

**DIFFICULTÉS À DÉCONSTRUIRE
ET OPPORTUNITÉ DE REFONDER LE DROIT (INTERNATIONAL)
À PARTIR DU DROIT (DE LA RECONNAISSANCE)**

Diane BERNARD¹

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

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

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

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

¹ Professeure, Université Saint-Louis – Bruxelles.

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

Le « droit de la reconnaissance » a été identifié par Emmanuelle Tourme Jouannet comme une tendance à tout le moins, en 2011², puis plus fermement comme « une nouvelle branche du droit international »³. Cette autrice soutient que la société postcoloniale et post-guerre froide était (et demeure) marquée d'une part par des inégalités économiques entre États, lesquelles contredisent le principe de leur égale souveraineté, et d'autre part par la non reconnaissance des revendications culturelles et identitaires portées par certains groupes ethniques, États non reconnus et minorités. Pour elle, l'origine libérale du droit international le rend inapte à lutter contre ces injustices : l'égalité formelle trouve rapidement ses limites face aux inégalités économiques et aux nouvelles revendications socio-culturelles. Selon Emmanuelle Tourme Jouannet, la société internationale oppose néanmoins deux réponses, inabouties autant que cruciales, à ces inégalités : le développement et la reconnaissance.

Dans la seconde partie de son ouvrage *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, qui nous intéresse ici, il n'est pas question de la reconnaissance de (nouveaux) États : l'autrice entend traiter des dispositions de droit international protégeant et promouvant les particularités identitaires et culturelles, en particulier lorsque ces dernières sont dévaluées. Fondamentalement différent du droit du développement, « [c]e droit relatif à la reconnaissance est nouveau. Il permet [...] de prendre en charge des exigences formulées en termes symboliques et culturels, et non plus en termes d'intérêts matériels rationnellement définis »⁴. Ce droit nouveau vise à répondre aux revendications d'égalité « immatérielle », liées au genre, à la langue, l'histoire, la culture, la religion *et caetera* ; ses trois objets principaux sont la lutte contre la domination culturelle, la préservation des identités locales et les réparations revendiquées par des groupes historiquement dominés⁵. Outre qu'elle synthétise rapidement plusieurs reproches adressés aux théories de la reconnaissance⁶, Emmanuelle Tourme Jouannet se défait de certaines illusions que pourrait nourrir pareil programme : elle pointe la difficulté de distinguer revendications légitimes et pratiques fondamentalistes ou extrémistes, souligne les liens entre reconnaissance et considérations économiques (la diversité culturelle paraît faiblement armée face au pouvoir économique et socio-politique) et relève, enfin, le caractère « uniformisateur », lissant, de l'action juridique pour la reconnaissance – chercher à faire juridiquement reconnaître une différence implique en effet de « jouer le jeu du droit », de se *soumettre* à un ordre juridique.

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

2 E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011, p. 297.

3 Voy. notam. E. TOURME JOUANNET, « Le droit international de la reconnaissance », in E. TOURME JOUANNET, H. MUIR WATT, O. DE FROUVILLE et J. MATRINGE (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, 2016, p. 7.

4 E. TOURME JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, *op. cit.*, p. 279.

5 *Ibid.*, p. 173.

6 *Ibid.*, p. 281.

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

L'appareil théorique développé par E. Tourme Jouannet est explicitement fondé sur les types d'injustice et pistes de solution conceptualisés par Nancy Fraser, dans diverses publications (synthétisées dans l'ouvrage qu'elle a publié en 2005, en français⁷). Au fond, la juriste française prend au mot la position de la philosophe états-unienne, quand cette dernière écrit :

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

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

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

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

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

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

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

Une question point néanmoins : le droit de la reconnaissance peut-il répondre aux objectifs de déconstruction soutenu par N. Fraser, lorsqu'elle souhaite que l'on puisse, à partir d'un mouvement de reconnaissance notamment, « désinstitutionnaliser les modèles de valeurs culturelles, qui sont un obstacle à la parité de participation, et les remplacer par des modèles qui la nourrissent »¹¹ ? Plus précisément, les juristes sont-ils en mesure, de leur point de vue *de juristes*, d'ébranler leur objet, d'interroger la force ou l'opportunité du *droit* international comme structure, pour affronter l'enjeu de la reconnaissance¹² ?

