



Les procès fictifs, une réaction pertinente à l'inapplication du droit ?

Laura Canali, Chetna Malviya

► To cite this version:

Laura Canali, Chetna Malviya. Les procès fictifs, une réaction pertinente à l'inapplication du droit ?. R. Le Boeuf et O. Le Bot, L'inapplication du droit, éd. DICE, coll. Confluence des droits, Aix-en-Provence, à paraître 2019, A paraître, L'inapplication du droit. <hal-02106913>

HAL Id: hal-02106913

<https://amu.hal.science/hal-02106913v1>

Submitted on 29 Apr 2019

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.



HAL Authorization

LES PROCES FICTIFS, UNE RÉACTION PERTINENTE À L'INAPPLICATION DU DROIT ?

Laura Canali et Chetna Malviya, Doctorantes, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et du Pays de l'Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France

Résumé

Phénomène curieux et méconnu par le juriste, le procès fictif est pourtant un outil de plus en plus utilisé. Tribunal Monsanto, Tribunal Mondial sur l'Irak, Tribunal Russel sont autant d'expériences qui permettent d'explorer les causes de leurs créations ainsi que leurs conséquences dans l'ordre juridique. L'inapplication de certaines règles juridiques interroge et invite alors à rechercher de nouvelles voies de droit pour une justice restaurative ou reconstructive. L'inapplication de la règle juridique peut déplacer le foyer de création du droit dans des espaces non traditionnelles.

Abstract

Curious phenomenon and unknown to lawyers, the fictitious trial is a tool that is more and more used by civil society. It occurs in reaction to the impotence or inaction of review procedures. Monsanto Tribunal, World Tribunal on Iraq, are the various denominations which may allow one to postulate that the fictitious trial is a ponctual element (created by and for a given fact, or several facts at a given period), while being timeless as well, as it may be illustrated by the Russel Tribunal (Vietnam, Congo, Palestine) or the Permanent People's Tribunal (Tibet, Armenian genocide, Tchernobyl...). The fictitious trial enables one to explore the causes and the consequences of the non-enforcement of law. The non-enforcement of law, and in particular the right to engage in legal proceedings, does not leave one indifferent, but leads the path towards new ways for a restorative and reconstructive justice. The non-enforcement of law may shift the center of creation of law towards non traditional spaces, not less legitimate than any other spaces as they constitute true spaces for public deliberation.

« Par quel moyen les masses compartimentées par des frontières, parviendraient-elles à s'unir et à imposer aux différents gouvernements une institution qui serait une véritable magistrature populaire ? »¹. C'est en 1966, lors de l'inauguration du premier tribunal permanent des peuples à l'occasion du jugement des États-Unis pour les crimes commis au Viêt-Nam, que Sartre formulait cette question. Au fil des décennies, cette pratique d'assemblées délibératives citoyennes et non judiciaires s'est développée. Le Tribunal Permanent des Peuples (TPP) est né en 1979 à Bologne sous l'égide de l'avocat Lelio Basso². Depuis sa création le TPP a délibéré, en outre, sur l'inapplication et la violation du droit en Argentine, en Algérie, au Guatemala, en Arménie, au Tibet, suite à la catastrophe chimique de Bhopal et bientôt concernant la technique de la fracturation hydraulique³. La cause environnementale est de plus en plus présente dans les procès citoyens, comme dans le Tribunal international des droits de la nature⁴, ou récemment avec le Tribunal international Monsanto⁵. L'interrogation de Jean-Paul Sartre reste ouverte à l'heure actuelle. Il n'existe à ce jour aucune cour à compétence universelle et à juridiction obligatoire capable de sanctionner et de réparer la violation des droits consacrés dans des conventions internationales des droits fondamentaux.

Face à cette lacune des mécanismes juridictionnels, les victimes et des membres de la société civile réagissent et se rassemblent. En parallèle aux mobilisations politiques plus traditionnelles, la théâtralisation du prétoire sert de vecteur à la construction d'une mobilisation militante faisant une utilisation politique du droit.

Le procès simulé n'est pas une juridiction relevant de l'ordre judiciaire d'un État, ni une juridiction mise en place *ad hoc* par une organisation internationale. C'est une juridiction fictive née de la détermination de la société civile qui en prend l'initiative et s'y engage de façon active. Les tribunaux ainsi créés sont chargés d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables à des événements ou des situations problématiques, qui préoccupent et affectent directement des personnes ou des groupes de personnes, ainsi que l'ensemble de la société. Tribunal permanent des peuples, tribunal d'opinion, citoyen, de conscience : plusieurs dénominations existent⁶. Pour rendre compte de ce phénomène, cette contribution retient le terme de procès fictif. En effet, la fiction permet à ce phénomène d'exister sans avoir à s'insérer dans un ordre juridique ni à justifier d'une quelconque autorité et compétence prévues légalement. Bien que ces tribunaux soient fictifs, le droit utilisé ne l'est pas. Ils cherchent au contraire à mettre en exergue l'inapplication de la règle. Ils se confrontent à un phénomène récurrent : la violation du droit et la non-sanction de celui-ci par le juge. Les fictions constituent un instrument de découverte car elles impliquent un renouvellement de la systématisation d'un droit et des concepts qui y concourent. Ce renouvellement peut déboucher soit sur une redéfinition, soit sur l'apparition de concepts nouveaux⁷. Dans quelle mesure les procès fictifs

¹ J.-P. SARTRE, *Tribunal Russell, Le jugement de Stockholm*, Paris, Gallimard, 1967, p. 28.

² Voy. la présentation du site dédié à ce tribunal : <http://permanentpeopletribunal.org/>

³ Voy. le site internet pour une présentation des affaires : www.permanentpeopletribunal.org.

⁴ Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <http://www.naturerights.com/blog/?p=1126>.

⁵ Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <http://fr.monsantotribunal.org/>

⁶ A. BYRNES, G. SIMM, « International people's tribunals, Their nature, practice and significance » » in *Peoples' Tribunals and international law*, A. BYRNES, G. SIMM (dir.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p.15.

⁷ D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, éd. PUF, 2003, s.v. « Fiction ».

sont-ils une réaction pertinente et une réponse adéquate à l'inapplication du droit matériel et procédural ? Le procès fictif, comme champ d'étude, permet tout autant d'explorer les causes de l'inapplication de la règle juridique que de montrer les limites structurelles d'une justice nationale ou internationale. Il permet aussi d'appréhender les conséquences que ce phénomène peut avoir sur le droit.

Il est donc intéressant de constater que l'inapplication du droit amène des acteurs non conventionnels à se regrouper, à se structurer en réseaux pour *in fine* dire le droit. Ces faux tribunaux sont considérés comme légitimes par certains, car ils constituent des lieux de délibération publique. Ils constituent de ce point de vue un instrument de réponse à l'inapplication du droit qui cherche à développer une justice de substitution (I). Cette étude a comme intention de nuancer l'approche classique faite en doctrine du phénomène d'inapplication du droit. L'inapplication du droit ne donne pas forcément lieu à un vide ou à une impasse, mais au contraire déplace les foyers de discussion et de création du droit dans de nouveaux espaces. Par le dynamisme et la créativité de leurs membres, les procès simulés dessinent et inventent potentiellement le droit de demain (II).

I- LE FONDEMENT DES PROCÈS FICTIFS : UNE RÉPONSE SOCIÉTALE À L'INAPPLICATION DU DROIT

L'étude du procès fictif met en lumière que l'absence d'accès au prétoire peut être l'une des causes explicatives de l'inapplication des droits fondamentaux. Les procès fictifs ne font pas seulement état d'un droit inappliqué, mais d'un droit inapte à protéger l'objet pour lequel il a été consacré (A). En réaction à cette situation, vécue comme injuste, les victimes et la société civile⁸ se regroupent pour créer un prétoire *ex-nihilo*, où la fiction répond à l'inapplication du droit et à l'inadaptation des voies de recours (B).

A- LE CONSTAT DE L'INSUFFISANCE DES MOYENS ÉTATIQUES D'APPLICATION DU DROIT

Les tribunaux citoyens considèrent que la communauté juridique n'a pas réussi à mettre en œuvre les règles qu'elle proclame et a échoué à en assurer l'application par le prononcé de sanctions ou de mesures de réparations satisfaisantes. Tout système de droit n'est efficace que s'il permet l'application des normes instituées. Tout d'abord, il faudra analyser le lien théorique existant entre l'inapplication du droit et l'absence de procès (1), pour ensuite mener une analyse empirique relative aux principales causes de l'absence de procès dans le domaine des droits fondamentaux (2).

1. L'absence de procès comme cause de l'inapplication du droit

⁸ Sur la notion de société civile, voy. l'ouvrage de J. PLANCHE, *Société civile : un acteur historique de la gouvernance*, C.L. Mayer, Paris, 2007, 160 p. Pour l'organisation des Nations-Unis, la société civile est le "troisième secteur" de la société, aux côtés du gouvernement et du monde des affaires. Elle comprend des organisations de la société civile et les organisations non-gouvernementales. Voy. en ce sens le site : <http://www.un.org/fr/sections/resources/civil-society/>.

Si la notion d'efficacité et d'effectivité du droit ont fait l'objet de nombreux développements, celle d'inapplication est peu présente dans les réflexions menées par la doctrine juridique⁹. La pertinence de ce thème de recherche n'en paraît que plus intéressante. Le terme application renvoie au sens propre à l'acte d'appliquer une chose sur une autre. Au sens figuré, application signifie employer une chose dans les cas où il convient d'en faire usage¹⁰. En langage juridique, comme l'écrit Yves Leroy : « La norme est dite appliquée soit lorsque les destinataires la respectent, c'est-à-dire quand ils accomplissent l'obligation à laquelle la règle les soumet, soit quand les autorités chargées de sa mise en œuvre, juges inclus, l'exécutent, autrement dit lorsqu'ils contrôlent et sanctionnent ses violations »¹¹. Par opposition, l'inapplication est l'état de ce qui n'est pas mis en pratique¹².

L'inapplication du droit ne doit pas être confondue avec l'idée de lacune du droit qui évoque « l'ordre juridique qui ne contient pas une norme dont on estime qu'il devrait la contenir »¹³. L'inapplication et l'efficacité de la règle, elles aussi, ne sont pas similaires. L'inefficacité peut être définie comme « l'incapacité de la règle à orienter les comportements de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur »¹⁴. Alors que l'efficacité renvoie à l'aptitude de la règle à atteindre le but recherché par le pouvoir politique, l'inapplication est un constat et se réfère au non-respect de la règle de droit par ses destinataires. L'application du droit est seulement un maillon d'une chaîne plus grande qu'est l'effectivité du droit.

Carbonnier a soutenu que l'inapplication du droit ne doit pas être vue comme un échec, en ce que « la loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est essentielle »¹⁵. Toutefois, cette conception n'est pas partagée par tous et l'inapplication du droit est perçue par la communauté des juristes comme une « pathologie »¹⁶. En effet, la survie du système juridique dépend de la mise en œuvre du droit. Son application est tributaire du respect des règles par les citoyens, la personne publique, et du contrôle effectué par le juge.

L'inapplication de la norme affectera potentiellement la situation juridique d'une ou plusieurs personnes. Pour que soit rétabli l'équilibre rompu, les individus se tournent vers les juges en exerçant leur droit au juge. Ces derniers sont saisis de cet incident dans le fonctionnement du droit et *in fine*, en disant le droit, rendent possible son application.

⁹ Voy. en ce sens, F. COUVEINES MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 685 p. ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3, n°79, pp.715-732 ; P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, vol.2, n°1, pp.101-124 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dirs.) *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Nanterre, Nanterre, 2008, 266 p. ; W. BARANES, M.-A. FRISSON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, *D.*, 1996, Chron., p.301-303 ; V. DONIER & B. LAPÉRON-SCHENEIDER (dirs.), *Accès au juge, Quelles évolutions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1002 p.

¹⁰ I. JEUGE-MAYNART (dir.), *Dictionnaire Le petit Larousse*, 2016, s.v. « Inapplication ».

¹¹ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, n°79, p. 718.

¹² *Ibid* note 10.

