

# La contractualisation des droits de l'homme

De la pratique  
à la théorie du pluralisme  
politique et juridique

par Ludovic HENNEBEL  
et Gregory LEWKOWICZ

Le contrat s'impose à l'ère de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques. Il témoigne de la tendance à une forme de privatisation du droit qui résulte de l'effacement du rôle de l'État au profit de régulations privées ou de formes de co-régulations<sup>1</sup>. Aussi est-il à peine surprenant de voir le contrat jouer un rôle croissant dans la promotion et le respect des droits de l'homme. Dans cette contribution, nous étudions deux tendances marquantes de la contractualisation des droits de l'homme. Nous analysons premièrement les utilisations du contrat afin de garantir les droits de l'homme, en particulier en étendant l'opposabilité des droits de l'homme aux personnes privées. Nous étudions ensuite les formes contractuelles de résolution des litiges liés à la violation des droits de l'homme par le biais de règlements amiables institutionnels ou privés – qui s'apparentent – à un contrat entre l'auteur de la violation et la victime. Cette analyse juridique de la contractualisation des droits de l'homme nous conduit, dans un troisième temps, à identifier la dynamique sous-jacente à ce phénomène et à proposer des pistes théoriques pour en comprendre la portée.

1. ARNAUD, A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2004, p. 257.

## □ 1 PREMIÈRE TENDANCE : LE CONTRAT COMME OUTIL DE GARANTIE DES DROITS DE L'HOMME

La contractualisation accompagne naturellement le phénomène plus général de privatisation des droits de l'homme<sup>1</sup>. Le contrat permet ainsi d'étendre juridiquement l'opposabilité des droits de l'homme aux personnes privées, notamment dans le cadre de leurs relations interindividuelles. Cette forme de « contractualisation des droits de l'homme » connaît essentiellement deux degrés de réalisation : la « contractualisation négative » qui se matérialise par l'obligation des cocontractants de respecter l'ordre public mais aussi les droits de l'homme; et la « contractualisation positive » qui permet aux cocontractants d'utiliser les contrats comme un outil de promotion des droits de l'homme entre parties. Dans la logique obligataire du droit international des droits de l'homme, la contractualisation négative des droits de l'homme intègre dans le contrat « l'obligation de respecter les droits », alors que la contractualisation positive permet d'y incorporer « l'obligation de garantir les droits ».

### A. LA CONTRACTUALISATION NÉGATIVE

Dans tous les systèmes juridiques, la liberté contractuelle est limitée au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et ce, sous peine de nullité du contrat. Les dispositions des traités des droits de l'homme ont, en règle générale, valeur d'ordre public, sous réserve toutefois des règles propres à l'État concerné relatives à la valeur et l'applicabilité des traités en droit interne.

Globalement, on peut considérer que le contrat, et les actes juridiques privés doivent, sous peine de nullité, respecter les droits de l'homme<sup>2</sup>. Il est en effet raisonnable de soutenir que les contrats – ou tout autre type d'actes juridiques privés – conclus par des personnes sous la juridiction d'États parties aux traités de droit international des droits de l'homme doivent, en raison de l'effet horizontal des traités, être conformes aux droits protégés. En effet, conformément à l'effet horizontal des traités, les droits de l'homme sont opposables dans les relations interindividuelles<sup>3</sup>. Selon cette théorie, les obligations de respecter et de garantir les

1. RADES, F., « Privatizing Human Rights and the Abuse of Power », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 13, 2000, p. 103; CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

2. Voir évidemment ce qui est dit à ce sujet dans la contribution de Ch. Jamin à ce volume.

3. Sur l'effet horizontal : DE SCHUTTER, O., VAN DROOGHENBROECK, S., *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 208; SPIELMANN, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995; SPIELMANN, D., « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in SUDRE, F. (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 133-174; CLAPHAM, A., *Human rights in the private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993; HEYMANN-DOAT, A., « Le respect des droits de l'homme dans les relations privées », in TEITGEN-COLLY, C. (dir.), *Cinquantième anniversaire de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 219-228; VAN DROOGHENBROECK, S., « L'horizontalisation des droits de l'homme », in DUMONT, H. et al., *La responsabilité face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355 et s.; JAGERS, N., *Corporate Human Rights Obligations : in Search of Accountability*, Antvers, Intersentia, 2002; PREEDY, K., « Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect ? – A Comment », *European Review of Private Law*, vol. 8, n° 1, 2000, p. 125-133.

droits de l'homme ne reposeraient pas uniquement sur les épaules des États, mais également sur celles des personnes privées. Inspiré du droit constitutionnel allemand qui exige tant des personnes publiques que privées le respect des textes constitutionnels, ce mécanisme est indispensable pour assurer l'effectivité des droits garantis par les traités<sup>1</sup>. Quant à la mise en œuvre de cette théorie, on peut distinguer essentiellement deux situations. D'une part, dans les cas les plus fréquents, l'État se voit imputer les violations privées car il est resté passif alors qu'il aurait dû intervenir pour protéger le droit menacé. D'autre part, une violation privée peut être imputée à l'État s'il a fourni à l'auteur de la violation les moyens de la commettre. Aussi, à défaut de prévoir la nullité d'un contrat contraire aux droits de l'homme, l'État pourrait voir sa responsabilité internationale engagée. Cela ne signifie pas pour autant que les personnes privées ne peuvent pas renoncer à l'exercice de certains droits, notamment aux termes d'un contrat<sup>2</sup>. Mais, cela implique certainement que la validité d'un contrat qui serait en contradiction avec des dispositions conventionnelles de droit international des droits de l'homme pourrait être remise en cause. À la lumière d'une décision judiciaire belge déjà ancienne<sup>3</sup>, un juge national pourrait ainsi constater la nullité, pour contrariété avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'un contrat par lequel un détective privé s'engagerait à enregistrer les conversations téléphoniques d'un tiers.

Du point de vue international, c'est-à-dire du point de vue du traité de droit international des droits de l'homme, c'est bien cette théorie de l'obligation positive des États et l'effet horizontal des traités relatifs aux droits de l'homme qui permettent de cerner les tendances d'une « contractualisation négative des droits de l'homme ». Si le principe est clair, son habillage théorique reste plus difficile à saisir. C'est en se tournant vers la jurisprudence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme que l'on trouve l'ébauche d'une construction théorique – certes encore fragile<sup>4</sup>. La Cour de San José propose de transposer aux actes juridiques privés la règle de nullité des traités contraires au *jus cogens* telle que consacrée par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dont l'article 53 énonce : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée

1. RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 680; SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd. refondue, Paris, PUF, 2003, p. 234 et s.

2. Sur la renonciation, voir FRUMER, PH., *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

3. Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pasicrisie*, 1976, III, p. 51. Voir les références citées in VELU, J., ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 78-79; DE SCHUTTER, O., VAN DROOGHENBROECK, S., *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 211. Voir également les réflexions développées dans CHELEDNYCHENKO, O., « Fundamental Rights and Contract Law », *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2006, p. 489 et s.

4. Sur la jurisprudence de cette juridiction régionale, voir HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »<sup>1</sup>. Cette position audacieuse est affirmée par la Cour dans le cadre d'un avis consultatif qu'elle adopte en 2003 en réponse à une question posée par le Mexique sur la situation juridique des travailleurs migrants dans la Région de l'Organisation des États américains<sup>2</sup>. Le gouvernement mexicain entendait ainsi clarifier la situation des droits des travailleurs mexicains en séjour illégal aux États-Unis. Le Mexique se disait préoccupé par certaines interprétations judiciaires et pratiques appliquées dans certains États de l'Organisation des États américains à l'égard des migrants, incompatibles avec le système interaméricain de protection des droits de l'homme. En effet, les interprétations et pratiques visées par le Mexique seraient discriminatoires à l'égard des travailleurs clandestins et aboutiraient à encourager les employeurs à nier leurs droits sociaux. À titre d'exemple, les positions jurisprudentielles de la Cour suprême des États-Unis seraient ainsi contestables au plan du droit international des droits de l'homme. L'arrêt *Hoffman Plastic Compounds* rendu par la Cour suprême des États-Unis en mars 2002 – cité régulièrement dans l'avis consultatif – illustre précisément le type de pratique ou d'interprétations dénoncées par le Mexique. En l'espèce, un employeur avait engagé un clandestin, Monsieur Castro, pensant que ce dernier, au regard des documents qu'il présentait, était en situation régulière aux États-Unis et avait le droit d'y travailler. L'employeur licencia Monsieur Castro, ainsi qu'une série de ses collègues, lorsqu'il commença à prendre part à des mouvements syndicaux. La Cour suprême des États-Unis ne nia pas que le licenciement était illégal mais admit que le travailleur licencié en situation irrégulière n'avait pas le droit d'être indemnisé et que l'employeur ne pouvait être condamné au paiement d'une amende pour le licenciement illégal d'un travailleur clandestin. La Cour suprême refuse donc de considérer que les travailleurs clandestins puissent bénéficier des droits sociaux dont bénéficient les autres travailleurs, estimant notamment que si tel était le cas, cela pourrait être un incitant à l'immigration illégale. La Cour interaméricaine ne partage pas cette position car, pour elle, le principe d'égalité et de non-discrimination est une norme impérative, de *jus cogens*, dont le respect s'impose à tous les États mais aussi dans les relations interindividuelles<sup>3</sup>. Sans aller jusqu'à constater la nullité du contrat dans le cas

1. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

2. Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis consultatif 18/2003, Statut légal et droits des migrants clandestins, 17 septembre 2003, Série A n° 18. Sur cet avis consultatif, voir LYON, B., « The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere : A Comment on Advisory Opinion 18 », *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 28, 2004, p. 547 et s.; HENNEBEL, L., « L'humanisation du droit international des droits de l'Homme. Commentaire de l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, vol. 59, 2004, p. 747-756.

