétendre que le droit foncier tel qu'envisagé par certaines populations ne serait absolument pas reconnu et resterait marginal. On observe en effet la création de programmes et la mise en place de projets novateurs dans certains pays d'Afrique. Par ailleurs, le droit international a entamé une reconnaissance de ces modes d'approches foncières.

II. Une approche du droit foncier en quête de reconnaissance et de solutions

Les rédacteurs des textes internationaux ne sont pas restés insensibles à la problématique de l'insécurité foncière. Ceux-ci ont tenté de reconnaître la particularité de certains statuts et régimes fonciers mais parfois en manquant de pertinence (A). Par ailleurs, on observe des solutions apportées par les gouvernements au travers des programmes de développement, mais aussi par les locaux (B), source d'inspiration pour d'autres pays.

A. Les lacunes des tentatives de reconnaissance par le droit international

Deux types de problématiques de droit international seront abordés dans cet article[46]. Il s'agit tout d'abord du statut d'autochtone (1), attribué par certains textes internationaux, et tendant à donner un statut spécifique à certaines populations, en se fondant principalement sur l'attachement à leurs terres ancestrales. Par ailleurs, les notions de propriété et de développement, polysémiques et ambiguës sont une source de confusion entravant la reconnaissance des droits fonciers (B). C'est à travers les définitions données à ces termes que l'on constate la colonisation du droit international par une doxa nécessitant quelques remaniements.

---

45 ECCHR, *European Center for Constitutional and Human Rights, Human rights inapplicable in International Investment Arbitration ? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal*, Berlin, 2012 [www.ecchr.de/worldbank.html] : « *Nonetheless, the tribunal states there is 'no evidence or support for [the Petitioners'] assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete* ». p. 6.

46 Nous ne prétendons pas que seulement deux lacunes existent mais ce sont celles qui nous ont le plus interpellé.

1. *Le manque de pertinence du droit international concernant la notion d'autochtonie*

Les expressions de peuples indigènes ou autochtones ne possèdent pas de définition unique et les organisations internationales ont chacune donné des définitions différentes se recoupant sur certains points et notamment sur le manque de pertinence. C'est bien ce manque, n'attachant pas suffisamment d'importance aux mots, qui rend ce concept indéfinissable. Il ne s'agit pas seulement d'un concept internationaliste, mais aussi régional, car la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Com.ADHP) le cautionne et le prend en compte.

La Convention de l'OIT de 1989[47] relative aux peuples indigènes et tribaux, qui est l'instrument juridique international de base concernant les peuples indigènes, pose une définition dans son premier article. Ce dernier dispose que les peuples autochtones sont ceux qui se distinguent « des autres secteurs de la communauté nationale » et « habitaient le pays [...] à l'époque de la conquête ou de la colonisation ». Par ailleurs, la convention ajoute le critère d'auto-identification, c'est-à-dire que les peuples concernés doivent se sentir appartenir à cette catégorie de population indigène « ou tribale »[48]. Cette vision *bottom-up*[49], émanant des populations concernées est perçue comme un point positif. Seulement, comment ces populations peuvent-elles s'auto-identifier si la définition elle-même est floue ?

Enfin, le texte international fait l'amalgame entre « indigène » et « tribale ». Cela signifierait que seules ces populations sont tribales, ce qui est loin d'être le cas au Botswana où les peuples majoritaires sont qualifiées de tribus par les législations[50]. Cet amalgame traduit le manque de pertinence et de compréhension de la vie de ces populations par rapport au reste de la société.

Si un texte aborde pragmatiquement le concept de peuples autochtones il s'agirait de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, et précisément parce qu'elle ne définit pas ce qu'est un peuple autochtone. Elle se contente d'énumérer des droits fondamentaux, en mettant en exergue leur attachement spirituel à la terre et leur dépossession historique, tout en attachant une importance à leur particularisme et leur droit à un développement selon leur culture[51].

---

47 Organisation Internationale du Travail, *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, Genève, 1989 [http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang—fr/index.htm].

48 *Ibid*, Article 1 (a) « La présente convention s'applique : a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale; b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. 2. Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ».

49 Expression signifiant « partant du bas ».

50 Au Botswana par exemple, le *Tribal Land Act* régit le régime juridique des terres tribales.

51 Organisation des Nations unies, Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, A/RES/61/295, 13 septembre 2007, Préambule, Alinéa 6 et 7 « Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts, Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources » [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement].

La Commission africaine, quant à elle, dispose qu'il n'existe pas de définition internationalement admise du terme « populations / communautés autochtones », plus encore, que ce « concept […] n'a jamais été posé en terme de définition »[52]. Elle préfère donc poser une définition se fondant sur les différents critères apportés par les organisations internationales précitées : l'auto-identification, la marginalisation, la discrimination et l'exclusion, ainsi que des caractères culturels distinctifs et une culture étroitement liée à des terres ancestrales. Il ne s'agit donc pas seulement d'un concept internationaliste imposé aux Africains, c'est un concept repris régionalement, ce qui renforce son ancrage et par conséquent la difficulté de sa remise en question.

Par ailleurs, en se focalisant sur la durée d'habitation d'une population sur un territoire, on se contente de regarder dans le passé, et de placer le curseur où on le souhaite. À partir de combien d'années un peuple peut-être qualifié d'autochtone ? Et surtout, quel est le projet qui en découle ? Ceci n'a-t-il pas pour conséquence de diviser la population, voire de hiérarchiser les peuples la constituant ? C'est la raison pour laquelle il faudrait envisager le problème différemment. L'intérêt n'est pas tant de savoir qui était là avant, mais comment les acteurs vivent aujourd'hui et comment ils utilisent les terres sur lesquelles ils vivent, en se focalisant sur le présent. C'est alors que les notions de propriété et de développement émergent.

2. Les notions de propriété et de développement porteuses d'ambiguïtés

La conception de la terre posée par la colonisation est indissociable de la notion de propriété et de développement. La propriété est entendue ici comme le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose, c'est une possession de droit. Tandis que le développement, qui est un mot valise à la définition changeante au gré de celui qui la donne, et plus particulièrement le développement économique, est attaché à une vision productiviste du foncier. Cette terre doit produire quelque chose, faire l'objet d'un profit. Elle doit être mise en valeur. Il faudrait donc que l'action de l'humain entre en jeu pour transformer cet état de nature en culture et faire des bénéfices.

Or, en partant de ces définitions, une situation de blocages s'observe avec ces communautés et ce pour les raisons suivantes.

D'abord la notion de propriété. G.A Kouassigan, dans son ouvrage *L'homme et la terre*[53], écrit qu'« il y a un fait qu'il faut toujours avoir présent à l'esprit pour comprendre les droits fonciers traditionnels négro-africains, c'est que la notion de propriété individuelle de la terre n'y existe pas ». La terre n'appartient pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la terre. Cela impliquerait donc une absence de titre foncier.

---

52 Com.ADHP, *Rapport du groupe de travail de la Commission Africaine sur les populations / communautés autochtones*, Séminaire régional de sensibilisation : « Droits des populations / communautés autochtones en Afrique Centrale », 13-16 septembre 2006, Copenhague, 2009, p. 10.

53 G-A. Kouassigan, *L'homme et la terre*, *op. cit.*, p. 54.

Or, la Banque mondiale s'aligne sur cette importance de la propriété et du titrement foncier. Le vice-président du Groupe de la Banque mondiale pour l'Afrique, Makhtar Diop, a publié une tribune sur le site de la Banque mondiale[54] intitulée « Favoriser l'accès des Africains à la propriété foncière pour une prospérité partagée ». L'article, rappelant que seulement 10 % des terres rurales en Afrique sont enregistrées, n'explique guère, au demeurant, comment favoriser cette propriété et de quelle propriété il s'agit.

La FAO est plus nuancée et dans ses fiches-pays sur son site internet, ne manque pas de préciser que le concept de propriété n'est pas le même pour tous. À Madagascar par exemple, l'organisation précise que « la notion de propriété, exclusive et absolue, est étrangère à la société malgache qui considère plutôt la terre comme un patrimoine sacré, légué par les ancêtres »[55]. Par ailleurs, dans ses *Directives volontaires*[56], elle précise qu'« aucun droit foncier, y compris le droit à la propriété privée, n'est absolu » et qu'il est limité par les droits d'autrui ainsi que l'État à des fins publiques[57]. C'est au sein de la FAO que l'on peut constater une certaine reconnaissance des particularismes liés au foncier. C'est d'ailleurs cet instrument juridique qui démontre un début de décolonisation et de changement de paradigme en droit international, bien qu'il ne s'agisse que de *soft law*. L'avancée est timide, mais a le mérite d'exister.

Sur la participation du foncier au développement, Harissou explique qu'elle est non négligeable[58]. « Le foncier peut devenir un levier formidable de développement car la fiscalité foncière est une des sources de financement les plus stables »[59]. Elle augmente en effet les ressources financières des collectivités décentralisées et par conséquent leur facilite l'accès à l'emprunt.

De quel développement parle-t-on ici ? Pour prétendre que le foncier sert au développement encore faut-il définir concrètement ce dernier. La mise sur le marché financier de la terre pose elle-même deux sous-problèmes. D'une part, la terre n'est pas commercialisable, si l'on s'en tient à la vision négro-africaine expliquée précédemment. Comme l'écrit A. Harissou en généralisant aux pays dits en développement, « la terre n'est pas un capital que l'on achète ou que l'on vend »[60]. De l'autre, la mise sur le marché entraîne la spéculation et la prédation bancaire. Aussi, ces populations considèrent la terre trop précieuse pour la miser sur une activité entrepreneuriale[61]. Par ailleurs, l'emprunt aux banques pourrait endetter ces populations, qui par ailleurs n'en sont pas très friandes. Les familles préfèrent faire appel à l'entourage pour l'entraide en cas de problèmes financiers[62]. On peut légitimement se demander, concernant le crédit bancaire, si ce système, lui-même remis en

54 M. Diop, « Favoriser l'accès des Africains à la propriété foncière pour une prospérité partagée ». [http://www.banquemondiale.org/fr/news/opinion/2013/07/22/securing-africa-s-land-for-shared-prosperity].

55 FAO, *Base de données Genre et le Droit à la Terre*, Profils de pays, Madagascar, Droit coutumier [http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/countries-list/customarylaw/fr/?country_iso3=MDG].

56 FAO, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale.* [http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/newsroom/docs/VG_FR_March_2012_final.pdf].

57 *Ibid.* Article 4.3. p. 6.

58 A. Harissou, *La terre, un droit humain, op. cit.* p. 39.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 *Ibid.* p. 42.

62 *Ibid.* p. 41.

cause, peut éradiquer le problème de la misère de ces populations. Majid Rahnema ne manque pas de dire qu'« une institution qui crée les raretés responsables de la création de la misère ne peut pas être en même temps chargée de son éradication »[63].

Dans le cadre de l'économie libérale, le capital est nécessaire pour développer une entreprise, ou comme le dit Harissou « franchir les étapes du développement »[64]. Or, c'est ce capital qui fait défaut aux familles vivant de leur terre et n'assurant que leur propre subsistance. Mais une fois de plus, pourquoi ce développement en particulier ?

C'est Hernando de Soto, dans son ouvrage *Le Mystère du capital*[65], qui est à l'origine de la thèse selon laquelle le foncier améliorerait l'accès au crédit, et par conséquent à la vie économique et entrepreneuriale[66]. Ce dernier est « farouchement convaincu que l'intégration des plus pauvres dans le système capitaliste passe par la reconnaissance de leurs droits de propriété sur les terres qu'ils occupent »[67]. Il part donc du principe que ces populations doivent s'intégrer au système capitaliste, comme s'il s'agissait du seul moyen viable alors qu'il a bien montré ses limites. H. De Soto fait également le lien entre développement et propriété privée. Or, il a été vu précédemment que ce type de propriété rencontre des obstacles en Afrique.

Il faudrait donc s'interroger sur la place d'un droit collectif à la terre, aux côtés de la notion de propriété individuelle, et constituant une alternative face au droit de propriété étatique communément admis, mais aussi d'un développement local et choisi, pas nécessairement dépendant du crédit ou des banques. Ces approches inaugureraient une gestion choisie des terres par les populations les occupant ainsi qu'un mode de développement né de leurs cultures, provenant de l'intérieur, c'est-à-dire d'eux-mêmes, et non d'instances extérieures, comme en témoignent des exemples inspirants.

B. Des solutions au niveau national devant inspirer le droit international

Le premier exemple est celui d'un programme de développement au Botswana, initié par le gouvernement et obéissant à une approche *top-down,* c'est-à-dire émanant des institutions étatiques pour venir s'appliquer localement (1). Le deuxième exemple est celui de la création d'un type de certification foncière en Tanzanie, initié par les membres d'une communauté maasaï, et qui correspond à une approche *bottom-up,* émanant au niveau local et s'emparant des outils institutionnels (2). Dans les deux cas, bien qu'il y ait des inconvénients, notamment dans le programme de développement botswanais, la volonté est d'autonomiser les populations locales et de leur permettre une gestion fonctionnelle de leurs terres.

63 M. Rahnema, *Quand la misère chasse la pauvreté*, Actes Sud, 2003, p. 25.
64 A. Harissou, *op. cit.*, p. 39.
65 H. De Soto, *Le Mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005, 302 p.
66 A. Harissou, *La terre, un droit humain, op. cit.*, p. 40.
67 *Ibid.*

1. *L'échec de l'approche* top-down

La tentative du programme de développement botswanais qu'est le *Remote Area Development Programme* (RADP) concernait la mise en place d'infrastructures et d'encadrement de la vie des San.

Le Botswana a toujours été conscient du particularisme de la vie de cette communauté. Au chapitre 14 alinéa 3 (c) de la Constitution de 1966[68], il était fait mention de « zones » réservées aux San[69]. Dans cette même veine, des programmes de développement ont été mis en place à partir des années 70, mais se sont avérés inadaptés par manque de compréhension de leur mode de vie. En ce qui concerne le RADP, son objectif principal était de permettre un accès au fameux développement, cette population étant considérée comme vivant dans un état primitif. Ce développement se voulait multiple : social, culturel, économique, et politique. Dans ce but, le RADP a permis la construction d'infrastructures, d'écoles, mais aussi d'hôtels accueillant les enfants vivant trop loin pour pouvoir se déplacer quotidiennement jusqu'aux établissements scolaires, des puits d'eau, des centres de soins, etc.[70]. Il s'agissait de faire de ces zones des villages suivant le modèle majoritaire dans le pays. Sur les soixante-quatre implantations que le RADP couvre dans sept districts du pays, sur neuf au total, la totalité a accès à l'eau, soixante-trois possèdent des écoles primaires, cinquante-huit des centres de soins. Le programme a par ailleurs coûté plus de 14 millions de dollars au Botswana[71].

Le gouvernement a, de plus, mis en place un Fonds de Promotion Economique[72] de 1,1 million de dollars dans le but de favoriser l'accès au travail et les activités économiques, telles la fabrication artisanale de bougies, la maçonnerie, la couture, la poterie, etc. Autant d'activités souvent étrangères voire inutiles aux San, ce qui traduit un manque d'adaptation de ce programme à l'égard de la population visée[73].

Le programme initié par le gouvernement a pour principal défaut son approche essentiellement *top-down*. Cette vision du développement non centrée sur la communauté locale a par conséquent conduit à plusieurs échecs. Tout d'abord au niveau de l'éducation des enfants. Ceux-ci étaient amenés à être séparés de leurs parents – chose contraire aux principes des San – alors que certains d'entre eux avaient à peine plus de sept ans. Ils étaient logés dans des hôtels insalubres et inadéquats, et faisaient l'objet de mauvais traitements de la part des autres enfants non San et des enseignants[74]. Tout cela a conduit plus de 80 % des enfants à quitter l'école. De ce fait, on constate aujourd'hui qu'environ 77 % des San sont encore victimes d'illettrisme[75]. Le gouvernement a par ailleurs toujours maintenu

---

68 Constitution of Botswana, 1966 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_125669.pdf], Chapter 14.3(c) « *Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this section to the extent that the law in question makes provision — for the imposition of restrictions on the entry into or residence within defined areas of Botswana of persons who are not Bushmen to the extent that such restrictions are reasonably required for the protection or well-being of Bushmen* ».

69 L'alinéa précédemment cité a été abrogé en 2005 et ne figure plus dans la Constitution du Botswana dans sa version de 2006.

70 K. Bojosi, *Botswana : Constitutional,legislative and administrative provisions concerning indigenous peoples*, Organisation Internationale du Travail et Commission africaine sur les droits de l'homme et des peuples, Genève, 2009, p. 66.

71 *Ibid.*, p. 67.

72 *Economic Promotion Fund.*

73 K. Bojosi, *Botswana : Constitutional, legislative and administrative provisions concerning indigenous peoples*, *op. cit.*, p. 67.

74 *Ibid.*, p. 49.

75 *Ibid.*

que la situation des habitants du RADP n'était pas de nature ethnique, le Botswana adoptant une politique de neutralité depuis l'indépendance, et refuse d'employer ces termes dans la constitution. Selon lui, le problème des habitants de ces zones est avant tout économique, c'est-à-dire que leur pauvreté trouverait son origine dans leur mode de culture, trop précaire et inadapté aux conjonctures contemporaines. Ce problème peut donc être résolu par l'apport de moyens de développement. Et par moyens de développement il s'agit de leur permettre de cultiver une terre spécifique, et non de vivre de chasse et de cueillette. De plus, l'approche *top-down* de l'État a conduit à imposer aux San un modèle unique de développement, le modèle majoritaire, consistant dans l'élevage sédentaire de bétail. L'un des principaux objectifs du RADP était en effet de leur permettre d'obtenir du bétail et des terres spécifiques à cultiver. C'est cette conception unique du développement sans prise en compte de la culture propre des San, qui par ailleurs ne nécessite pas forcément de parler d'ethnie, mais plutôt d'agriculture ou d'économie, qui a conduit à l'échec de ce programme, pourtant bien accueilli par les Botswanais. Après presque 30 ans d'existence, 90 % des habitants de ces zones, et par conséquent les San, sont encore très pauvres et dépendent de l'aide alimentaire de l'État[76]. Le taux d'illettrisme est toujours très élevé, et les problèmes liés aux questions de santé sont toujours aussi présents.

Un tel échec nous donne un exemple édifiant des limites d'une approche *top-down* ne prenant pas en considération le mode de vie de la population visée par la politique publique. Cela témoigne donc de la nécessité d'interroger les acteurs plutôt que de leur imposer une vision, qui semble rationnelle, raisonnable et en accord avec les exigences économiques contemporaines, mais qui a pour conséquence une dépense colossale d'argent sans les résultats escomptés derrière.

2. *La réussite de l'approche* bottom-up

On observe toutefois un exemple en Tanzanie, dont l'approche part du bas. L'initiateur est Edward Loure[77], un maasaï, de la communauté Hadzabe, des chasseurs-cueilleurs sans droits fonciers. Son action fut de créer un mécanisme juridique visant à préserver de grandes étendues de terres ancestrales dans la vallée du rift, afin de protéger la faune sauvage ainsi qu'un mode de vie traditionnel. Ce dernier est en effet compromis par la mise en place de parcs nationaux, tout comme au Botswana où les San ont été expulsés progressivement par la création de ce type de parcs. Ces politiques engendrent des déplacements des peuples locaux ainsi que la destruction de couloirs migratoires. Ces terres sont également vendues à des organisateurs de parties de chasse et de safaris, mais aussi à des citadins qui utilisent les pâturages tribaux pour faire de l'élevage intensif illégal.

Edward Loure, en collaboration avec la *Ujamaa Community Resource Team* (UCRT), une ONG tanzanienne qui milite pour le développement durable et les droits fonciers des communautés autochtones depuis vingt ans, ont identifié un mécanisme juridique innovant appelé le *Certificate of*

76 *Ibid*, p. 68.

77 V. Mistiaen, « Edward Loure, le maasaï qui défend par la loi ses terres ancestrales de Tanzanie » [http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/04/19/edward-loure-le-masai-qui-defend-par-la-loi-ses-terres-ancestrales-de-tanzanie_4905023_3212.html].

Customary Rights Occupancy[78]. Ce dernier confère des droits fonciers indivisibles à une communauté entière. Loure et l'URCT ont utilisé le *Village Land Act* pour créer ces certificats. Cette loi garantit aux villages locaux la propriété de leurs terres. C'est un outil puissant mais lent et coûteux, victime de corruption et de jeux politiques. Pour établir ces certificats, Loure et son équipe collaborent avec les tribus locales et assurent la liaison avec le gouvernement tanzanien pour recenser, classer les utilisations principales des terres (zones de pâturage, points d'eau, routes migratoires de la faune sauvage ou zones scolaires et communautaires) et définir les zones de conservation. Les territoires protégés sont soumis à des règlements, des plans de gestion et sont contrôlés par le comité de direction de l'utilisation des terrains ruraux. Le premier certificat a été délivré aux Hadzabe en 2011, le deuxième en 2014 à la tribu maasaï du district de Moduli. Aujourd'hui, plus de 90 000 hectares sont protégés par seize certificats. Une fois les droits fonciers garantis, les communautés peuvent accéder à leurs ressources naturelles, les gérer et en bénéficier.

Tant que l'approche ne se fera pas *bottom-up* tout en s'accompagnant d'une véritable et authentique reconnaissance des paradigmes de ces communautés par le droit international au lieu de pseudos programmes de développement cachant une volonté d'acculturation, il y aura toujours des blocages, comme on peut l'observer à travers les tentatives de développement *top-down*.

La reconnaissance au niveau international des droits fonciers et du mode de vie particulier de certaines populations[79] en prenant en compte l'ambiguïté des notions de propriété, de développement et d'autochtonie, serait une avancée de taille, qui permettrait d'influer sur les textes internationaux, nationaux et probablement transnationaux comme les traités bilatéraux d'investissements, et ainsi permettre une refondation du droit international.

Ce n'est que par une reconnaissance authentique et honnête, nécessitant donc un approfondissement des notions précitées, ainsi qu'une simplification des instruments juridiques, plutôt que la création de statuts inefficients[80], qu'une gestion foncière choisie et juste sera garantie.

78 Certificat d'occupation coutumière.

79 Comme tente de le faire la FAO, notamment à travers ses *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale.*

80 Il est fait référence ici au statut d'autochtone.

« La loi des nations est faite de fer »[1] ?
Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements

Makane Moïse Mbengue[2]

« L'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées. Des accords spéciaux visant à constituer des tribunaux d'arbitrage ont été conclus, dans de nombreux cas, sous la pression de menaces politiques, économiques ou militaires. Bien souvent les États protecteurs sont plus soucieux d'aboutir à des arrangements financiers que de sauvegarder des principes. Contre la pression de la protection diplomatique, les États faibles ne pouvaient que maintenir et défendre un principe du droit international, tout en cédant du terrain par l'acceptation d'arrangements "amiables" qui, soit accordaient les compensations demandées, soit créaient des commissions de réclamations, ce qui supposait que la responsabilité d'actes ou omissions divers était reconnue d'emblée, alors que le gouvernement n'était pas vraiment responsable, ni en fait ni en droit[3]. »

1 Titre inspiré d'un passage du roman de J. M. Coetze, *Michael K, sa vie, son temps*, Seuil, 2000.

2 Professeur de droit international à la Faculté de droit de l'Université de Genève ; Professeur affilié à l'Ecole de droit de Sciences Po Paris.

3 CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c/ Espagne), arrêt du5 juillet 1970, *Rec.*, Opinion individuelle de M. Padilla Nervo, p. 246-247.

I. À propos de guillemets…

Le choix des guillemets dans le titre de cette présente contribution n'est pas fortuit. La raison en est très simple. Les diverses résistances ou contre-mouvements qui se sont opérés au sein du régime international des investissements, ont rarement été perçus comme reposant sur un processus de « décolonisation » *per se* ou de reconnaissance[4]. Peu de réflexions ont été menées sur la « décolonisation » du droit international des investissements. Même dans son ouvrage séminal sur *Decolonising International Law*, Sundhya Pahuja ne s'appesantit que sur le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles comme outil de décolonisation[5].

L'optique choisie dans la présente contribution n'est pas d'affirmer que le droit international des investissements connaît ou a connu un processus de « décolonisation ». L'approche est plutôt de se poser un questionnement sur le fait de savoir si certains événements du passé et certaines nouvelles tendances du droit des investissements reflètent un mouvement qui pourrait s'apparenter à une sorte de décolonisation. La présente contribution vise de ce fait à présenter les positions des divers protagonistes et les débats qui ont eu lieu au cours des siècles sur les fondements, le contenu et les objectifs du droit international des investissements.

Toutefois, avant de s'interroger sur ce qui pourrait être perçu comme des formes de « décolonisation » *de facto* du droit des investissements, il est important de s'interroger tout d'abord et *a contrario* sur la « colonisation ».

II. Les contours de la « colonisation » du droit international des investissements

Que vise-t-on à travers l'idée de colonisation du droit international des investissements ?

Pour répondre à cette question, il faut repartir dans le passé, et plus particulièrement à la fin du XVIII[e] siècle. En 1778, la France et les États-Unis d'Amérique concluent le premier Traité d'amitié et de commerce de l'histoire[6]. Cet instrument conventionnel est un des premiers traités – sinon le premier ! – à incorporer des règles relatives à la protection de la propriété étrangère se trouvant sur le territoire d'un État. À l'époque, l'on ne parle pas encore de l'investissement international ; mais l'idée de la propriété étrangère est en fait à l'origine de la notion contemporaine d'investissement et notamment d'investissement direct étranger[7].

4 Dans le cadre de la présente contribution, l'accent sera mis sur le concept de « décolonisation ». Sur les relations qu'entretiennent les concepts de reconnaissance et de décolonisation, v. dans le présent ouvrage, A. Geslin et E. Tourme Jouannet, « Propos introductifs. Décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance ».

5 S. Pahuja, *Decolonizing International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, 2013.

6 Texte disponible sur : https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fr788-1n.asp.

7 Dans le cadre de la présente contribution, les termes de propriété étrangère et d'investissement seront utilisés de manière interchangeable pour se référer à une même réalité économico-juridique, à savoir celle de l'investissement étranger ou international.

Le Traité d'amitié et de commerce entre la France et les États-Unis marque un point de départ pour ce qui pourrait être qualifié de « colonisation » du droit international des investissements. Dès 1796, John Adams, qui a été l'un des artisans du Traité entre la France et les États-Unis, souligne que le droit international général requiert des États qu'ils accordent une protection spéciale aux biens et avoirs étrangers se trouvant sur leur territoire. Selon Adams : « *There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power* »[8].

Rétrospectivement, cela signifie que la France et les États-Unis ont inséré des règles de protection de la propriété étrangère dans leur Traité d'amitié et de commerce, parce qu'ils étaient convaincus que le droit international coutumier de l'époque, exigeait déjà des États qu'ils accordent une protection particulière pour ne pas dire spéciale à la propriété étrangère se situant sur leurs territoires respectifs. Ce sont donc deux puissances économiques de l'époque, des puissances occidentales (et pour l'une ancienne puissance coloniale) qui vont défendre l'idée d'un droit coutumier applicable à la protection de l'investissement étranger. Cette idée continuera à être défendue fermement du côté américain jusqu'au début du XX^e^ siècle. En 1910, Elihu Root écrivait dans l'*American Journal of International Law* :

> « *There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.* »[9]

III. Les prolégomènes à la résistance à la « colonisation » du droit international des investissements : la Doctrine Calvo

À partir de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, l'on assiste au premier rejet d'une vision occidentale d'un corpus de règles internationales qui imposeraient *erga omnes* aux États d'accorder une protection spéciale aux biens et avoirs étrangers se trouvant sur leur territoire.

La première résistance à la « colonisation » – en d'autres termes la première tentative de « décolonisation » – se produit en Amérique latine. En 1862, Carlos Calvo, un fameux juriste argentin et connu depuis de presque tous les internationalistes au monde, formule une doctrine dans laquelle il rejette l'idée d'un droit international – et encore moins coutumier – qui s'appliquerait à la protection de l'investissement étranger.

---

8 J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. 4, 1906, p. 5.
9 E. Root, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, vol. 4, 1910, p. 528.

L'approche de Calvo est simple : il n'y a pas de droit international à ce niveau ; il n'y a que du droit interne en tant que droit applicable au traitement et à la protection de la propriété étrangère.

C'est la naissance de la *Doctrine Calvo*. Dans la perspective de cette doctrine, lorsqu'un investisseur et/ou investissement étranger(s) se trouve(nt) sur le territoire d'un autre État, ledit investisseur et/ou investissement étranger est soumis aux lois nationales de l'État sous la juridiction duquel il se trouve (l'État hôte).

Si les lois nationales de l'État hôte sont favorables à l'investissement en général, cela jouera en faveur de l'investissement étranger ; si les lois nationales ne sont pas favorables, alors ce sera au détriment des investisseurs étrangers. La doctrine Calvo repose sur un postulat de base : celui de l'égalité entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux. L'une des implications majeures de cette doctrine est de considérer qu'en cas de différend entre l'investisseur étranger et l'État hôte, le différend doit être réglé devant les tribunaux nationaux et non par le biais de voies de recours internationales tels la protection diplomatique et/ou l'arbitrage international.

Comme l'explique Patrick Juillard :

> « *The historical and geographical circumstances surrounding the development of the Calvo Doctrine and of the Calvo Clause may help better understand both. Carlos Calvo (1824–1906) was born in Buenos Aires, at a time when Argentina had just achieved independence from Spain. The Calvo Doctrine rests upon one core proposition : aliens should not be entitled to any rights or privileges not accorded to nationals. The consequence inevitably follows that, since nationals are entitled to seek redress for their grievance only before local authorities, aliens should not be entitled to seek redress for their grievances before authorities other than local authorities. Thus, for example, aliens should not be entitled to turn to the State of which they are nationals in order to seek diplomatic protection.* »[10]

La doctrine Calvo a trouvé un écho favorable dans la Constitution de certains pays d'Amérique latine. C'est le cas, par exemple, de la Constitution mexicaine de 1927 qui prévoyait que :

> « *[o]nly Mexicans by birth or naturalization and Mexican corporations have the right to acquire ownership of lands, water and their appurtenance, or to obtain concessions for working mines or for the utilization of waters or mineral fuel in the Republic of Mexico. The Nation may grant the same rights to aliens, provided they agree before the Ministry of Justice to consider themselves as Mexicans in respect to such property, and bind themselves not to invoke the protection of their governments in matters relating thereto, under penalty, in case of non compliance, of forfeiture to the Nation of property so acquired.* »[11]

---

10 P. Juillard, « Calvo Doctrine/Calvo Clause », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007 [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689].

11 Article 27 de la Constitution mexicaine de 1927, cité par P. Juillard, *ibid.*

Mais surtout, la doctrine Calvo a donné naissance à la *Clause Calvo* laquelle a été insérée dans certains contrats d'investissement au début du XX^e^ siècle. C'est le cas, par exemple, de l'article 18 du contrat du 23 novembre 1912 entre North American Dredging Co (compagnie américaine) et le Mexique qui se lit comme suit :

> « *The contractor and all persons who, as employees or in any other capacity, may be engaged in the execution of the work under this contract either directly or indirectly, shall be considered as Mexicans in all matters, within the Republic of Mexico, concerning such work and the fulfilment of their contract. They shall not claim, nor shall they have, with respect to the interests and the business conducted within this contract, any other rights or means to enforce the same than those granted by the Republic to Mexicans, nor shall they enjoy any other rights than those established in favor of Mexicans. They are consequently deprived of any rights as aliens, and under no conditions shall the intervention of foreign diplomatic agents be permitted, in any matter related to this contract.* »[12]

La clause Calvo contenue dans le contrat entre North American Dredging Co et le Mexique a fait l'objet de différend devant la Commission de réclamations États-Unis-Mexique – un quasi-mécanisme d'arbitrage d'investissement fondé sur la protection diplomatique. La position de la Commission dans l'affaire *North American Dredging Co c/ Mexique* reflète tout le malaise vis-à-vis de cette première tentative de résistance au droit international coutumier du droit des investissements que constituent la doctrine Calvo et sa fille putative la clause Calvo.

L'approche de la Commission augure d'une ère dans laquelle les clivages nord-sud seront plus fréquents et les résistances à la « colonisation » du droit des investissements plus marquées. Les prises de position de la Commission à ce sujet méritent d'être reproduites dans leur entièreté tant elles traduisent en filigrane les limites que peut poser la « décolonisation » du droit international en général et du droit international des investissements en particulier :

> « *The Commission is fully sensible of the importance of any judicial decision either sustaining in whole or in part, or rejecting in whole or in part, or construing the so-called «Calvo clause» in contracts between nations and aliens. It appreciates the legitimate desire on the part of nations to deal with persons and property within their respective jurisdictions according to their own laws and to apply remedies provided by their own authorities and tribunals, which laws and remedies, in no wise restrict or limit their international obligations, or restrict or limit or in any wise impinge upon the correlative rights of other nations protected under rules of international law. The problem presented in this case is whether such legitimate desire may be accomplished through appropriate and carefully phrased contracts ; what form such a contract may take ; what is its scope and its limitations ; and does clause 18 of the contract involved in this case fall within the field where the parties are free to contract without violating any rule of international law?* »[13]

---

12 *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence du 31 mars 2006, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26-27.

13 *Ibid.*, p. 27, § 3.

Et la Commission de conclure :

« *The Commission does not feel impressed by arguments either in favor of or in opposition to the Calvo clause, in so far as these arguments go to extremes. The Calvo clause is neither upheld by all outstanding international authorities and by the soundest among international awards nor is it universally rejected. The Calvo clause in a specific contract is neither a clause which must be sustained to its full length because of its contractual nature nor can it be discretionarily separated from the rest of the contract as if it were just an accidental postscript. The problem is not solved by saying yes or no ; the affirmative answer exposing the rights of foreigners to undeniable dangers, the negative answer leaving to the nations involved no alternative except that of exclusion of foreigners from business. The present stage of international law imposes upon every international tribunal the solemn duty of seeking for a proper and adequate balance between the sovereign right of national jurisdiction, on the one hand, and the sovereign right of national protection of citizens on the other. No international tribunal should or may evade the task of finding such limitations of both rights as will render them compatible within the general rules and principles of international law. By merely ignoring world-wide abuses either of the right of national protection or of the right of national jurisdiction no solution compatible with the requirements of modern international law can be reached.* »[14]

Dans une série de *dicta* et d'*obiter dicta*, la Commission fait preuve de sagesse judiciaire et opère un numéro d'équilibriste qui consiste à délégitimer la doctrine Calvo tout en la légitimant :

« *The contested provision, in this case, is part of a contract and must be upheld unless it be repugnant to a recognized rule of international law. What must be established is not that the Calvo clause is universally accepted or universally recognized, but that there exists a generally accepted rule of international law condemning the Calvo clause and denying to an individual the right to relinquish to any extent, large or small, and under any circumstances or conditions, the protection of the government to which he owes allegiance. Only in case a provision of this or any similar tendency were established could a parallel be drawn between the illegality of the Calvo clause in the present contract and the illegality of a similar clause in the Arkansas contract declared void in 1922 by the Supreme Court of the United States (257 U.S. 529) because of its repugnance to American statute provisions. It is as little doubtful nowadays as it was in the day of the Geneva Arbitration that international law is paramount to decrees of nations and to municipal law ; but the task before this Commission precisely is to ascertain whether international law really contains a rule prohibiting contract provisions attempting to accomplish the purpose of the Calvo clause.*

The commission does not hesitate to declare that there exists no international rule prohibiting the sovereign right of a nation to protect its citizens abroad from being subject to any limitation whatsoever under any circumstances. The right of protection has been limited by treaties between nations in provisions related to the Calvo clause. While it is true that Latin-American countries—which are important members of the family of nations and which have played for many years an important and honorable part in the

14 *Ibid.*, p. 27, § 4.

development of international law—are parties to most of these treaties, still such countries as France, Germany, Great Britain, Sweden, Norway, and Belgium, and in one case at least even the United States of America (Treaty between the United States and Peru dated September 6, 1870, Volume 2, Malloy's United States Treaties, at page 1426 ; article 37) have been parties to treaties containing such provisions.

Under the rules of international law may an alien lawfully make such a promise ? The Commission holds that he may, but at the same time holds of that he can not deprive the government of his nation of its undoubted right of applying international remedies to violations of international law committed to his damage. Such government frequently has a larger interest in maintaining the principles of international law than in recovering damage for one of its citizens in a particular case, and manifestly such citizen can not by contract tie in this respect the hands of his Government. But while any attempt to so bind his Government is void, the Commission has not found any generally recognized rule of positive international law which would give to his Government the right to intervene to strike down a lawful contract, in the terms set forth in the preceding paragraph 10, entered into by its citizen. The obvious purpose of such a contract is to prevent abuses of the right to protection, not to destroy the right itself abuses which are intolerable to any self-respecting nation and are prolific breeders of international friction. The purpose of such a contract is to draw a reasonable and practical line between Mexico's sovereign right of jurisdiction within its own territory, on the one hand, and the sovereign right of protection of the Government of an alien whose person or property is within such territory, on the other hand. Unless such line is drawn and if these two coexisting rights are permitted constantly to overlap, continual friction is inevitable. »[15]

Les passages sus-cités révèlent la prudence judiciaire avec laquelle la Commission des réclamations États-Unis-Mexique s'est exprimée sur la validité de la clause Calvo en vertu du droit international général. Ils témoignent d'une contre-résistance à la résistance dans la mesure où la Commission pose tout de même des limites aux effets que pourrait produire la clause Calvo[16].

La doctrine Calvo est sans nul doute la première grande tentative de « décolonisation » du droit international des investissements tel qu'il est perçu à l'époque. Dans un certain sens, la doctrine Calvo conduit même à un rejet du droit international des investissements, comme branche à part entière du droit international public.

Dans le cadre de son Commentaire au *Projet d'Articles sur la protection diplomatique (2006)*, la Commission du droit international (CDI), même si elle a préféré ne pas la « codifier », a elle aussi admis en filigrane que la clause Calvo – et par ricochet la doctrine Calvo – a symbolisé une forme de résistance à la « colonisation » du droit international des investissements. Il s'agit d'une résistance à l'approche que les pays exportateurs de capitaux (principalement des pays occidentaux) ont voulu imposer dès le XVIII[e] siècle en matière de protection et de traitement de l'investissement étranger. Selon la CDI :

---

15 *Ibid.*, p. 28-29, §§ 8-11.

16 Pour une approche similaire, voy. également *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence de juillet 1931, *RSA*, vol. IV, p. 691-746.

« Le projet d'article 14 ne prend pas acte de la « clause Calvo », procédé utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle pour n'ouvrir aux (investisseurs) étrangers que les voies de recours locales en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause a été vigoureusement contestée par les États exportateurs de capitaux au motif qu'un étranger n'a pas le droit, conformément à la règle *Mavrommatis* de renoncer à un droit appartenant à l'État et non à ses nationaux. Ce nonobstant, la "clause Calvo" a été considérée comme une coutume régionale d'Amérique latine, consubstantielle de l'identité nationale de nombreux États[17]. »

Face aux positions timorées de la Commission des réclamations États-Unis-Mexique et de la CDI, certains tribunaux arbitraux d'investissement, établis dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ont adopté récemment des positions beaucoup plus téméraires et plus favorables à la doctrine Calvo. Dans l'affaire *CMS c/ Argentine*, le Tribunal a, par exemple, considéré que :

« *Had the Claimant renounced recourse to arbitration, for example by resorting to the courts of Argentina, this would have been a binding selection under the BIT. In that case, the Tribunal would agree with Counsel for the Republic of Argentina that although Carlos Calvo, a distinguished Argentine international jurist who fathered the Calvo Doctrine and Clause, will not become an honorary citizen of countries having entered into bilateral investment treaties, this would still be a binding decision. However, as no such renunciation took place, the Calvo Clause will not resuscitate in this context.* »[18]

Le Tribunal *CMS* est allé jusqu'à se référer aux débats devant le Congrès américain pour démontrer que la doctrine Calvo pouvait bel et bien servir de contre-modèle alternatif face au modèle dominant proposé par les pays exportateurs de capitaux. Selon le Tribunal :

« *The issue did not pass unnoticed during the approval and ratification of the BIT. In the letter of submittal of the BIT to the United States Congress, the U.S. President explained : "The bilateral investment treaty (BIT) with Argentina represents an important milestone in the BIT program. […] Argentina, like many other Latin American countries, has long subscribed to the Calvo Doctrine, which requires that aliens submit disputes arising in a country to that country's local courts. The conclusion of this treaty, which contains an absolute right to international arbitration of investment disputes, removes U.S. investors from the restrictions of the Calvo Doctrine and should help pave the way for similar agreements with other Latin American states".* »[19]

17 *Projet d'Articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, 2006, article 14 [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_8_2006.pdf].

