

CHAPITRE 1  
LE DROIT DES GENS ET LA LÉGITIMATION  
DE L'EXPLOITATION DES « BARBARES », DES  
« NÈGRES » ET DES « FEMMES » – UNIVERSALITÉ  
ET CATÉGORIES JURIDIQUES

MARTIN GALLIÉ\*

**Introduction**

*Comme catégorie technico-juridique, l'énonciation de l'existence de groupes naturels entre dans l'ordre des faits matériels. Le juridique est l'énoncé des techniques idéologiques pratiques de la domination : on le trouve donc garant privilégié de ce qui est idéologiquement supposé.*

Colette Guillaumin, *L'idéologie raciste*, Gallimard, 2002, p. 350.

Dans le cadre de ce chapitre, j'ai choisi de m'interroger sur l'un des paradoxes qui ressort des analyses critiques du droit international. Ce paradoxe est connu et récurrent et c'est celui du rôle tout à la fois émancipateur du droit et de son caractère profondément inégalitaire et injuste(1). Il ne s'agit pas d'une nouveauté. Le fait que le droit international soit le produit de contradictions, d'intérêts contradictoires, était au cœur des interrogations de l'École de Reims(2). Mais il me semble que l'une des principales avancées des récentes théories critiques du droit

---

\* Professeur au Département des sciences juridiques et membre du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), Université du Québec à Montréal.

(1) S. PAHUJA et L. ESLAVA, « Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law », *Trade, Law and Development*, 2011, vol. 3, n° 1, p. 119.

(2) Voy. en particulier les travaux de Charles Chaumont et les différentes rencontres de Reims :

CH. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970, vol. 1, pp. 333-527 et CH. CHAUMONT, « À la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international », *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit) 1*, Actes des 2e et 3e rencontres de Reims, Faculté de Reims, ARERS, 1974, p. 1-39. Pour une analyse voy. également E. JOUANNET, « La pensée juridique de Charles Chaumont », *R.B.D.I.*, 2004, n° 1, pp. 259 à 289.

international est d'avoir montré, ou d'avoir davantage insisté, sur le caractère multiple de ces contradictions. Les *Third World Approaches to International Law*, par exemple, contrairement à leurs prédécesseurs tiers-mondistes des années 1960 et 1970, s'appuient sur les analyses féministes et antiracistes du droit et avancent que les rapports de domination sont pluriels(3). Le droit international est non seulement colonial, capitaliste, mais aussi raciste, sexiste et il participe à la perpétuation de ces rapports sociaux. Dans le même temps, les juristes critiques refusent de renoncer au droit comme instrument au service des luttes sociales. Ils avancent notamment l'argument que les peuples colonisés, comme les femmes et les racisé-e-s se servent encore aujourd'hui du droit international et des droits humains(4) en particulier pour faire avancer leurs revendications. Bref, le droit international, universel, produit le « colonisé », l'« Autre », le « Subalterne » pour légitimer sa domination et son exploitation, mais cet « Autre » s'est servi et se sert encore aujourd'hui de ce droit comme outil d'émancipation.

Compte tenu de cette nature « schizophrénique » de la référence à l'universel, deux questions plus précises semblent ressortir des débats actuels au sein de la théorie critique. La première est de savoir dans quelle mesure il faut refondre les droits universels, notamment les droits humains, dans une perspective multiculturaliste plus ouverte à la diversité, afin de rompre avec le caractère eurocentré, sexiste et raciste du droit international. C'est notamment ce que proposent M. Mutua(5) ou B. de Sousa Santos(6), par exemple, qui défendent chacun à leur manière une « politique multiculturelle » du droit international et

(3) Sur l'histoire des TWAIL voy. K. MICKELSON, « Taking Stock of TWAIL Histories », *International Community Law Review*, 2008, vol. 10, n° 4, pp. 355-362.