3. Par. 140 : « En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares ».

d'espèce, pour la Cour, en tant que normes impératives, l'égalité et la non-discrimination imprègnent tous les ordres juridiques, nationaux et international, et permettent dès lors de considérer que l'on ne peut admettre aucun acte juridique en contradiction avec ces valeurs<sup>1</sup>.

L'effet horizontal permet ainsi au droit international des droits de l'homme de s'inviter au sein même des actes juridiques privés, et notamment des contrats. Cela implique que les cocontractants doivent s'assurer que leurs contrats respectent les droits reconnus en droit international des droits de l'homme. Conformément à l'*obiter dictum* de la Cour, l'État ayant sous sa juridiction les cocontractants aurait l'obligation internationale de sanctionner le contrat illicite en prononçant le cas échéant sa nullité. Ce mécanisme de contractualisation négative présente une limite importante puisqu'il exige l'intervention de l'État. Encore faut-il que l'État concerné ait ratifié les traités sur les droits de l'homme et accepté de s'y conformer. Un contrat violant l'ordre public international conclu entre personnes sous la juridiction d'un État faible ou autoritaire par exemple, incapable ou peu soucieux de faire respecter les droits de l'homme, ne sera pas frappé de nullité à défaut d'une intervention de l'État. Cela pose problème en particulier dans le cadre des contrats conclus par exemple entre une entreprise multinationale et des travailleurs ou des sous-traitants dans des États faibles ou autoritaires. Une autre difficulté conceptuelle de cette tendance à la « contractualisation négative » concerne le contenu des droits et libertés auxquels le contrat doit se conformer sous peine de nullité. Cette question renvoie à celle de l'identification d'un « ordre public international » qui n'est pas dépourvue de controverse.

## B. LA CONTRACTUALISATION POSITIVE

En exigeant que les contrats s'abstiennent de violer les droits de l'homme, la contractualisation négative joue un rôle décisif quant à « l'obligation de respecter » les droits de l'homme qui se définit essentiellement par une obligation d'abstention. Le contrat peut toutefois être également l'instrument d'une extension plus large encore de l'effet horizontal des droits de l'homme. Une telle extension peut se révéler particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité de la protection internationale des droits de l'homme sur des territoires non protégés et revêt dès lors une nouvelle importance dans le contexte de la globalisation économique et des opérations commerciales réali-

1. Par. 101 : « En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (...) ».

sées par des entreprises transnationales à l'étranger. La contractualisation positive consiste alors à utiliser le contrat afin de promouvoir le respect et la garantie des droits de l'homme auprès des cocontractants et des sous-traitants. Cette forme de contractualisation est utilisée essentiellement par les entreprises, mais aussi par les pouvoirs publics.

Elle est particulièrement prometteuse en raison de la puissance accrue des entreprises multinationales qui peuvent désormais jouer un rôle capital de garants des droits de l'homme. Elles peuvent en effet imposer par le biais de clauses contractuelles le respect de certaines valeurs ou principes protégés par les droits de l'homme<sup>1</sup>. Si certains États sont trop faibles pour imposer le respect des droits de l'homme sur leur territoire, les entreprises transnationales disposent des ressources et des moyens utiles à cette fin, à tout le moins dans leur secteur d'activités<sup>2</sup>. En effet, dans un contexte de globalisation économique et financière dans lequel les entreprises transnationales opèrent de plus en plus fréquemment à l'étranger, le défi et l'urgence des droits de l'homme se situent en dehors des frontières des vieilles démocraties. Dans cette perspective, le contrat peut jouer un rôle de vecteur transnational et permet d'imposer le respect des droits de l'homme dans des territoires administrés par des États faibles ou autoritaires. Les raisons qui motivent les entreprises multinationales à endosser le rôle de garant des droits de l'homme, y compris à l'étranger, sont multiples<sup>3</sup>. Pour certaines entreprises, l'argument de la réputation et de l'image est central dans le choix de politiques de communication socialement responsables; pour d'autres, le respect des droits de l'homme et la promotion des droits de l'homme par le biais de contrats et de codes de conduite obéit à une logique de marché conformément à laquelle cette « contractualisation des droits de l'homme » est imposée par le leader du marché ou par des consommateurs, des investisseurs ou des parties prenantes; pour d'autres enfin, il s'agit simplement de répondre à certains incitants susceptibles d'avoir des retombées économiques positives<sup>4</sup>.

Le cas de figure le plus marquant est celui de l'entreprise qui, volontairement, impose à ses sous-traitants le respect et la garantie des droits de l'homme. Ce mécanisme permet d'imposer le respect des droits de l'homme à l'ensemble de la chaîne de production en exigeant par exemple le respect de normes ou de principes énoncés dans un code d'entreprise devenu contraignant grâce à une clause contractuelle appropriée. L'entreprise américaine Gap a été l'une des premières à adopter un code de conduite en l'imposant à ses sous-traitants.

1. Conseil économique et social des Nations unies, Commission des droits de l'homme, Promotion et protection des droits de l'homme, Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales (John Ruggie), UN Doc. E/CN.4/2006/97 (22 février 2006), p. 16.

2. VAN HEERDEN, A., « Human Rights and Brand Accountability : How Multinationals Can Promote Labor Rights, Testimony Before the Congressional Human Rights Caucus », [http://www.fairlabor.org/all/news/Speeches/FLA\\_CHRC2006.pdf](http://www.fairlabor.org/all/news/Speeches/FLA_CHRC2006.pdf) (février 2009).

3. Voir sur ce point : HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147 et s.

4. ALFORD, R., « Arbitrating Human Rights », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, 2008, p. 531 et s.

Cette technique est particulièrement adéquate pour assurer le respect des droits de l'homme par effet domino lorsqu'un leader du marché contraint ses sous-traitants à souscrire aux normes d'un code<sup>1</sup>. C'est le cas par exemple de la société américaine Nike qui impose le respect de son code à ses sous-traitants en Asie du Sud-est et se réserve ainsi le droit de mettre fin à ses contrats en cas de violation. C'est le cas également de la société GlaxoSmithKline qui inclut dans l'ensemble de ses contrats avec ses sous-traitants une clause « droits de l'homme » standard<sup>2</sup>. En règle générale, ce type de contrat s'accompagne d'un mécanisme de contrôle extérieur du respect des engagements. Dans un certain nombre de cas, les contrats sont effectivement rompus en raison du non-respect de la clause « droits de l'homme ». Ainsi, la société américaine Mac Donald a, en 2000, rompu le contrat qui la liait avec son sous-traitant, *City Toys Ltd.*, accusé de ne pas respecter la législation sociale chinoise et d'engager des mineurs d'âge<sup>3</sup>.

Cette technique contractuelle peut avoir des conséquences inattendues puisque le contrat liant deux entreprises peut être invoqué par des tiers, par

1. Sur ce point, voir Hennebel, L., Lewkowicz, G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 213.

2. « Unless otherwise required or prohibited by law, the Supplier warrants, to the best of its knowledge, that in relation to the supply of goods or services under the terms of this Agreement : 1. it does not employ engage or otherwise use any child labour in circumstances such that the tasks performed by any such child labour could reasonably be foreseen to cause either physical or emotional impairment to the development of such child; 2. it does not use forced labour in any form (prison, indentured, bonded or otherwise) and its employees are not required to lodge papers or deposits on starting work; 3. it provides a safe and healthy workplace, presenting no immediate hazards to its employees. Any housing provided by the Supplier to its employees is safe for habitation. The Supplier provides access to clean water, food, and emergency healthcare to its employees in the event of accidents or incidents at the Supplier's workplace; 4. it does not discriminate against any employees on any ground (including race, religion, disability or gender); 5. it does not engage in or support the use of corporal punishment, mental, physical, sexual or verbal abuse and does not use cruel or abusive disciplinary practices in the workplace; 6. it pays each employee at least the minimum wage, or a fair representation of the prevailing industry wage, (whichever is the higher) and provides each employee with all legally mandated benefits; 7. it complies with the laws on working hours and employment rights in the countries in which it operates; 8. it is respectful of its employees right to join and form independent trade unions and freedom of association. The Supplier agrees that it is responsible for controlling its own supply chain and that it shall encourage compliance with ethical standards and human rights by any subsequent supplier of goods and services that are used by Supplier when performing its obligations under this Agreement. The Supplier shall ensure that it has ethical and human rights policies and an appropriate complaints procedure to deal with any breaches of such policies. GSK reserves the right upon reasonable notice (unless inspection is for cause, in which case no notice shall be necessary) to enter upon the Supplier's premises to monitor compliance by the Supplier of the warranties set out in the clause above and the Supplier shall, subject to compliance with law, furnish GSK with any relevant documents requested by GSK in relation thereto ». Disponible en ligne sur [http://www.gsk.com/responsibility/cr\\_report\\_2005/human-rights/human-rights-clause.htm](http://www.gsk.com/responsibility/cr_report_2005/human-rights/human-rights-clause.htm) (décembre 2008).