18 *CMS Gas Transmission Company and The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 juillet 2003, § 81 [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf].

19 *Ibid.*, § 82.

IV. Calvo et ses frères…

La première moitié du xx^e siècle va donner lieu à de nouvelles batailles juridiques entre puissances occidentales (qui étaient à l'époque et pour la majeure partie d'entre-elles des puissances coloniales) et d'autre pays en Amérique latine. L'une des batailles majeures va se jouer autour de la question de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de non-respect des engagements contractuels. Traditionnellement, les pays exportateurs de capitaux (en particulier les États européens) considéraient qu'ils avaient le droit de recourir en vertu du droit international à la force pour contraindre les États d'Amérique latine à régler leurs dettes publiques ou leurs dettes envers des investisseurs étrangers – d'aucuns ont dénommé cette forme d'intervention, « *gunboat diplomacy* ».

Calvo a été un des premiers à critiquer cette approche provenant des pays riches et à qualifier d'illicites en vertu du droit international de telles interventions armées ou fondées sur la menace de l'emploi de la force. Il considérait que :

> « *Aside from political motives these interventions have nearly always had as apparent pretexts, injuries to private interests, claims and demands for pecuniary indemnities in behalf of subjects or even foreigners, the protection of whom was for the most part in nowise justified in strict law. According to strict international right, the recovery of debts and the pursuit of private claims does not justify de plano the armed intervention of governments, and, since European states invariably follow this rule in their reciprocal relations, there is no reason why they should not also impose it upon themselves in their relations.* »[20]

La doctrine Calvo va faire des émules. Dès le début du xx^e siècle, et en réaction au blocage et au bombardement de ports du Venezuela par certaines puissances européennes aux fins de recouvrement de dettes, Luís María Drago, ministre argentin des affaires étrangères de l'époque va se faire le chantre d'une nouvelle doctrine : la Doctrine Dagro.

Cette doctrine, qui suit dans ces grandes lignes la doctrine Calvo[21], avait pour objectif essentiel de s'opposer à l'idée « européenne » selon laquelle la collecte de dettes publiques pouvait se faire par le biais du recours à la force. Ces dettes couvraient également les dettes dues à des investisseurs étrangers. Comme l'explique un auteur, selon Drago, « *the public debt can not occasion armed intervention nor even the actual occupation of the territory of American nations by a European power* »[22]. Hershey est peut-être celui qui a décrit avec force détails, la doctrine Drago. Il souligne que selon Drago, « *Contracts between a nation and private individuals are obligatory according to the conscience of the sovereign and may not be the object of compelling force. They confer no right of action contrary to the sovereign will* »[23]. Il précise également que Drago admettait le principe du paiement obligatoire

---

20 Cité par A. S. Hershey, « The Calvo and Drago Doctrines », *AJIL*, vol. 1, 1907, p. 27.

21 Pour une comparaison entre la doctrine Calvo et la doctrine Drago, v. A. S. Hershey, *ibid.*

22 W. Benedek, « Drago-Porter Convention », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2015 [http://opil.ouplaw.com].

23 A. S. Hershey, *art. cit.*, p. 29.

des dettes (dont le montant devait être déterminé soit par les tribunaux nationaux soit par voie d'arbitrage), mais que toute nation a le droit

> « *to choose the manner and time of payment, in which it has as much interest as the creditor himself, or more, since its credit and its national honor are involved therein [...] this is in nowise a defense for bad faith, disorder, and deliberate and voluntary insolvency. It is merely intended to preserve the dignity of the public international entity whihc may thus not be dragged into war with detriment to those high ends which determine the existence and liberty of nations.* »[24]

Dans son cours magistral à l'Académie de droit international de La Haye sur *L'intervention en matière financière*, Karl Strupp répertorie avec exactitude les événements de l'époque qui ont mené au développement de la doctrine Drago et l'atmosphère qui a régné lors de la seconde Conférence de La Haye de 1907. Strupp explique que la Commission réunie en 1906 à Washington pour élaborer le programme de la Conférence panaméricaine de Rio de Janeiro – commission composée des représentants des États-Unis, de ceux du Brésil, du Mexique, de l'Argentine, du Chili, de Costa-Rica et de Cuba – après avoir repoussé une demande argentine tendant à l'acceptation pure et simple de la doctrine de Drago, adopta le texte d'une résolution « recommandant que la seconde Conférence de la Haye soit invitée à examiner si, et dans quelle mesure, l'usage de la force est admissible pour le recouvrement des dettes publiques »[25].

Strupp révèle également le contenu des instructions des délégués des États-Unis, à la Conférence de Rio de Janeiro dont les passages sont fort intéressants :

> « il est vrai, sans doute, que le non-paiement des dettes publiques peut être accompagné de telles circonstances de fraude et d'injustice ou de violation de traités qu'elles justifient l'usage de la force. Ce Gouvernement serait heureux de voir cette question faire l'objet d'une discussion internationale, qui distinguerait entre de tels cas et la simple inexécution d'un contrat conclu avec un particulier, et d'une résolution en faveur du recours aux seuls moyens pacifiques dans les cas de la dernière catégorie. Il ne semble pas, cependant, que la Conférence de Rio doive entreprendre de faire un tel examen, ni d'arrêter une telle règle. Beaucoup de pays américains sont encore des nations débitrices, tandis que les pays d'Europe sont leurs créanciers. Si la Conférence de Rio, par conséquent, assumait une telle entreprise, elle apparaîtrait comme une assemblée de débiteurs qui décident comment leurs créanciers doivent se comporter et par là, elle n'inspirerait pas le respect. La véritable marche à suivre est indiquée par les termes du programme qui propose d'inviter la seconde Conférence de la Haye, où débiteurs et créanciers siégeront simultanément, à examiner la question[26]. »

24 *Ibid.*, p. 30.
25 K. Strupp, « L'intervention en matière financière », *RCADI*, 1925, vol. 8, tome III, p. 96.
26 *Ibid.*, p. 96.

Strupp fait enfin mention de déclarations du ministre français des affaires étrangères de l'époque devant la Chambre des Députés peu avant la seconde Conférence de La Haye de 1907 et dont les passages pertinents se lisent comme suit :

> « On ne peut repousser systématiquement, dans tous les cas, toute mesure coercitive dans les rapports internationaux pour la satisfaction de réclamations pécuniaires, surtout lorsque ces déclarations reposent sur l'exécution des traités, sur des droits tout à fait respectables, sur des intérêts touchant au commerce, à l'industrie, à la prospérité des États, intérêts qui se trouveraient lésés par des gouvernements infidèles à leurs promesses ou peu soucieux de tenir leurs engagements. Il y a un départ à faire entre les nécessités inéluctables devant lesquelles tous les gouvernements s'inclinent et les spéculations anonymes ou individuelles auxquelles il faut savoir résister[27]. »

Durant la Conférence de La Haye de 1907, Drago présenta sa vision et déclara que « *to the civilization which is supported by weapons, [there] shall succeed, in a more or less distant time, a civilization founded on arbitration and justice, a superior civilization which is neither force, nor power, nor riches, but rather the tranquil triumph of justice for the weak as well as for the strong* »[28].

En réponse à Drago, le Général Horace Porter, un des délégués américains à la Conférence de La Haye, fit la déclaration suivante :

> « Dans le but d'éviter entre nations des conflits armés, d'une origine purement pécuniaire, provenant de dettes contractuelles, réclamées comme dues aux sujets ou citoyens d'un pays par le gouvernement d'un autre pays, et afin de garantir que toutes les dettes contractuelles de cette nature qui n'auraient pu être réglées à l'amiable par voie diplomatique, seront soumises à l'arbitrage, il est convenu qu'un recours à aucune mesure coercitive impliquant l'emploi de forces militaires ou navales pour le recouvrement de telles dettes contractuelles ne pourra avoir lieu, jusqu'à ce qu'une offre d'arbitrage n'ait été faite par le créancier et refusée ou laissée sans réponse par le débiteur ou jusqu'à ce que l'arbitrage n'ait eu lieu et que l'État débiteur ait manqué à se conformer à la sentence rendue[29]. »

Ce sont ces différentes positions qui mèneront à la négociation et à la conclusion de la *Convention pour la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles* – communément dénommée Convention Drago-Porter – dont l'article premier prévoit : « Les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au Gouvernement d'un pays par le Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux. Toutefois, cette stipulation ne pourra être appliquée quand l'État débiteur refuse ou laisse sans réponse une offre d'arbitrage ou, en cas d'acceptation, rend impossible l'établissement du compromis, ou, après l'arbitrage, manque de se conformer à la sentence rendue ».

---

27 *Ibid.*, p. 97-98.

28 W. I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, Ginn and Co, Boston, 1908, p. 341.

29 K. Strupp, *op. cit.*, p. 98.

Ce qu'il faut retenir de cette tentative de « décolonisation » du droit international des investissements de l'époque, c'est qu'elle n'a pas abouti aux résultats escomptés. Nombre de pays d'Amérique latine ont considéré que leur point de vue n'a pas été entièrement pris en compte par les nations européennes et par les États-Unis et que, partant, la doctrine Drago a été amoindrie dans sa portée. D'ailleurs, comme l'explique Strupp, « la plupart des États (latino-américains) qui avaient demandé des mesures contre l'intervention armée à cause de dettes contractuelles, n'ont pas ratifié la convention, soit parce qu'elle leur semblait restreindre, dans une mesure trop grande, la compétence des tribunaux nationaux, soit parce qu'elle ne comprend pas tous les cas qui peuvent provoquer des interventions, provenant de dettes »[30].

Il n'est dès lors pas étonnant que d'autres brèches de discorde se soient ouvertes entre puissances occidentales et pays non-occidentaux sur la question de la protection et du traitement de l'investissement étranger. La fameuse « bataille » entre le secrétaire d'État américain Cordell Hull et son homologue mexicain, Eduardo Hay, illustre cette résistance continue à l'idée de l'existence d'un droit international coutumier applicable à la protection de l'investissement étranger.

Dans les années 1930, au Mexique, une réforme agraire a lieu et celle-ci s'accompagne, bien entendu, d'une série d'expropriations. Bien que la Constitution mexicaine ait prévu le paiement d'une compensation en cas d'expropriation, Hull et Hay s'opposent sur le droit applicable en la matière : pour Hull, il s'agit d'une question régie par le droit international général ; pour Hay, il s'agit d'une question relevant strictement du droit interne de chaque État.

Aussi, une bataille diplomatique, à coups d'échanges de notes, s'engage t-elle entre Hull et Hay. Celle-ci est résumée comme suit par un auteur :

> « *In a lengthy exchange of notes led by US Secretary of State Cordell Hull and Mexican Minister of Foreign Affairs Eduardo Hay, the two states admitted the basic right of a state to expropriation under international law. However, they differed on whether or not the doctrine and standard of compensation for expropriation represent settled international law. This disagreement indirectly blocked any discussion of further legal details on the modalities affecting the quantification, effectiveness, fairness or promptness of such compensation. While Mr. Hull was advocating compensation representing fair, assured and effective value, Mr. Hay's government «does not consider that payment of an indemnification for properties which the State expropriates on ground of public utility [...] is an invariable rule of international law» but rather is an obligation recognized by Mexico by virtue of Article 27 of her own constitution [...] Mexico refused to recognise compensation as a principle of international law, regardless of a favourable position in the Mexican constitution. Recognition under international would be more valuable to the US than the sanction provided in the Mexican constitution. The former would reinforce a rule of law of universal application, unlike the limited domestic law sanction of a national constitution. The readiness of Mexico to pay compensation was therefore solely based on its own basic law, rather than international law [...] Accordingly the*

30 *Ibid.*, p. 105.

Hull Formula assertions on compensation remained legally unsettled and even defeated in actual practice through diplomatic settlement. »[31]

Cet extrait confirme le fait que même s'il est difficile de parler à proprement-parler de « la décolonisation », une résistance à la « colonisation » du droit international des investissements s'est opérée dès la moitié du XIX^e^ siècle sous l'impulsion de Calvo et a bel et bien continué jusqu'à la moitié du XX^e^ siècle avec les doctrines Drago et Hay.

Un tel constat a été également fait par Mervyn Jones dans un article sur les réclamations au nom de nationaux actionnaires de sociétés étrangères (« *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies* ») et cité par le Juge Padilla Nervo dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

« L'ère des grands investissements étrangers a atteint son apogée au cours des quelque cinquante années qui ont précédé la première guerre mondiale, au moment où les capitaux britanniques et américains se sont déversés dans toutes les parties du monde pour financer la construction de chemins de fer et de ports, l'exploitation de gisements miniers et d'innombrables autres projets dans les pays sous-développés. En même temps, l'institution de la société anonyme par actions (qui était une création récente) a permis aux petits capitalistes de placer leurs fonds dans des pays lointains où ils étaient d'un meilleur rapport que chez eux. Il ne fait guère de doute que ces pays ont d'abord bien accueilli les capitaux étrangers, dont ils avaient grand besoin, et qu'ils n'ont pas imposé de conditions strictes aux investissements. Au cours de ces premières années, des puissances étrangères n'ont eu à intervenir que rarement par la voie diplomatique en faveur de leurs ressortissants. Toutefois, au début du XIX^e^ siècle, des mouvements nationalistes se sont élevés contre "l'exploitation économique" étrangère. Ils ont placé l'accent sur la souveraineté économique et politique et, peu à peu, on en est venu à s'intéresser de plus en plus à l'emploi des capitaux étrangers. Le recul du capitalisme libéral et du "laisser faire", qui s'est accompagné de la diffusion de la doctrine socialiste dans le monde entier a conduit un peu partout les gouvernements à intensifier leur contrôle des biens et ressources économiques de la nation : dans certains pays on en est venu à considérer les capitaux étrangers comme le symbole de la subordination et non pas seulement comme un moyen de développer le pays. Bien des évènements ont évidemment justifié cette attitude ; la mainmise des capitaux étrangers sur la vie économique de nombreux pays était considérable. C'est dans ces circonstances que les révolutions du Mexique, en 1911-1920, ont transformé l'aspect politique et social de la nation, comme l'ont fait plus tard les révolutions d'Europe centrale, après la première guerre mondiale, et celles de l'Europe de l'est après la seconde. Ces révolutions se sont accompagnées de mesures d'expropriation qui ont inévitablement posé le problème de la situation, en droit international, des individus qui avaient placé leurs fonds dans des sociétés exerçant une activité dans les pays en question[32]. »

31 A. K. El-Din Izzeddin, *The Calvo Doctrine and the Hull Formula : Prospects for Harmony*, Book Venture Publishing LLC, 2017, p. 16-17.

32 CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c/ Espagne), *précit.*, Opinion individuelle de M. Padilla Nervo, p. 245-246.

Il convient tout de même de préciser que l'idée de « colonisation » du droit international des investissements a été fortement contestée par certains auteurs. Par exemple, Dolzer considère que :

> « *Contrary to what has often been said, the Hull rule was not developed in order to disfavor developing countries ; it was applied in a rational manner among and against Western countries long before systems with a socialist concept of property were established and before most modern states emerged through the decolonization process. It is assumed here that United States Secretary of State Hull accurately presented the then current position in international law in 1938 when he wrote his famous letter to the Mexican Government asking Mexico for "prompt, adequate and effective" compensation. Even though the Soviet Union and Latin American countries had challenged the rule before that time, it appears that the overwhelming practice and the prevailing legal opinion supported Hull's position. Judgments such as the Norwegian Shipowners case, the Spanish-Moroccan Claims arbitration, and the famous dictum of the Permanent Court of International Justice in the Chorzow Factory case support this view.* »[33]

V. Le nouvel ordre international économique et la « décolonisation » du droit international des investissements comme élément de la décolonisation en tant que telle

Dans la deuxième moitié du XX^e^ siècle, la stratégie des pays économiquement riches consiste à « universaliser » le droit international des investissements. Une première tentative échoue avec la non-entrée en vigueur de la *Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce (OIC)*. La Charte de La Havane est un enfant de son temps et se refuse de prendre position sur une orientation ferme du droit international des investissements. Elle adopte une approche *soft* qui prend en compte autant les intérêts des pays exportateurs de capitaux que celle des pays importateurs de capitaux[34]. Pourtant, il est intéressant de noter que d'aucuns considèrent que l'absence de ratification de la Charte était due au fait que cette dernière reconnaissait explicitement le droit aux pays importateurs de capitaux de soumettre les investissements privés étrangers à certaines restrictions et à « d'autres conditions raisonnables »[35].

---

33 R. Dolzer, « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *AJIL*, vol. 75, 1981, p. 558-559.

34 L'article 12 de la Charte de La Havane prévoyait, en effet, que : « Les États membres reconnaissent que : a) les investissements internationaux, tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social ; b) le mouvement international des capitaux sera stimulé dans la mesure où les États membres offriront aux ressortissants d'autres pays des possibilités d'investissement, et leur assureront des conditions de sécurité pour les investissements existants et à venir ; c) sans préjudice des accords internationaux existants auxquels les États membres sont parties, un État membre a le droit : i) de prendre toutes mesures appropriées de sauvegarde nécessaires pour assurer que les investissements étrangers ne serviront pas de base à une ingérence dans ses affaires intérieures ou sa politique nationale ; ii) de déterminer s'il autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera ; iii) de prescrire et d'appliquer des conditions équitables en ce qui concerne la propriété des investissements existants et à venir ; iv) de prescrire et d'appliquer d'autres conditions raisonnables en ce qui concerne les investissements existants et à venir ; d) les États membres dont les ressortissants sont en mesure de fournir des capitaux pour des investissements internationaux et les États membres qui désirent s'assurer l'usage de ces capitaux peuvent avoir intérêt, en vue de favoriser leur développement économique ou leur reconstruction, à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux possibilités et aux conditions de sécurité que les États membres sont disposés à offrir aux investissements, ainsi qu'aux limitations qu'ils sont disposés à accepter en ce qui concerne les droits mentionnés à l'alinéa c) ».

35 Voy. notam. F. P. Feliciano, « Legal Problems of Private International Business », *RCADI*, 1966 (II), Tome 118, p. 253 ; S. Pahuja, *op. cit.*, p. 107 : « *The US Senate refused to ratify the Charter of the International Trade Organisation (ITO) negotiated at Havana in 1947 in part on the basis that it overemphasised "the rights of the under-developed countries"* ».

L'*Accord économique de Bogotá* de 1948 – initié et promu par les États-Unis – conclu lors de la Neuvième Conférence internationale des États d'Amérique n'aura pas non plus été un succès. L'Accord n'entrera pas en vigueur. Toutefois, il est intéressant de noter que cet Accord a fait écho dans une certaine mesure tant à la doctrine Calvo (puisqu'il prévoyait que « *Foreign capital shall be subject to national laws* »[36]) qu'à la formule Hull (toute expropriation doit être accompagnée de « *payment of fair compensation in a prompt, adequate and effective manner* »). Du fait de l'irréconciliable fusion entre « colonisation » et « décolonisation » du droit international des investissements, l'Accord n'a pas vu le jour.

Suite à ces échecs, d'autres tentatives d'universalisation du droit international des investissements ont eu lieu. Les pays exportateurs de capitaux ont concentré leurs efforts sur la négociation d'une convention internationale sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), en l'occurrence une *Convention internationale sur la protection des biens étrangers*. Deux projets ont été adoptés en 1963 et en 1967. Cette stratégie de l'OCDE révèle une approche de « colonisation » – si l'on peut l'appeler ainsi – du droit international des investissements. Ces deux projets de convention n'ont pas abouti.

La raison d'un tel avortement se trouve dans les stratégies de « décolonisation » du droit international des investissements qui ont eu lieu au lendemain des indépendances. À partir des années 1960, les pays nouvellement indépendants luttent pour la mise en place d'un nouvel ordre international économique différent de celui qui avait été imposé par les puissances coloniales et plus respectueux des préoccupations des pays en développement. Cette lutte va se traduire essentiellement dans l'adoption de deux résolutions phares de l'Assemblée générale des Nations unies : la résolution 1803 du 14 décembre 1962 sur la « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » et la résolution 3281 du 12 décembre 1974 communément dénommée « Charte des droits et devoirs économiques des États ».

Comme l'explique S. Pahuja :

> « *The claim to permanent sovereignty over natural resources (PNSR) took flight in the late 1950s but it did not arise in a vacuum. Rather, it was launched in the peculiar conjunction of the decline of the European empires in both power and legitimacy, the rise of American military and economic power, the advent of the Cold War, and, finally, the struggles for decolonisation. In a sense, the battle over PNSR can be seen as a microcosm of the global interaction of those forces. It meant something different to each player in the drama and illustrates, how the formation of a universalizing legality was crucial to the transition from the colonial imperialism of the nineteenth century to the postcolonial imperialism of the twentieth century. For the colonial powers, the maintenance of certain advantages gained during colonialism was at stake in the claim. Colonialism was itself partly about controlling access to natural resources. As the prospect of decolonisation grew more likely, many imperial powers engaged in the negotiation of putatively binding agreements before their*

36 Le texte de l'Accord économique de Bogotá de 1948 est disponible sur : http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-43.html

colonial 'possessions' acquired independence. In these agreements 'the nascent new state undertook to protect all rights acquired with respect to its territory prior to independence'. The imperial powers assumed that the newly independent states would be bound to those agreements even though they were largely unfavourable to the decolonising peoples [...] For the decolonising peoples, however, both the economic and symbolic stakes were high. Those decolonising or aspiring to decolonise saw in the control over natural resources both the symbolic key to self-determination and the economic basis for future development. »[37]

Deux dispositions de chacune des résolutions sus-mentionnées reflètent l'esprit de « décolonisation » qui caractérise ces deux résolutions.

En effet, le paragraphe 4 de la résolution 1803 prévoit que :

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international. »

Dans le même sillage, l'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États prévoit que :

« Chaque État a le droit : a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ; [...] c) de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens. »

37 S. Pahuja, *op. cit.*, p. 103-105.

Ces deux dispositions font montre du vent de « décolonisation économique » (« *economic decolonization* »[38]) qui a soufflé dans l'ordre juridique international dans les années 1960 et 1970. Elles consacrent une certaine résurrection de la doctrine Calvo[39] et une certaine faillite de la doctrine/formule Hull. En effet, au travers de ces dispositions, les États nouvellement indépendants considèrent que le principe d'une compensation en cas d'expropriation est régi par le droit national et non par le droit international. En outre, ces mêmes États préfèrent la formule de l'indemnité « adéquate » – plus proche de ce qui était prôné par le ministre mexicain Hay – à celle de l'indemnité « prompte, adéquate et effective » défendue par Hull. L'idée même d'une *obligation* de compenser en cas d'expropriation est remise en cause. Le recours au conditionnel (« devrait ») quant au versement de l'indemnité « adéquate » témoigne des divisions profondes de la communauté internationale sur ce qui constituait à l'époque un socle de principes reconnus en matière de protection de l'investissement étranger[40].

Il y a donc une véritable bataille pour « décoloniser » le droit international économique en général mais aussi pour « décoloniser » le droit international des investissements voire même pour remettre en cause l'existence du droit international des investissements en tant que branche autonome du droit international général. Quelles que fussent les victoires sur le papier des pays nouvellement indépendants d'Asie et d'Afrique (soutenus par les pays d'Amérique latine), dans la pratique l'idée du nouvel ordre international économique n'a pas donné lieue à une « décolonisation » du droit international des investissements.

La quasi-totalité de ces pays – à l'exception du Brésil – sont devenues parties à des traités bilatéraux d'investissement (TBI). Le TBI est d'inspiration européenne. L'Allemagne a été le premier pays à enclencher cette pratique conventionnelle, suite à la conclusion en 1959 du premier TBI de l'histoire entre l'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui, plus de 3 000 TBI ont été conclus, pour l'essentiel entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux. Ces TBI dans leur grande majorité incorporent des clauses qui s'éloignent nettement de la doctrine Calvo et qui font large place à des formules telles la formule Hull ainsi qu'à une protection tous azimuts de l'investissement étranger[41].

Néanmoins, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles comme outil de « décolonisation » du droit international des investissements est toujours d'actualité. En juillet 2017, la Tanzanie a promulgué une nouvelle loi intitulée « *The Natural Wealth and Resources (Permanent Sovereignty) Act* »[42]. Le préambule de la loi souligne que « *international law recognizes the right of the United Republic to assert permanent sovereign right for the purpose of exploring, exploiting and managing its natural resources* ». Le préambule indique également :

38 R. Dolzer, « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Economic Decolonization », *Human Rights Law Journal*, vol. 7, 1986, p. 217-230.

39 Sur ce point, voy. M. Sornarajah, « The Case against a Regime on International Investment Regime », in L. E. Trakman, N. W Ranieri (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford University Press, 2013, p. 480.

40 Pour une vision similaire, voy. R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties,* Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 2.

41 Sur l'objectif de protection des TBI, voy. M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI, *L'entreprise multinationale*, Pedone, 2017.

42 Le texte de la loi tanzanienne est disponible sur : http://www.tcme.or.tz/resources/view/the-natural-wealth-and-resources-permanent-sovereignty-act-2017.

> « *the United Republic being a sovereign state has permanent sovereignty over all natural wealth and resources thence imposing on the Government the responsibility of ensuring that interests of the People and the United Republic are paramount and protected in any arrangement or agreement which the Government makes or enters in respect of such natural wealth and resources.* »

L'article 6, alinéa 1 de la loi pose le principe de l'illégalité de tout contrat/accord d'investissement s'il n'est pas en conformité avec les « intérêts du peuple et de la République de Tanzanie » :

> « *Pursuant to paragraphs (c) and (i) of Article 9 of the Constitution, it shall be unlawful to make any arrangement or agreement for the extraction, exploitation or acquisition and use of natural wealth and resources except where the interests of the People and the United Republic are fully secured.* »

Fait encore plus remarquable : cette loi a deux annexes qui reproduisent intégralement… la résolution 1803 sur la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la Charte des droits et devoirs économiques des États ! La loi prévoit également que les différends relatifs à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ne peuvent être réglés devant des cours et tribunaux « étrangers » (« *any foreign court and tribunal* »). Cela pourrait laisser penser que la loi exclut de la compétence des tribunaux arbitraux les questions de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Résurgence la doctrine Calvo ou non ? Dans tous les cas, la nouvelle loi tanzanienne a donné lieu à une série d'arbitrages initiés par des investisseurs étrangers. Dans l'interprétation et l'application du droit, les divers tribunaux devront nécessairement prendre en compte les velléités de « décolonisation » du droit international des investissements de la Tanzanie. C'est ce qui a été récemment reconnu par la Cour d'appel de Paris en relation avec un arbitrage CCI mettant en cause la loi laotienne sur les investissements étrangers. Par un arrêt en date du 16 janvier 2018, la Cour d'appel a annulé la sentence CCI qui donnait gain de cause à une compagnie étrangère ayant investi au Laos au mépris du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Selon la Cour d'appel,

> « (la) résolution (1803) exprime un consensus international sur le droit des États de subordonner à une autorisation préalable l'exploitation des ressources naturelles situées sur leur territoire et de soumettre à leur contrôle les investissements étrangers dans ce domaine ; que les dispositions par lesquelles, dans le respect du droit international, les États expriment leur souveraineté sur leurs ressources naturelles relèvent donc de l'ordre public international[43]. »
>
> Elle en conclut que « la sentence, qui a pour effet de conférer à Onix un titre juridiquement protégé dans l'ordre international sur un investissement réalisé grâce à l'obtention frauduleuse d'une autorisation administrative à laquelle la législation de la République du Laos subordonnait l'exploitation des ressources naturelles sur son territoire, viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international et doit donc être annulée »[44].

43 Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 16 Janvier 2018 n° 15/21703, Document consulté sur http://www.lexis360.fr
44 *Ibid.*

VI. Vers de nouvelles stratégies de « décolonisation » : de la « consommation » à la « production » de règles en matière de traitement des investissements étrangers

Le régime international des investissements est en crise. Et, toute crise appelle une réforme. Il y a un consensus entre pays développés exportateurs de capitaux et pays en développement importateurs de capitaux, sur la nécessité de repenser le régime international des investissements dans une perspective de développement durable mais aussi plus respectueuse du droit de réguler/réglementer des États hôtes. Aussi, la « décolonisation » du droit international des investissements a-t-elle de beaux jours devant elle. Les pays riches eux-mêmes adhèrent à cette idée de la « décolonisation », en remettant en cause par exemple le sacro-saint mécanisme d'arbitrage d'investissement incorporé de façon quasi-identique dans la quasi-totalité des TBI et autres accords internationaux d'investissement. La Commission européenne propose ainsi de remplacer l'arbitrage *ad hoc* par une cour permanente de règlement des différends en matière d'investissements.

Rétrospectivement et il y a plus de 40 ans au moment du débat sur l'instauration d'un nouvel ordre international économique, les déclarations et positions actuelles des officiels de la Commission européenne auraient été perçues comme des actions en vue de la « décolonisation » du droit international des investissements. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux propos de Frans Timmermans, premier vice-président de la Commission en septembre 2015 : « Nos propositions ouvrent des perspectives entièrement nouvelles. Ce nouveau système juridictionnel des investissements sera composé de juges pleinement qualifiés, son fonctionnement sera transparent et les affaires seront jugées sur la base de règles claires. Qui plus est, un réexamen par une nouvelle cour d'appel sera possible. Ce nouveau système permettra de protéger le droit des États à réglementer et de statuer sur les différends en matière d'investissements dans le plein respect de l'état de droit ».[45] L'on peut également se référer à la déclaration de Cecilia Malmström, commissaire européenne au commerce en septembre 2015 : « Le débat a fait clairement apparaître le profond déficit de confiance dont souffre l'ancien système traditionnel de règlement des différends. Ce sont pourtant les investisseurs de l'UE qui utilisent le plus fréquemment les dispositifs actuels, mis en place individuellement par les pays européens au fil des années. C'est pourquoi l'Europe doit prendre la responsabilité de réformer et de moderniser ce modèle. C'est à nous de donner l'impulsion de la réforme à l'échelle mondiale », a-t-elle ajouté. « Nous entendons créer un nouveau système reposant sur les éléments qui forgent la confiance des citoyens dans les juridictions nationales et internationales. Je souhaite rendre cette proposition publique au moment même où nous la transmettons au Parlement européen et aux États membres. C'est une condition d'un échange de vues ouvert et transparent sur ce sujet largement débattu »[46].

45 http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1367&serie=991
46 *Ibid.*

Du côté des pays en développement, les stratégies de « décolonisation » enrobées du voile de la réforme font moisson. Certains États d'Amérique latine ont simplement décidé de retirer leur consentement à la Convention CIRDI. D'autres en Asie et en Afrique (par exemple, Indonésie et Afrique du Sud) ont décidé de ne pas renégocier leurs TBI qui arrivaient à expiration et d'adopter des moratoriums sur la négociation de futurs accords internationaux d'investissement. Certains États ont tout simplement décider de « ressusciter » Calvo et de soumettre l'investisseur étranger exclusivement au droit national ainsi qu'aux juridictions nationales – c'est le cas de l'Afrique du Sud. L'idée n'est pas ici de répertorier ces approches dans le détail.

Ce qu'il est intéressant de noter c'est que de nouvelles formes de la « décolonisation » émergent. Les formes traditionnelles de « décolonisation » consistaient pour l'essentiel à *rejeter* le modèle que les États exportateurs de capitaux ont tenté d'imposer et qu'ils ont fini tant bien que mal à imposer. Les formes nouvelles de « décolonisation » visent à *diversifier* les modèles de traitement et de protection de l'investissement étranger. Le Brésil a, par exemple, décidé d'adopter un modèle d'accord d'investissement qui rompt avec la pratique traditionnelle du TBI. Cette dernière met l'accent sur la *protection* de l'investissement étranger. Le Brésil a décidé de mettre l'accent sur la *facilitation* et la *coopération* en matière d'investissements internationaux[47].

L'Afrique, quant à elle, a opté pour une sorte d'« africanisation » du droit international des investissements[48]. Celle-ci repose sur l'idée de l'équilibre. Le modèle dominant de TBI crée un déséquilibre en faveur de l'investisseur et de l'investissement étrangers. L'approche africaine tend à rééquilibrer les droits des investisseurs et les droits des États (notamment les États hôtes) ; elle tend également à rééquilibrer – chose nouvelle – les obligations des États et les obligations des investisseurs.

La pratique africaine récente a donné ainsi lieu et de façon inédite à la formulation d'obligations pour les investisseurs étrangers. Il s'agit là d'une exception africaine. Le contenu desdites obligations est fort intéressant et traduit un souci de responsabiliser au maximum les investisseurs étrangers par rapport à des questions comme la responsabilité sociale des entreprises, la protection de l'environnement, la transparence, la protection des droits de l'homme, la réalisation des objectifs de développement durable (ODD). Certaines des obligations vont jusqu'à étendre des obligations coutumières telles que l'obligation de conduire une étude d'impact environnemental (EIA)[49] aux investisseurs étrangers ou exiger le respect par les investisseurs des instruments de droits de l'homme auxquels l'État hôte est partie. Les modèles les plus aboutis en la matière en Afrique mais aussi dans le monde sont le Code panafricain des investissements de 2015 et le *Model Bilateral Investment Treaty Template* de la Communauté de développement de l'Afrique australe, adopté en 2012 et révisé en 2017[50].

---

47 V. E. Xavier Junior, « The CETA from a Latin-American Perspective », in M. M. Mbengue, S. Schacherer (eds.), *Foreign Investment under the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Springer, à paraître 2018.

48 Voy. M. M. Mbengue, S. Schacherer, « The "Africanization" of International Investment Law : the Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », in M. M. Mbengue, S. Schill (eds.), *Africa and the Reform of the International Investment Regime, Journal of World Trade and Investment*, vol. 8. n ° 3, 2017.

49 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Rec.*, p. 83, § 204 : « l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée ».

50 V. M. M. Mbengue, « Africa and the Reform of the International Investment Regime : An Introduction », in M. M. Mbengue, S. Schill (eds.), *op. cit.*

Ces nouvelles formes de « décolonisation » du droit international des investissements témoignent du fait qu'il y a une voie médiane entre le *rejet* pur et dur de modèles inspirés par les pays exportateurs de capitaux et la *consommation* quasi-aveugle de règles provenant des pays exportateurs de capitaux qui ont su bon gré mal gré imposer leurs modèles dans la négociation d'accords d'investissements internationaux durant les 40 dernières années. Cette voie médiane est celle de la *production* de règles en matière de protection et de traitement des investissements internationaux qui reflètent une certaine différenciation et une certaine diversification de la règle de droit international en la matière. Seule la production adaptée de règles permettra de redonner au régime international des investissements toute sa légitimité et de permettre aux États et aux investisseurs de bénéficier de scénarios *win-win*. « S'adapter ou mourir », telle est la loi darwinienne de l'évolution ; elle s'applique également au renouveau du régime international des investissements.

Le droit international économique comme moyen de « décoloniser » le droit international ? L'exemple des préférences commerciales

Kiara Neri[1]

S'interroger sur le droit international économique comme moyen de « décoloniser » le droit international s'inscrit dans une démarche de réflexion sur le droit international, démarche peu adoptée par la doctrine internationaliste. Un grand nombre de questionnements surgissent dans ce cadre : le droit international est-il porteur des stigmates d'un droit « colonisé », une « décolonisation » est-elle possible ? Le droit international économique peut-il être un outil pour y parvenir ?

La première étape de ce questionnement est d'établir le sens à donner à l'expression « décolonisation du droit international ». L'intérêt des internationalistes pour le phénomène de décolonisation a donné lieu à une série de travaux sur la « décolonisation » en droit international. Cette problématique a passionné la communauté scientifique dans les années 1960 et 1970, mais reste d'actualité, l'on en veut pour preuve la récente demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale des Nations unies sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*[2]. Ainsi, lorsqu'il s'agit de traiter de la décolonisation en droit international le « réflexe » premier des internationalistes serait sans doute d'étudier les règles fixées par lui, essentiellement dans le cadre onusien, pour encadrer la décolonisation. On se tourne également vers les débats sur les rapports ambigus entre le droit international et la colonisation et les études réalisées sur le droit international des XVI^e^, XVII^e^ et XVIII^e^ siècles qui se penchent sur le rôle joué par la matière pour permettre, organiser ou encourager la colonisation européenne. Mais ces débats sont aujourd'hui essentiellement historiques et, surtout, ils ont déjà été traités de manière substantielle, en particulier par Emmanuelle Jouannet dans sa contribution aux mélanges Peter Haggenmacher[3]. L'essentiel n'est

---

1 Maître de conférences HDR, Université Jean Moulin Lyon 3.

2 Requête émise par l'Assemblée générale le 23 juin 2017, à la suite de l'adoption, le 22 juin 2017 de la résolution 71/292, dans laquelle, se référant à l'article 65 du Statut de la Cour, elle priait la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur deux questions : « Le processus de décolonisation a-t-il été validement mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international, notamment des obligations évoquées dans les résolutions de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 14 décembre 1960, 2066 (XX) du 16 décembre 1965, 2232 (XXI) du 20 décembre 1966 et 2357 (XXII) du 19 décembre 1967 ? » ; et « Quelles sont les conséquences en droit international, y compris au regard des obligations évoquées dans les résolutions susmentionnées, du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, notamment en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle se trouve Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses nationaux, en particulier ceux d'origine chagossienne ? ».

3 E. Tourme Jouannet, « Des origines coloniales du droit international : à propos du droit des gens moderne au 18^ème^ siècle », in *Liber Amicorum Peter Haggenmacher, The Roots of International Law / Les fondements du droit international*, Leiden-Boston, Matinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 649-672.

donc pas là. Ce n'est pas de la décolonisation *en* droit international qu'il s'agit, mais bien de la décolonisation *du* droit international.

L'enjeu actuel de la réflexion scientifique sur la « décolonisation du droit international » se trouve ailleurs, en particulier dans le renouvellement de ses règles et de leur adaptation aux évolutions de la société internationale, aux particularismes, aux besoins, aux identités des Pays du sud. Les travaux de Sundhya Pahuja[4] s'inscrivent dans cette démarche. Pour elle, la « décolonisation » du droit international se manifeste par l'utilisation, par les États du Sud, des mécanismes et des institutions du droit international pour promouvoir leurs objectifs[5]. Elle pose la question suivante « *[w]hy has international law, from the perspective of the Third World, been so disappointing ?* »[6] et dresse ainsi un constat d'échec de la mission qui semblait assignée au droit international pour les Pays du sud et de l'espoir qu'il suscitait. Cette déception est en réalité liée à la conception du droit international que l'on adopte et la mission qu'on lui attribue. Cela suppose d'adopter une approche « philosophique » de la matière et de s'attacher à la légitimité de la règle et à son évaluation[7].

Dans ce cadre, l'évaluation des règles de droit entretient des liens étroits avec le concept de justice. Ce lien, développé par Gény reste d'une profonde actualité. Pour cet auteur : « les règles de droit visent nécessairement et exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste au fond [...] le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable impliquant essentiellement non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire de tort à personne et d'attribuer à chacun son dû, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflits, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine »[8]. Cette idée a été développée dans la sphère du droit international par Emmanuelle Tourme-Jouannet[9]. Ses travaux ont inspiré une démarche de réflexion plus globale sur la règle et sur la matière, c'est-à-dire sur le droit international lui-même. De la même manière, Sundhya Pahuja note qu'« *[i]nternational law in its aspirational dimension bears an enduring relation to an idea of justice. This relation holds out a promise of universality that has inspired many attempts by the Third World to use international law as a site of political struggle. But throughout our exploration here, we have seen that many such attempts have had the unintended consequence of legitimising an expanding domain of international intervention into the Third World* »[10].

