

Penser sous l'État : Retour philosophique sur le « Nation Building »

Charles H. NORCHI¹

*Professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Maine
Fellow, John F. Kennedy School of Government, Harvard University*

RESUME. — La présence et l'effondrement d'États faiblement gouvernés exigent de renouveler la réflexion traditionnelle sur la gouvernance, les systèmes juridiques. Elles conduisent aussi à proposer des réflexions inédites de philosophie du droit. Il s'agira ici de fournir au « juriste perdu » face à cette réalité inédite ainsi qu'à la population vulnérable que le « failed State » prétend servir, une philosophie du « Nation-Building », entendue comme une action de « penser sous l'État ». Les éléments philosophiques recommandés ici sont puisés dans la « New Haven School of Jurisprudence ».

Mots-clés : nation building, gouvernance

INTRODUCTION

On a qualifié le XX^e siècle d'âge des extrémismes.² Il a semblé se clore peu avant le XXI^e siècle mais cet intermède fut bref : les attaques du 11 septembre 2001 ont semblé inaugurer une ère nouvelle. Flux et reflux des systèmes stables et extrêmes de l'ordre public ont ainsi poursuivi leur cours, comme c'est le cas depuis l'époque où Thucydide dressait la chronique des guerres du Péloponnèse.³ La topographie des extrêmes de notre époque présente une caractéristique propre, encore trop négligée : la présence et l'effondrement d'États faiblement gouvernés, qui exige de renouveler la façon de penser les questions relatives au gouvernement et au droit, et donc la philosophie du droit.

Les États fragiles se désintègrent sous l'effet de pressions internes et de forces externes qui peuvent affecter fortement leurs processus sociaux internes. De puissants acteurs non étatiques, y compris des armées privées, se déploient à l'intérieur des frontières poreuses de régimes qui fonctionnaient autrefois

1 L'auteur remercie le Dr Claude Ichalanga et le Professor Martin Rogoff. Cet article est dédié à mon fils Alexandre Kieran Norchi.

2 Eric Hobsbawm, *The Age of Extremes* (1995). L'« âge des extrêmes » de Hobsbawm correspond au XX^e siècle « bref » qu'il fait aller de 1914 à 1991.

3 V. Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*.

harmonieusement. Il arrive que, lorsque ces acteurs non étatiques utilisent la force brute, l'autorité juridique soit en rupture avec la commande politique. L'intégrité physique des populations est menacée par ces systèmes instables, en proie à une escalade de la violence.⁴ Une considérable activité de reconstruction s'est déployée face à cet effondrement d'États et la crainte qu'ils ne favorisent l'exportation de la violence. Une technocratie humanitaire s'est développée.

Un grand nombre de technocrates humanitaires sont des juristes qui utilisent leurs connaissances pour résoudre les problèmes des états pathologiques dans le cadre du « *Nation-Building* ». « *Nation-Building* » est généralement compris comme «... la construction de l'État liée au développement économique. »⁵ Le contexte est souvent celui d'une rencontre entre une reconstruction post-conflit et des moyens de développement⁶ parce que, en cette période de l'histoire du monde, «... des donateurs sont obligés de pratiquer le nation-building quand la guerre remplace un régime existant, ou quand ce dernier ne peut plus fonctionner effectivement. »⁷ La reconstruction d'un État défaillant consiste à transformer l'État, en le faisant évoluer depuis sa condition pathologique actuelle⁸ vers une situation préférable – qui lui permettra de nouveau de participer à la communauté mondiale et dans laquelle la population verra sa dignité humaine protégée.⁹ Une fois ce but atteint, la communauté internationale retire ses ressources dédiées à la stabilisation et au « *Nation-building* » et traite l'État comme la cible du développement.

Des juristes spécialement qualifiés apportent ici leurs compétences. Ils indiquent comment les êtres humains produiront et distribueront le bien collectif dans le nouvel État mais, ce faisant, ils restent trop souvent des architectes inconscients de l'impact à long terme de leur action. Ils appliquent mécaniquement des techniques et des méthodes qui ne proviennent pas d'une philosophie de droit profonde. Progressivement absorbés par une technocratie humanitaire qui en vient à supplanter le bénéficiaire prévu, perdant toute

4 Voir Harold D. Lasswell, *World Politics and Personal Insecurity* (1965).

5 « *Nation-building* comprend deux types différents d'activités : reconstruction et développement ». Francis Fukuyama, ed., 3 *Nation-Building : Beyond Afghanistan and Iraq* (2006).

6 Michael Reisman écrit « On utilise le terme "développement" pour indiquer le processus décisionnel et les résultats des décisions qui ont été conçues pour induire la formation et le partage de toutes les valeurs entre les communautés territoriales de manière et avec les conséquences approchant un ordre mondial de dignité humaine. » W. Michael Reisman.

7 John D. Montgomery and Dennis A. Rondinelli, 225 *Beyond Reconstruction in Afghanistan : Lessons from Development Experience* (2004).

8 La pathologie va de la désintégration de l'État au conflit armé durable, en passant par divers degrés d'incapacité institutionnelle.

9 L'État satisfera les conditions de la Convention de Montevideo de 1933 qui stipule que : « *The state as a person of international law should possess the following qualifications : (a) a permanent population ; (b) a defined territory ; (c) government ; (d) capacity to enter into relations with the other states.* » Art. I. Ceci doit être associé au respect par l'État du droit international humanitaire, surtout de son aspect de protection de la population civile. »

conscience de la philosophie qui gouverne leur action, ils se transforment en « juristes perdus »¹⁰ qui, selon Oliver Wendell Holmes, comptent sur «... la tradition, ou un vague sentiment, ou le fait que nous n'avons jamais pensé à une autre manière de procéder si ce n'est en respectant les règles que nous imposons avec autant de confiance qu'elles semblent incarner la sagesse révélée. »¹¹ Il s'agira ici de fournir à ce « juriste perdu » et à la population vulnérable qu'il prétend servir une philosophie du « Nation-Building », entendue comme une action de « penser sous l'État ».

Les éléments philosophiques recommandés ici sont puisés dans la « New Haven School of Jurisprudence ».¹² Cette école se distingue nettement du positivisme juridique.¹³ Elle identifie les mesures de la puissance et de la légitimité du droit dans un processus social plus large. Elle conduit le juriste à clarifier les tendances du problème, évaluer les lacunes entre la préférence et la prévision et concevoir de façon créative quelles interventions dans le processus social pourrait atteindre les buts désirés. L'école de New Haven cherche à fournir au décideur ou à tout autre acteur le moyen de saisir le contexte dans lequel il fonctionne ainsi que les objectifs et les obstacles potentiels qu'elle rencontre. Elle offre aussi une méthode pour faire ces choix.¹⁴ Cette méthode répond aux critiques qui l'ont trouvée «... séparée des facteurs politiques et sociaux de base ».¹⁵ Selon son grand partisan contemporain, «... la méthode juridique, ou *jurisprudence*, n'importe que si elle contribue à résoudre les problèmes de notre profession et de notre société ».¹⁶ Il s'agit d'une philosophie du droit rivée à une *praxis*. Supposons qu'un juriste français ou américain

10 Voir Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer, Failing Ideas of the Legal Profession* (1993).

11 Oliver Wendell Holmes, *Learning and Science* (1895).

12 Voir Julien Cantegreil, « Les âges de New Haven : Situation et devenir de la New Haven School of International Law », *Arch. phil. droit*, n° 50, 2007. La New Haven Jurisprudence est aussi connue sous le nom de « Policy-Oriented Jurisprudence ». Elle a été souvent appliquée notamment par l'auteur en Afghanistan à plusieurs reprises. V. Andrew R. Willard & Charles H. Norchi, « The Decision Seminar as an Instrument of Power and Enlightenment », 14 *Political Psychology*, No. 4, 1993 ; Charles H. Norchi & Karuna Chibber, *A Technical Note for Value-Based Participatory Planning, Monitoring and Evaluation in Community-Driven Development* (World Bank Group 2003).

13 Voir Myres S. McDougal & Associates, *Studies in World Public Order* (1960) ; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell & Lung-Chu Chen, *Human Rights and World Public Order* (1980) ; W. Michael Reisman & Aaron M. Schreiber, *Jurisprudence : Understanding and Shaping Law* (1987) ; Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society : Studies in Law, Science and Policy* (1991) ; Siegfried Wiessner and Andrew R. Willard, « Policy-Oriented Jurisprudence », 44 *German Yearbook of International Law* 96-112 (2001) ; Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, *International Law in contemporary Perspective, the public Order of the World Community* (1981) ; W. Michael Reisman, Mahnoush H. Arsanjani, Siegfried Wiessner, Gayl S. Westerman, *International Law in Contemporary Perspective* (2004).