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

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

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

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

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

12 En un sens proche, voy. les interrogations de J. D'ASPREMONT, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international », in E. TOURME JOUANNET, H. MUIR WATT, O. DE FROUVILLE et J. MATRINGE (dir.), op. cit., p. 45 notam. À l'inverse, certains conçoivent le droit et ses institutions comme des artisans de changement, voy. par ex. S. SASSEN, « L'émergence d'une multiplication d'assemblages de territoire, d'autorités et de droits », in M. WIEVIORKA (dir.), *Les sciences sociales en mutation*, Ed. Sciences Humaines, 2007, p. 211-227.

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

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

À des conditions très exigeantes, il semble théoriquement possible d'adopter un point de vue qui serve cette ambition, tout en dépassant le recours seulement « cosmétique » à la philosophie¹⁴ ou aux sciences non juridiques : c'est la piste qu'ouvre la théorisation d'un point de vue « externe modéré » à adopter en sciences juridiques, tel que conçu par Herbert Hart, vivifié par François Ost et Michel van de Kerchove et officiellement endossé par Emmanuelle Tourme Jouannet¹⁵.

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

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

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

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

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

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

Un suivi plus rigoureux de pareille démarche permettrait sans doute d'affiner certaines analyses d'Emmanuelle Tourme Jouannet : par exemple, la différence établie par Nancy Fraser¹⁹ entre « modèle statutaire de reconnaissance » et « modèle identitaire » ne nous paraît pas suffisamment prise en compte dans les études du « droit de la reconnaissance », qui se cantonnent majoritairement à la reconnaissance des États et collectivités dévalués en droit international et paraissent ainsi, parfois, « cherch[er] à contrer les représentations culturelles dégradantes des groupes subordonnés, [...] abstrai[re] le déni de reconnaissance de sa matrice institutionnelle, tranch[er] ses liens à l'économie politique »²⁰ ; autrement dit, par une certaine coupure disciplinaire d'avec leur matrice d'origine, les travaux de certains juristes me paraissent courir le risque de générer quelques-uns des effets contre-productifs de la reconnaissance mal pensée, telle que la dénonce N. Fraser – une forme de communautarisme, une mauvaise articulation avec la saisie des inégalités économiques, voire une « formulation inappropriée des questions de justice »²¹.

Affinant la proposition de Hart, F. Ost et M. van de Kerchove, d'aucuns soutiendront que l'approche des juristes internationalistes qui ont lu et mobilisent N. Fraser relève d'un point de vue *interne* modéré plutôt que du point de vue externe modéré, en ce qu'ils partent du droit pour y revenir²², mais ces distingos épistémologiques ne grèvent pas le caractère encourageant de notre conclusion méthodologique : il paraît théoriquement possible de s'accommoder de la différence d'objet et de champ entre N. Fraser et E. Tourme Jouannet et, même, d'en faire une force, à condition sans doute de visibiliser la méthodologie qu'on adopte. La différence entre philosophie politique et droit international, quant au champ, ou entre justice sociale et branche de droit, quant à l'objet, ne signe pas l'impossibilité d'un dialogue : au contraire, il est méthodologiquement concevable que des travaux aux objets aussi proches soient *articulés* l'un à l'autre, et y gagnent dès lors en qualité et en précision – chacun de ces discours sur le réel pouvant contribuer à améliorer la justesse de l'autre. Au titre d'un effort permanent de précision de leur position, d'articulation de ses objets et de distinction de ses méthodes d'avec ceux d'interlocuteurs partant de points de vue distincts, les juristes peuvent, après s'être nourris des études d'autres observateurs, revenir à leur objet et à leur pratique – suivant ainsi le mouvement même de la réflexivité critique.

