

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

Laura CANALI¹

Résumé

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

Abstract

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

¹ Doctorante, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

« Par quel moyen les masses compartimentées par des frontières, parviendraient-elles à s'unir et à imposer aux différents gouvernements une institution qui serait une véritable magistrature populaire ? »². C'est en 1966 que Sartre formulait cette question, lors de l'inauguration du premier procès fictif. Ce faux-tribunal avait alors pour objet de juger les États-Unis pour les crimes commis durant la guerre du Viêt Nam. Au fil des décennies, cette pratique d'assemblées délibératives citoyennes non judiciaires n'a eu de cesse de se développer. À titre d'exemple, le Tribunal permanent des Peuples (TPP) est né en 1979 à Bologne sous l'égide de l'avocat Lelio Basso³. Depuis sa création le TPP a délibéré sur l'inapplication et la violation du droit en Argentine, en Algérie, au Guatemala, en Arménie, au Tibet, ou bien en Inde⁴. La cause environnementale est de plus en plus présente dans les procès citoyens, comme dans le Tribunal international des droits de la nature⁵, le Tribunal international Monsanto⁶ ou plus récemment le TPP relatif à la fracturation hydraulique et les droits humains⁷.

Tribunal permanent des peuples, tribunal d'opinion, citoyen, de conscience : plusieurs dénominations existent⁸. Néanmoins, ils ont tous en commun d'être des simulations judiciaires et visent, en reproduisant le rituel judiciaire⁹, à combler les carences du droit existant. En effet, face aux lacunes de certains mécanismes juridiques et juridictionnels, les victimes et les membres de la société civile se rassemblent. En parallèle des mobilisations politiques plus traditionnelles, la théâtralisation du prétoire sert de vecteur à la construction d'une mobilisation militante faisant une utilisation politique du droit¹⁰. Ainsi, des cours fictives émergent, nées de la seule détermination de la société civile. Ces instances ne relèvent donc ni de l'ordre juridictionnel d'un État, ni ne sont une juridiction mise en place *ad hoc* par une organisation internationale. Ces tribunaux sont chargés d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables à des événements ou des situations problématiques, qui préoccupent et affectent directement des personnes ou des groupes de personnes, ainsi que l'ensemble de la société. Pour rendre compte de ce phénomène, cette contribution retient le terme de procès fictif. En effet, la fiction permet à ce phénomène d'exister sans avoir à s'insérer dans un ordre juridique, ni à justifier d'une quelconque autorité et compétence prévue légalement. Pour cela, cette justice citoyenne et non législative, interroge voire inquiète en ce qu'elle fait ressurgir le spectre d'une justice privée. Déjà en 1967, la nature de ces procès avait soulevé une certaine crainte. Dans une lettre adressée à Sartre, le Général de Gaulle dénonçait le fait que des justiciables puissent s'arroger le droit de rendre la justice. Il écrivait ainsi que « toute justice dans son principe comme

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

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

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

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

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

7 Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <https://www.tribunalonfracking.org/wp-content/uploads/2019/04/AO-final-4-12-19.pdf>

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

9 A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 2001, 354 p.

10 Voy. en ce sens les travaux en langue française de L. ISRAËL, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et société*, 2001/3 (n° 49), p. 793-824, *L'arme du droit*, Les presses de Science Po, Coll. Résister, Paris, 2009, 137 p ; ainsi que ceux en langue anglaise A. SARAT, S. SCHAINGOLD, *Cause lawyering and the State in a Global Era*, Oxford University Press, New York, 2001, 432 p.

dans son exécution n'appartient qu'à l'État »¹¹. La justice est une prérogative étatique, alors que celle rendue par les tribunaux d'opinion est issue de personnes privées. Les procès fictifs ne tirent ainsi aucune légitimité étatique. Hors de toute légitimité juridique, les procès fictifs cherchent à acquérir une légitimité morale par les causes qu'ils défendent. En effet, bien que ces tribunaux soient fictifs, le droit utilisé ne l'est généralement pas. Au contraire, ces procès cherchent à mettre en exergue l'inapplication du droit par les États ainsi que par des personnes privées. Les procès fictifs se confrontent alors au phénomène de violation du droit et au déni de justice. Cette étude a pour intention de nuancer l'approche classique faite du phénomène d'inapplication du droit. L'inapplication du droit ne donne pas forcément lieu à un vide ou à une impasse, mais au contraire déplace les foyers de discussion et de création du droit dans de nouveaux espaces. Le procès fictif, comme champ d'études, permet tout autant d'explorer les causes de l'inapplication de la règle juridique, que de montrer certaines limites structurelles des systèmes juridiques nationaux ou internationaux. Il permet aussi d'appréhender les limites intrinsèques des procès fictifs ainsi que les conséquences que ce phénomène peut avoir sur le droit réel.

Plan de l'étude. Si l'inapplication du droit est l'une des raisons principales conduisant à la formation des procès fictifs (I), ces instances citoyennes apportent une réponse limitée à l'inapplication du droit (II). Toutefois, le dynamisme et la créativité dont font preuve ces procès permettent de dessiner et d'inventer potentiellement le droit de demain (III).

I. Des procès fictifs nés pour partie de l'inapplication du droit

L'inapplication de la norme affecte potentiellement la situation juridique d'une ou plusieurs personnes. Pour que soit rétabli l'équilibre rompu, les individus se tournent vers les juges en exerçant leur droit d'accès à un tribunal. Les juges sont saisis de cet incident dans le fonctionnement du droit et *in fine*, en disant le droit, rendent possible son application. L'intervention du juge permet aux justiciables de réaliser l'application de leurs droits. C'est en se fondant sur cette nécessité de rendre les droits effectifs que de nombreux pays reconnaissent le droit d'accès au juge comme un droit fondamental. Cependant, le droit consacré par les textes n'est pas toujours et partout appliqué. L'étude conduit en premier lieu à envisager l'inapplication du droit comme l'une des causes des procès fictifs (A) et en second lieu à appréhender l'application du droit comme l'objet des procès fictifs (B).

A. La cause des procès fictifs

La notion de cause, retenue ici, fait référence aux raisons qui mènent les procès fictifs à se constituer. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, cette étude retient que l'une des causes principales des procès fictifs réside dans l'inapplication du droit. Les tribunaux citoyens considèrent que l'État n'a pas réussi à mettre en œuvre les règles qu'il proclame et a échoué à en assurer l'application par

¹¹ Lettre adressée le 19 avril 1967 par le Général de Gaulle publiée dans *Le Monde* du 25 avril 1967, réponse ouverte dans le *Nouvel Observateur* le 26 avril 1967 de J.-P. SARTRE.

le prononcé de sanctions ou de mesures de réparations satisfaisantes. Il faut alors distinguer les différentes raisons qui conduisent à la création d'un procès fictif. Tout d'abord, la création d'une instance citoyenne s'explique par l'absence d'accès à une juridiction (1). Ensuite, la cause de certains procès fictifs réside, non plus dans l'absence de juridiction à saisir, mais dans les différents obstacles qui surgissent pour un justiciable sur le chemin menant au prétoire (2).

1. *L'absence de juridiction*

L'application du droit est l'acte d'un justiciable qui demande auprès du juge le prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui n'a pas respecté la règle¹². L'application du droit se réalise la plupart du temps de manière non-contentieuse¹³, toutefois le prononcé d'une décision juridictionnelle permet d'appliquer le droit en posant la règle sur les faits. Ainsi, le procès n'a pas pour seule vocation de trancher un litige, il est aussi un instrument d'application puis de concrétisation du droit positif. Le jugement représente pour les justiciables l'un des moments privilégiés où se vérifie et « s'éprouve » la mise en œuvre du droit. La possibilité de saisir un tribunal se doit donc d'être consacrée et préservée. En cela l'accès au juge est un droit fondamental en raison des liens étroits qu'il entretient avec l'accès au droit en général. L'accès au juge est à la fois un instrument et une garantie de la concrétisation des droits. Si le droit n'a pas besoin d'un juge pour être appliqué, les juridictions remplissent un rôle primordial lorsqu'un droit est nié ou tout du moins semble l'être. Le droit d'accès à une juridiction est parfois un préalable indispensable pour l'exercice d'autres droits et libertés. Retirer toute possibilité d'accéder à un juge serait reconnaître la possibilité que certains droits restent inappliqués.