14 Anthony T. Kronman, *op. cit.*

15 Stanley Hoffmann, *The State of War, Essays in the Theory and Practice of International Politics* 131 1965.

16 W. Michael Reisman & Aaron M. Schreiber, *Jurisprudence : Understanding and Shaping Law* 11 (1987).

arrive en Afghanistan, qu'il connaisse le système juridique formel et les procédures qui en relèvent. Ce juriste pourra travailler aux niveaux les plus élevés des institutions juridiques, qui utilisent des codes juridiques complexes ; il sera même bien formé pour cette tâche. Mais il peut lui manquer une philosophie de droit lui permettant de travailler aux multiples niveaux informels, de comprendre les processus décisionnels coutumiers qui peuvent renforcer l'effectivité de la loi et aider à reconstruire un État qui n'existe plus dans les faits.

Première difficulté : comment peut-il évaluer le droit dans les arènes informelles où les pratiques coutumières s'imposent ? Il lui faudra un critère pour distinguer entre loi impérative et loi supplétive, et pour comprendre l'ambiguïté normative des déclarations apparemment « juridiques ». Il sera appelé à identifier et à interpréter l'autorité de la loi et son caractère obligatoire dans les arrangements qui pourraient sembler étrangement opaques. Il devra évaluer l'interface de la puissance et des pratiques légales informelles. Il apprendra rapidement que la vie du droit se dévoile loin des ministères. En Afghanistan, les décisions obligatoires et efficaces se prennent dans les conseils de la communauté (*jirgahs* ou *shuras*). Ces organes de production des décisions sont profondément immergés dans la vie sociale. La population porte de grands espoirs sur leur capacité à produire des décisions considérées comme du droit. Le processus social afghan comporte d'autres niveaux d'autorité et d'obligatorité, tels que les commandants et leurs armées privées, les chefs religieux et les anciens... Le problème qui se pose à nos juristes technocrates est que la méthode qu'ils utilisent pour répondre aux exigences de la reconstruction d'États défaillants se mesure par rapport au monde horizontal des normes et des procédures. Il manque de verticalité. Cette méthode est centrée autour de l'État dans un contexte où l'État efficace n'existe plus.

L'ÉTAT COMME PROBLEME

Depuis le Traité de Westphalie, les États nations sont au cœur des relations internationales ; leurs relations sont réglées par le *jus gentium* issu du droit romain.¹⁷ L'approche positiviste du droit international a eu à traiter des arrangements politiques territoriaux entre souverainetés, effectués de façon à organiser la sécurité des citoyens. Il s'agit là d'un des piliers du pouvoir des États en l'échange duquel les citoyens ont accepté la soumission aux commandements de leurs élites.

La volonté du souverain, « qui fait la loi, et là n'est aucune autre loi que sa volonté »,¹⁸ constituait le cœur de cet arrangement. Tel est le Léviathan¹⁹ de

17 Adda B. Bozeman, *Politics and Culture in International History* 206-212 (1960).

18 « *Quidquid populo placuit legis habet vigorem* » Bertrand de Jouvenel, *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good* 37 (Indianapolis, Ind : Liberty Fund 1997).

19 Le terme Léviathan fait allusion au Job 41 de l'ancien Testament, « Il n'y a pas de pouvoir sur la terre qui peut être comparé avec lui » Job 41 : 33.

Hobbes, «...one person of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient... and he that carrieth this person is called sovereign, and said to have Sovereign Power.»²⁰ Selon cette conception, la loi est une «...command of a political superior to a political inferior accompanied by the threat of the imposition of a sanction, an evil for deviation from the command.»²¹ Cette doctrine de la souveraineté est à la base de la conception positiviste de John Austin selon lequel « every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme ».²² Comme le rappelle Hobbes, la souveraineté est alors un résultat *et* une technique de la communauté des États. Il lui revient de fonder le fragile équilibre sur lequel repose l'ordre mondial.

Ce mythe de l'État protecteur et pourvoyeur de valeurs a volé en éclats pour de vastes pans de la population mondiale dans l'après Guerre froide, durant lequel l'effondrement des États faibles ou défaillants s'est radicalisé. Leur souveraineté en a été affectée et leurs populations ont souffert des conflits armés et des atteintes aux droits de l'homme. Le système international n'a pas les capacités institutionnelles pour faire face à cette situation. « Le plus grand problème de l'ordre mondial [est alors devenu] la façon de produire de l'ordre à partir de l'hétérogénéité, de l'harmonie à partir de la cacophonie. »²³

La Charte des Nations Unies n'envisage pas l'effondrement ou la désintégration des États. Elle présume une communication efficace entre des gouvernements souverains et leurs élites et met à disposition du Conseil de sécurité une série d'instruments pertinents (mesures provisoires, sanctions non coercitives et éventuellement contraintes). Mais ces instruments ont tous été conçus pour faire pression sur le fonctionnement des États. Le problème des États défaillants est progressivement devenu un défi²⁴ et une « menace à la paix » selon les termes de la Charte des Nations Unies.²⁵ Prévenir de telles menaces est devenu un objectif fondamental des Nations Unies,²⁶ nécessitant que la communauté mondiale renforce ces États fragiles et, en corollaire, reconstruise des États défaillants par le biais du « Nation-Building ».

Les pressions exercées par la finance internationale et les systèmes commerciaux, les cartels de la drogue, les armées privées et le système international des droits de l'homme ont changé le caractère de la souveraineté des États. Ces

20 Thomas Hobbes, *Léviathan*, Chap. XVII, 13, 14. (Cambridge, Hackett Ed. 1994, 1668).

21 W. Michael Reisman, « A Jurisprudence from the Perspective of the "Political Superior" » 23 *N. Ky. L. Rev.* 1 (1996). Cette perspective est prise dans le contexte de la théorie du droit appliquée dans les chapitres suivants de cet article.

22 John Austin, *Lectures on Jurisprudence* 86 (5th ed. R. Cambell 1885).

23 Stanley Hoffmann, *Primacy or World Order, American Foreign Policy Since the Cold War* 208 (1978).

24 Voir Chester Crocker, « Engaging Failing States, » *Foreign Affairs* 82 (5).

25 Charte des N.U., art. 39.

26 Charte des N.U., art. 1, (1)

nouvelles conditions de la vie internationale ont perturbé la soi-disant robustesse de l'État souverain et de ses institutions. Ainsi que le juge Alvarez l'a observé dans l'affaire du *Détroit de Corfou* :

« Par souveraineté, il faut entendre l'ensemble des droits et des attributions que l'État a sur son territoire, à l'exclusion de tous autres États, ainsi que dans ses rapports avec ceux-ci. La souveraineté confère des droits aux États et leur impose des obligations... Cette notion a évolué, et actuellement il faut en avoir une conception qui s'accorde avec les nouvelles conditions de la vie sociale. On ne doit plus considérer la souveraineté comme un droit absolu et individuel de chaque État... La souveraineté des États est devenue actuellement une *institution*, une *fonction sociale internationale* de caractère psychologique et devant s'exercer conformément au nouveau droit international. »²⁷

La souveraineté n'était pas absolue.²⁸ Elle a changé continuellement pour refléter la réalité du processus social mondial tout en continuant à remplir une fonction internationale de stabilisation, demeurée centrale pour l'ordre public mondial. L'ancien arrangement a apporté une vision nouvelle de la souveraineté fondée sur l'idée des droits de l'homme : «...la volonté du peuple doit être la base de l'autorité du gouvernement. »²⁹ La cession par les peuples de leur puissance ne s'est plus faite en échange de leur sécurité mais de leur droit. La sécurité humaine a cédé le pas devant la dignité humaine, remettant ainsi en question des philosophies de la reconstruction manifestement et excessivement stato-centristes.

Francis Fukuyama a observé que « ...souveraineté et État-Nation, pierres angulaires du système westphalien, ont été érodées en fait et attaquées en principe, parce que ce qui se produit à l'intérieur des États – en d'autres termes, leur gouvernement interne – importe souvent intensément à d'autres membres du système international. »³⁰ La souveraineté a été contestée mais aussi la prétention que l'État pourrait entièrement commander ou bien fournir la sécurité aux citoyens.

L'État demeure un acteur essentiel de la communauté internationale, le premier pourvoyeur des valeurs pour sa population, mais sa fonction évolue. L'édition des lois était un attribut *sine qua non* de la souveraineté, «...la véritable essence de la souveraineté de l'État : l'exercice par l'État de sa puissance politique par la création et l'application de ses lois. »³¹ Cette

27 Affaire du Détroit de Courfou (*Royaumes Unis c. Albanie*) 1949 CIJ, 39, P. 43 (Opinion individuelle du juge Alvarez).

28 L'observation de C. Wilfred Jenks que « *Sovereignty is not absolute, but divisible* » était de plus en plus évidente. Il avait noté que c'était « *inconceivable to the dogmatic school of thought* » représentée par le *Léviathan* de Hobbes «...which regarded the essence of sovereignty as being its absolute quality. » C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication* 499 (1964).