3. Voir le rapport de l'organisation non gouvernementale à l'origine de la dénonciation : Hong Kong Christian Industrial Committee. « McDonald's Toys : do they manufacture fun or more exploitation ? », 2007; BBC News, « McDonalds Sacks Chinese Toy Maker », 8 septembre 2000.

exemple les travailleurs d'un des cocontractants<sup>1</sup>. Ainsi, le 13 septembre 2005, des travailleurs de Chine, du Bangladesh, d'Indonésie, du Swaziland, et du Nicaragua ont porté plainte contre Wal-Mart auprès d'un juge californien en tant que tiers bénéficiaires pour violation des clauses contractuelles liant Wal-Mart à ses sous-traitants opérant dans ces pays. Selon les plaignants, le code de conduite de Wal-Mart, que les sous-traitants doivent respecter en vertu du contrat qui les lie à l'entreprise américaine, crée des obligations à charge de Wal-Mart au profit des centaines de milliers d'employés travaillant pour les sous-traitants. D'après la plainte, Wal-Mart avait l'obligation d'assurer la mise en œuvre de son code de conduite et de mettre en œuvre un mécanisme de contrôle adéquat. Wal-Mart aurait dû faire usage de moyens de pression économiques et agir auprès de ses sous-traitants pour garantir le respect des droits dont les employés étaient les bénéficiaires. D'après les plaignants, les sous-traitants n'ont pas respecté le droit d'association, la prohibition du travail forcé, le paiement de salaires minimum et le paiement des heures supplémentaires et ont fait preuve de négligence. Les plaignants demandent à Wal-Mart de garantir la mise en œuvre de son code de conduite, de mettre en place un mécanisme de résolution des litiges permettant aux travailleurs de faire valoir leurs droits, de réformer sa politique de prix afin de permettre aux sous-traitants d'appliquer le code, et de réparer les dommages causés aux travailleurs<sup>2</sup>. L'enjeu de ce procès est avant tout juridique et consiste à déterminer d'une part, si le code de conduite de Wal-Mart fait partie intégrante des contrats conclus avec ses sous-traitants et, d'autre part, s'il est de nature à céder, par dérogation au principe de l'effet interne des conventions et par application d'un mécanisme qui s'apparente à une stipulation pour autrui, des obligations au bénéfice des travailleurs des sous-traitants. Pour cela le code doit être, selon la jurisprudence américaine, suffisamment clair et précis pour constituer une offre, communiqué aux employés de manière à ce qu'ils puissent prendre connaissance de son contenu, et accepté par les employés (l'acceptation est attestée dès lors que les employés commencent à travailler ou continuent de travailler après avoir pris connaissance du code). Les conditions semblent réunies en l'espèce, même si les travailleurs rencontrent de nombreuses difficultés à démontrer que c'est à l'égard de Wal-Mart, et non de leur employeur direct, que le contrat entendait créer des droits.

Toutefois, au-delà de cette question technique, s'en pose une autre, aux enjeux plus fondamentaux. Dans un contexte global, la société transnationale devient le garant des droits de l'homme et se substitue à l'État prisonnier de ses frontières et de la territorialité du droit. La société transnationale, dont l'image constitue un actif crucial, utilise le mécanisme du contrat pour imposer aux

1. Voir ALFORD, R., « Arbitrating Human Rights », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, 2008, p. 540 et s. ainsi que Baker, M., « Promises and Platitudes : Toward a New 21<sup>st</sup> Century Paradigm for Corporate Codes of Conduct ? », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 23, 2007, p. 123.  
2. *Doe v. Wal-Mart Stores, Inc.*, Pl.'s Compl. 1-4 (13 septembre 2005) disponible sur <http://labor-rights.org/projects/corporate/walmart/WalMartComplaint091305.pdf> (février 2009). Voir également l'analyse proposée dans KENNY, K.E., « Code or Contract : Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers », *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 27, 2007, p. 453 et s.

sous-traitants des obligations de respecter et de garantir les droits de l'homme au bénéfice de travailleurs opérant dans des États aux régimes juridiques moins protecteurs. Si la dynamique d'ensemble permet, dans une certaine mesure, d'exporter des droits et de contribuer à l'effectivité des droits de l'homme sur la scène globale, le pouvoir régulateur confié aux transnationales soulève néanmoins d'importantes interrogations en termes de légitimité et d'existence de mécanismes de contre-pouvoir. Dans cette logique, il appartient en effet, dans une certaine mesure, aux sociétés transnationales de définir les droits et de mettre en place des mécanismes de contrôle<sup>1</sup>.

Les États peuvent également avoir recours au contrat pour étendre l'opposabilité des droits de l'homme aux entreprises avec lesquelles ils contractent<sup>2</sup>. Par exemple, les pouvoirs publics peuvent imposer à l'adjudicataire de marchés publics une clause contractuelle exigeant le respect de certaines normes concernant les droits de l'homme ou l'environnement durant l'exécution du contrat<sup>3</sup>. En Belgique, la loi-programme du 8 avril 2003 a modifié la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services en intégrant des préférences sociales dans les règles encadrant les marchés publics<sup>4</sup>. L'adjudicateur peut ainsi imposer par contrat des « conditions d'exécution de marché permettant de tenir compte d'objectifs sociaux et éthiques et relatives à l'obligation de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes ou à l'obligation de respecter, en substance, les dispositions des conventions de base de l'OIT, dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit du pays d'origine du candidat ou du soumissionnaire ». Dans un arrêt *Gebroeders Beetjes BV c/Pays-Bas*, la Cour de Justice des Communautés européennes a validé ce type de pratiques en jugeant que l'obligation imposée à l'adjudicataire de recrutement d'au moins 70 % de la main-d'œuvre affectée à l'exécution du contrat parmi des chômeurs de longue durée en passant par le bureau régional de l'emploi ne constituait pas une violation du droit européen de la concurrence<sup>5</sup>. Le contrat permet ici aux pouvoirs publics de mettre en œuvre leurs politiques sociales, économiques ou environnementales. Ils peuvent d'ailleurs présélectionner leurs cocontractants en prenant dûment en considération des critères sociaux et environnementaux, en conditionnant par exemple l'accès aux marchés publics au respect des droits de l'homme. À titre d'exemple, l'article 14 de la loi française de mars 2001 réformant le Code des marchés publics autorise la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans

1. DOCQUIR, P.-F., HENNEBEL, L., « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 79.  
2. Sur cette question et sur les exemples cités, voir HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 180 et s. Voir également les analyses développées dans DICKINSON, L.A., « Public Law Values in a Privatized World », *Yale Journal of International Law*, vol. 31, 2006, p. 383 et s.  
3. Sur cette question, voir VERDUSSEN, M., « Marchés publics et droits de l'homme », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1139-1149.  
4. Loi-programme du 8 avril 2003, art. 102, M.B. 17 avril 2003.  
5. CEJ, *Gebroeders Beetjes BV c/Pays-Bas*, 20 septembre 1988, C-31/87.

les critères d'attribution des contrats. En Italie, la Région d'Umbria a adopté une règle régionale concernant la prise en considération de critères éthiques, sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics<sup>1</sup>.

L'État peut également choisir d'utiliser le contrat afin de contribuer à étendre l'horizontalisation extraterritoriale des droits de l'homme. Bien que le comportement des entreprises hors de leur territoire échappe en principe à leur compétence de sanction, les États du siège de l'entreprise peuvent en effet être soucieux du respect des droits de l'homme par leurs entreprises à l'étranger<sup>2</sup>. Plusieurs mécanismes peuvent être utilisés pour cela, parmi lesquels nous pouvons mentionner le droit d'action civile universelle<sup>3</sup> ou encore la compétence universelle pénale qui visent à sanctionner l'auteur de violation<sup>4</sup>. Mais, parmi les mécanismes utiles, le contrat semble à nouveau se distinguer, du moins dans une optique préventive. Les pouvoirs publics peuvent en effet imposer par exemple dans les contrats d'assurance à l'investissement l'obligation de respecter et de garantir les droits de l'homme. Ainsi, l'organisme public américain Overseas Private Investment Corporation (OPIC) accorde aux entreprises certains avantages afin de promouvoir et de faciliter les investissements américains dans les marchés émergents<sup>5</sup>. À cet effet, l'OPIC peut accorder soit

1. La loi italienne énonce en son article 2, par. 1 que « Al fine di favorire lo sviluppo tra i cittadini umbri di una maggiore sensibilità nei confronti delle problematiche relative alla responsabilità sociale degli operatori economici e di promuovere le attività delle imprese di produzione e di commercializzazione che rispettano i principi della responsabilità sociale, è istituito l'Albo delle imprese in possesso del certificato di conformità allo standard SA 8000 ». Legge regionale del 12 novembre 2002 n° 20, « Istituzione dell'Albo delle imprese certificate SA 8000 », *Bollettino Ufficiale* n° 51 del 27/11/2002.