Le droit au recours suppose la capacité effective pour tout individu de faire juger ses prétentions par un tribunal et d'obtenir le respect de ses droits et intérêts légitimes¹⁴. Les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme contiennent des dispositions établissant un droit procédural des victimes à un recours effectif devant les tribunaux¹⁵. Cependant, l'inapplication des droits fondamentaux n'est pas un épiphénomène au sein des différents ordres juridiques. En réaction à la violation des droits de l'homme et face à l'absence d'instance juridictionnelle ouverte aux victimes, la société civile se regroupe pour former de faux procès. Ainsi, le Tribunal permanent des Peuples a été saisi une cinquantaine de fois¹⁶ à la suite de diverses violations des droits des peuples, des droits de l'homme, des droits liés à l'environnement. Le TPP a par exemple été sollicité suite aux violations de nombreux droits fondamentaux de la population algérienne et à l'incapacité

12 Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, n° 79, p. 721.

13 Voy. en ce sens, les réflexions de J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour un droit sans rigueur*, Paris, 1999, 9^e éd. LGDJ, Paris, p. 25 : « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux – cette pathologie – est infiniment plus petit que le droit ».

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

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

16 Voy. le site internet du TPP : <http://permanentpeopletribunal.org/category/jurisprudence/?lang=en>

pour cette dernière de saisir une juridiction nationale ou internationale¹⁷. En effet, à la sortie de la guerre civile algérienne, le gouvernement a institué une loi d'amnistie en votant la Charte pour la paix et la réconciliation nationale dans le but de mettre un terme à l'affrontement entre islamistes et forces de sécurité¹⁸. L'un des décrets d'application de la Charte dispose en son article 45 qu'

« aucune poursuite ne peut être engagée, à titre individuel ou collectif, à l'encontre des éléments des forces de défense et de sécurité de la République, toutes composantes confondues, pour des actions menées en vue de la protection des personnes et des biens, de la sauvegarde de la Nation et de la préservation des institutions de la République algérienne démocratique et populaire »¹⁹.

Les lois d'amnistie, appelées aussi parfois lois d'impunité, s'opposent au prononcé d'une vérité juridique²⁰. Elles empêchent la tenue d'enquêtes, de traduire en justice et de sanctionner les responsables de violations²¹. Les victimes, privées de recours juridictionnel, ne peuvent ni demander réparation des préjudices subis ni voir prononcer des sanctions contre les coupables. Les procès fictifs vont permettre de contourner ces difficultés.

2. Les obstacles à la saisine des juridictions

Si le droit d'accès à la justice est reconnu au niveau international et national comme un principe constitutif de l'État de droit, la réalité démontre que les justiciables ne peuvent pas toujours se diriger vers les prétoires. En effet, il existe des obstacles extra-juridiques et juridiques empêchant la tenue d'un procès réel.

Tout d'abord, des considérations non juridiques, de nature politique, économique ou sociale, interfèrent dans l'application effective du droit au juge, de sorte qu'elles deviennent des causes directes de l'inapplication du droit. Le facteur le plus important reste l'inégalité d'accès à la justice²². Un rapport des Nations unies sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté souligne que si la justice n'est pas abordable et accessible, les personnes pauvres ou appartenant à des populations marginalisées ne peuvent revendiquer leurs droits ou dénoncer une violation²³. Face à ces inégalités

17 Le Tribunal permanent des peuples a été saisi en juin 2003 par le Comité de justice pour l'Algérie et des ONG algériennes.

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

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

20 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 6^e éd. 2016, s.v. « Amnistie : terme de droit pénal interne désignant la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations prononcées ». Voy. les nombreux travaux sur les lois d'amnisties tels que : C. STAHN, « United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice : A Change in Practice ? », *RIC*, vol. 84, 2002, spéc. p. 191-195 ; M. PHILIP-GAY, *L'amnistie des dirigeants politiques : contribution à l'étude de la responsabilité en droit constitutionnel comparé et international*, Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III, 2005, 794 p. ; R. MAISON, « L'amnistie en droit international », *Les Cahiers de l'Orient*, n° 94, 2009, p. 119-126 ; P. F. SIMON, « La clause d'amnistie dans les traités de paix », *RGDIP*, 1919, p. 245-261 ; Y. NAVQI, « Amnesty for war crimes : Defining the limits of international recognition », *RICR*, vol. 85, n° 851, p. 583-625.

21 Voy. en ce sens les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, 60/147 Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005.

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

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

sociales, certains justiciables sont dans l'incapacité d'intenter une action en justice. Par exemple, les agriculteurs victimes de puissantes sociétés agroalimentaires, comme Monsanto, qu'ils soient du Burkina Faso, du Bangladesh, de Colombie, de France ou d'Argentine, ne possèdent pas toujours les armes financières, sociales, psychologiques et culturelles pour attirer devant les tribunaux nationaux des sociétés multinationales au poids économique considérable. La difficulté pour certaines victimes de saisir un juge étatique favorise le sentiment d'injustice et de défiance envers la justice.

Les obstacles d'ordre juridique expliquent également la création de faux-tribunaux. Certains principes du droit international public neutralisent directement l'application des dispositions relatives aux droits d'accès à un tribunal. Par exemple, le principe d'immunité de juridiction institue une exemption qui permet aux États d'échapper à la compétence des tribunaux étrangers²⁴. Le phénomène d'inapplication concerne certains domaines en particulier, comme le droit humanitaire et des droits de l'homme en temps de conflits armés. Depuis 1945, la Charte des Nations unies prohibe le recours à la force par un État. Cette règle est également un principe coutumier du droit international public²⁵. Si les recours illégaux à la force subsistent, seul un petit nombre a fait l'objet d'une saisine de la Cour internationale de Justice²⁶. L'impossibilité pour les victimes dans ces situations de faire garantir le respect de leurs droits fondamentaux a souvent eu pour conséquence la création de procès fictifs²⁷.

En ce sens, le TPP a été saisi concernant la violation du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie à l'encontre du peuple kurde²⁸. L'avis du tribunal souligne que de nombreuses affaires ont été présentées à la Cour européenne des Droits de l'Homme sans grand résultat. De plus, la Turquie n'ayant pas signé le Statut de Rome elle est à l'abri de toute saisine internationale²⁹. Face aux difficultés pour les victimes de trouver un tribunal international ou national qui pourrait exercer sa compétence sur ces crimes, le Tribunal permanent des peuples applique le droit international à l'instar des juridictions réelles.

Ensuite, les obstacles à l'accès aux juges existent également lorsque les victimes cherchent à engager la responsabilité des personnes privées, telle que les entreprises multinationales. Les régimes normatifs dans lesquels évoluent les entreprises transnationales favorisent les pratiques de *law shopping*, qui leur permettent de choisir les systèmes et corpus juridiques les plus favorables aux développements de leurs activités. À titre d'exemple, certains contrats internationaux d'investissement³⁰ signés par de grands groupes permettent de neutraliser les droits fondamentaux par des

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

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

26 À titre d'exemple on pourra citer : Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (CIJ, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, 26 nov.1984) ; Plates-formes pétrolières (CIJ, République Islamique d'Iran c. États-Unis, 6 nov.2003) ; Affaire de l'incident aérien du 10 août 1999 (CIJ, Pakistan v. Inde, 21 juin 2000). Voy. en doctrine G. LE FLOCH « Le principe de l'interdiction du recours à la force a-t-il encore valeur positive ? », *Droits et Cultures*, 2009, p. 49-76.

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

28 TPP, Avis consultatif, Session sur les allégations de violation du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie à l'encontre de peuple Kurde, Paris, 15-16 mars 2018.

29 *Ibid.*, p. 7.

30 Dans son rapport du 22 avril 2009 sur les entreprises et les droits de l'homme, le Représentant spécial du Secrétaire Général notait que « l'expérience récente montre que certaines dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un

clauses de stabilisation³¹. L'application du droit en est *de facto* impactée, l'État ne respectant plus certaines de ses obligations au seul motif qu'elles ont été édictées postérieurement à la signature du contrat. Sur le plan procédural, le développement du contentieux transnational relatif à la responsabilité des entreprises et de leurs filiales pour violation des droits de l'homme est un parcours sinueux pour les requérants. Les difficultés rencontrées par les victimes pour obtenir réparation dans l'État où les actes dommageables ont été commis sont nombreuses. La présomption contre le caractère extraterritorial des lois, l'application de la doctrine du *forum non conveniens*³² ou encore la responsabilité limitée de la société mère du fait de la non imputabilité directe des activités de sa filiale³³ sont des règles juridiques qui limitent la tenue d'un procès. Face à cette situation de fait, les procès fictifs soulignent l'impératif de rééquilibrage entre le droit international des droits de l'homme et les devoirs des entreprises³⁴. Ce phénomène novateur outrepassé ainsi la logique selon laquelle les entreprises ne peuvent engager leur responsabilité n'étant pas des sujets de droit international public.