29 Déclaration Universelle des droits de l'homme, art. 23, al. 3.

30 Fukuyama Fukuyama, *State Building : Governance and World Order in the 21st Century*, 92 (2004).

31 W. Michael Reisman, *Jurisdiction in International Law* (1999).

compétence de prescrire et d'appliquer les lois constituait un domaine réservé de l'État ;³² Elle constituait le cœur de sa « revendication » à appliquer des politiques directement à une personne sans la médiation d'autres participants.³³ Des acteurs non étatiques, armées privées fondées sur des puissances et des réseaux idéologiques, ont contesté cette puissance. Ces communautés qui étaient sous les États dans les États défaillants étaient flexibles et souvent politiquement autonomes. Comment penser leur action « au-dessous de l'État » ?

VERS LA PHILOSOPHIE DE LA RECONSTRUCTION : LES ELEMENTS

A. — *La Communauté*

En reconstruisant un État, les communautés en deviennent des blocs constitutifs dont la philosophie du droit, faite « en dessous de l'État », doit penser l'efficacité. Le terme communauté «... désigne les interactions dans lesquelles l'interdétermination ou l'interdépendance dans la formation et le partage de toutes les valeurs atteint une intensité dont les participants, qui poursuivent leurs propres objectifs, doivent régulièrement tenir compte. C'est ce "tenir compte" qui produit des revendications nécessairement résolues par des processus de décision. »³⁴ Ces communautés trop souvent négligées par les juristes méritent une réelle attention.

Dans n'importe quelle communauté, certaines décisions sont prises et imposées indépendamment des préférences des membres : elles sont prises par la puissance brute. D'autres décisions sont prises à partir de perspectives d'autorité, par des individus espérant le faire selon les politiques fondamentales de la communauté et qui les réalisent par des procédures établies et des structures admises. Les individus qui prennent ces décisions peuvent les faire mettre en œuvre. Ces décisions, bien fondées et que la communauté autorise, sont des lois.³⁵ Les membres de la communauté partagent des espérances au sujet de qui prend de telles décisions, de la manière pour elle de le faire aussi bien que des procédures qui portent les revendications à réaliser les valeurs qui leur sont relatives.

À chaque niveau, la communauté prend deux types de décisions légitimes – les décisions constitutives et les décisions d'ordre public. Les premières indiquent qui sont les décideurs établis ; elles ont comme conséquence l'attribution des fondements de la puissance de base ; elles créent les structures

32 Voir Lea Brilmayer *et al.*, *An Introduction to Jurisdiction in the American Federal System* (1986).

33 Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, *International Law in Contemporary Perspective, The Public Order of the World Community* 1273 (1273).

34 Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, Andrew R. Willard, « The World Community : A Planetary Social Process » 21 *U.C. Davis Law Review* 807, 810-972 (1988).

35 Voir Myres S. McDougal and Associates, *Studies in World Public Order* (1960).

d'autorité et de la communauté et spécifient les procédures qui doivent être suivies pour la conformité de la décision à la loi – sa légalité. Les élites politiquement appropriées peuvent les établir, les maintenir ou les changer. « Le processus constitutif est une puissance légitime exercée pour fournir un cadre institutionnel afin que la décision attribue des fonctions indispensables ; les décisions particulières émergeant de ce processus, que nous appelons “décisions d'ordre public”, peuvent être particulières à la formation et au partage de la richesse, de l'éclaircissement, du respect et de toutes autres valeurs. »³⁶

La philosophie du droit traditionnelle empêche les juristes d'observer les coutumes et systèmes microlégaux ; or ces derniers peuvent être importants pour les populations vivant dans les États défailants. Ils sont imposés par les acteurs eux-mêmes plutôt que par les institutions formelles. Ils «...manifestent une dimension constitutionnelle... un processus constitutif. Une partie de chaque décision est concernée non par la décision immédiate mais par la structure de la prise de décision elle-même. Les processus microlégaux peuvent déterminer les questions de droits de l'homme et du développement ; elles méritent donc une évaluation étroite ». Et pourtant en expliquant le droit coutumier dans les communautés non étatiques, le «... symbole de l'État [...] a eu un effet pernicieux sur l'étude de la micro-loi ».³⁷

Les participants de la communauté cherchent activement à clarifier des intérêts communs avec les autres membres de la communauté. Ils cherchent à faire des demandes plus explicites quant à l'amélioration des processus de décision légitimes. C'est là l'essence d'un système juridique. La perception de l'interdépendance dans le processus de la communauté mène des participants à apprécier la pertinence de la poursuite des intérêts communs et les motive à les clarifier.³⁸ L'autorité efficace d'un système juridique dépend des intérêts communs que les participants à ce système ont à le soutenir. En clarifiant le sens de la politique et de la décision, il est important d'évaluer les intérêts inclusif *et* exclusif. Les premiers incarnent des demandes compatibles avec la dignité humaine et ayant un impact important sur un grand nombre de participants. Les seconds sont soutenus par l'espoir que les demandes affecteront peu les participants de la communauté qui ne sont pas touchés par l'effet inclusif.³⁹ Les intérêts communs à la communauté peuvent diverger des intérêts qui les environnent, et qui incluent notamment ceux de la communauté internationale. La capacité d'un membre de la communauté à réaliser ses valeurs dépend du degré auquel les autres membres de la communauté

36 Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell & W. Michael Reisman, « The World Constitutive Process of Authoritative Decision », in Myres S. McDougal & W. Michael Reisman, *International Law Essays*, 192 (1981).

37 W. Michael Reisman, *Law in Brief Encounters* 5 (1999).

38 Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, Andrew R. Willard, « The World Community : A Planetary Social Process », 21 *U.C.Davis Law Review* 3, 810 (1988).

39 *Id.*

réalisent les leurs.⁴⁰ Les intérêts communs sont le ciment qui lie les communautés et permettent la survie humaine dans les États défailants.

B. — *La loi*

La philosophie du Nation-Building, faite « en dessous de l'État », incorpore une conception du droit qui dépasse les seules règles formelles.⁴¹ Dans chaque communauté, le droit résulte d'un processus de communication complet, qui nécessite une vaste série de communications vers un public cible, ayant un contenu politique, un signal d'autorité et la signification d'un commandement.⁴² Les accords formels et autres expressions textuelles ne suffisent pas à en rendre compte ; il faut aussi se référer au comportement habituel qui pourrait initialement être considéré comme illégal avant que la répétition ne conduise à le considérer comme légal.

Beaucoup de philosophies du droit, et les méthodes qu'elles engendrent, identifient les systèmes juridiques avec les règles de droit. Le problème du Nation-Building exige d'étendre cette recherche. Comme l'écrivit le juriste américain Oliver Wendell Holmes, « il est parfaitement approprié de considérer et d'étudier le droit simplement comme un grand document anthropologique. Il est approprié de recourir à lui pour découvrir les idéaux de la société qui ont été assez forts pour atteindre cette forme finale d'expression ainsi que les changements majeurs d'idéaux du siècle dernier. »⁴³ Les anthropologues⁴⁴ ont noté que de nombreux systèmes légaux peuvent fonctionner dans une même société ; ils se complètent mais peuvent entrer en conflit les uns avec les autres. Ces systèmes légaux sont coutumiers dans les communautés traditionnelles.⁴⁵ Malinowski a observé que « réciprocité, incidents systématiques, publicité et ambition » sont les facteurs primaires dans l'engrenage qui explique le caractère obligatoire du droit traditionnel.⁴⁶ La question n'est pas ici de savoir comment la vie se soumet aux règles, mais comment les règles s'adaptent à la vie. Dans n'importe quelle communauté, les règles sont à la surface du

40 *Id.*, en 409.

41 « La compréhension et le réalisme avec lesquels un observateur conçoit son principal centre d'intérêt – ce qu'il considère comme la loi et comment il la localise dans son plus grand contexte de la communauté – sont importants parce qu'ils déterminent comment il conçoit chaque partie de son étude : sa définition des problèmes, son choix des outils et des procédures, et sa proposition de solutions de rechange. » Voir Myres S. McDougal & Harold D. Lasswell, « Criteria for a Theory about Law » 362-294, 376, vol 44 *South. Cal. Law Rev.* N° 2 (1971).

42 W. Michael Reisman, « International Law-making : A Process of Communication », 101 *Proceedings of the Am. Soc'y. Int'l. L.* (1981).

43 O.W. Holmes, Jr., « Law in Science and Science in Law », 12 *Harvard Law. Rev.* 99 (1889).

44 Voir Marcel Mauss, *Essai sur le don* (1925), et Bronislaw Malinowski, *Mœurs et coutumes des Mélanésiens* (1933).

45 W. Michael Reisman, « The Cult of Custom in the Late 20th Century », 17 *California Western International Law Journal* 133 (1978).