¹³ D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, s.v. « Lacune ».

¹⁴ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, p. 329.

¹⁵ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit » in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 9^e éd. LGDJ, p. 138.

¹⁶ En référence à l'expression de J. CARBONNIER, in *Flexible droit, pour un droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 9^e éd. p. 23.

Comme l'a écrit Kelsen, l'application du droit est *in fine* l'acte d'un justiciable qui demande auprès du juge le prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui n'a pas respecté la règle¹⁷. L'auteur poursuit sa réflexion en affirmant « qu'un ordre juridique qui doit appliquer la règle doit interpréter ces normes (...). Toutes normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées »¹⁸. L'application de la règle de droit, par essence abstraite et générale, nécessite souvent, dans le passage du général au particulier, une étape intermédiaire d'interprétation¹⁹. Les juges remplissent cette fonction herméneutique primordiale. L'application du droit se réalise la plupart du temps de manière non-contentieuse²⁰, toutefois le prononcé d'une décision par le juge permet, en dernier recours, d'appliquer le droit en posant la règle sur les faits. Ainsi, le procès n'a pas pour seule vocation à trancher un litige : il est aussi un instrument qui permet la concrétisation du droit positif. Il est pour les citoyens l'un des moments où se vérifie et « s'éprouve » la mise en œuvre du droit. Le procès est l'un des lieux où la justice s'incarne, la possibilité de saisir un tribunal doit donc être consacrée et préservée. Plus particulièrement, l'accès au juge est traditionnellement présenté comme un droit fondamental en raison des liens étroits qu'il entretient avec l'accès au droit en général. L'accès à la justice a peu à peu été reconnu comme un droit fondamental. Le droit au recours suppose la capacité effective pour tout individu de faire juger ses prétentions par un tribunal et obtenir le respect de ses droits et intérêts légitimes²¹. Ce droit conditionne l'application et le respect d'autres droits. Devant le juge, le droit procédural précède le droit substantiel. Les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme contiennent des dispositions établissant un droit procédural des victimes à un recours effectif devant les tribunaux²². Cependant, l'inapplication des droits fondamentaux n'est pas un épiphénomène au sein des différents systèmes et ordres juridiques.

Si le droit au recours est largement reconnu, comment expliquer empiriquement l'absence d'accès au juge par de nombreuses victimes ?

2. Les causes de l'absence de procès

Si le droit d'accès à la justice est reconnu au niveau international et national comme un principe constitutif de l'État de droit, la réalité démontre que les citoyens ne peuvent pas toujours se diriger vers les prétoires. L'expérience empirique montre que l'absence d'accès au juge peut avoir un fondement à la fois extra-juridique et juridique.

¹⁷ Ibid, Y. LEROY, p. 721.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 335.

¹⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd, Paris, 2004, p. 262.

²⁰ Voy. en ce sens, les réflexions de J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour un droit sans rigueur*, Paris, 9^e éd. LGDJ, Paris, p. 25 : « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux- cette pathologie- est infiniment plus petit que le droit ».

²¹ S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Paris, Précis Dalloz, 27^e éd. 2008, p. 17.

²² La déclaration universelle des Droits de l'Homme (article 8) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 2§3) ; la Convention européenne des droits de l'homme (article 13) ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme (articles 8 et 25) ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 7§1).

Tout d'abord, des considérations non juridiques, de nature politique, économique ou sociale, s'interposent entre le droit au juge et son application, de sorte qu'elles deviennent des causes directes de l'inapplication du droit.

En premier lieu, des raisons sociales expliquent en partie le phénomène d'inapplication du droit au recours effectif. Le facteur le plus important reste l'inégalité d'accès à la justice²³. Un rapport des Nations-Unies sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté souligne que si la justice n'est pas abordable et accessible, les personnes pauvres ou appartenant à des populations marginalisées ne peuvent revendiquer leurs droits ou dénoncer une violation²⁴. Face à ces inégalités sociales, les citoyens sont dans l'incapacité de se représenter comme justiciables. Par exemple, les agriculteurs victimes de puissantes sociétés agro-alimentaires, qu'ils soient du Burkina Faso, du Bangladesh, de Colombie, de France ou d'Argentine, ne possèdent pas toujours les armes financières, sociales, psychologiques et culturelles pour attirer devant les tribunaux nationaux des sociétés multinationales au poids économique considérable. L'impossibilité de recourir à un juge amène les victimes à créer une justice parallèle²⁵.

En second lieu, les considérations politiques sont aussi un élément important pour la compréhension du phénomène de nonaccès aux prétoires. Le cas de l'Algérie est ici éclairant. Deux processus conjoints ont empêché l'accès des citoyens aux tribunaux nationaux. De 1991 à 2002, le pays a connu une guerre civile déstabilisant les institutions étatiques. La population, face à un régime répressif et corrompu, avait peur de subir des représailles et n'avaient pas confiance dans le système judiciaire²⁶. À la sortie du conflit, le gouvernement a institué une loi d'amnistie en votant la Charte pour la paix et la réconciliation nationale dans le but de mettre un terme à l'affrontement entre islamistes et forces de sécurité²⁷. L'un des décrets d'application de la Charte, en son article 45 dispose qu'« Aucune poursuite ne peut être engagée, à titre individuel ou collectif, à l'encontre des éléments des forces de défense et de sécurité de la République, toutes composantes confondues, pour des actions menées en vue de la protection des personnes et des biens, de la sauvegarde de la Nation et de la préservation des institutions de la République algérienne démocratique et populaire »²⁸. Les lois d'amnistie, appelées aussi lois d'impunité, refusent le prononcé d'une vérité juridique²⁹. Elles ne permettent pas à l'État

²³ C. KOURILSKY-AUGEVEN, « Images et usages du droit chez les gens ordinaires : US, Europe, Russie », *Droit et Cultures*, n°43, 2002, p. 7-207.

²⁴ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, en application de la résolution 17/13 du Conseil des droits de l'homme, document A/67/278, août 2012.

²⁵ Voy. le site internet dédié : <http://fr.monsantotribunal.org/>

²⁶ O. BENDERRA, « Amnistie ou justice : l'enjeu du Tribunal permanent des peuples sur l'Algérie », *Libération*, 8 nov. 2004.

²⁷ Charte pour la paix et la réconciliation nationale adoptée par référendum le 29 septembre 2005, Journal officiel de la République Algérienne.

²⁸ Ordonnance n° 2006-01 du 28 Moharram 1427 correspondant au 27 février 2006 portant mise en œuvre de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale.

²⁹ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 6^e éd. 2016, s.v. « Amnistie : terme de droit pénal interne désignant la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations prononcées ». Voy. les nombreux travaux sur les lois d'amnisties tels que : C. STAHN, « United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice : A Change in Practice ? », *R.I.C.R.*, vol. 84, 2002, spéc. pp. 191-195 ; M. PHILIP-GAY, *L'amnistie des dirigeants politiques : contribution à l'étude de la responsabilité en droit constitutionnel comparé et international*, Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III, 2005, 794 p. ; R. MAISON, « L'amnistie en droit international », *Les Cahiers de l'Orient*, n° 94, 2009, pp. 119-126 ; P. F. SIMON, « La clause d'amnistie dans les traités de paix »,

de remplir ses obligations nationales et internationales, lesquelles sont d'enquêter sur les violations graves des droits de l'homme, de traduire en justice et de sanctionner les responsables de ces violations³⁰. Les victimes, privées d'un recours juridictionnel, ne peuvent pas obtenir une réparation juste et adéquate. Le droit procédural, d'abord, et le droit substantiel, ensuite, ne peuvent plus s'interpréter et s'appliquer. Les procès fictifs permettent de remédier à ces difficultés. En réaction aux décisions politiques et à la défaillance du système judiciaire, le Tribunal permanent des peuples a été saisi en juin 2003 par le Comité de justice pour l'Algérie et des ONG algériennes³¹.

Les obstacles d'ordre pratique sont nombreux et ne peuvent pas être tous évoqués dans le cadre de cette contribution. Les raisons intrinsèques au droit sont aussi une clé de lecture primordiale à explorer dans le cadre d'une réflexion sur les procès fictifs.

Si des raisons extra-juridiques sont un frein à l'action en justice, la qualité des accusés, personnes publiques ou personnes privées, peut rendre difficile la mise en cause de leur responsabilité devant les juridictions nationales ou internationales.

Premièrement, concernant les États, certains principes du droit international public neutralisent directement l'application des dispositions relatives aux droits d'accès à un tribunal ainsi qu'au droit individuel à réparation. Par exemple, le principe d'immunité de juridiction institue une exemption qui permet aux États d'échapper à la compétence des tribunaux étrangers³². Le droit international public accorde l'immunité aux États pour les actes de souveraineté, *jus imperii*³³. Toutefois, d'après Laure Milano, « le développement du droit international des droits de l'homme qui met en avant une logique de protection des droits de l'individu paraît inconciliable avec les principes qui justifient les immunités »³⁴. Horatia Muir-Watt fait état de l'abus de souveraineté en matière d'immunité et rappelle que « l'immunité juridictionnelle des actes de *jus imperii* a été conçue pour protéger l'exercice des fonctions régaliennes de l'État dans l'intérêt de la communauté qu'il incarne et non pour en assurer l'impunité à l'égard des violations des droits de l'Homme »³⁵. Cette contribution n'a pas pour objectif de discuter de l'opportunité du principe d'immunité de juridiction des États. Elle souligne simplement que le principe d'immunité peut représenter un frein à l'invocabilité des droits fondamentaux et fait naître chez les justiciables un sentiment d'inapplication de leurs droits.

À côté des contradictions parfois existantes entre des règles du droit international, certains domaines juridiques sont plus concernés que les autres par le phénomène d'inapplication. Le

R.G.D.I.P., 1919, pp. 245-261 ; Y. NAVQI, « Amnesty for war crimes : Defining the limits of international recognition », *R.I.C.R.*, vol.85, n°851, pp. 583-625.

³⁰ Voy. en ce sens les 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, 60/147 Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005.

³¹ 32^e Session du tribunal permanent des peuples, Les violations des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), le 5-8 novembre 2004, voy. le site dédié : http://www.algerie-tpp.org/algerie_tpp.htm.

³² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 6^e éd. 2016, s.v. « Immunité de juridiction ».

³³ En vertu du droit international coutumier, de la convention des Nations-Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens (article 3), et du statut de Rome (article 27§2).

³⁴ L. MILANO, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, n°76, pp. 1059-1093.

³⁵ H. MUIR-WATT, « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 539, §12.

respect du droit humanitaire et des droits de l'homme en temps de conflits armés est en ce sens emblématique. Depuis 1945, la Charte des Nations-Unies prohibe le recours à la force par un État. Cette règle est également un principe coutumier du droit international public³⁶. Si les recours illégaux à la force subsistent, seul un petit nombre a fait l'objet d'une saisine de la Cour internationale de Justice³⁷. L'impossibilité pour les victimes dans ces situations de faire garantir le respect de leurs droits fondamentaux a souvent eu pour conséquence la création de procès fictifs³⁸. Suite à la guerre en Irak en 2003, un tribunal d'opinion a été constitué. Né sous l'impulsion des mouvements pacifistes et de la Fondation Russel, le tribunal a tenu sa dernière session à Istanbul en juin 2005³⁹. Il a alors analysé le comportement des individus et des gouvernements formant la coalition, mais aussi celui du Conseil de sécurité au regard du crime de guerre (article 8 du Statut de la CPI), du crime contre l'humanité (article 7) et du crime d'agression (article 5). Le tribunal a conclu que la configuration interétatique du droit international fait peser sur l'application des droits de l'homme des difficultés qui nuisent incontestablement à sa réalisation.