Les procès fictifs mettent en exergue l'existence d'une « schizophrénie » juridique, qui d'un côté proclame des droits individuels à accéder à une juridiction et qui, concomitamment, permet aux États ou à des entités privées d'échapper au contrôle juridictionnel et donc d'agir en inapplication des droits. Face à la difficile, voire impossible, conciliation de droits divergents, les victimes se détournent des canaux institutionnels menant à la justice étatique. La création d'un faux prétoire, privilégiant l'application des droits fondamentaux, devient pour les justiciables une « issue de secours ». Si, l'inapplication du droit est l'une des causes de la constitution des procès fictifs, l'application du droit devient en parallèle l'objet principal des procès fictifs.

B. L'objet des procès fictifs

Comme l'écrivait Sartre lors de son discours inaugural du procès Russel, le tribunal d'opinion est « issu d'un vide et d'un appel »³⁵. Les procès fictifs soulignent à la fois le vide laissé par un droit inappliqué et appellent à ne pas appliquer certains droits existants. L'objet de ces instances populaires est double : elles tentent d'appliquer un droit estimé inappliqué (1) et contestent certaines normes juridiques en les laissant inappliquées (2).

recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri des lois ou règles nouvelles, ou chercher à obtenir du Gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier » ; J. RUGGIE, « Les entreprises et les droits de l'homme : vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer » : A /HCR/11/13, 22 avril 2009, § 30.

31 J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2016, s.v. « Clause de stabilisation » : Une clause de stabilisation peut être définie comme une clause insérée dans des contrats d'investissement ou de développement entre un État et un investisseur privé, en vertu de laquelle le droit applicable au contrat est fixé à la date de la conclusion de contrat, limitant ainsi l'exercice par l'État de sa compétence législative ou réglementaire à l'égard du contrat en question. Le but de la clause est de neutraliser les incidences qu'un changement ultérieur de législations ou de réglementations pourrait avoir sur le contrat ». Voy. en doctrine C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Journal du droit international Clunet*, n° 2, avril 2014, p. 541.

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

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

34 Voy. en ce sens le procès fictif TPP relatif à l'industrie agrochimique transnationale qui s'est tenue à Bangalore les 3 et 6 décembre.

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

1. *L'application du droit existant*

Le premier objet des procès fictifs est d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables aux situations soumises à ces instances citoyennes. Les procès fictifs remplissent alors le vide laissé par les juridictions étatiques dans l'application de la norme générale aux cas particuliers. Récemment, le Tribunal Monsanto a examiné l'impact des activités de cette société sur le droit de l'environnement et les droits de l'homme³⁶. Il s'est prononcé en avril 2017 sur la non-conformité de la conduite de l'entreprise au regard des principes et des règles de droit international³⁷. Au sein de ce tribunal, les plaidoiries ont principalement soulevé l'inapplication du droit à l'alimentation reconnu à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'à la libre recherche scientifique contenue à l'article 15(3), et aux articles 24 § 2 et 27 § 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans son avis consultatif, le tribunal rappelle que les dispositions contenues dans ces traités ne sont pas contraignantes pour les entreprises et s'imposent seulement aux États parties. L'inapplication des normes internationales n'émane donc pas de la société Monsanto, mais des États. Nonobstant cette configuration du droit international public, les juges du tribunal fictif Monsanto soutiennent que ce droit à destination des États peut s'appliquer aux entreprises. En effet, ces conventions établissent selon eux « des normes et valeurs relatives aux droits de l'homme et constituent par conséquent des points de repère normatifs permettant d'évaluer le comportement des entreprises »³⁸. Il s'agit ainsi d'une application horizontale indirecte des droits fondamentaux par les juges du procès Monsanto³⁹.

Les procès fictifs s'attachent aussi à souligner l'inapplication du droit par les États en temps de conflits. Ainsi, suite à la guerre en Irak en 2003, un tribunal d'opinion a été constitué. Né sous l'impulsion des mouvements pacifistes et de la Fondation Russel, le tribunal a tenu sa dernière session à Istanbul en juin 2005⁴⁰. Il a analysé le comportement des individus et des gouvernements formant la coalition, mais aussi celui du Conseil de sécurité au regard du crime de guerre (article 8 du Statut de la CPI), du crime contre l'humanité (article 7 du Statut de la CPI) et du crime d'agression (article 5 du Statut de la CPI). Le tribunal a conclu que la configuration interétatique du droit international fait peser sur l'application des droits de l'homme des difficultés qui nuisent incontestablement à leur réalisation⁴¹.

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

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

38 *Ibid.*, p. 11.

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

40 Voy. le site dédié : <https://www.iraqtribunal.org/>, Voy. en doctrine, E. LAMBERT-ABDELGAWED, « Prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon pour la justice ? » *RSC*, 2006, p. 170.

41 Declaration of jury of conscience worl tribunal on Iraq, Istanbul 23-27 June 2005, *Feminist Review*, n° 81, 2005, p. 95-102.

2. *La contestation du droit existant*

Dans l'enceinte de ce forum d'échange atypique, les « juges », en plus d'appliquer le droit existant, délibèrent sur les normes juridiques. Ils réfléchissent à la portée et la légitimité des règles qui structurent la société. Le procès citoyen est le « lieu d'une mise à l'épreuve des valeurs que le droit protège comme de celles qu'il met en discussion »⁴². L'analyse amène ici à constater que les procès fictifs ne se contentent pas d'appliquer le droit. Ils contestent certains droits existants et écartent leur application dans l'enceinte de ce faux forum juridictionnel. Récemment, le Tribunal international Monsanto a contesté l'application du droit des investissements internationaux et du droit du commerce international. Ils dénoncent, par exemple, l'existence dans les traités bilatéraux d'investissements, de clauses de stabilisation qui ont pour effet de geler le droit national de l'État pour l'investisseur étranger⁴³. Le droit en vigueur donne la possibilité aux grandes entreprises transnationales d'opérer en toute impunité dans les pays du Sud comme du Nord. Ainsi, le Tribunal a jugé que les accords commerciaux et d'investissement ainsi que le droit de l'Organisation mondiale du commerce ont institué un cadre juridique qui accorde des protections unilatérales aux activités des grandes entreprises, mais qui ne leur impose que trop peu d'obligations. Par conséquent, le tribunal revendique l'inapplication des droits qui favorisent la protection des seuls intérêts de Monsanto⁴⁴.

Les procès fictifs ne font pas seulement état d'un droit inappliqué, ils contestent, en parallèle l'application de certains droits. Ils acquièrent de la légitimité grâce aux causes qu'ils défendent, mais ne peuvent nullement mettre en avant une légitimité juridique. En effet, les limites de ces cours fictives sont importantes. L'existence de certaines apories ne permet pas aux procès fictifs d'apporter une réponse efficiente à l'inapplication du droit.

II. Les procès fictifs : une réponse limitée à l'inapplication du droit

Les procès fictifs ne peuvent remplacer l'autorité de la justice régulière, ils ne peuvent à eux seuls combler les carences d'une inapplication du droit. En effet, les limites sont claires, et le fictif ne saurait rattraper le réel. La réponse à l'inapplication du droit par les procès fictifs est incomplète du fait des limites processuelles (A) ainsi que substantielles des procès de ce phénomène (B).

A. Les limites processuelles

La genèse des procès fictifs est fondée sur l'idée de justice. Pourtant, ces derniers peinent à appliquer les règles fondamentales qui structurent le procès. En effet, ces instances fictives rendent une justice qui ne respecte pas les règles procédurales (1), les principes directeurs du procès (2) ainsi que les règles de création d'un tribunal (3).

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

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

44 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, La Haye, p. 10.

1. *Le non-respect des règles procédurales*

Les règles procédurales sont impératives dans tout procès. Les justiciables ne sauraient écarter ou aménager l'application de dispositions procédurales. Alors que les procès fictifs cherchent à faire appliquer le droit, ils écartent cependant délibérément certaines règles du droit procédural.