(4) Pour les irréductibles de l'expression « droits de l'homme » je me permets de renvoyer au texte de Christine Delphy : « Les défenseurs de l'expression disent que, là, « l'homme » inclut les femmes. Et pourquoi là et pas ailleurs ? Et comment sait-on quand les femmes sont incluses et quand elles ne le sont pas ? On ne le sait pas : certains prétendent que c'est quand le « h » de « homme » est écrit en majuscule : « Homme ». Les dictionnaires n'ont jamais entendu parler de cette distinction, qui, si elle existait, ne s'entendrait de toute façon pas à l'oral (...) Ce qui conduit à une autre dérive différentialiste : on entend parler depuis trois décennies des droits... des femmes. C'est quoi, en droit international ? Tout simplement l'application des droits humains aux femmes (il n'y a pas dix mille droits fondamentaux, sinon ils ne seraient pas fondamentaux). Mais en français franchouillard ça donnerait : « l'application des droits de l'homme aux femmes », ce qui sonne bizarre, et ne se fait pas ». Voy. C. DELPHY, « Droits de l'homme ou droits humains ? – Les mots sont importants ! », Février 2007, disponible sur <http://msi.net/Droits-de-l-homme-ou-droits> (12 mai 2011).

(5) « Rather, the Article is a plea for a genuine cross-contamination of cultures to create a new multicultural human rights corpus », voy. M. MUTUA, « Savages, victims and saviors: the metaphor of human rights », *H.I.L.J.*, 2001, vol. 42, n° 1, p. 245.

(6) B. DE SOUSA SANTOS, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », *Dr. et Soc.*, 1997, n° 35, pp. 79-96.

des droits humains, sans toutefois s'entendre sur la manière de définir la culture. La seconde question, étroitement reliée à la première, est celle de déterminer dans quelle mesure il faut s'appuyer sur l'analyse marxiste pour donner au droit international une portée réellement progressiste et émancipatrice, et prendre en compte d'autres rapports de pouvoirs (de sexe et de race notamment). Plus précisément, il s'agit de comprendre dans quelle mesure le concept de classe, et ce qu'il contient en termes d'exploitation, c'est-à-dire d'appropriation du travail d'autrui, est encore pertinent pour penser cette articulation des rapports de pouvoir. B. Rajagopal considère par exemple qu'il faut désormais « aller au-delà du marxisme » afin de prendre en compte les questions ou des revendications exprimés en termes d'« identités », comme les mouvements de femmes et antiracistes(7). Dans le même ordre d'idées, Martti Koskeniemi dénonce l'occultation des questions d'ordre symbolique dans l'analyse marxiste, ce qui ferait obstacle à l'émergence d'un droit international réellement universel(8). À l'inverse, pour d'autres auteurs, comme Susan Marks(9), B. Chimni(10) ou les *ClassCrits*(11), il n'est pas dit que la critique marxiste, en ce qu'elle insiste sur les rapports d'exploitation, d'appropriation du travail des « Autres », ait déjà porté tous ses fruits dans la critique du

(7) « These mobilizations [such as migrant labor, urban squatters, and women] began to transform the political, economic, and social landscape of many Third World countries. Yet they could not be analyzed within the Marxist paradigm, which had provided the tools for interpreting radical social change in the Third World for several decades. Literature on social movements emerged largely as a response to these new forms of mobilizations, even as it sought to explicate the exhaustion of leftist ideology. This explains the attempt to distinguish the new forms of popular mobilizations as “new social movements” (based on identity politics), as opposed to presumably “old” social movements (based on national liberation or class). By the end of the 1990s, identity-based movements ran out of steam and became subject to severe questioning from post-Marxists, among others. This followed the discovery that the “move to markets” in development policy in the early 1990s conveniently coincided with the move away from class to identity », voy. B. RAJAGOPAL, « International Law and Social Movements : Challenges of Theorizing Resistance », *Col. J. Trans. L.*, 2003, vol. 41, pp. 397-434, pp. 407-408.

(8) « Marx's economic reductionism remained blind to the significance of divisions emerging in the political and cultural realms of civil society – indeed, he himself remained, as noted by Jean Cohen, imprisoned by a « fetishistic logic », voy. M. KOSKENIEMI, « What should International Lawyers learn from Karl Marx? », *International Law on the Left*, sous la direction de S. Marks, Cambridge, 2008, pp. 30-52, p. 49.

(9) S. MARKS, « Exploitation as an International Legal Concept », *International Law on the Left*, Cambridge, sous la direction de S. Marks, 2008, pp. 281-308.

(10) « A class approach to international law rooted in materialist epistemology and sociology is most helpful once the need to enrich it through borrowing from other intellectual traditions, in particular feminism and critical race theorists, is recognized », voy. B.S. CHIMNI, « Prolegomena to a Class Approach to International law », *E.J.I.L.*, 2012, vol. 21, n° 1, pp. 57-82, p. 77.