Deuxièmement, les problèmes d'application du droit au juge s'appliquent également lorsque les victimes cherchent à engager la responsabilité des personnes privées, telles que les entreprises multinationales. Les régimes normatifs dans lesquels évoluent les entreprises transnationales ou multinationales favorisent les pratiques de *law shopping*, qui leur permettent de relever de systèmes et de corpus juridiques qui sont plus favorables aux développements de leurs activités. De plus, sous couvert du principe de la liberté contractuelle, certaines clauses contractuelles permettent de geler certaines normes juridiques. Les contrats internationaux d'investissement⁴⁰ signés par ces grands groupes, permettent de neutraliser les droits fondamentaux par des clauses de stabilisation⁴¹. Clauses exorbitantes du droit commun, ces

³⁶ Charte des Nations-Unies, 2(4), 51; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J., Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, 26 nov.1984)

³⁷ À titre d'exemple on pourra citer : Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (C.I.J., Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, 26 nov.1984) ; Plates-formes pétrolières (C.I.J., République Islamique d'Iran c. États-Unis, 6 nov.2003) ; Affaire de l'incident aérien du 10 août 1999 (C.I.J., Pakistan v. Inde, 21 juin 2000).

³⁸ Voy. en ce sens le Tribunal Russel sur le Vietnam 1967, le Tribunal mondial sur l'Irak 2003, le Tribunal Permanent des peuples Afghanistan 2004, TTP Nicaragua 1984, TPP Yougoslavie 1982, TPP Timor Oriental 1981...

³⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWED, « Prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon pour la justice ? » RSC, 2006, p. 170.

⁴⁰ Dans son rapport du 22 avril 2009 sur les entreprises et les droits de l'homme, le Représentant spécial du Secrétaire Général notait que « *l'expérience récente montre que certaines dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abris des lois ou règles nouvelles, ou chercher à obtenir du Gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier* » ; J. RUGGIE, « Les entreprises et les droits de l'homme : vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer » : A/HCR/11/13, 22 avril 2009, §30.

⁴¹ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2016, s.v. « Clause de stabilisation : Une clause de stabilisation peut être définie comme une clause insérée dans des contrats d'investissement ou de développement entre un État et un investisseur privé, en vertu de laquelle le droit applicable au contrat est fixé à la date de la conclusion de contrat, limitant ainsi l'exercice par l'État de sa compétence législative ou réglementaire à l'égard du contrat en question. Le but de la clause est de neutraliser les incidences qu'un changement ultérieur de législations ou de réglementations pourrait avoir sur le contrat ».

dernières gèlent littéralement le droit national de l'État pour l'investisseur étranger⁴². L'application du droit en est *de facto* impactée, l'État ne respectant plus certaines de ses obligations au seul motif qu'elles ont été édictées postérieurement à la signature du contrat.

Sur le plan procédural, le développement du contentieux transnational relatif à la responsabilité des entreprises et de leurs filiales pour violation des droits de l'homme est un parcours sinueux pour les requérants. Les difficultés rencontrées par les victimes pour obtenir réparation dans l'État où les actes dommageables ont été commis sont nombreux. Elles peuvent résulter de la défaillance des législations nationales ou de la difficulté de saisine des tribunaux. Les affaires sont alors souvent soumises à la juridiction du pays d'origine de l'entreprise. Plusieurs obstacles sont alors rencontrés, comme la présomption contre le caractère extraterritorial des lois, l'application de la doctrine du *forum non conveniens*⁴³ ou encore la responsabilité limitée de la société mère du fait de la non imputabilité directe des activités de sa filiale⁴⁴. Laurence Dubin résume ainsi parfaitement la situation : « Le droit international privé, grevé par les principes de territorialité ou de personnalité morale, conduit bien des victimes de dommages occasionnés par les activités d'entreprises multinationales sans réparation ; quant au droit international public, il continue, pour sa part, d'éviter toute définition de la créature »⁴⁵.

Face aux insuffisances du droit et des mécanismes juridictionnels de contrôle, les victimes des entreprises multinationales, se rassemblent et créent des tribunaux d'opinions en réaction à l'inapplication de leurs droits procéduraux et matériels. Ces procès soulignent l'impératif de rééquilibrage entre le droit international des droits de l'homme et les devoirs des entreprises. Ce phénomène novateur outrepassé ainsi la logique selon laquelle les entreprises ne peuvent engager leur responsabilité n'étant pas des sujets de droit international.

Au terme de ces développements, le manque de cohérence entre les différentes normes juridiques se fait cruellement sentir. Nous sommes face à une sorte de « schizophrénie » juridique, qui d'un côté proclame des droits individuels et qui, concomitamment, permet aux États ou à des entités privées d'agir en inapplication de ces mêmes droits. Face à la difficile, voire impossible, conciliation de ces droits divergents, les victimes se détournent des canaux institutionnels menant à la justice étatique. La création d'un faux prétoire, privilégiant l'application des droits fondamentaux, devient pour les citoyens une « issue de secours ».

B. LA RÉACTION À L'INSUFFISANCE DES MOYENS ÉTATIQUES D'APPLICATION DU DROIT

⁴² C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Journal du droit international Clunet*, n°2, avril 2014, p. 541.

⁴³ P. BLAIR, « The doctrine of *forum non conveniens* in Anglo-American Law », *Columbia Law Review*, 1929, p. 29.

⁴⁴ R. C. DROUIN, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? » *Droit social*, 2016, p. 247.

⁴⁵ L. DUBIN, « Rapport introductif », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du Colloque SFDI, Paris, éd. Pedone, 2017, p.14.

Comme l'écrivait Sartre lors de son discours inaugural du procès Russel, le tribunal d'opinion est « issu d'un vide et d'un appel »⁴⁶. Le droit inappliqué mène les justiciables à faire respecter eux-mêmes le droit existant au sein d'un tribunal fictif. Ces procès citoyens ont tous eu pour caractéristique de créer une justice alternative (1) établissant *in fine* un lieu de délibération transnationale juridique et civile (2).

1- La création citoyenne d'une justice alternative

Depuis un demi-siècle, de nombreux tribunaux d'opinion ont donné leur opinion sur des affaires relatives à la violation du droit de l'environnement, du droit des minorités, du droit humanitaire ou encore des droits de l'homme⁴⁷. Ils sont fondés sur des principes et des règles du droit national et du droit international public : du droit contraignant ou relevant du droit souple. Par le biais d'un jugement, d'une décision ou d'un avis, ces tribunaux cherchent à dire le droit. Toutefois, il n'est pas anodin que nombre d'entre eux aient privilégié la forme de l'avis consultatif. En effet, un avis consultatif ne crée pas d'obligation contraignante. Néanmoins, il est revêtu d'une forte autorité morale. En choisissant un contrôle de conformité, les tribunaux d'opinion entendent contribuer à l'évolution du droit. Par-delà la pluralité des sujets abordés, ils ont pour acte de naissance un sentiment d'injustice vécu par les victimes suite à l'impossibilité d'obtenir une décision judiciaire dans le cadre du système conventionnel.

Récemment, le Tribunal citoyen Monsanto a examiné l'impact des activités de cette société sur le droit de l'environnement et les droits de l'homme⁴⁸. Il s'est prononcé en avril 2017 sur la non-conformité de la conduite de l'entreprise au regard des principes et des règles de droit international⁴⁹. Au sein de ce tribunal, les plaidoiries ont principalement soulevé l'inapplication du droit à l'alimentation reconnu à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'à la libre recherche scientifique contenu à l'article 15(3), et aux articles 24§2 et 27§3 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans son avis consultatif, le tribunal rappelle que les dispositions contenues dans ces traités ne sont pas contraignantes pour les entreprises et s'imposent seulement aux États parties. L'inapplication des normes internationales n'émane donc pas de la société Monsanto mais des États. Nonobstant cette aporie récurrente du droit international public, les juges Monsanto soutiennent que ce droit à destination des États peut, dans une certaine mesure, s'appliquer aux entreprises. Ces conventions établissent selon eux « des normes et valeurs relatives aux droits de l'homme et constituent par conséquent des points de repères normatifs permettant d'évaluer le comportement des entreprises »⁵⁰. Il s'agit ainsi d'une application horizontale indirecte des droits fondamentaux⁵¹. Ainsi, l'inapplication du droit à un environnement sain contenu dans les

⁴⁶ J.-P. SARTRE, *Tribunal Russell, Le jugement de Stockholm*, Paris, Gallimard, 1967, p. 28

⁴⁷ Voy. *supra*, note 39.

⁴⁸ Voy. en doctrine l'article de C. LE BRIS, « La société civile, juge des droits de l'homme : à propos du Tribunal International Monsanto », *Annuaire canadien de droit international*, vol.55, 2018, pp. 215-247.

⁴⁹ Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, avis consultatif disponible : http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf.

⁵⁰ Ibid., p.11.

⁵¹ Propos tenus par la juge F. TULKENS, lors de son intervention « L'expérience de la Présidente du Tribunal International Monsanto », durant le séminaire organisé par C. CURNIL, C. LE BRIS, C. PERRUSO, G. PRETE, Retour d'expériences, les tribunaux environnementaux d'opinion : du politique et droit ?, Paris, le 10 octobre 2017.

principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme a été soulevé par les victimes du procès citoyen Monsanto. Ces normes de *soft law*, bien que dépourvues de caractère obligatoire, ont été parfois utilisées par des tribunaux réels⁵². Laurence Boisson de Chazournes souligne que de nombreux textes non-contraignants, car non issus des sources formelles du droit telles qu'énumérées à l'article 38 du statut de la CIJ, reprennent les idées contenues dans les principes généraux du droit ou les principes coutumiers⁵³. Ces textes de droit souple reflètent les attentes normatives de la société et doivent, selon le Tribunal citoyen Monsanto, être une référence pour apprécier le comportement des entreprises. En outre, certains dispositifs du droit interne sont susceptibles de permettre l'invocation du droit international à l'encontre des entreprises multinationales. Il s'agit plus particulièrement du *Alien Tort statute* aux États-Unis, selon lequel : « The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »⁵⁴. La notion de « law of nations » est entendue comme le droit international, universel et obligatoire⁵⁵. Toutefois, les tribunaux américains demeurent réticents à donner toute la portée souhaitée à ce dispositif. Le tribunal Monsanto adopte, en réaction, une lecture « dynamique » des textes *soft* afin que la société Monsanto entre dans le champ d'application du droit international.

Grâce à cet élargissement des moyens de droit invocables devant ces prétoires *ex nihilo*, les droits fondamentaux sont au centre du raisonnement juridique et ouvrent les portes du prétoire à tous contre quiconque. Il n'existe aucune barrière pour juger de la violation des droits, peu importe la qualité de l'auteur. Les requérants ne se confrontent plus à l'incompétence *ratione loci* ou *ratione materiae*. Leur intérêt à agir est reconnu largement. Le statut du Tribunal permanent des peuples, en son article 3, permet par exemple « à tout gouvernement, toute organisation internationale, gouvernementale ou non gouvernementale, un mouvement de libération nationale, un groupe politique, un syndicat ou un groupe de particuliers »⁵⁶ de former une requête devant lui. Cette recevabilité élargie permet à la victime d'obtenir une place au sein des procès citoyens, alors qu'elle ne peut obtenir de place dans le monde de la justice réelle.

En effet, l'un des objectifs des organisateurs est de donner aux victimes la possibilité de s'exprimer dans un espace d'écoute et de reconnaissance, à défaut pour ces dernières de le trouver au sein des institutions judiciaires classiques. Même si la réparation matérielle demeure essentielle et fait défaut au sein des tribunaux d'opinion, l'importance d'une réparation psychologique, sociale et symbolique est primordiale⁵⁷. Les procès fictifs, en donnant à voir et à entendre les préjudices subis de ces oubliés de la justice traditionnelle, deviennent des

⁵² CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et al*, n°368082 ; CE, 21 mars 2016, *Société NC Numéricâble*, n°390023.

⁵³ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Conclusions générales », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du Colloque SFDI, Paris, Pedone, 2017, p. 514.

⁵⁴ U.S. Code, Title 28, Part IV, Chapter 85, §1350.

⁵⁵ Particulièrement la coutume et les conventions internationales.

⁵⁶ Statut du tribunal permanent des peuples du 27 juin 1979 disponible sur : http://www.algerie-tpp.org/tpp/presentation/annexe_1_bis.htm.