Cette étude propose donc une réflexion sur l'évolution du droit international afin de « mesurer » si les grandes modifications et les grands bouleversements du monde post-guerre froide et post-colonial ont été intégrés. Le domaine économique est un indice privilégié tant les questions de

4 S. Pahuja, *Decolonizing International Law*, Cambridge University Press, 2011, 367 p.
5 *Ibid.*, p. 15.
6 *Ibid.*
7 O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2009, 291 p.
8 F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, t. 1, 1914-1924, cité in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1328.
9 Voir par exemple E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? LE droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011 et E. Jouannet, H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel, *Regard d'une génération sur le droit international*, Pedone, 2008.
10 S. Pahuja, *Decolonising International Law*, *op. cit.*

développement sont au cœur de ces questionnements. L'étude du droit international économique permet de déterminer s'il a été en mesure de dépasser le caractère européano-centré commun à la construction du droit international, ou, plus largement, centré sur l'occident et de s'adapter aux situations nouvelles des Pays du Sud. Les origines du droit international sont en effet très liées à l'histoire européenne, comme le rappelle Martti Koskenniemi[11]. L'enjeu de la « décolonisation » du droit international est donc de s'extraire de cette situation et d'adapter les règles à la diversité des États qui composent la société internationale, et non pas d'imposer à tous des règles nées en Europe et adaptées à la situation des Pays occidentaux[12].

Pour « mesurer » la « décolonisation du droit international », il est nécessaire d'établir des critères précis. Cette étude en propose deux. Le premier est celui de la reconnaissance de la différence, c'est-à-dire de la prise en compte de besoins différents. Il s'agit donc d'un critère d'adaptation des règles aux Pays du Sud. Le second, plus difficile à évaluer, repose sur la dépendance ou la soumission de certains États à d'autres, pour schématiser, des États du Sud issus de la décolonisation aux États du Nord.

Dès lors, évaluer si le droit international économique peut être un outil de « décolonisation » du droit international revient à se demander s'il peut être un moyen de mettre fin à l'organisation de la dépendance des Pays du sud et de prendre en compte les différences. Au sein du droit international économique, il y a deux grands domaines qui présentent des exemples intéressants d'adaptation du droit : le droit international des investissements et le traitement spécial et différencié (TSD). Le droit des investissements sera volontairement exclu du champ de l'étude, puisqu'il fait l'objet d'une communication séparée[13]. L'étude se concentre sur le traitement spécial et différencié accordé par le droit de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) aux Pays en développement (PED)[14], et, en son sein, à l'octroi de préférences commerciales.

La réponse est positive sur le plan théorique. Le droit international économique est outillé pour devenir un instrument de « décolonisation ». Il dispose d'une structure institutionnelle et d'un outil de production de normes qui permet de modifier les règles et de les adapter à un objectif différent. Même si l'OMC en tant que telle n'est pas censée produire de règles de droit dérivé[15], elle reste un forum de négociation pour l'adoption par ses membres d'Accords multilatéraux relatifs au commerce.

---

11 M. Koskenniemi, « Histories of International law : Dealing with Eurocentrism », *Rechts Geschichte*, 19, 2011, p. 152-176. Il cite l'un des premiers historiens de droit international, Nys, pour qui : « the history of international law as part of the expansion of European civilization over the world » p. 152 ; « In a work from 1893 Nys found the "origins of international Law" in the European renaissance and saw "modern" international law crystallise with the Peace of Westphalia (1648), the symbol of the system of independent states (Droit public de l'Europe). Three great ideas had dominated history, he argued – progress, freedom and the "idea of humanity". With "progress", Nys meant European modernity as he saw it around himself – a non-confessional political order with advances in economics and technology ».

12 Voy. Y. Onuma, « Multi-civilizational international law in the multi-centric 21st century world: transformation of west-Centric to Global international as seen from a trans-civilizational perspective », in *The Roots of International Law / Les fondements du droit international*, Matinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 597-640.

13 Voy. dans le présent ouvrage la contribution de M. M. Mbengue.

14 L'expression « pays en voie de développement », issue du vocabulaire du droit international économique sera privilégié. Sur les considérations terminologiques voy. R. Etien, « Après "les pays sous-développés", "les pays en voie de développement", "le tiers monde", "les pays émergents", un concept opératoire », in S. Doumbé-Billé, H. Ghérari, R. Kherad (dir.), *Droit, liberté, paix, développement, Mélanges en l'honneur de Majid Benchikh*, Pedone, 2011, p. 437-445.

15 J. Motte-Baumvol, *L'articulation entre le droit de l'OMC et le droit international,* Thèse, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2013, 629 p.

De plus, les règles du droit international économique ont déjà été modifiées afin de prendre en compte les besoins spécifiques des Pays en développement. Une certaine adaptation existe alors bel et bien (I). Toutefois, l'étude de la pratique impose une réponse plus nuancée, voire négative. La modification de ces règles, si elle est réelle, n'a pas permis de sortir de la relation asymétrique de dépendance et donc, n'a pas permis de parvenir à une « décolonisation » du droit international (II).

I. Un outil de « décolonisation » en puissance

Les règles originelles du droit international économique, adoptées dans les années 1940 sont, comme un grand nombre de règles de droit international public, très marquées par leur caractère européano-centré, ou plus exactement ici tournées vers l'occident. Toutefois, les mécanismes issus de ce corps de règles notamment à travers les cycles de négociations successifs ont permis un assouplissement progressif en faveur des Pays en voie de développement. Cette modification des règles porte la marque d'une certaine forme de « décolonisation » du droit international, notamment parce qu'elle permet la prise en compte des besoins spécifiques des Pays en développement et l'adoption d'une série d'exceptions aux règles du GATT (A) puis la reconnaissance d'une véritable différenciation juridique (B).

A. La prise en compte progressive des besoins spécifiques des Pays en développement comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international économique

Dès 1947, les membres du GATT prennent en compte la situation particulière des Pays en développement, mais de manière très limitée. Une seule disposition existe au sein des accords et aucun statut juridique réel ne leur est conféré. En effet, l'article 18 du GATT de 1947 prévoyait que les Pays en développement pourraient imposer des restrictions au commerce pour des raisons liées au développement. Toutefois, ces restrictions étaient conditionnées par l'accord préalable des parties contractantes vidant pour l'essentiel le dispositif de son contenu et de son utilité.

Une première prise de conscience de l'insuffisance de l'article 18 entraîne sa modification, en 1955 pour apporter des précisions sur le type d'exceptions que les Pays en développement pouvaient mobiliser. Quatre cas de figure y sont prévus, lorsqu'ils ont pour objectif le développement : le réajustement des droits de douane (alinéa A), l'imposition de certaines restrictions quantitatives pour des raisons de balance des paiements (alinéa B) ; la création de subventions à l'exportation (alinéa C) et la subvention pour créer une nouvelle branche de production nationale (alinéa D). L'inscription de ces quatre exceptions au sein du GATT démontre une volonté d'adapter les règles à la situation des PED, toutefois, elles n'ont été que très peu invoquées[16] preuve qu'elles ne répondaient pas aux attentes et aux besoins des États visés.

16 L'alinéa A ne fut invoqué que 9 fois, l'alinéa C4 fois, l'alinéa D ne l'a jamais été. Ainsi, seul l'alinéa B fut parfois invoqué pour pouvoir imposer certaines restrictions quantitatives.

Par la suite, dans les années 1960, la décolonisation est en grande partie consommée, et les PED sont de plus en plus nombreux. La question du développement d'un régime qui leur serait applicable se pose donc avec une plus grande acuité. Le 24 juin 1966[17], une Partie IV est ajoutée au GATT, intitulée « commerce et développement ». Elle s'inscrit dans le processus de modification des règles du droit international économique pour prendre en compte la situation différente des PED. Cette Partie IV demeure néanmoins très insuffisante. Les PED ne sont toujours pas dotés d'un statut juridique propre et leur situation demeure régie par une série d'exceptions. Par ailleurs, les termes employés sont très vagues et les dispositions ne sont pas contraignantes. La formulation de l'article XXXVI est en ce sens très claire : « notant que les Parties Contractantes *peuvent* autoriser les parties contractantes peu développées à utiliser des mesures spéciales pour favoriser leur commerce et leur développement »[18]. Le seul principe qui en ressort réellement est celui de la non-réciprocité dans les négociations, ce qui a eu l'effet pervers de conduire à l'absence de prise en compte de la position des PED dans ces négociations[19].

Puis, lors du cycle de Tokyo, les États vont enfin modifier leur approche des Pays en développement et de leur insertion dans le commerce mondial. On parle d'une approche positive, dès lors que leur statut n'est plus défini en termes d'exception, mais devient un statut juridique à part entière. À la suite de la Conférence des Nations unies pour le Commerce et le développement de New Delhi de 1968, les Nations unies recommandent aux parties contractantes du GATT de mettre en place un système généralisé de préférences (SGP), en vertu duquel les Pays développés améliorent l'accès au marché des exportations des Pays en développement. Dans ce cadre, les États parties au GATT adoptent, le 25 juin 1971 une décision « Régime généralisé de préférences » qui réitère le caractère non contraignant de l'engagement des Pays développés. Ce texte est valable pour une durée de 10 ans renouvelable. Il a pour apport essentiel de permettre, sans toutefois les y contraindre, aux Pays développés de mettre en place des systèmes généralisés de préférences au profit des PED en dérogeant à la clause de la nation la plus favorisée de l'article I du GATT. Ce texte sera complété, le 26 novembre 1971, par une décision « Négociations commerciales entre Pays en voie de développement », adoptée elle aussi pour une durée de dix ans et permettant aux PED de conclure des accords préférentiels entre eux.

Dès lors, dès 1971, les relations Nord-Sud et les relations Sud-Sud n'étaient plus régies par le principe de la clause de la nation la plus favorisée, hautement inadaptée à la situation des PED et très souvent contraire à leurs intérêts économiques et politiques.

Ce statut sera complété par l'adoption, en 1979 de la clause d'habilitation, mais il constitue déjà une preuve de la capacité du système économique mondial mis en place par le GATT à faire évoluer ses règles et à rechercher leur adaptation aux besoins de développement des Pays du Sud.

17 L'entrée en vigueur de la décision a eu lieu en février 1965.
18 Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), art. XXXVI §1 f).
19 Voir *infra*, II.

B. La reconnaissance de la différenciation juridique comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international

Dans le cadre du *Tokyo Round*, une deuxième phase dans l'instauration d'un statut juridique pour les PED intervient avec la clause d'habilitation du 28 novembre 1979 intitulée « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des Pays en voie de développement ». Elle apporte un fondement juridique permanent pour les préférences commerciales accordées par les Pays développés, tant d'une manière générale pour tous les Pays en développement en vertu des régimes SGP que, plus spécifiquement, pour le traitement préférentiel accordé aux Pays les moins avancés.

Aux termes de la clause d'habilitation, l'octroi d'un traitement tarifaire préférentiel pour les produits provenant des Pays en développement est admis, en dérogation à la clause de la nation la plus favorisée. Par ailleurs, les PED sont habilités à s'octroyer des préférences mutuelles. Au-delà des accords préférentiels, les textes vont directement poser un régime plus favorable dans certains cas pour les PED qui se traduit le plus souvent par des délais de transition plus longs pour mettre en place les accords, mais également par une assistance technique ou encore des conditions moins difficiles à remplir pour obtenir certaines dérogations[20].

Le régime juridique mis en place par la clause d'habilitation constitue la reconnaissance d'une situation différente, il s'agit d'une différenciation juridique, à savoir de l'existence d'une « pluralité de normes prenant en compte les spécificités des Pays en transition et celles des différentes catégories de PED »[21]. Cette diversité a également été soulignée par le Professeur Touscoz pour qui les accords issus du cycle de l'Uruguay constituent « un cadre mobile à géométrie variable » puisque les règles applicables aux États « sont différenciées et plurielles »[22]. Des dispositions relatives au traitement spécial et différencié ont été insérées dans la grande majorité des Accords relatifs au commerce, qu'il s'agisse des Accords relatifs au commerce des marchandises, des services, des droits de propriété intellectuelle, du règlement des différends ou encore des marchés publics[23]. Par ailleurs, un grand nombre de décisions adoptées par les organes de l'OMC ont trait à ces questions et aménagent des règles spécifiques pour les Pays en développement[24]. Les instruments les plus récents font également une place aux questions de développement et affichent une volonté d'adaptation. Tel est le cas de la

20 Voir OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, WT/COMTD/W/196 et K. NERI, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », in SFDI, *L'État dans la mondialisation* (colloque de Nancy de juin 2012), Pedone, 2013, p. 301-322.

21 T. Flory, « Le nouveau régime juridique », Rapport général, in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Pedone, 1996, p. 89-111.

22 J. Touscoz, « La réorganisation mondiale des échanges : quelques questions juridiques », Rapport introductif, in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques*), Pedone, 1996, p. 19.

23 Voy. OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, *précit.* De telles dispositions sont présentes dans les Accords suivants : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 ; Mémorandum d'accord sur les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la balance des paiements ; Accord sur l'agriculture ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ; Accord sur les obstacles techniques au commerce ; Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 ; Accord sur les procédures de licences d'importation ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; Accord sur les sauvegardes ; Accord général sur le commerce des services ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ; Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ; Accord sur les marchés publics ; Accord sur la facilitation des échanges.

24 Voy. OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, *précit.*

création par la Conférence ministérielle de Bali de décembre 2013 d'un mécanisme visant à examiner et à analyser la mise en œuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié, ou encore l'adoption de l'Accord sur la facilitation des échanges. Lors de la Conférence de Nairobi de décembre 2015, une série de six Décisions ministérielles concernant l'agriculture, le coton et des questions en rapport avec les Pays les moins avancés ont également été adoptées. Elles contiennent par exemple des mesures relatives aux stocks publics à des fins de sécurité alimentaire, un mécanisme de sauvegarde spécial en faveur des Pays en développement et des mesures concernant le coton ou encore un traitement préférentiel en faveur des Pays les moins avancés (PMA) dans le domaine des services et les critères permettant de déterminer si les exportations en provenance des Pays les moins avancés peuvent bénéficier des préférences commerciales[25].

Ainsi, on observe dans le domaine économique, et c'est assez rare dans le droit international contemporain, une modification du contenu des règles afin de prendre en compte des besoins et la situation des États issus de la décolonisation. L'adoption de règles spécifiques pour les Pays en développement s'est ensuite propagée à d'autres domaines du droit international comme le droit de l'environnement à travers le concept de *responsabilités communes mais différenciées*[26]. Le Principe 7 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992 prévoit en ce sens que

> « [l]es États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les Pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent. »

Dans une moindre mesure, les règles relatives au patrimoine culturel prennent également en compte la situation des Pays en développement[27]. En ce sens, le droit international économique a contribué et contribue toujours, par son contenu normatif à la décolonisation du droit international.

25 Voy. les Décisions ministérielles du « Paquet de Nairobi », adoptées le décembre 2015 : Décision relative au Mécanisme de sauvegarde spéciale en faveur des pays en développement membres (WT/MIN(15)/43 – WT/L/978) ; Décision relative à la Détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire (WT/MIN(15)/44 – WT/L/979) ; Décision relative à la Concurrence à l'exportation (WT/MIN(15)/45 – WT/L/980) ; Décision relative au Coton (WT/MIN(15)/46 – WT/L/981) ; Décision relative aux Règles d'origine préférentielles pour les pays les moins avancés (WT/MIN(15)/47 – WT/L/917/Add.1) ; Décision relative à la Mise en œuvre du traitement préférentiel en faveur des services et fournisseurs de services des pays les moins avancés et participation croissante des PMA au commerce des services (WT/MIN(15)/48 – WT/L/982).

26 Pour un commentaire, voy. S. Lavalle, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague : Essai sur la responsabilité de protéger le climat », *Études internationales*, 2010, p. 51 et s. ou K. Bartenstein, « De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement », *McGill Law Journal*, 2010, p. 177 et s.

27 « Approbation de directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention et futures activités du Comité » in *Conférence des parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, Rés UNESCO 2.CP.7, Doc off UNESCO, 2e sess, Doc NU CE/09/2.CP/210/7 (2009), qui prévoit un traitement préférentiel pour les PED.

Par ailleurs, les mécanismes du droit de l'OMC en faveur des Pays en développement ou des Pays les moins avancés sont d'une grande flexibilité[28]. Charles-Emmanuel Côté relevait « le pragmatisme et la flexibilité réelle du droit international économique », même si c'est « une de ses caractéristiques souvent méconnue »[29]. À l'appui de ces propos, le mécanisme de dérogations *ad hoc*, qui permet de légaliser tout traitement de faveur accordé à des PED, qui échappe aux autres modalités d'opération du TSD et qui serait autrement illicite. Ce mécanisme a par exemple été utilisé pour les arrangements préférentiels franco-marocains[30], les préférences accordées par les États-Unis aux Pays andins[31] ou encore les Accords entre l'Union européenne et les États ACP, de Lomé à Cotonou[32].

Le premier critère établi en introduction semble donc rempli : il existe une reconnaissance de la différence et de la nécessité de règles différentes qui se traduit par l'adoption de règles qui, au moins en façade, permettent de rendre le système commercial plus juste pour les Pays en développement et pour leurs populations[33]. De plus, le droit international économique porte en son sein la flexibilité nécessaire pour permettre l'adoption de nouvelles règles. Cette prise en compte pourrait *prima facie* expliquer l'important succès de l'OMC auprès des Pays en développement qui continuent d'adhérer massivement à l'Organisation. Lors des deux dernières années, quatre Pays en développement sont devenus membre de l'Organisation : les Seychelles 26 avril 2015, le Kazakhstan 30 novembre 2015, le Liberia 14 juillet 2016 et l'Afghanistan 29 juillet 2016. La liste des accessions[34] en cours tend à montrer également la volonté de ces Pays de rejoindre l'OMC. En réalité, l'adhésion est souvent le résultat d'une conditionnalité et semble maintenir la situation de dépendance des Pays en développement et, par certains égards, l'aggraver.

II. L'échec de la « décolonisation » en pratique

L'observation de la pratique et la réalité des résultats obtenus grâce aux mécanismes mis en place dans le cadre du GATT puis de l'OMC amènent à se demander si les règles conçues pour sortir de la décolonisation et de la dépendance n'ont pas comme conséquence, par une série d'effets pervers, de la maintenir, voire de l'aggraver. En effet, les Pays en développement et les PMA semblent être maintenus dans une situation de dépendance tant économique (A) que politique (B).

---

28 Voir K. Neri, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », *art. cit.*

29 C.-E. Côté, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC », *McGill Law Journal*, 2011, p. 163.

30 Voir CE/France, Arrangements commerciaux franco-marocains : prorogation de la dérogation (2000), OMC Doc WTILI361.

31 États-Unis – Loi relative aux préférences commerciales en faveur des pays andins : Prorogation de dérogation (2009), OMC Doc WT/IJ755 ; États-Unis – Loi relative au redressement économique du bassin des Caraïbes : Prorogation de dérogation (2009), OMC Doc WTIJ753.

32 OMC, Conférence ministérielle, Communautés européennes – Accord de partenariat ACP-CE (2001), OMC Doc WT/MIN(01)/15 [CE - Accord de partenariat] ; CE – Quatrième Convention ACP-CE de Lomé : Prorogation de dérogation (1996), OMC Doc WT/IL/186.

33 I. D. Bunn, *The Right to Development and International Economic Law: Legal and Moral Dimensions*, Hart Publishing, 2012, p. 217.

34 Algérie ; Andorre ; Azerbaïdjan ; Bahamas ; Bélarus ; Bhoutan ; Bosnie-Herzégovine ; Comores ; Éthiopie ; Guinée équatoriale ; Iran ; Iraq ; Libye ; Ouzbékistan ; République arabe syrienne ; République libanaise ; Sao Tomé-et-Principe ; Serbie ; Somalie ; Soudan ; Timor-Leste.

A. Le maintien d'une dépendance économique

La colonisation a façonné les économies des territoires qui y étaient soumis d'une manière si profonde que l'accession à l'indépendance n'a pas toujours permis de sortir des schémas coloniaux :

> « [l]e Pacte colonial amenait les colonies à fournir des matières premières et des denrées alimentaires tropicales aux métropoles et à servir de débouchés pour les produits de leurs industries. Il en est résulté une similitude des productions, sucre, rhum, café, cacao… et un manque de complémentarité qui obère encore de nos jours les échanges sud-sud. La colonisation est en outre responsable de la directionnalité nord-sud des échanges. En raison de la dépendance économique et du monopole du pavillon, l'essentiel des trafics se faisait avec les métropoles. Malgré la décolonisation, cette situation perdure[35]. »

La colonisation est donc responsable du cloisonnement économique que pérennisent, depuis l'indépendance, les politiques de développement, souvent semblables. En effet, les Pays nouvellement indépendants ont fondé leur développement, dans le prolongement de l'économie coloniale, sur l'exportation de matières premières agricoles et minières. Les politiques commerciales reposent donc sur des tarifs douaniers élevés et sur des accords préférentiels non réciproques avec les grandes puissances économiques. La mise en place du TSD tend donc à « pérenniser » cette situation de dépendance économique et à placer les PED issus de la décolonisation dans une situation de concurrence qui entrave les échanges sud-sud. Pour Jean-Jacques Vlody, la création de l'OMC s'est accompagnée d'une concurrence accrue sur les marchés mondiaux pour les exportateurs des Pays issus de la décolonisation marquant ainsi la faible efficacité économique des mécanismes du TSD[36]. L'incapacité des règles d'équité au sein du système GATT/OMC à atteindre leur objectif, à savoir une meilleure intégration des Pays du sud dans le commerce international[37] marque un « système de droit et d'obligations en trompe-l'œil »[38]. Peu de Pays du sud ont réussi à tirer profit des règles différenciées et de leurs possibilités pour développer et diversifier leurs exportations. Le cas de Maurice, le plus souvent cité, mais également celui du Kenya et du Zimbabwe font, dans une certaine mesure, office de contre-exemple[39].

Dès lors, la modification des règles du droit international économique pour prendre en compte les besoins des Pays en développement n'a pas été en mesure de gérer de manière appropriée les inégalités entre les États[40]. L'OMC elle-même, dans son rapport 2004 sur le commerce international formule des réserves à l'endroit des préférences commerciales qui prennent la forme d'avantages tarifaires ou de quotas d'exportations non seulement parce qu'elles vont à l'encontre de la CNPF, mais

---

35 J.-J. Vlody, « Du cloisonnement colonial au codéveloppement régional. L'insertion des Départements-Régions d'Outre-mer dans leur environnement géographique », Rapport à Madame la Ministre des Outre-mer, La Documentation française, juillet 2016, http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/164000656.pdf

36 H. Ghérari, « Vers la fin des préférences commerciales ? », in S. Doumbé-Billé, H. Ghérari, R. Kherad (dir.), *op. cit.*, p. 478.

37 C. Vadcar, « La réciprocité dans le système commercial international », *JDI*, 2002, p. 782.

38 La place des pays en développement dans le système commercial multilatéral : Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne présenté par J.-C. Lefort, 23 novembre 2000.

39 Au-delà de Lomé IV, Pistes de réflexion sur l'avenir de la coopération ACP-UE, Centre européen de gestion des politiques de développement, Rapport n° 6, 1996, Maastricht. Sur les échecs du droit international du développement, voir M. Kamto, « Requiem pour le droit international du développement », in S. Doumbé-Billé, H. Ghérari, R. Kherad (dir.), *op. cit.*, p. 493-507.

40 C.E. Cote, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC », *art. cit.*

également parce qu'elles « n'améliorent que légèrement l'accès réel aux marchés et ne favorisent pas nécessairement le développement économique à long terme des Pays bénéficiaires »[41]. Cet échec s'explique en partie par les problèmes de mise en œuvre[42] qui créent une situation de dépendance.

En effet, le régime instauré pour les Pays en développement les place dans une situation de dépendance totale vis-à-vis des pourvoyeurs de préférences au sein de l'OMC, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'octroi de préférences commerciales n'est pas une obligation pour les Pays développés, mais une simple faculté[43], qui peut être retirée à tout moment, ce qui accentue l'asymétrie. Le Paragraphe 1er de la Clause d'habilitation prévoit que les Parties « peuvent accorder un traitement différencié et plus favorable ». De la même manière, l'article 9 de l'Accord SPS[44] énonce que les membres « conviennent de faciliter l'octroi d'une assistance technique » aux Pays en développement. Ces dispositions emploient un libellé purement discrétionnaire ce qui pose de sérieuses difficultés de mise en œuvre, en particulier en matière d'assistance technique. Même lorsque les termes semblent juridiquement contraignants, les termes sont tellement vagues qu'ils ne correspondent en réalité à aucune obligation précise. Les articles 10:1 de l'Accord SPS[45] et 15 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994[46] sont dans ce cas. Ils utilisent des termes qui indiquent un engagement contraignant (« tiendront compte » et « devront ») mais il n'y a aucune conséquence si la mesure mise en place ne reflète pas la situation ou les besoins d'un Pays en développement[47].

Conférer un caractère obligatoire au traitement spécial et différencié fait par exemple partie des revendications des PED dans le cadre du cycle de Doha, l'Organisation elle-même reconnaissant certains dysfonctionnements des mécanismes mis en place. La déclaration de Doha confie en effet au Comité du commerce et du développement la tâche d'identifier les dispositions relatives au traitement spécial et différencié qui sont impératives, et d'examiner les conséquences de la conversion des dispositions actuellement non contraignantes en dispositions contraignantes[48]. Une proposition d'adoption d'un accord-cadre sur le TSD a également vu le jour et propose, dans le même sens, d'insérer un point ainsi formulé : « le traitement spécial et différencié sera obligatoire et juridiquement contraignant par le biais du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (y compris les

41 OMC, Rapport annuel sur le commerce mondial, 2004.

42 W. Cook, « Repenser le traitement spécial et différencié pour l'intégrer au 21ème siècle », *Passerelles*, 2015, vol. 16, n° 8 [https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/repenser-le-traitement-spécial-et-différencié-pour-l'intégrer-au-21ème] ou encore F. Khatun, « Quel traitement spécial et différencié en faveur des PMA à l'OMC et pourquoi ? », Passerelles, 2013, vol. 14, n° 5, [https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/quel-traitement-spécial-et-différencié-en-faveur-des-pma-à-l'omc-et].

43 Voir la lettre de la Clause d'habilitation, *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement*, Décision du 28 novembre 1979 (Clause d'habilitation – L/4903) : « Nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les parties contractantes *peuvent* accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en voie de développement, sans l'accorder à d'autres parties contractantes » (nous soulignons).

44 Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), entré en vigueur le 1er janvier 1995.

45 Article 10:1 de l'Accord SPS, *précit.* : « [d]ans l'élaboration et l'application des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres tiendront compte [shall take account] des besoins spéciaux des pays en développement Membres, et en particulier des pays les moins avancés Membres ».

46 Article 15 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 : « [i]l est reconnu que les pays développés Membres devront [must] prendre spécialement en considération la situation particulière des pays en développement Membres quand ils envisageront d'appliquer des mesures antidumping conformément au présent accord. Les possibilités de solutions constructives prévues par le présent accord seront explorées préalablement à l'application de droits antidumping lorsque ceux-ci porteraient atteinte aux intérêts essentiels de pays en développement Membres ».

47 OMC, ecampus, « Traitement spécial et différencié », Module 3, p. 16. [https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_421/Module_2227/ModuleDocuments/TD-M3-R1-F.pdf]

48 Conférence ministérielle, Déclaration ministérielle de Doha, Adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, point 44.

prescriptions en matière de notification et l'inclusion de ces engagements dans les listes des Pays) »[49]. Le cycle de Doha semblait alors remettre sur le devant de la scène la question du développement, quelque peu en sommeil depuis l'adoption de la clause d'habilitation[50], toutefois, les négociations sur ces questions semblent être au point mort[51].

Enfin, en l'absence de définition claire de ce qu'est un Pays en développement, il revient aux Pays développés de décider de la liste des bénéficiaires des préférences commerciales qu'ils accordent. Cette liberté est limitée par la lettre de la clause d'habilitation et par l'ORD qui a fixé des règles de non-discrimination[52]. En effet, si les Pays développés peuvent décider unilatéralement quels produits et quels Pays seront couverts par leurs programmes de préférences commerciales, ces dernières doivent néanmoins être « généralisées » et « sans discrimination »[53]. Pour schématiser, quatre éléments doivent être démontrés pour justifier une différence de traitement entre deux Pays en développement : les différents Pays ne sont pas dans une situation similaire, dans la mesure où les Pays recevant les préférences les plus grandes ont des besoins spéciaux en matière de développement ; les préférences tarifaires sont un moyen effectif de prendre en compte ces besoins spéciaux ; tous les Pays en développement ayant ces besoins spéciaux bénéficient des plus grandes préférences ; et toute condition ou prescription de performance imposée aux Pays éligibles est objective, transparente, et non discriminatoire. Si le caractère discrétionnaire des schémas de préférences est ainsi limité et a pu conduire à remettre en cause certains choix, notamment ceux de l'Union européenne et des États-Unis[54], force est de constater qu'une large marge de manœuvre demeure[55].

B. Le maintien d'une dépendance politique

Les Pays issus de la décolonisation ont fait le choix, parfois contraint[56], d'adhérer massivement à l'OMC. Dès lors, ils sont aujourd'hui très largement majoritaires au sein de l'organisation. Toutefois cette adhésion progressive et massive n'a pas conduit à modifier le rapport de force ni à permettre aux États du sud de peser dans les négociations commerciales, notamment celles des accords multilatéraux.

---

49 Proposition pour un accord-cadre sur le traitement spécial et différencié, Communication de Cuba, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, du Kenya, de la Malaisie, de l'Ouganda, du Pakistan, de la République dominicaine, de Sri Lanka, de la Tanzanie et du Zimbabwe, 19 septembre 2001, WT/GC/W/442.

50 M.-F. Valette, « La résurgence des dissonances Nord-Sud relatives à la clause d'habilitation », *RBDI*, 2005/1-2, p. 623-667. Voy. égal. Ph. Vincent, « Les résultats de la quatrième conférence ministérielle de l'OMC- vers un cycle du développement ?», *RBDI*, 2003/1, p. 111-130.

51 Voy. K. Neri, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », *art.cit.*

52 OMC, Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement.

53 *Ibid.*

54 Voy V. Quentel, « Schéma communautaire de préférences généralisées aux règes de l'Organisation mondiale du commerce – Affaire du régime spécial "drogues" », *RBDI*, 2005/1-2, p. 501-526.

55 « Il ressort clairement des sens ordinaires de l'expression "sans … discrimination", toutefois, que les pays donneurs de préférences doivent mettre des préférences tarifaires identiques à la disposition de tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable » ; « En résumé, nous interprétons le paragraphe 3 c) comme autorisant les pays donneurs de préférences à "répondre de manière positive" à des "besoins" qui ne sont pas nécessairement communs à tous les pays en développement ou partagés par eux tous. Répondre aux "besoins … des pays en voie de développement" peut donc impliquer de traiter des pays en développement bénéficiaires différents de manière différente », OMC, Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, § 162.

56 Les mécanismes de conditionnalité ont été exclus du champ de l'étude car ils ne relèvent pas nécessairement du droit international économique. Toutefois, ils contribuent également à maintenir les Pays issus de la décolonisation dans une situation de dépendance. Voir sur ce point les travaux de Loïc Robert, *Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne – Ambitions et réalité*, Mémoire, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009 [http://edpl.univ-lyon3.fr/les-clauses-relatives-aux-droits-de-l-homme-dans-les-accords-internationaux-conclus-pour-la-communaute-europeenne-ambitions-et-realite--1032541.kjsp?RH=1450084826488] et *La contribution de l'Union européenne au droit international des droits de l'homme*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2014.

Si les modalités de prise de décision au sein de l'OMC reposent bien sur l'égalité formelle entre les États et accordent une voix à chaque État membre[57], cette égalité de façade cache une réalité bien différente. En effet, l'OMC fonctionne en pratique en suivant la règle du consensus qui, à première vue, confère à chaque État membre un droit de veto. Mais, « [d]errière son apparente symétrie, la règle du consensus "un Pays-un droit de veto" cache pourtant de profondes asymétries »[58]. Les marchés intérieurs des petits Pays, souvent issus de la décolonisation présentent peu d'intérêt pour les autres États membres et ont alors peu de poids dans les négociations. De plus, l'adoption de règles différenciées et d'un système de préférences non réciproques a eu un effet pervers sur la capacité négociatrice des Pays en développement. Leur voix n'a qu'un poids très limité dans les négociations multilatérales parce qu'ils n'ont pas de concessions à offrir, et par conséquent sont moins entendus. À l'inverse, les membres leader tels que les États-Unis ou l'Union européenne, disposent d'un marché si vaste que toute concession, même minime a des effets potentiels conséquents sur les exportations des autres membres. Le rapport de force favorable se trouve donc préservé[59].

Cet état de fait a quelque peu évolué au gré des coalitions qui se sont formées au cours des différents cycles de négociation, répondant à une logique d'intérêts communs (comme le groupe de Cairns[60]), ou de proximité économique (comme le G20[61] ou le G90[62]). Le G20, regroupant certains Pays émergents comme le Brésil ou l'Inde a conduit dans une certaine mesure ces États, ou au moins certains d'entre eux, à peser sur les négociations[63]. Cette modification n'est que partielle et ne concerne que les Pays émergents. Le Groupe des 90, composé de Pays en développement en plus grande difficulté économique n'a eu que très peu d'impact sur la domination exercée par les États du Nord dans les négociations. Au-delà du poids économique représenté par ces États, cette dépendance politique est également due au manque de moyens humains ou financiers pour participer activement aux différents groupes de travail voire même pour entretenir une délégation auprès de l'OMC[64].

---

57 « Aux réunions de la Conférence ministérielle et du Conseil général, chaque Membre de l'OMC disposera d'une voix. Dans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Membres de l'OMC. Les décisions de la Conférence ministérielle et du Conseil général seront prises à la majorité des votes émis, à moins que le présent accord ou l'Accord commercial multilatéral correspondant n'en dispose autrement », *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Marrakech le 15 avril 1994, art. IX paragraphe 1.

58 J.-M. Siroën, « L'OMC et les négociations commerciales multilatérales », *Négociations*, 2007/1, n° 7, p. 13.

59 *Ibid.*

60 Groupe de pays exportateurs de produits agricoles qui se sont mobilisés en faveur de la libéralisation des échanges dans ce secteur. Il a été constitué en 1986 à Cairns (Australie) juste avant le lancement des négociations du Cycle d'Uruguay. Il est composé des États suivants : Afrique du Sud, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Guatemala, Indonésie, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Paraguay, Philippines, Pérou, Thaïlande, Uruguay, Viet Nam.

61 Coalition de pays en développement qui cherchent à obtenir des réformes ambitieuses de l'agriculture dans les pays développés, avec une certaine flexibilité pour les pays en développement. Il est composé des États suivants : Afrique du Sud, Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Chine, Cuba, Guatemala, Inde, Indonésie, Mexique, Nigéria, Pakistan, Paraguay, Philippines, Pérou, Tanzanie, Thaïlande, Uruguay, Venezuela, Zimbabwe, Égypte, Équateur.

62 Groupe composé des Pays africains, des Pays ACP et des Pays les moins avancés. Il contient : Afghanistan, Afrique du Sud, Angola, Antigua et Barbuda, Bangladesh, Barbade, Belize, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Bénin, Cabo Verde, Cambodge, Cameroun, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Djibouti, Dominique, Fidji, Gabon, Gambie, Ghana, Grenade, Guinée, Guinée-Bissau, Guyana, Haïti, Jamaïque, Kenya, Lesotho, Libéria, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Myanmar, Namibie, Niger, Nigéria, Népal, Ouganda, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Rwanda, République centrafricaine, République dominicaine, République démocratique du Congo, République démocratique populaire lao, Saint Vincent et les Grenadines, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Samoa, Seychelles, Sierra Leone, Suriname, Swaziland, Sénégal, Tanzanie, Tchad, Togo, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Vanuatu, Yémen, Zambie, Zimbabwe, Égypte, Îles Salomon. Il contient également des observateurs auprès de l'OMC : Bahamas, Bhoutan, Comores, Guinée équatoriale, Sao Tomé-et-Principe, Somalie, Soudan, Timor-Leste, Éthiopie ; et des États tiers : Kiribati, Micronésie, Nauru, Nioué, Palaos, Soudan du Sud, Tuvalu, Érythrée, Îles Cook, Îles Marshall.

63 Tel est principalement le cas du Brésil.

64 J.-M. Siroën, *art. cit.*, p. 14. L'auteur note néanmoins que « [l]ors du cycle de Doha, cette marginalisation des pays les plus pauvres a néanmoins été atténuée par l'activisme de certaines ONG, dont l'emblématique Oxfam, qui sont parvenues à médiatiser et à imposer le sous-thème des subventions à l'exportation et à la production de coton ».

Au vu de tout ce qui précède, les préférences commerciales ont alors peine à être considérées comme un véritable outil pour sortir de la dépendance comme le soulignait Madjid Benchikh en évoquant un « nouvel ordre dans la dépendance »[65].

Les deux critères d'analyse, celui de l'adaptation des règles et celui de la dépendance nous amènent à des conclusions différentes, voire opposées. Sur le premier, le droit international économique a pu être un outil de « décolonisation » du droit applicable au développement, mais, plus largement du droit international, puisqu'une réelle différenciation juridique a été bâtie, différenciation qui a infiltré par la suite d'autres branches du droit international comme le droit de l'environnement. Sur la seconde caractéristique, le bilan est au contraire plutôt négatif : l'établissement des règles spécifiques pour les Pays du Sud n'a pas conduit à mettre fin à la soumission, la dépendance ou l'asymétrie tant économique que politique.

65 M. Benchikh, *Droit international du sous-développement : nouvel ordre dans la dépendance*, Berger-Levrault, 1983, 331 p.

Entre principes et procédures
Les défis de l'affaire *Chevron* pour la reconnaissance et la *décolonialité* en Amérique Latine

Ademar Pozzatti Junior[1]

La colonisation est un événement qui se prolonge dans le temps et n'est pas seulement une étape historique déjà passée. C'est également un phénomène élargi qui s'étend au-delà de la colonisation politique (administration coloniale) et qui se réfère à une structure complexe de domination économique qui comprend l'imposition d'un rôle dans la division internationale du travail jusqu'à la favorisation – juridique et institutionnelle – des acteurs privés du Nord dans leurs relations avec les États, les entreprises et les personnes du Sud[2]. Dans cette perspective, les entreprises transnationales usurpent fréquemment les territoires d'Amérique du Sud et humilient les États et les populations indigènes, travaillant comme de véritables acteurs néocoloniaux. Et cela se produit d'une manière renforcée dans une primauté, qui existe de fait, du régime juridique protecteur du commerce international au détriment des régimes protecteurs de la diversité culturelle et des droits de l'homme[3]. Cette supériorité nous amène à poser une question :

> « que valent les droits des minorités et des autochtones, la préservation de leur patrimoine, de leurs arts traditionnels, leurs forêts et leurs terres ancestrales si le jeu national et transnational des acteurs économiques privés, des compagnies pétrolières, minières ou forestières, peut s'imposer à eux de façon parfaitement licite, notamment par le biais de contrats d'investissements qui favorisent excessivement l'investisseur[4] ? »

Cette question met en évidence les défis contemporains de la décolonisation, étant donné que les entreprises transnationales utilisent souvent des montages licites pour produire des grandes injustices dans la périphérie du monde. Inspiré de la question ci-dessus, le présent travail veut analyser la controverse juridique impliquant l'entreprise Chevron en Équateur à partir d'une perspective critique, et cela sera fait à partir de l'idée d'un droit international de la reconnaissance.