46 Bronislaw Malinowski, *Mœurs et coutumes des Mélanésiens* (1933).

système juridique. Les vraies dimensions du système reposent à d'autres endroits. Tout juriste travaillant dans le cadre de processus sociaux profonds de la communauté sait bien que, comme outil utilisé par des décideurs, « le droit est un processus qui correspond aux humains qui font des choix ».⁴⁷

Chaque décideur a des vues largement subjectives sur les choix à faire. Être observateur ou avocat conduit à devoir examiner objectivement les subjectivités à la fois pour comprendre les tendances passées et pour recueillir des indices afin de prévoir les tendances à venir. Michael Reisman a fait observer que « le droit, *le vrai droit*, se trouve dans toutes les relations humaines, de la rencontre la plus simple et la plus brève entre deux personnes au type d'interaction le plus inclusif et le plus permanent. Le droit est une propriété d'interactions. Le vrai droit est produit, renforcé, modifié et abrogé continuellement au cours de l'activité humaine. »⁴⁸ Une attention particulière à cette micro-loi, que Reisman a nommé une « brève rencontre du droit », peut mener à comprendre l'arrangement des fonctions distributives du droit. Elle indique les changements souhaités du système micro-légal que l'on examine ici.⁴⁹ Une philosophie du « Nation-Building » doit revenir sur les systèmes microlégaux puisque c'est là que peuvent se produire des privations dans le développement et les droits de l'homme.

La conception du droit requise ici exige d'identifier et d'évaluer les processus dans le contexte de production du droit. Ceux-ci ne sont pas des procédés simplement formalisés et soumis à une autorité dans le cadre d'un accord formalisé. Une revendication est produite chaque fois qu'un événement exige l'attention des décideurs.⁵⁰ Son évaluation implique d'évaluer une somme complexe de communications. « Dans les arènes organisées, les revendications sont clairement formulées. Dans les arènes dotées d'un faible degré d'organisation en revanche, les subjectivités sont souvent modulées par des communications indirectes. L'investigateur doit alors les formuler verbalement. Cet exercice exige de contrôler les événements dans un contexte plus complet. »⁵¹ Harold Lasswell a formulé de façon élégante les demandes dans des contextes divers, y compris celui d'États défaillants : « *qui indique quoi*, de quelle façon, à qui, avec quel effet »⁵²

C. — *Les valeurs*

47 W. Reisman & A. Schreiber, *Jurisprudence : Understanding and Shaping Law* 595 (1987).

48 W. Michael Reisman, *Law in Brief Encounters* 2 (1999).

49 *Id.*, en 4.

50 *Id.*, en 157.

51 W. Michael Reisman, *Nullity and Revision, The Review and Enforcement of International Judgments and Awards* 145 (1971).

52 Harold D. Lasswell, « The Structure and Function of Communication in Society », in Lyman Bryson, ed., *The Communication of Ideas*, (1964). Voir aussi Derek McDougall, *Harold Lasswell and the Study of International Relations*, Chap. III (1984).

Une philosophie de droit de la reconstruction doit expliquer les processus de valeur de l'individu et de la communauté. Une valeur est le résultat souhaité. Elle est une fin cherchée pour être consommée, mais aussi des moyens employés pour acquérir d'autres valeurs.⁵³ Les individus dans des contextes divers tâchent de maximiser leurs valeurs. Les « résultats de valeur sont des événements paroxystiques dont l'effet ne cesse pas de jouer entre les participants au processus social. »⁵⁴ Des valeurs sont intériorisées par des membres de groupe, et en tant que standards sont exprimées en normes sociales. Puisqu'elles sont généralisées, les individus peuvent partager des valeurs particulières tout en ne s'accordant pas sur la meilleure manière d'y parvenir.

La philosophie doit expliquer la réalité qu'«... en tant que systèmes totaux, les sociétés diffèrent radicalement par leur échelle de valeurs. La différence ne porte pas sur la hiérarchie ou la priorité – en un sens, le classement des valeurs par importance – mais aussi dans d'autres importants modes de rapport entre les valeurs. »⁵⁵ Ainsi à travers les cultures et les contextes, une théorie du droit efficace doit posséder l'agilité de capturer et digérer la formation et le partage des valeurs. Talcott Parsons a écrit que « les valeurs qui en viennent à constituer la structure d'un système sociétal sont donc les conceptions du genre de société que les membres de la société de référence tiennent pour souhaitables, appliquées à la société même dont ils font partie... Une échelle des valeurs définit alors la direction du choix et l'engagement ultérieur dans l'action »⁵⁶ Les valeurs sont le lien entre le choix et l'action. Elles doivent être comprises et engagées de façon à reconstruire les États défailants. C'est un élément clé de la « pensée au-dessous de l'État. »

Les valeurs sont formées et partagées dans les cultures. F.S.C. Northrop a écrit que « une étude des concepts de base de toute culture, sans lesquels on ne comprend pas la loi vivante qui sous-tend la loi codifiée, révèle que ces concepts clé non seulement fournissent les idées sous l'angle selon lequel les gens de cette culture conçoivent les faits de leur existence et aussi définissent leurs valeurs. »⁵⁷ Une philosophie de droit adaptée à la reconstruction doit

53 W. Michael Reisman, *Nullity and Revision, The Review and Enforcement of International Judgments and Awards* 3 (1971) « Une jurisprudence qui conçoit la loi comme un produit et un instrument du processus social voit une utilité évidente à ce concept. Sans cela, le juriste et le sociologue se trouveront eux-mêmes dans la situation de quelqu'un qui étudie une automobile en sachant la théorie de la combustion et du mouvement mais sans les termes pour décrire les composants d'un véhicule. »

54 Harold D. Lasswell & Allan R. Holmberg, « Toward General Theory of Directed Value Accumulation and Institutional Development », in Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society : Studies in Law, Science, and Policy* 357 (1992).

55 Robin M. Williams, Jr., « Change in Stability in Values and Value Systems : A Sociological Perspective », in Milton Rokeach, ed. *Understanding Human Values* 17 (1979).

56 Talcott Parsons, « On the Concept of Value-Commitments », *Sociological Inquiry* 136 (1968).

57 F.S.C. Northrop, « Jurisprudence in the Law School Curriculum », *Journal of Legal Education* 1 : 489 (1949). Northrop a été l'un des premiers à souligner le rôle de la diversité culturelle dans l'ordre mondial. Voir *Ideological Differences and old Order* (Northrop. ed.

expliquer la culture. Une culture choisit, modifie, ou rejette des modes de comportement en se référant à ses valeurs.⁵⁸ Le choix est dirigé par des identifications et des espérances, mais provoque des attentes qui sont souvent culturellement spécifiques. Les valeurs et les besoins sont au fondement des choix. Le processus de sélection continu, régi et formé pour la plupart par des valeurs sociales, détermine quelles décisions sont acceptées comme légitimes par une communauté particulière.

Les priorités en termes de valeur diffèrent entre les cultures. « Les pratiques institutionnelles varient considérablement de culture à culture et de valeur à valeur. »⁵⁹ Un problème central revient à expliquer le contexte culturel et à évaluer la perte ou la réalisation des valeurs qui peuvent être protégées ou refusées par des actions institutionnelles caractéristiques et peu familières.⁶⁰ Une philosophie du droit de la reconstruction reconnaît que l'analyse de la culture est une « tâche interprétative exigeant la recherche continue de sens. »⁶¹ Les perspectives formées par les individus, leurs espérances et leurs attentes, et les identifications du groupe coulent dans les veines de chaque culture.⁶² Voir les cultures et les civilisations à l'aide d'une analyse purement horizontale ne reflète que les identifications de surface. Il faut procéder également à un examen vertical.

Une philosophie du droit de la reconstruction doit se concentrer sur les valeurs et les perspectives pour une autre raison. La vie dans un État défaillant est profondément affectée par des perspectives distinctes et divergentes. Ces perspectives sont les subjectivités qui influencent la direction, l'intensité et la durée des interactions de la communauté.⁶³ De tels mondes intérieurs peuvent être collectivement considérés comme la mémoire ou l'expression contemporaine d'un groupe. L'analyse des perspectives est l'analyse de ce que croient les gens, ce qui est un aspect fondamental de la réalité, indépendant de la validité ou de la vérité de cette croyance.

Malgré ses prétentions à l'universalité, notre époque est marquée par des cultures différentes – le « Nation-Building » est souvent opéré dans des

1949) ; Northrop, *The Meaning of East and West* (1946) ; Northrop, *The Taming of Nations* (1952).

58 « La culture... est cet ensemble complexe qui inclut connaissance, croyance, art, morale, droit, coutume et beaucoup d'autres possibilités et habitudes acquises par l'homme en tant que membre d'une société. » Edward B. Tylor, *Primitive Culture* I (1871).

59 Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell, Lung-chu Chen, *Human Rights and World Public Order* 107 (1980).

60 Voir F. Deng, *Tradition and Modernization : A Challenge for Law Among the Dinka of the Sudan* (1971).

61 Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 5 (1973).

62 Voir généralement, Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society : Studies in Law, Science and Policy* (1992).