Tout d'abord, en matière de prescription, les procès fictifs ne fixent aucune limite temporelle à leur saisine. L'article 5 du Statut de TPP stipule que la compétence du tribunal « is not subject to temporal limitations for the past nor for the future »⁴⁵. De plus, le droit positif a toujours maintenu une stricte condition d'intérêt à agir pour qu'une requête soit jugée recevable. Par exemple, aux termes de l'article 31 du code de procédure civile, « l'action n'est ouverte qu'à ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». Les règles gouvernant l'ouverture du procès et plus précisément les conditions de recevabilité exigée par le pouvoir législatif pour accéder au juge font l'objet d'une appréhension très souple dans les procès fictifs. En effet, il n'existe aucune barrière en lien avec la recevabilité pour juger de la violation des droits, peu importe l'intérêt à agir de la victime. Le statut du Tribunal permanent des peuples, en son article 12, permet « à tout gouvernement, toute organisation internationale, gouvernementale ou non gouvernementale, un mouvement de libération nationale, un groupe politique, un syndicat ou un groupe de particuliers »⁴⁶ de former une requête devant lui. Cette recevabilité élargie permet à la victime de saisir les tribunaux fictifs, alors qu'elle ne peut obtenir de place auprès de la justice réelle. Cette recevabilité étendue dessine les contours d'une action ouverte au plus grand nombre. En effet, dans les procès réels, toutes les parties doivent justifier de la titularité du droit d'agir. Cette qualité peut résulter d'une qualité accordée expressément par la loi ou bien elle sera conditionnée par la démonstration d'un intérêt à l'existence de l'action en justice. Les procès fictifs, en parallèle d'accorder un intérêt à agir très souple, envisage la qualité à agir dans la perspective de *l'actio popularis*. Ainsi, l'attribution d'une qualité à agir à n'importe quel citoyen indépendamment de tout intérêt personnel direct caractérise la manière dont les procès fictifs envisagent la notion de qualité à agir.

Enfin, les procès fictifs ne suivent pas les règles traditionnellement posées relatives à la compétence juridictionnelle. La compétence est l'aptitude d'une juridiction à trancher un litige, au regard de la nature de l'affaire, on parle alors de compétence *ratione materiae*, ainsi qu'au regard de la situation géographique du litige, entendue comme compétence *ratione loci* ou *personae*. Lorsque les questions juridiques concernent des relations entre différentes personnes placées dans des pays différents, le lieu approprié pour entendre et trancher le différend est déterminé successivement par la règle du conflit de juridictions et de loi. Cependant, les procès fictifs s'écartent de ces considérations et ne respectent pas les règles relatives à la compétence des juridictions. Les procès fictifs se veulent un forum *necessitatis*. Face à des situations qu'ils considèrent comme constitutives de déni de justice, les procès fictifs développent des chefs de compétence internationale subsidiaire. Bien qu'illustrant un

⁴⁵ Statut du tribunal permanent des peuples de 2019 disponible sur : http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2019/05/Statute-of-the-PPT_ENG_FINAL.pdf.

⁴⁶ *Ibid.*

mouvement général de prise en compte des violations des droits humains par certaines entreprises transnationales et certains États, les procès fictifs endossent une compétence qui n'est pas reconnue légalement et que les juridictions réelles pourraient parfois exercer.

2. *Le non-respect des principes directeurs du procès*

Le droit à procès équitable⁴⁷, qui constitue de nos jours le socle des recours et procédures juridictionnelles, est un droit inappliqué par les procès fictifs. Ses principales manifestations que sont le droit à un tribunal indépendant et impartial, le droit à un procès soucieux du respect de l'égalité des armes ainsi que le droit à l'exécution effective de la décision obtenue, sont absentes des procès fictifs. La décision du juge n'est en effet légitime qu'au terme du respect d'une procédure préalablement définie et acceptée par les parties. Le jugement juridictionnel tire en partie sa légitimité, car il est rendu au terme d'une procédure codifiée⁴⁸. Les procès fictifs sont en proie à des écarts notables quant aux exigences traditionnelles d'impartialité des juges (a) et du respect du contradictoire (b).

a. *Le manque d'impartialité des juges*

Certains procès fictifs qui se sont tenus dans le passé ont clairement revendiqué leur indépendance et impartialité. Ainsi, par exemple, le jugement du tribunal d'opinion à la suite de la détention de mineurs par l'État belge, mentionne que

« l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'opinion ne peuvent être mises en doute dans la mesure où, même s'il ne relève pas de l'ordre judiciaire, ses membres sont des personnalités sans aucun lien avec l'un ou l'autre parti politique et ont été choisies en fonction de leurs compétences en matière de droits humains »⁴⁹.

Cependant, on peut douter du respect par ces instances du principe d'impartialité consacré dans les textes internationaux⁵⁰ ou nationaux⁵¹. Le principe d'impartialité impose au juge de ne pas être partisan d'une cause lorsqu'il rend le jugement, il ne doit pas prendre parti⁵². Ainsi, « la vertu d'impartialité souligne la responsabilité du juge qui s'efforce de suspendre ses préjugés pour s'ouvrir au cas singulier à juger. C'est donc aussi la condition d'un jugement éclairé »⁵³. Pour H. Arendt, le juge est spectateur, il doit rester en retrait par rapport à l'action, et c'est bien cette distance qui lui accorde la possibilité de percevoir un sens aux événements qui échappent aux acteurs⁵⁴. Or, dans la

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

48 N. LUHMAN, *La légitimation par la procédure*, Cerf, Presses universitaires de Laval, Laval, 2001, 247 p.

49 Jugement du tribunal fictif belge, « L'État belge condamné par un tribunal d'opinion pour la détention d'enfants étrangers », *Journal du droit des jeunes*, 2008/2 (N° 272), p. 20.

50 Voy. en ce sens art. 6§ 1 CEDH, Art. 47 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

51 Cons. const., déc. n° 96-373 DC, *JO* 13 avr., p. 5724.

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

53 *Ibidem*.

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

quasi-totalité des procès fictifs⁵⁵, la mission politique de ces instances est clairement revendiquée. Ils ne veulent pas seulement dire le droit, mais « établir un nouvel ordre mondial »⁵⁶. Par exemple, le Tribunal international sur les droits de la nature affiche clairement son caractère militant et souhaite changer de paradigme et promouvoir la reconnaissance de droits subjectifs à la nature⁵⁷. La dimension politique des procès fictifs ne peut être niée. Comme l'écrit F. Carpentier, les tribunaux citoyens sont des tribunes « employés dans le cadre d'une démarche militante, pour porter un projet de réappropriation de la norme par la société civile »⁵⁸. La partialité ainsi caractérisée des procès fictifs témoigne d'une lacune sérieuse de garantie processuelle.

b. Le non-respect du principe du contradictoire

La Cour européenne des droits de l'homme considère le principe du contradictoire comme l'un des éléments de l'équité du procès. En France, la contradiction est considérée comme un principe essentiel du procès⁵⁹. Le principe du contradictoire définit l'affrontement entre deux parties « dans leurs intérêts contradictoires et dans leur vision divergente des faits et de la solution qu'ils appellent pour que la justice en résulte, de cette seule confrontation »⁶⁰. Les parties doivent donc toujours être placées dans une situation qui ne désavantage aucune d'entre elles. C'est à la lumière de la confrontation des versions et des preuves que le juge pourra qualifier les faits et dire le droit⁶¹. Comme le souligne M.-A. Frison Roche, « c'est la plénitude de cette discussion entre les parties sous l'égide du juge qui permettra à ce dernier de statuer, en donnant une solution raisonnable et conforme aux règles de droit applicables »⁶². Or, le contradictoire est absent dans les procès fictifs, le jugement étant rendu par défaut. Les personnes, groupes et États accusés ne reconnaissent pas la compétence de ces cours. Les défendeurs ne sont pas représentés (ou refusent de se présenter à l'audience), aucun débat ne peut ainsi naître entre les parties. Pourtant, la possibilité pour une partie d'être informée du procès et de débattre grâce à la connaissance des éléments du dossier est l'un des piliers du principe du contradictoire. À la suite de l'avis rendu par le tribunal, l'entreprise Monsanto déclarait que

« cet événement a été orchestré par un groupe restreint d'opposants à Monsanto et aux technologies agricoles qui se sont érigés en organisateurs, juges et parties. Ce tribunal a nié l'existence des preuves scientifiques et des décisions de justice sur plusieurs sujets pour émettre des conclusions prédéterminées⁶³. »

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

56 E. LAMBERT-ABDELGAWALD, *op. cit.* p. 176.

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

58 F. CARPENTIER, « Du tribunal Russel-Sartre au tribunal Monsanto : une justice fictionnelle pour penser le droit au-delà des États », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/4, n° 112, pp. 834.

59 Cons. Const., DC n° 85-142, 13 nov. 1985.

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

61 *Ibid.* p. 202.

62 *Ibid.* p. 201.