---

1 Professeur de droit international à l'Université Fédérale de Santa Maria – Brésil.

2 A. Quijano, « Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina », in E. Lander (ed.) *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires : CLACSO, 2005, p. 111.

3 J. Warden-Fernandez, « Indigenous Communities Rights and Mineral Development », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2005-4, vol. 23, p. 417 et s.

4 E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », *RGDIP*, 2012-4, p. 797.

Le droit international de la reconnaissance « traduit l'apparition du nouveau paradigme social et culturel de la reconnaissance des identités qui s'est imposé à la fois sur le plan interne et international depuis les années 1990 »[5]. Pour devenir effectif, le droit international de la reconnaissance opère sur trois fronts et chacun d'eux offre des catégories pour réfléchir au cas *Chevron*. Le premier concerne le « droit relatif à la diversité culturelle », se traduisant en divers traités internationaux qui ont inscrit ce principe dans le droit positif[6]. Dans le second front, le droit international de la reconnaissance « prend également la forme de droits subjectifs individuels ou collectifs qui doivent être garantis au sein des États eux-mêmes et qui permettent de préserver et de promouvoir l'identité des personnes et des groupes, et de mettre fin à de multiples situations de stigmatisation et de marginalisation »[7]. Le troisième front du droit international de la reconnaissance se préoccupe de la réparation des préjudices historiques commis en raison du colonialisme et de l'impérialisme. Ainsi « la reconnaissance de l'autre au sein de la société postcoloniale ne passe-t-elle en effet pas par l'acceptation d'une histoire partagée qui met en lumière des siècles de déni de l'autre et la nécessité de réparer les préjudices historiques infligés »[8]. Plus qu'un ensemble de règles, le droit international de la reconnaissance est un véritable principe juridique et, comme tel, doit toujours être utilisé au sein du champ juridique le plus large possible.

Ainsi, il est possible d'utiliser les catégories du droit international de la reconnaissance pour penser les nouvelles formes d'utilisation des territoires colonisés, tout comme pour combattre l'exploitation que les acteurs néocoloniaux – comme certaines entreprises transnationales – imposent à l'Amérique Latine, et créer des stratégies de coopération entre les acteurs politiques et la société civile pour imposer la réparation des dommages historiques. Dans cette perspective, cette étude veut rechercher si la coopération juridique internationale dans l'affaire *Chevron* rompt la logique coloniale à travers la responsabilisation – et l'exécution de cette responsabilisation par les structures institutionnelles des États – ou si la coopération judiciaire reproduit uniquement les systèmes d'exploitation et maintient la logique coloniale.

Il est nécessaire d'élaborer des stratégies juridiques pour la réparation de *l'écocide* de l'Amazonie équatorienne, qui ont résulté en l'exploitation du pétrole par Chevron (Texaco à l'époque) à la fin du XX^e^ siècle. Penser ces stratégies amène à réfléchir à la question de savoir comment le droit international de la reconnaissance est lié aux droits économiques, sociaux et culturels et aux limites et aux possibilités d'une revendication au nom de ce droit. L'affaire *Chevron* est exemplaire afin de comprendre comment le droit international de la reconnaissance, dans sa dimension historique, pourrait participer à l'articulation de nouvelles formes d'utilisation du territoire, que ce soit en imposant la réparation morale et financière des dommages causés dans le passé, ou en en usant comme exemple prophylactique pour que ces nouveaux cas d'exploitation coloniale ne se reproduisent plus. Conjecturer ces questions exige un équilibre entre l'idéalisme et le réalisme, en ce que,

5 *Ibid.*, p. 769.

6 Le droit relatif à la diversité culturelle s'est matérialisé par exemple, dans la convention de l'UNESCO, adoptée en 2005, relative à la protection et à la promotion de la diversité des expressions culturelles [http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf].

7 E. Tourme Jouannet, *art. cit.*, p. 781.

8 *Ibid.*, p. 786.

pour réfléchir à des stratégies de modification de la réalité, il est nécessaire de connaître la réalité des faits survenus. Ainsi, étudier cela à partir d'une analyse critique implique un questionnement sur le rôle du droit international tant dans l'exploitation des ressources naturelles que dans la circulation de ces ressources à un niveau mondial, ainsi que d'interroger les projets de développement gérés par les élites nationales des pays périphériques.

L'affaire *Chevron* illustre la fragmentation de la protection effective des particuliers dans le cadre du règlement des litiges civils transnationaux pour des dommages socio-environnementaux. Cinq juridictions nationales ont été impliquées jusqu'à présent entre les procédures d'instruction et d'exécution. En outre, les parties ont mis en œuvre deux manières distinctes de résolution des controverses : une procédure judiciaire devant les tribunaux nationaux (I) et une procédure arbitrale, dans le cadre de l'arbitrage des investissements (II). Un scénario d'une telle complexité doit être évalué avec attention et perspicacité pour éviter que l'excès de bureaucratie ne se déploie en toute impunité et ne reproduise une fois de plus la logique coloniale d'exploitation des pays du *Sud Social* par les pays du Nord – ou, dans ce cas-ci, par les entreprises transnationales qui peuvent agir comme des acteurs néocoloniaux.

I. Double défi à la reconnaissance : fragmentation de la protection effective dans les requêtes des personnes affectées contre Chevron

Selon E. Tourme Jouannet, en Amérique Latine « plusieurs entreprises se sont vues ouvrir de nouveaux marchés grâce à la mondialisation et au système néolibéral qui favorise la déréglementation des investissements mais au détriment manifeste des droits des peuples autochtones »[9]. C'est dans ce contexte qu'entre 1964 et 1990, l'entreprise nord-américaine Texaco a exploité le pétrole en Équateur. Les activités ont été initiées avec la signature de l'accord de concession de l'exploitation du pétrole entre le consortium Texaco-Gulf et la République d'Équateur. À partir de 1967, l'entreprise étatique Petroecuador a remplacé Gulf dans le consortium, seule Texaco étant maintenue en tant qu'exécutrice. Dans les années 1980, le pétrole fut la principale source de devises en Équateur mais l'exploitation diminua dans les années 1990, avec l'épuisement des ressources. Durant les 26 années de travail en Équateur, Texaco a perforé et a réalisé 221 puits, ayant extrait des milliards de barils de pétrole sans utiliser les méthodes établies dans le contrat d'exploitation pour la préservation de la nature, en dépit du fait qu'elle connaissait et utilisait ces méthodes dans ses activités pétrolières aux États-Unis. En utilisant des techniques obsolètes et en n'utilisant pas des méthodes qui visaient à diminuer considérablement les impacts négatifs des opérations, Texaco a maximisé ses gains économiques[10].

Lorsqu'elle a terminé ses activités en Équateur en 1990, Texaco a abandonné le site et a généré une contamination environnementale significative. La population de *Lago Agrio*, une des régions atteintes, assure qu'après la fin de ses activités, Chevron a laissé couler plus de 60 milliards de litres

9 *Ibid*, p. 797.
10 D. Carrion, *Caso Chevron : Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión*. Equador, PGE, 2015.

de liquides toxiques et 108 millions de litres de pétrole brut, polluant des fleuves et environ 2 millions d'hectares de l'Amazonie équatorienne, contaminant tout être vivant dans les environs. En outre, Texaco aurait abandonné les 221 puits ouverts et plus de 900 piscines remplies de boue toxique, tout comme elle aurait brûlé des millions de mètres cubes de gaz toxiques[11].

Cet ensemble d'éléments caractérise un écocide sans précédent dans l'histoire, qui a ruiné l'environnement d'un des lieux de la plus grande biodiversité de la planète, et ses habitants ont souffert de graves problèmes de santé[12]. Une étude réalisée en 1993 pour soutenir la demande équatorienne a montré que les résidents de la région étaient exposés à des niveaux de contamination liés au pétrole au-delà des normes admises au niveau international, ce qui expliquait les taux élevés de maladies dermatologiques. D'autres études postérieures ont montré qu'une telle exposition avait augmenté le risque pour la population d'avoir des maladies reproductives et neurologiques, ainsi que de développer un cancer[13].

A. Demande des Équatoriens contre la société Chevron aux États-Unis : l'affaire *Aguinda*

Après la clôture des activités de Chevron en Équateur et avec un dommage environnemental significatif laissé par l'entreprise, les personnes affectées ont entrepris des actions contre la société pétrolière. En 1993, María Aguinda et 75 personnes affectées ont lancé une action collective contre Texaco devant la Cour du district sud de New York, cette ville étant le siège administratif de Texaco. Les demandeurs « *alegaron que, entre 1964 y 1992, las actividades de operación petrolera de Texaco contaminaron los bosques tropicales y los ríos en Ecuador* » [alléguaient que, entre 1964 et 1992, les activités pétrolières de Texaco ont contaminé les forêts tropicales et les fleuves en Équateur][14]. Pour cela, ils ont sollicité qu'une surveillance soit établie sur le plan médical pour les personnes affectées, qu'une remédiation soit réalisée pour réparer les dommages environnementaux et une indemnisation pour les dommages personnels. L'accusée a contesté la compétence des tribunaux des États-Unis, alléguant que, selon la doctrine du *forum non conveniens*, les juridictions équatoriennes seraient les plus appropriées. Pour renforcer cette demande, Texaco a rappelé d'innombrables fois la réputation et l'indépendance du système judiciaire équatorien, en s'étant notamment engagée à exécuter toute décision prononcée par les cours équatoriennes au sujet de l'affaire *Aguinda*. En outre, Texaco a allégué la limitation de sa responsabilité, étant donné que durant une partie de ces années, Texaco avait travaillé en association avec l'entreprise étatique Petroecuador[15].

Cette procédure aux États-Unis a été freinée pendant 10 ans par Texaco qui insistait pour transférer le cas aux cours équatoriennes qu'elle estimait être compétentes pour connaître le cas. En 2002,

---

11 O. Pérez, N. Silva, « Caso Chevron. La verdad no contamina », Quito, *El Telegrafo*, 2014, p. 15-16.

12 *Ibid.*, p. 9.

13 D. Carrion, *op. cit.*, p. 18.

14 Affaire *Aguinda vs. Texaco Inc.*, *303 F.3d 470, 473 (2do. Cir. 2002)*. Pour une liste complète des documents officiels liés au cas, ainsi que les décisions des tribunaux, voy. https://business humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador [consulté le 19 avril 2017].

15 J. Kimerling, « Indigenous people and the oil frontier in Amazonia : the case of Ecuador, Chevron-Texaco and Aguinda v. Texaco ». *NYU Journal of International Law and Politics*, 2005-2006, p. 413 et s.

la Cour des États-Unis a considéré l'Équateur comme étant le tribunal alternatif adéquat malgré les arguments de la partie demanderesse sur la partialité et la corruption de la justice locale. En approuvant le transfert, Chevron – qui a acheté Texaco en 2001 – s'est engagée à respecter les décisions des juridictions équatoriennes[16].

B. Demande contre Chevron en Équateur : l'affaire *Lago Agrio*

En raison de la décision américaine de transférer l'affaire à l'Équateur, celle-ci a été reprise en 2003 par la *Corte Provincial de Lago Agrio*. Dans la requête initiale, les demandeurs ont répété les mêmes demandes que celles formulées dans l'affaire *Aguinda*[17]. En pleine contestation, Chevron a allégué l'absence de compétence de la Cour, au motif que la société *Chevron Corporation* n'était pas le successeur de Texaco Inc., étant donné qu'elle n'a pas remplacé celle-ci dans tous les droits et obligations. Elle a également allégué que les dommages présentés par les plaideurs étaient exagérés et que les obligations de la société pétrolière s'étaient éteintes en 1995 lorsqu'elle a réalisé un *Plan de Acción de Remediación* et a signé un *Acuerdo de Liberación* de responsabilités avec le gouvernement de l'Équateur[18]. Cependant, selon le gouvernement équatorien, aucune remédiation effective n'a été opérée, pas même dans les 162 piscines que Texaco avait affirmé avoir nettoyées[19] : l'entreprise se serait contentée de couvrir des centaines de piscines avec une bâche superficielle de matière organique, et n'aurait procédé à aucune décontamination[20].

En 2011, la *Corte Provincial* a prononcé une sentence dans laquelle elle affirmait avoir trouvé des preuves de l'évacuation de tonnes de résidus toxiques dans la zone concernée, tout comme elle a trouvé des preuves que ces substances toxiques causaient des dommages à l'environnement et à la santé des populations affectées. Dans la décision, la Cour Provinciale a condamné Chevron au versement de 19 milliards de dollars, dont la moitié concernait la réparation et l'autre moitié constituait des dommages-intérêts punitifs[21]. La Cour a admis que, du fait que l'*Acuerdo de Liberación* avait été signé entre Chevron et la République d'Équateur, il n'y avait aucune de base légale pour priver les individus de leur droit fondamental et inaliénable d'accès à la justice.

Il est important de souligner que dans la décision de première instance, la société Chevron a été condamnée à des dommages-intérêts punitifs sur deux volets : non seulement le paiement de 9,5 milliards de dollars aux victimes et mais également une demande d'excuses publiques de la part de l'entreprise Chevron envers la population affectée. Le prononcé d'excuses serait un outil pédagogique pour les relations internationales d'exploitation auxquelles l'Amérique Latine a été soumise depuis la « découverte ». Du point de vue de la reconnaissance des crimes historiques

16 D. Carrion, *op. cit.*, p. 33.
17 *Affaire 002-2003. Corte Superior de Nueva Loja.*
18 I. Ramonet, « Ecuador y la mano sucia de Chevron », *Le Monde Diplomatique*, n° 218, décembre 2013.
19 J. Lobe. « Chevron ganha outra batalha para não pagar pelo que fez no Equador », *Revista Humanista Unisinos,* São Leopoldo, 11 mars 2014.
20 D. Carrion, *op. cit.* p. 35.
21 Sentence disponible sur : http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-spanish-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf [consulté le 20 juin 2017].

commis par l'entreprise transnationale, la demande d'excuses serait le moment le plus emblématique pour une justice de transition, qui traiterait plus du souvenir que de la punition, pour que les générations futures n'oublient pas, et pour que cela ne se reproduise jamais[22].

La société Chevron a fait appel de la décision, en alléguant une fraude procédurale. En 2012, la *Corte de Justicia de Sucumbíos* a ratifié la sentence de première instance et a critiqué les tactiques combatives de la société Chevron employées durant le litige, affirmant ne pas être de sa compétence de connaître les actions de fraudes procédurales qui mettraient en doute la réputation du système judiciaire équatorien, recommandant que Chevron cherche les instruments procéduraux adéquats pour traiter de ces dénonciations gravissimes, mais qui n'avaient pas d'incidence sur la décision relative à l'affaire *Lago Agrio*[23].

En novembre 2013, en cassation, la *Corte Nacional de Justicia* a réaffirmé la décision quant aux dommages-intérêts réparatoires mais a modifié la décision en acceptant le recours lié aux dommages-intérêts punitifs (monétaire et demande d'excuses)[24]. La sentence est depuis lors non-respectée par l'entreprise, qui a financé une campagne de dénigrement internationale à l'encontre de l'Équateur et en accusant les communautés indigènes d'extorsion. Elle s'est également soustraite à la demande de pardon aux communautés pour les dommages causés et, à l'inverse, exige que l'Équateur lui demande pardon dans le cadre de l'arbitrage.

Il est important de noter que l'arrêt *Lago Agrio* est emblématique dans le tourbillon décolonial et représente une victoire du peuple équatorien, spécialement commémorée pour avoir été prononcée en Équateur. L'État affecté lui-même prend les rênes de la réparation morale et juridique des dommages causés par des investisseurs étrangers sur son territoire. Contrariant les secteurs des élites latino-américaines engagées dans les intérêts des grandes entreprises transnationales du Nord, on allait se retrouver face à une action décoloniale de l'État équatorien. Il ne s'agirait donc pas d'une victoire judiciaire de certains demandeurs concrets mais de la revanche morale d'un peuple historiquement humilié.

C. Coopération judiciaire internationale pour l'exécution de la sentence

L'entreprise Chevron ne disposait pas d'un patrimoine saisissable en Équateur pour payer la dette car elle avait liquidé ses actifs avant la condamnation. Ceci est l'un des avantages que la globalisation offre à l'entreprise transnationale – et favorise l'exploitation qui caractérise la logique coloniale – étant donné que la restructuration corporative, les modifications dans les titularités des entreprises du groupe et le déplacement des actifs vers des filiales existantes dans d'autres pays permettent à l'entreprise transnationale d'échapper à sa responsabilité, quand bien même elle serait prononcée par une décision judiciaire[25].

---

22 P. Abrão, M. D. Torelly. « As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei da Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça », in *A anistia na era da responsabilização : O Brasil em perspectiva nacional e comparada*, Ministério da Justiça, Oxford University, Latin American Centre, 2011.

23 D. Carrion, *op. cit.*, p. 53.

24 *Ibid.*, p. 55.

25 M. R. Isidro, « *El caso Lago Agrio* : multipolaridad en la litigación civil internacional », *Revista Catalana de Dret Ambiental,* 2014, vol. 1, p. 7.

Comme Chevron n'avait pas d'actifs en Équateur, les avocats des demandeurs ont dû chercher d'autres juridictions pour solliciter l'exécution de la sentence. Le rapport que Chevron élabore annuellement pour ses actionnaires a permis non seulement d'identifier où elle possédait des biens, mais également que la juridiction de Sucumbíos prononce en 2012 un embargo de ses biens, listant 71 filiales de Chevron où existaient des biens qui pourraient être saisis[26]. Jusqu'à ce jour, des demandes de coopération judiciaire internationale ont été effectuées auprès du Canada, de l'Argentine et du Brésil.

En 2012, les personnes affectées ont lancé une procédure au Canada pour la reconnaissance et l'exécution de l'arrêt *Lago Agrio*[27]. La requête initiale d'homologation a été dirigée contre Chevron Corp. et deux filiales canadiennes (Chevron Canada Ltd et Chevron Finance Canada Ltd) qui, selon les demandeurs seraient de la propriété de la première et sur lesquelles celle-ci exercerait un contrôle absolu. Dans sa défense, Chevron a allégué le manque de tout contact entre elle et le tribunal d'Ontario, étant donné que là-bas, il n'y avait pas activités commerciales ou de patrimoine, et que les affirmations au sujet de ses liens avec les deux autres compagnies étaient fausses[28].

Dans une décision prononcée en 2012, le tribunal a conclu au manque de preuves concluantes qui puissent attester une relation directe entre Chevron Corp. et les filiales contre lesquelles l'*exequatur* était demandé. Ainsi, à la lumière de la doctrine de la levée du voile, le tribunal a considéré que la société Chevron ne disposait pas de biens au Canada. En appel, le tribunal a décidé qu'il y avait une réelle et substantielle connexion entre l'Ontario et l'affaire en cause, mais a cependant affirmé que l'exécution serait impossible car Chevron Canada n'avait pas été partie au litige en Équateur et n'avait pas été déclarée responsable dans l'arrêt *Lago Agrio*. En cassation, la Cour Suprême du Canada a décidé que la dette pourrait être exécutée au Canada, à condition de satisfaire à des exigences formelles amples et complexes capables de démontrer le lien entre la maison mère et ses filiales. Malgré le fait que le dernier élément ajouté au casse-tête ait donné la possibilité aux juridictions canadiennes de prendre connaissance de la demande, la guerre judiciaire ne montre pas de signes d'apaisement et le chemin vers la reconnaissance semble être laborieux.

En Argentine, la demande de coopération juridique a été fondée sur la *Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares no Estrangeiro*, de 1979. Afin d'éviter des difficultés liées à une éventuelle exception d'ordre public, la sollicitation d'*exequatur* a été fondée sur l'embargo provisoire émis par la *Corte de Sucumbíos*. La requête prétendait viser quatre filiales argentines de Chevron[29]. En novembre 2012, l'*exequatur* a été accepté et le juge Adrian Elcuj Miranda a saisi les liquidités de Chevron Argentine[30]. Cependant, en cassation, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* s'est conformée au recours entrepris par Chevron et, dans une décision sans appel, a exigé

26 M. A. Gómez, « The Global Chase : Seeking the Recognition and Enforcement of the Lago Agrio Judgment Outside of Ecuador », *Stannford Journal of Complex Litigation*, 2013, p. 429 et s.

27 Tous les documents liés à la demande de coopération juridictionnelle internationale au Canada sont disponibles sur : http://www.juiciocrudo.com/ejecucion.php#pais_canada

28 M. R. Isidro, *art. cit.* p. 09.

29 *Ibid.*, p. 12.

30 Sentence disponible sur : http://texacotoxico.net/wp-content/uploads/2014/03/FALLO-PRIMERA-INSTANCIA.pdf

le déblocage des actifs, alléguant que les appelants n'avaient pas participé à l'affaire contre Chevron en Équateur, les sociétés étant des unités légalement distinctes[31].

Au Brésil, la demande de coopération a été formulée en 2012 et il incombe au Tribunal Supérieur de Justice de décider de l'homologation de la sentence étrangère, et pour cela il faut répondre aux exigences formelles prévues dans la Résolution 9/2005 dudit *Superior Tribunal de Justiça*. En pleine contestation, l'entreprise Chevron a allégué que l'homologation porterait atteinte aux garanties constitutionnelles d'un jugement juste et impartial, et a également argumenté que les tribunaux brésiliens n'avaient pas de compétence pour reconnaître de la décision en raison du fait qu'elle n'était pas définitive en Équateur. L'attente, jusque-là, est que l'homologation n'ait pas lieu, étant donné que le rapport du Procureur Général de la République précise que l'arrêt équatorien est entaché de corruption et qu'il porte atteinte à l'ordre public international et aux bonnes mœurs[32].

De par cet exposé, on comprend que la logique colonialiste a un impact sur l'édification d'obstacles qui s'imposent à l'exécution de la coopération judiciaire internationale de manière à ce qu'elle ne parvienne pas à rompre avec le pouvoir colonial exercé par les entreprises transnationales. Cela se produit dans la mesure où la coopération a un caractère technique et procédural et utilise des éléments discrétionnaires (l'idée d'ordre public) et antirépublicains (évaluation des décisions des tribunaux arbitraux dans la détermination de l'existence d'une relation entre la maison mère et ses filiales), répondant aux intérêts des entreprises transnationales.

Dans ce sens, on note que la globalisation a un impact dans l'affaire *Chevron* comme catalyseur des intérêts des entreprises transnationales. Cela met en évidence les deux visages de Janus du *corporative law* : lorsqu'il s'agit de bénéficier aux entreprises transnationales, il débureaucratise les procédures au nom d'un principe de déterritorialisation de la production et la décentralisation administrative, mais lorsqu'il s'agit de la satisfaction des droits de l'homme des victimes des activités de ces mêmes entreprises, il raidit les bureaucraties étatiques et dévalorise les principes de la reconnaissance et de la *décolonialité*.

II. Double défi de la décolonialité : la pluralité des sources juridiques normatives et la contre-offensive de Chevron contre l'Équateur

La complexité de la pratique juridique et sa compartimentation en niches spécialisées est ce qu'on appelle la fragmentation du droit, phénomène spécialement perceptible en droit international. Un tel phénomène est le fruit de l'expansion de l'activité juridique dans plusieurs nouveaux régimes, ainsi que la diversification de leurs sujets et techniques, qui entrent fréquemment en collision[33]. L'affaire *Chevron* met en évidence les dichotomies des systèmes juridiques complexes sur au moins trois aspects : la dualité entre la protection du droit de l'environnement et celle du droit du commerce

31 Sentence disponible sur : http://texacotoxico.net/wp-content/uploads/2014/03/FALLO-CORTE-SUPREMA-DE-ARGENTINA.pdf

32 Rapport *n° 2811 de 2015*. Sentence étrangère contestée N. 8.542/EC – CORTE ESPECIAL. Brasilia, DF, 11 mai 2015. Disponible sur : http://s.conjur.com.br/dl/corrupcao-judicial-pgr-recomenda-nao.pdf

33 M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

international ; la dichotomie public/privé, vérifiée dans les relations entre la procédure judiciaire et la procédure arbitrale ; et également la dualité national/international. Dans ce vaste champ existe des espaces aussi bien pour un droit international qui lutte pour la reconnaissance, que pour la néocolonialité. C'est en exploitant ces dualités que la société Chevron a attaqué l'Équateur dans plusieurs procédures arbitrales.

A. Chevron attaque l'Équateur : l'arbitrage du commerce international pour traiter les dommages environnementaux ?

Dans la tentative d'imputer la responsabilité de l'écocide à l'Équateur et d'échapper à l'obligation de respecter l'arrêt *Lago Agrio*, l'entreprise Chevron a actionné plusieurs tribunaux internationaux d'arbitrage. L'affaire *Chevron* I a débuté en juin 2004, lorsque Chevron a attaqué Petroecuador auprès de l'*American Arbitration Association* (AAA) en argumentant que les parties non-opératrices du consortium formé en Équateur devraient indemniser l'opérateur pour toute sentence prononcée liée aux activités développées. Le fondement de la demande était le contrat d'opération conjointe signé en 1965 entre Texaco et Gulf, étant donné que cette dernière avait été remplacée par la société Petroecuador en 1967.

En octobre 2004, Petroecuador et la République d'Équateur ont entamé une procédure auprès de la Cour du District Sud de New York avec l'objectif de mettre fin à la procédure arbitrale étant donné qu'aucune d'elles n'était partie au contrat. En 2007, la Cour du District a accepté les arguments des demandeurs et a suspendu de manière permanente toute la procédure d'arbitrage auprès de l'AAA[34]. En 2009, la Cour Suprême des États-Unis a rejeté la requête de Chevron demandant la révision de la décision, confirmant la victoire de l'Équateur. Cependant, après avoir perdu sa demande, la société Chevron a cherché un tribunal différent pour défendre ses intérêts relatifs l'affaire *Lago Agrio*.

Le cas *Chevron II* a débuté en 2006 lorsque Chevron a engagé une action contre l'Équateur devant la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) de La Haye, selon le règlement d'arbitrage de l'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Le fondement de la demande était l'article VI (3) du Traité bilatéral d'investissement (TBI) de 1993, qui disposait que les controverses qui surgiraient entre l'Équateur et les États-Unis relatives aux investissements d'entreprises de ces pays seraient uniquement résolues par recours à l'arbitrage. Dans la requête initiale, la société Chevron a demandé la condamnation de l'Équateur en alléguant le non-respect du TBI et la fraude procédurale, étant donné le retard indu dans la procédure judiciaire équatorienne dans six demandes commerciales lancées contre le *Ministerio de Energía y Minas del Ecuador*. En réaction, l'Équateur a allégué l'abus de procédure de la part de Chevron, étant donné que, devant les juridictions américaines, la société avait défendu la compétence et la réputation des juridictions équatoriennes. Elle a également allégué une absence de compétence de la CPA en raison de l'objet de la requête, étant donné qu'il ne s'agissait pas de questions relatives à l'investissement, et également l'absence de compétence *ratione temporis*, la CPA ne pouvant

34 République d'Équateur contre Chevron-Texaco Corp., 499 F. Sup. 2d 452 (S.D.N.Y. 2007).

pas traiter de situations antérieures à la signature du TBI. Dans sa décision, en août 2011, la Cour de La Haye, a refusé toutes les exceptions d'incompétence et a condamné l'Équateur à payer 77 millions de dollars mais l'Équateur a introduit un recours pour annuler l'exécution de cette sentence, recours qui a été considéré comme dépourvu de tout fondement dans l'ultime instance en 2014. Actuellement, la décision arbitrale est en cours de reconnaissance et d'exécution aux États-Unis[35].

Dans le cas *Chevron III*, l'entreprise transnationale a convoqué en septembre 2009 l'Équateur devant à la Cour de La Haye pour le non-respect du TBI et de l'*Acuerdo de Liberación*. Chevron a également engagé la responsabilité de Petroecuador pour ce qui est du dommage environnemental[36]. Contestant ces allégations, l'Équateur a souligné que la Cour de La Haye n'était pas compétente, étant donné que le TBI avait été signé en 1993 et était entré en vigueur en 1997, deux dates postérieures à la fin des investissements de Texaco en Équateur. La seconde allégation de la défense est que la société Chevron-Texaco n'a jamais été libérée de sa responsabilité face aux citoyens affectés, uniquement face à l'État. Dans sa première décision, la Cour a conclu que l'Équateur n'avait pas respecté le TBI en n'empêchant pas l'exécution d'un jugement contre la société Chevron. La Cour a en outre conclu que l'Équateur et la société Chevron avaient signé l'*Acuerdo de Liberación* qui exonérait la société pétrolière de toutes les responsabilités environnementales futures. L'Équateur a justifié le non-respect de la décision en alléguant qu'une interférence pour paralyser les activités des demandeurs équatoriens dans la recherche de l'exécution, au Canada, en Argentine et au Brésil, des arrêts dans l'affaire *Lago Agrio*, était illégale et inconstitutionnelle et créait un conflit d'intérêts entre le pays et ses ressortissants.

En mars 2015, la Cour de La Haye a émis une décision qui concorde en partie avec les arguments de l'Équateur, comprenant que la demande *Lago Agrio* inclut les droits individuels, ce qui signifie que l'accord de libération signé entre l'Équateur et Texaco en 1995 ne serait pas un empêchement pour la présentation de la demande relative à la réparation des dommages environnementaux. Cependant, la Cour a conclu que la responsabilité du paiement de l'indemnisation de *Lago Agrio* incombait à Petroecuador et non à Chevron.

Immédiatement après cette décision, l'Équateur a fait une demande d'annulation de la décision qui est toujours en cours de jugement au moment où ces lignes sont écrites[37]. Dans cette demande de reconsidération, Quito argue de la violation de l'ordre public et qu'un éventuel respect de la décision arbitrale serait contraire au principe d'indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs, par rapport à une procédure – *Lago Agrio* – à laquelle l'État n'était pas partie. L'Équateur a allégué également que la CPA avait agi en excès de pouvoir en émettant une décision qui essayait de priver les particuliers de l'accès à la justice en défense de leur droit de vivre dans un environnement sain. Dans ce contexte, le gouvernement équatorien a entrepris une campagne internationale appelée « Les mains sales de Chevron », encourageant une réflexion dans la société internationale et invitant les journalistes du monde entier à connaître la vérité sur les faits en Équateur[38].

35 D. Carrion, *op. cit.*, p. 75.
36 Affaire *Chevron Corp. v. República de Ecuador*, UNCITRAL Art., PCA caso núm. 2009-23. Disponible sur : https://pca-cpa.org/es/cases/49/
37 D. Carrion, *op. cit.*, p. 107
38 I. Ramonet, *art. cit.*

B. Le cas RICO et la prétendue corruption des ex-colonies : cause ou conséquence ?

Un des événements les plus emblématiques de la dispute juridique dans l'affaire *Chevron* concerne l'allégation réitérée de l'entreprise que l'arrêt *Lago Agrio* avait été rendu en violation de la procédure légale, le contradictoire et les droits de la défense. Ces allégations de Chevron tentent d'inférioriser les institutions des pays périphériques, en mettant en doute leur capacité à produire une « bonne justice » pour protéger les « hautes valeurs de la société contemporaine », notamment les intérêts de l'investisseur du Nord. Il s'agit, il est vrai, de la reconstruction de l'argument colonial selon lequel les juridictions du Nord rendent de meilleures décisions, et que même les arbitres sont plus « compétents » que les juges périphériques.

Après l'arrêt *Lago Agrio*, de 2011, la société Chevron a recouru à la justice des États-Unis en s'appuyant sur la Loi Fédérale *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), dans un combat contre des organisations criminelles, affirmant que la décision du tribunal équatorien serait le produit de corruption et de fraude de la part des avocats et experts, ayant mené une conspiration pour extorquer une somme élevée à l'entreprise. De la même manière, Chevron a sollicité une mesure préventive pour empêcher la reconnaissance et l'exécution de la décision équatorienne à l'étranger[39]. La mesure a été accordée en première instance en mars 2011, destinée à tous les demandeurs d'Équateur et leurs avocats, interdisant tout « *funding, commencing, prosecuting, advancing in any way, or receiving benefit from, directly or indirectly, any action or proceeding for recognition or enforcement of any judgment against Chevron, or for prejudgment seizure* »[40]. Lorsque des Équatoriens ont interjeté appel, l'ordre a été révoqué car la loi applicable – *Foreign Money Judgments Recognition Act* de New York – n'autorise pas de déclaration de non-exécution préventive, c'est-à-dire sur base d'une reconnaissance hypothétique[41].

Dans un nouveau recours sur le fondement de la loi fédérale RICO, en mars 2014, la Cour du District Sud de New York a soutenu que la sentence équatorienne *Lago Agrio* était le fruit d'une activité frauduleuse et illégale, raison pour laquelle elle ne serait susceptible d'exécution devant aucun tribunal des États-Unis. Ainsi, les créanciers de l'arrêt *Lago Agrio* se sont vus empêchés de réclamer les 9,5 milliards de dollars au siège de Chevron[42]. Le juge a estimé établi que l'avocat nord-américain qui a facilité la procédure a falsifié les rapports environnementaux et a soudoyé le juge équatorien qui a émis le jugement. On observe que la résolution n'annule pas la sentence équatorienne mais empêche qu'elle puisse être exécutée devant tout tribunal des États-Unis et favorise le fait qu'elle ne puisse obtenir exécution devant les tribunaux du Canada et du Brésil, où les procédures d'exécution étaient en cours. Selon les mots du juge Lewis Kaplan : « Ce tribunal reconnaît qu'il y a eu contamination mais la question ici n'est pas de savoir ce qu'il s'est passé en Équateur il y a plus de 20 ans ou

39 D. Carrion, *op. cit.*, p. 78.
40 Affaire *Chevron Corp. v. Donziger, 768 F. Sup. 2d 581 (SDNY 2011).*
41 Affaire *Chevron Corp. v. Naranjo, 667 F. 3d 232 (2d Cir. 2012).*
42 J. Lobe. « Chevron ganha outra batalha para não pagar pelo que fez no Equador », *Revista Humanista Unisinos*, 11 mars 2014.

qui est le responsable mais si la décision condamnatoire a été prononcée par des moyens corrompus, au-delà de la question de savoir si la cause était juste ou non »[43].

Cependant, il reste à savoir si l'argument de la fraude procédurale vaut uniquement dans le pays d'origine ou s'il pourrait être également invoqué auprès de l'État concerné par la demande d'exequatur. Dans les multiples instances, il s'est avéré que la fraude procédurale – y compris la corruption de juges et d'experts – constitue la principale défense de Chevron, et surtout au sein de la demande d'exequatur menée en Argentine et au Brésil. Dans ce sens, il faut insister sur le fait que l'infériorisation de l'interlocuteur a été, historiquement, la première technique de colonisation et le principal obstacle à la reconnaissance de l'autre comme sujet de droits. C'est cette infériorisation des institutions équatoriennes – spécialement du système judiciaire – qui est le principal argument de Chevron pour ne pas respecter sa condamnation[44].

Cependant, il faut souligner que, si le principe d'ordre public international de chaque pays se nourrit de conceptions propres, même éventuellement distinctes, en matière de corruption il existe un consensus sur la nécessité de la combattre à tous les niveaux et avec toutes les armes juridiques depuis le droit pénal jusqu'à la réparation civile, comme prévue dans de nombreux traités internationaux. Le consensus sur ce point permet de parler d'un ordre public véritablement transnational, ce qui justifierait le fait que tout État soit engagé dans son combat. Dans l'affaire *Chevron*, une solution qui prend en considération l'égalité entre les États pourrait à nouveau donner l'opportunité aux intéressés d'alléguer la fraude en Équateur et que celui-ci rejette la décision arbitrale s'il considère que la fraude n'est pas prouvée[45]. Une autre option, en cas d'absence de consensus sur la corruption comme élément d'un ordre public mondial, à nos yeux, serait de porter l'affaire devant la Commission et à la Cour interaméricaines de droits de l'homme, pour que l'allégation de corruption soit étudiée par un collège de juges engagés dans le respect des garanties procédurales prévues dans l'article 8 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969.

C. Entre économie et droits de l'homme : les défis du droit pour la reconnaissance et la décolonialité

Pour agir de manière décoloniale, il faut élaborer des stratégies juridiques pour la réparation des dommages environnementaux et culturels surbis par les groupes ethniques de l'Amazonie équatorienne, qui ont résulté en l'exploitation du territoire par Chevron. Penser ces stratégies implique de réfléchir à la façon dont le droit international de la reconnaissance est lié aux droits économiques des investisseurs étrangers et aux droits de l'homme des peuples affectés, tout comme aux limites et aux possibilités de cette relation.

43 *Ibid.*

44 X. Kramer, « Private International Law Responses to Corruption. Approaches to Jurisdiction and Foreign Judgments and the International Fight against Corruption », in *International Law and the Fight Against Corruption*, Asser Press, 2012, p. 99-142.

45 M. R. Isidro, *art. cit.*, p. 12.

Dans ce sens, il faut établir des critères pour l'utilisation de l'arbitrage commercial et de la protection judiciaire, en pensant aux points de contacts, hiérarchies et compétences. L'adoption de mesures procrastinatrices dans l'arbitrage afin de paralyser les procédures judiciaires devant les tribunaux nationaux n'est pas un phénomène nouveau et n'est pas non plus exclusif de l'arbitrage des investissements. La nouveauté est la tendance de l'arbitrage des investissements à devenir une instance supplémentaire d'appel ouverte aux investisseurs insatisfaits des décisions judiciaires[46]. En ce sens, il est urgent d'instituer un encadrement de l'utilisation de l'arbitrage, qui prenne en considération les valeurs d'accès à la justice, ainsi que d'établir des critères qui mènent à bien une pondération entre les biens sacrifiés (l'accès à la justice pour les individus) et les valeurs favorisées (la promotion des investissements, et à travers celle-ci, le développement de l'État)[47]. Il s'agit donc de reconnaître le rôle du droit de faire des choix capables de réduire les injustices de la société internationale et imposer des limites au travail des entreprises transnationales et de l'arbitrage face aux tribunaux judiciaires.

De la même manière, il faut donner une voix aux personnes affectées par les investissements externes tant dans la signature des TBI que dans les procédures arbitrales. Conformément aux règles usuelles dans le cadre de l'arbitrage des investissements (UNCITRAL, ICC [Chambre du commerce international] et ICSID [International Centre for Settlement of Investment Disputes] par exemple) l'espace est petit pour la participation de tiers via la procédure d'*amicus curiae*, et lorsqu'existe cette possibilité, l'intervention des tiers n'affecte pas la décision finale[48]. Également, d'un point de vue législatif, il faut établir des limites à l'interférence d'un tribunal arbitral dans l'exercice de la souveraineté étatique.

Une autre question liée à la capacité d'action néocoloniale des entreprises transnationales concerne le manque d'identification entre la société mère et ses filiales, potentialisé par la globalisation. La saisie des biens de Chevron en Argentine a été révoquée en cassation par manque d'identité entre le débiteur condamné et les personnes contre lesquelles l'exequatur était sollicité. Au Canada, l'argument de l'absence de biens de Chevron sur le territoire, résultant de l'affirmation de l'indépendance entre la maison mère aux États-Unis et sa filiale Chevron Canada, a déterminé la suspension de la procédure par manque d'utilité de celle-ci.

Dans l'arrêt *Lago Agrio*, l'analyse s'est centrée sur la possibilité d'associer des actifs de la filiale à la maison mère afin de pouvoir exécuter sur ceux-ci la décision qui pèse sur celle-ci, dans une opération appelée *reverse piercing of the veil*[49]. L'opérationnalisation de la justice transfrontalière dépend de l'établissement de critères pour l'identité entre les entreprises en cause. Ces critères doivent rejeter totalement les principes de la responsabilité limitée au sein de groupes de sociétés à partir de l'idée que l'intégration unitaire fait du groupe une forme distincte d'association d'entreprises, ouvrant le chemin à l'évolution d'un régime juridique spécial, surtout en ce qui concerne

46 *Ibid.*, p. 20.
47 J. Burke, « Defining investor confidence : avoiding interpretative uncertainty in Chevron Corp. v. Ecuador », *BC International and Comparative Law Review*, 2011.
48 M. R. Isidro, *art. cit.*, p. 22.
49 *Ibid.*, p. 23.

la responsabilité pour la violation des droits de l'homme. Il faut donc construire d'autres alternatives interprétatives qui valorisent plus les principes de reconnaissance plutôt que les procédures bureaucratiques.