⁵⁷ Propos d'une victime lors des audiences du tribunal international sur les crimes de guerre contre les femmes et l'esclavage sexuel de l'armée japonaise : « *Nous sommes venues ici pour dire la vérité. Nous sommes venues ici pour obtenir justice !* » p. 9 ; R. NISHINO, « Le tribunal d'opinion de Tôkyô pour les "femmes de réconfort" », *Droit et cultures*, 58, 2009-2, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 09 mai 2017. URL : <http://droitcultures.revues.org/2079>.

réceptacles de la « justice dite restaurative »⁵⁸. Ils ne mettent pas en avant la punition du coupable, mais veulent engager un processus de réhabilitation des victimes. Ces juridictions ne sont pas compétentes pour imposer des sanctions ou des mesures de réparations. Comme les tribunaux réels, le travail de qualification des violations, de clarification des dommages et de reconnaissance de la non-application du droit permet aux victimes de témoigner et de « se délivrer du mépris et de la honte »⁵⁹. Si les tribunaux d'opinion ne remplissent pas les critères d'une justice étatique, ils sont, comme les procès officiels, « une cérémonie de reconstruction du lien social »⁶⁰. De manière analogue aux commissions vérité et réconciliation⁶¹, ils donnent aux victimes un lieu « de vérité, de forum pour s'exprimer et de reconnaissance des actes commis »⁶². La juge Tulkens⁶³, présidente du Tribunal Monsanto, soulignait l'importance des témoignages et précisait à la clôture des audiences qu'à côté « des experts de savoir », il existe « des experts de vie » que les tribunaux devraient prendre en compte plus systématiquement. En mobilisant le droit, contraignant ou non, et en appliquant les normes de manière effective pour défendre la cause des victimes⁶⁴, les procès fictifs soulignent les insuffisances actuelles des mécanismes juridictionnels. Ils mettent en lumière les potentialités offertes par certains instruments juridiques dans la promotion des droits fondamentaux.

2- L'application d'un droit contesté

La multiplication des procès fictifs depuis une cinquantaine d'années a ancré cette pratique politico-juridique dans la durée. En plus d'établir les voies d'application du droit, ces tribunaux alternatifs deviennent des lieux de délibération civile.

Les procès fictifs, en tant que pratiques de contre-pouvoirs judiciaires informels, peuvent être appréhendés comme des moyens destinés « à compenser l'érosion de la confiance par une organisation de la défiance »⁶⁵. Les citoyens désemparés de ne pas trouver satisfaction par

⁵⁸ « La fonction principale de la réaction sociale à la criminalité n'est ni de punir, ni de rééduquer, ni de traiter mais de promouvoir la réparation des torts causés par le délit. Ceci est la justice réparatrice », Déclaration de Louvain sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile, Leuven, 1997. Voy. le Rapport justice restauratrice, mai 2007, Conseil National de l'aide aux victimes, p. 2.

⁵⁹ R. NISHINO, « Le tribunal d'opinion de Tôkyô pour les femmes de réconfort », *Droit et cultures*, 58, 2009-2, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 09 mai 2017.

⁶⁰ D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, s.v. « Procès ».

⁶¹ Les commissions vérité et réconciliation (CVR) sont des commissions non juridiques mises en place après des périodes de conflits politiques, des guerres civiles, ou des régimes dictatoriaux. Ces commissions élaborées dans le cadre de la justice dite transitionnelle, cherchent avant tout la réconciliation nationale. Ces commissions qui souvent enquêtent sur la violation des droits de l'homme, ne prononcent pas de jugement mais aident les sociétés, les groupes, les personnes traumatisés par la violence à faire face à leur passé et à construire un avenir commun. Sur le thème des CRV voir : A. DU TOIT, « La commission Vérité et Réconciliation sud-africaine. Histoire locale et responsabilité face au monde », *Politique africaine* 2003/4 (N° 92), p. 97-116 ; G. COURTOIS, « Le pardon et la "Commission Vérité et Réconciliation" », *Droit et cultures* 50 |2005-2 ; E. GUEMATCHA, *Les commission vérité et les violations des droits de l'Homme et du droit humanitaire*, Paris, Pedone, 2014, 628 p.

⁶² E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La prolifération de tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon de justice ? », *RSC*, 2006, p.170.

⁶³ F. TULKENS, ancienne présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, propos tenus lors de la clôture du Tribunal Monsanto, le 16 octobre à la Haye. Vidéo disponible sur : <https://vimeo.com/channels/mtfr/page:6>

⁶⁴ Sur la place centrale des victimes dans les tribunaux d'opinion voy. : A. BYRNES, G. SIMM, « Reflections on the past and future of international people's tribunals » in *Peoples' Tribunals and international law*, A. BYRNES, G. SIMM (dir.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 259-275.

⁶⁵ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006, p.12.

l'élection, et de ne pas trouver secours auprès du juge⁶⁶, créent leurs propres espaces de délibération. Comme l'écrit Louis Joinet à propos des procès fictifs : « Le tribunal s'adresse à tous ceux qui, dans l'incertitude du présent, trouvent une raison de plus, non pour se résigner, mais pour lutter et espérer. Tous ceux-là partagent la certitude que la réalité peut être changée par l'action consciente des hommes »⁶⁷.

Dans l'enceinte de ce forum d'échange atypique, les « juges » délibèrent sur les normes juridiques. Ils réfléchissent à la portée et la légitimité des règles qui structurent la société. Le procès citoyen est le « lieu d'une mise à l'épreuve des valeurs que le droit protège comme de celles qu'il met en discussion »⁶⁸. Cette justice de substitution, par la discussion et la délibération des problèmes communs, par l'élaboration de propositions de solutions juridiques et grâce à l'application du droit oublié, est devenue un lieu où l'espace public se constitue. Les procès fictifs se situent dans une sphère intermédiaire entre la société civile et l'État⁶⁹ et permettent l'expression d'une opinion publique.

Fort de l'évolution de la société face à la mondialisation, ils outrepassent le cadre strictement national, en étant tous des espaces publics mondialisés. Ils cherchent à mettre en place de véritable forum de délibération au sein d'une société civile globalisée. Le Tribunal international pour les droits de la Nature, qui s'est tenu à Paris en décembre 2015 en parallèle de la COP 21, en est un exemple. Représentant la population des cinq continents, il a tenté durant deux jours d'audience de témoigner de la destruction des conditions de vie sur terre. De nombreux sujets de société y ont été débattus, comme le changement climatique, le recours aux organismes génétiquement modifiés ou encore la gestion de l'eau. Cette initiative a permis la création d'un débat sur les conceptions juridiques de la nature et son appréhension actuelle et potentielle par le droit international. Les procès simulés forment des coalitions et tentent de construire une connaissance partagée. Suite au tribunal international Monsanto, un site internet a été créé dans le but de recenser les décisions nationales rendues relatives aux pesticides⁷⁰.

Le Tribunal citoyen Monsanto⁷¹ affirme, lui, que ces lieux sont des cours « extraordinaires » nées de la détermination de la société civile. Conscients que le premier des jugements émane de la société, les procès fictifs ont pour objectif d'être vus par le plus grand nombre. Ils ont pour but d'alerter l'opinion publique et les décideurs politiques sur les actes considérés « comme inacceptables et injustifiables conformément aux normes juridiques ». Telles que présentées plus haut, ces initiatives cherchent à prendre à partie la communauté civile, juridique et politique. Il y a dans ces phénomènes un glissement d'un droit d'alerte individuel, reconnu il y

⁶⁶ A. VIALA, *La démocratie : mais qu'en disent les juristes, Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, p. 54 : « Le procès comme procédure de mise à l'épreuve d'un comportement s'est ainsi progressivement imposé comme une forme métapolitique estimée supérieure à l'élection parce que produisant des résultats plus tangibles ».

⁶⁷ L. JOINET, « Les tribunaux d'opinion. Bilan et perspective », in *Marxisme, démocratie et droit des peuples ; Hommage à Lelio Basso*, 1979, p. 831 et s.

⁶⁸ S. RIALS et D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Grands colloques, 2003, s.v. « procès ».

⁶⁹ J. HABERMAS, *Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Thèse de doctorat, Paris, Payot, 1962, 324 p.

⁷⁰ Voy. le site internet dédié : <https://www.justicepesticides.org>

⁷¹ Avis Monsanto p. 2 (http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf)

a peu de temps en droit français⁷², à un devoir d'alerte collectif en matière environnementale et sanitaire.

À défaut de rester silencieux, des professeurs de droit, des juristes, des avocats, des juges, des scientifiques ou des organisations non gouvernementales se mobilisent et s'organisent pour déplacer les lieux de réflexion sur le droit. Ces réseaux transnationaux et pluridisciplinaires deviennent récurrents dans le paysage militant et juridique. Ils « intensifient les savoirs, la pensée juridique, sa mobilité mais également certainement le droit et sa production »⁷³.

La coordination internationale des acteurs permet d'exporter le modèle du procès fictif. La construction de ce réseau transnational est notamment possible grâce au travail des organisations non gouvernementales, qui se voient attribuer un rôle qu'elles ne connaissent dans aucun autre contentieux ou procédures consultatives. De la simple occurrence d'un *amicus curiae* à la contribution du bon fonctionnement du début à la fin de l'audience, les ONG sont très engagées dans les procès fictifs.

Un tel réseau d'action politico-juridique peut voir le jour, car les procès fictifs contournent les tensions existantes entre politisation et contrainte de neutralité imposés au juge dans l'enceinte et à l'extérieur du tribunal⁷⁴. Les juristes se perçoivent souvent comme de simples techniciens du droit⁷⁵. Par contraste, les procès fictifs mettent en lumière l'engagement de certains professionnels et leur rôle comme penseurs et activistes du droit. En ce sens, Laureline Fontaine écrit : « On trouve de nombreux exemples d'engagements personnels, éventuellement militants, de juristes dans des débats politiques et sociaux, car, à n'en pas douter, les juristes se situent au cœur de l'articulation des rapports entre la sphère juridique et politique »⁷⁶. Les tribunaux d'opinions sont une illustration des théories anglo-saxonnes du *cause-lawyering*⁷⁷. Ils mettent en avant le rôle des professionnels du droit dans leur contribution à la construction et à la défense des causes communes dans les arènes à la fois publiques et judiciaires. Dans les procès fictifs, il s'agit d'abord de judiciariser l'espace public pour qu'ensuite le prétoire se politise.

L'appréhension et l'analyse du phénomène de procès fictif nous détournent alors peu à peu de l'analyse classique qui conçoit l'inapplication du droit comme un échec, une carence, « voire une pathologie ». Comme nous venons de le voir, l'inapplication ne donne pas forcément naissance à un vide ou à une impasse.

⁷² Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

⁷³ Ibid. note 73.

⁷⁴ A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 36.

⁷⁵ L. FONTAINE, *Qu'est-ce qu'un grand juriste, Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso, 2012, p.69 : « Pour considérer que le juriste, le "grand" juriste, est un bon technicien, il faut donc aussi considérer qu'il n'est certainement pas que cela, parce qu'il est aussi un connaisseur et un penseur du social. La capacité d'un juriste à situer la connaissance du droit dans le contexte plus général du monde fait partie de ses qualités indispensables ».

⁷⁶ Ibidem p. 38.

⁷⁷ A. LEJEUNE, « Les professionnels du droit comme acteurs du politique : revue critique de la littérature nord-américaine et enjeux pour une importation en Europe continentale », *Sociologie du Travail*, n°52, juin 2011, p. 216.

II. LA PORTÉE DES PROCÈS FICTIFS : UNE RÉPONSE NUANCÉE À L'INAPPLICATION DU DROIT

Ces procès ne peuvent remplacer l'autorité de la justice, ils ne peuvent combler les carences du droit dont la source se situe bien ailleurs⁷⁸. Les limites sont claires, et le fictif ne saurait rattraper le réel. Si ces procès fictifs peuvent répondre au droit inappliqué, leur réponse est toutefois incomplète du fait de leurs limites processuelles. (A)

Cependant, les procès fictifs permettent de contourner de façon originale le constat de l'inapplication du droit, tant matériel que procédural. Ces instances témoignent d'une fonction audacieuse, d'une part en améliorant la connaissance du droit par sa diffusion et d'autre part en participant à l'invocation de nouveaux droits (B).