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

Parodie de justice⁶⁴, en l'absence de garanties processuelles, les procès fictifs ne peuvent être considérés comme des lieux où s'appliquent les règles procédurales. Pourtant, le tribunal Monsanto n'est pas le seul procès fictif à avoir mis en avant le caractère contradictoire de la procédure retenue. En effet, le TPP relatif à la guerre d'Algérie affirme « qu'il examine, publiquement et contradictoirement, les cas de violations des droits de l'homme et des peuples »⁶⁵. De la même manière, la session du TPP sur les violations du droit international et du droit humanitaire par la République de Turquie à l'encontre du peuple kurde considère respecter les droits de la défense adverse et énonce que « l'ouverture de la procédure et l'acte final d'accusation ont été notifiés par courrier recommandé à l'ambassade de la partie accusée à Paris, accompagné de la demande d'exercer, selon la modalité de son choix, son droit à la défense »⁶⁶.

3. *Le non-respect des règles relatives à la création des juridictions*

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a tenté d'apporter une définition de la notion de tribunal. Bien que le texte de la Convention ne fasse pas mention du terme de juridiction, il affirme cependant le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal⁶⁷. La jurisprudence de la cour a alors défini la notion de tribunal de manière fonctionnelle comme un organe dont le rôle est de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁶⁸. Pour la Cour, un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel. Cependant, quand bien même un organe remplirait au sens matériel toutes les exigences posées par la Convention pour le qualifier de tribunal, il n'en deviendrait vraiment un que lorsqu'il est établi par la loi⁶⁹. Seule la loi peut créer des juridictions⁷⁰ et bien qu'il existe une justice arbitrale celle-ci est encadrée par la loi, imposant le respect de certaines règles et principes procéduraux et subordonnant l'exécution forcée des sentences au contrôle par une juridiction étatique. La fonction judiciaire doit donc être reliée à l'autorité étatique et l'action de rendre la justice est communément pensée comme un des attributs de la souveraineté étatique⁷¹. Les juridictions sont donc instituées et contrôlées par la puissance publique d'un État, car elles ont pour mission, au-delà de trancher les litiges entre particuliers et de dire le droit, d'assurer la paix civile dans le respect des lois.

64 Propos tenus par Monsanto : « Pour information : une parodie de procès détourne l'attention de discussions essentielles sur les besoins en alimentation et en agriculture du monde entier, ainsi que la pleine mise en œuvre des droits de l'homme » (voir l'adresse mentionnée à la note précédente).

65 TPP sur les violations des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), 32^e session du Tribunal permanent des peuples, 5 et 8 novembre 2004, p. 7.

66 Jugement de la session du TPP sur les allégations de violations du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie et ses responsables à l'encontre du peuple kurde et de ses organisation, Paris, le 15-16 mars 2018, p. 2.

67 Art. 6§ 1 CEDH.

68 CEDH, *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, n° 8790/79.

69 CEDH, *Affaire Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, requête n° 58442/00 ; CEDH, *Affaire Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009, requête n° 17214/05, 42113/04 et 20329/05.

70 Constitution 1958, art. 34 ; Cons. Const. 18 juill. 1961, déc. 61-14 L.

71 L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis Droit, PUF, 2010, Paris, p. 105.

Malgré l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », les mécanismes de justice privée existent encore, et ce malgré le fait que ce type de justice soit communément associée aux sociétés préjuridiques dans lesquelles les institutions du droit et du politique n'étaient pas dissociées⁷². La pratique des procès fictifs pose la délicate question de l'existence d'une justice hors de l'État. La pratique des procès fictifs renforce l'idée que le droit pourrait exister en dehors de l'État et cela « malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique ne parvient jamais à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques »⁷³. Les procès fictifs forgent en parallèle de l'État, une justice concurrente rendue par l'opinion publique. Il peut être alors contre-productif pour l'application réelle du droit de s'habituer au « spectacle de pseudo-procès »⁷⁴. Cela pourrait à terme nuire à la légitimité des tribunaux réels.

Pour conclure, en plus du non-respect des règles procédurales et des principes directeurs du procès, les procès fictifs demeurent une réponse parcellaire à l'inapplication du droit, car les avis ou jugements rendus dans les arènes citoyennes ne s'inscriront pas dans la réalité juridique.

B. Les limites substantielles

En plus des limites procédurales, les procès fictifs connaissent des limites substantielles. En effet, les jugements rendus, privés de force obligatoire, ne peuvent s'inscrire dans l'ordonnement juridique (1). Dépourvues d'effets juridiques, les conclusions des tribunaux fictifs ne pourront alors offrir aucune réparation juridique aux victimes (2).

1. L'absence de force obligatoire

Traditionnellement, on distingue trois éléments constitutifs du procès que sont l'élément d'altérité (deux parties), l'élément d'autorité (intervention d'un tiers susceptible de trancher le différend et auquel on reconnaît la légitimité) et l'élément de pouvoir (recours à la force publique en cas d'inexécution du jugement)⁷⁵. Comme évoqué précédemment, l'élément d'altérité fait défaut dans les procès fictifs, l'une des parties n'est pas représentée lors de l'instance. L'élément d'autorité ainsi que l'élément de pouvoir ne sont pas non plus présents dans les procès fictifs. En effet, le pouvoir dont est investi le juge de dire le droit (*juridictio*) et de commander une solution (*imperium*⁷⁶) ne peut exister dans les procès fictifs : la force et l'influence des avis et jugements rendus reposent seulement sur la légitimité des causes défendues, et « c'est ensuite au peuple, au lecteur qu'il appartient en approuvant le jugement de contribuer à sa légitimation »⁷⁷. Les décisions rendues par les procès fictifs sont dépourvues de force obligatoire. Ainsi, au regard de la problématique de l'inapplication

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

73 J. CAILLOSE, « Peut-on penser la justice en dehors de l'État ? » in L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, Paris, 2003, p. 320.

74 CEDH, *Affaire Wormc. Autriche*, 29 août 1997, n° 22714/93, cité par F. Carpentier, op. cit.

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

76 Dans sa plus large acception, la notion d'*imperium* désigne « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique », voy. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, s.v. « imperium ».

77 J.-P. SARTRE, « Discours inaugural du Tribunal Russel », *Le jugement de Stockholm*, Paris, Gallimard, p. 10.

du droit, les décisions rendues par les procès fictifs ne permettent pas de rendre les droits invoqués effectifs. Un tribunal, pour être qualifié comme tel, doit rendre des décisions exécutoires, le cas échéant avec l'aide de la force publique.

Consciente de cette limite, les tribunaux fictifs communiquent sur l'absence de force exécutoire de leur jugement et mettent en avant leur force symbolique du prononcé de la condamnation à l'issue des procès fictifs. Ainsi, le TPP sur les violations en Algérie note dans son avis

« que la seule sanction qu'il peut préconiser est une sanction morale qui fait appel aux sentiments les plus élémentaires d'humanité, à ce substrat éthico-émotionnel commun à tout être humain au-delà des différences de civilisation, et qui fait ressentir comme insupportables certaines atteintes à la dignité de la personne, quel que soit la culture, les traditions, l'histoire de chacun⁷⁸. »

2. L'absence de réparation

Les procès fictifs incarnent la correction souhaitée à l'inapplication du droit, mais ne constituent pas une réparation juridique effective. En dénonçant les conséquences du droit inappliqué sans pour autant pouvoir y remédier, ces instances fictives apportent une réponse incomplète et parcellaire au droit violé. En effet, ces instances ne peuvent prétendre être une réponse durable et efficace à l'inapplication du droit. À l'issue du procès, les auteurs des violations demeurent impunis et aucune réparation n'est accordée aux victimes. Les procès fictifs ne peuvent donc servir de palliatif pour sanctionner le droit inappliqué. Pourtant, les procès fictifs systématisent malgré eux cette corrélation entre violation légale et sanction morale. Il convient donc de questionner les risques entraînés par la corrélation entre droit violé et sanction morale. La sanction fictive de la violation de droits fondamentaux n'est-elle pas à l'origine dans l'imaginaire collectif du sentiment que ces droits peuvent être sanctionnés de façon suffisante en dehors du droit positif ? Si cette sanction n'est pas suivie d'une réaction dans le droit en vigueur alors ne viendrait-on pas normaliser un rapport « droit réel violé – sanction fictive attribuée » ? De ce point de vue, les procès fictifs deviendraient alors contre-productifs. *A fortiori* le risque est que la force obligatoire de certaines normes apparaisse comme une option.

Malgré l'absence de réparation juridique, l'un des objectifs des organisateurs est de donner aux victimes la possibilité de s'exprimer dans un espace d'écoute et de reconnaissance, à défaut pour ces dernières de le trouver au sein des institutions judiciaires classiques. Même si la réparation matérielle demeure essentielle, l'importance d'une réparation psychologique est primordiale pour les procès fictifs⁷⁹. Ces derniers, en donnant à voir et à entendre les préjudices subis des victimes,

78 TPP, Session relative à la violation des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), 8 novembre 2004, p. 7.