2. JOSEPH, S., *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford – Portland – Ore., Hart Publishing, 2004.

3. Nous faisons ici référence essentiellement aux actions civiles portées devant les juridictions américaines et mettant en cause les violations des droits de l'homme des entreprises transnationales commises à l'étranger qui se fondent sur l'*Alien Tort Statute*. Voir sur ce point : FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., « Le contentieux transnational des droits de l'homme : Une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2009, p. 73. Sur la compétence universelle civile, voir DONAVAN, D., ROBERTS, A., « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 142 et s. Sur l'A.T.S. en général, voir DONALDSON, R., « Construction and Application of Alien Tort Statute (28 U.S.C.A. § 1350), Providing for Federal Jurisdiction Over Alien's Action for Tort Committed in Violation of Law of Nations or Treaty of the United States », *American Law Reports, Federal Series*, vol. 116, 2004, p. 387 et s.; SACHAROFF, A.K., « Multinationals in Host Countries : Can They Be Held Liable Under the Alien Tort Claims Act for Human Rights Violations ? », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, n° 3, 1998, p. 927-964.

4. DOCCOIR, P.-F., HENNEBEL, L., « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 132 et s.

5. Pour les demandes d'aides financières voir *Application for Financing*, OPIC 115, OMB n° 3420-0015, Exp. 12/31/07, part. E. (Disponible en ligne sur [http://www.opic.gov/forms/Form%20115\\_finapp\\_123107.doc](http://www.opic.gov/forms/Form%20115_finapp_123107.doc)). Pour les demandes d'assurances non commerciales, voir *Application for Political Risk Insurance*, Part. 7, 33 (social effects – good corporate citizenship); Part. 8 (worker rights); Part. 11 (Environmental Effects). Disponible en ligne sur [http://www.opic.gov/forms/Form%2052\\_insapp\\_123107.pdf](http://www.opic.gov/forms/Form%2052_insapp_123107.pdf) (décembre 2008). La loi américaine indique que l'OPIC « shall also include the following language, in substantially the following form, in all contracts which the Corporation enters into with eligible investors to provide financial support under this subpart : The investor agrees not to take actions to prevent employees of the foreign enterprise from lawfully exercising »

une aide financière à l'exportation, soit une assurance pour les risques non commerciaux. L'entreprise devra préciser dans sa demande d'aide les effets environnementaux du projet et éventuellement produire des études d'impact. L'OPIC devra ensuite intégrer dans le contrat d'aide ou d'assurance une clause contractuelle obligeant le bénéficiaire à respecter, voire à garantir, le respect de droits sociaux et du travail, y compris, la liberté d'association, la liberté syndicale, les droits des enfants (et notamment l'âge minimum légal), et les conditions de travail (santé, sécurité, heures de travail, prohibition du travail forcé), ainsi que le respect du droit national ou local. De nombreux États membres de l'OCDE ont adopté des mécanismes similaires en se référant aux Principes Directeurs de l'OCDE dans leur politique de soutien à l'exportation et aux investissements étrangers<sup>1</sup>. On voit donc que les États ont les moyens de contribuer au respect des droits de l'homme en dehors de leur territoire et au profit de personnes qui ne sont pas sous leur juridiction. La question qui mérite d'être posée à ce stade est celle de savoir si l'État a l'obligation d'utiliser de tels mécanismes en vertu du droit international des droits de l'homme. Un exemple emblématique dans lequel le mécanisme contractuel aurait pu contribuer à assurer le respect des droits de l'homme est celui de l'affaire des violations des droits de l'homme par l'entreprise française Total commises en Birmanie<sup>2</sup>. Rappelons que dans cette affaire, le géant pétrolier français s'est vu confier l'exploitation d'un important gisement de gaz par le régime birman. Total et son partenaire américain Unocal ont été accusées d'avoir été complices des exactions (travail forcé, mauvais traitement, atteinte à la vie, viols, etc.) commises par les militaires birmans – en charge de la sécurité des chantiers – durant la réalisation des travaux. Au-delà de la stricte question de l'extraterritorialité, on peut s'interroger sur la question de savoir si la France, qui a soutenu Total dans le cadre de ce projet, en particulier en lui octroyant un contrat d'assurance à l'investissement, n'engage pas sa responsabilité internationale à

» their right of association and their right to organize and bargain collectively. The investor further agrees to observe applicable laws relating to a minimum age for employment of children, acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational health and safety, and not to use forced labor. The investor is not responsible under this paragraph for the actions of a foreign government. » 22 U.S.C. par. 2191a. Voir KHACHATURIAN, A., « Are We in Good Hands ? The Adequacy of American and Multilateral political Risk Insurance Programs in Fostering International Development », *Connecticut Law Review*, vol. 38, 2006, p. 1041 et s.

1. Les Principes directeurs de l'OCDE (Révision 2000). Le texte des principes est disponible sur le site Internet de l'OCDE : [www.oecd.org](http://www.oecd.org). Les Principes directeurs ne définissent pas la notion d'entreprises multinationales. Tout au plus, ils indiquent qu'elles peuvent être publiques, privées ou de nature mixte. Les principes concernent toutes les entités des entreprises. Les Principes directeurs font partie de la *Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, dont les autres éléments concernent le traitement national, les obligations contradictoires imposées aux entreprises ainsi que les stimulants et obstacles à l'investissement international. HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNIS, T. et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 160 et s.

2. Pour un examen détaillé des procédures auxquelles cette affaire a donné lieu, voir FRYDMAN, B., « L'affaire Total et ses enjeux », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 301-321; HENNEBEL, L., « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis », *CRIDHO Working Paper 2006/09*, 2006. Voir aussi *inter alia* HALL, S.M., « Multinational Corporations' Post-Unocal Liabilities for Violations of International Law », *George Washington International Law Review*, vol. 34, 2002, p. 401 et s.

défaut d'avoir pris des mesures adéquates pour prévenir, voire sanctionner, les violations commises par des personnes privées. La signature du contrat d'assurance avec la Coface (compagnie d'assurance spécialisée dans l'assurance-crédit à l'exportation, privatisée depuis 1994), garantissant l'investissement de Total contre le risque politique, a été une décision éminemment politique<sup>1</sup>. Cette question renvoie aux limites de la théorie des obligations positives de l'État et de l'effet horizontal des droits de l'homme.

## □ 2 DEUXIÈME TENDANCE : LE CONTRAT COMME OUTIL DE RÈGLEMENT DES LITIGES

Une deuxième tendance de la contractualisation des droits de l'homme mérite notre attention. Il s'agit cette fois de régler à l'amiable le litige résultant d'une violation des droits de l'homme. Déjà, le règlement amiable occupe une place importante, et croissante, devant les cours régionales de protection des droits de l'homme. Sans rappeler les règles de procédure qui commandent le règlement amiable devant les cours régionales, soulignons globalement : qu'une telle transaction ne peut en aucun cas porter sur les droits eux-mêmes mais uniquement sur les modalités de réparation d'une violation ; que le contenu des règlements doit être compatible avec les droits de l'homme ; que les instances judiciaires internationales se mettent à la disposition des parties pour les encadrer dans cette procédure et qu'elles doivent homologuer le règlement et en contrôler l'exécution ; et que le règlement amiable exige la reconnaissance de la violation par l'État<sup>2</sup>. Ce mécanisme est avantageux pour l'instance internationale qui voit son prétoire libéré de quelques affaires, pour la victime qui peut négocier plus rapidement une réparation et éviter le risque d'un rejet de sa demande, et pour l'État qui évite la publicité d'un procès international. Un tel règlement s'apparente en effet au contrat et le recours plus fréquent à cette technique de règlement des litiges marque également une forme de contractualisation des droits de l'homme. Mais, cette tendance est encore plus fortement marquée par l'usage croissant de la transaction privée – en dehors du contrôle judiciaire et entre l'auteur de la violation et sa victime – en

1. Voir Rapport d'information n° 1859 sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental, Sommaire des comptes rendus d'auditions, 1998, Rapport d'information, Assemblée nationale, France, 1999. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i1859-01.asp> (page consultée le 5 avril 2006) : « La Coface instruit le dossier que lui a adressé l'entreprise exportatrice française et le présente à une commission interministérielle présidée par la DREE. Cette commission qui décide de l'opportunité de prendre les projets en garantie regroupe d'autres directions du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie comme le Trésor ou le Budget. Le ministère des Affaires étrangères est également représenté dans cette instance. Les éventuelles divergences entre les directions du ministère de l'Économie et des finances sont arbitrées par le Ministre ou son Cabinet ; celles entre ministères le sont par le Premier Ministre ».

2. Sur le règlement amiable devant la Cour européenne des droits de l'homme, voir SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> édition revue et augmentée, Paris, PUF, 2008, p. 656 et s. Sur le règlement amiable devant la Cour interaméricaine, voir HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 262 et s.

vue de régler des différends relatifs aux droits de l'homme. Dans le contexte des contentieux récents, en particulier aux États-Unis, mettant en cause les sociétés transnationales pour leur complicité dans les violations de droits de l'homme commises à l'étranger dans des États faibles ou autoritaires, le règlement amiable semble être un mécanisme de résolution du litige privilégié<sup>3</sup>. À titre d'exemple, un tel règlement est intervenu dans le procès contre Total en France et dans celui qui mettait en cause pour les mêmes faits la société américaine Unocal aux États-Unis<sup>4</sup>. Cette forme de contractualisation des droits de l'homme reste controversée et le principe de la transaction intervenant dans un litige sur les droits de l'homme peut choquer. Même si la transaction ne porte pas sur les droits mais sur la réparation, elle se solde par une radiation du rôle ou permet d'éviter le procès judiciaire et évite, ou réduit, la publicité qui est pourtant bien la sanction ultime de la société transnationale. Mais, la critique la plus fondamentale sans doute réside dans la privatisation de la solution au litige dans le cas du règlement amiable. En effet, « Parties might settle while leaving justice undone » : la solution amiable ne sert pas nécessairement la justice de tous<sup>5</sup>. Cela est particulièrement vrai dans le cadre des procès transnationaux contre les sociétés transnationales. Et cette tendance ne fait que croître. Dans une étude récente, Alford considère qu'à terme, les entreprises transnationales pourraient bien prévoir dans les contrats d'investissement qui les lient aux États dans lesquels elles investissent la répartition des coûts liés à une condamnation ou une transaction résultant de violations des droits de l'homme commises dans le cadre de leurs opérations économiques et industrielles. De tels arrangements seraient prévus par contrat et trancher, en cas de litige, celui-ci serait tranché par un arbitre international, confirmant ainsi une fois de plus la contractualisation et la privatisation des droits de l'homme<sup>6</sup>.