Conclusion

25 ans après le début de l'affaire *Chevron*, la conclusion est qu'il n'a pas été possible de « faire prédominer le *droit social*, les droits des peuples autochtones ou les droits de l'homme pour contrecarrer juridiquement des activités qui sont par ailleurs licitées par le droit international des investissements »[50], questionnant la capacité du *droit international de la reconnaissance* à mobiliser la sphère de la politique concrète.

Les revendications pour la reconnaissance ne sont pas épuisées dans le champ académique, comprenant une forte tendance politique qui implique une pluralité d'acteurs sociaux et reflète un affrontement de toute forme d'imposition et de leurre de l'organisation sociale et politique. Au niveau théorique, la recherche de la reconnaissance vise à dénoncer les mythes et les inepties qui soutiennent et reproduisent les sciences traditionnelles et la réorganisation de la connaissance et de la politique dans l'ensemble des pratiques sociales qui les déterminent. Dans la pratique, le droit international de la reconnaissance cherche à se constituer comme instrument stratégique d'altération effective des pratiques réelles en vigueur, capables d'encourager la construction d'une organisation sociale plus juste et démocratique.

Ainsi, penser de manière *décoloniale* c'est également réviser la relation de subordination entre les droits économiques et les droits de l'homme. L'affaire *Chevron* a mis en évidence la difficulté du droit international de la reconnaissance à devenir effectif face aux droits économiques. Ainsi, on doit se demander ce que valent les conventions internationales qui garantissent des normes minimes des droits de l'homme si ces mêmes règles ne prévoient pas leur primauté, ou au moins leur compatibilité avec les règles d'investissements. Ce qui pourrait renforcer le scepticisme face à toute l'évolution juridique, étant donné que toute la lutte pour la reconnaissance pourrait être considérée comme une illusion.

Enfin, le cas Chevron illustre la nécessité et la légitimité des demandes concrètes de changement dans les schémas juridiques contemporains et nous invite à penser des améliorations dans la protection judiciaire effective des personnes affectées dans des cas impliquant la violation des droits de l'homme par une entreprise transnationale. L'étude de cas proposée souligne l'artificialité de la division public/privé, tout comme les tensions entre la protection des investisseurs étrangers et la protection des droits de l'homme, ainsi que la difficulté d'articuler des procédures arbitrales et judiciaires. Tant que ces questions ne feront pas l'objet d'une réflexion et d'une réglementation, la coopération judiciaire internationale pour l'exécution des dettes dans des cas comme celui-là servira uniquement à perpétuer la logique coloniale d'exploitation.

---

50 E. Tourme Jouannet, *art. cit.*, p. 797

Droit international de la reconnaissance
Le cas des victimes de guerre à la fin du conflit ivoirien

Lydie Kiki-Neme[1]

La justice faite « aux victimes de guerre » par le droit international passe de manière indéniable par la réparation qui est l'une des étapes clés, voire indispensables, du processus. La problématique du droit à réparation est donc intimement liée à celle de l'indemnisation et consiste en outre pour la victime lésée à un rétablissement de ses droits en raison du manquement par l'État responsable de ses obligations envers elle[2]. Ainsi, là où il est question de réparation, il faut nécessairement prévoir des « modalités d'indemnisation de la victime plus justes et plus transparentes »[3]. En d'autres termes, et comme le précise Didier Le Prado, « il s'agit d'établir un système d'indemnisation dans lequel le sentiment d'équité est satisfait à la fois dans son principe, le droit à réparation, et dans sa mise en œuvre, la réparation effective »[4]. Ainsi, tout État qui manque à cette obligation de vigilance est contraint à une réparation « adéquate, effective et rapide » du préjudice subi par les victimes.

Entamé en avril 2015, soit quatre ans après la crise post-électorale ivoirienne[5], le processus d'indemnisation des victimes de guerre s'inscrit dans le cadre de la justice réparatrice. La notion de justice réparatrice s'entend comme toutes actions mises en œuvre par un État en vue de réhabiliter les victimes (et/ou leurs ayants droit) dans leurs droits, de restaurer leur dignité tout en rétablissant la confiance entre ces victimes et l'État. En d'autres termes, réparer le préjudice subi est une manière pour l'État de reconnaître les torts causés par les violations endurées par les victimes durant les situations de crises ou de conflits armés. Par ailleurs, cette action a un but précis et s'effectue en cas de violations flagrantes du Droit international des droits de l'homme (DIDH) ou encore de violations

1 Assistante en droit public à l'Université Peleforo Gon Coulibaly de Korhogo (Côte d'Ivoire).

2 Sur la question du lien entre l'idée d'indemnisation et la réparation, voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 11e éd., LGDJ, 2014, p. 526-527.

3 Groupe de travail du CNAV, présidé par Y. Lambert-Faive, *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel remis au garde des sceaux le 22 juillet 2003*, mesure n° 12.

4 Cf. D. Le Prado, « Équité et effectivité du droit à réparation », intervention à la conférence *L'équité dans la réparation du préjudice*, Cour de Cassation, 5 décembre 2006, publié sur le site de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr_[consulté le 4 septembre 2016].

5 Elle est survenue au deuxième tour de l'élection présidentielle ivoirienne qui a eu lieu le 28 novembre 2010 (le premier tour quant à lui s'est déroulé le 30 octobre 2010) et qui a vu la victoire du candidat Alassane Ouattara reconnu comme telle par la Commission électorale indépendante et par la Communauté internationale au détriment du candidat Laurent Gbagbo reconnu quant à lui vainqueur par le Conseil constitutionnel. Cette double proclamation de victoires des candidats Alassane Ouattara et Laurent Gbagbo va conduire à une énième crise en Côte d'Ivoire que l'on qualifia de crise « post-électorale ivoirienne ». Ayant duré cinq longs mois allant du 28 novembre 2010 au 11 avril 2011, la crise post-électorale ivoirienne a été particulièrement violente et a endeuillé de nombreuses familles ivoiriennes occasionnant des milliers de victimes. Sur la crise ivoirienne, voir aussi : A. Gadji, « L'ONU et la crise ivoirienne », in *Mélanges dédiés au doyen F. V. WODIE*, Presses universitaire de Toulouse Capitole 1, 2016, p. 195-198.

graves du Droit International Humanitaire (DIH). Il convient de relever de plus en plus que les « violations graves » telles que celles des droits de l'homme et du DIH constituent désormais en droit international des faits internationalement illicites engageant la responsabilité internationale de l'État et l'obligeant le cas échéant, à une réparation des conséquences dommageables du préjudice. En effet, vu qu'il s'agit de violations ayant atteint un seuil particulier de gravité, l'État responsable du préjudice doit en plus de l'idée de la réparation, prendre des dispositions pratiques pour assurer les garanties de non-répétition de ces faits dommageables sur son territoire[6]. Par conséquent, le droit à un recours et à celui de la réparation reconnus et consacrés en droit international font obligation aux États de prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller au respect des droits de l'homme et du DIH au risque de voir leur responsabilité internationale engagée. Ces principes ont même été affirmés et consacrés par les Nations unies[7] et par les textes de nombreux organismes régionaux africains[8], européens[9] et américains[10]. Tel est également le cas en Côte d'Ivoire. Ayant connu une série de crises qui a déstabilisé le pays pendant plus de deux décennies et engendré de nombreuses victimes[11], la Côte d'Ivoire a mis en place une Commission Nationale de Réconciliation et d'Indemnisation des Victimes de guerre, dénommée CONARIV[12] qui vient remplacer la Commission Dialogue, Vérité et Réconciliation, communément appelée CDVR. Créée par l'ordonnance n° 2011-167 du 13 juillet 2011, au lendemain de la crise post-électorale, la CDVR était un organe non judiciaire mis en place par le président Alassane Ouattara. Elle avait pour principale mission d'œuvrer en toute indépendance à la réconciliation et au renforcement de la cohésion sociale entre toutes les communautés vivant en Côte d'Ivoire[13]. Autrement dit, la CDVR avait reçu pour mandat de rechercher la vérité et de faciliter la réconciliation entre tous les fils et filles du pays. Outre ces principales missions qui incluaient la facilitation du processus de réconciliation nationale, elle a remis à la fin de son mandat un rapport

6 Sur la question, voy. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8e éd, LGDJ, 2009, p. 895.

7 Résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations unies en date du 16 décembre 2005 (A/RES/60/147).

8 L'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Cf. Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 1520, n° 26363.

9 L'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cf. Nations unies, Recueil des traités, vol. 213, n° 2889.

10 L'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 144, n° 17955). D'autres textes fondamentaux consacrent aussi ce principe notamment le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale en date du 1er juillet 1998 qui impose aux États parties de mettre en place « des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit » (article 75).

11 Selon le rapport de la Commission Nationale d'Enquête, communément appelée CNE, la crise post-électorale a fait au total 3 248 morts et 8 441 blessés. Cf. Commission Nationale d'Enquête, *Rapport d'enquête sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire survenues dans la période du 31 octobre 2010 au 15 mai 2011*, juillet 2012, p. 12 et 15 [http://www.gouv.ci/doc/RAPPORT%20PUBLI%204%20-%2033%20PAGES.pdf, consulté le 3 septembre 2013]. C'est sans compter les victimes du coup d'État de 1999 et de la crise politico-militaire de 2002.

12 Elle a été créée le 24 mars 2015. Pour plus de précisions voy. Ordonnance n° 2015-174 du 24 mars 2015 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Réconciliation et l'Indemnisation des Victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire, dénommée CONARIV.

13 Article 5 de l'ordonnance de création de la CDVR. Ses attributions étaient aussi définies comme suit : Entendre les victimes, obtenir la reconnaissance des faits par les auteurs des violations incriminées et le pardon consécutif, proposer les moyens de toutes natures susceptibles de contribuer à guérir les traumatismes subis par les victimes ; identifier et faire des propositions visant à lutter contre l'injustice, les inégalités de toute nature, le tribalisme, le népotisme, l'exclusion ainsi que la haine sous toutes leurs formes, éduquer à la paix et à la coexistence pacifique ; contribuer à l'émergence d'une conscience nationale et à l'adhésion de tous, et enfin promouvoir le respect des différences et les valeurs démocratiques. Il ressort de cet article que les missions de la CDVR se résumaient à la facilitation du dialogue communautaire et intercommunautaire, à la constitution des bases de données sur les violations, à l'établissement d'une typologie des violations, à la présélection des violations les plus graves pour les présenter lors des audiences publiques (article 21 de l'ordonnance) et à la constitution d'une plateforme avec les organisations de la société civile en vue de les appuyer dans leur mission. Concernant les réparations, la CDVR a eu à procéder au recensement des victimes. À cet effet, elle a eu à mener des actions urgentes d'assistance aux victimes, telle que la remise de vivres et de non vivres aux populations dans les zones touchées par la guerre et aux victimes du camp de Nahibly (Duékoué). Pour plus de développements sur la question, voy. D. Lopes, « La Commission Dialogue Vérité et Réconciliation en Côte d'Ivoire : La réconciliation n'a pas eu lieu », Note d'Analyse, GRIP, 30 juin 2015, 11 p. [www.grip.org, consulté le 22 Juillet 2016].

au président de la République. Ce document (non rendu public) a non seulement tenu compte des enquêtes menées par la CDVR sur le terrain, relatives aux différents cas de violations des droits de l'homme commis lors du conflit ivoirien, mais aussi fait des recommandations à l'endroit du chef de l'État[14]. Au terme du mandat de la CDVR en décembre 2014, le président de la République a pris l'ordonnance n° 2015-174 du 24 mars 2015 portant création, attribution, composition et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Réconciliation et l'Indemnisation des Victimes[15] des Crises survenues en Côte d'Ivoire. Cette dernière a pour mission de « parachever le travail de la CDVR tant par la recherche et le recensement des victimes et ayants droit de victimes non encore recensés, que par des propositions pertinentes en vue de la réparation des préjudices consécutifs aux atteintes aux personnes et aux biens causées lors des crises survenues en Côte d'Ivoire »[16]. À ce titre, la CONARIV est chargée de procéder à l'identification et au recensement des victimes non recensées et les ayants droit de victimes non identifiées en vue de consolider un fichier unique, de proposer les mesures appropriées pour leur indemnisation et de procéder à la réparation des préjudices subis ou à la restitution des biens[17]. Pour mener à bien sa mission, la CONARIV a subdivisé ses travaux en deux étapes : l'étape de la consolidation du fichier des victimes et celle de l'indemnisation des victimes et de la restitution des biens[18]. Durant la première étape, les victimes non recensées devaient saisir la CONARIV d'une demande d'indemnisation ou de restitution, accompagnée de pièces justificatives. À l'issue de cette phase, il convient de relever que sur 874 056 dossiers soumis à la Cellule vérification, seulement 316 954 ont été validés, soit 36 % de dossiers validés et 64 % de demandes rejetées[19]. Un rapport contenant la liste validée[20] des victimes retenues et des propositions de réparation a été remis au président de la République le 19 avril 2016[21].

Selon le professeur Emmanuelle Tourme Jouannet, le droit international de la reconnaissance ne se limite pas uniquement à l'affirmation ou à la consécration juridique du principe objectif de diversité culturelle mais prend également en compte la forme de « droits subjectifs individuels ou collectifs qui doivent être garantis au sein des États eux-mêmes et qui permettent de préserver et promouvoir l'identité des personnes et des groupes »[22] et ce, afin de mettre fin à « des multiples situations de

14 Article 24 de l'ordonnance de création de la CDVR, précitée.

15 Il s'agit notamment des victimes des crises successives qu'a connues notre pays en passant par le coup d'État du 24 décembre 1999 qui a renversé le régime démocratiquement élu du président Bédié, la crise politico-militaire de 2002 et enfin la crise post-électorale de novembre 2010 à avril 2011. Il convient de relever que toutes ces crises ont endeuillé plusieurs familles en Côte d'Ivoire dans la mesure où elles ont été par moments violentes et ont occasionné de nombreuses victimes. Sur la crise ivoirienne, voy. R. Banegas, « La Côte d'Ivoire en guerre : les enjeux d'une crise régionale », Questions internationales, n° 3, septembre 2003, p. 91-100 ; G. Cottereau, « Une licorne en Côte d'Ivoire au service de la paix. Avant Marcoussis et jusqu'à la réconciliation » ? *AFDI*, 2003, p. 176-206 ; A. Gadji, « L'ONU et la crise ivoirienne », *art.cit.*, p. 195-198.

16 Article 2 de l'ordonnance de création de la CONARIV, précitée.

17 *Ibid.*

18 Il convient de noter que cette deuxième étape (qui concernait l'indemnisation proprement dite des victimes) a été par la suite confiée au Programme National de Cohésion Sociale (PNCS). Sur la question, voy. Décret n° 2015-266 du 22 avril 2015 portant création, attributions et fonctionnement du Programme National de Cohésion Sociale.

19 Selon l'ONG locale Action pour la Protection des droits de l'homme (APDH) en Côte d'Ivoire. Toutes ces informations et ces données relativement aux chiffres ont été fournies par Monsieur Vivien ZAHUI, Secrétaire aux affaires extérieures de ladite ONG. Sur la question, voy aussi : « Indemnisation des victimes : un guichet spécial de recensement des exilés ivoiriens sera ouvert (Ministre) » [https//:www.news.abidajn.net/h589654.html], publié le vendredi 22 avril 2016.

20 Il ressort de cette liste que les dossiers validés sont représentés selon les typologies de préjudice tel que les violences basées sur le genre 0,77 %, les blessures graves 8,4 5%, les destructions des biens 84,78 %, et enfin les meurtres 6 %. Voy. « Indemnisation des victimes : un guichet spécial de recensement des exilés ivoiriens sera ouvert (Ministre) », *art. cit.*

21 Cf. Radiodiffusion Télévision Ivoirienne (RT1 1), le journal de 20 heures, lors de la remise du rapport final de la CONARIV au président Ouattara le 19 avril 2016.

22 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011, p. 194.

stigmatisation et de marginalisation »[23]. Comme on le voit, la reconnaissance pourrait en outre être envisagée « comme un opérateur d'identification (au sens cognitif) de capacités et de compétences appartenant à des individus attestant qu'ils en sont bien les porteurs et un opérateur de distribution de valeur (au sens évaluatif) sur ces mêmes capacités ou compétences attestant qu'elles en possèdent une »[24]. Ainsi, la reconnaissance est un moyen dont les populations pourraient s'emparer pour faire porter leurs voix sur la scène internationale afin de lutter contre les nombreuses injustices dont elles sont victimes au plan interne. N'est-ce pas en ce sens que le professeur Albane Geslin[25] s'interrogeait sur le fait que le droit international de la reconnaissance est ou devrait être un outil de lutte au nom de la justice ?

C'est ce qui explique sans doute l'intérêt de cette étude qui s'inscrit dans le cadre de la reconnaissance des droits de l'être humain en général et, en particulier celle des victimes de guerre en Côte d'Ivoire. La notion de « victime » est très difficile à définir dans la mesure où plusieurs définitions ont été proposées. Cependant, nous tenterons d'en donner une définition. Selon Cornu, la victime peut être appréhendée comme « étant celui qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui qui le cause »[26]. Ramenée dans son contexte, la « victime de guerre » pourrait s'entendre comme toute personne ou tout individu ayant subi un préjudice ou un dommage durant une situation de conflit armé (qu'elle soit interne ou externe). La reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire présente tout son intérêt dans la mesure où c'est un droit humain inaliénable et qu'elle découle en effet de nombreux préjudices subis par des milliers de personnes au cours des crises successives qu'a connues la Côte d'Ivoire. Il va de soi qu'une telle reconnaissance obéit à une logique de justice qui consiste à réparer les différents torts causés aux victimes afin d'éviter les frustrations et les mécontentements que les « dénis de reconnaissance »[27] pourraient créer dans le pays au lendemain d'une crise post-électorale violente qui a endeuillé de nombreuses familles. Définis comme des injustices qui naissent « du mépris de la dignité d'un individu en tant que personne et des atteintes à son intégrité physique »[28], ces dénis de reconnaissance pourraient à la longue s'ils ne sont pas très tôt décelés constituer une bombe à retardement qui à tout moment risquerait d'éclater ou d'exploser.

23 *Ibid.*

24 C. Lazzeri, « Reconnaissance », in S. Mesure et P. Savidan, *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006, p. 972-973.

25 Document de présentation du colloque Justice globale/Globale justice, « Droit international de la reconnaissance : de la méthodologie à la pratique et retour », organisé les 8 et 9 septembre 2016, Lyon (France).

26 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., PUF, 2006, p. 946.

27 Les dénis de reconnaissance peuvent développer des sentiments d'indignation et d'humiliation qui pourraient à la longue aboutir à la survenance ou encore à la résurgence des conflits. Tel fut le cas au Liberia où le déni de reconnaissance de la population autochtone libérienne (utilisée à des fins de travaux forcés) par les américano-libériens (les premiers esclaves libérés venus des États-Unis) a été à la base de la première guerre civile. Le coup d'État survenu en 1980 traduit une prise de conscience et une réaction de la population autochtone libérienne humiliée, martyrisée et offensée par cette situation. Sur les origines de la crise libérienne, voy. notam. l'article du professeur F. Meledje Djedjro, « La guerre civile du Liberia et la question de l'ingérence dans les affaires intérieures des États », *RBDI*, 1993/2, p. 394-395. Et c'est ce qu'il précise en ces termes : « En l'espèce, le putsch apparaît à l'époque et de manière particulière comme une revanche des autochtones sur les descendants des esclaves affranchis » notamment les américano-libériens. Voy. aussi : L. Dollot, « Le Liberia, de l'amour de la liberté à la guerre civile », *Afrique contemporaine*, n° 155, 3e Trimestre, 1990, p. 63.

28 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?, op. cit.*, p. 170.

La reconnaissance de droits aux victimes de guerre répond ainsi à une exigence formelle qui trouve en partie son fondement juridique dans le droit à réparation[29], aussi bien au niveau du droit international que du droit interne. D'une part, le droit à réparation tire son existence juridique du droit international notamment de la jurisprudence internationale[30] et a même été en ce sens consacré dans de nombreux textes et instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et au DIH ou encore au droit international pénal. Parmi ces instruments internationaux figurent, par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 8), le Pacte International relatif aux droits civils et politiques (art. 2), la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 6), la convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 14) et la convention relative aux droits de l'enfant (art. 39). Quant aux instruments relatifs au droit international humanitaire et au droit pénal international, il convient de citer la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre (art. 3), le protocole additionnel aux conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (art. 91)[31] et le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale en ses articles 68 et 75[32]. D'autre part, en droit interne, notamment, en Côte d'Ivoire, il s'agit des articles 1147, 1382 et 1383 du Code civil des obligations et des biens, qui portent non seulement sur la responsabilité mais aussi sur la réparation des dommages causés à un individu[33].

Au regard de tout ce qui précède, la question que l'on pourrait se poser, relativement à cette étude, est celle de savoir si la reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire s'inscrit dans un véritable processus de justice réparatrice conformément au droit international de la reconnaissance. À cette interrogation, il convient de répondre par l'affirmative dans la mesure où la reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire s'inscrit effectivement dans un processus de justice réparatrice eu égard aux nombreuses injustices subies par elles durant les crises successives qu'a connues notre pays. Ce qui a conduit d'ailleurs l'État ivoirien à reconnaître des droits à une catégorie de la population, communément appelée victime de guerre (I). Aussi, au-delà de cette simple reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire, notre analyse inclura-t-elle une approche beaucoup plus pratique relative à la prise en compte des victimes de guerre, notamment en ce qui concerne la question de la réparation proprement dite des préjudices qu'elles ont subis (II).

---

29 Pour plus de développements sur la question du droit à réparation, voir : J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 527-528 ; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 891-894 ; D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, 11e éd., Pedone, 2012, p. 519-524.

30 CPJI, *Usine de Chorzów*, compétence, série A, n° 9, 26 juillet 1927, p. 21.

31 Il convient de noter que la Côte d'Ivoire est partie à la plupart des conventions internationales précitées, pour certaines depuis son accession à l'indépendance dans les années 1960.

32 La Côte d'Ivoire a même ratifié le statut de Rome en 2012 et a rejoint ainsi la Cour pénale internationale (CPI). Elle est donc devenue le 122e État membre de la CPI.

33 L'article 1147 du Code civil dispose que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution [...] ». L'article 1382, quant à lui dispose que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Enfin, l'article 1383 précise également que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

I. La reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire

Nous nous proposons ici d'examiner, d'abord, les fondements du droit international de la reconnaissance (A) et, ensuite de mettre l'accent sur la reconnaissance de la qualité de « victime » qui repose en outre sur le principe de la reconnaissance par les droits, l'un des champs d'application de ce droit (B).

A. Les fondements de la reconnaissance : l'avènement du droit international de la reconnaissance

Le droit international de la reconnaissance[34] tire ses fondements d'une part, du contexte historique de l'entre-deux-guerres (1) et, d'autre part de la doctrine développée relativement à cette question (2).

1. Le contexte historique de la reconnaissance : la période post-guerre froide

Elle repose sur trois périodes fondamentales qui, selon nous, ont largement impacté et influencé l'avènement, voire l'apparition d'un droit international de la reconnaissance. Il s'agit principalement des périodes coloniales, post-coloniales et post-guerre froide.

Jusqu'à la période coloniale, le droit international classique était un droit empreint d'inégalités, essentiellement marqué par de profondes disparités et discriminations fondamentales dans les rapports entre d'une part, les États dits « civilisés » et d'autre part, les entités coloniales dites « non civilisées ». Le droit international était donc un droit caractérisé par la domination et la supériorité des premiers (composés uniquement des États européens et américains) sur les seconds. Durant la période post-coloniale, on assiste à un bouleversement de l'ordre des choses, notamment de l'ordre juridique international par la reconnaissance de ces entités dites « non civilisées ». La reconnaissance était définie ainsi « comme l'acte juridique unilatéral, individuel ou collectif, par lequel les États civilisés attestaient du degré suffisant de civilisation et donc de maturité d'une entité politique pour faire partie de la «communauté des États civilisés», et rendaient ainsi opposable à leur égard son nouveau statut pleinement civilisé, pleinement souverain et pleinement sujet de droit international »[35]. Elle s'entendait en outre comme un acte juridique par lequel une entité politique (en cause) était reconnue comme sujet de droit international par la communauté internationale[36]. La reconnaissance est certes un acte purement déclaratoire[37] mais il convient de noter qu'elle confère à son

34 Sur le fondement, classique, du droit international relatif à la reconnaissance voy. J. Lorimer, « La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, vol. 16, p. 335.

35 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.*, p. 149. Voy. égal. Annuaire de l'Institut de droit international, éd. nouvelle abrégée (1928), Pedone, Session de la Haye, 1875, vol. I, p. 70 et s.

36 Sur la question de la reconnaissance d'État, voy. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, p. 620-631 ; J. J. A. Salmon, *La reconnaissance d'État. Quatre cas : Mandchoukouo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, A. Colin, 1971. R. Redslob, « La reconnaissance de l'État comme sujet de droit international », *Revue de droit international*, 1934, p. 429-483.

37 La conception déclarative de la reconnaissance d'État a été consacrée tant par des textes internationaux que par la jurisprudence internationale. Relativement aux textes internationaux, il convient de citer l'article 3 de la déclaration de Montevideo en date du 27 décembre

titulaire c'est-à-dire l'État nouveau ainsi reconnu « certains droits et certaines obligations au regard du droit international »[38]. Reconnu comme sujet de droit international, l'État nouveau bénéficiait donc de manière automatique de la personnalité juridique et par conséquent d'un statut égal à celui des États civilisés. Comme on le voit, la reconnaissance n'est donc pas une simple formalité dans la mesure où elle constitue une réalité juridique qui garantit en outre aux nouveaux États l'égalité juridique de statut et de droits au même titre que les États euro-américains sur le plan international[39]. Certes, cette reconnaissance de statut aux nouveaux États a permis de mettre fin à la discrimination de la période coloniale mais certainement pas à la problématique de la domination culturelle et économique qui demeure encore aujourd'hui un point de confrontation constante avec les pays occidentaux. C'est d'ailleurs de cette confrontation continue entre d'une part, les puissances occidentales et, d'autre part les nouveaux États en quête de leur identité, que naîtra précisément à la fin de la guerre froide de nouvelles demandes fondées à la fois sur des revendications culturelles mais aussi sur la demande de réparation des torts historiques infligés aux identités meurtries et bafouées par la colonisation. Autrement dit, la période post-guerre froide est sans doute celle qui a véritablement contribué à l'apparition d'un nouveau paradigme du droit, c'est-à-dire du droit international de la reconnaissance. C'est donc à partir des années 1990 que l'on peut fondamentalement parler de l'émergence d'un droit international de la reconnaissance en tant que nouvelle branche du droit international public[40]. Bien que s'inscrivant dans la logique de la première reconnaissance (celle de la période post coloniale), le droit international de la reconnaissance va au-delà de la précédente, car elle ne réside pas dans l'affirmation d'un simple « droit à l'égalité entre États » (et qui est justement indifférent aux différences) mais plutôt « d'un droit à la différence »[41]. Et comme le précise si bien Alain Touraine, « les peuples mais aussi les États, les groupes et les minorités veulent être reconnus par le droit international comme étant «égaux mais différents» »[42]. Une différence fondamentale de l'Autre[43] qui repose en outre sur des considérations d'ordre identitaire, culturel, historique, religieux, ou encore linguistique et qui trouve également son point d'ancrage dans de nombreux écrits qui méritent aussi analyse.

1933 (VII[e] Conférence panaméricaine), sur les droits et les devoirs des États qui dispose que « L'existence politique de l'État est indépendante de sa reconnaissance par les autres États ». Cette formule a été par la suite confirmée dans des textes latino-américains, notamment par la Charte de Bogotá de 1948 (en son article 9) et aussi par la Conférence de Buenos-Aires de 1967 (article 12 de sa version modifiée). Quant à la jurisprudence, on retiendra la décision d'un tribunal arbitral mixte, à propos de la Pologne de 1919 : « Suivant l'opinion admise à juste titre par la grande majorité des auteurs du droit international, la reconnaissance d'un État n'est pas constitutive, elle est simplement déclarative. L'État existe par lui-même, et la reconnaissance n'est rien d'autre que « la déclaration de son existence reconnue par les États dont elle émane » (*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes Institués par les Traités de Paix*, vol. IX, p. 336). De même, la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie a consacré cette conception en ces termes : « L'existence ou la disparition de l'État ; la reconnaissance par les autres États a des effets purement déclaratifs » (avis n° 1, 29 novembre 1991, *RGDIP* 1992, p. 264).

38 Voy. Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 8, § 1, 4 juillet 1992.

39 Cette égalité souveraine des États a même été consacrée par la Charte des Nations unies en son article 2 qui dispose que « L'organisation est fondée sur le respect du principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ». Quant à l'article premier alinéa 2 de ladite Charte, il consacre en outre comme buts des Nations unies, le fait pour les États de développer entre eux « des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes […] ».

40 Sur l'émergence de ce droit durant la période post-guerre froide, voy. en outre : E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », *RGDIP*, 2012-4, p. 772-774.

41 *Ibid.*, p. 771.

42 Voy. A. Touraine, *Pourrons-nous vivre ensemble ? Égaux et différents*, Fayard, 1997.

43 Sur la question de la reconnaissance juridique de l'Autre, voir entre autres les ouvrages d'A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, 1992, p. 132 et s. Ch. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Flammarion, 1992, p. 44 et s.

2. *L'approche doctrinale de la reconnaissance*

De nombreuses études en sciences sociales consacrent l'idée de la reconnaissance à la fin de la période post-guerre froide (dans les années 1990). Le besoin de reconnaissance de l'Autre ou encore la lutte pour la reconnaissance a fait l'objet de multiples analyses de la part d'auteurs contemporains. Leurs écrits portent essentiellement sur deux axes principaux que sont d'une part, une politique respectueuse des différences culturelles au sein de nos sociétés devenues de plus en plus hétérogènes voire multiculturelles et celui des dénis de reconnaissance qui existent aujourd'hui dans ces différentes sociétés.

Relativement au premier axe, Charles Taylor, a montré dans son ouvrage *Le multiculturalisme*, que la quête de l'identité culturelle était très souvent à la base des nombreuses luttes pour la reconnaissance au sein de nos sociétés actuelles devenues de plus en plus diverses sur le plan ethnoculturel. Ce qui explique selon l'auteur la mise en place d'une politique générale de reconnaissance de l'Autre au sein de la société qui est « Hospitalière à la différence »[44] et qui éviterait ainsi d'alimenter les nombreux conflits politiques et sociaux que pourraient engendrer ces différences d'ordre culturel ou identitaire[45].

Quant au deuxième axe, il convient de noter que les travaux d'Axel Honneth viennent confirmer ce nouveau phénomène de la lutte pour la reconnaissance fondée en outre sur le mépris et le manque de respect[46]. L'auteur met l'accent dans ses écrits sur trois formes essentielles qui composent selon lui les étapes de la reconnaissance sociale. Il s'agit notamment, des relations primaires (amour et amitiés), des relations juridiques (droits) et enfin des communautés de valeur (solidarité). Selon A. Honneth, les expériences individuelles du mépris dans ces trois formes précédemment distinguées[47] constituent la face négative du processus de reconnaissance qui « doivent en effet être vues comme autant d'expériences qui engagent des groupes entiers et qui incitent ces derniers à revendiquer collectivement leur reconnaissance »[48].

Certains auteurs en revanche ont élargi le champ d'application de la lutte pour la reconnaissance en ralliant la notion d'identité à celle de justice. Pour ces auteurs, il existe de nombreuses injustices spécifiques au sein de la société actuelle fondées sur des considérations d'ordre « culturel et non pas socio-économique »[49] et qui reposent essentiellement sur les dénis de reconnaissance qui naissent du mépris de cette identité culturelle. De tels dénis de reconnaissance peuvent engendrer des « sentiments de frustration, de manque d'estime de soi, d'humiliation voire même d'injustice »

---

44 Ch. Taylor, *Multiculturalisme. Différence et démocratie, op. cit.*, p. 44.

45 Voy. les références citées en note de bas de page 26. En effet, la quête de l'identité de la population autochtone libérienne a été à la base de la première guerre civile.

46 A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 132 et s.

47 L'auteur distingue aussi dans ces écrits les différents types de non reconnaissance ou du mépris social qui tiennent compte des trois formes précédemment indiquées qui composent les étapes de la reconnaissance sociale que sont notamment : l'atteinte physique : sévices et violences (les relations primaires), l'atteinte juridique : privation de droit et exclusion (les relations juridiques) et l'atteinte à la dignité de la personne : humiliation et offense (les communautés). Cf. A. Honneth, « La lutte pour la reconnaissance », *Revue philosophique de Louvain*, 2001/99-1, p. 136 [www.persee.fr, consulté le 21/12/2017].

48 *Ibid.*

49 Voy. N. Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et distribution*, La Découverte, 2005, p. 13 et s.

qui occasionnent des souffrances insupportables et qui pourraient à la longue s'ils ne sont pas très tôt décelés aboutir à des situations conflictuelles. Ainsi, pour les éviter, la recherche permanente du besoin de reconnaissance de l'Autre doit être fondamentale au sein de la société qu'elle soit interne ou internationale ; ce qui permettra sans doute de « garantir le respect de cette identité de la part d'autrui et de l'ensemble de la société, ce qui, étant donné qu'il s'agit d'atteintes de type culturel, implique de modifier les représentations cultuelles ou symboliques de la société »[50].

Même si la plupart de ces écrits restent essentiellement limités au domaine des sciences sociales, peut-on affirmer l'existence d'un droit international de la reconnaissance autonome à l'instar des autres branches du droit international ? C'est tout le sens de cette interrogation qui se pose à notre réflexion et qui trouve une réponse dans les récentes analyses et écrits de certains auteurs de droit tels que le professeur Emmanuelle Tourme Jouannet, l'une des partisanes de ce concept. Selon le professeur, le droit international de la reconnaissance est certes un droit en pleine émergence apparu au sein de la société internationale post-guerre froide mais dont il convient de reconnaître et d'affirmer l'existence en tant que nouvelle branche du droit international. Bien que cette reconnaissance ne soit pas suffisamment formulée comme telle au niveau international, il n'en demeure pas moins qu'elle reste tout de même une question très présente qui se traduit « à la fois dans de multiples revendications identitaires et culturelles formulées dans le langage du droit et dans les différentes solutions juridiques offertes par le droit qui convergent toutes pareillement et clairement en ce sens »[51]. D'où la nécessité de s'y intéresser en raison du fait que le droit international de la reconnaissance « apparaît comme étant l'exact pendant du droit international du développement[52] et comme constituant une autre composante essentielle de ce que pourrait être une société juste, c'est-à-dire qui soit non seulement équitable mais décente (fondée sur le respect de l'autre) »[53].

Au-delà de ces écrits sur le concept somme toute complexe de la reconnaissance, le droit international de la reconnaissance admet de plus en plus un champ d'application assez large et ne se contente plus uniquement des questions de diversités culturelles. Il repose par ailleurs sur trois domaines essentiels qui fondent aujourd'hui le nouveau droit international relatif à la reconnaissance. Il s'agit, notamment, des domaines suivants : la reconnaissance de la diversité des cultures ou encore le droit relatif à la diversité culturelle ; la reconnaissance par les droits ; et enfin la reconnaissance des torts infligés dans le passé et la réparation des crimes historiques.

Le premier domaine est celui de la reconnaissance de la diversité culturelle (le droit à la diversité culturelle) qui vise à lutter contre les phénomènes de domination culturelle issus de la mondialisation et qui se traduisent aujourd'hui au plan international par l'adoption d'un certain nombre de

50 E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 774.

51 *Ibid.*

52 Sur la doctrine relative au « droit international du développement » ou encore de la question de l'évolution du droit international, voy. notam. M. Virally, « Vers un droit international du développement », *AFDI*, 1965, p. 129 et s. ; M. Bennouna, *Droit international du développement*, Berger-Levraullt, 1983 ; M. Bettati, *Le nouvel ordre économique international*, PUF, Que sais-je ?, 1987 ; A. Pellet, *Le droit international du développement*, 2e éd., PUF, 1987, p. 4 ; M. Flory, « Mondialisation et droit international du développement », *RGDIP*, 1997-3, p. 628 et s. ; Y. Daudet, « Quelques observations sur les forces et les faiblesses du droit international aujourd'hui », in *Mélanges dédiés au doyen F. V. Wodie*, *op. cit.*, 2016, p. 149-150.

53 E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 775.

textes et d'instruments juridiques internationaux qui viennent garantir et protéger l'ensemble de ces droits. Relativement à ces textes juridiques, on peut citer entre autres : la convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel[54], adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO à sa 17e session à Paris, le 16 novembre 1972 et qui se rapporte en ses articles 5 et 6 à la protection et à la conservation des biens culturels des peuples ; la Déclaration universelle sur la diversité culturelle[55], adoptée à l'unanimité par la Conférence de l'UNESCO à sa 31e session, le 2 novembre 2001, qui a érigé (en son article 1), la diversité culturelle au rang de « patrimoine commun de l'humanité » et en ce sens elle est « aussi nécessaire pour le genre humain que la biodiversité dans l'ordre du vivant » ; enfin la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[56], adoptée à Paris, le 20 octobre 2005 par la Conférence de l'UNESCO (entrée en vigueur le 18 mars 2007). Cette convention constitue une innovation en ce sens qu'elle consacre la « diversité des expressions culturelles » comme un principe juridique qui mérite d'être préservé et promu au sein des États (art. 2 et 3).

Le deuxième domaine est celui de la reconnaissance par les droits qui s'analyse en l'octroi de droits particuliers qui permettent de préserver l'identité d'un groupe de personnes ou d'individus. Il s'agit principalement de l'attribution de « droits subjectifs individuels ou collectifs » qui doivent en principe être garantis au sein des États eux-mêmes et qui « dotent chaque personne de droits propres opposables à son État mais qui confèrent également aux groupes les plus vulnérables – minorités, peuples autochtones – les moyens juridiques de préserver leur identité face aux groupes majoritaires des États »[57]. Sur les droits des minorités, par exemple, il convient de relever une avancée remarquable en la matière, notamment avec l'adoption de plusieurs textes juridiques pris essentiellement dans le cadre européen et qui visent à la protection et à la promotion de ces droits. Il s'agit entre autres de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992 qui consacre le droit des minorités comme étant un « droit imprescriptible »[58] et, de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 2 février 1995 qui consacre ces droits en ses articles (4 et 5) et précise expressément dans son préambule que : « Considérant qu'une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et de développer cette identité »[59]. Comme on le voit, ce nouveau droit international de la reconnaissance s'inscrit de plus en plus dans l'affirmation « de droits subjectifs » qui méritent à l'instar du premier (droit relatif à la diversité culturelle) d'être juridiquement garantis et protégés au sein des États.

54 http://whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf [consulté le 22/12/2016].
55 http://unesdoc.unesco.org/images/00112/001271/127162.pdf [consulté le 23/12/2016].
56 http://unesdoc.unesco.org/image/0014/001429/142919f.pdf [consulté le 23/12/2017].
57 E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », art.cit., p. 782. Voy. aussi sur la question A. Honneth, *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, La Découverte, 2006, p. 254.
58 http://www.culture.gouv.fr/culture/actualités/lettre/dossiers/dossier-49.pdf [consulté le 22/12/2016].
59 http://www.rm.coe.int/16800c10d0%20adoption%20signature%ratifications [consulté le 22/12/2016].