63 Harold D. Lasswell and Myres S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society : Studies in Law, Science and Policy* 347 (1992).

contextes non occidentaux.⁶⁴ Certaines civilisations ont semblé méfiantes, sinon hostiles, à ce que Richard Falk a appelé « le culte de la modernisation ». ⁶⁵ Il importe de définir les perspectives auxquelles s'identifient les individus. Dans son livre *Le Choc des civilisations*⁶⁶, le politologue Samuel P. Huntington a postulé que la civilisation était un pôle d'identification. Il a écrit que « les grandes divisions entre l'humanité et la principale source de conflit seront culturelles... Le choc des civilisations dominera la politique mondiale. Les failles entre civilisations seront les lignes de front du futur. »⁶⁷ Quarante années auparavant Adda Bozeman avait averti que «... entre les pôles de la carte culturelle et politique du monde contemporain, il y avait de nombreuses civilisations bien définies aussi bien que beaucoup d'autres qui commencent seulement à se définir elles-mêmes. »⁶⁸

Notre XXI^e siècle étonnerait Nietzsche, qui avait cru que l'influence de la religion se dissiperait au bénéfice de l'idéologie laïque. Un problème pour la reconstruction des États défaillants est que les identifications et les demandes fondées sur la rectitude sont devenues un nouveau fondement à la puissance dans cet âge des extrémismes. Pour certaines communautés et leurs élites, la religion opère comme un équivalent fonctionnel des zones d'influence traditionnelles des États. Ceci aggrave les clivages parmi et dans les cultures, les communautés et les régimes. Un type d'identification consiste soit à refuser de compter sur la vérité révélée parce qu'elle n'est pas sujette aux épreuves de la raison, soit, *a contrario*, à faire confiance en la révélation.

En dépit de la déclaration de Nietzsche selon lequel Dieu était mort, la religion est de retour dans le monde de l'après guerre froide. Il y a un schisme croissant entre ceux qui croient que les idées et les institutions sont des *nomos* ou faites par l'homme, et ceux qui croient que nos *ideoethnemes* et *physis* sont imposés par la nature ou par la volonté divine. Depuis le siècle des Lumières jusqu'à aujourd'hui, la première position a engendré les normes juridiques internationales actuelles de l'Occident. Sous sa forme extrême, la seconde représente un défi critique qui pourrait conduire à un des décalages de valeurs les plus profonds depuis l'âge de la raison.

L'obsolescence et la mort des normes sont négligées par la doctrine.⁶⁹ Elles peuvent se manifester par la revendication de mettre un terme aux normes, et le choix d'employer des stratégies et techniques violentes. Mais ce changement

64 Voir Charles Norchi, « A Pivotal States Human Rights Strategy », in Robert Chase, Emily Hill, Paul Kennedy, eds, *The Pivotal States : A New Framework for U.S. Policy in the Developing World* (1999).

65 Richard Falk, « Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights », in Abdullahi A. An-Naim, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives* 45 (1990).

66 *Id.*,

67 Samuel P. Huntington, *Le Choc des civilisations*, Odile Jacob, 2000.

68 Adda Bozeman, *Politics and Culture in International History*, 6 (1960).

69 « Chaque fois qu'il y a développement, il y a innovation ; l'innovation passée une phrase de l'obsolescence sur au moins un certain dispositif de l'ordre public établi. » Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, *Jurisprudence For A Free Society* 1239 (1992).

est parfois souhaité dans les sociétés post-conflit. L'essentiel du « Nation-Building » consiste à changer les anciennes manières de faire.

La thèse « du conflit de civilisations » sacrifie une analyse verticale au profit d'une analyse horizontale. L'optique d'une « pensée en dessous de l'État » nécessiterait de porter un regard vertical pour expliquer la dynamique des valeurs et des perspectives au sein des communautés composant les civilisations. La philosophie serait attentive aux risques d'une résistance, fondée sur les valeurs, aux objectifs généraux de droits de l'homme reconnus par la communauté internationale. Le défi de la reconstruction est d'aider à ce que la prise de décision de niveau communautaire soit inclusive, que les bénéfices soient largement répartis, et que la puissance soit bien partagée.

Burns Weston propose des moyens pratiques pour traiter cette question. Il soutient que « les droits de l'homme universels internationaux peuvent et doivent servir de base pour prononcer des jugements normatifs inter-culturels. »⁷⁰ Historiquement, le manque de respect est à la racine des mauvais traitements subis par une population vulnérable dans les États en décomposition. Weston propose « une approche analytiquement neutre pour décider quand les différences culturelles doivent être ou non respectées. »⁷¹ Cette approche, qu'il nomme « méthodologie du respect »⁷², a pour but d'encourager « un dialogue interculturel qui peut parvenir à un consensus particulièrement détaillé sur les nombreuses questions factuelles ou politiques qu'il faut absolument poser à tous les intervenants du Nation-Building. »⁷³ La tâche consiste donc à clarifier l'intérêt commun de façon que des perspectives distinctes soient correctement reflétées, et que la communauté mondiale participe plus intensément dans le cadre d'un État reconstitué.

D. — *Droits de l'homme*

Le but fondamental du « Nation-Building » est d'assurer la dignité de la population qui en bénéficie.⁷⁴ En pratique, ceci signifie instituer une culture des droits de l'homme qui soit conforme aux normes internationales des droits de l'homme et qui s'appuie, pour promouvoir la dignité humaine, sur les mécanismes nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme. Dans beaucoup de cas, les populations des États défailants et désagrégés ont souffert de violations des droits de l'homme durant des générations. Il est évident que les violations massives des droits de l'homme sont, avec le temps, un facteur

⁷⁰ Burns H. Weston, « Human Rights and Nation-Building in Cross-Cultural Settings », 60 *Me. L. Rev.* 10 (2008).

⁷¹ *Id.*, 10.

⁷² *Id.*, 12.

⁷³ *Id.*, 30.

⁷⁴ Selon la doctrine, not. Myres S. McDougal et Harold D. Lasswell, «...le sens essentiel de la dignité humaine... peut être succinctement énoncé : il se rapporte à un processus social où les valeurs sont largement – et pas étroitement – partagées, et où le choix privé, plutôt que la coercition, est privilégié comme modalité prédominance de puissance. » McDougal & Lasswell, *supra* note 63, 11.

important d'effondrement de l'État. Dans la reconstruction post-conflit et le « Nation-Building », il faut intégrer la conception des droits de l'homme au cœur du projet et considérer à chaque fois qu'elle aura un impact sur la population bénéficiaire.

Les droits de l'homme sont au centre de la reconstruction de l'État et de la reconstruction postérieure à la Deuxième Guerre mondiale quand, à peine sortis de l'holocauste, les délégués à la conférence des Nations Unies à San Francisco en 1945 ont décidé que la manière dont un gouvernement traite ses propres citoyens sur son propre sol ne serait plus la seule affaire de ce dernier. Le document constitutif de la nouvelle organisation, les Nations Unies, réaffirme la « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations grandes et petites. »⁷⁵ Les auteurs de la Charte ont identifié les nouvelles attentes en matière de droits de l'homme et ont prescrit de nouvelles protections pour des droits fondamentaux de l'individu indépendantes de la politique de l'État où vit ce dernier.⁷⁶ On a pu appeler la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) la *Magna Carta* de l'humanité.⁷⁷ Ce texte est constitutif de la Charte internationale des droits de l'homme et l'architecture juridique du « Nation-Building. »⁷⁸

Le « Nation-Building » ne peut pas être mené à bien sans que soient incorporés des normes et des engagements en matière de droits de l'homme, ainsi que les mécanismes et les arrangements relatifs à leur promotion et à leur protection. Le problème est que souvent ces normes ne sont pas appliquées aux populations qu'elles ont pour but de protéger. Elles peuvent être regardées avec suspicion comme étant étrangères, voire menaçantes. Un point de vue « en dessous de l'État » encouragerait la promotion des droits de l'homme comme une valeur de dialogue avec les communautés locales, et avant tout comme promouvant la valeur universellement partagée du respect. Il faudrait en outre qu'elle engage la participation de la société civile, qui a la capacité d'engager davantage la population locale. Les droits de l'homme constituent la raison principale au lancement de projets de « Nation-Building ». Leur protection excède trop souvent la capacité ou l'intérêt véritable des États.

E. — *Le pouvoir*

⁷⁵ Charte des Nations Unies, Préambule.

⁷⁶ Voir par ex., Charles Norchi, « Human Rights : A Global Common Interest », in *The United Nations : Confronting the Challenges of a Global Society* 79-114 (Jean E. Krasno ed., 2004).

⁷⁷ Robert F. Driaran, S.J., *The Mobilization of Shame. A World View of Human Rights* 11 (2001).