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

deviennent des réceptacles de la « justice dite restaurative »⁸⁰. Ils ne mettent pas en avant la punition du coupable, mais veulent engager un processus de réhabilitation des victimes. Ces juridictions ne sont pas compétentes pour imposer des sanctions ou des mesures de réparations en nature ou pécuniaires. Néanmoins, le travail de qualification des violations, de clarification des dommages et de reconnaissance de la non-application du droit permet aux victimes de témoigner et de « se délivrer du mépris et de la honte »⁸¹. Si les tribunaux d'opinion ne remplissent pas les critères d'une justice étatique, ils sont, comme les procès officiels, « une cérémonie de reconstruction du lien social »⁸². De manière analogue aux commissions-vérité et réconciliation⁸³, ils donnent aux victimes un lieu « de vérité, de forum pour s'exprimer et de reconnaissance des actes commis »⁸⁴. La juge Tulkens⁸⁵, présidente du Tribunal Monsanto, soulignait l'importance des témoignages et précisait à la clôture des audiences qu'à côté « des experts de savoir », il existe « des experts de vie » que les tribunaux devraient prendre en compte plus systématiquement.

De plus, le constat de la violation d'une norme même par une fausse instance juridictionnelle est déjà une mesure de réparation. En effet, le droit international de la responsabilité des États reconnaît comme conséquence coutumière du fait internationalement illicite la garantie de non-répétition⁸⁶. La garantie de non-répétition de l'illicite est constituée d'excuses ou d'une reconnaissance publique de responsabilité, mais également du simple constat de la violation du droit⁸⁷. Cette mesure de réparation non pécuniaire est traditionnellement usitée comme moyen subsidiaire ou accessoire à la suite des autres moyens classiques de réparation en droit international⁸⁸. Il s'agit d'une mesure de réparation axée sur la prévention⁸⁹. Dans le cadre des procès fictifs, le droit n'est pas appliqué, mais au moins il n'est pas méconnu. Mieux encore, le prononcé public de l'inapplication suscite l'indignation. Cette diffusion publique permet un éveil des consciences face à l'injustice. Pour W. Baranès et M.-A. Frison-Roche « l'injustice joue le rôle du révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée advient. L'injustice est le premier pas vers la justice »⁹⁰. Les procès fictifs

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

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

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

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

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

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

86 J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaire*, Pedone, Paris, 2003, p. 236-239.

87 H. TIGROUDJA, « La satisfaction et les garanties de non-répétition de l'illicite dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme », in E. LAMBERT, K. MARTIN-CHENUT, (dirs.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, pionnière ou modèle ?*, Société de législation comparée, Paris, 2010, p. 69-89.

88 *Ibid.*

89 J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 236 § 9.

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

établissent ainsi un cadre de solidarité et de résistance citoyenne internationale, de mobilisation et de revendication en faveur de l'application de la règle⁹¹. La mise en scène de l'inapplication du droit par les procès fictifs correspond dès lors à une menace, à un poids pesant sur les gouvernements. M. Malloney souligne que la doctrine qualifie cette diffusion comme créant de la pression sur les États pour plus de transparence et *d'accountability*⁹². Selon Sartre, l'objectif de ces tribunaux est de contraindre l'État à « renonce(r) à un comportement contraire au droit international, non sous la menace d'une coercition internationale, mais sous la pression de son opinion publique interne »⁹³. Les États encourent donc une véritable sanction morale⁹⁴.

L'inapplication du droit, rendue visible, inquiète également les entreprises. Celles-ci sont même durement impactées par la tenue d'un procès fictif, notamment au regard de leur réputation. P. Cailleba définit le risque de réputation comme « tout événement susceptible d'avoir un impact, au travers de la réputation de l'entreprise, sur son résultat net ou sur sa capitalisation boursière »⁹⁵. Le risque réputationnel ne se limite donc pas à l'image. Ce dernier est dès lors perçu comme un « méta-risque », car il s'ajoute à tous les autres risques susceptibles de survenir (naturels, juridiques, financiers...)⁹⁶. La diffusion de l'avis consultatif d'un tribunal fictif agit bien souvent comme un catalyseur du risque réputationnel. L'inapplication du droit rendue publique par un acteur privé peut avoir pour conséquence une perte de crédibilité et de confiance en l'entreprise. Cette mauvaise publicité, diffusée par les instances fictives, a pour effet d'affecter les résultats des firmes. La constitution d'un procès fictif pourrait devenir un instrument pour dissuader une inapplication ultérieure du droit. Une fois la crise passée, les engagements pris par la firme se dissipent parfois et l'évolution espérée n'a pas lieu⁹⁷. Ainsi bien que le cours de l'action Bayer ait chuté à la suite des procès réels intentés contre Monsanto au sujet du Round up⁹⁸, Monsanto n'en a pas pour autant arrêté de produire et de vendre le Round up dans les pays dans lesquels la vente n'est pas interdite.

Les limites tant processuelles que matérielles des procès fictifs ne doivent pas être sous-estimées. Confrontés à leurs propres limites, les tribunaux d'opinion ne peuvent être considérés comme des instances adéquates à l'inapplication du droit. Nonobstant, ces procès fictifs deviennent des lieux de discussion et de réflexion du droit futur. L'inapplication du droit permet ainsi l'émergence de nouvelles forces « créatrices et imaginantes du droit »⁹⁹ en dehors du système juridique.

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

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

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

94 F. BUISSON, et F. PAULHAN, « La sanction morale » *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, Volume 37, 01/1984, Paris, p. 113 : La sanction morale peut être définie comme « la conscience d'être ou de ne pas être dans l'état normal, dans le plaisir ou la peine du bon ou du mauvais fonctionnement de la vie soit dans la personne, soit dans la société produisant dans l'être individuel ou collectif, augmentation ou diminution de l'action vitale » :

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

96 *Ibid.* p. 14.

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

98 L. BURGER, C. MALLEBAY-VACQUEUR, « Bayer : dit lourdement affecté par les procès sur le Roundup », *Zonebourse*, 11 avril 2019.

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

III. Les procès fictifs, jalon d'une future application du droit

Les procès fictifs ne peuvent constituer une réponse adéquate et pertinente à l'inapplication du droit. En effet, le recours au mimétisme judiciaire n'est pas un élément suffisant justifiant l'attribution des caractéristiques des procès réels. En ce sens, les procès fictifs devraient être appréhendés comme un processus extra-juridique, qui invite et favorise une application future du droit par les instances juridiques traditionnelles. Les procès fictifs ont comme effet de diffuser le droit existant (A) et de mener une réflexion sur le droit de demain (B).

A. La diffusion de la connaissance du droit

Les procès fictifs parce que transnationaux et pluridisciplinaires « intensifient les savoirs, la pensée juridique, sa mobilité, mais également certainement le droit et sa production »¹⁰⁰. Le tribunal fictif devient une tribune de diffusion du droit (1) et de médiatisation des violations commises par les États et les entreprises (2).

1. *Le rôle des procès fictifs dans la diffusion du droit*

En parallèle des universités, des revues, ou encore des tribunaux, les procès fictifs deviennent de nouveaux espaces de diffusion du droit. Cette justice de substitution par la discussion et la délibération des problèmes juridiques communs est devenue un lieu où l'espace public se constitue. Les procès fictifs se situent dans une sphère intermédiaire entre la société civile et l'État¹⁰¹ et permettent l'expression d'une opinion publique. Les procès fictifs cherchent à exposer, par un recours privilégié aux médias, le droit tel qu'il est et tel qu'il pourrait être¹⁰². Fort de l'évolution de la société face à la mondialisation, ils outrepassent le cadre strictement national, en étant tous des espaces publics mondialisés. C. Le Bris souligne en évoquant le Tribunal Monsanto que « l'un des buts de cet avis est surtout de sensibiliser l'opinion publique aux pratiques d'entreprises telles que Monsanto et de mettre en exergue leurs conséquences sur les droits de l'homme »¹⁰³.

L'inapplication du droit peut provenir d'une absence de connaissance des règles juridiques. L'un des objectifs des procès fictifs est alors de diffuser largement le droit tel qu'il devrait être appliqué. Il s'agit donc d'une promotion du droit qui n'est pas limitée à faire valoir l'existence de la règle, mais réclame sa réelle effectivité¹⁰⁴. En filigrane, l'argument soutenu est que la diffusion de l'inapplication du droit par les procès fictifs sert à la prévention d'une inapplication ultérieure. En ce sens, le Préambule du statut du Tribunal permanent des peuples prévoit d'

100 L. FONTAINE, *Qu'est-ce qu'un grand juriste, Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, Paris, 2012, p. 38.