Enfin, le troisième domaine est celui de la reconnaissance des torts infligés dans le passé et de la réparation des crimes historiques. Ce domaine repose fondamentalement sur l'exigence d'une reconnaissance des crimes historiques commis par le passé et de la nécessité de prévoir relativement à ces crimes des mesures appropriées de réparation[60]. Cette demande de reconnaissance des crimes du passé est de plus en plus forte surtout avec la consécration juridique de la nouvelle perception que l'on a actuellement des questions identitaires et culturelles des peuples, des groupes ou encore des individus. En outre, l'exigence de reconnaissance qui passe par la mise en cause de la responsabilité de l'État et de la réparation qui en découle doivent comme l'affirme le professeur Jouannet permettre une fois de plus : « de faire cesser le sentiment général de dévalorisation et de stigmatisation qui a perduré à travers le temps, en désignant le coupable, en exposant l'ampleur des crimes commis, en honorant la mémoire des victimes et en réhabituant alors les personnes à la fois dans leur égale dignité et dans le respect de leur différence, ethnique et culturelle »[61].

À l'instar du professeur Tourme Jouannet, nous pensons que le droit international public est un droit en pleine évolution qui ne peut plus se contenter aujourd'hui de sa seule composante classique. En effet, il doit prendre en compte de nombreux enjeux et défis nouveaux qui émergent au sein de la société internationale post-guerre froide et qui s'inscrivent désormais dans de nouvelles revendications d'ordre identitaire, culturel, historique, religieux ou encore linguistique. Par conséquent, dans cette évolution doit pouvoir s'inscrire le droit international relatif à la reconnaissance surtout en raison du fait qu'il demeure une question très prégnante et qui est d'ailleurs à la base des nombreuses luttes ou situations conflictuelles au sein de la société actuelle. Allant de même dans cette logique de reconnaissance, un certain nombre de droits sont conférés à certaines catégories de personnes victimes d'injustices au sein de la société actuelle.

B. La reconnaissance de la qualité de victime : la reconnaissance par les droits

L'octroi de droits particuliers aux victimes de guerre trouve son fondement dans la reconnaissance par les droits, l'un des champs d'action par excellence du droit international de la reconnaissance. La reconnaissance par les droits « aux victimes de guerre » en Côte d'Ivoire s'inscrit donc dans un idéal de justice en raison des nombreuses injustices vécues par elles durant les crises successives qu'a connues notre pays. Par ailleurs, l'octroi de ce droit doit pouvoir aussi tenir compte de « la

60 Ces nouvelles demandes de réparation sont aujourd'hui formulées par toutes les victimes du nazisme allemand à l'Est et de l'impérialisme japonais en Asie, celles des peuples autochtones tels que les Maoris de la Nouvelle-Zélande ou encore les aborigènes d'Australie. À celles-ci s'ajoutent les réclamations des Africains en raison de l'esclavage, de la traite et la colonisation passés. C'est ce qui explique en outre relativement à ces demandes, l'adoption de principes contenues dans la déclaration finale de la Conférence de Durban de 2001. Concernant ces principes, trois méritent analyse. Le premier principe est le fait que « l'esclavage est un crime contre l'humanité et aurait dû être considéré comme tel (point 13) ; le deuxième principe reconnaît aussi que « ces injustices historiques (esclavage et colonisation) ont de façon indéniable contribué à la pauvreté, au sous-développement, à la marginalisation, à l'exclusion totale, aux disparités économiques, à l'instabilité et à l'insécurité qui affectent de nombreuses personnes, notamment dans les pays en voie de développement » ; et enfin le troisième principe, quant à lui, s'inscrit dans le fait que les « États concernés » doivent « honorer la mémoire des victimes des tragédies passées » (point 99) ; par conséquent, la déclaration invite les autres États (outre ceux qui ont déjà présenté leurs excuses et versé des réparations : point 100) à trouver « les moyens appropriés de concourir au rétablissement de la dignité des victimes (point 101). Mais l'inconvénient de ces principes est qu'ils sont dépourvus de force obligatoire à l'égard des « États concernés » dans la mesure où ils ne s'inscrivent que dans le cadre d'une simple déclaration. Et la déclaration de 2001 elle-même d'indiquer qu'il s'agit d'une « obligation morale » des États et donc, non une obligation juridique.

61 E. Tourme Jouannet, « Le droit international de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 793.

qualité de victime ». Ce qui pose un réel problème à savoir : qui peut avoir la qualité de victime de guerre ? Une telle interrogation trouve sa réponse, en partie, dans la définition donnée par les Nations unies de la notion même de victime[62]. Aux fins de la résolution 60/147 des Nations unies[63], adoptée le 16 décembre 2005, la qualité de « victime de guerre » s'octroie aussi bien à la victime directe (1) qu'à la victime indirecte (2).

1. *La victime directe*

« On entend par "*victime*" les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire »[64]. Il en ressort trois éléments : d'une part, la catégorie de victime qui peut être une personne isolée (victime individuelle) ou un groupe de personnes (victimes collectives) ; d'autre part l'existence d'un préjudice qui est soit un dommage soit un abus physique, matériel ou moral ; et enfin les actes ou omissions constituant une violation d'une norme internationale tels que les droits de l'homme ou le droit international humanitaire. En d'autres termes, la victime de guerre est tout individu ou toute entité qui subit personnellement soit un dommage, un abus, un préjudice, soit une injustice pouvant être causée par des catastrophes humanitaires. De même, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) relativement à l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales considère que le mot « victime » ne désigne que la personne « directement concernée » ou « affectée » par l'acte ou la violation en cause[65]. Il s'agit ici et plus particulièrement de la victime directe. Toutefois, ces différentes définitions telles que précédemment indiquées conduisent à des exclusions car elles ne prennent en compte que les « victimes directes » ayant subi les effets directs du préjudice. Or, de plus en plus, on assiste à une extension de la qualité de victimes incluant les « victimes indirectes » qui sont, en réalité, les ayants droit de la victime principale. Ce qui nous ramène à la définition donnée par les Nations unies relativement au droit interne.

2. *La victime indirecte*

Conformément au droit interne, la notion de victime s'étend aux membres de la famille ou encore à quiconque qui, de près ou de loin, a subi un préjudice du fait de la victime directe ou principale. Et c'est ce qui ressort clairement de la définition proposée par les Nations unies en ces termes : la

62 Le premier texte visant à la protection des victimes a été adopté par les Nations unies depuis le 11 décembre 1985. Ce texte donne d'ailleurs une définition de la notion de victime et prévoit en outre un certain nombre de principes fondamentaux de justice visant à garantir les droits des victimes de crime et d'abus de pouvoir (voy. *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, A/RES/40/34, 11 décembre 1985 [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/34&Lang=F]).

63 *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, A/RES/60/147, 16 décembre 2005, [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/43/PDF/N0549643.pdf?OpenElement].

64 *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, *précit.*

65 Voy. *Guide pratique sur la recevabilité, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme*, 2014, p. 14. [www.echr.coe.int (Jurisprudence – Analyse jurisprudentielle), consulté le 12/08/2016].

victime s'entend des « membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes qui se trouvaient dans une situation critique ou pour prévenir la persécution, ont subi un préjudice »[66]. En d'autres termes, la victime de guerre s'entend aussi des victimes indirectes liées aux victimes directes d'une façon telle qu'elles aussi souffrent du préjudice en raison de ce lien. Il s'agit clairement des ayants droit de la victime : le plus souvent les femmes et les enfants. Définis comme les « bénéficiaires » directes d'une victime par le code civil[67], il va de soi que ces personnes puissent se voir reconnaître la qualité de victime afin de bénéficier des droits y afférents au même titre que la victime directe surtout si cette dernière est décédée.

L'extension de la qualité de victime aux ayants droit[68] en droit interne permet donc de réparer de nombreuses injustices commises à l'encontre des femmes et des enfants qui, à bien des égards, sont très souvent victimes de marginalisation et d'exclusion au sein des sociétés africaines. En effet, pendant les conflits armés, les femmes et les enfants sont les principales victimes en raison de leur vulnérabilité et de leur fragilité. Aussi les femmes se voient-elles parfois lésées voire oubliées lors de la mise en œuvre des programmes nationaux de réparation. Or, elles paient le lourd tribut de la guerre et sont très souvent spoliées de leurs terres à la mort de leur mari (dans les zones rurales). Elles sont donc obligées de s'occuper de l'éducation des enfants et de pourvoir aux besoins de la famille.

Aussi, avec le développement des droits de l'homme, la notion de victime a-t-elle été élargie et comprend de plus en plus les parents et les personnes à charge de la victime directe ou encore les personnes subissant un préjudice du fait de l'aide qu'elles apportent aux victimes. C'est en ce sens que la Déclaration de la Commission des droits de l'homme des Nations unies[69] reconnaît la qualité de « victimes » aux membres de la famille d'une victime directe. Parmi elles, on peut citer les successeurs car selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les enfants, les conjoints[70] et les parents[71] peuvent hériter du droit à indemnisation dans les cas où la victime (directe) est décédée. Et c'est ce que la Cour affirme en ces termes : « le droit à l'indemnisation pour les dommages subis par les victimes jusqu'à leur mort est transmis à leurs héritiers par succession »[72]. Il en est de même des personnes à charge dont la Cour considère clairement que « l'obligation de réparer les dommages causés est parfois, et dans les limites imposées par le système juridique, élargie aux personnes qui, bien que n'étant pas les successeurs des victimes, ont subi certaines conséquences de l'acte illégal »[73].

---

66 Voy. Chapitre V-8 de la résolution A/RES/60/147, précitée.

67 Les articles 22 et suivants de la loi relative à la succession en Côte d'Ivoire (Loi n° 64-379 du 7 octobre 1964).

68 Cette expression « d'ayants droit » a été à plusieurs reprises soulignée dans l'ordonnance de création de la CONARIV précitée, en son article 2.

69 Déclaration sur le droit à la restitution des victimes de violations graves des droits de l'homme, 1999.

70 Cour interaméricaine des droits de l'homme (CourIADH), l'affaire *Aloeboetoe c. Suriname*, Arrêt (Réparations et dépens), 10 septembre 1993, § 62. Sur cette affaire, voir aussi M. Pinto, « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. À propos de l'arrêt Aloeboetoe », *AFDI*, 1996, p.p 733 et s.

71 CourIADH, *Garrido Baigorria c. Argentine, précit.,* paragraphe 50.

72 CourIADH, *Bulcaiao c. Argentine*, Arrêt (Fond, réparations et dépens), 18 septembre 2003, § 85.

73 CourIADH, *Aloeboetoe c. Surianne*, *précit.*, §§ 67-68.

Certes, la reconnaissance de la qualité de victime repose en partie sur le droit international de la reconnaissance mais aussi et surtout sur le droit interne. En Côte d'Ivoire, par exemple, la constitution du 1er août 2000[74] consacre dans son préambule, l'attachement de ce pays au respect des principes fondamentaux des droits de l'homme, des libertés publiques, de la dignité humaine, de la justice et de la bonne gouvernance tels que définis dans les différents instruments juridiques internationaux que sont notamment, la Charte des Nations unies de 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples de 1981 et ses protocoles additionnels et l'Acte constitutif de l'Union africaine de 2001. Il en va de même de l'article 1 de la constitution ivoirienne précitée qui dispose que : « L'État de Côte d'Ivoire reconnaît les droits, les libertés et les devoirs énoncés dans la présente Constitution. Il s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour en assurer l'application effective »[75]. En d'autres termes, par cette disposition, la Côte d'Ivoire, par le biais du gouvernement actuel, est tenue de protéger et de garantir les droits de toutes les victimes de guerre (pas seulement des victimes de la crise post-électorale ivoirienne) des crises successives qu'a connues notre pays.

C'est dans ce cadre que s'inscrit d'ailleurs l'ordonnance n° 2015-174 du 24 mars 2015 portant création, attributions, composition et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Réconciliation et l'Indemnisation des Victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire (CONARIV), qui institue la nouvelle structure[76] en charge des victimes de guerre et qui conduit par ricochet à la reconnaissance des victimes de guerre en Côte d'Ivoire[77]. En effet, l'article 2 de cette ordonnance dispose que « La CONARIV a pour mission de consolider le fichier des victimes et des ayants droit de victimes recensés, par la recherche et le recensement de ceux qui ne l'ont pas été, et de faire des propositions en vue de la réparation des préjudices consécutifs aux atteintes aux personnes et aux biens causées lors des crises survenues en Côte d'Ivoire ». Il s'ensuit que la Côte d'Ivoire tient également compte dans ses critères à la détermination de « la qualité de victime » qui selon les dispositions précitées, s'octroie aussi bien à la victime qu'elle soit directe ou indirecte (l'article 2 fait expressément mention du terme ayants droit de la victime).

74 Loi n° 2016-886 du 8 Novembre 2016 portant Constitution de La République de Côte d'Ivoire.

75 *Ibid.*

76 Il a existé une première structure en charge des victimes de guerre en Côte d'Ivoire. Il s'agit notamment, de la Direction des Victimes de Guerre (DVG). Créée par décret du président de la République en juillet 2012, la direction des victimes de guerre était logée au sein du ministère des ex-combattants et des victimes de Guerre avant d'être rattachée au Ministère de la Solidarité, de la Famille, de la Femme et de l'Enfant. La DVG avait pour mandat de concevoir et de mettre en œuvre la politique de réparation du gouvernement, c'est-à-dire de faire en sorte que la victime soit rétablie dans tous ses droits notamment le droit d'assistance, de réinsertion et de réhabilitation. La DVG avait pour mission de procéder à l'identification des victimes, de contribuer à la réparation de chaque victime et de mener des campagnes de sensibilisation des populations sur les méfaits de la guerre, avec l'appui des organisations de la société civile et des associations de victimes. Depuis sa création, la DVG « a entrepris de nombreuses activités essentiellement liées au recensement des victimes de guerre dont le nombre jusqu'en mars 2013 s'élevait à 70 000, la prise en charge psychologique et médicale de 143 victimes notamment, les femmes victimes de violences basées sur le genre, l'octroi de 200 bourses d'études, l'assistance juridique aux victimes; la prise en charge scolaire au profit des élèves par le Ministère de l'éducation nationale et de l'enseignement technique». Toutefois, les activités de la DVG ont connu un arrêt avec la dissolution du Ministère des ex-combattants et des victimes de guerre en novembre 2012. La DVG n'était rattachée officiellement à aucun ministère pendant plusieurs mois. Elle a été confrontée à d'énormes difficultés qui ne lui ont pas permis d'apporter assistance aux victimes.

77 Il convient de relever en la matière qu'aucun texte législatif jusqu'à ce jour ne définit clairement le statut de victime de guerre en Côte d'Ivoire encore moins ne prévoit les modalités de prise en charge de ces victimes. Alors qu'un texte de loi aurait pu régler définitivement la question surtout en ce qui concerne la détermination de la qualité de victime et des mesures de réparation adéquate qu'elles auraient pu bénéficier relativement au préjudice subi.

Comme il est donné de le constater, l'octroi de la qualité de « victime directe ou indirecte » revêt donc ici tout son sens dans la mesure où il confère à son titulaire un droit, une reconnaissance qui contraint son auteur à une réparation effective du préjudice.

II. La réparation des préjudices subis par les victimes de guerre en Côte d'Ivoire

Consacrée comme un droit sous le droit international, la réparation est un droit essentiel qui s'inscrit dans tout processus de justice car elle contribue largement à réparer les torts causés aux victimes de guerre. Elle révèle ainsi tout son sens dans la procédure du fait qu'elle « vise immédiatement et spécifiquement les victimes » en leur offrant une compensation essentiellement liée à leurs besoins. En effet, comme l'affirment Warren Buford et Hugo Van Der Merwe, « l'offre de réparation est considérée comme la seule véritable approche centrée sur la victime »[78]. Axée directement sur les besoins particuliers des victimes, la réparation présente en outre l'avantage de redonner une lueur d'espoir aux victimes tout en restaurant leur dignité. Cette réparation incombe par ailleurs à tout État et découle de sa responsabilité internationale en cas de manquements ou de violations à une obligation internationale (A). La réparation s'analyse par ailleurs en des modalités diverses et variées. Outre les formes classiques reconnues en droit international, nous étudierons celles spécifiquement envisagées dans le cas ivoirien (B).

A. L'obligation pour l'État de réparer le préjudice subi

L'obligation générale de réparer naît dès qu'il y a commission d'un fait internationalement illicite[79]. En cela, l'article 31 du projet d'articles de la Commission de Droit International (CDI) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dispose que « l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Il en va de même en cas de violations flagrantes et graves des droits humains tel qu'il ressort de la résolution 60/147 des Nations unies en date du 16 décembre 2005. Ainsi, l'obligation de réparer le préjudice subi est un devoir qui incombe à tout État et qui est désormais consacrée et affirmée en droit international[80].

Dans une démarche centrée sur le genre, opérée en raison des nombreuses violences et des discriminations constantes dont elles sont l'objet, un accent particulier sera mis sur les violations des droits humains perpétrées à l'encontre des femmes durant la crise ivoirienne. Bien que diverses, ces violations se résument d'une manière générale à un double niveau : les violations flagrantes des droits de l'homme (1) et les violations graves du droit international humanitaire (2).

78 W. Buford et H. Van Der Merwe, « Les réparations en Afrique australe », *Cahiers d'études africaines*, n° 173- 174, 2004, p. 264 [http://etudesafricaines.revues.org/4617].

79 Sur la question, voy. J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : Introduction, textes et commentaires*, Pedone, 2003, 461 p.

80 Pour plus de développements sur la question, voy. L. Margarell, « Les réparations en théorie et en pratique », Série Justice Réparatrice, Document consulté le 7 mai 2013, au Centre International pour la Justice Transitionnelle (ICTJ) lors de mon stage effectué audit centre à Abidjan (Côte d'Ivoire).

1. *En cas de violation des droits de l'homme*

Bien que, dans la typologie des crimes, la violence sexuelle soit incluse dans les développements récents du droit international des droits de l'homme[81], les femmes continuent d'être les victimes d'abus et de sévices sexuels lors des conflits armés[82]. Quand elles ne sont pas enrôlées de force comme des femmes-soldats ou des femmes de ménage (pour faire la cuisine, exécuter des tâches domestiques…)[83], elles sont exposées au viol, « nouvelle arme de destruction massive ». Le viol, comme une tactique de guerre[84], remplit diverses fonctions, notamment l'humiliation des femmes, leur maintien dans un statut d'infériorité et, par-delà, le déni de leur dignité humaine, la déstructuration et la déstabilisation de leur cellule familiale et communautaire voire de leur nation.

Ce fléau, observable sur les champs de bataille, n'a pas épargné les populations vulnérables que sont les femmes lors des crises successives ayant secoué la Côte d'Ivoire, de décembre 1999 à avril 2011. En effet, d'innombrables femmes ont été violées au cours de cette période. Ainsi, selon le rapport de la Commission Nationale d'Enquête (CNE), la crise post-électorale a engendré par exemple 3 248 victimes[85] dont 196 cas de viols et d'autres agressions sexuelles commises à l'encontre de nombreuses femmes[86]. Quant à la Commission d'Enquête Internationale Indépendante sur la Côte d'Ivoire, elle a indiqué, dans son rapport du 1er juillet 2011 au Conseil des droits de l'homme, le viol d'un nombre important de femmes. Selon les témoignages qu'elle a recueillis, il y a « plusieurs femmes et jeunes filles victimes de violences sexuelles perpétrées par des miliciens armés, des hommes en uniforme et de ceux habillés en costume traditionnel *dozo* dans la région de l'ouest d'une part, et des hommes armés accompagnés de miliciens à Abidjan »[87]. À cela, s'ajoutent des cas d'exécutions sommaires, d'enlèvements, de séquestrations, de torture et de traitements inhumains et dégradants, de pillages et d'attaques indiscriminées et ciblées contre les populations civiles non armées notamment des femmes et des enfants[88].

Par ailleurs, les enquêtes menées par les ONG féminines telles que l'Association des Femmes Juristes de Côte d'Ivoire, le Centre Féminin pour la Démocratie et les Droits Humains en Côte d'Ivoire, l'Organisation des Femmes Actives de Côte d'Ivoire (OFACI) et le West Africa Network

81 On y inclut aussi la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants (voy. art. 8, Statut de la CPI).

82 La protection des droits de la femme est assurée tant par les instruments juridiques internationaux, régionaux que nationaux. Au titre des instruments nationaux, la nouvelle constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 proclame dans son préambule son adhésion aux droits et libertés tels que définis dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples de 1981. à cet effet, la Côte d'Ivoire exprime son attachement au respect et à la protection des libertés fondamentales tant individuelles que collectives. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, elle consacre tout son chapitre premier à la promotion de ces libertés et droits fondamentaux (les articles 2 et 3 de la Constitution ivoirienne). Pourtant les nombreuses crises qu'elle a connues ont favorisé d'énormes violations des droits humains notamment à l'égard de la femme.

83 Cf. E. Restoy, « Le Front Révolutionnaire Uni (FUR). Tentatives pour faire pression sur une armée d'enfants », Forum sur les groupes armés et l'implication des enfants dans les conflits armés, Château de Bossey, Suisse, 4-7 juillet 2006, p. 6.

84 La résolution 1820 (2008) adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations unies le 19 juin 2008 exige qu'il soit mis fin à l'utilisation comme tactique de guerre d'actes de violences sexuelles à l'égard des femmes et des filles, ainsi qu'à l'impunité pour les auteurs de ces violences [https://undocs.org/fr/S/RES/1820%20(2008)].

85 La CNE a aussi enregistré de nombreux cas de violations se rapportant aussi bien au droit à l'intégrité physique qu'à la sécurité de la personne humaine.

86 *Rapport d'enquête sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire survenues dans la période du 31 octobre 2010 au 15 mai 2011*, *op. cit.*, p. 14.

87 *Rapport de la Commission d'Enquête Internationale Indépendante sur la Côte d'Ivoire*, juillet 2011, A/HRC/17/48, p. 22.

88 *Rapport d'enquête sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire survenues dans la période du 31 octobre 2010 au 15 mai 2011*, *op. cit.*, p. 12 à 15.

for Peace building ont révélé également de graves violations sexuelles subies par les femmes lors de la crise poste électorale de 2010 à 2011[89]. À cet effet, le nombre de cas de viols enregistré en Côte d'Ivoire est de 25 % en 2010 soit 153 cas et 33 % en 2011 soit 656 cas selon le rapport de l'*Office* for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA)[90]. L'OFACI a aussi dressé, dans un rapport, le bilan des sévices subis par les femmes pendant la crise post-électorale (de novembre 2010 à mai 2011)[91] en Côte d'Ivoire, précisément dans seize localités du pays[92]. Ce sont au total 124 femmes qui ont été victimes de viols. Au titre des sévices portant sur le viol, le rapport mentionne 71 cas dans d'autres localités. À titre d'exemples, nous citerons certaines localités comme Yopougon avec 37 cas, Abobo 9 (qui sont des communes de la ville d'Abidjan) et Guiglo 7 (à l'intérieur du pays).

Toutefois, le sentiment de culpabilité éprouvé, la honte et la peur de l'ostracisme familial ou sociétal conduisent la plupart des femmes victimes de viol à garder le silence[93]. Elles ne peuvent donc pas jouir de leur droit à la réparation[94] reconnu par le droit international, qui fait obligation aux États de le leur offrir au risque d'engager sa responsabilité internationale. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 26 juillet 1927 rendu par la CPJI, en l'affaire *Usine de Chorzów* en ces termes : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer sous une forme adéquate »[95]. Et la CPJI de préciser que la réparation est le complément indispensable à l'application d'une convention sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire dans ladite convention[96]. La réparation est une conséquence juridique essentielle de la violation d'un engagement international ; elle doit donc être accordée en proportion avec le préjudice subi. Il en est de même en cas de violation du droit international humanitaire.

2. En cas de violation du droit international humanitaire

La résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations unies prescrit aussi l'obligation pour chaque État de réparer les préjudices subis par les victimes en cas de violations graves du droit international humanitaire. À l'instar des violations des droits de l'homme, la crise ivoirienne a occasionné et enregistré de multiples violations du DIH. Ces violations se situent principalement à deux niveaux que sont les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité[97].

89 Lors de mon stage effectué (du 8 avril au 7 octobre 2013) au Centre International pour la Justice internationale à Abidjan (ICTJ), j'ai eu l'occasion de travailler et de coordonner un groupe de travail mis sur pied par cette structure en faveur des différentes ONG locales précitées plus haut, appelé le Groupe d'Initiative des Femmes pour la Justice Transitionnelle (GIFJT). C'est ce qui m'amène d'ailleurs à citer dans cette étude, des exemples concrets de cas de violences sexuelles subies par les femmes durant la crise ivoirienne relativement aux travaux réalisés par ces différentes ONG locales.

90 Cf. Bulletin Humanitaire Côte d'Ivoire de l'OCHA, Numéro 2, du 28 février 2013, p. 3.

91 *Rapport d'enquête de l'OFACI sur les violences faites aux femmes durant la crise post-électorale de Novembre 2010 à Mai 2011 en Côte d'Ivoire.*

92 Ce sont Abobo, Adjamé, Agboville, Bloléquin, Danané, Divo, Duékoué, Guiglo, Koumassi, Man, Port-Bouet, San-Pedro, Toulépleu, Toumodi, Yopougon et Zouan-Hounien.

93 Sur la question du silence ou de la réticence des femmes victimes de violences sexuelles en Côte d'Ivoire, voir le récent *Rapport sur les viols et leur répression en Côte d'Ivoire*, de l'Opération des Nations unies en Côte d'Ivoire (ONUCI) et du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, juillet 2016, p. 7 et 19 à 21 [https://onuci.unmissions.org/sites/default/files/cote_d_ivoire_-_rapport_sur_les_viols_et_leur_repression_-_juillet_20161.pdf consulté le 22 juillet 2016].

94 Sur cet aspect, voir aussi J. GUILLEROT, « *Réparer les femmes victimes de violations massives des droits humains dans un contexte transitionnel* », Séminaire de Kinshasa – RDC, juin 2007. Disponible sur le site de l'ICTJ : [www.ictj.org].

95 CPJI, *Usine de Chorzów*, *précit.*

96 *Ibid.*

97 Articles 7 et 8 du Statut de la CPI.

Le DIH impose aux parties combattantes d'opérer, en tout temps, une distinction nette et claire entre les populations civiles et les combattants ainsi qu'entre les biens civils et les objectifs militaires. Toutefois, par moments et par endroits, ce principe de distinction n'a pas été respecté par les parties car de nombreuses attaques ont été dirigées, à dessein, contre les civils durant la crise ivoirienne. Ceux-ci ont été l'objet d'attaques diverses, en particulier les femmes comme l'indique le rapport de la CNE[98].

Outre le principe de distinction opéré par le DIH entre les civils et les belligérants durant les conflits armés, celui-ci prescrit également le fait de traiter avec « humanité » tant les personnes civiles que les parties combattantes. Cependant, force est de constater que de nombreuses exactions ont été commises par les parties au conflit à l'encontre des civils que sont notamment des atteintes à la vie et à l'intégrité physique. À cela s'ajoutent des cas de traitements inhumains et dégradants infligés, de part et d'autre, par les parties combattantes. Ces maltraitances ont occasionné de graves violations constantes au mépris du principe de l'humanité.

L'obligation de réparer le préjudice subi sert, en réalité, à garantir les droits humains en faveur des victimes et à rétablir par conséquent une certaine justice à leur égard. Celle-ci passera donc par la réparation intégrale du préjudice dans la mesure où il « ne peut y avoir de cicatrisation ni de réconciliation sans des mesures de réparation ou de réadaptation adéquates »[99]. Ces mesures de réparation qui peuvent prendre diverses formes méritent analyse.

B. Les formes de réparation du préjudice

L'obligation de réparer confère à la responsabilité internationale une nature spécifique donnant lieu à une réparation équitable et intégrale du préjudice subi. En effet, la responsabilité de l'État étant établie, il va de soi qu'il répare ledit préjudice. Comme le souligne l'article 34 du projet d'articles de la CDI, cette réparation revêt diverses modalités pouvant être exercées séparément ou conjointement. Nous verrons, d'abord, celles prévues par le droit international (1) et, ensuite, celles qui ont été effectivement mises en œuvre dans le cas ivoirien (2).

1. Les formes classiques de réparation du préjudice en droit international

Il s'agit notamment, de la restitution (a), de l'indemnisation (b) et enfin de la satisfaction (c).

a. La restitution

La restitution consiste à rétablir la situation antérieure à la commission de l'acte illicite ou dommageable. Elle est la « *restitutio in integrum* » ou la remise des choses en l'état. Ainsi, dans l'affaire *Usine de Chorzów* précitée, la CPJI énonce ce principe en ces termes « le principe essentiel

98 En effet, lors de la marche organisée par les femmes au carrefour Abobo-Anador, à Abidjan, le 3 mars 2011, par exemple, les manifestants, estimés à environ 3 000 personnes, ont été l'objet d'attaques à balles réelles par les forces de défense et de sécurité. Parmi les victimes, l'on dénombre sept femmes et un homme tués (*Rapport d'enquête sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire survenues dans la période du 31 octobre 2010 au 15 mai 2011*, *op. cit.*, p. 25).

99 Voy *Truth and Reconciliation Commission (TRC) Report*, vol. 5, chapitre 5, section 2, sections 94-115.

est que la réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »[100]. Au vu de cette définition, la restitution révèle deux éléments essentiels à savoir le rétablissement du *statu quo ante* et la restauration de la situation comme si l'infraction n'avait jamais été commise. Il convient néanmoins de mentionner que si le fait illicite est irréversible car ayant certainement causé un dommage définitif, c'est-à-dire lorsque la restitution est impossible, il est plus que nécessaire de recourir à une autre forme de réparation et c'est ce que souligne en outre le projet d'articles de la CDI en son article 35. Cet article préconise l'exclusion de la restitution lorsqu'elle fait peser sur l'État responsable du dommage « une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »[101].

La restitution est certes le mode de réparation privilégié mais celle-ci révèle de nombreuses limites et insuffisances. C'est ce qui justifie en outre le recours à l'indemnisation.

b. L'indemnisation

Dans la pratique internationale, l'indemnisation est la forme de réparation la plus couramment utilisée. Contrairement à la restitution, qui est une réparation en nature, l'indemnisation est une réparation par équivalent pécuniaire. Selon Cornu[102], l'indemnisation est définie comme « l'opération consistant à rendre indemne la victime d'un dommage en réparant celui-ci de la manière la plus adéquate, soit en nature (reconstruction, attribution d'un bien équivalent), soit en argent (indemnité) ». Ainsi donc, pour l'État responsable du dommage, l'indemnisation vise à verser une certaine somme d'argent à l'État lésé, l'équivalent en termes monétaires des préjudices causés. Elle s'adresse en premier lieu aux États lésés et peut comprendre des intérêts. Dans l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a déclaré : « il est une règle bien établie du droit international qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé par l'État auteur d'un fait internationalement illicite »[103]. C'est également ce que précise le juge dans l'affaire *Lusitania* en ces termes : « La conception fondamentale des dommages-intérêts est la réparation d'une perte subie, une compensation octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu »[104]. Toutefois, la restitution et l'indemnisation ne suffisent pas à réparer tous les dommages du fait illicite.

c. La satisfaction

La satisfaction est la forme de réparation appropriée des dommages moraux ou immatériels causés par l'État responsable. Elle consiste en des excuses ou des regrets, des sanctions internes (mesures administratives ou disciplinaires) ou encore en une simple déclaration par le juge international d'un constat

---

100 CPJI, *Usine de Chorzów* (Demande d'indemnité), fond, Allemagne c/ Pologne, Arrêt n° 13, 13 septembre 1928, Série A, n° 17, p. 47 ; Voy. aussi CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (RDC c/ Belgique), § 76.

101 P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 892.

102 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 471.

103 CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, p. 81, § 152.

104 Cité par CDI, projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, p. 204.

d'illicéité[105] de l'acte incriminé ou d'actes symboliques. Cette forme de réparation est adaptée aux préjudices ne pouvant pas être évalués financièrement. Lesdits préjudices peuvent être des outrages à des emblèmes tels que le drapeau national, des attaques contre des navires ou des aéronefs, la violation de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale. Il apparaît donc que l'État auteur du fait internationalement illicite peut porter atteinte à la fois au droit et à un intérêt juridiquement protégé d'un État.

Bien qu'assez clairement définies par le droit international classique, ces formes de réparation s'appliquent aussi en cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. C'est ce qui ressort de la résolution 60/147 des Nations unies[106] qui donne par ailleurs une définition assez explicite et contextuelle de ces mesures de réparation.

De manière plus spécifique, on entend par formes de réparation les catégories de mesures suivantes :

– La restitution qui vise à « rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire ne se soient produites »[107]. Elle vise entre autres à la restauration de la liberté, à la jouissance des droits de l'homme, à l'identité et à la vie de famille, au retour sur le lieu de résidence et enfin à la restitution de l'emploi des biens.

– L'indemnisation, quant à elle, est accordée « pour tout dommage résultant de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, qui se prête à une évaluation économique, selon qu'il convient de la violation et aux circonstances de chaque cas »[108]. Elle s'applique donc en cas de préjudice physique et psychologique ou moral ou encore en cas de dommages matériels.

– La réadaptation « devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux »[109].

– La satisfaction s'étend à un ensemble de mesures visant à faire cesser les violations persistantes, elle recherche la vérité et les personnes disparues, permet l'identification et la réinhumation des corps, la présentation des excuses publiques, les commémorations et enfin l'institution de sanctions judiciaires et administratives en vue de la reconnaissance des faits et de la détermination des responsabilités[110].

Enfin, les garanties de non-répétition incluent la mise en place de « réformes institutionnelles visant à assurer le contrôle des forces armées et des forces de sécurité par l'autorité civile, à renforcer

105 Sur la question, voy. CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c/ Albanie), arrêt du 15 décembre 1949, *Rec.*, p. 36 ou encore CIJ, *LaGrand*, (Allemagne c/ États-Unis), arrêt du 27 juin 2001, *Rec.*, p. 508, § 116. Pour plus de développements, voy. aussi P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 9e éd., 2008, p. 538.

106 Résolution A/RES/60/147 *précit.*, Point IX, §§ 15-23.

107 *Ibid.*, § 19.

108 *Ibid.*, § 20.

109 *Ibid.*, § 21.

110 *Ibid.*, § 22.

l'indépendance du pouvoir judiciaire, à protéger les travailleurs des droits de l'homme, à assurer la formation aux droits de l'homme, à promouvoir les normes internationales relatives aux droits de l'homme au sein des fonctionnaires, des responsables de l'application des lois, des médias, de l'industrie et des services psychologiques et sociaux »[111].

Ainsi appréhendées, quelles formes de réparations ont été effectivement mises en œuvre dans le cas ivoirien ? Ont-elles été différenciées en fonction des typologies de violations établies en Côte d'Ivoire ?

2. *Les formes de réparation du préjudice mises en œuvre dans le cas ivoirien*

Deux formes de réparation ont été mises en œuvre en Côte d'Ivoire. Il s'agit essentiellement de la réparation financière encore appelée réparation par équivalent pécuniaire ou l'indemnisation (a). À cela s'ajoute une autre modalité de réparation qui s'inscrit dans un cadre exclusivement médical et psychologique que la résolution 60/147 définit comme étant une réadaptation (b). Toutefois, à côté de ces deux formes s'ajoutent aussi d'autres mesures complémentaires à la réparation qui méritent aussi une attention particulière (c).

a. *La réparation financière : le paiement d'une indemnisation*

L'indemnisation des victimes du conflit armé en Côte d'Ivoire a effectivement démarré. À cet effet, plusieurs institutions ont eu en charge la gestion effective des réparations en Côte d'Ivoire, notamment le Programme National de Cohésion Sociale (PNCS)[112] et le Ministère de la Solidarité, de la Cohésion Sociale et de l'Indemnisation des Victimes de guerre (MSCSIV).

Le Programme National de Cohésion Sociale a été créé pour une durée de quatre ans, sur proposition du Ministère d'État, Ministère du plan et du développement lors du conseil des ministres du 15 février 2011[113]. Son objectif principal est d'œuvrer au renforcement de la cohésion sociale en Côte d'Ivoire par le biais de la réconciliation nationale, la consolidation de la paix et de la sécurité. En d'autres termes, le PNCS a pour but de ressouder le tissu social, de cultiver le vivre ensemble et de coordonner toutes les actions en rapport avec la cohésion sociale. Il a en outre reçu pour mandat de coordonner toutes les actions gouvernementales, celles des organisations de la société civile et des ONG, de renforcer les capacités des acteurs en matière de cohésion sociale, et d'appuyer les efforts de réhabilitation communautaire.

---

111 « Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Programmes de réparation », Nations unies, New York et Genève, 2008, p. 8 [Http// : www.ohchr.org/documents/Publications/ReparationsProgrammes_fr.pdf].

112 Décret n° 2015- 266 du 22 avril 2015 portant création, attributions et fonctionnement du Programme National de Cohésion Sociale, en abrégé, PNCS. Ce présent décret, qui prévoit outre les missions de cohésion sociale et de réconciliation nationale du PNCS (voy. décret de création de 2011), étend celles-ci à l'indemnisation des victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire, conformément à l'ordonnance n° 2015-174 du 24 mars 2015 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Réconciliation et l'Indemnisation des Victimes des Crises survenues en Côte d'Ivoire (CONARIV).

113 Le PNCS était placé sous la tutelle effective de trois ministères : le ministère du Plan, le ministère de la Famille, de la Femme et de la Solidarité et le ministère de l'Économie et des Finances.

Toutefois, le 22 avril 2015, le PNCS a vu ses attributions étendues au point d'inclure la question de l'indemnisation des victimes de guerre des crises survenues en Côte d'Ivoire[114]. Ces composantes principales sont les suivantes : participer à l'identification des victimes et des ayants droit de victimes non recensés, évaluer les préjudices subis en vue d'une réparation adéquate et appropriée, proposer des mesures et des modalités de mise en œuvre de l'indemnisation des victimes et enfin procéder à l'indemnisation des victimes au moyen du fonds d'indemnisation[115].

Le PNCS intégré aujourd'hui au sein du Ministère de la Solidarité, de la Cohésion sociale et de l'Indemnisation des Victimes est en charge désormais de la question des victimes de guerre et, par conséquent, de leur mode de réparation.

Le Ministère est chargé de procéder à la réparation des préjudices subis, au moyen du fonds d'indemnisation des victimes prévu à cet effet, sur la base du fichier consolidé des victimes remis au président de la République par la CONARIV. Les missions du Ministère relativement à la question de l'indemnisation des victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire se résument en cinq points : la participation à l'identification des victimes non recensées et des ayants droit des victimes non recensées, la participation à la constitution du fichier unique consolidé des victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire, la participation à l'évaluation des préjudices subis par les victimes en vue d'une réparation appropriée, la proposition des mesures et des modalités de mise en œuvre de l'indemnisation des victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire et procéder à la réparation des préjudices et enfin la participation aux actions de mobilisation de ressources financières en vue de la prise en charge et de la réparation des préjudices subis par les victimes.

Par ailleurs, depuis le lancement du processus d'indemnisation des victimes de guerre par le chef de l'État le 5 août 2015, le MSCSIV a procédé à l'indemnisation des premières victimes. Cette première phase concernait près de 4 500 victimes et ayants droit[116]. Elle s'est faite à partir de la liste fournie par la CNE. Cette liste qui a été par la suite transmise à la Cellule Spéciale d'Enquête (CSE)[117] a servi de document de référence pour l'indemnisation des ayants droit des victimes décédées lors de cette première phase.

114 Article 3 du décret de création du PNCS, *précit.*

115 Estimé environ à 10 milliards de FCFA, le fonds d'indemnisation des victimes de guerre a été instauré en 2015 en vue de faire face aux nombreux préjudices causés par la crise post-électorale ivoirienne de 2010.