## □ 3 CONTRACTUALISATION DES DROITS DE L'HOMME ET GOUVERNANCE

Ces rencontres inattendues entre le droit des droits de l'homme et l'instrument contractuel ont tout d'un mariage contre nature. Si la contractualisation négative peut se concevoir comme une interprétation large de la nullité d'ordre public<sup>7</sup>, avec la contractualisation positive des droits de l'homme et le

1. FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., « Le contentieux transnational des droits de l'homme : Une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2009, p. 127 et s.

2. FISHMAN, B., « Binding Corporations to Human Rights Norms Through Public Law Settlement », *New York University Law Review*, vol. 81, 2006, p. 1433 et s.

3. Voir les observations de DE SCHUTTER, O., « Le règlement amiable dans la Convention européenne des droits de l'homme : entre théorie de la fonction de juger et théorie de la négociation », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 225-261.

4. Voir ALFORD, R., « Arbitrating Human Rights », *Notre Dame Law Review*, vol. 83, 2008, p. 531 et s.

5. Nous n'entrons pas ici dans le détail de l'importante et difficile question de la définition et de la fonction de la notion d'ordre public international et transnational, en particulier, dans le domaine de l'arbitrage commercial international. Sur cette question, nous renvoyons le lecteur à l'étude de M. Racine : RACINE, J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGD, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1999.

développement des règlements amiables, les droits de l'homme, qui constituent *a priori* la substance même des normes qui doivent bénéficier d'une protection publique, se trouvent intégrés dans l'instrument par excellence du droit privé : le contrat. Pourtant, en dépit de l'originalité de cette pratique, il faut bien reconnaître que la contractualisation des droits de l'homme reste, malgré les nombreuses études existantes sur le phénomène général de « contractualisation »<sup>1</sup>, peu étudiée en tant que telle. Cette situation s'explique en partie par les difficultés d'accès aux contrats contenant des clauses « droits de l'homme ». Les personnes, privées ou publiques, ne communiquent pas nécessairement l'inclusion de telles clauses dans les contrats qu'elles nouent. En effet, selon une logique qui s'inscrit dans la droite ligne de la théorie des « contrats relationnels »<sup>2</sup>, si les contrats visés ici servent de fondement au règlement des relations entre les parties, il est bien souvent prévu tacitement que leur force obligatoire ne sera pas mise en œuvre devant une quelconque autorité extérieure<sup>3</sup>. Elle s'explique en outre par le caractère généralement discret des règlements amiables qui fait obstacle à l'analyse doctrinale.

Aussi n'est-il nullement dans l'ambition de cette étude de proposer une analyse exhaustive de ce phénomène de contractualisation des droits de l'homme. Il nous paraît toutefois important d'en restituer la logique sous-jacente et de proposer certaines pistes théoriques susceptibles d'en mesurer la portée philosophique.

## A. LUTTE GLOBALE POUR LE DROIT ET APPRENTISSAGE

Il n'est plus nécessaire de revenir aujourd'hui sur le constat que la mondialisation des phénomènes sociaux conduit nécessairement à une mondialisation du droit<sup>4</sup> et, par voie de conséquence, à une redéfinition du rôle et de la fonction de l'État perçue généralement comme un déclin<sup>5</sup>, une crise<sup>6</sup>, voire

1. Voir, notamment, dans la littérature récente : BESSY, C., *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2007 ; FENOUILLET, D., (DE) VAREILLERS-SOMMIERES, P., *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2001 ; CHASSAGNARD-PINET, S., HIEZ, D., *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.

2. Pour une analyse en langue française de la théorie du contrat relationnel développée, en particulier, par le professeur américain Ian R. Macneil, voir BOISMAIN, C., *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

3. Une partie de la doctrine française doute d'ailleurs que l'on puisse réellement qualifier ce type d'accord de « contrat ». Voir *inter alia* GHESTIN, J., « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990, p. 7-24, spéc. p. 18.

4. Pour s'en tenir à la littérature francophone sur le sujet, voir *inter alia* MORAND, CH.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; SALAH, M.M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002 ; MOCKLE, D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; CHEMILLIER-GENDREAU, M., MOULIER-BOUTANG, Y. (dir.), *Le droit dans la mondialisation : une perspective critique*, Paris, PUF, 2001 ; LOQUIN, E., KESSÉDJIAN, C., *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

5. VAN CREVELD, M., *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

6. CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Roma, Laterza, 2002.

encore le signe de la fin du politique<sup>1</sup>. Indépendamment du diagnostic plus ou moins alarmant auquel la mondialisation du droit peut conduire, elle impose nécessairement de prendre acte d'un certain nombre de considérations qui permettent de circonscrire la logique des relations juridiques mondialisées et de restituer ainsi l'arrière-plan de la contractualisation des droits de l'homme.

Premièrement, la mondialisation de la société n'est pas simplement, comme pourrait le laisser croire une lecture trop rapide des thèses relatives à la constitution d'une société mondiale du risque partagé<sup>2</sup>, un processus subi. Elle est également activement produite et vécue par un certain nombre d'acteurs – qualifiés parfois de « *global players* » – dont les horizons d'opportunité et les dimensions de l'activité sont devenus mondiaux. Sur le plan juridique, ces acteurs – parmi lesquels il faut certainement compter les entreprises transnationales, les grandes organisations non gouvernementales, mais aussi les États eux-mêmes – sont dans une situation qui leur permet de court-circuiter le système international ou de profiter de ses failles en faisant leur choix sur le marché des ordres juridiques par des pratiques de « *forum shopping* », de recours à des procédures parallèles dans la résolution des litiges ou d'autres techniques d'utilisation stratégique du droit. Ils ne mettent d'ailleurs pas seulement en œuvre des stratégies d'utilisation optimale des ressources juridiques. Ils se sont également saisis aujourd'hui d'une technologie normative simple et peu coûteuse qui les hisse tous au rang de producteur de normes. Cette technologie, faite de *contrats*, de *codes de conduite*, de *normes techniques*, de mécanismes de *reporting* et d'autres systèmes d'assurance et de surveillance par des tierces parties<sup>3</sup>, constitue la boîte à outils qui leur permet actuellement de façonner de véritables systèmes normatifs complémentaires ou concurrents par rapport aux droits nationaux et au droit international.

Deuxièmement, ces acteurs ne poursuivent pas nécessairement des objectifs identiques et peuvent même être porteurs de projets normatifs contradictoires. Bien que certains proposent de lire dans la mondialisation du droit une opposition entre un projet de mondialisation hégémonique et un projet de « *mondialisation contre-hégémonique* »<sup>4</sup>, il semble difficile de circonscrire actuellement les contours de projets opposés et clairement définis. Toujours est-il

1. BOGGS, C., *The End of Politics : Corporate Power and the Decline of the Public Sphere*, New York, The Guilford Press, coll. « Politics », 1999 ; MARDEN, P., *The Decline of Politics. Governance, Globalization and the Public Sphere*, London, Ashgate, coll. « Critical Security Series », 2003.

2. BECK, U., *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, trad. BERNARDI, L., Paris, Flammarion, coll. « Champs », 2001.

3. Il existe à ce jour peu d'études sur ces systèmes d'assurance et de surveillance par des tierces parties et sur leur rôle dans la mondialisation du droit. L'étude de Blair et de ses collaborateurs fait à cet égard figure d'exception et met en évidence de manière très documentée l'importance croissante de ces systèmes : BLAIR, M.M., WILLIAMS, C.A., LIN, L.-W., « The New Role for Assurance Services in Global Commerce », *The Journal of Corporation Law*, vol. 33, 2008, p. 325-360.

4. DE SOUSA SANTOS, B., RODRIGUEZ-GARAVITO C.A. (dir.), *Law and Globalization from Below : Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Law and Politics », 2005.



que des divergences existent et qu'elles ne sont pas susceptibles de se résoudre, du moins à vue d'homme, dans un consensus normatif et juridique – rêvé par d'aucun<sup>1</sup> – sur un droit mondial qui supplanterait le droit international. Aussi, incapable de s'ignorer et ayant le monde pour espace de jeu, ces « *global players* » sont-ils contraints de définir leurs relations mutuelles et de nouer des interactions stratégiques qui peuvent prendre des formes multiples allant de la concurrence à l'alliance.