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

19 Voy. N. FRASER, « Rethinking recognition », *art. cit.*, p. 107-120.

20 N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ?*, *op. cit.*, p. 92.

21 *Ibid.*

22 A. BAILLEUX et H. DUMONT, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010/2, p. 275-293.

II. Faire société ?

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

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

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

A. Questionner l'existence d'une société internationale

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

Premièrement, on ne voit guère quelle cohésion sociale *a minima* fonderait la société internationale. Ainsi que l'ont écrit Thomas Lindemann et Julie Saada²³, entre autres, il paraît difficile de penser une société internationale suffisamment intégrée pour qu'une conception du bien, même minimale, puisse être partagée par l'ensemble de ses membres – et que, par conséquent, les processus de reconnaissance ou les dénis de celle-ci puissent être formulés à partir d'un langage moral commun.

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

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

Par ailleurs et deuxièmement, il nous semble que le droit international a la polycentralité pour réalité et vision²⁵, ce qui vient affaiblir les analyses globalisantes d'une société internationale. Une brève analyse de l'Organisation des Nations unies confirme cette idée²⁶ : si l'Assemblée générale paraît toute désignée pour constituer le terreau de la communauté internationale, elle est dépourvue de véritable pouvoir contraignant et ne peut qu'émettre des recommandations ; quant au Conseil de Sécurité, qui prétend tenir le rôle de garant de l'ordre public mondial, il est tout à fait conditionné par l'état des relations entre certaines grandes puissances – il n'y a pas, dans ces institutions, de centralisation résolue. Plus généralement, les dissensions politiques et idéologiques qui agitent le monde²⁷ rendent improbable une quelconque fusion des différents systèmes juridiques en place – à moins qu'un État particulier (une superpuissance) n'impose son propre système au monde²⁸, ce qui ne correspondrait guère à la société luttant contre les inégalités que paraît supposer Emmanuelle Tourme Jouannet. Pour le dire simplement, l'unité ne paraît pas d'application, même dans une vision modérée, moins centralisatrice qu'un « ordre » international. Ainsi se développe le modèle faible d'un « mouvement fort en faveur d'un système universel de droit transnational », dans lequel les systèmes de justice seraient « de simples supports d'une justiciabilité universelle visant à assurer un respect accru des droits de l'homme »²⁹ ; ses acteurs et leurs rôles sont mal définis et tant sa conceptualisation que son effectivité sont à peine esquissés³⁰. Bref, « il n'y a guère à ce jour d'ordre juridique international : seules existent des règles disparates impuissantes à définir une ordonnance hors de l'esprit de ceux qui arbitrairement y découvrent un système »³¹ ; « il n'existe pas un droit des articulations apte à livrer un ensemble construit de solutions »³² ; « les points de contact ne font pas disparaître les frontières »³³ ; « le droit international est moins un système que tout autre ordre juridique. C'est une série de grappes de normes qui fleurissent çà et là et se superposent de façon empirique »³⁴.

24 E. TOURME JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, op. cit., p. 280 notam.

25 A. LEJBOWICZ, *Philosophie du droit international – l'impossible capture de l'humanité*, PUF, 1999, p. 399.

26 A. PAPAUX et E. WYLER, *L'éthique du droit international*, coll. Que sais-je ?, PUF, 1997, p. 57.

27 O. CORTEN et al. (dir.), *À la recherche du nouvel ordre mondial – I. « Le droit international à l'épreuve »*, Complexe éd., 1993, p. 1.

28 R. HAVEMAN, « Epilogue : a system sui generis » in R. HAVEMAN, O. KAVRAN et J. NICHOLLS, *Supranational Criminal Law : a system sui generis*, Intersentia, 2003 p. 347.

29 R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans état et sans territoire », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 133.

30 *Ibid.*, p. 144.