A- LES LIMITES PROCESSUELLES

Les procès fictifs constituent une réponse insuffisante et non durable à l'inapplication du droit. Ils méconnaissent les règles du procès (1) mais aussi ils les contestent (2).

1. La méconnaissance des règles du procès

Les impacts réels de ces instances fictives sont difficilement mesurables⁷⁹. En effet, comme nous le verrons ci-après (II.B), même si les procès fictifs peuvent effectivement impacter le droit positif, personne ne pourra affirmer avec certitude qu'ils sont la cause ou le fondement de tel ou tel changement.

Les procès fictifs n'ont pas vocation à apporter une solution définitive à l'inapplication du droit. Ceux-ci jouent un rôle dans une phase intermédiaire entre le droit violé, inappliqué et la réaction par les institutions publiques. En effet, les procès fictifs interviennent *a posteriori* de l'inapplication du droit mais bien antérieurement à une éventuelle sanction prise par le juge ou une intervention du législateur. Leur existence est en réalité parallèle au droit positif. Les procès fictifs ne constituent donc pas une réponse à l'inapplication du droit, ils ne peuvent prévenir la répétition de l'inapplication du droit.

Les procès fictifs se créent en réaction aux conséquences du droit inappliqué, mais ne peuvent contribuer directement à rétablir l'application du droit en corrigeant les origines du problème. Ils incarnent la correction souhaitée à l'inapplication du droit et non la prévention de la cause qui y mène. En d'autres termes ils agissent directement sur l'effet et indirectement sur l'origine de la violation du droit. Par exemple, lorsque le Tribunal de Monsanto explique de quelle façon Monsanto a violé les obligations de droit de l'homme qui lui incombent, il ne décrit pourtant pas les raisons de son impunité⁸⁰. En dénonçant les conséquences du droit inappliqué sans pour autant pouvoir y remédier, ces instances fictives apportent une réponse incomplète et parcellaire au droit violé.

En outre, ces instances ne peuvent prétendre être une réponse durable et efficace à l'inapplication du droit. À l'issue du procès, les auteurs des violations demeurent impunis. Les procès fictifs ne peuvent donc servir de palliatif pour sanctionner le droit inappliqué. La sanction morale ne peut pas se substituer à une sanction légale, et ne peut répondre de façon appropriée à une violation du droit. Pourtant, les procès fictifs systématisent malgré eux cette corrélation entre violation légale et sanction morale. Il convient donc de questionner les risques

⁷⁸ Voir supra I-A-2

⁷⁹ M. MALLONEY, « Building an alternative jurisprudence for earth : the international rights of nature tribunal » in Australian Earth Laws Alliance, Vermont Law Review Vol 41 :129, 2016, p.141.

⁸⁰ International Monsanto Tribunal in the Hague – October 2016, Terms of Reference, No 1. Report by Aubrey Jones and Lun Ou Environment Protection Clinic, Yale Law School, May 2016, pp.46-53.

de systématisation de la corrélation entre droit violé et sanction non juridique mais morale. La sanction fictive de la violation des droits fondamentaux n'est-elle pas à l'origine dans l'imaginaire collectif du sentiment que ces droits peuvent être sanctionnés de façon suffisante en dehors du droit positif ? Si cette sanction n'est pas suivie d'une réaction dans le droit en vigueur alors ne viendrait-on pas normaliser un rapport « droit réel violé – sanction fictive attribuée » ? De ce point de vue, les procès fictifs deviendraient alors contre-productifs. *A fortiori* le risque est que la force obligatoire de certaines normes apparaissent comme une option.

Les procès fictifs n'apportent pas de solutions durables aux victimes. Ils jouent un rôle fondamental dans la reconnaissance des injustices mais ne peuvent leur octroyer réparation pour les dommages subis. Or, selon Catherine Larrère, les dommages payés aux victimes ont plus d'importance encore que la culpabilité de leurs auteurs⁸¹. En effet, les instances fictives se saisissent de cas tellement graves de violation de droits fondamentaux (tels que le droit à la vie, à la santé, à un environnement sain, etc...) que la reconnaissance est certes nécessaire mais insuffisante pour les victimes. L'impunité du crime, la non obtention de la réparation ne peuvent que raviver le sentiment d'injustice.

Pour ces raisons les procès fictifs constituent une réponse insuffisante à l'inapplication du droit.

2. La contestation des règles du procès

La genèse des procès fictifs est fondée sur l'idée de justice. Pourtant, ceux-ci peinent à appliquer les règles fondamentales qui structurent le procès. En effet, ces instances fictives rendent une justice substantielle qui ne s'intègre pas aux règles de procédure. L'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme établit les garanties générales de procédure auxquels tout citoyen peut légitimement prétendre. Il s'agit du droit au juge, du droit à une justice de qualité, du droit à l'égalité des armes, du droit à une audience publique, du droit à un jugement dans un délai raisonnable. Au regard de ces garanties processuelles, les procès fictifs sont en proie à des écarts notables quant aux exigences traditionnelles.

Déjà en 1967, la nature de ces procès avait soulevé une certaine indignation. Dans une lettre adressée⁸² à Sartre, le Général de Gaulle dénonçait le fait que des citoyens puissent s'arroger le droit de rendre la justice. Il écrivait ainsi que « toute justice dans son principe comme dans son exécution, n'appartient qu'à l'État ». La justice est communément une prérogative étatique, alors que celle rendue au sein des tribunaux d'opinion est le fruit de personnes privées.

Le procès équitable⁸³, qui constitue de nos jours le socle des recours et procédures juridictionnelles, n'est pas respecté. Ses principales manifestations que sont le droit à un tribunal indépendant et impartial, le droit à un procès soucieux du respect de l'égalité des armes ainsi que le droit à l'exécution effective de la décision obtenue, ne peuvent être observés du fait de la nature même des procès fictifs. La décision du juge n'est en effet légitime qu'au terme de la procédure qu'il est contraint de respecter pour garantir la loyauté et la sécurité du procès.

Tout d'abord, concernant l'impartialité, celle-ci ordonne au juge de ne pas être partisan d'une cause dont il doit rendre le jugement. La signification de l'impartialité est de ne pas prendre parti⁸⁴. Ainsi, « la vertu d'impartialité souligne la responsabilité du juge qui s'efforce de suspendre ses préjugés pour s'ouvrir au cas singulier à juger. C'est donc aussi la condition d'un

⁸¹ C. LARRÈRE, « Conclusion : Environnement, société civile et justice populaire » in *Retours d'expériences, les tribunaux environnementaux d'opinion : du politique au droit ?* 10 octobre 2017 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

⁸² Lettre adressée le 19 avril 1967 par le Général de Gaulle publiée dans *le monde* du 25 avril 1967, réponse ouverte dans le *Nouvel Observateur* le 26 avril 1967 de J.-P. SARTRE.

⁸³ Le droit au procès équitable est proclamé à l'article 14 du pacte international sur les droits civils et politiques, ainsi que l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁴ A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 36.

jugement éclairé »⁸⁵. Pour Arendt, le juge est spectateur, il est en retrait par rapport à l'action, et c'est bien cette distance qui lui accorde la possibilité de percevoir un sens des événements qui échappent aux acteurs⁸⁶. Or, dans la quasi-totalité des procès fictifs⁸⁷, la mission politique de ces instances est expressément revendiquée. Ils ne veulent pas seulement dire le droit mais « établir un nouvel ordre mondial »⁸⁸. Par exemple, le Tribunal International sur les droits de la nature souhaite changer de paradigme et promouvoir la reconnaissance de droits subjectifs à la nature⁸⁹. La partialité ainsi caractérisée des procès fictifs témoigne d'une lacune sérieuse de garantie processuelle.

Ensuite, s'agissant du principe du contradictoire, celui-ci est entendu comme étant l'affrontement entre deux parties « dans leurs intérêts contradictoires et dans leur vision divergente des faits et de la solution qu'ils appellent pour que la justice en résulte, de cette seule confrontation »⁹⁰. Le juge est donc censé connaître les faits, pour adopter une solution appropriée. C'est à la lumière de la confrontation des versions et des preuves que le juge pourra qualifier les faits et dire le droit⁹¹. Comme le souligne Marie-Anne Frison Roche, « c'est la plénitude de cette discussion entre les parties sous l'égide du juge qui permettra à ce dernier de statuer, en donnant une solution raisonnable et conforme aux règles de droit applicable »⁹². Or, cette étape est absente dans les procès fictifs, le jugement étant rendu par défaut. Les personnes, groupes et États accusés ne reconnaissent pas la compétence de ces cours. Aucun avocat ne leur est commis d'office. Les défendeurs n'étant jamais représentés (et refusent de se présenter à l'audience), aucun débat ne peut naître entre les parties. Il n'y a pas qu'une seule interprétation de la règle juridique, et celui de la partie adverse demeure pour les juges un mystère. À la suite de l'avis rendu par le tribunal, l'entreprise Monsanto, qui n'ont pas souhaité intervenir à l'instance, déclarait que « cet événement a été orchestré par un groupe restreint d'opposants à Monsanto et aux technologies agricoles qui se sont érigés en organisateurs, juges et parties. Ce tribunal a nié l'existence des preuves scientifiques et des décisions de justice sur plusieurs sujets pour émettre des conclusions prédéterminées »⁹³. Parodie de justice⁹⁴, en l'absence de garanties processuelles, les procès fictifs ne sont pas, en apparence, un lieu où s'incarne l'idée de la justice au sens procédural du terme.

Enfin, l'obligation de motivation du jugement s'explique notamment par l'intention d'éviter l'arbitraire⁹⁵. Que dire alors lorsque le juge invoque un droit souhaité ? En effet, ci-après (II.B.2.), les procès fictifs sont également des instances qui véhiculent de la *lege feranda*. Or, cette invocation peut s'apparenter à la violation du principe de légalité tel que consacré à l'article 15 du Pacte international des droits civiques et politiques « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises »⁹⁶. Une prémisse qui n'est pas

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, p. 290.

⁸⁷ Cela est moins le cas pour le Tribunal Monsanto qui a appliqué rigoureusement une stricte séparation entre le comité organisateur et les juges.

⁸⁸ E. LAMBERT-ABDELGAUWALD, *op.cit.* p. 176.

⁸⁹ Voir le site web du Tribunal international des droits de la nature : <http://www.naturerights.com/blog/?p=1126>.

⁹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1 = La procédure », in W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.* p. 196.

⁹¹ Ibid. p. 202.

⁹² Ibid. p. 201.

⁹³ Déclaration de Monsanto relative à l'avis consultatif du « Tribunal Monsanto », http://www.monsantoglobal.com/global/fr/actualites/Pages/Lettre_ouverte_concernant_le_Tribunal_Monsanto.aspx.

⁹⁴ « Pour information : une parodie de procès détourne l'attention de discussions essentielles sur les besoins en alimentation et en agriculture du monde entier, ainsi que la pleine mise en œuvre des droits de l'homme. » http://www.monsanto.com/global/fr/actualites/pages/lettre_ouverte_concernant_le_tribunal_monsanto.aspx

⁹⁵ S. GOLTZBERG, *op.cit.* p. 56.

⁹⁶ Pacte international des droits civiques et politiques, ONU, 16 décembre 1966, article 15.

formellement reconnue comme une source formelle de droit, qui n'appartient pas au droit positif, ne peut alors être invoquée contre une partie. Il s'agit par exemple de la mise en accusation de la responsabilité pénale des États-Unis lors de la session sur le Vietnam du Tribunal Russell en 1966. Là encore les procès fictifs ne peuvent dissimuler cette limite processuelle face à l'inapplication du droit.

Les limites inhérentes aux procès fictifs sont nombreuses et ne peuvent être surmontées. Néanmoins une distinction est à opérer parmi ces tribunaux. En effet, la juge Tulkens siégeant au sein du Tribunal Monsanto défend l'idée que l'esprit du procès équitable était présent tout au long de la procédure⁹⁷. Cela, est expliqué par le choix méticuleux de la sémantique juridique employée. Les juges du Tribunal Monsanto ne se sont pas prononcés sur les manquements, la violation de devoirs ou encore la culpabilité de Monsanto. Le tribunal a fait état d'une violation des droits des victimes. Selon le juge Tulkens Monsanto n'était pas totalement absent du procès comme sa position était bien connue⁹⁸.