Troisièmement, cette situation détermine une certaine logique des relations juridiques mondialisées. Elle n'est pas celle du partenariat bienveillant. Elle n'est pas non plus, du moins pas toujours, celle, hégémonique, de la loi du plus fort. Elle est, bien plutôt, celle de la loi du plus rusé, celle de la lutte et, plus précisément, de la lutte globale pour le droit. Certes, la formule a des accents jheringien. Pourtant, cette lutte n'est pas exactement du même type que celle que décrivait Jhering dans sa proposition célèbre « *la paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre* »<sup>2</sup>. Elle n'est pas simplement, bien qu'elle soit aussi cela, la poursuite par les justiciables de leurs droits devant les juridictions. Elle ne vise pas seulement à garantir l'effectivité du système juridique et la réalisation du but inscrit dans le droit. Elle porte sur le contenu même de la norme et sur les formes et modalités du contrôle de son respect avec, en point de mire, la fixation des standards du droit de demain<sup>3</sup>.

La contractualisation des droits de l'homme s'inscrit directement dans cette logique. Qu'elle soit le fait de l'État, d'entreprises transnationales ou d'organisations non gouvernementales, elle remet toujours sur le métier tant la définition matérielle des droits que la distribution des rôles des différents acteurs dans le contrôle et la sanction du respect de ceux-ci. L'importance de l'enjeu, à savoir les modalités de ce que Scott et Wai appellent la migration des normes des droits de l'homme vers des instruments de droit privé<sup>4</sup>, est de taille. L'ingéniosité des acteurs pour influencer cette migration également. Tous développent des stratégies par lesquelles, agissant en fonction de ce qu'ils pensent être l'action des autres et de ce qu'ils croient que les autres penseront être la leur, ils

1. Voir *inter alia* EMMERICH-FRITSCHÉ, A., *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007.

2. JHERING (VON), R., *La lutte pour le droit*, trad. DE MEULENARE, O., Paris, Dalloz, 2006, p. 1.

3. La logique de la « *lutte globale pour le droit* » peut être concrètement étudiée dans plusieurs domaines du droit particulièrement influencés par le changement d'échelle des interactions sociales. Dans le domaine de la régulation de l'Internet, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre article : FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., « Public Strategies for Internet Co-Regulation in the United States, Europe and China » in BROUSSEAU, E., MARZOUKI, M., MEADEL, C. (dir.), *Governance, Regulations and Power on the Internet*, Cambridge, Cambridge University Press, sous presse disponible en ligne sur <http://ssrn.com/abstract=1282826> (décembre 2008).

4. SCOTT, C., WAI, R., « Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms : The Potential Contribution of Transnational "Private" Regulation », in JOERGES, CH., SAND, I.-J., TEUBNER, G. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism: International Studies in the Theory of Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 287-319.

tendent de structurer le champ des actions possibles d'autrui<sup>1</sup>. Ces interactions stratégiques s'organisent toutefois autour d'un point fixe : les apparences de la bonne foi ou le souci de chacun de démontrer qu'il met en œuvre tout ce qui est raisonnablement possible pour respecter et garantir les droits de l'homme. Ainsi, restituée dans la dynamique qui lui donne sens, la contractualisation des droits de l'homme s'interprète-t-elle comme une succession d'actions et de réactions qui, globalement, prend la forme d'un mouvement d'apprentissage forcé et de complexification des modalités de l'entrée des droits fondamentaux dans des dispositifs contractuels<sup>2</sup>.

Dès son origine, le mouvement de contractualisation des droits de l'homme est en effet la réponse des États et des entreprises à l'impératif de protection des droits de l'homme – auquel ils ne peuvent publiquement se soustraire – sous la forme juridique d'un transfert de responsabilité. Le plus souvent, l'existence de clauses « *droits de l'homme* » dans les contrats n'est rendue publique qu'à l'occasion d'une défense contre des allégations de violation. Dans le cas de Macdonald's mentionné plus haut, la firme américaine n'a fait connaître l'existence d'une clause protégeant les droits fondamentaux dans ses contrats avec les producteurs de jouets que pour démontrer qu'elle n'avait aucune part dans les activités répréhensibles de ses sous-traitants. Dans le même sens, ce n'est que lorsque les allégations de violation ont été confirmées que Macdonald's a été contraint par les organisations non gouvernementales de prouver sa bonne foi en résiliant ses contrats avec le producteur de jouet fautif.

Résultat d'une obligation de diligence toujours à prouver contre les coups de la critique, les formes de la contractualisation des droits de l'homme deviennent aussi plus précises et plus sophistiquées sous l'effet de ce principe général de « *due diligence* ». Le développement d'affaires judiciaires relatives au respect des droits de l'homme par les entreprises favorise ainsi l'inclusion dans les contrats cadres entre la société pivot et ses sous-traitants d'une clause résolutoire unilatérale pour cause d'inexécution des clauses « *droits de l'homme* ». Le cas échéant, les termes et les modalités de la contractualisation sont mêmes fixés par des organisations non gouvernementales qui mettent, clef sur porte et à titre gracieux ou non, les instruments de celle-ci à la disposition des entreprises<sup>3</sup>. Portée par cette logique générale et dans le prolongement de l'affaire Wal-Mart

1. Sans que nous puissions développer ici cette question, c'est à ce niveau de la réflexion que les analyses de Foucault sur les relations de pouvoir et les rapports stratégiques peuvent être utilement exploitées. Voir *inter alia* FOUCAULT, M., « Le sujet et le pouvoir », in FOUCAULT, M., *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2001, p. 1041-1062 spéc. p. 1060-1062. Ceci supposerait toutefois préalablement de rendre compte, au sein de l'œuvre du philosophe français, de l'existence continue d'une réflexion sur le droit qui s'opère à l'ombre du modèle de la guerre, de la lutte et de la bataille au moins depuis 1973. On trouvera certaines pistes en ce sens, mais développées dans la perspective générale d'une théorie de l'histoire, dans CHEVALLIER, PH., *Michel Foucault : le pouvoir et la bataille*, Nantes, Pleins Feux, coll. « Un philosophe en question », 2004, spéc. p. 33-49.

2. Voir aussi ce qui est dit à ce sujet, concernant le Global Compact, par Th. Berns et L. Blésin.

3. Voir, à titre d'exemple, le système proposé par l'organisation « *Clean Clothes Campaign* » aux entreprises du secteur du textile. *Code of Labour Practices for the Apparel Industry including Sportswear*, disponible en ligne sur <http://www.cleanclothes.org/codes/ccccode.htm> (décembre 2008).

étudiée précédemment, on observe ainsi une pression croissante de la part des organisations non gouvernementales en faveur de l'inclusion dans les contrats conclus avec l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement d'une clause de tiers bénéficiaire, clarifiant ainsi la volonté des parties de créer des droits au profit de tiers au contrat. *A contrario*, les conseils des entreprises transnationales mettent au point les instruments permettant de mettre en échec l'argument de la stipulation pour autrui<sup>1</sup>. Bref, à chaque action, sa réaction, à chaque stratégie de généralisation, sa stratégie de contournement, à chaque dénonciation, son raffinement contractuel, à chaque raté, son processus d'apprentissage forcé. La contractualisation des droits de l'homme est bien un des laboratoires de l'émergence d'une société mondiale de surveillance mutuelle qui continue, sous des formes parfois plus indirectes, plus juridicisées et selon des modalités plus agoniques, un projet déjà ancien de la pensée politique et juridique<sup>2</sup>.

Ainsi restituée dans son contexte, la contractualisation des droits de l'homme n'apparaît plus comme un phénomène juridique parmi d'autres. Elle est au contraire, en raison de l'importance supérieure des normes qu'elle concerne, un point d'observation particulièrement intéressant de la lutte globale pour le droit et des processus d'apprentissages forcés auxquels cette dernière peut donner lieu. Encore faut-il se donner les moyens d'une compréhension philosophique du phénomène.

## B. DE LA CONTRACTUALISATION DES DROITS DE L'HOMME AU PLURALISME

Dans le dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle, Karel Vasak avait proposé de saisir le développement du droit des droits de l'homme sous la forme d'une succession de trois générations de droits<sup>3</sup>. Sans doute serait-on fondé à se demander aujourd'hui s'il n'existe pas également trois époques de la garantie des droits de l'homme. La première se caractériserait par la garantie exclusivement étatique et nationale de ces droits. La deuxième époque serait marquée par l'organisation de mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme destinés à instaurer un regard tiers, à savoir celui du juge international, entre l'État et les personnes soumises à sa juridiction. La troisième époque des droits

1. Ainsi, dès décembre 2005, le groupe de travail du cabinet d'avocat international Proskauer Rose's International sur le droit du travail, expliquait dans sa lettre d'information aux entreprises multinationales les parades juridiques aux « pièges » des organisations non gouvernementales. Voir Proskauer Rose LLP., « International HR Best Practices: Tip of the Month », décembre 2005, disponible en ligne sur [http://www.proskauer.com/news\\_publications/newsletters/intl\\_hr/2005\\_12\\_01\\_res/id=sa\\_PDF/10434-120005-International%20HR%20Best%20Practices-ne-v2.pdf](http://www.proskauer.com/news_publications/newsletters/intl_hr/2005_12_01_res/id=sa_PDF/10434-120005-International%20HR%20Best%20Practices-ne-v2.pdf) (décembre 2008). Voir, dans le même sens, les conseils de R. Walker du cabinet Walker Compliance P.C., WALKER, R., « International Corporate Compliance Programmes », *International Journal of Disclosure and Governance*, vol. 3, 2006, p. 70-81.