116 Du 5 au 15 octobre 2015, les victimes et ayants droits de la région du Grand Ouest ont été indemnisés (350 ayants droits ont reçu chacun la somme d'un million de FCFA, tandis que cinquante blessés bénéficiaient d'une prise en charge médicale et psychologique totale jusqu'à la guérison, et 150 000 FCFA comme frais de transports). Le lundi 28 décembre, 200 victimes et ayants droits issus des communes de Yopougon, de Treichville, de Bocanda et de Duékoué ont reçu chacun un chèque d'un million de FCFA. Le mardi 12 janvier 2016, une cinquantaine de victimes et ayants droits ont reçu un chèque d'un million de FCFA également. Source : APDH. Informations recueillies par Monsieur Vivien G. ZAHUI, Secrétaire aux affaires extérieures de l'ONG Action pour la protection des droits de l'homme.

117 La Cellule Spéciale d'Enquête a été créée par arrêté ministériel en juin 2011. Elle avait pour mandat de mener des enquêtes judiciaires sur les exactions commises à partir du 4 décembre 2010. Elle a pris en compte 3 types de violations (crimes de sang, infractions économiques et atteintes à la sûreté de l'État) et mené de nombreuses actions sur le terrain telles que : les auditions de plus de 12 000 victimes, de témoins et de parents de victimes, les auditions faites à l'issue de campagnes de sensibilisation menées avec l'aide des partenaires financiers et l'appui de certaines associations de victimes ; la découverte de sites tombaux et de nombreuses fosses communes et l'identification des corps rendus aux familles (avec une aide financière de l'État aux familles pour l'organisation des obsèques).

Le Ministère a aussi consacré une attention particulière à l'indemnisation financière, en tant que forme de réparation, droit fondamental des victimes des violations graves des droits de l'homme et par conséquent de la reconnaissance de la responsabilité de l'État. À cet effet, il a adopté des principes et définit un certain nombre de critères qui prennent en considération non seulement le type de violations subies mais aussi la question de l'égalité et de la solidarité entre les victimes ayant souffert des mêmes violations. C'est ainsi qu'il a adopté la privation de la liberté comme critère unifié par rapport à toutes les victimes. Cela s'est traduit par l'octroi des mêmes indemnisations, mais en tenant cette fois-ci compte de la durée de la disparition ou de la détention arbitraire, des conditions de la détention et des violations associées, tels la torture, les mauvais traitements et l'atteinte à la dignité, la perte des revenus et les séquelles de santé non susceptibles d'être traitées médicalement. Ce qui donne lieu très souvent à une prise en charge psychologique de ces victimes[118].

b. La prise en charge médicale et psychologique : la réadaptation

En ce qui concerne la prise en charge médicale et psychologique des blessés, les listes utilisées par le MISCSIV sont celles fournies en son temps par le Ministère de la Solidarité, de la Famille, de la Femme et de l'Enfant (celle fournie à l'époque par l'ex-Direction des victimes de guerre) et l'ex-Autorité pour le Désarmement, la Démobilisation et la Réinsertion (ADDR)[119].

Le Ministère a considéré l'assistance médicale aux victimes des violations graves des droits de l'homme comme prioritaire et l'a intégrée dans son approche globale en matière de réparation. Aussi a-t-il créé durant son mandat une unité médicale en son sein chargée d'assister les victimes et d'effectuer des missions de terrain dans plusieurs régions de la Côte d'Ivoire afin d'établir des documents médicaux relativement aux dossiers des requérants. De même, l'étude menée par l'unité médicale du MSCSIV a permis d'établir un premier diagnostic sur l'état de santé physique et psychique des victimes, d'évaluer la nature et l'importance des affections dont elles souffrent, et d'envisager des alternatives et des stratégies pour la prise en charge permanente des soins, non seulement pour les cas de maladie ou d'incapacité, mais aussi pour l'ensemble des victimes et de leurs ayants droit[120].

Certes, bien qu'ayant montré son importance dans toute initiative de justice en ce sens qu'il porte une attention particulière à la situation des victimes, le droit à réparation ne suffit pas à lui seul à rendre véritablement justice aux victimes. En effet, dans bien des cas, ce droit s'analyse en une simple opération ou « transaction financière » au mépris de son sens réel qui est, avant tout, la reconnaissance des souffrances endurées par les victimes mais aussi et surtout celle de leur statut. Or, de plus en plus, le constat est frappant dans la mesure où nombreuses sont les personnes qui limitent le droit à réparation en une simple question financière voire à « l'argent » quand nous savons en

118 ONG locale APDH. Informations fournies par Monsieur Vivien G. Zahui, *précit.*

119 Créée par décret présidentiel n° 2012-787 du 8 août 2012, l'ADDR était placée sous la Direction générale de Monsieur Fidèle Sarassoro. Elle avait pour mission de contribuer à la restauration d'un climat de paix par l'assistance et le renforcement des capacités des ex-combattants, des jeunes à risque et des populations rendues vulnérables par la crise. Autrement dit, l'ADDR avait pour objectif principal de conduire les ex-combattants à devenir des acteurs performants du développement et ce, afin de contribuer à leur réinsertion économique et sociale une fois démobilisés.

120 ONG locale APDH. Informations fournies par Monsieur Vivien G. Zahui, *précit.*

outre que la réparation financière ou communément appelée l'indemnisation en droit international n'est en réalité qu'une des modalités de la réparation. Tout compte fait, le droit à réparation devrait être mis en œuvre concomitamment avec les autres mesures de justice transitionnelle[121]. C'est en ce sens que Marc Freeman et Dorothée Marotine affirmaient en ces termes que « Des réparations en l'absence d'autres mesures de justice transitionnelle peuvent être considérées comme de l'argent sale – un moyen d'acheter le silence ou le consentement des victimes. Enfin, reformer les institutions sans essayer de satisfaire les attentes légitimes de justice, vérité et réparation des victimes se révèlera non seulement inefficace d'un point de vue des responsabilités, mais également un probable échec en soi »[122]. En quoi consistent ces autres mesures et en quoi sont-elles nécessaires et complémentaires à la réparation ?

c. Les autres mesures complémentaires à la réparation

Elles se résument essentiellement en des mécanismes de justice transitionnelle et reposent principalement sur trois principes ou piliers[123] que sont notamment, le droit à la vérité, le droit à la justice et enfin le droit à la réforme.

À l'instar du droit à la réparation, le droit à la vérité s'inscrit lui aussi dans le processus de justice dans la mesure où il participe énormément en tant que mécanisme non juridictionnel à la recherche de la vérité sur les causes profondes du conflit afin d'éviter sans doute leur répétition à l'avenir. En d'autres termes, la recherche de la vérité repose sur un principe essentiel qui est celui « du devoir de savoir » et qui, lui, fait référence à la nécessité individuelle et collective de connaître les causes profondes ou génératrices des différentes exactions ainsi que des graves violations des droits de l'homme commises pendant la situation conflictuelle. C'est en ce sens que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que « Le droit de connaître la vérité est un droit collectif qui garantit à la société l'accès aux informations qui sont essentielles au fonctionnement des systèmes démocratiques et il est aussi un droit privé pour les familles des victimes, qui rend possible une forme d'indemnisation… »[124]. Ce mécanisme débute très souvent par la mise en place d'une Commission de Vérité[125] comme ce fut le cas en Côte d'Ivoire avec la création de la CDVR, et dans bien d'autres pays sortant

121 Apparu en Amérique Latine dans les années 1970 (où de nombreux pays sortaient de régimes dictatoriaux), le concept de Justice Transitionnelle a évolué vers d'autres continents au point de s'étendre aujourd'hui aux États africains. C'est un processus qui vise à rétablir l'État de droit dans les pays sortant d'un conflit armé ou d'un régime dictatorial. C'est un processus qui repose en outre sur quatre (4) piliers essentiels que sont : le droit à la vérité, le droit à la justice, le droit à la réparation et enfin le droit à la réforme. Sur la notion de justice transitionnelle, voy. aussi l'article du professeur F. Hourquebie, « La notion de «justice transitionnelle» a-t-elle un sens ? », p. 3 à 7 [www.droitconstitutionnel.org, consulté le 17/08/2016]. Voy. aussi L. Joinet, « Un état des lieux des principes et standards internationaux de la Justice transitionnelle », in M. Bleeker (éd.), *La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux*, Conference Paper 2/2007, p. 3-15 [https://unchrd.org/rapportjustice.pdf]. Voy. aussi le Rapport du Secrétaire général des Nations unies devant le Conseil de sécurité, *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. S/2004/616, 23 août 2004, § 8.

122 Cf. M. Freeman et D. Marotine, « La justice transitionnelle : un aperçu du domaine », 19 novembre 2007, p. 20 [https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Apercu-Domaine-2007-French.pdf, consulté le 17 Juillet 2016].

123 La Justice transitionnelle repose en principe sur quatre piliers fondamentaux dont celui du droit à réparation mais ce dernier a déjà fait l'objet d'une analyse.

124 Comm.IADH, Rapport n° 136/99, affaire 10.488, *Ignacio Ellacuria et al.* (Salvador), 22 décembre 1999, § 224 [Traduction non officielle par Amnesty International].

125 Pour plus de développements, voir aussi : le rapport du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Les commissions de vérité*, Nations unies, New York et Genève, HR/PUB/06/1, 2006, p. 1.

de conflit tels que l'Argentine, le Guatemala, l'Afrique du Sud, le Pérou, ou encore le Liberia[126], etc. Ces commissions de vérité ont entre autres pour missions de mener des investigations en vue de faire la lumière sur les faits passés, de recueillir les dépositions et témoignages des victimes sur les exactions commises, de faire des recherches et de tenir des audiences publiques. En d'autres termes, « une commission de vérité se préoccupe de milliers de victimes et s'efforce de déterminer l'importance et les caractéristiques des violations commises dans le passé, ainsi que leurs causes et leurs conséquences »[127]. Ces investigations se terminent le plus souvent par l'élaboration ou l'établissement d'un rapport et d'une formulation de recommandations qui tiennent compte des mesures de réparation appropriées et justes en faveur des victimes.

Contrairement aux commissions de vérité qui sont, ainsi qu'on l'a vu, des mécanismes non juridictionnels, « le droit à la justice » s'inscrit quant à lui dans un cadre purement « juridictionnel » et vise à traduire les présumés auteurs coupables de graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ces poursuites pénales reposent sur le principe fondamental du « droit à la justice » qui fait référence en droit international au devoir des États de tenir responsables les auteurs coupables de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. De ce principe découlent deux droits que sont le « droit au recours » pour les victimes de violations des droits de l'homme et « l'obligation qu'à l'État de poursuivre et punir les auteurs » de ces violations. Le droit au recours pour les victimes est mentionné dans la résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations unies notamment relative aux « principes et directives fondamentaux concernant le droit à un recours et à réparation des victimes ». Comme on peut le constater, il s'agit d'un droit fondamental reconnu à toute victime de violations des droits de l'homme et qui lui permet de faire valoir ses droits devant un organe indépendant et impartial en vue d'obtenir dans une certaine mesure la reconnaissance et la cessation de ces violations.

À l'instar du droit au recours reconnu aux victimes, l'obligation internationale de poursuivre et de punir les auteurs coupables de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire est aussi « corrélative » au droit à la justice. Il s'agit en effet d'un principe fondamental relevant du devoir voire de l'obligation qu'à tout État de lutter contre l'impunité[128]. Ce principe a été prôné par les Nations unies[129] et consacré par les différents rapports et textes des organisations régionales africaines, américaines et européennes[130].

126 L'appellation des commissions de vérité varie d'un pays à un autre. En Argentine, on parlait de Commission nationale sur la disparition des personnes, 1983 ; au Guatemala de Commission pour la clarification historique des violations des droits de l'homme et des actes de violence qui ont causé des souffrances à la population guatémaltèque ; en Afrique du Sud de Commission vérité et réconciliation, 1995 ; au Pérou de Commission vérité et réconciliation, 2003 et au Liberia de Commission vérité et réconciliation, 2005.

127 *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Les commissions de vérité*, *op. cit.*, p. 2.

128 Rapport final du Rapporteur spécial sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civil et politique), 2 octobre 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, Annexe II, partie II.

129 Voy. les résolutions de la Commission des droits de l'homme des Nations unies sur l'impunité, E/CN.4/RES/2004/72 du 21 avril 2004 ; E/CN.4/RES/2005/81 du 21 avril 2005.

130 Rapport de la CourEDH, « Éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme : Lignes directrices et textes de référence », H/Inf (2011)/7, Direction générale Droits de l'homme et État de droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg, www.coe.int [consulté le 17 juillet 2016]. Voy. aussi les résolutions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, CADHP/Rés.87/(XXXVIII) du 5 décembre 2005 et CADHP/Rés.344/ (LVIII) du 20 avril 2016.

Quoi qu'il en soit, les poursuites pénales se font par le biais des tribunaux nationaux et internationaux tels que les tribunaux *ad hoc* pour l'ex Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), la Cour Pénale Internationale ; par les tribunaux spéciaux (comme ce fut le cas en Sierra Léone), ou encore par les tribunaux mixtes, ou encore les chambres spéciales ou extraordinaires (comme au Cambodge[131]). À cela s'ajoutent les tribunaux traditionnels comme ce fut le cas au Rwanda (le cas des « *Gacaca* »)[132].

Contrairement à la Sierra Léone où il y a eu la création d'un Tribunal spécial[133] en charge de la répression des auteurs coupables de graves violations dans ce pays, il n'en fut rien en Côte d'Ivoire. En effet, celle-ci a opté pour la création d'une Cellule Spéciale d'Enquête, communément appelée CSE qui a eu pour mandat d'une part, de mener des enquêtes judiciaires sur les exactions commises à partir du 4 décembre 2010 et, d'autre part de poursuivre les auteurs coupables de ces exactions. Elle a pris en compte 3 types de violations (crimes de sang, infractions économiques et atteintes à la sûreté de l'État) et mené de nombreuses actions sur le terrain telles que les auditions de victimes, de témoins et de parents de victimes. Toutefois, le droit des victimes à recevoir la garantie de non-répétition des actes ou violations qu'elles ont subis ne pourra se faire qu'avec la mise en place de réformes.

Dans le but de garantir la non-répétition ou la non-reprise des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises pendant la situation conflictuelle, l'État se doit de mettre en place des institutions « efficaces et équitables »[134], gages d'une paix durable dans le pays. À cet effet, d'importantes mesures doivent être prises et des réformes doivent être adoptées. Il s'agit essentiellement des réformes institutionnelles qui interviennent dans plusieurs domaines qui sont administratif, judiciaire, législatif et sécuritaire. Le plus souvent, l'accent est mis sur l'appareil sécuritaire qui consiste à modifier l'ensemble du système de sécurité englobant la police, l'armée, les services de renseignement, les services de contrôle des frontières et les mécanismes de supervision des organes de sécurité. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les réformes significatives prises en Côte d'Ivoire visant à améliorer le système sécuritaire. Il s'agit notamment du programme de Désarmement, de Démobilisation et de Réinsertion (DDR) mis en œuvre par l'ADDR, du processus de la Réforme du Secteur de Sécurité (RSS) qui a été lancé en janvier 2013 et qui s'est fait sous la houlette d'une stratégie nationale adoptée par le Conseil National de Sécurité (CNS)[135] suite aux travaux du Groupe de Travail sur la Réforme du Secteur de la Sécurité[136].

131 Sur la création des chambres extraordinaires cambodgiennes, voy. la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies, A/RES/57/228 du 22 mai 2003.

132 Ce sont des tribunaux traditionnels ayant vocation à appliquer la coutume pour le règlement des litiges qui leur sont soumis.

133 Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, S/RES/1315 du 14 août 2000.

134 Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Assainissement : cadre opérationnel*, Nations unies, New York et Genève, 2006, HR/PUB/06/5, p. 3.

135 Le CNS a pour mission principale de coordonner toutes les questions relatives à la sécurité aussi bien au niveau interne qu'externe. Faisant ainsi partie des institutions de « contrôle démocratique » du secteur de la sécurité, le CNS est un acteur central voire majeur de la politique de sécurité. Cinq missions principales lui ont été assignées par le chef de'lÉtat. Il s'agit notamment: de coordonner les questions relatives à la sécurité intérieure et extérieure de la Côte d'Ivoire ; de définir les orientations stratégiques et de fixer les priorités nationales en matière de réforme du secteur de la sécurité ; de renseigner, d'informer et de conseiller en permanence le chef de l'État en matière de sécurité ; de prévenir et de gérer les actions ou les situations de nature à porter atteinte aux intérêts vitaux du pays et enfin de veiller à la coordination de l'action des différents ministères dans le domaine de la sécurité et superviser le système de renseignements national.

136 Il a été créé par arrêté présidentiel n° 002 du 6 avril 2012 et a reçu pour mission de définir la Stratégie Nationale en matière de RSS et de DDR (article 2 dudit arrêté).

Conclusion

En somme, la reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire constitue une aubaine pour toutes les personnes ayant subi des préjudices énormes durant les crises successives qui ont secoué le pays. Par ailleurs, il faudrait indéniablement que cette reconnaissance de la qualité de victimes de guerre s'accompagne d'un processus de réparation effective et équitable du préjudice subi au profit de toutes les victimes (en prenant en compte aussi les victimes de 1999 et de 2002) et non uniquement celles de la crise post-électorale ivoirienne[137]. Car, comme le disait si bien le professeur Emmanuelle Tourme Jouannet[138], les dénis de reconnaissance tout comme les injustices qui naissent au mépris d'un groupe d'individus ou encore d'une catégorie de victimes peuvent développer des sentiments d'indignation, d'humiliation et de mécontentements qui pourraient à la longue aboutir à la survenance ou à la résurgence de conflits.

137 Le constat qu'il convient de faire est qu'à ce jour, seules les victimes de guerre de la crise post-électorale ivoirienne ont pu bénéficier d'une mesure de réparation notamment, une indemnisation financière à titre de compensation symbolique pour certains et une prise en charge médicale pour les autres relativement au préjudice subi. Or, lors de la phase de consolidation du fichier unique des victimes de guerre, la CONARIV a procédé à l'identification et au recensement de toutes les victimes des crises survenues en Côte d'Ivoire (en passant par le coup d'État de 1999 et de la crise de 2002) tel qu'il ressort expressément de son mandat (art. 2 de l'ordonnance de création de la CONARIV, *op. cit.*). De plus, en vertu du principe de continuité de l'État, celui-ci se doit, à l'instar des victimes de la crise post-électorale, d'étendre aussi le processus d'indemnisation à toutes les victimes de guerre en Côte d'Ivoire afin d'éviter les sentiments de frustrations que pourraient faire naître de telles injustices au sein de notre société.

138 E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, *op. cit.*, p. 170.

Reconnaissance et identité collective à Madagascar

Joël Radaody[1]

Est-il possible de s'émanciper du droit international issu de la période post-coloniale[2]? Loin d'être une idée abstraite, cette interrogation portée par l'objet de ce *workshop* demeure essentielle si l'on souhaite, pour les générations futures, qu'elles puissent vivre en pleine capacité d'agir avec dignité[3].

Si la question du droit international de la reconnaissance implique une refondation du droit international, il peut paraître également intéressant de savoir dans quelle mesure ce droit est un outil post-colonial. Pour le dire autrement, dans quelle mesure ce droit est une norme de catégorisation supérieure. La question qui est posée le sera par rapport à la question des catégorisations[4]. La dichotomie utilisée en ce sens se fera dans la distinction entre l'individu et le collectif.

La catégorisation issue du monde romano-germanique, par exemple, a donné de grands cadres structurant et décomposant une partie du droit. Ces grands cadres sont connus en matière de droit civil comme étant la personne, la famille, les biens, les obligations, les contrats ou quasi-contrats. En droit public, on peut dénommer le droit constitutionnel, le droit administratif, les finances publiques, le droit international public. À cela, il ne faut pas omettre de souligner qu'il existe bien évidemment une certaine porosité entre les blocs concernés puisqu'ils partagent certaines catégories et certains principes peuvent même faire l'objet d'un usage polysémique[5].

1 Dirigeant de l'association Exequatur.

2 S. Pahuja, *Decolonizing International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, 2011.

3 Dignité dans le sens égal et différent dans une pleine reconnaissance ; voir en ce sens E. Tourme Jouannet, « Le droit internationale de la reconnaissance », *RGDIP*, 2012-4, p. 769-800.

4 Posons que « Chaque individu, chaque communauté, classe, ordonne, identifie les objets de sa culture en un certain nombre de catégories. Le rôle scientifique est alors de comprendre et de mettre à jour les critères de pertinence sur lesquels chaque culture comme chacun de ses membres fonde cette catégorisation » (S. Arom *et alii.*, « La catégorisation des patrimoines musicaux dans les sociétés de tradition orale », in F. Alvarez-Pereyre (dir.), *Catégories et catégorisations, Une perspective interdisciplinaire*, SELAF, 2008, p. 173). « Or les catégorisations linguistiques se font de manière inconsciente, dans le sens où on les utilise tout le temps et à partir de ce moment on hérite de ce qui a été fait et on apporte un grain de sel, c'est la raison pour laquelle la langue évolue. C'est la source de diachronie » (B. Pottier dans la lecture critique de l'ouvrage de F. Alvarez-Pereyre? *Catégories et catégorisations, Une perspective interdisciplinaire*, SELAF, 2008, http://www.archivesaudiovisuelles.fr/1502/liste_conf.asp?id=1502). Plus qu'un concept linguistique, le terme « catégorie » permet de comprendre qu'il existe différents sens, différents signifiés et questionne sur la possibilité de trouver une possible représentation des objets, des catégories juridiques par exemple.

5 Voy. en ce sens C. Baron, « La gouvernance, débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, n° 54, 2003-2, p. 239-249 [https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2.htm].

Ce qu'il est possible de mettre en lumière est une autre forme de catégorisation de l'environnement malgache, à travers le concept de *fihavanana*[6].

Un parallélisme entre le concept de *fihavanana* malgache et les problématiques des peuples autochtones Kanak, notamment par le biais du rattachement à la terre est éclairant. Le rattachement à la terre, qui a son équivalent chez les Kanak, demeure chez les Malgaches une problématique de catégorisation. Ainsi, par le truchement du tombeau, entre les tenants de la fragmentation individuelle (l'individu existant selon trois cercles concentriques) et les partisans du respect des ancêtres demeure une divergence. Sur la question kanak, Alain Christancht écrit : « La colonisation terrienne les a repoussés sur des terres plus restreintes et surtout, sans en avoir toujours pleinement conscience, a privé de nombreux clans de leurs racines ancestrales alors même qu'ils se définissent par rapport à la terre de leurs ancêtres. Cette dépossession foncière se doublait ainsi d'une dépossession identitaire »[7].

Mais dans l'ordre interne, le droit malgache, et notamment constitutionnel, reconnaît ce concept et y fait une référence explicite. Le concept a été inscrit, par exemple, dans la Loi Constitutionnelle du 27 avril 2007 qui porte révision de la Constitution. En effet, le préambule énonce : « Le peuple Malagasy souverain, Résolu à promouvoir et à développer son héritage de société pluraliste et respectueuse de la diversité, de la richesse et du dynamisme de ses valeurs éthicospirituelles et socioculturelles, notamment le "fihavanana" [...] »[8]. Le concept est, dès lors, inscrit dans l'équivalent d'un bloc de constitutionnalité, puisqu'il est réitéré en préambule de la Constitution de la Quatrième République[9].

Pour autant, sans effectivité ce concept n'a pas de valeur dans le réel. Ou du moins, il ne peut se manifester au-delà des catégorisations héritées du droit colonial ou d'un droit ayant une vocation si ce n'est supra-étatique, au moins supra-législative. La problématique est du même ressort que la question de l'universalité des droits de l'homme, à laquelle la Charte africaine des droits de l'homme a été une des réponses.

Il est légitime dès lors de se demander s'il existe un droit de la reconnaissance porteur de cette identité collective. Cette question peut, par exemple, se poser dans le cadre du processus d'élaboration des États généraux de la diaspora de Madagascar, qui a eu lieu en juin 2015, dont l'initiative est citoyenne et dont la source est le *Fihavanana*.

---

6 Étymologiquement *Havana* peut être traduit par parent, ami, allié. Le *Fihavanana* peut donc répondre à la définition de parenté, d'amitié et de relation de réciprocité en règle générale. Pour une élaboration du concept en tant que capital social voy. F. Gannon, « Le fihavanana comme capital social », in P. Kneitz (dir.), *Fihavanana – La vision d'une société paisible à Madagascar*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, 2016, p. 279-304 [http://www.academia.edu/6998758/Le_fihavanana_comme_capital_social].

7 A. Christancht, « La reconnaissance du peuple Kanak par le droit français », in S. Pessina-Dassonville (dir.), *Le statut des peuples autochtones. À la croisée des savoirs*, Cahiers d'Anthropologie du droit 2011-2012, Karthala, p. 99.

8 http://www.unesco.org/education/edurights/media/docs/6976583919a3e56e3e95d17e67a9fbcbebf83f38.pdf.

9 La quatrième constitution malgache énonce la « nécessité pour la société malagasy [...] de s'inscrire dans la modernité du millénaire tout en conservant ses valeurs et principes fondamentaux traditionnels bases sur le *fanahy* malagasy qui comprend "*ny fitiavana, ny fihavanana, ny fifanajàna, ny fitandroana ny aina*" ». http://www.justice.gov.mg/lorganisation-judiciaire/les-principaux-textes-de-la-justice/constitution-extrait/.

D'autre part, il est également possible d'aborder ce concept par rapport à la notion de développement. Hernando De Soto énonce une de ces problématiques de cette façon : « Dans quelle mesure, les pays du Sud peuvent-ils représenter leurs richesses à l'endroit des pays du Nord ? »[10]. En termes de droit de la reconnaissance, il est possible de reformuler comme suit : dans quelle mesure le développement peut aller de pair avec l'intégrité identitaire ?

Par ailleurs, l'exemple de l'espace francophone, en tant qu'espace communautaire (car il est un espace commun de certaines catégorisations) de développement ne peut garder sa pertinence que dans la mesure où cet espace garantit l'intégrité identitaire et culturelle de chaque ressortissant et donc permet l'effectivité et la reconnaissance d'autres formes de catégorisations (comprenant l'identité collective en l'espèce, par l'intermédiaire du concept de *fihavanana*).

Finalement, la Déclaration Universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001 énonce à l'article 1 : (que) « La diversité culturelle (est un) patrimoine commun de l'humanité ». Or cette reconnaissance de la diversité est-elle possible si l'on ne prend pas en considération ce qui peut fonder différemment les identités de ces peuples, une identité collective en l'espèce fondée sur le *fihavanana* (reconnu dans le bloc de constitutionnalité, visible dans le rattachement à la terre et au tombeau, effectif dans le cadre de l'élaboration des États généraux de Madagascar) ? Il est possible de transposer au *Fihavanana* la citation de I. M. Pei (Architecte), pour qui « Le patrimoine d'un pays est par essence son identité culturelle, et qu'il soit grand ou petit, majestueux ou simple, matériel ou immatériel, il doit être conservé et avoir une signification pour toutes les générations futures »[11].

Prolégomènes : Situer en droit un fait d'envergure sociale

Il convient, d'abord, d'expliciter dans quelle mesure un phénomène social peut être appréhendé en droit. En effet, on peut se demander où situer l'individu, ses règles de conduites, ses habitus, ses coutumes étant donné que « quelle que soit la société qu'on envisage, elle n'admet jamais en son sein un autre ordre juridique autonome que le sien »[12], l'autre droit étant constamment absorbé[13].

Or, « l'habitus et la coutume sont juridiques et seulement juridiques en ce qu'ils participent à la reproduction de la vie en société »[14], les comportements et les agissements des individus le sont donc parce qu'eux aussi participent à cette reproduction. Dès lors, il est difficile d'écarter l'hypothèse de plusieurs droits dans une société donnée et, dans ce système, l'individu est le point de convergence des normes dans une conception étendue du droit qui ne s'arrête pas à la conception positiviste où l'État serait le seul producteur de normes[15].

---

10 H. de Soto, *Le mystère du Capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005.

11 Cité in *Diversité culturelle. Patrimoine commun, identités plurielles*, UNESCO, 2002 [http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf].

12 J. Vanderlinden, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2003, Les pluralismes juridiques*, L.A.J.P., Karthala, p. 21-33.

13 La reconnaissance « de l'autre droit réalise en fait l'absorption de ce droit dans le système récepteur », J. Vanderlinden, *ibid.*, p. 31.

14 E. Le Roy, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique »* du Droit, LGDJ, Série anthropologie, 1999, p. 200.

15 *Ibid.*

Monstesquieu dans *L'Esprit des lois* écrit : « Quand j'ai été rappelé à l'Antiquité, j'ai cherché à en prendre l'esprit, pour ne pas regarder comme semblables des cas réellement différents ; et ne pas manquer les différences de ceux qui paraissent semblables »[16]. Il s'agit, donc, ici de comparer la catégorie « individu » à la lumière d'un concept malgache. Or, la question d'une catégorisation, d'une autre communauté d'intérêt est particulièrement légitime, non seulement parce que le monisme juridique ne peut plus ne pas prendre en considération[17] le champ politique issu d'un pluralisme radical[18]. Mais surtout parce que toutes les sociétés effectuent des renouvellements de leurs mythes[19], forment et actualisent de nouveaux droits métis[20]. C'est le cas notamment pour Madagascar dans l'exemple consacré s'il entend agir, aussi, dans un espace francophone « soudure de(s) deux cultures »[21].

C'est donc dans l'optique de créer des États politiques[22] plus stables, et simplement plus justes, qu'il convient d'écouter ces autres entendements pour lesquels il serait, aussi, judicieux de disposer de passeurs[23].

La compréhension de ces conflits de catégorisations sera étudiée à travers le terme d'*iray tompo* d'une part, au regard de la question de la terre d'autre part, et enfin envers le *fihavanana* en tant que capital social.

I. *Iray Tompo* : le frère et la sœur de sang

La première approche de la (re)conception de l'individu va passer par l'étude, sommaire, du terme *Iray Tompo*.

Étymologiquement, ce terme veut dire « un cœur ». Par extension, on peut lui donner la signification de « issu d'un même cœur ». Il existe des termes pour désigner une parenté équivalente au terme frère ou sœur, mais le terme *iray tompo* pour désigner une seule et même entité est caractéristique.

Ainsi, dans le cadre du *Famangiana*, c'est-à-dire ce que nous pouvons dénommer comme les visites de doléances ou les veilles qui sont les prémisses aux funérailles, les familles apportent aux

16 Montesquieu, Préface à *L'Esprit des lois*, Œuvres, La Pléiade, T. II , p. 229.

17 « Cette démocratie participative renvoie en fait à la question de la participation des destinataires de la norme à son élaboration. Elle traduit le passage d'une conception universaliste de la norme légitimé à la fois par le fait qu'elle est l'émanation de la majorité et qu'elle tend à la réalisation de l'intérêt général, à une conception plus catégorielle qui prend en compte la diversité des destinataires de la norme, leurs attentes, leur réceptivité. Elle suppose l'acceptation de la norme, accorde une importance centrale à sa procédure d'élaboration et met en valeur le consensus, plus que la formation d'une majorité », B. Mathieu, « Vers la fin de la démocratie ? », in J.-P. Derosier et G. Sacriste, *L'État, le Droit, le Politique mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 47.

18 « Mais, précisément, notre époque a remis ce monisme en question. De nouveau, la diversité (l'altérité) a envahi le milieu juridique et Gurvitch observe, dans les sociétés industrielles, d'innombrables centres générateurs de droit, d'innombrables foyers autonomes de droit, qui viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique », J. Carbonnier, *Flexible Droit*, 10e éd., LGDJ, 2007, p. 19.

19 P. Chiapini, *Le droit et le sacré,* Dalloz, L'esprit du droit, 2006, 352 p.

20 Ces nouveaux droits peuvent être créateurs d'une nouvelle catégorie de personne juridique comme pour la récente décision du parlement de la Nouvelle-Zélande d'accorder une telle personnalité à un fleuve [http://www.lemonde.fr/planete/article/2017/03/20/la-nouvelle-zelande-dote-un-fleuve-d-une-personnalite-juridique_5097268_3244.html].

21 F. Raison-Jourde, *Construction Nationale Identité chrétienne et modernité. Le premier XIXe siècle malgache*, Thèse de doctorat, dir. J. Gadille, 1990, Lille, p. 699.

22 « La construction nationale et la stabilité politique sont des exigences compréhensibles pour des États jeunes en quête de leur personnalité », M. Kamto, *Pouvoir et Droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Bibliothèque Africaine et Malgache, LGDJ, 1987, p. 494.

23 Il s'agit ici d'une référence au livre *Un passeur entre les mondes : le livre des anthropologues du droit et amis du recteur Michel Alliot* (Publications de la Sorbonne, 2000).

parents du défunt le *Tsodrano*[24]. Ce système qui peut s'apparenter à un système d'assurance collective (l'enveloppe ayant pour fonction concrète l'aide apportée aux parents du défunt pour l'organisation de la cérémonie) ou une aide réciproque pour la visite rendue par les *mpamangy*[25], montre la complexité des coutumes mises en œuvre à travers le *fihavanana*.

C'est simplement, ici, l'entretien de l'amitié et de la fraternité qui unissent des familles. Cet entretien existe à diverses échelles de temps :

– Le *Midodo* qui signifie « se précipiter » est une enveloppe qui est donnée à l'occasion du *solodranobarytsimasaka*, c'est-à-dire lorsque le mort se situe encore dans la maison, et qu'il faut assurer les premières urgences nécessaires à ce genre de circonstances.

– Le *Tsodrano* est donné lors de l'occasion précitée, mais il peut aussi être donné de manière égale lors d'un baptême.

– Enfin, le *Rambodambo* (la part de linceul) représente la part de solidarité que l'on donne pour le linceul.

Or, une caractéristique particulière peut être perçue lors du *tsodrano*. La famille du défunt reçoit de la part des autres familles proches, les cousins ou amis, les condoléances associées. Mais l'*iray tompo* ne donne pas de *tsodrano*, tout comme il ne présente pas de condoléances, car selon la définition stricte, il est *iray tompo*. En tant qu'issu du même cœur que le défunt, il en est une partie complémentaire ou intégrante.

Il s'agit ici d'un degré de densification de l'individu qui renvoie à une conception concentrique de l'identité chez le Malgache. Ainsi, l'individu *malagasy* peut-il être appréhendé selon des cercles concentriques qui sont autant de représentations de son identité.

L'homme *merina*[26] échelonne le monde autour de lui en ondes concentriques :

– le *fianakaviana* (famille proche) forme le degré zéro ;
– le *mpihavana* ou *havana* (parents) compose le premier degré ;
– les *havanaaman-tzakaiza* (parents en raison de l'amitié) constituant le deuxième degré ;
– les *havanampiara-monina* (parents par la cohabitation) étant le troisième degré ;

24 *Mitsoka Rano*, la part d'eau ou plus poétiquement les larmes partagées caractérisées par une enveloppe contenant de l'argent.
25 D'un côté il y a la famille du défunt : *vangiana*, et de l'autre, les visiteurs : *mpamangy*.
26 P. Ratsimbazafimahefa, cité par G. Chrétien-Vernicos, *Nom et monde à Madagascar*, thèse de doctorat, dir. M. Alliot, 1995, Université Paris I, p. 226.

M. Seth Andriatsilavo arrive à la même conclusion[27]. Le moi *malagasy* dit-il est composé de trois éléments :

- le moi, c'est-à-dire le moi corporel,
- le moi « ensemble des individus ayant la même origine, le même sang »,
- le moi « tous les gens vivants sur le même terroir ».

Et il ajoute « qu'un seul des trois arrive à manquer et c'en est fini des deux autres, et la personne n'a plus sa raison d'être ».

La notion d'individu arrive à un plus grand degré de complexification, lorsque l'on y ajoute la question de la terre et partant du tombeau.

II. La terre des ancêtres

La question de la terre comme partie constitutive de l'individu peut être mise en lumière, d'une part par rapport au tombeau et d'autre part vis-à-vis des appropriations de terres ressenties par les *malagasy*.

A. Le tombeau : élément de vie

La question du tombeau et le lieu de situation de vie permettent d'identifier dans quelle mesure celui-ci reste attaché à la terre[28]. On comprend dès lors dans quelle mesure le concept de terre est profondément ancré dans celui de l'individu, puisque le *malagasy* compose son être par cercles concentriques *via* une famille, qui n'est pas la famille occidentale, et se rattache à la terre par le truchement du tombeau.

Il est possible par exemple de voir de grands rassemblements de famille qui ont souvent lieu sur le *tanin-dRazana* ou proche du *fasan-dRazana*. Plus encore les successions foncières à Madagascar sont parfois l'objet de contentieux entre les familles, entre les tenants de la fragmentation individuelle de la terre et les partisans du respect des ancêtres. Il est possible de voir ici un conflit de catégorisation entre la propriété individualiste issue d'une catégorisation romano-germanique, et une conception de l'individu qui ne peut être détaché ni de sa terre, ni de ses ancêtres.

---

27 *Ibid.*

28 Deux concepts sont importants pour comprendre la question de l'attachement à la terre et au tombeau, celui de *tanin-dRazana* et de *fasan-dRazana*. Le premier désigne la terre des ancêtres et désigne de manière stricte le lieu initial d'origine d'un groupe et de ces membres. Le deuxième, le *fasan-dRazana*, la tombe, peut être situé au même endroit que la terre des ancêtres, le *tanin-dRazana*. Mais pour des raisons de migrations subies ou choisies ou par le fait d'autres raisons factuelles – comme le fait que le tombeau initial ne dispose plus de place pour accueillir d'autres membres, ou le fait qu'une branche d'un groupe se constitue en un sous-groupe qui désire avoir son propre *fasan-dRazana*, donc son propre tombeau – la terre des ancêtres et le tombeau ne coïncident pas forcément. A. Razafintsalama, « Le droit à la tombe familiale », in *Les Tsimahafotsy d'Ambohimanga Organisation familiale et sociale en Imerina (Madagascar)*, SELAF, 1981, p. 185-200.

Au-delà de la nature ethnocidaire[29] de ce conflit, il est remarquable de trouver des similitudes de catégorisations dans d'autres sociétés comme la société Kanak[30]. Plus encore, une similitude est aussi à l'œuvre lorsque l'on accorde du crédit à des morts *via* une conscience collective[31]. Certaines sociétés, en effet, ne font pas distinction de dignité entre les vivants et les morts[32]. Pour le cas *malagasy*, la question d'une reconnaissance de la personnalité juridique, qui existe de fait, à ces ancêtres, au sujet de la question foncière, est explicite en matière de conflits de catégorisations[33]. Il est possible dès lors de comprendre toute la portée de la phrase : « Pourquoi faire parler les ancêtres [...] Ceux qui peuvent les entendre deviennent souverains »[34].

B. La terre élément de l'individu-collectif

La question collective de la terre est une idée pour le moins récurrente si l'on en croit l'actualité qui anime la vie *malagasy* et notamment la vie politique.

Pour aborder cette question collective de la terre il est également possible de s'éloigner des rivages *malagasy*. Dans le cas des aires pastorales des Cévennes, il n'est pas question d'utiliser l'appellation de droit de propriété collective mais la nécessaire mise en application d'un « pacte pastoral » qui traduit de fait l'adaptation du « système foncier privé pour maintenir la spécificité pastorale du territoire »[35] montre l'étendue et les questionnements que peuvent poser certaines aires géographiques dont la nature juridique pourrait paraître, si ce n'est ambiguë, du moins sujette à une autre forme de catégorisation. Les mêmes problématiques ont été soulevées lors d'une journée organisée par le CROIMA[36] au sujet des aires pastorales dans le sud de Madagascar, notamment par le professeur Jean-Aimé Rakotoarisoa.