Aussi insurmontable qu'est le non-respect des règles du procès équitable, les procès fictifs demeurent fort intéressants pour la théorie des sources et du droit souple. Bien que les tribunaux d'opinion répondent insuffisamment au droit inappliqué, il n'en demeure pas moins qu'ils y répondent tout de même. Leur réponse est une tentative de dissuasion du renouvellement de la violation du droit. Les procès fictifs sont également des lieux de discussion et de réflexion sur le droit futur. L'inapplication du droit permet ainsi l'émergence de nouvelles forces « créatrices et imaginantes du droit »⁹⁹ au sein de ces tribunaux de conscience.

B- Les limites substantielles

Que peut apporter le procès fictif à l'inapplication du droit ? Il serait erroné de penser que seules des solutions classiques, positivistes peuvent remédier à un droit inappliqué. En effet, d'autres phénomènes originaux doivent eux aussi être pris en compte. Le procès fictif, de par sa fonction essentielle de transmission d'informations est un outil de communication sur l'inapplication du droit (1). Il fait également office de proposition légitime pour améliorer la protection des droits fondamentaux, œuvrer pour un droit plus ambitieux, à la hauteur des défis qu'il doit relever (2).

1. L'application des règles matérielles

L'inapplication du droit présuppose-t-elle une carence de sa connaissance ? Pour notre objet, la réponse paraît négative. Il est plutôt coutume de dissimuler le droit inappliqué en connaissance de cause que d'agir par manque d'information. Selon le célèbre adage « Nul n'est censé ignorer la loi », personne ne peut se prévaloir de la méconnaissance du droit en vigueur pour justifier un comportement litigieux. Cela est d'autant plus vrai qu'il est question de droits fondamentaux, généraux et universels, dont la violation ou l'inapplication se révèle contextuellement délibérée¹⁰⁰.

⁹⁷ F. TULKENS « L'expérience de la Présidente du Tribunal International Monsanto » in *Retours d'expériences, les tribunaux environnementaux d'opinion : du politique au droit ?* 10 octobre 2017 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 450 p.

¹⁰⁰ La violation est souvent liée à des intérêts économiques et à des enjeux géostratégiques : les exemples les plus frappants ayant fait l'objet de procès fictif sont certainement ceux de l'Irak et de l'Afghanistan. Au sujet de l'Irak, les Downing Street Memos divulguée à la presse en 2005 annoncent explicitement que « *the intelligence and the facts are being fixed around the policy* » so that Saddam Hussein's removal can be 'justified by the conjunction of

L'argument soutenu est que l'information diffusée de l'inapplication du droit par les procès fictifs sert à la prévention d'une inapplication potentielle ultérieure. La diffusion¹⁰¹ dont il est question dans les procès fictifs n'est pas la diffusion classique que l'on connaît en droit. On entend, de façon traditionnelle, en droit, la notion de « diffusion » comme l'étape succédant la ratification, l'approbation du traité ou l'adoption de la règle. Son entrée en vigueur par la publication au journal officiel et dans la presse diffuse la norme. Celle-ci intervient postérieurement à l'édiction de la norme et antérieurement à sa violation¹⁰². Les procès fictifs permettent de poursuivre cette diffusion de la règle. La diffusion postérieure à la violation de la norme n'en est pas moins importante. Au contraire c'est un relai indispensable au droit inappliqué. Le droit n'est pas appliqué, mais au moins il n'est pas méconnu. Mieux encore, la diffusion de son inapplication suscite l'indignation. La diffusion rassemble la société civile et permet un éveil des consciences face à l'injustice. Pour William Baranès et Marie-Anne Frison-Roche « l'injustice joue le rôle du révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée advient. L'injustice est le premier pas vers la justice »¹⁰³. Les procès fictifs établissent ainsi un cadre de solidarité et de résistance citoyenne internationale, de mobilisation et de revendication en faveur de l'application de la règle¹⁰⁴. La diffusion de l'inapplication du droit telle que mise en scène par les procès fictifs correspond dès lors à une menace, à un poids pesant sur les gouvernements. Michelle Maloney qualifie cette diffusion de source de publicité et de pression sur les États pour plus de transparence et de responsabilité¹⁰⁵. Selon Sartre, l'objectif de ces tribunaux est de contraindre l'État à « renonce(r) à un comportement contraire au droit international, non sous la menace d'une coercition internationale mais sous la pression de son opinion publique interne »¹⁰⁶. La publicité autour de l'inapplication du droit a pour effet d'entacher l'image de l'État mis en cause. Cette publicité n'est qu'un début, car elle va être suivie de procédures de suivi¹⁰⁷ afin que les gouvernements « reconnaissent, portent remède et préviennent à l'avenir de telles violations »¹⁰⁸. Les États encourent donc une véritable sanction morale¹⁰⁹. L'inapplication du droit, rendue visible, inquiète également les entreprises. Celles-

terrorism and weapons of massive destruction » ». Quant à l'Afghanistan, lors de la réunion tenue en juillet 2001 sur la construction d'un oléoduc en présence de Robert Oakley (lobbyist de l'industrie pétrolière) il a été rapporté que « *the Taliban could either allow the pipeline to be constructed and receive a 'carpet of gold', or they could oppose the pipeline and get 'a carpet of bombs'* » ».

¹⁰¹ Dans le développement suivant le terme de « diffusion » est employé au sens qui lui est assigné dans le dictionnaire Trésor de la langue française : l'action et le résultat de transmettre et de propager.

¹⁰² Il ne s'agit pas non plus de la diffusion qui accompagne le droit, comme celle que l'on connaît en droit international humanitaire, stipulé avec précision par les articles 47 de la première Convention de Genève, 48 de la seconde, 127 de la troisième et 144 de la quatrième. Cette dernière est bien souvent recommandée par plusieurs moyens, privilégiant l'enseignement notamment par des séminaires et table rondes, visant toutes les catégories d'individus. Voir J. PATRNOGIC « Réflexions sur la relation entre le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, leurs promotions et leurs diffusions. », in *International Review of the Red Cross*, Vol.70, issue 772, August 1988, p.391-392

¹⁰³ W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE, *La Justice. L'obligation impossible*, Paris, Éditions Autrement, 1994, p.15.

¹⁰⁴ A. BRYNES, G. SIMM. « Peoples' tribunals, international law and the use of force » in *UNSW Law Journal* Volume 36(2) (2013) p.724

¹⁰⁵ M. MALLONEY, « Building an alternative jurisprudence for earth : the international rights of nature tribunal » in *Australian Earth Laws Alliance*, Vermont Law Review Vol 41 :129, 2016, p.141.

¹⁰⁶ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, (1971), p.83 et suivantes.

¹⁰⁷ Plus généralement dans la pratique des tribunaux fictifs, ceux-ci vont poursuivre le dialogue avec les instances compétentes à la suite de la diffusion de l'avis ou du jugement rendu, et ainsi solliciter les autorités responsables régulièrement après pour enquêter sur les suites que celles-ci vont donner face à l'inapplication du droit.

¹⁰⁸ E. LAMBERT-ABDELGAWALD, « La prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon de justice ? » in *RSC* (2006), p.170.

¹⁰⁹ La sanction morale peut être définie comme « la conscience d'être ou de ne pas être dans l'état normal, dans le plaisir ou la peine du bon ou du mauvais fonctionnement de la vie soit dans la personne, soit dans la société produisant dans l'être individuel ou collectif, augmentation ou diminution de l'action vitale » : F. BUISSON, et F.

ci sont mêmes durement impactées par la diffusion d'un procès fictif. Patrice Cailleba définit le risque de réputation comme « tout événement susceptible d'avoir un impact, au travers de la réputation de l'entreprise, sur son résultat net ou sur sa capitalisation boursière »¹¹⁰. Le risque réputationnel ne se limite donc pas à l'image¹¹¹. Ce dernier est dès lors perçu comme un « méta-risque » car il s'ajoute à tous les autres risques susceptibles de survenir (naturels, juridiques, financiers...)¹¹². La diffusion de l'avis consultatif d'un tribunal fictif agit bien souvent comme un catalyseur du risque réputationnel. Le droit et son inapplication par un acteur ciblé sont diffusés déclenchant une perte de crédibilité et de confiance en l'entreprise. Pour Le tribunal citoyen qui s'est tenu à la Haye en 2016 a bien confirmé le statut d'entreprise de Monsanto comme « la plus détestée de la planète »¹¹³. Cette mauvaise publicité, diffusée par les instances fictives, a pour effet d'affecter les résultats des firmes. 41% des entreprises sondées indiquent que la première conséquence d'un risque de réputation est une perte financière¹¹⁴. 81% des premières parties prenantes dans la gestion des risques d'une entreprise sont les clients¹¹⁵. Les entreprises redoutent donc la réaction de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs. Ces derniers peuvent sanctionner l'entreprise par la cessation des contrats et par le boycott. Pour ces raisons, 57% des entreprises prévoient de se concentrer à l'avenir sur le risque de réputation¹¹⁶. La diffusion d'informations est donc un instrument pour dissuader une inapplication ultérieure, toutefois elle n'en est pas garante. Une fois la crise passée, les engagements pris par la firme se dissipent parfois et l'évolution espérée n'a pas lieu¹¹⁷. Par ailleurs, le prix payé par la médiatisation et la diffusion de la violation du droit est à relativiser au regard du chiffre d'affaire annuel des plus grandes entreprises. Monsanto a beau être la « firme la plus détestée de la planète », sa capitalisation boursière en est peu affectée¹¹⁸.

En outre, la diffusion du droit est également perçue comme un complément à l'action du juge¹¹⁹. Cela est d'autant plus véridique que les procès fictifs collectent des preuves et permettent aux victimes d'accéder à des pièces qui pourront ultérieurement servir aux tribunaux réels. Cette diffusion de preuve et de pièces au sein des instances fictives pourrait servir à l'avenir auprès des véritables juridictions. Avec le concours d'experts qui soumettent leurs études et rapports, les procès fictifs rassemblent des preuves scientifiques sur des problèmes techniques tel que les OGM, la fracturation hydraulique ou encore les pesticides. En complément de ces nombreuses expertises, concourent aussi d'autres éléments comme les témoignages. Christel Cournil

PAULHAN, « La sanction morale » *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, Volume 37, 01/1984, Paris, p.113.

¹¹⁰ P. CAILLEBA, « L'entreprise face au risque de réputation », in *Annales des Mines -Responsabilité et environnement* 2009/3 (N° 55), p.12.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Ibidem. p.14.

¹¹³ Voir dans la presse : https://www.lesechos.fr/15/09/2016/LesEchos/22277-037-ECH_la-mauvaise-reputation.htm, http://www.lexpress.fr/actualite/societe/environnement/pourquoi-monsanto-est-il-a-vendre_1800044.html, <http://www.la-croix.com/Economie/Economie-et-entreprises/Entre-Bayer-Monsanto-fusion-sous-tension-2016-10-17-1200796818>, <https://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/monsanto-bayer-quand-bayer-187053>, https://www.sciencesetavenir.fr/nature-environnement/pourquoi-monsanto-est-la-societe-la-plus-detestee-de-la-planete_104983.

¹¹⁴ Deloitte. Étude Mondiale 2014 sur le risque de réputation. Novembre 2014. p.12

¹¹⁵ Ibidem p.9.

¹¹⁶ Ibidem p.14.

¹¹⁷ N. BOUVIER, A.-E. KORMANN-ESMEL, « Du tribunal pénal au tribunal de l'opinion, apprendre à gérer la communication de crise » in *AJ Pénal Dalloz*, 2012, p.28

¹¹⁸ Voir les chiffres précédents sa clôture :

http://www.boursorama.com/bourse/profil/resume_societe.phtml?symbole=MON

¹¹⁹ M. Gourcuff, « La mission de promotion et de diffusion des droits de l'homme en France par les autorités administratives indépendantes » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Pédagogie et droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Nanterre, (2014), édition en ligne §9 (<http://books.openedition.org/pupo/3831?format=toc>)

soutient que les procès fictifs promeuvent la défense de certaines causes devant les vrais tribunaux¹²⁰. Ces instances favorisent ainsi le dépôt de futures plaintes¹²¹.