2. Sur la société de surveillance mutuelle au XVIII<sup>e</sup> siècle, voir LAVAL, CH., *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, coll. « Essais », 2007, p. 235-258.

3. Voir VASAK, K., « Pour une troisième génération des droits de l'homme », in SWINARSKI, C., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haye, CICR-Nijhoff, 1984, p. 837-850.

de l'homme serait marquée par leur transversalisation, c'est-à-dire par leur imprégnation dans tous les domaines du droit et, d'autre part, par leur contractualisation. Sans doute, une telle périodisation mériterait-elle d'être soutenue par une étude plus fouillée et nuancée. Elle prend toutefois appui sur un « grand récit » contemporain relatif à l'organisation de la vie en société qui veut qu'à l'âge d'or de l'État aurait succédé celui du droit international lequel céderait aujourd'hui le pas à ce quelque chose de difficilement définissable qu'est la « gouvernance »<sup>1</sup>. Il y a certainement lieu de maintenir une distance critique par rapport à ce genre de grandes fresques historiques. Il faut néanmoins reconnaître que, sauf à l'ignorer comme une aberration, la contractualisation des droits de l'homme ne se conçoit pas bien dans les termes de la philosophie politique et juridique la plus classique. Aussi, si on souhaite trouver les fondements d'une approche philosophique et théorique conséquente de ce phénomène, il nous semble qu'il faut les rechercher dans les « mouvements pluralistes de l'entre-deux-guerres » dont nous examinons ici plus particulièrement deux auteurs.

Par cette expression, nous entendons désigner un ensemble de propositions théoriques développées par des auteurs qui, bien qu'ils n'aient pas nécessairement eu ni les mêmes ambitions, ni la même perception politique des événements de l'époque, ont cru trouver dans le refus du formalisme<sup>2</sup> et la reconnaissance de la multiplicité des foyers de normativité une solution théorique et politique à ce qui était perçu comme la « crise de l'État »<sup>3</sup>. Au niveau interne, ces approches théoriques fournissaient un cadre d'interprétation aux nouveaux visages de la question sociale. Au niveau international, les concepts développés par ces mouvements pluralistes de l'entre-deux-guerres renvoyaient dos-à-dos deux options philosophiques et juridiques en lice à l'époque : celle, néo-kantienne, de la paix par le droit international et celle, néo-hégélienne, de la paix par la reconnaissance de l'État souverain comme la source supérieure de tout droit<sup>4</sup>.

1. Pour une approche critique de la notion, voir *inter alia* CHEVALLIER, J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'Administration publique*, vol. 1-2, 2003, p. 203-217. Pour une étude particulièrement riche du développement de la gouvernance comme un paradigme de la pensée juridique, voir LOBEL, O., « The Renew Deal: The Fall of Regulation and The Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », *Minnesota Law Review*, vol. 89, n° 2, 2004, p. 342-470.

2. Et notamment, le refus de la notion de « personnalité de l'État » et des mythes anthropomorphiques qui l'accompagne. Voir, pour le monde anglophone, l'importante étude de RUNCIMAN, D., *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

3. Voir, notamment, ROMANO, S., *Lo stato Moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910, Pisa, 1910 republié dans ROMANO, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 5-26; LABORDE, C., « Pluralism, syndicalism and corporatism. Léon Duguit and the Crisis of the State (1900-1925) », *History of European Ideas*, vol. 22, 1996, p. 227-244.

4. Cette opposition est présentée brutalement pour les besoins de l'exposé. Toutefois, dans le monde anglophone comme dans le monde germanique, l'opposition entre la voie kantienne et la voie hégélienne est bien perceptible. Voir, pour le monde germanique, KOSKENNIEMI, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 261-265; pour le monde anglophone, SCHMIDT, B.C., *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of International Relations*, Albany, State University of New York Press, 1998.

L'ouvrage publié en 1915 par John Dewey sous le titre *German Philosophy and Politics* reprend en un sens les attendus de la critique pluraliste<sup>1</sup>. Selon lui, il faut chercher dans la philosophie allemande les sources intellectuelles des conceptions inadéquates, fréquentes à l'époque, de la politique et du droit. Rendre responsable de la grande guerre les philosophes allemands n'est pas, dans l'entre-deux-guerres, d'une grande originalité<sup>2</sup>. Il ne nous revient pas d'évaluer ici la valeur intrinsèque des critiques portées par Dewey à la philosophie allemande, ni de faire le départ entre ce qui chez Dewey relève de la discussion philosophique sérieuse et ce qui ressorti de l'engagement politique dans les débats intellectuels autour de la première guerre mondiale aux États-Unis<sup>3</sup>. Toujours est-il que le point focal de la critique de Dewey est que, la philosophie politique et juridique allemande, de Kant à Hegel, rejette l'expérimentation sociale et survalorise le concept d'État. Elle fait de l'État l'instrument de la raison, l'épiphanie de l'Absolu, l'alpha et l'oméga de la coopération sociale. Cette survalorisation de l'institution étatique conduit la philosophie allemande à considérer que l'État est la forme dont le peuple est la matière et à identifier l'État à une *personne* au sens fort du terme. De la sorte, la pensée germanique, et avec elle l'ensemble de la si influente *Staatwissenschaft*, réduit à rien la coopération sociale, l'ensemble des associations qui peuplent la société ainsi que l'expérimentation des moyens les plus adaptés pour promouvoir la liberté et la vie en commun. Le verdict à l'égard de ce qui sera rapidement désigné comme « la théorie prussienne de l'État »<sup>4</sup> est sévère mais partagé, selon des modalités diverses, par l'ensemble des penseurs pluralistes.

Il faut toutefois noter que la perspective philosophique développée par Dewey ne s'arrête pas à une critique des théories politiques allemandes. Elle se prolonge en effet en une théorie politique esquissée en 1915 et développée dans un ouvrage publié en 1927 sous le titre « *The Public and its Problems* »<sup>5</sup>. Afin de sortir définitivement des impasses des théories allemandes, il faut opérer, selon Dewey, un double déplacement théorique. Premièrement, il y a lieu de déplacer le regard philosophique vers les conséquences des actions sociales et de sortir de « la recherche des causes et des forces au profit d'une analyse de ce qui se passe et de la manière dont ça se passe »<sup>6</sup>. Deuxièmement, il convient d'adopter une approche expérimentale de la politique et d'admettre la logique de l'apprentissage par essai et erreur. Ceci conduit Dewey à reconnaître tout d'abord la multiplicité des associations qui peuplent la société au niveau local, national ou transnational et qui organisent elles-mêmes les relations entre leurs mem-

1. Voir DEWEY, J., *German Philosophy and Politics*, New York, Henry Holt & co., 1915, surtout p. 47-89.

2. Sur cette tendance typique, voir HOERES, P., *Krieg der Philosophen : Die deutsche und die britische Philosophie im Ersten Weltkrieg*, Paderborn-München-Wien-Zürich, F. Schöningh, 2004.

3. On trouvera des développements utiles de ce point de vue dans RYAN, A., *John Dewey and the High Tide of American Liberalism*, New York/London, W.W. Norton & co., 1997, p. 154-199.

4. Particulièrement, WILLOUGHBY, W.W., « The Prussian Theory of the State », *The American Journal of International Law*, vol. 12, 1918, p. 251-265.

5. DEWEY, J., *The Public and its Problems : An Essay in Political Inquiry*, New York, Henry Holt & co., 1927. Le texte a été récemment traduit en français par J. Zask : DEWEY, J., *Le public et ses problèmes*, trad. ZASK, J., Paris, Léo Scheer, 2003.

6. DEWEY, J., *Le public et ses problèmes*, trad. ZASK, J., Paris, Léo Scheer, 2003, p. 67.

bres<sup>1</sup>. Par rapport à ces associations, l'État ne constitue qu'un groupement secondaire appelé par le jeu des conséquences des actions des individus.

En effet, une conceptualisation adéquate de l'État repose entièrement, selon Dewey, sur l'analyse des conséquences des transactions interindividuelles. Ces conséquences peuvent affecter exclusivement les auteurs des transactions. Dans ce cas de figure, ceux-ci peuvent tant les accepter que directement y remédier. Il arrive toutefois que certaines transactions aient des conséquences étendues et persistantes sur des tiers. Dans ce cas, « les conséquences indirectes, étendues, persistantes et sérieuses d'un comportement collectif et interactif engendrent un public dont l'intérêt commun est le contrôle de ces conséquences »<sup>2</sup>. Ce public cherche généralement à devenir effectif en trouvant des représentants. Ceux-ci « comme gardiens de la coutume, comme législateurs, comme cadres de l'exécutif, comme juges, etc., prennent soin de ses intérêts particuliers par le biais de méthodes destinées à réglementer les actions collectives des individus et des groupes »<sup>3</sup>. Toutefois, l'existence de représentants n'est pas nécessairement suffisante. Dans certains cas, le public peut en effet s'organiser politiquement. Il devient alors un État.