---

29 « La leçon officielle de l'ethnologie, singulièrement de l'ethnologie française, aime à opposer les sociétés simples aux sociétés complexes, les sociétés traditionnelles aux sociétés modernes, les sociétés mythologiques aux sociétés rationnelles, les sociétés orales aux sociétés à écriture, les sociétés immobiles aux sociétés historiques [...]. C'est évidemment commettre une illusion d'optique, qui tient aux erreurs que nous aimons commettre sur notre compte et sur celui des autres, ces autres que nous croyons toujours le contraire de nous-mêmes : il suffit que nous nous pensions – à tort – rationnels pour que nous définissions les autres comme irrationnels. En fait nous sommes seulement différents et pas toujours dans le sens que nous aimerions », M. Alliot, II[e] Journée d'étude à l'Hôpital de la Poterne des Peuplier, Paris, 19 février 1983.

30 Cf *supra*.

31 « En accolant le terme objet à la notion de restes humains je choisis d'associer ces deux termes pour montrer que le corps humain, une fois mort, devient en droit un objet mais permet également l'inverse, d'accepter d'anthropomorphiser des objets qui ont une forte appropriation émotionnelle et identitaire [...] Ces objets [...] [sont] considérés comme des traces d'une activité humaine passée, ils participent à une conscience collective d'un peuple réuni autour de leur existence qui peut par la suite envisager son futur », G. Fontanieu, *Le respect des mémoires, retissées par une approche dynamique des objets et restes humaines conservés dans des institutions publiques : les enjeux de la restitution*, Mémoire de Master 2, dir. G. Nicolau, Université Paris 1, 2011, p. 74.

32 « Car, contrairement à la théologie chrétienne ou à l'islam, les croyances des sociétés africaines traditionnelles enseignent qu'aussitôt que quelqu'un est mort, il va dans un autre monde et vit là, dans la même dignité, avec les mêmes honneurs qu'ici-bas », W. Bosman, *Voyages en Guinée*, 1705, cité par M. Kamto, *Pouvoir et Droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 59.

33 Il est ainsi possible de voir dans certaines familles des successions qui n'ont toujours pas été liquidées près de 100 ans après la mort du défunt.

34 M. Fiéloux et J. Lombard, « Déchiffrer et reconstruire avec l'image. Du Cosmos à l'intime », *Fitampoha 1980* (sous titre Jean-François Barré), INALCO 7 mars 2014 [https://www.academia.edu/10818529/Du_cosmos_ %C3 %A0_lintime._Inalco-_Croima_7mars_2014].

35 R. Leenhardt, F. Fesquet, O. Barrière, « Pacte pastoral intercommunal en Cévennes : de la co-construction d'une résilience sociale » [http://www.resilience2014.org/content/download/4608/33963/version/1/file/Pr%C3%A9sentation_Pacte_Resilience2014.pdf]

36 Les problématiques de la question foncière à Madagascar par Monsieur Jean Aimé Rakotoarisoa , Conférence organisé le 19 mars 2016 par l'INALCO « Les questions foncières dans les îles de l'Océan Indien occidental : le cas de Madagascar et de Mayotte ».

Enfin, il n'est pas possible laisser de côté la question de ce qui est jugé comme un accaparement des terres par des firmes multinationales. Ainsi, ce qui fut appelé « l'affaire Daewoo » fut l'un des éléments déclencheurs de la crise de 2009 à Madagascar : une entreprise coréenne avait obtenu un bail pour l'exploitation de 1,3 million d'hectares de terres entraînant alors une série de contestations et d'instabilités dont les conséquences peuvent encore être ressenties aujourd'hui. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une écoute très attentive – soldée par un arrêt de l'exploitation – a été effectuée par les autorités au sujet d'une exploitation aurifère à Manajary qui a suivi celle de Mampokony. Dans ces lieux, des entreprises d'exploitation de ressources minières ont eu à faire avec la communauté locale, entraînant de fait l'impossibilité pour ces entreprises de continuer l'exercice de leurs extractions[37].

On peut se demander si ce qui est en jeu n'est pas tant le ressenti de l'accaparement de la terre au détriment des populations que le démantèlement de ce qui est constitutif de l'individu, dans son entière compréhension, c'est-à-dire composé en ondes concentriques et consubstantielle à la terre.

« Un seul être vous manque et tout est dépeuplé[38]. »

III. Le *Fihavanana*, un capital social ?

Le cas d'étude d'une filière d'huiles essentielles[39] à propos de l'augmentation des cours d'une matière première pour des exploitants fera l'objet du dernier développement.

Il paraît, auparavant, intéressant de solliciter à nouveau Hernando De Soto lorsqu'il énonce qu'il n'y a plus de clivage entre une société capitaliste et communiste, il n'y a pas non plus de problème face aux pauvres. Pour lui, leurs seuls soucis étant l'accès formel à la propriété. Là où il y a un certain fil conducteur avec ses écrits concerne surtout la question de la représentation : « Comme le dit Margaret Boden, "parmi les plus importantes créations humaines figurent les systèmes de représentation. Ils comprennent les notations formelles comme les chiffres arabes (sans oublier le zéro), les formules chimiques, ou les portées et les notes des musiciens. Les langages de programmation informatique en sont un exemple plus récent" »[40]. Les systèmes de représentation comme les mathématiques et le régime de propriété unifié nous aident à manipuler et à organiser la complexité du monde d'une manière compréhensible par tous et qui nous permettent de communiquer autour de questions impossibles à maîtriser sans eux[41].

À travers les représentations, nous donnons une existence aux aspects essentiels du monde, afin de changer la manière dont nous les considérons. D'un commun accord, a noté John Searle, les hommes peuvent conférer à certains phénomènes un statut comprenant une fonction d'accompagnement

37 « Fermeture de l'exploitation aurifère de Vohilava Mananjary », *Tribune Madagascar*, 30 août 2016 [http://www.madagascar-tribune.com/Fermeture-de-l-exploitation,22427.html].

38 « L'isolement », A. De Lamartine, Méditations poétiques, 1820.

39 V. Raharinirina, *Valorisation économique de la biodiversité par les contrats de bioprospection et la filière huiles essentielles : le cas de Madagascar*, Thèse de doctorat, dir. G. Froger, Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009, p. 424.

40 H. de Soto, *Le mystère du Capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005, p. 270.

41 Il en va ainsi de ces univers, tout comme il en va des sciences dures et des systèmes de représentations créés par l'homme : A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Gallimard, 1973, 472 p.

qui ne pourrait être accomplie par la seule vertu des caractéristiques matérielles intrinsèques du phénomène en question[42]. Or cela est très proche du rôle joué par la propriété légale : « elle assigne aux biens, par contrat social, dans un univers conceptuel, un statut qui leur permet de remplir des fonctions qui génèrent du capital »[43].

Cette notion d'organisation de la réalité dans un univers conceptuel est au centre de la philosophie du monde entier. En France, le philosophe Michel Foucault l'a décrite comme une « région médiane » qui fournit un système de « codes fondamentaux », ceux-ci formant le réseau secret où la société établit l'éventail toujours plus large de ses « conditions de possibilité »[44].

Ce qu'il se passe, c'est que souvent on oppose, et Hernando De Soto l'énonce, un clivage entre capitaliste et société communiste, un clivage gauche et droite. Dans un discours classique, on va aussi opposer la question de la production sociale de son existence et le capital social. Dans le sens marxiste du capital certaines sociétés (ou groupes d'humains) doivent dépasser la limite de la production sociale de leur existence pour accéder au capital (à la propriété par exemple).

Dans l'étude, précitée, qui a été effectuée sur les huiles essentielles[45], il y a un exemple précis d'une augmentation du cours de la matière première produite par des agriculteurs. *De facto*, pour une production équivalente les producteurs peuvent donc obtenir une plus grande richesse (pécuniaire) et ainsi faire des réserves. Or, ce qui s'est produit, c'est ce que les agriculteurs ont réduit leurs productions pour, à temps de travail moindre, avoir la même valeur monétaire. L'argument qui est alors donné, et qui est loin d'être un exemple à part, est celui d'avoir du temps, dès lors, pour se consacrer à sa famille, son entourage, ses relations de voisinages.

Dans ce qui est parfois permis d'appeler la société du manque, est-il possible de se poser légitimement la question de savoir s'il s'agit d'une société du manque (de production sociale pour l'existence dirait Marx), ou s'il s'agit réellement d'une question de capital que l'on dénommerait donc social ici, ou s'il s'agit d'une incompréhension (une contradiction) de catégorisation ?

En fait, ces catégorisations ne sont pas représentatives de leurs êtres, de leur unicité-collective. Ce n'est donc pas une société du manque, mais bien un besoin complexe de cristalliser autrement ou par le biais d'autres catégories ce qui est constitutif de tout l'individu *malagasy*, son identité-collective.

---

42 Dans certains cas en effet, « *the function assigned to the object cannot be performed solely in virtue of the objects's intrinsic physical features* […] *the function is itself performed only as a matter of human cooperation* », J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Simon & Schuster, 1995, p. 39.

43 H. de Soto, *op. cit.*

44 M. Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, coll. Tel, Gallimard, 1966, p. 11-12.

45 V. Raharinirina, *op. cit.*

L'absence de reconnaissance constitutionnelle des *Bahá'ís* en Iran : défis et conséquences pour la plus grande minorité religieuse non musulmane du pays

Thibaud Baghdadi[1]

I. Présentation de la religion *bahá'íe* et de son origine

La foi *bahá'íe* est une religion mondiale et indépendante. Son histoire débute en Perse en 1844 lorsque son fondateur, Bahá'u'lláh, un noble persan, proclame être le porteur d'une nouvelle révélation, d'un nouveau message divin, dont la finalité est d'établir l'unité des peuples de la terre. Au cœur de son message se trouve la conviction que l'humanité forme une seule et même famille et que le moment est venu pour elle de s'unir en une société mondiale. Ceci implique une transformation des individus et des relations qui structurent la société.

Ainsi, la religion *bahá'íe* met l'accent sur certains principes ou concepts centraux tels que l'idée qu'il n'existe qu'un Dieu, au-delà des diversités culturelles et des interprétations humaines et que de ce fait toutes les religions du monde sont les expressions successives d'une seule et même foi ; ou bien encore sur le fait que la religion et la science sont deux systèmes complémentaires de connaissance et de progrès pour la civilisation.

Après 170 ans d'existence, la foi *bahá'íe* compte plus de 7 millions de croyants appartenant à plus de 2 100 groupes ethniques, répartis dans plus de 235 pays et territoires dépendants, ce qui en fait la deuxième religion la plus répandue géographiquement dans le monde après le christianisme[2].

Active au sein de plusieurs forums mondiaux, la Communauté internationale *bahá'íe* a des bureaux aux Nations unies à New York et à Genève, de même que des bureaux régionaux à Addis Abeba, Bruxelles et Jakarta. La Communauté internationale *bahá'íe* a depuis 1948 le statut d'organisation non-gouvernementale (ONG) auprès de l'Organisation des Nations unies (ONU). Elle possède actuellement un statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations unies (ECOSOC) et du Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF), ainsi qu'une accréditation auprès du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) et du département d'information

---

1 Coordinateur juridique du centre de rétention administrative de Nîmes pour l'Association Forum Réfugiés-Cosi.

2 D'après l'encyclopédie Britannica.

publique de l'ONU. La Communauté internationale *bahá'íe* collabore avec l'ONU et ses agences spécialisées, ainsi qu'avec les États membres, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, les universités et les professionnels de santé.

La religion *bahá'íe* trouve donc son berceau en Perse, actuel Iran. Un pays où les minorités religieuses non officielles de même qu'officielles, qu'elles soient issues ou non de l'islam (notamment les sunnites, les derviches mais aussi les chrétiens et les juifs) ont subi et continuent de subir le coup d'une législation discriminatoire.

Toutefois, une minorité religieuse est concernée différemment par ce dispositif discriminatoire institutionnalisé par les autorités iraniennes. Avec près de 350 000 membres, la foi *bahá'íe* est la minorité religieuse non musulmane la plus importante d'Iran mais n'est pas reconnue comme religion par la Constitution du pays. Le régime iranien considère cette religion comme une hérésie.

C'est ainsi qu'une brève étude du système constitutionnel iranien suffit à mettre en lumière la manière dont ses règles juridiques permettent une discrimination aussi flagrante et des persécutions répétées.

II. Analyse de la législation et du système constitutionnel iranien

Le régime iranien est depuis 1979 une République islamique, mais avec une double spécificité qui le différencie des autres États de droit musulman.

A. Une dualité de sources normatives

L'on observe en effet une dualité de sources normatives au sein de ce système juridique. Les sources du droit sont ainsi issues de règles divines mais également de règles de droit positif. Or, il est important de noter que les règles d'origine divine sont prédominantes. Ainsi, dès le préambule de la Constitution, il est par exemple indiqué que tous les droits garantis par la Constitution ne doivent pas entrer en conflit avec le droit musulman. On constate en effet que chaque liberté publique et liberté fondamentale inscrite dans la Constitution ne peut être appliquée que dans le respect des règles issues de l'Islam chiite, et plus précisément de l'interprétation qui en est faite par les docteurs de la loi.

B. La théorie du *velayt-e-faqih*

La théorie du *velayt-e-faqih*, souvent traduite par « gouvernement du docte religieux » ou « gouvernement du juriste consulte », est une notion qu'on ne retrouve dans aucun autre État de droit musulman, et que l'on ne retrouve d'ailleurs pas dans toutes les écoles du chiisme. Selon cette théorie, en l'absence du douzième Imam, également appelé l'Imam caché, et dans l'attente de son retour, la personne la plus habilitée à assumer les pouvoirs spirituels et temporels est le *faqih*, c'est-à-dire le religieux le plus savant. Père fondateur de cette théorie, l'ayatollah Khomeiny est le premier

à avoir bénéficié de ce titre. Depuis son décès et jusqu'à ce jour, le titre de guide suprême revient à l'ayatollah Khamenei. Conséquence de cela, le président de la République n'a aucun pouvoir en Iran. Tout le pouvoir, ou plutôt tous les pouvoirs, qu'il s'agisse du pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif, sont entre les mains du guide suprême.

Quelques exemples permettent d'illustrer cela.

Il est spécifié à l'article 110 de la Constitution que le guide suprême détermine les grandes lignes directrices de la politique générale du pays, qu'il supervise l'exécution de la politique générale, qu'il coordonne et chapeaute l'action des trois pouvoirs établis par la Constitution, qu'il est à la tête de l'armée, qu'il peut à tout moment suspendre le fonctionnement des institutions et qu'il est le seul à pouvoir décider de la révision de la Constitution.

C'est ce même guide suprême qui doit valider les listes de candidats à l'élection présidentielle.

De même, il existe un parlement monocaméral en Iran qui édicte des lois qui ne peuvent entrer en vigueur que si elles sont validées par le Conseil des gardiens. Or la composition de ce Conseil est la suivante : composé de douze membres, six sont désignés directement par le guide suprême et les six autres membres sont élus par l'assemblée mais sur une liste proposée par le chef du pouvoir judiciaire, nommé par le guide suprême. Cela revient donc à dire que les douze membres sont indirectement nommés par le guide suprême.

Enfin, revient au guide suprême la prérogative de nommer non seulement le chef du pouvoir judiciaire, mais également le procureur général et le chef de la cour suprême.

Il est donc bien évident que s'il existe une séparation des pouvoirs en Iran, cette séparation n'est qu'illusoire puisque tous les pouvoirs sont en réalité réunis entre les mains du guide suprême.

De la même manière, les libertés publiques que l'on trouve dans la Constitution sont, pour chacune d'elles, restreintes, tant dans leur application que leur effectivité, par l'obligation de respecter l'islam et les principes issus de la religion musulmane. Si c'est notamment le cas en matière de droits des femmes ou de liberté d'expression, une liberté mérite tout particulièrement d'être mise en lumière dans la mesure où elle est au cœur de la problématique traitée. Il s'agit bien évidemment de la liberté de religion.

Il est important de noter que la Constitution iranienne ne reconnaît pas la liberté de religion. De manière assez inattendue, aucune disposition de la Constitution n'instaure la liberté de religion et de conscience. Pourtant, l'Iran a adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 de même qu'au Pacte international relatif aux droits civils et politiques entré en vigueur dans le pays en mars 1976 ; deux instruments internationaux qui reconnaissent et promeuvent la liberté de religion et de conscience. La liberté de religion n'existe pourtant pas en tant que telle.

Deux articles de la Constitution se révèlent particulièrement intéressants dans le cadre de cette étude. Tout d'abord l'article 12 qui prévoit que la religion chiite est la religion d'État et que d'autres communautés musulmanes non chiites ont le droit d'exercer leurs rites confessionnels. Par ailleurs l'article 13 qui reconnaît trois minorités religieuses : les zoroastriens, les juifs et les chrétiens. Seules ces trois religions minoritaires sont aujourd'hui reconnues en Iran. Par conséquent, dans un système où tout est basé sur votre religion, où vos droits et vos devoirs, votre reconnaissance et votre existence juridique dépendent de votre confession religieuse, le fait que la Constitution ne reconnaisse pas la foi *bahá'íe* comme une religion à part entière, à l'instar des religions précitées, permet de nier totalement leurs droits à l'ensemble des *bahá'ís*.

III. La situation juridique des *bahá'ís* en Iran et les persécutions dont ils sont victimes

A. Contexte général

Contrairement au christianisme, au judaïsme et au zoroastrisme, la foi *bahá'íe* n'est pas reconnue par la Constitution iranienne et les *bahá'ís* tombent ainsi dans la catégorie des « infidèles sans protection ». Cette absence de reconnaissance constitutionnelle implique que les *bahá'ís* sont sans protection, et ne bénéficient donc d'aucun droit légal. On remarque ainsi que les persécutions auxquelles ils sont confrontés en Iran ne datent pas d'aujourd'hui mais remontent aux prémices de la foi *bahá'íe*, lorsque Bahá'u'lláh a déclaré sa mission prophétique, et ce quand bien même la non-violence et l'absence de revendication politique sont au cœur de son message et de ses enseignements.

Si les *bahá'ís* ont dû faire face à des périodes de persécutions sous le régime Pahlavi, il est incontestable que la discrimination s'est accentuée et institutionnalisée avec l'instauration de la République islamique d'Iran en 1979. Alors que l'élection du président Rohani, présenté comme modéré, avait insufflé un vent d'espoir au sein de la communauté internationale et de la société iranienne elle-même, l'on constate avec regret mais sans trop de surprise que la situation des *bahá'ís* ne s'améliore pas, bien au contraire.

Dès les premiers jours de l'agitation révolutionnaire en Iran, en 1978, l'imam Khomeiny alors en exil en France, fut interrogé par un journaliste sur le nouveau système de justice islamique qui serait appliqué aux non-musulmans. S'il a assuré que les droits des juifs seraient préservés, sa réponse fut sans équivoque à l'heure d'évoquer la question des *bahá'ís* : « Ils sont une faction politique, ils sont armés. Ils ne seront pas acceptés »[3].

Fait pour le moins parlant et permettant de toucher du doigt le caractère institutionnalisé et organisé d'une discrimination destinée à étrangler lentement la communauté *bahá'íe* : un mémorandum confidentiel émanant du gouvernement iranien et publié par la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies en 1993, confirme que la stratégie anti-*bahá'íe* de l'Iran reflète

3 Cité par Nazila Ghanea, *Human Rights, The UN and the Baha'is in Iran*, George Ronald, Oxford, 2002, p. 100.

une volonté politique délibérée du gouvernement. Produit par le Conseil révolutionnaire suprême d'Iran le 25 février 1991, et entériné par le Guide suprême de la République islamique, ce document énonce les directives spécifiques pour traiter de « la question bahá'íe », et prévoit que « les mesures prises contre les *bahá'ís* devront être de nature à bloquer leur évolution et leur développement »[4].

B. Persécutions subies

Il convient à ce stade de se demander quelles formes peuvent prendre les persécutions subies par la communauté *bahá'íe* en Iran et quelles sont les mesures prises contre les *bahá'ís*, destinées à bloquer leur évolution.

Les attaques, arrestations et les mises en détention font partie des éléments principaux de la persécution des *bahá'ís* d'Iran aujourd'hui.

La discrimination économique et éducationnelle, les limites sévères au droit de rassemblement et à la prière, et la diffusion de propagande anti-*bahá'íe* dans les médias contrôlés par le gouvernement sont d'autres types de persécution. Les attaques contre des *bahá'ís* ou des propriétés appartenant à des *bahá'ís* ne sont ni traduites en justice ni condamnées, créant un réel sentiment d'impunité chez leurs responsables. Depuis 2005, par exemple, au moins 52 incidents d'incendies criminels contre des propriétés appartenant à des *bahá'ís* ont été recensés ; crimes pour lesquels personne n'a été interpellé. Au cours de la même période, 60 actes de vandalisme dans des cimetières *bahá'ís* ont été enregistrés[5]. Comme cela a été relevé par un haut fonctionnaire de l'Organisation des droits de l'homme aux Nations unies, la persécution menée par le gouvernement couvre « tous les domaines de l'activité de l'État, des clauses de la loi sur la famille au système scolaire, à l'éducation et à la sécurité »[6]. En d'autres termes, nous avons à faire à une oppression qui s'étend du « berceau à la tombe ».

Or, l'on constate avec regret mais sans trop de surprise que malgré ses promesses de mettre fin à la discrimination religieuse, la situation des *bahá'ís* n'a pas changé depuis l'arrivée au pouvoir du président Hassan Rohani en août 2013, et ce en dépit des rapports alarmants dressés depuis plusieurs années par le Rapporteur spécial des Nations unies pour l'Iran, ainsi que des nombreux appels de la communauté internationale.

---

4 Document émanant du Dr. Seyyed Mohammad Golpayani, Chef du Cabinet du très estimé Guide (Khamenei), référence 1327/… Date : 6/12/69 (25 février 1991) : « Suite à la lettre #1/1783 datée du 10/10/69 (31 décembre 1990), relative aux instructions tu très estimé Guide transmises au vénéré Président à propos de la question bahá'íe, nous vous informons […et] eu égard au contenu de la Constitution de la République Islamique d'Iran, ses lois civiles et religieuses, et de la politique générale du pays, ces questions ont été soigneusement étudiées et des décisions ont été prises en conséquences. Avant d'arriver aux décisions et de proposer des méthodes plausibles pour traiter de la question précitée, il a été dûment tenu compte des desideratas du très estimé Guide de la République d'Iran (M. Khamenei), à savoir qu'il convient d'arrêter une politique spécifique à ce sujet pour que tous sachent ce qui devrait ou ne devrait pas être fait. En conséquence, voici les propositions et les recommandations auxquelles ces consultations ont abouti. […]. » Pour ne citer que quelques exemples des recommandations « A.3. Les mesures prises par le Gouvernement à leur encontre devront être de nature à arrêter leur progrès et leur développement. B.1. Ils pourront s'inscrire dans les écoles, à condition qu'ils n'affirment pas leur identité bahá'íe. 2. Ils devront s'inscrire de préférence dans des écoles à fort encadrement religieux. 3. Ils devront être expulsés des universités, soit lors des formalités d'inscription, soit en cours d'études, dès l'instant où il apparaît qu'ils sont bahá'ís. 6. Un plan doit être conçu pour attaquer leurs racines culturelles à l'extérieur du pays. » Le point C.1 énonce qu'il doit leur être permis de « disposer de moyens d'existence modestes du même niveau que ceux de la population générale », quand dans le même temps les points C.3 et C.4 disposent qu'il doit être « refusé de les employer s'ils affirment leur identité bahá'íe » et qu'il doit leur être refusé « tout poste d'influence, par exemple dans l'enseignement, etc. ».

5 https://www.bic.org/focus-areas/situation-iranian-bahais/current-situation.

6 http://news.bahai.org/story/945/.

À titre indicatif et selon les différents rapports établis, on relève que depuis son investiture, au moins 108 *bahá'ís* ont été arrêtés, 22 *bahá'ís* ont été expulsés de l'université et plus de 200 entreprises appartenant à des *bahá'ís* ont été fermées ou menacées. Enfin, plus de 7 000 articles de propagande anti-*bahá'íe* ont été diffusés dans les médias iraniens durant son mandat. Une étude de plus de 400 coupures de journaux et de présence médiatique a d'ailleurs révélé que les autorités mènent une campagne de diabolisation accrue depuis 2010. Les médias, qui sont sous le contrôle direct ou indirect du pouvoir, diffusent régulièrement des articles diffamatoires et des images effrayantes visant à dissuader les citoyens musulmans d'entrer en contact avec les *bahá'ís*[7]. Nul doute en somme que l'on a à faire à une incitation à la haine entièrement institutionnalisée.

IV. Réponse de la communauté *bahá'íe* à ces défis : notion de résilience constructive

À titre conclusif, il convient de s'intéresser brièvement à la réaction de la communauté *bahá'íe* face à ces défis permanents et ces persécutions et discriminations incessantes imposées par le régime iranien en place.

Une notion semble définir à elle seule l'attitude de la communauté *bahá'íe* iranienne face à l'oppression : la notion de résilience constructive. En somme, l'idée que malgré l'absence de reconnaissance et les persécutions, nous avons a faire à une communauté et des individus qui ont malgré tout décidé de prendre leur avenir en main ; mais également l'avenir de leur pays, essayant envers et contre tout de contribuer à son évolution et l'amélioration des conditions de vie de chacun.

Si de nombreux exemples pourraient être cités afin d'illustrer la résilience constructive dont font preuve les *bahá'ís* iraniens, deux d'entre eux retiendront notre attention.

A. La réaction de la communauté *bahá'íe* iranienne face à l'interdiction faite à ses jeunes d'accéder à l'enseignement supérieur

Immédiatement après la Révolution islamique en Iran, les étudiants *bahá'ís* ont été expulsés des universités du pays et les professeurs et chargés de cours *bahá'ís* licenciés de leurs postes. Afin de répondre aux besoins des jeunes d'avoir accès à l'éducation, les *bahá'ís* ont été amenés à établir en 1987 leur propre programme d'enseignement supérieur ou de cours dispensés à domicile afin de combler ces besoins. Il s'agit donc de mesures informelles destinées à offrir, en privé, des cours de niveau universitaire aux étudiants *bahá'ís*, selon une formule d'apprentissage à distance mais également dans des demeures ou locaux appartenant à des *bahá'ís*, grâce aux services bénévoles de professeurs qui avaient été licenciés[8].

---

7 http://www.bahai.fr/Un-rapport-denonce-la-campagne/.

8 Baha'i International Community, « Situation of the bahá'ís in Iran with regard to discrimination denying access to employment and higher education », août 2015.

Mais là encore, l'on constate avec tristesse que le fonctionnement de cette initiative discrète et tranquille est régulièrement perturbé par des arrestations d'enseignants et d'étudiants, par des confiscations de matériel, d'ouvrages et de mobilier, tout particulièrement les dispositifs électroniques et les ordinateurs. Dans son récent documentaire intitulé « To Light a Candle », M. Maziar Bahari, journaliste (non *bahá'í*) de renom en Iran, traite le sujet en profondeur et met en lumière ce programme éducatif appelé « Institut Bahá'í d'Enseignement Supérieur »[9].

B. Le cas des sept responsables *bahá'ís* injustement emprisonnés depuis 2008

Sept responsables de la communauté *bahá'íe* iranienne ont été arrêtés en 2008 et injustement condamnés à 20 ans d'emprisonnement, soit la plus lourde peine pour des prisonniers de conscience en Iran. Des rapports récents indiquent que leurs peines ont été tardivement commuées à 10 ans d'emprisonnement en raison des modifications apportées au Code pénal iranien en mai 2013. Quoi qu'il soit, un fait mérite d'être souligné afin d'illustrer à nouveau cette notion de résilience constructive et la volonté de prendre part à l'amélioration de la société iranienne.

Lors de sa campagne électorale, le candidat Rohani a promis d'élaborer une Charte qui permettrait de mettre fin à la discrimination basée sur la race, le sexe ou la religion. En novembre 2013, une première version de cette Charte a alors été diffusée sur internet et un appel à contribution a été lancé. La société civile a ainsi été sollicitée par les autorités iraniennes en vue d'émettre des propositions concrètes, démarche pour le moins démocratique et en phase avec les attentes de changement d'un peuple iranien gonflé d'espoir suite à l'élection du Président Rohani.

Or, les sept responsables de la communauté *bahá'íe* alors emprisonnés ont envoyé une lettre au Président, résultat d'une réflexion approfondie sur l'état du pays et sur le type de société dans laquelle les Iraniens aimeraient vivre. Au cœur de la réflexion une question : « quel État souhaite-t-on laisser à nos enfants ? ». Partant du constat des discriminations, des préjugés, et des maux dont souffre la société actuelle, les sept responsables *bahá'ís* ont proposé de réfléchir aux principes qui pourraient sous-tendre la nation. Des principes aussi variés que celui du respect de l'environnement, de l'entière contribution des minorités, sur un pied d'égalité, à l'amélioration de la société, de l'élimination de la violence sociale, notamment par une responsabilisation des enfants et des pré-jeunes, ont été évoqués dans la lettre envoyée par les sept prisonniers de conscience.

La Charte n'a cependant pas apporté les changements escomptés puisqu'elle reste fidèle au cadre discriminatoire institué par la Constitution de 1979. On constate donc avec regret qu'aucune amélioration n'est apportée à la situation des minorités religieuses en général et à celle des *bahá'ìs* tout particulièrement, une situation qui s'est au contraire aggravée depuis l'élection du Président Rohani.

9 Voy. notam. http://www.huffingtonpost.com/omid-memarian/to-light-a-candle-a-testi_b_5327085.html.

Table des matières

Liste des Abréviations 9
Propos introductifs 11

Décoloniser et refonder le droit international au prisme de la reconnaissance 11
Albane Geslin, Emmanuelle Tourme Jouannet

I. La reconnaissance, un nouveau paradigme en droit international ? 12
II. Décoloniser le droit international ? 13
III. Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation du droit international ? 14

Partie I
Regards théoriques et méthodologiques sur le droit international de la reconnaissance

La recherche en droit international de la reconnaissance – Quelle(s) posture(s) épistémologique(s) ? 19
Albane Geslin

I. Pourquoi mener une réflexion épistémologique ? 19
A. Réflexions épistémologiques et géopolitique de la recherche 20
B. Réflexions épistémologiques et conditions d'une connaissance émancipatrice 21
II. Décrire, prescrire, inviter ? Quel(s) chemin(s) tracer ? 22
III. Quelle(s) épistémologie(s) du droit international de la reconnaissance ? 23
A. Épistémologie(s) du droit international de la reconnaissance et reconnaissance du pluralisme épistémologique 24
B. L'engagement gnoséologique : assumer une approche radicalement constructiviste de la connaissance produite pour l'action 25
1. Accepter l'impossibilité de la neutralité 26
2. Assumer les conséquences éthiques de la posture constructiviste 27

3. Dé-penser la distinction sujet-objet de connaissance 28
4. S'engager dans une recherche communautaire 28

C. L'engagement méthodologique : créer de nouveaux espaces épistémologiques 29

1. Assumer la mobilité disciplinaire 30
2. Rompre avec le nationalisme méthodologique et réinvestir le pluralisme juridique 30
3. Maintenir l'entre-deux-langues 31
4. Prendre en compte les affects dans la recherche en droit international de la reconnaissance 32

Difficultés à déconstruireet opportunité de refonder le droit (international) à partir du droit (de la reconnaissance) 35
Diane Bernard

I. Penser la déconstruction du droit à partir du droit ? 35

A. Prendre la reconnaissance pour objet de recherche ou outil critique 36
B. Articuler les points de vue pour s'inscrire dans un même mouvement critique 38

II. Faire société ? 41

A. Questionner l'existence d'une société internationale 41
B. Reconnaître juridiquement pour inclure socialement 44

Une approche critique et pragmatiquedu droit international des droits humains – Pour une réappropriation par les « subalternes » 47
Jeremy Perelman

I. La *rights-ification* du développement et la décolonisation du droit international 48

A. La *rights-ification* du développement : manifestations intellectuelles, institutionnelles et pratiques d'un phénomène contemporain 49
B. *Rights-ification*, décolonisation, et droit international de la reconnaissance 52

II. Une approche critique et pragmatique des droits humains : aspects méthodologiques et épistémologiques 56

A. Une approche critique/pragmatique des droits humains 57

B. Critique, pragmatisme et constructivisme : considérations méthodologiques et épistémologiques pour le droit international de la reconnaissance 61

Conclusion 63

James Lorimer – La genèse de la notion de reconnaissance en droit international 65
Paul Bourgues

I. Un régime d'exclusion 69
A. L'État comme sujet exclusif du droit international 69
B. Les fondements matériels de la présomption de réciprocité – La distinction entre nations civilisées en non civilisées 71
1. *La présomption de volonté* 71
2. *La présomption de la capacité* 73
II. Une tentative d'objectivation d'un régime de la reconnaissance juridique internationale 74
A. La reconnaissance plénière 74
B. La reconnaissance partielle 77

Conclusion 78

Partie II
Le droit international de la reconnaissance en actes

La reconnaissance des droits fonciers des peuples en Afrique et leur interaction avec les politiques dites « de développement » 83
Sarah Lazaar

I. Un droit foncier inadapté et fragile face aux exigences économiques 84
A. Une représentation de la terre différente aux niveaux local et institutionnel 84
1. *La valeur spirituelle de la terre au cœur de la représentation au niveau local* 85
2. *La problématique du titrement ancré au sein des institutions* 86
B. Une attractivité des terres facilitée par les lacunes des dispositifs fonciers face aux investissements 87
1. *La mauvaise gestion de l'espace foncier à travers l'exemple de l'Éthiopie* 87

2. L'implication des populations locales face aux investissements : les exemples du Mozambique et du Zimbabwe 88

II. Une approche du droit foncier en quête de reconnaissance et de solutions 89

A. Les lacunes des tentatives de reconnaissance par le droit international 89

1. Le manque de pertinence du droit international concernant la notion d'autochtonie 90

2. Les notions de propriété et de développement porteuses d'ambiguïtés 91

B. Des solutions au niveau national devant inspirer le droit international 93

1. L'échec de l'approche top-down 94

2. La réussite de l'approche bottom-up 95

« La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements ... 97

Makane Moïse Mbengue

I. À propos de guillemets... 98

II. Les contours de la « colonisation » du droit international des investissements 98

III. Les prolégomènes à la résistance à la « colonisation » du droit international des investissements : la Doctrine Calvo 99

IV. Calvo et ses frères... 105

V. Le nouvel ordre international économique et la « décolonisation » du droit international des investissements comme élément de la décolonisation en tant que telle 110

VI. Vers de nouvelles stratégies de « décolonisation » : de la « consommation » à la « production » de règles en matière de traitement des investissements étrangers 115

Le droit international économique comme moyen de « décoloniser » le droit international ? L'exemple des préférences commerciales 119

Kiara Neri

I. Un outil de « décolonisation » en puissance 122

A. La prise en compte progressive des besoins spécifiques des Pays en développement comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international économique 122
B. La reconnaissance de la différenciation juridique comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international 124

II. L'échec de la « décolonisation » en pratique 126
A. Le maintien d'une dépendance économique 127
B. Le maintien d'une dépendance politique 129

Entre principes et procédures – Les défis de l'affaire *Chevron* pour la reconnaissance et la *décolonialité* en Amérique Latine 133
Ademar Pozzatti Junior

I. Double défi à la reconnaissance : fragmentation de la protection effective dans les requêtes des personnes affectées contre Chevron 135
A. Demande des Équatoriens contre la société Chevron aux États-Unis : l'affaire *Aguinda* 136
B. Demande contre Chevron en Équateur : l'affaire *Lago Agrio* 137
C. Coopération judiciaire internationale pour l'exécution de la sentence 138

II. Double défi de la décolonialité : la pluralité des sources juridiques normatives et la contre-offensive de Chevron contre l'Équateur 140
A. Chevron attaque l'Équateur : l'arbitrage du commerce international pour traiter les dommages environnementaux ? 141
B. Le cas RICO et la prétendue corruption des ex-colonies : cause ou conséquence ? 143
C. Entre économie et droits de l'homme : les défis du droit pour la reconnaissance et la décolonialité 144

Conclusion 146

Droit international de la reconnaissance – Le cas des victimes de guerre à la fin du conflit ivoirien 147
Lydie Kiki-Neme

I. La reconnaissance de droits aux victimes de guerre en Côte d'Ivoire 152

A. **Les fondements de la reconnaissance : l'avènement du droit international de la reconnaissance** ... 152

1. *Le contexte historique de la reconnaissance : la période post-guerre froide* ... 152
2. *L'approche doctrinale de la reconnaissance* ... 154

B. **La reconnaissance de la qualité de victime : la reconnaissance par les droits** ... 157

1. *La victime directe* ... 158
2. *La victime indirecte* ... 158

II. La réparation des préjudices subis par les victimes de guerre en Côte d'Ivoire ... 161

A. **L'obligation pour l'État de réparer le préjudice subi** ... 161

1. *En cas de violation des droits de l'homme* ... 162
2. *En cas de violation du droit international humanitaire* ... 163

B. **Les formes de réparation du préjudice** ... 164

1. *Les formes classiques de réparation du préjudice en droit international* ... 164

a) La restitution ... 164
b) L'indemnisation ... 165
c) La satisfaction ... 165

2. **Les formes de réparation du préjudice mises en œuvre dans le cas ivoirien** ... 167

a) La réparation financière : le paiement d'une indemnisation ... 167
b) La prise en charge médicale et psychologique : la réadaptation ... 169
c) Les autres mesures complémentaires à la réparation ... 170

Conclusion ... 173

Reconnaissance et identité collective à Madagascar ... 175

Joël Radaody

Prolégomènes : Situer en droit un fait d'envergure sociale ... 177
I. *Iray Tompo* : le frère et la sœur de sang ... 178
II. La terre des ancêtres ... 180

A. **Le tombeau : élément de vie** ... 180
B. **La terre élément de l'individu-collectif** ... 181

III. Le *Fihavanana*, un capital social ? 182

L'absence de reconnaissance constitutionnelle des *bahá'ís* en Iran : défis et conséquences pour la plus grande minorité religieuse non musulmane du pays 185
Thibaud Baghdadi*

I. Présentation de la religion *bahá'íe* et de son origine 185

II. Analyse de la législation et du système constitutionnel iranien .. 186

A. Une dualité de sources normatives 186
B. La théorie du *velayt-e-faqih* 186

III. La situation juridique des *bahá'ís* en Iran et les persécutions dont ils sont victimes 188

A. Contexte général 188
B. Persécutions subies 189

IV. Réponse de la communauté *bahá'íe* à ces défis : notion de résilience constructive 190

A. La réaction de la communauté *bahá'íe* iranienne face à l'interdiction faite à ses jeunes d'accéder à l'enseignement supérieur 190
B. Le cas des sept responsables *bahá'ís* injustement emprisonnés depuis 2008 191

Table des matières 193

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)
Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :
Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :
Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :
© Shutterstock

4e trimestre 2019

Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?

Lorsqu'en 2011 est publié *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, d'Emmanuelle Tourme Jouannet, puis que paraît, l'année suivante son article « Le droit international de la reconnaissance », surgit dans le champ de la recherche française – et plus largement francophone – en droit international un nouveau paradigme, celui de la « reconnaissance ». Les réactions suscitées par ces publications furent vives. Il y eu quelques mécompréhensions du concept même de reconnaissance, et diverses critiques se firent entendre. C'est à l'occasion du premier workshop international du groupe de recherche *Justice/Injustice Globale*, les 8 et 9 septembre 2016, que fut abordée la question de savoir si le droit international de la reconnaissance pouvait être un instrument de décolonisation et de refondation du droit international.

Albane Geslin (UMR 7318 DICE-CERIC) est Professeure de droit public à Sciences Po Aix. Elle consacre une grande partie de ses enseignements et de sa recherche au droit international, notamment le droit international de la reconnaissance, à l'épistémologie juridique et à l'anthropologie juridique.

Emmanuelle Tourme Jouannet (École de droit, Sciences Po) est Professeure de droit public. Elle consacre une grande partie de ses enseignements et de sa recherche au droit international, notamment le droit international de la reconnaissance, à la philosophie, les études féministes et l'histoire globale du droit international.

INFLUENCE des droits

est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).