31 J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 58.

32 J.-S. BERGE, « Les interactions du droit international et européen », *JDI*, 2009/3, § 1.

33 H. ASCENSIO, « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général » in M. DELMAS-MARTY, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 408.

34 R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 291.

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

Au fond, Nancy Fraser paraît parfois assumer mieux la fin du « cadre étatique territorial westphalien » que certains juristes, lorsqu'elle dresse le bilan du transnationalisme et du cosmopolitisme³⁵ : pour elle, l'ébranlement du système (sans renversement radical, cela dit) implique que les lieux de justice se déplacent et échappent au monopole de l'État. Dans « Repenser la reconnaissance », elle relève ainsi que les revendications culturelles gagnent en importance au moment même où l'État perd le monopole normatif : « il est impératif », dit-elle, « de formuler les problèmes au niveau adéquat : il faut déterminer quels problèmes sont authentiquement nationaux, locaux, régionaux et mondiaux, parce que les luttes actuelles sont souvent menées dans un cadre erroné »³⁶, d'autant plus que les États sont moins puissants depuis la fin de la Seconde guerre mondiale et ne constituent par définition pas un *forum* de justice adéquat aux inégalités transfrontières. Ceci entraîne, selon Fraser toujours, un « problème de [...] déformation de la perspective », une « forme spécifique de méta-injustice », qui consiste à ce qu'on ne puisse opposer l'injustice à ceux qui l'instituent ou en bénéficient mais seulement à un État – lequel est dépassé. C'est là une erreur d'échelle, de « *scales of justice* »³⁷. Pour N. Fraser, la manipulation de l'espace politique et sa domination par certains demeurent au cœur de la structure étatique, tandis que le manque de parité dans la participation sociale s'y renforce ; elle plaide donc pour un espace politique dépassant l'ordre national, celui-ci étant non seulement *inique* (notamment par son élitisme et son masculinisme) mais aussi *inapte* à traiter des enjeux transfrontières.

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

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

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

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

les inégalités économiques et culturelles [...]. Si l'on voulait adopter des solutions transformatrices, celles-ci devraient s'attaquer aux structures de base de l'économie et de la culture et prendre, par exemple, la forme de la décroissance économique et de la déconstruction culturelle »³⁸. Un pas plus loin, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?* paraît négliger certains pans importants de la littérature critique (notamment postmarxiste) : pensons par exemple aux études démontrant que le potentiel émancipateur des droits fondamentaux est étouffé par leur inclusion dans les politiques de développement, sous le poids institutionnel et bureaucratique en particulier³⁹ (le *workshop* international organisé à Sciences Po Lyon, en 2016, ainsi que cet ouvrage, montrent cependant que le dialogue à ce sujet a lieu, et que ce commentaire n'a donc peut-être plus lieu d'être).

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

B. Reconnaître juridiquement pour inclure socialement

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

La science du droit révèle un constat paradoxal : on observe aujourd'hui une juridicisation (et/ou judiciarisation) de la société, c'est-à-dire un recours croissant au droit (et/ou aux tribunaux) dans les relations sociales, contentieuses ou non ; largement posé et commenté⁴⁰, ce diagnostic de *verrechtlichung* s'accompagne de diverses critiques adressées au droit et à l'institution judiciaire, en tant que modes de prévention et de régulation des conflits ; on observe une perte de confiance en l'appareil normatif au sens classique du terme⁴¹ qui ne se limite pas aux critiques radicales du droit, qu'elles soient féministes, postcolonialistes ou culturelles : plus généralement, usagers, praticiens et chercheurs dénoncent l'inefficacité du droit dans divers secteurs⁴². S'articulent ainsi un appel au droit et un rejet de ce dernier.