La diffusion du droit inappliqué ne s'arrête pas à la transmission d'informations mais se poursuit par la promotion du droit pour pallier son inapplication. Il s'agit en effet d'une diffusion pédagogique prévue dans les statuts des instances fictives. Celle-ci recherche la reconnaissance de l'inapplication du droit par des instances officielles, pour que ces dernières y remédient. Il s'agit donc d'une promotion du droit qui n'est pas limitée à faire valoir l'existence de la règle mais réclame sa réelle effectivité¹²². Le préambule du statut du Tribunal permanent des peuples prévoit d'« assurer l'effectivité des règles élaborées par la communauté internationale (...), [de] créer des structures qui soient en mesure d'attirer l'attention des gouvernements, des mouvements politiques et syndicaux et de l'opinion publique mondiale sur les violations graves et systématiques des droits des peuples et en relation avec ces violations, celles des droits des minorités et des individus »¹²³. En outre, l'article 20 du même statut prévoit la communication des décisions du tribunal au Secrétariat de l'ONU, aux organisations internationales compétentes, aux gouvernements et à la presse¹²⁴. Tous les éléments sont donc réunis afin que les acteurs responsables de la création et de la bonne application du droit puissent être dûment informés et réagir. La réception d'une telle diffusion est particulièrement active comme l'illustre l'Agence internationale de l'énergie atomique, qui a sollicité le rapport des auditions suite à la session du Tribunal sur Tchernobyl¹²⁵.

Monica Sette Lopes critique le « manque de réflexion approfondie sur la dynamique de la diffusion du droit à travers les divers phénomènes qui y concourent »¹²⁶. Les procès fictifs participent à cette dynamique de diffusion. Cette modalité novatrice de diffusion permet de mettre en exergue les déficiences de nos systèmes juridiques. L'application du droit international au cours d'un procès fictif est accompagnée d'une description contextuelle large des causes de sa violation. Cela est nécessaire pour comprendre et aborder les structures menant à l'inapplication¹²⁷. Cette volonté de renseigner sur la réalité des causes de l'inapplication est indiquée dans le statut du tribunal permanent des peuples¹²⁸. Les procès fictifs servent donc d'interface entre le prescrit et le réel. Ils permettent de systématiser et de produire de « nouvelles représentations sur les carences du droit afin de 'rendre visible les coupables' et faire évoluer le droit pour les condamner »¹²⁹.

La diffusion est donc la fonction la plus évidente, ou tout au moins la plus revendiquée par les procès fictifs. Il y a toutefois une autre réalité, toute aussi importante face à la problématique

¹²⁰ C. COUNIL, « Réflexions sur les méthodes d'une doctrine environnementale à travers l'exemple des tribunaux environnementaux des peuples » in *Revue Juridique de l'Environnement*, n° spécial (2016), p.211.

¹²¹ E. LAMBERT-ABDELGAUWALD, « La prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon de justice ? » in *RSC*, 2006, p.175.

¹²² M. GOURCUFF, *op.cit.*

¹²³ Statut du Tribunal Permanent des Peuples, préambule, Bologne 24 juin 1979.

¹²⁴ Article 20 du statut du Tribunal Permanent des Peuples : Les arrêts du Tribunal sont définitifs. Ceux-ci ainsi que les autres décisions du Tribunal sont communiquées aux parties intéressées, au secrétaire général des Nations unies, aux organisations internationales compétentes, aux gouvernements et à la presse.

¹²⁵ E. LAMBERT-ABDELGAUWALD, *op.cit.* p.172.

¹²⁶ M.S. LOPES, « La diffusion institutionnelle d'informations, qui transforme les tribunaux en fournisseurs des divers médias », in *Communiquer le droit : le media et le message*, Les Cahiers de droit, vol. 54 n°1, mars 2013, p.48.

¹²⁷ A. BRYNES, G. SIMM, « Peoples' Tribunals, international law and the use of force » in *UNSW Law Journal* Volume, 36(2), 2013, p.731.

¹²⁸ Statut du Tribunal Permanent des Peuples, préambule, Bologne 24 juin 1979 : « considérant qu'il est également nécessaire d'approfondir l'analyse des causes économiques, politiques et sociales des crimes contre les peuples en relation avec l'impérialisme, le néo-colonialisme, ainsi que leurs conséquences en ce qui concerne la violation des droits des minorités et des individus ».

¹²⁹ C.COUNIL, *op.cit.* p.212.

de l'application du droit, il s'agit de la promotion de la création du droit par les instances fictives.

2. Le dépassement des règles matérielles

Les procès fictifs ne font pas seulement état d'un droit inappliqué, mais d'un droit inappliqué incomplet qui protège insuffisamment les individus.

La réflexion se porte d'abord sur les avis rendus par les instances fictives et sur leur force de propositions, avant de s'intéresser au procès fictif en tant qu'espace d'invocation de nouveaux droits. Avant de tenter d'analyser la valeur de ces avis, il convient toutefois de préciser que les nouveaux droits invoqués sont bien moins nombreux que les droits existants inappliqués. Pour illustrer cela, un tableau succinct listant des droits nouveaux et existants dans les avis du Tribunal Russell sur le Vietnam, Tribunal Mondial sur l'Irak et Tribunal de Monsanto est à consulter (Tableau 1).

Tableau 1 : Trois exemples illustratifs des droits nouveaux et droits inappliqués

	Droit inappliqué (droit dur et droit souple)	Nouveau droit invoqué / Reconnaissance de force contraignante
Tribunal Russell sur le Vietnam (1966-1967)	<ul style="list-style-type: none"> - Articles 2§4, 2§7 et 1§2 de la Charte des Nations Unies - Article 15 de la Charte de Bogota - Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies : 2131 (XX), 2160 (XXI) - Les Conventions de Genève - Le règlement de la Haye (articles 46, 47, 56) 	<ul style="list-style-type: none"> - La responsabilité pénale des États ou chefs d'États - Crime de guerre - Crime contre l'humanité
Tribunal Mondial sur l'Irak (2005)	<ul style="list-style-type: none"> - Article 2§4 de la Charte des Nations Unies - Les Conventions de Genève 	<ul style="list-style-type: none"> - Responsabilité pénale individuelle automatique / obligatoire indépendamment de la ratification du statut de Rome - Crime d'agression
Tribunal de Monsanto (2016-2017)	<ul style="list-style-type: none"> - Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme Résolution 17/4 Conseil des droits de l'homme - PIDESC (art.11) - Convention relative au droit de l'enfant - Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) 	<ul style="list-style-type: none"> - Crime d'écocide - Souveraineté alimentaire (consacré dans un projet de déclaration actuellement en discussion à l'ONU) - Le principe de primauté des droits humains et des droits environnementaux sur le commerce et

	<ul style="list-style-type: none"> - PIDCP (art.15) - Statut de la CPI (art.8) - Déclaration de Stockholm - Principes directeurs de l'OCDE - Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples - Le protocole de san salvador - La charte sociale européenne - La charte des droits fondamentaux de l'UE - La déclaration de Venise - Conventions de Genève (art.8.2.a) - Convention de Bâle (déchets dangereux) 	<p>l'investissement (Conférence Mondiale sur les droits de l'homme, Vienne 1993) : plaidoyer pour que cette primauté – pour l'heure implicite dans le domaine des droits de l'homme – soit inscrite / entérinée dans le droit du commerce international</p> <ul style="list-style-type: none"> - Faire des entreprises multinationales de véritables sujets du DIP
--	---	---

En s'attardant sur la colonne du droit inappliqué du tableau, il convient de souligner la présence importante de la *soft law*. Le fait que le droit souple soit diffusé au même titre que le droit dur contribue à estomper la distinction positiviste classique pour appréhender les faits de manière holistique.

Ce tableau permet de constater que le droit nouveau invoqué correspond à des revendications présentes de longue date à tous les niveaux et promues par la doctrine¹³⁰. Selon Christel Cournil, cette *lege feranda* omniprésente dans les avis des tribunaux fictifs témoignent bien du fait que la doctrine qui, en principe, n'a qu'un discours sur le droit, participe aujourd'hui plus directement à son processus de production et ainsi à dire le droit¹³¹. Pour Stefan Goltzberg, la doctrine est le droit savant produit par une collectivité d'auteurs qui exerce leur influence¹³². La doctrine, traditionnellement, interprète le droit existant et propose de nouvelles règles qui peuvent être reprises par la loi et la jurisprudence. Le droit proposé dans les instances fictives confère une réelle valeur aux suggestions et remarques de la doctrine. Ce nouveau droit proposé constitue « une source de droit indépendante (...) un point de départ suffisant, une prémisse adéquate »¹³³ dans le raisonnement juridique des tribunaux fictifs¹³⁴.

Il convient dès lors de questionner la force normative du droit « nouveau » issu des avis. Pour se faire, la grille de lecture de Catherine Thibierge semble être la méthode la plus adéquate afin de procéder à l'analyse. En effet, celle-ci a élaboré dans un ouvrage collectif¹³⁵ un certain nombre de critères transdisciplinaire permettant de qualifier et quantifier la force normative. En clair, le droit nouveau invoqué au sein des avis des procès fictifs, possède-il une force normative ?

¹³⁰ Par exemple, L. NEYRET est l'un des plus célèbres promoteurs de la consécration du crime d'écocide. A ce propos voir notamment : L. NEYRET, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, 2014/HS01 (Volume 39), p. 177-193

¹³¹ C. Cournil, *Op.cit.* p.214.

¹³² S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p.74.

¹³³ Ibidem p.78

¹³⁴ Bien qu'il ne s'agisse pas d'une « vraie » source de droit réelle.

¹³⁵ C. THIBIERGE ET ALII, *La force normative Naissance d'un concept*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J, 2009, p. 912.

La force normative est « la capacité à constituer une référence qui peut être potentielle et/ou effective, et qui peut présenter des degrés d'intensité plus ou moins fort »¹³⁶. Estimer le degré de force normative des nouveaux droits issus des avis consultatifs rendus ces dernières décennies est loin d'être chose aisée. En effet, leur impact est susceptible de varier grandement en fonction de la question soumise, du contexte politique et juridique. La force normative peut-être décomposée en trois pôles : la valeur normative, la portée normative et la garantie normative. Pour savoir si une norme a une valeur normative, le test à réaliser est celui de sa genèse : quelle est la force conférée par la source ? Pour découvrir si elle possède une portée normative, le test à réaliser est celui de sa réception : quels sont ses effets sur ses destinataires ? Enfin, le test de la garantie normative est celui du contrôle : la norme est-elle effectivement sanctionnée, contestée, opposée, mobilisée, invoquée ?¹³⁷ Les pôles varient en degré, une norme peut avoir une force normative sans être contraignante, comme elle peut tout aussi bien être dépourvue de portée normative¹³⁸.

À la lumière de ces trois piliers, en quoi les avis consultatifs contenant des droits nouveaux, peuvent être dotés de force normative ? Concernant le premier pôle (la valeur normative), la source du droit créée n'a évidemment aucune place au sein de la hiérarchie des normes, en ce que l'avis consultatif n'est pas une source formelle du droit. Toutefois, si ces instances fictives sont dépourvues d'autorité et de reconnaissance juridique, elles ne le sont pas au sens politique, social et scientifique. Ainsi, même si la source ne relève pas du droit positif, son contenu demeure réel¹³⁹. L'intention de l'émetteur de la norme est bien de diffuser et promouvoir un droit universel afin de combler les « zones » de non-droit. Les « forces créatrices » derrière ces nouveaux droits invoqués associent le monde académique et la société civile. Dans les procès fictifs la force conférée à la norme par sa source est très faible, celle-ci est d'un point de vue positiviste dépourvue de valeur normative.