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

102 F. CARPENTIER, « Du tribunal Russel-Sartre au tribunal Monsanto : une justice fictionnelle pour penser le droit au-delà des États », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/4, n° 112, p. 821-844.

103 C. LE BRIS, « La société civile, juge des droits de l'homme : à propos du Tribunal international Monsanto », *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 55, 2017, p. 31.

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

« assurer l'effectivité des règles élaborées par la communauté internationale [...] [de] créer des structures qui soient en mesure d'attirer l'attention des gouvernements, des mouvements politiques et syndicaux et de l'opinion publique mondiale sur les violations graves et systématiques des droits des peuples et en relation avec ces violations, celles des droits des minorités et des individus »¹⁰⁵.

En outre, l'article 20 du statut prévoit la communication des décisions du tribunal au Secrétariat de l'ONU, aux organisations internationales compétentes, aux gouvernements et à la presse¹⁰⁶. Tous les éléments sont donc réunis afin que les acteurs responsables de la création et l'application du droit puissent être dûment informés. La diffusion du droit conduit alors à une réception par certaines institutions internationales, comme l'illustre la pratique de l'Agence internationale de l'énergie atomique, qui a sollicité le rapport des auditions suite à la session du Tribunal d'opinion sur la catastrophe de Tchernobyl¹⁰⁷.

Ainsi, on remarque que les réflexions menées dans ces instances fictives circulent vers les instances juridiques réelles. Le Tribunal Russell sur le Viet Nam a promu comme droit nouveau la responsabilité pénale des chefs d'États, la création de crimes de guerre et de crime contre l'humanité. Le législateur international donnant ainsi suite aux propositions du Tribunal a créé la Cour pénale internationale plusieurs années plus tard. Le Tribunal mondial sur l'Irak a lui aussi appliqué le crime d'agression en réponse à la violation du *jus ad bellum*. Par la suite, la définition a été établie, lors de la conférence de Kampala sur la révision du statut de la CPI¹⁰⁸. En outre, il est intéressant d'observer que le projet de Pacte mondial pour l'environnement comporte des propositions issues du Tribunal Monsanto. Ce projet, soumis à la négociation à la 72^e Assemblée Générale de l'ONU¹⁰⁹, prévoit en son article 14 l'extension du respect des obligations étatiques contenues dans le Pacte aux entreprises notamment¹¹⁰. Cette future disposition revendiquée, elle aussi, dans le Tribunal Monsanto témoigne d'une certaine diffusion des décisions des procès fictifs. Il est important de relativiser l'influence des procès fictifs qui ne sont pas à eux seuls responsables de l'adoption de nouveaux droits, toutefois ils peuvent jouer un rôle amplificateur.

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

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

107 E. LAMBERT-ABDELGAWALD, op. cit. p. 172.

108 Résolution RC/Res.6, adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus : Article 8 bis.

Crime d'agression : 1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations unies.

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

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

2. *Le rôle des procès fictifs dans la médiatisation des violations*

L'effet recherché par les procès fictifs est une constatation et une médiatisation de la violation du droit international ou interne. Cela se concrétise dans la collecte de preuves et la réalisation d'investigations. Les procès fictifs permettent aux victimes d'accéder à des pièces, des documents qui pourront servir ultérieurement dans l'établissement de la preuve lors d'instances réelles. Avec le concours d'experts qui soumettent leurs études et rapports, les procès fictifs rassemblent des preuves scientifiques sur des pratiques complexes telles que la fracturation hydraulique¹¹¹. En complément de ces nombreuses expertises, concourent aussi d'autres éléments comme les témoignages. Les juges du Tribunal international Monsanto ont entendu lors des audiences 28 victimes sur les dommages qu'elles subissaient du fait des activités de Monsanto¹¹². C. Cournil soutient que les procès fictifs promeuvent la défense de certaines causes devant les vrais tribunaux¹¹³, car ces instances favoriseraient le dépôt de futures plaintes¹¹⁴.

En parallèle à la collecte des preuves, les procès fictifs tendent à qualifier les violations constatées. L'article 2 du Statut du TPP stipule que la « mission du Tribunal est de promouvoir le respect universel et effectif des droits fondamentaux des peuples, en déterminant si ces droits sont violés, en examinant les causes de ces violations et en dénonçant à l'opinion publique mondiale les auteurs desdites violations »¹¹⁵. La session du TPP sur les violations des droits de l'homme durant la guerre civile algérienne avait pour mission de déterminer les responsabilités dans les violations des droits humains et des droits des peuples ainsi que de qualifier les violations graves et systématiques des droits perpétrées par les différentes institutions de l'État¹¹⁶. À l'issue des audiences le TPP a conclu que les exécutions extrajudiciaires, les actes de tortures, les viols, les disparitions forcées et la violation de la liberté d'expression et des libertés publiques devaient être qualifiés de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre¹¹⁷. La sentence prononcée fait état d'environ 2 500 cas de disparitions forcées. Selon le tribunal, ces disparitions forcées constituent une violation de l'article 9 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques¹¹⁸, du protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits non internationaux, ainsi qu'une violation de l'article 7-1-i du Statut de la cour pénale internationale¹¹⁹. Ainsi le tribunal conclut que

111 TPP, Advisory opinion, Session on Human Rights, Fracking and climate change, 12 avril 2019, p. 13-25.

112 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, La Haye, p. 10.

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

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

115 Article 2 du Statut du tribunal permanent des peuples.

116 TPP, Session relative aux violations des droits de l'homme et des peuples en Algérie, (1992-2004), 8 novembre 2004, p. 11.

117 *Ibid.*, p. 42 et s.

118 Cet article dispose : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi ».

119 Cet article dispose : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : [...] disparitions forcées de personnes ».

« ces violations répétées ou systématiques constituent des crimes contre l'humanité au terme de l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel l'acte de « disparitions forcées de personnes » doit être reconnu comme tel « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »¹²⁰.

La diffusion du droit est l'effet le plus évident, ou tout au moins le plus revendiqué par les procès fictifs. Il existe toutefois un autre effet significatif des procès fictifs, tout aussi important face à la problématique de l'inapplication du droit : la réflexion sur l'évolution du droit.

B. L'évolution du droit

Le caractère fictif des procès constitue un instrument de découverte, invitant à un renouvellement de la systématisation du droit et des concepts qui y concourent. Les procès fictifs pensent l'application de droits nouveaux sur les faits soumis à l'instance. Ainsi, ils concourent à une redéfinition des concepts existants ainsi qu'à l'apparition de concepts nouveaux¹²¹. Ils deviennent des lieux de réflexion et de proposition d'évolutions du droit. La pratique atteste que les juges pour rendre leurs différents jugements interprètent de manière évolutive le droit existant (1) et créent des règles *ex-nihilo* (2).

1. L'interprétation du droit existant

Tout d'abord, les procès fictifs dépassent l'interprétation classique du droit tel qu'établi par les instances juridictionnelles et que consacré dans les conventions. Ainsi, ces procès usent d'une méthode qui existe déjà en droit positif afin de donner pleinement vigueur à la conception du droit qu'ils appliquent. Il s'agit de l'interprétation évolutive dont font usage les juridictions réelles. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi affirmé que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme devait être interprétée « à la lumière des conditions actuelles, d'aujourd'hui »¹²². De même, l'organe d'appel de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce a lui aussi retenu une interprétation évolution de certaines normes juridiques. En effet, dans l'affaire *Essence* de 1996, l'air a été qualifié comme une ressource naturelle épuisable¹²³. Dans le cadre des procès fictifs, plusieurs droits sont interprétés de façon évolutive. Une illustration est celle de l'interprétation du droit à l'alimentation par le Tribunal Monsanto. Le droit à l'alimentation est un droit de l'homme reconnu par de nombreuses conventions internationales¹²⁴ et impliquant un certain nombre

120 32^e Session du tribunal permanent des peuples, Les violations des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), le 5-8 novembre 2004, p. 44.

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

122 CEDH, affaire *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, 6833/74. Dans une série d'arrêts la CEDH va opérer un revirement de jurisprudence sous le prisme de l'interprétation évolutive en statuant en faveur de la modification de l'état civil pour les transsexuels ; voir en ce sens : J.-P. MARGUÉNAUD « La méthode d'interprétation évolutive imposée aux juridictions nationales : le transsexualisme encore et encore à la pointe du progrès », *RTD civ.* 2009, p. 291.