⁷⁸ Voir Fiche documentaire Bureau du Haut Commissaire pour les droits de l'homme, N°2 (Rev. 1), La Charte Internationale des droits de l'homme (juin 1996), disponible sur <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>. La Charte internationale des droits de l'homme comprend le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, deux Protocoles facultatifs et des Instruments internationaux spécialisés. *Id.*

L'abus de pouvoir est au cœur de l'effondrement des États et, par conséquent, de leur reconstruction. Quand un État se désagrège, des acteurs non autorisés s'approprient le pouvoir pour servir leurs intérêts propres. Une philosophie de « Nation-Building » doit explicitement guider le juriste sur la manière d'user ou d'abuser du pouvoir. Le pouvoir permet de produire des effets voulus. Ainsi, pour Thomas Hobbes, « *The power of a man (to take it universally) is his present means to obtain some future apparent good.* »⁷⁹ Dans chaque situation existe un pouvoir latent. Il peut générer des effets sans être actualisé. Dans toute communauté, ceux qui ont le pouvoir l'utilisent pour atteindre leurs objectifs. Ils cherchent à l'augmenter par toute une série de moyens, y compris l'établissement d'une politique communautaire en tant que droit. Le pouvoir est non seulement un problème au niveau des États et des armées, il l'est également au niveau de la communauté.

Le pouvoir efficace, ayant autorité et pouvoir de commandement, établit et maintient des processus de décision légitimes, et il s'exprime notamment par des lois. La dignité humaine est sacrifiée quand le pouvoir est disjoint de l'autorité et libéré de ses contraintes. La situation devient celle que Thrasymaque a décrite en identifiant la justice au pouvoir dans la *République* de Platon : « Je dis que la justice, ou le droit, est simplement ce qui sert l'intérêt de la partie la plus forte. »⁸⁰ Pour une philosophie de la reconstruction, le paradoxe du pouvoir est que son application mènera probablement à l'effondrement de l'État et donc à créer une absence de pouvoir. Pourtant, pour reconstruire l'État, le pouvoir doit être doté d'autorité et fondé sur les droits de l'homme. Cette tâche doit se dévoiler « en dessous de l'État ».

L'autorité est une base importante du pouvoir car elle assigne la compétence pour la prise des décisions. Quand une communauté considère une décision légitime, le décideur a la liberté de créer et de maintenir les pratiques et les institutions. Un modèle d'autorité cumulatif développe sa propre logique. Les positions de l'autorité influencent à bien des égards le processus de décision. Dans n'importe quelle communauté, l'espoir d'un contrôle efficace est fondamental à l'établissement de la loi. L'autorité jointe au pouvoir établit et maintient le processus de décision légitime qui constitue l'ordre public.⁸¹ Tout comme le capital engendre le capital, le pouvoir engendre le pouvoir. « L'absence de traitement explicite de la question du pouvoir exclut que l'on puisse discerner les forces profondes de certaines décisions et conduit les observateurs à idéaliser la genèse, le fonctionnement et l'objectif réel du système juridique. Insister sur le pouvoir fournit non seulement de nouvelles perspectives sur le fonctionnement du micro-droit. Les gardiens des traditions de petits groupes exigent souvent que l'on respecte l'autonomie de ces groupes

79 Thomas Hobbes, *Léviathan* X (1651).

80 Platon, *La République*, 338c ff.

81 Myres S. McDougal, W. Michael Reisman & Andrew Willard, « The World Process of Effective Power : The Global War System », in M.S McDougal & W.M. Reisman, eds., *Power and Policy in Quest of Law* 353 (1985).

et de leurs droits parce qu'ils veulent protéger leur propre position dominante en tant que chefs héréditaires, anciens de la tribu, pères, maris etc ».⁸²

La manière dont le pouvoir est utilisé « en dessous de l'État » implique largement de reconstruire l'État. La façon dont les lois particulières font avancer l'intérêt commun de la communauté ou au contraire la façon dont elles discriminent au profit d'un groupe particulier, dépend de la distribution du pouvoir dans la communauté. Quand la puissance est rigoureusement partagée, il est peu probable que l'on puisse atteindre les objectifs d'une « Nation-Building » conforme aux droits de l'homme et au développement. L'État reconstruit n'arrivera pas à protéger les droits de l'homme de sa population ni à atteindre les buts du développement durable.

F. — *Mythes et Codes*

Le mythe est important pour le processus social de toute communauté. Comme Claude Lévi-Strauss l'a écrit « les mythes se pensent dans les hommes, et à leur insu. »⁸³ Parce que le moi est l'instrument ultime de l'observation, en l'absence d'un autoexamen minutieux, les présupposés se sclérosent. Les mythes s'installent dans la mémoire individuelle et dans la mémoire collective d'une communauté.⁸⁴ Les individus vivant dans une culture particulière mémorisent bien sûr des faits, mais aussi des attitudes et des façons de penser propres au passé. « Des souvenirs particuliers sont simplement une reconstruction du passé réalisée à l'aide de données empruntées au présent. »⁸⁵ Maurice Halbwachs a qualifié la mémoire collective de « lien vivant entre générations »,⁸⁶ de magasin des traditions. C'est une accumulation d'expériences et d'événements nationaux, ainsi que des efforts de la société pour mettre à jour et redéfinir ces événements et expériences. La mémoire collective définit la réponse probable d'une société aux événements à venir. Elle forge les identifications, soutient les espérances et fixe les paramètres des attentes.

Les événements et les expériences dont on se souvient et qui parviennent à pénétrer la mémoire collective sont importants parce que la perception des gens et leur interprétation influencent la politique nationale et les institutions. Ils constituent une tradition durable. Ils sont contenus et expliqués dans les divers types d'informations, certaines brutes et d'autres affinées, constamment absorbées et orientées vers la mémoire collective. Le mythe abrité par la mémoire collective peut être manipulé par des élites en quête de pouvoir et

82 W. Michael Reisman, 156 *Law in Brief Encounters*. New Haven : Yale University Press (1999).

83 Claude Lévi-Strauss, *Myth and Meaning* 3 (1979).

84 Voir, par ex. Maurice Halbwachs, *La Mémoire collective* (1950).

85 M. Maurice Halbwachs, *La Mémoire collective* 69 (1950).

86 *Id.*, 63.

autres valeurs.⁸⁷ Comprendre la mémoire collective révèle les facteurs qui favorisent le « Nation-Building » et les conditions qui s'y opposent.

Une philosophie de la reconstruction faciliterait le genre de « description brutale »⁸⁸ que Clifford Geertz recommandait à ses collègues anthropologues. Par description brutale, Geertz entendait : faire le tri entre les divers codes de signification parmi l'embrouillamini de sens que l'homme lui-même a tissé. Les systèmes normatifs sont empilés. Certains relèvent du mythe tandis que d'autres suivent un code répondant aux espérances et aux attentes qui guident en fait les participants dans le processus social global et les composants des décisions autorisées.

Toute société présente plus d'un système normatif pertinent. Un système semble apparemment s'appliquer, mais c'en sont d'autres qui s'appliquent en fait. Le comportement réel peut différer de chacun de ces systèmes.⁸⁹ On nomme système mythique le code normatif officiellement utilisé. La fiabilité de ce système mythique en tant que guide normatif varie selon la société et la culture. Le système normatif officieux s'appelle le code opérationnel.⁹⁰

Dans le cas d'un État défaillant, la difficulté est de sélectionner, dans le système mythique et le code opérationnel, les processus décisionnels de la communauté qui sont à la fois légitimes, contrôlables et donc forment la loi. Deux phénomènes doivent être analysés : *lex imperfecta*, c'est-à-dire la loi dépourvue de sanction,⁹¹ et *lex simulata*, instrument légal qui semble fonctionnel, mais que ni les élites ni le public cible ne s'attendent réellement à voir appliqué.⁹²

Les « bâtisseurs de nation » rédigeant textes constitutionnels et codes devraient ainsi trier dans le système mythique et le code opérationnel pour déterminer les processus décisionnels de la communauté qui sont à la fois légitimes et contrôlables. Une constitution nouvellement rédigée peut être un mythe, alors que ce que les gens font réellement dans un cadre informel constitue le code opérationnel. L'expérience de la plupart des États défaillants, candidats au « Nation-Building », est celle d'un moment préconstitutionnel marqué par l'absence d'autorité politique et de contrôle de l'État. Si «...la fonction primaire de toute constitution est de gérer le pouvoir politique, dont un aspect important est de prévenir un conflit destructeur.»⁹³ Dans ce contexte, les centres de pouvoir sont contestés et la constitution n'est pas forcément le code opérationnel en vigueur.

87 « Car les hommes deviennent des mythes non par ce qu'ils savent, même pas par ce qu'ils réalisent, mais par les tâches qu'ils se donnent », Henry A. Kissinger, *A World Restored* 328 (1964).

88 Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 5 (1973).

89 W. Michael Reisman, *Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms* 16 (1979).

90 *Id.*

91 *Id.*, 29.

92 *Id.*, 31. Un exemple serait le code Hammourabi.

93 Winston P. Nagan & Craig Hammer, « The Rise of Outsourcing in Modern Warfare : Sovereign Power, Private Military Actors and the Constitutive Process », 60 *Me. L. Rev.* 1 (2008).