S'agissant du second pôle (la portée normative), les nouvelles normes issues des procès fictifs ne sont pas dépourvues d'effet. Les effets escomptés, selon la grille d'analyse de Catherine Thibierge, seraient ceux susceptibles de contraindre les sujets à modifier leur comportement. Il est vrai que, les destinataires de ces normes - entreprises ou États - leur opposent souvent une résistance farouche. Un autre effet permettant d'apprécier la portée est la « force inspiratrice auprès des législateurs » : il s'agit d'une proposition normative destinée à s'exercer sur le législateur¹⁴⁰. Le Tribunal Russell sur le Vietnam a promu comme droit nouveau la responsabilité pénale des chefs d'États, la création de crimes de guerre et de crime contre l'humanité. Le législateur international a créé la CPI plusieurs années plus tard, consacrant ce droit nouveau dans son statut, donnant ainsi suite aux propositions du Tribunal. Le Tribunal Mondial sur l'Irak a lui aussi appliqué le crime d'agression en réponse à la violation du *jus ad bellum*. La définition a été établie, par la suite, lors de la conférence de Kampala sur la révision du statut de la CPI¹⁴¹.

En outre, il est intéressant d'observer que le projet de Pacte Mondial pour l'environnement comporte des propositions issues du Tribunal Monsanto. Ce projet qui a été récemment soumis

¹³⁶ C. THIBIERGE, « Le concept de la force normative face à la théorie des sources du droit » in I. HACHEZ et alii, *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis, Volume 4, 2012, p.437.

¹³⁷ Ibid. pp. 436-438.

¹³⁸ Ibid. p. 439.

¹³⁹ Le droit est validé par sa légitimité dans les procès fictifs car il répond à une nécessité.

¹⁴⁰ Figure B. Origines de la force normative, in C. THIBIERGE, *La force normative Naissance d'un concept*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J, 2009, p. 797.

¹⁴¹ Résolution RC/Res.6, adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus : Article 8 bis Crime d'agression : 1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.

à négociation à la soixante douzième Assemblée Générale de l'ONU¹⁴² prévoit en son article quatorze l'extension du respect des obligations étatiques contenues dans le Pacte aux entreprises notamment¹⁴³. Cette future disposition revendiquée, elle aussi, dans le Tribunal Monsanto témoigne d'une certaine portée normative. Il est important de relativiser l'influence des procès fictifs qui ne sont pas à eux seuls responsables de l'adoption de nouveaux droits positifs.

Pour finir, le dernier pôle (la garantie normative) est inexistant. Ces nouvelles normes issues des instances fictives ne sont ni mobilisables par le juge réel, ni invocable par le particulier. La force normative des nouvelles normes invoquées dans les avis consultatifs paraît donc faible. Au terme de ces développements nous pouvons ainsi conclure que les normes invoquées ne possèdent ni de valeur ni de garantie normative, mais témoignent cependant d'une portée normative faible.

L'analyse à présent ne se porte plus seulement sur le contenu des avis rendus par les procès fictifs mais sur ce phénomène procédural promoteur des droits en gestation.

Le développement suivant porte sur les analogies entre *soft law* et procès fictif, et soutient que ces convergences sont telles que nous pouvons qualifier les instances fictives de *soft procès*.

Existe-t-il des attributs du « soft » droit qu'on peut retrouver dans les procès fictifs ? Dans un premier temps il s'agit de mettre en lumière ses caractéristiques principales pour les comparer dans un second temps à celles des procès fictifs. Jean Salmon a défini la *soft law* comme étant « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »¹⁴⁴. Pour le doyen Carbonnier la *soft law* indique une « baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »¹⁴⁵. La *soft law* se situe entre le pragmatisme et l'éthique, c'est-à-dire « réactive sur le terrain »¹⁴⁶ tout en étant imprégnée d'un idéal, enfin elle est « source matérielle d'inspiration du droit »¹⁴⁷. Julien Calaza évoque la *soft law* comme une formulation d'aspirations ou d'influences¹⁴⁸. Jean-Michel Jacquet précise qu'à certaines occasions le droit souple ambitionne de se durcir¹⁴⁹. Enfin dans la nomenclature élaborée par Isabelle Hachez, deux catégories de *soft law* retiendront particulièrement notre attention, il s'agit d'une part du droit recommandé et d'autre part du droit proposé. Le droit recommandé encourage les États à légiférer. Il constitue une étape entre le droit d'aujourd'hui et de demain.¹⁵⁰ Le droit proposé vise à orienter l'action du législateur en

¹⁴² S. ROGER M. BOURREAU, « Examen de passage réussi pour le projet de pacte mondial pour l'environnement », *Le monde*, 20 septembre 2017. Voir en ligne : http://www.lemonde.fr/climat/article/2017/09/20/examen-de-passage-reussi-pour-le-projet-de-pacte-mondial-pour-l-environnement_5188372_1652612.html.

¹⁴³ Projet de Pacte Mondial pour l'environnement, Le Club des juristes, La Sorbonne, Paris, 24 juin 2017 : Article 14 Rôle des acteurs non-étatiques et entités infranationales : Les Parties prennent les mesures nécessaires pour encourager la mise en œuvre du présent Pacte par les acteurs non-étatiques et entités infranationales, incluant la société civile, les acteurs économiques, les villes et les régions compte tenu de leur rôle vital dans la protection de l'environnement.

¹⁴⁴ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2000, s.v. « Soft law ».

¹⁴⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 26.

¹⁴⁶ Ce caractère signifie que la *soft law* est un droit adapté à la réalité des faits et des circonstances. La naissance de la *soft law* coïncide avec l'adaptation ou l'évolution du droit au nouveau cas d'espèce.

¹⁴⁷ C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » in Actes du colloque « *Le droit souple* » organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris (2009), p.144, 145 et 147.

¹⁴⁸ J. CALAZA, « La Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2011/1 (Volume 66), p. 47.

¹⁴⁹ J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, 2009, p. 347.

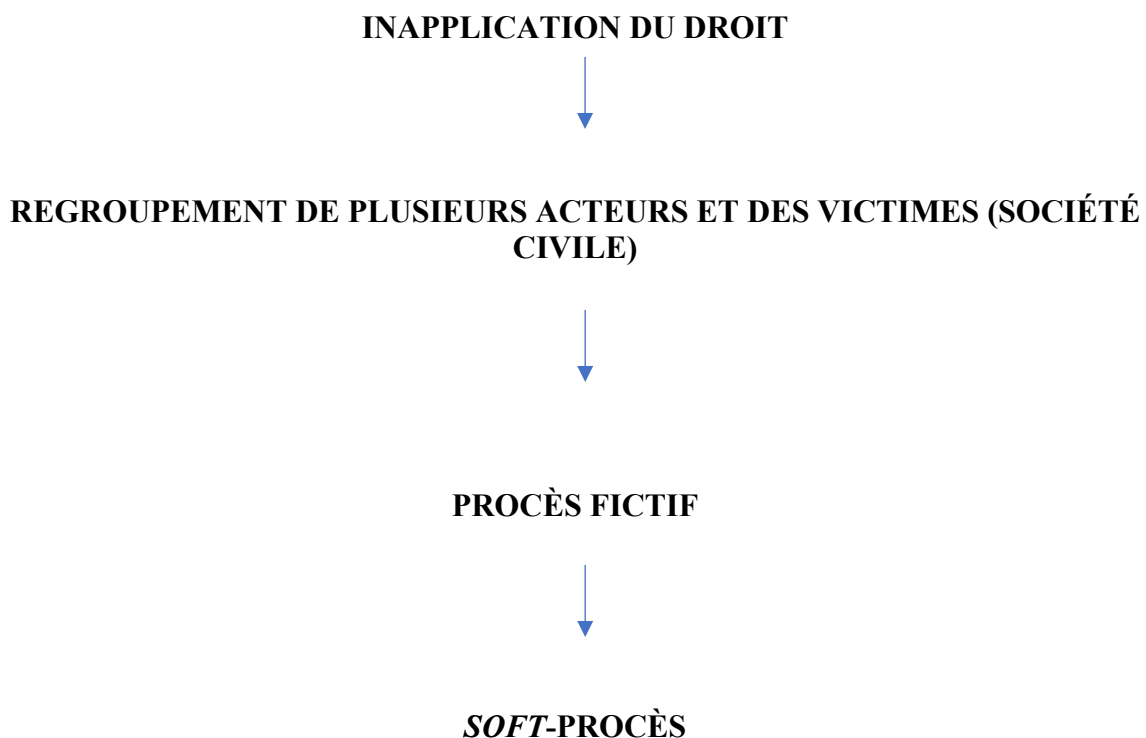
¹⁵⁰ I. HACHEZ, « Le soft law : qui trop embrasse mal étreint ? » in *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, I. HACHEZ (dir.), Volume 4, 2012, Anthémis, Bruxelles, pp. 553-554.

offrant un modèle prêt à être utilisé, sous la forme d'articles par exemple. Il précède le processus formel de production du droit. Il peut très bien provenir d'un acteur privé¹⁵¹.

Ainsi, les caractéristiques générales du terme « *soft* » de la règle sont les suivantes : absence de force obligatoire, faible pression juridique, éphémère potentiellement, car évoluant vers le dur, dimension axiologique, effectivité sur le terrain et vocation à produire du droit.

Ces caractéristiques se retrouvent-elles dans les procès fictifs ? Pour le vérifier, il convient de décomposer les éléments de base de tout procès et de voir si ceux-ci sont possèdent des attributs de *soft law* dans le cadre fictif. Traditionnellement, on distingue trois éléments constitutifs du procès que sont l'élément d'altérité (deux parties), l'élément d'autorité (intervention d'un tiers susceptible de trancher le différend et auquel on reconnaît la légitimité) et l'élément de pouvoir (recours à la force publique en cas d'inexécution du jugement). Aucun de ces trois éléments ne sont réunis dans le phénomène étudié. Le pouvoir dont est investi le juge de dire le droit (*juridictio*) et de commander une solution (*imperium*) ne peut exister dans les procès fictifs : la force et l'influence des avis et jugements rendus reposent seulement sur la légitimité des causes défendues, et « c'est ensuite au peuple, au lecteur qu'il appartient en approuvant le jugement de contribuer à sa légitimation »¹⁵². Les procès fictifs n'appartiennent donc pas au droit positif, les décisions sont dépourvues de force obligatoire. Toutefois, les organisateurs des procès fictifs souhaitent voir une évolution vers le droit dur, ils ambitionnent de céder leur place à de véritables tribunaux. Très empreints d'axiologie, les tribunaux d'opinions tirent leur légitimité de l'idéal qu'ils revendiquent. Ce modèle est alors censé inspirer le législateur afin de l'inciter à agir. Néanmoins, sur le terrain, leurs actions sont sans effectivité sur leurs destinataires. Les procès fictifs relèvent plus de l'éthique que du pragmatisme. Enfin, par analogie du droit proposé au législateur, les procès fictifs proposent eux aussi des pistes de réflexions pour les juridictions réelles. Au vu de ces convergences et similarités, nous soutenons la qualification du phénomène de procès fictif comme « *soft* procès ».

Figure 1 : la dynamique du procès fictif



¹⁵¹ Ibid. p. 555.

¹⁵² J-P. SARTRE, Discours inaugural du Tribunal Russel, Le jugement de Stockholm, Paris, Gallimard, p. 10.



PROCÈS ANTICIPATEUR



***ACCOUNTABILITY* ET SANCTION MORALE**



INSPIRATION POTENTIELLE DU LÉGISLATEUR

Prétendre que les procès fictifs sont une réaction intéressante pouvant susciter un effet insigne sur l'inapplication du droit est une chose, les hisser comme solution permanente et systématique en est une autre. Au mieux les procès fictifs concourent avec d'autres éléments à l'amélioration du droit. Les procès fictifs nous éclairent sur le fait qu'il n'existe pas qu'une seule société civile mais plusieurs sociétés civiles. Et ces sociétés civiles ont besoin d'une base jurisprudentielle commune, d'une étude partagée et d'une certaine disponibilité des connaissances¹⁵³.
N'y a-t-il réellement que les tribunaux étatiques qui peuvent alerter et faire évoluer le droit ?

¹⁵³ Débats in *Retours d'expériences, les tribunaux environnementaux d'opinion : du politique au droit ?* 10 octobre 2017 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.