123 En 1947 l'article XX g du GATT n'était pas interprété de la sorte. Voir États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, WT/DS2/10/Add.7, 26 août 1997.

124 Le droit à l'alimentation est reconnu dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Art. 11), la Convention sur les droits de l'enfant (Art. 24(2) (c) et 27 (3)), la Convention sur l'Élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Art. 12 (2)), ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées (Art.25 (f) et 28 (1)) à titre d'exemples.

de droits subjectifs¹²⁵. Le tribunal Monsanto interprète le droit à l'alimentation sous le concept de souveraineté alimentaire et ainsi dégage un principe de protection des petits paysans¹²⁶. On assiste ainsi à élargissement des moyens de droit invocable devant ces prétoires. En effet, grâce à un assouplissement des conditions d'application du droit international public aux entreprises privées, les droits fondamentaux sont au centre du raisonnement juridique et ouvrent les portes du prétoire à tous contre quiconque. Les entreprises sont considérées comme des débiteurs directs des obligations découlant des droits de l'homme reconnus dans les conventions internationales. En mobilisant le droit international des droits de l'homme pour défendre la cause des victimes¹²⁷, les procès fictifs soulignent les insuffisances actuelles des mécanismes juridictionnels. Concomitamment, ils mettent en lumière les potentialités offertes par certains instruments ajuridiques dans la promotion des droits fondamentaux.

L'absence de règle juridique susceptible de venir trancher le litige ne permettrait pas à certaines situations soumises aux juges de trouver de solution juridictionnelle¹²⁸. Ainsi, la norme juridique doit préexister dans le droit positif pour être appliquée aux faits. Les procès fictifs s'écartent de ce schéma. Ils sont un lieu de judiciarisation de normes ajuridiques. La pratique atteste notamment un large recours à la *soft law*. J. Salmon définit la *soft law* comme étant « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »¹²⁹. Pour le doyen Carbonnier la *soft law* indique une « baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »¹³⁰. Le fait que le droit souple soit appliqué au même titre que le droit dur contribue à estomper la distinction positiviste classique pour appréhender les faits de manière holistique. L'inapplication du droit à un environnement sain contenu dans les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme a été soulevée par les victimes du procès citoyen Monsanto. L. Boisson de Chazournes souligne que de nombreux textes non-contraignants, car non issus des sources formelles du droit telles qu'énumérées à l'article 38 du statut de la CIJ, reprennent les idées contenues dans les principes généraux du droit ou les principes coutumiers¹³¹. Ces textes de droit souple reflètent les attentes normatives de la société et doivent, selon le Tribunal citoyen Monsanto, être une référence pour apprécier le comportement des entreprises. Le tribunal adopte, en réaction, une lecture « dynamique » des textes *soft* afin que la société Monsanto entre dans le champ d'application du droit international.

125 Il s'agit par exemple au droit à une alimentation accessible, disponible, adéquate, etc.

126 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 23-29.

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

128 H. HAENEL, M.-A., FRISON-ROCHE, *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1998, p. 63.

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

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

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

2. *La création ex-nihilo de règles nouvelles*

La création judiciaire du droit consiste à concrétiser des règles générales en normes individuelles en tranchant des litiges. Cependant face aux lacunes du droit, les juges peuvent créer de nouvelles règles juridiques. Au sein des tribunaux fictifs, on assiste à une création *ex-nihilo* de normes juridiques. Par exemple, les juges du Tribunal citoyen Monsanto ont été saisis d'une question relative à la qualification des activités de Monsanto de crime d'écocide.

« L'objectif du Tribunal international Monsanto est de contribuer à une évolution progressive du droit international des droits de l'homme, en proposant de nouvelles voies légales concernant la responsabilité des entreprises et de nouveaux concepts tels que le crime international d'écocide¹³². »

Cette nouvelle incrimination pénale est définie par le tribunal comme le fait de porter une atteinte grave à l'environnement ou de détruire celui-ci de manière à altérer de façon grave et durable le bien commun et les services écosystémiques dont dépendent certains groupes humains¹³³. Bien que le crime d'écocide fasse l'objet d'une abondante littérature juridique¹³⁴, il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance en droit international pénal. Les juges du tribunal fictif ont considéré dans leur avis que malgré les nombreux outils proposés par le droit environnemental, tant national qu'international, il subsiste de nombreux vides juridiques en matière de protection de la nature¹³⁵. C'est pour ces raisons que les juges ont clairement exprimé le souhait qu'une nouvelle version du Statut de Rome soit adoptée afin que soit introduit dans ce texte international un nouveau chef d'accusation en droit pénal international : le crime d'écocide.

Selon le Tribunal international Monsanto, les activités de Monsanto pourraient constituer un crime d'écocide du fait des dommages importants et durables que les activités de l'entreprise ont causés à l'environnement et à la santé humaine. En effet, la fabrication et la pulvérisation aérienne à grande échelle de mélanges de glyphosate lors de l'exécution du « Plan Colombia »¹³⁶, l'utilisation à grande échelle de produits agrochimiques dangereux, le développement de semences génétiquement modifiées ainsi que la contamination de la faune, de la flore, des sols et des eaux, sont des faits qui permettent aux juges de qualifier matériellement l'infraction. Le Tribunal international Monsanto souligne cependant qu'il n'existe aucune responsabilité internationale des personnes morales. Les juges ont alors encouragé une révision des articles 27 et 28 du Statut de Rome, afin que les auteurs de crimes internationaux ne soient plus seulement des personnes privées¹³⁷. L'avis consultatif illustre

132 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 13.

133 *Ibid.*, p. 51.

134 Voy. par ex. L. NEYRET, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, 2014, p. 177-193 ; *Des écocrimmes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 468 p. ; R. FALK, « Environmental welfare and ecocide, Facts, appraisal and proposals », *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 4, 1973, p. 80-96 ; M. GRAY, « The international crime of ecocide », *California Western International Law Journal*, n° 26, 1996, p. 215-272 ; M. SALONI, « The international crime that could have been but never was : an english school perspective on the ecocide law », *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, issue 3, 2017, p. 49-70.

135 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 52.

136 Témoignage de M. P. MUTUMBAJOY, *Terms of references*, Tribunal International Monsanto, p. 102.

137 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 54.

comment le crime d'écocide pourrait être défini en droit international pénal et la manière dont une Cour internationale pourrait poursuivre les personnes accusées d'un tel crime¹³⁸.

Le droit nouveau invoqué correspond à des revendications promues par la doctrine¹³⁹. Selon C. Cournil, cette *lege feranda* omniprésente dans les avis des tribunaux fictifs témoigne bien du fait que la doctrine qui, en principe, n'a qu'un discours sur le droit, participe aujourd'hui plus directement à son processus de production et d'évolution¹⁴⁰. Le droit proposé dans les instances fictives confère une réelle valeur aux suggestions et remarques de la doctrine. Ce nouveau droit proposé constitue « une source de droit indépendante [...] un point de départ suffisant, une prémisse adéquate »¹⁴¹ dans le raisonnement juridique des tribunaux fictifs.

Conclusion

Les impacts réels de ces instances fictives sont difficilement mesurables¹⁴². En effet, même si les procès fictifs peuvent effectivement impacter le droit positif, il est difficile d'affirmer qu'ils sont la cause ou le fondement de telle ou telle évolution du droit. Les procès fictifs n'ont pas vocation à apporter une solution définitive à l'inapplication du droit. Ceux-ci jouent un rôle dans une phase intermédiaire entre le droit inappliqué et la réaction des institutions publiques. En effet, les procès fictifs interviennent *a posteriori* de l'inapplication du droit. Ils ne constituent donc pas une réponse à l'inapplication du droit. Plus tribunes que tribunaux, les procès fictifs tirent leur légitimité de l'idéal qu'ils revendiquent. Leurs actions sont sans effectivité juridique sur leurs destinataires en ce qu'ils relèvent plus de l'éthique que du pragmatisme. Toutefois, les procès fictifs proposent des pistes de réflexion pour les juridictions réelles. Ils doivent être considérés comme des espaces où une opinion publique se forme et des arènes qui concourent à l'amélioration du droit.

138 G. MACCARRICK, J. MAOGOTO, « The signifiante of the international Monsanto tribunal's finding with respect to the nascent crime of ecocide », *Texas Environmental Law Journal*, vol. 48, p. 218-238.

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

140 C. CURNIL, *Op. cit.* p. 214.

141 *Ibidem* p. 78.

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