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

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

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

41 Par ex. E. CLASE, W. DEVROE et B. KEIRSBILCK (eds), *Facing the limits of law*, Springer, 2009 ; M. CONSTABLE, *Just silences : the limits and possibilities of modern law*, Princeton UP, 2007 ; P.H. SHUCK, « The limits of law : essays on democratic governance », Yale Law School, Program for Studies in Law, Economics and Public Policy, Working Paper n° 224, 2000 ; A. SARAT, L. DOUGLAS et M.M. UMPHREY (eds), *The limits of law*, Stanford UP, 2005.

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

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

Pareil positionnement émerge d'un certain terreau philosophique : d'abord, très généralement, il prolonge les théories du droit comme langage (le symbolique étant là, dans le fait de parler, d'habiter l'écart entre les mots et le réel et de se représenter cette division langagière, et le droit étant par définition constitutif d'un pouvoir sur et par le langage), voire comme mythe. Plus précisément et avec un enthousiasme variable, il renvoie aux travaux de Cornélius Castoriadis⁴³, Paul Ricœur⁴⁴, Pierre Legendre⁴⁵ (et, derrière lui, Alain Supiot⁴⁶), outre François Ost : ce dernier écrit ainsi que le droit poursuit une finalité anthropologique, d'institution de l'humain, « défini[e], en toute première approximation, par l'accès au langage, à l'ordre du symbolique, du tiers institué, de la loi commune, et finalement de l'interdit et de la limite. Toutes ces réalités, qui font système, n'ont pas pour but d'enfermer l'homme dans un carcan, mais au contraire, de lui assurer identité et autonomie, de le préserver du fantasme d'être tout (et notamment l'auteur de la loi), de le garder ainsi de la folie et de la violence – bref de l'équiper pour activer, comme un être libre, le lien social qui le constitue »⁴⁷. Dans

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

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

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

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

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

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

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

Si cette hypothèse a une vocation transversale, elle paraît particulièrement saisissante quand on l'applique au « droit de la reconnaissance », dans ses dimensions théoriques autant que phénoménologique. Antoine Garapon, bien qu'il se concentre sur le judiciaire⁴⁸ et ne travaille guère aux évolutions du droit international que problématise E. Tourme Jouannet, nous paraît l'avoir explicité⁴⁹, en se fondant notamment sur les travaux de N. Fraser et plus particulièrement sur ceux de Paul Ricœur – autant de sources qui font raisonner son travail avec celui des internationalistes investis dans une réflexion sur le droit de la reconnaissance, sachant que Ricœur pense la reconnaissance à partir d'une réflexion sur l'injustice et, plus précisément, à la suite des drames de la guerre de 1939-1945. En effet, A. Garapon nous paraît soutenir l'hypothèse du droit comme force instituante, clef sociétale, et *mutatis mutandis* celle de la position potentiellement centrale du droit de la reconnaissance à cet égard, en droit international, lorsqu'il écrit que « la reconnaissance restitue l'épaisseur anthropologique du temps politique qui ne peut s'estimer être définitivement sorti du moment de la reconnaissance, qui ne peut se nourrir que des formes procédurales, qui hésite toujours entre plusieurs temporalités, celle des commencements et celle du temps ordinaire, l'espace des institutions mais aussi leur au-delà, le droit positif et ce qui le dépasse : la reconnaissance. La politique démocratique vit du conflit maintenu entre le temps poétique de la fondation et la prose du temps ordinaire. La présence de formes de reconnaissance, qui réapparaissent çà et là à divers moments de notre vie politique, rappelle ce moment épochal préjuridique : en coexistant avec le droit formel, ces formes de reconnaissance instaurent une distance intérieure à la vie des institutions. Elles rejouent à l'infini un passage initial et dessinent un horizon, qui vient rompre la monotonie de nos démocraties et la prose du droit positif »⁵⁰.

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

48 Voy. A. GARAPON, « La dimension cérémonielle de la reconnaissance dans la justice », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2014, vol. 281, p. 73-87.

49 A. GARAPON, « Justice et reconnaissance », *Esprit*, 2006, 3 (mars/avril), p. 231-248.

50 *Ibid.*, p. 248.