Un État en déréliction – une structure sans murs – pourrait soudainement se retrouver avec un toit : un texte constitutionnel nouvellement rédigé. Bien qu'il soit potentiellement important, pour la population, le nouveau texte n'est souvent qu'un grand mythe. Un juriste spécialiste de « Nation-Building », connaissant la philosophie de droit appropriée, comprendra que la nouvelle constitution peut sembler s'appliquer, alors que d'autres systèmes normatifs éprouvés sont en fait toujours en vigueur. Le système normatif officieux est souvent le plus important ; il fonctionne comme un véritable code opérationnel.⁹⁴ En tant que système normatif enraciné dans la population, le code opérationnel va l'emporter sur toute nouvelle constitution, tout nouveau code.

Cette divergence entre système normatif officiel et officieux est particulièrement évidente pendant les époques marquées par ce que Noah Feldman a baptisé le « constitutionalisme imposé. » Ainsi, « même si la mise en place d'un ordre constitutionnel en bloc est de plus en plus rare, on rédige et on adopte des constitutions au son du canon. Dans la dernière décennie, en ex-Yougoslavie, au Timor oriental, en Afghanistan, et... en Irak, les constitutions provisoires ou permanentes ont été rédigées dans des conditions d'occupation *de facto* ou *de jure*. Dans tous les cas, il y a eu aussi intervention substantielle et pression imposées de l'extérieur pour parvenir aux résultats constitutionnels souhaités par les acteurs internationaux... Pourtant, il y a quelque chose de théoriquement et pratiquement caractéristique dans le constitutionalisme libéral qui s'impose aujourd'hui : *il se déroule sur la toile de fond d'une vaste obligation à l'autodétermination démocratique.* »⁹⁵ Si on accepte souvent la participation indigène au processus, le catalyseur sera probablement extérieur, apporté par les acteurs et les juristes internationaux du « Nation-Building », confirmés en matière de systèmes légaux étrangers. L'engagement indigène peut prendre la forme de l'autodétermination, ou seulement celle d'un mythe de démocratie façon occidentale.

Donald Horowitz soulève la possibilité que la conception constitutionnelle soit un oxymoron, et écrit d'un ton plein de sous-entendus que «...personne ne s'entend sur les arrangements politiques et constitutionnels qui ont le plus de chances de favoriser la paix et le compromis dans un contexte démocratique. »⁹⁶ Voilà la base du problème du mythe constitutionnel pour les États nouvellement constitués. Il faut consacrer la même attention à la rédaction du texte qu'au processus d'enracinement du nouveau document jusqu'à ce que la population de l'État l'accepte comme légitime. Dans les nouveaux États en particulier, une constitution est davantage un processus qu'un texte. Comme le juriste romain Papinien l'a écrit, « *Lex* est un

94 W. Michael Reisman, *Folded Lies : Bribery, Crusades, and Reforms* 16 (1979).

95 Noah Feldman, « Imposed Constitutionalism », 37 *Conn. L. Rev* 857-58 (2005).

96 Donald Horowitz, « Constitutional Design : An Oxymoron ? », in Ian Shapiro, Stephen Macedo, eds. 253 *Nomos* (2000).

engagement commun de la République. »⁹⁷ Autrement dit, le peuple assume une responsabilité commune parce qu'il participe à l'approbation de la loi. Ce même impératif participatif doit être à la base des processus constitutifs post-conflit afin de contribuer à un avenir stable et gouvernable, en rupture avec le passé. Par exemple, dans les États post-conflit tels que l'Afghanistan ou l'Irak, le processus constitutif doit prendre racine dans les *chaikhana*s⁹⁸ et les mosquées.⁹⁹ Pour qu'un étranger contribue à ce résultat, il doit maîtriser une philosophie de la reconstruction capable de discerner entre système mythique et code opérationnel.

G. — Capacité décisionnelle

Les nouvelles nations dépendent de l'unité constitutive de base de leurs communautés qu'est la personne. La prise de décision individuelle est importante dans des systèmes post-conflit instables. La construction de la capacité décisionnelle est le Saint Graal du « Nation-Building » parce que le leadership, la gouvernance, la sécurité et le développement en dépendent. Les programmes de « Nation-Building » échouent quand ils ne parviennent pas à relier prise de décision et valeurs pour bâtir cette capacité. Le praticien doit répondre au fait que «... en tant que systèmes totaux, les modèles de valeurs des sociétés diffèrent radicalement. Les dissimilitudes résident non seulement dans les hiérarchies ou les priorités – en un sens, le classement des valeurs par importance – mais aussi dans d'autres importants modes de rapport entre les valeurs. »¹⁰⁰ Il y a un lien direct entre les valeurs, la prise de décision individuelle et le choix collectif de la communauté. La capacité d'un État à produire des résultats satisfaisants pour sa population dépend de la capacité de décision des individus à tous les niveaux de la structure sociale mais, plus particulièrement, à la base.

Ainsi un objectif clef de la pensée et de l'action « en dessous de l'État » est-il d'augmenter les capacités des individus qui administreront ensuite l'État. Il faut entendre par là : aptitude des personnes, des organismes et de la société à diriger les affaires avec succès.¹⁰¹ La Déclaration de Paris de 2005 a défini le

97 « *Communis rei publicae sponsio* » Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient & Modern*, 50 (1947).

98 Salons de thé.

99 En Afghanistan, le processus constitutif a été caractérisé par des différences entre la façon dont les décisions sont prises et celle dont elles devraient l'être. L'autorité formelle était minimale et dispersée, le contrôle effectif était inégal et rarement effectué par le centre administratif et gouvernemental du pays, situé à Kaboul. Il a longtemps existé un décalage entre autorité formelle et véritable direction. V. Charles H. Norchi, « Toward the Rule of Law in Afghanistan : The Constitutive Process », in John Montgomery and Dennis Rondinelli, eds., *Beyond Reconstruction in Afghanistan* (2004).

100 Robin M. Williams, Jr., « Change in Stability in Values and Value Systems : A Sociological Perspective », in Milton Rokeach, ed., *Understanding Human Values* 17 (1979).

101 Voir OECD Development Assistance Committee, *The Challenge of Capacity Development : Working Towards Good Practice*. OECD/DCD/GOVNET (2005).

développement de la capacité comme un processus endogène, dirigé de l'intérieur d'un pays, avec des donateurs jouant un rôle de soutien. La direction politique, c'est-à-dire les systèmes politiques et administratifs dominants, sont des facteurs importants car ils créent des occasions et fixent des limites aux efforts de développement des capacités. Il s'agit là des conditions, des processus et des tendances. On peut avoir des occasions de construire «... des processus localement appropriés permettant d'améliorer certaines sphères d'organisation, même lorsque les conditions du système plus étendu sont sous-optimales. »¹⁰² La performance des systèmes du pays – administration, gouvernement, prestation de biens et de services, environnement politique, régulation et environnement légal approprié pour le développement – dépend de la capacité. Un théoricien soutient que, plutôt que d'insister sur les services, l'infrastructure et les transferts de capitaux, les pays donateurs et les organismes internationaux devraient définir la capacité elle-même comme objectif premier de toute aide au développement.¹⁰³

Le Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE considère que le développement des capacités doit être mis en application à trois niveaux d'analyse : (1) l'individu, (2) l'organisation et (3) l'environnement favorable. L'échelon individuel concerne les qualifications principales qui peuvent être acquises par des cours de formation soutenus par la rétroaction continue. L'organisation inclut aussi bien les arrangements informels que formels. Un environnement favorable influence le comportement individuel et organisationnel par les motivations qu'il crée. La capacité principale qui doit être recherchée est la prise de décision individuelle, ou la gestion de points bien ciblés. « Le principe directeur dominant dans le choix devrait être celui de la dignité humaine, de la valeur innée de chaque être humain et de son droit à l'autoréalisation optimale ainsi que d'un partage maximal de toutes les valeurs sociales. »¹⁰⁴ C'est une « pensée en dessous » de l'impératif d'État.

La vraie capacité de décision pour le « Nation-Building » exige qu'un individu soit capable de prendre des décisions constitutives et des décisions d'ordre public. Le défi est d'aider un décideur indigène à saisir le contexte dans lequel il fonctionne, pour formuler des objectifs, déceler les obstacles potentiels et afin qu'il utilise une méthode de choix dans l'intérêt commun. La prise de décision efficace est une compétence essentielle de l'administration, du gouvernement et du processus constitutif à chaque niveau de la communauté. Une certaine capacité de décision est un préalable pour le développement constitutif et pour la production d'une gamme de résultats valorisants tels que la puissance, le bien-être, la compétence, le respect, la richesse, l'instruction, l'affection et la rectitude. En l'absence de capacité décisionnelle d'un éventail assez large des acteurs, des textes juridiques comme

102 *Id.*,

103 Voir Francis Fukuyama, *State Building : Governance and World Order in the 21st Century* 82-91 (2004).

104 W. Michael Reisman, *Nullity and Revision, The Review and Enforcement of International Judgments and Awards* 260 (1971).

les constitutions toutes neuves demeureront plus des textes qu'un processus, plus un mythe qu'un code opérationnel. Une philosophie « en dessous de l'État » de reconstruction reconnaît ce point.