Cardinale pour la théorie politique de Dewey, la notion de public permet de développer une théorie imperméable aux errements métaphysiques des théories allemandes de l'État. Elle ne permet toutefois pas de résoudre à elle seule les difficultés politiques identifiées par Dewey dans la période de l'entre-deux-guerres. En effet, son constat en 1927 est que, si le conditionnement des actions des hommes par des organisations lointaines et invisibles a conduit à la création d'une grande société<sup>4</sup>, celle-ci ne parvient pas à se transformer en grande communauté. Alors que la première guerre mondiale est l'indice indubitable que le monde forme un tout, il n'existe aucune « organisation politique englobante »<sup>5</sup>. Autrement dit, l'existence d'un monde de plus en plus interdépendant où les conséquences indirectes des actions des hommes et des organisations sont de plus en plus larges ne trouve pas à s'exprimer sous une forme organisée. Cette situation ne signifie pas pour Dewey la disparition pure et simple du public, mais bien plutôt sa fragmentation en une multitude de publics. Il y a, explique Dewey, « trop de public, un public trop diffus, trop éparpillé et trop embrouillé dans sa composition »<sup>6</sup>. Il y a une multiplicité de publics et rien ne favorise leur intégration en un tout.

C'est à ce niveau que la théorie de Dewey rencontre, de notre point de vue, sa principale limite. Tout se passe comme si Dewey avait refusé de porter sa théorie à ses ultimes conséquences. Bien qu'il reconnaisse la multiplicité des associations, il finit en effet par enfermer le public dans une théorie « moniste » en privilégiant la manifestation de celui-ci sous la forme de l'État. Ultimement, le public doit être unique, intégré et total. Au contraire, en affaiblissant quelque peu l'ambition normative de la philosophie de Dewey, des publics pourraient tout aussi bien persister dans leur multiplicité et devenir effectifs par

1. DEWEY, J., *Le public et ses problèmes*, op. cit., p. 100-103.

2. *Ibid.*, p. 140.

3. *Ibid.*, p. 76.

4. *Ibid.*, p. 120.

5. *Ibid.*, p. 141.

6. *Ibid.*, p. 147.

l'intervention de représentants multiples tels que des organisations non gouvernementales, des cabinets d'avocats, des juges ou arbitres, voire même, des mécanismes de contrôle internes à certains groupes tels que des « lignes vertes » ou des procédures alternatives de plainte et de résolution des litiges. Poussée ainsi dans son pluralisme au-delà de la volonté de l'auteur, la théorie du public de Dewey aboutirait, sur des bases philosophiques plus fécondes, au radicalisme d'un Harold Laski qui concluait qu'il n'y a aucune différence, si ce n'est en degré, entre la nature de l'État et la nature d'un club de base-ball<sup>1</sup> et que, finalement, l'État constitue seulement une des multiples formes d'association humaine<sup>2</sup>. Revue selon cette perspective à la fois plus modeste et plus radicale, la théorie du public de Dewey constitue un des jalons d'une réflexion de philosophie politique sur la lutte globale pour le droit et sur une de ses dimensions éminentes : la contractualisation des droits de l'homme.

Sur le plan de la théorie du droit, cette lecture forcée de Dewey trouve un complément utile dans les théories du pluralisme juridique. C'est d'ailleurs à peu près à la même période que le juriste italien, Santi Romano, développe sa théorie de l'ordre juridique. Partant de présupposés très différents de ceux de Dewey, Santi Romano critique lui aussi la tendance philosophique et doctrinale, largement nourrie à ses yeux par la philosophie allemande et singulièrement par celle de Hegel<sup>3</sup>, de réduire la société, et par la même occasion le droit, à l'État. Or, explique le juriste italien, non seulement « on peut parfaitement concevoir le droit sans l'État »<sup>4</sup> mais l'État lui-même ne peut être « qu'une espèce du genre "droit" »<sup>5</sup>. Depuis la famille jusqu'à la société commerciale en passant par la mafia, il existe en effet selon Romano un ensemble d'institutions, un ensemble d'êtres et de corps sociaux qui, reconnus ou non par l'État, produisent du droit et constituent autant d'ordres juridiques.

La seule raison pour laquelle les juristes ne perçoivent pas ces droits multiples est que, le plus souvent, ils observent le droit à partir du point de vue particulier de l'ordre juridique étatique. Or, l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques et de droits est le plus souvent masquée par la traduction qu'opère chaque ordre juridique de la réalité normative qui l'entoure. Les « ordres juridiques » identifiés par Romano définissent en effet, chacun selon des modalités spécifiques, leurs relations mutuelles et reconnaissent, nient ou reconstruisent dans leurs propres termes les ordres qui leur sont extérieurs. Il n'en reste pas moins que cette pluralité des ordres juridiques est pour Romano une réalité sociale à l'aune de laquelle il faut comprendre la « crise de l'État ». Il indique en effet que « ce qu'on appelle la crise de l'État moderne implique précisément qu'un grand nombre de groupes sociaux tendent à se constituer chacun une sphère juridique indépendante »<sup>6</sup>. Ce mouvement constitue en un sens la vengeance des

1. « There is not, as I can conceive, any fundamental difference, except in degree, between the nature of a state and the nature of a baseball club » : LASKI, H.J., « The Personality of the State », *The Nation*, n° 101, 1915, p. 116.

2. « The state is only one among many forms of human association ». LASKI, H.J., *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1919, p. 65.

3. ROMANO, S., *L'ordre juridique*, trad. FRANÇOIS, L., GOTHOT, P., Paris, Dalloz, 2002, p. 77-82.

4. *Ibid.*, p. 81.

5. *Id.*

6. *Ibid.*, p. 82.

groupes sociaux contre le « monopole juridique » de l'État. Il n'est toutefois pas strictement autonome par rapport au droit étatique. Il est au contraire expansif dans la mesure où les ordres juridiques sont mûs par une dynamique qui les pousse à « se projeter hors d'eux-mêmes »<sup>1</sup> en obtenant la reconnaissance, directe ou indirecte, de l'ordre juridique étatique.

Ainsi, si une lecture souple de Dewey nous invite à reconnaître le rôle primaire des associations dans l'organisation de la vie sociale et à prendre acte d'une logique d'émergence de publics multiples, le pluralisme juridique de Romano nous propose de lire ces mêmes phénomènes comme autant de manifestations de formes de juridicité. En ce sens, ces philosophies pluralistes de l'entre-deux-guerres offrent des ressources pour penser, juridiquement mais aussi politiquement, le phénomène de la mondialisation du droit et de la contractualisation des droits de l'homme qui l'accompagne. Dans cette perspective, l'inclusion de clauses « droits de l'homme » dans les contrats n'est qu'une manière pour les associations, et notamment pour les entreprises transnationales, de gérer les conséquences indirectes, étendues, persistantes et sérieuses de leurs activités. La logique d'apprentissage forcé et de raffinement des formes de la contractualisation des droits de l'homme constitue quant à elle la suite directe du surgissement de publics dispersés qui parviennent, par intermittence, à être représentés tantôt par une organisation non gouvernementale, tantôt par un cabinet d'avocat, tantôt par un juge, tantôt par une agence de presse. Cette contractualisation des droits de l'homme est nécessairement un phénomène juridique. Analysée du point de vue de l'ordre juridique étatique, elle se manifeste évidemment sous la forme du contrat. Toutefois, comme le montrait Santi Romano pour le cas du contrat de travail<sup>2</sup>, la catégorie du contrat est parfois impuissante à rendre compte de la nature exacte des relations juridiques qui ont cours à l'intérieur d'autres institutions juridiques. Dans le cas qui nous occupe, la contractualisation des droits de l'homme définit de plus en plus souvent un cadre normatif objectif, parallèle en tout ou en partie à l'État, pour la définition et la résolution des litiges en matière de droits de l'homme. Loin d'être l'instrument d'un accord de volontés, le contrat devient ainsi un instrument de législation privé organisant des régimes de protection des droits de l'homme dans le cadre desquels la société Wal-Mart peut tout aussi bien être considérée comme un législateur global<sup>3</sup>.

Le pluralisme politique et juridique a souvent puisé ses exemples dans le monde féodal et ses représentations<sup>4</sup>. Et en effet, au terme de cette enquête sur la contractualisation des droits de l'homme, une image féodale d'ensemble semble se dessiner faite d'ordres juridiques pluriels et enchevêtrés ainsi que

1. ROMANO, S., *L'ordre juridique*, trad. François, L., Gothot, P., Paris, Dalloz, 2002, p. 95.

2. *Ibid.*, p. 93-94.

3. Voir en ce sens BACKER, L.C., « Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking : Wal-Mart as Global Legislator », *University of Connecticut Law Review*, vol. 39, 2007, p. 1739 et s.

4. Après tout, les mouvements pluralistes anglo-saxons ont largement puisé leur inspiration dans la *Genossenschaftsrecht* de Gierke. Voir DREYER, M., « German Roots of the Theory of Pluralism », *Constitutional Political Economy*, vol. 4, 1993, p. 7 et s.

d'autorités multiples prétendant dire le droit. Dans le même sens, Alain Supiot remarquait récemment que « loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la "contractualisation de la société" est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social »<sup>1</sup>. La contractualisation des droits de l'homme constitue certainement un cas exemplaire de cette hypothèse néo-féodale. Plus que ce diagnostic, la question reste aujourd'hui de savoir si ces résurgences féodales font simplement signe vers un « désordre » juridique fondamental ou plus fondamentalement vers l'émergence d'un droit global. En tous les cas, le pluralisme politique et juridique nous fournit encore aujourd'hui des pistes intellectuelles pour aborder cette question.

1. SUPIOT, A., *Homo Juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 172.