CONCLUSION : DE LA PHILOSOPHIE A LA PRAXIS

Le problème des États faibles (les communautés dans lesquelles vivent des êtres humains) dans le système international du XXI^e siècle est une question de vitesse. Il y a les variations géographiques de développement normatif, de développement institutionnel et d'effondrement. La plupart des États-Nations ont dépassé le modèle hobbesien de l'État de nature pour réaliser un ordre public minimum. Quelques États approchent un modèle kantien d'ordre public optimal, mais il reste un trop grand nombre d'États faibles ou en faillite qui ne sont pas parvenus à dépasser la réalité exprimée par Thucydide quand il rapporte le dialogue de Mélos pendant les guerres du Péloponnèse, où les Spartiates ont proclamé que les « forts font ce qu'ils veulent et les faibles font ce qu'ils doivent. »¹⁰⁵ C'est la *problématique* plus large des États faibles : ils semblent être des lieux de reconstruction permanente. « Le défi des juristes et de la doctrine doit être de clarifier sans arrêt les intérêts communs de cette communauté qui ne cesse d'évoluer, en se référant aux politiques historiques et sans oublier que les accords constitutifs et institutionnels qui ont été conçus pour y arriver risquent de n'être plus convenables ou efficaces. »¹⁰⁶

Dans un contexte hobbesien, une philosophie de « Nation-Building » centrée sur l'État, peut produire ce que j'appelle le « mal-développement » [*dissvelopment*]. Le mal-développement est un renversement. Ainsi, des structures étatiques et des institutions juridiques hors de portée du peuple sont soutenues et renforcées tandis que les processus informels et les communautés de base sont négligés. Des processus sociaux mis en mouvement à la suite d'une intervention extérieure sont ralentis ou renversés. Des normes et des pratiques émergentes, telles que le suffrage universel ou la prise de décision bien informée, cessent. Le réalignement des processus de valeur tels que l'accroissement du respect, le large accès à la puissance et l'instruction, se bloque. Les élites au pouvoir, dont les rôles ont été escamotés, reviennent sur scène. Il peut y avoir un retour aux pratiques coutumières non diversifiées. Les processus de décision légitimes soigneusement consolidés en retournent à la prise de décision par pure puissance.

Une communauté mal développée ne peut fournir de valeurs à ses membres. Elle devient le type d'ordre social que Jacques Maritain décrit et dans lequel «... la personne, isolée, nue, sans l'armure sociale pour se soutenir et se protéger, est laissée à la merci de toutes les forces voraces qui menacent la vie de l'âme, exposée aux actions et aux réactions implacables d'intérêts et

105 Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*.

106 W. Michael Reisman, « International Law After The Cold War », 84 *Am. J.L.L.* 859, 860-64 (1990).

d'appétits contradictoires. »¹⁰⁷ Si l'expérience dominante devient l'insécurité, c'est vraisemblablement la plongée dans le chaos et la violence qui menace les structures étatiques fragiles en devenir.

Une philosophie axée sur l'État peut contribuer au phénomène du « faux État » en négligeant les éléments fondamentaux des États qui fonctionnent bien. Un faux État évolue seulement dans le mythe, un régime dont la vraie puissance réside dans des endroits diffus, qui n'ont pas de rapport avec le centre. Une constitution y serait en place, les ministères y seraient en pleine activité, le gouvernement aurait un siège aux Nations Unies et ratifierait les principaux instruments internationaux des droits de l'homme, mais la direction effective et l'autorité du gouvernement y seraient confinées au centre et ne pourraient toucher les masses populaires ; les seigneurs de la guerre et leurs armées y administreraient les provinces et la culture du pavot, s'engageraient dans le banditisme et imposeraient des « impôts » aux caravanes.

La doctrine et les praticiens ont posé comme principe une architecture juridique du « Nation-Building ».¹⁰⁸ Dans ce cas, elle doit être fondée sur une théorie du droit. La reconstruction des États défaillants exige une philosophie juridique appliquée identifiant explicitement les valeurs de la communauté ou du groupe qui les aidera à façonner leur vision de leur propre futur. Le besoin d'une philosophie du droit qui identifiera les ressources à la disposition des communautés se fait sentir, pour valider leurs atouts et leurs aptitudes, leur permettre de tirer parti de leurs propres valeurs, de leur culture, afin de participer au maximum à l'ordre public de la communauté mondiale. Une telle philosophie doit servir de guide dans les profondeurs verticales des droits et du développement. En tant qu'outil décisionnel efficace, elle permettra des conceptions et des tendances claires de l'autorité et la direction. Ainsi, la réelle participation à la décision pourra être estimée, y compris les attentes des membres de la communauté à ce propos.¹⁰⁹ Le travail profondément contextuel de « Nation-Building » consiste à observer et écouter des êtres humains vulnérables, et à évaluer des phénomènes sociaux sur lesquels ils risquent d'avoir peu d'influence. Une philosophie efficace pour reconstruire les États se devrait d'expliquer leur point de vue.

Une philosophie « en dessous de l'État » devrait considérer le développement comme un processus participatif autonome de réalisation de valeurs conduisant à un perfectionnement toujours croissant de la dignité humaine. Les personnes vulnérables ou déshéritées sont trop souvent traitées comme objets du développement et des droits de l'homme plutôt qu'en sujets véritablement actifs. Ils sont vus comme des subordonnés politiques et se contentent de recevoir des ordres. Néanmoins, ce sont eux les agents de leur propre choix

107 Jacques Maritain, *Trois réformateurs : Luther, Descartes, Rousseau, avec six portraits*, Paris, Plon (1925).

108 V. « Nation-Building : A Legal Architecture ? », *Maine L. R.*, vol 60, no. 2 (2008).

109 V. Harold D. Lasswell & Myres S. McDougal, « Trends in Theories about Law : Maintaining Observational Standpoint and Delimiting the Focus of Inquiry », 8 *Toledo L.R.* 1 (1976).

et ils méritent une philosophie qui les traite en supérieurs politiques.¹¹⁰ Toute approche à la reconstruction doit suivre l'avertissement d'Olivier Roy : «... le problème n'est pas d'opposer un modèle occidental de démocratie à une culture politique autoritaire nationale, mais d'enraciner la démocratie dans la culture politique locale. Sinon, la politique de renforcement de la société civile par la pression politique et militaire, aussi bien que par celle des ONG, a un effet perturbateur et peut mener à une réaction conservatrice, nationaliste et religieuse. »¹¹¹ Pour le technocrate, le problème demeure celui que l'historien Eric Hobsbawm a décrit, « les anciennes cartes qui ont guidé des êtres humains séparément et collectivement à travers la vie, ne représentent plus le paysage où nous nous déplaçons, la mer sur laquelle nous naviguons... »¹¹²

Selon le mythe de Prométhée, les espèces mortelles ont été dotées à leur naissance de diverses ressources pour survivre. Parmi ceux-là, les mortels doués de raison, les humains, se sont retrouvés avec peu de pouvoirs. Aussi Prométhée a-t-il volé le feu au dieu Héphaïstos et la sagesse dans les arts à Athéna. Mais Prométhée a divisé les compétences, en donnant à certains et pas à d'autres.¹¹³ Les communautés les plus pauvres et les plus marginales ont été oubliées par Prométhée, ce qui les a laissées exposées, vulnérables et orphelines. On retrouve les orphelins de Prométhée dans beaucoup de communautés vulnérables, mais surtout dans les États faibles. Ils pourraient tirer bénéfice d'une philosophie qui les aide à utiliser leurs aptitudes individuelles et communautaires, reposant sur leurs valeurs et leurs forces, pour participer à leur propre développement. Ils profiteraient d'une philosophie conçue pour faciliter le développement de leurs qualifications, la résolution de leurs problèmes et pour protéger ces systèmes. Les orphelins de Prométhée méritent une philosophie de « Nation-Building » qui renforce leur capacité à participer à la réalisation d'un avenir proche de celui qu'ils imaginent. Une philosophie « en dessous de l'État » pourrait répondre au grand défi de la reconstruction des États, un défi qui est également celui de cet âge des extrêmes : élever les orphelins prométhéens à la dignité humaine.

110 V. W. Michael Reisman, « A Jurisprudence from the Perspective of the "Political Superior" » 23 *N. Ky. L. Rev.* 1 (1996).

111 Olivier Roy, « Development & Political Legitimacy: The Cases of Iraq and Afghanistan », 4 *Conflict, Security and Development* 167-179 (August 2004).

112 Eric Hobsbawm, *The Age of Extremes* 16 (1995).

113 Voir Platon, *Protagoras* (320d-324d).