(11) A. MUTUA, « Introducing ClassCrits : From Class Blindness to a Critical Legal Analysis of Economic Inequality », *Buff. L. Rev.*, Décembre 2008, vol. 56, n° 4, pp. 859-914.

droit, et tout particulièrement pour penser l'articulation des rapports de pouvoir(12).

Il s'agit d'un débat qui n'est pas propre au champ juridique(13). De manière un peu caricaturale, celui-ci renvoie à la question de savoir s'il faut raisonner, ou prioriser une réflexion en terme d'« identité » et d'enjeux symboliques, promouvoir « l'égalité dans la différence » ou au contraire s'attaquer à la suppression des contradictions de classe, de sexe et de race, et donc à l'exploitation des ouvrier-e-s par les patrons, des femmes par les hommes, des noir-e-s par les blancs... La marginalisation des rapports d'exploitation est ainsi, pour certains, symptomatique d'une tendance plus générale qui marque l'ensemble des sciences sociales depuis plusieurs années. Dans la foulée du « tournant » post-moderne et/ou postcolonial qui se déploie contre le « réductionnisme économique » attribué à la pensée marxiste, cette tendance consiste à placer les divisions culturelles et politiques de la société au centre du questionnement. Mais pour d'autres, cette approche participe, ce faisant, et par une sorte d'« effet boomerang », d'un autre réductionnisme qui conduit celui-ci à marginaliser la question de l'exploitation dans l'analyse critique, ce qui ne va pas sans susciter des débats(14). Ce qui est notamment dénoncé, c'est la « (dé)matérialisation »(15) des rapports sociaux coloniaux, de sexe et de race en particulier, et donc leur idéalisation, voire leur essentialisation. Pour ces auteurs, les

(12) Cette dénonciation est particulièrement présente chez les auteures féministes et/ou celles qui s'intéressent à l'articulation des rapports sociaux ou aux liens entre « travail » et « développement » : J. CONAGHAN, « Intersectionality and the feminist project in law », *Intersectionality and Beyond : Law, Power and the Politics of Location*, sous la direction de E. Grabham, D. Cooper, J. Krishnadas et D. Herman, Abingdon : Londres, Routledge-Cavendish, 2009, pp. 21 à 48 ; S. MARKS, « Exploitation as an International Legal Concept », *op. cit.* (note 9), pp. 281-308 ; K. RITCHIE, « The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social », *Mich. J. Int'l. L.*, 2004-2005, vol. 26, pp. 199-244 ; A. BLACKETT, « Trade Liberalization, Labour law, and Development: A Contextualization », *International Institute for Labour Studies, Discussion Paper Series*, ILO, 2007, n° 179, 43 p. ; S. TAMALE, « Gender Trauma in Africa: Enhancing Women's Links to Resources », *J. Afr. L.*, 2004, vol. 48, n° 1, pp. 50-61.

(13) Dans le champ de l'analyse féministe voy. les travaux de Christine Delphy. Dans le champ des études historiques Jean Frémigacci dénonce par exemple, l'insistance sur « un mythe capital financier », qui « a longtemps conduit la recherche à ne pas accorder la primauté qu'il mérite au quasi unique facteur de production (donc de formation du capital) de l'économie coloniale, à savoir le travail des Africains », voy. J. FRÉMIGACCI, « L'écriture de l'histoire de la colonisation en France depuis 1960 », *Afrique & histoire*, 2006, vol. 2, n° 6, pp. 264-276.

(14) Sur la critique des théories postcoloniales, voy. J.-L. AMSELLE, « Un ordre d'idées », *L'Occident décroché : enquête sur les postcolonialismes*, Paris, Stock, 2008, 320 p. Pour un aperçu des débats et des enjeux concrets en France, voy., par exemple, J.-P. GARNIER, « De la solubilité des classes sociales à travers le prisme post-colonial made in USA », *L'Homme et la société*, 2011, vol. 4, n° 182, pp. 235-242.

(15) Le terme est emprunté à Elsa GALERAND, *La dématérialisation des rapports sociaux de sexe*, Rapport du Séminaire de recherche, Alliance de recherche IREF/Relais-femmes (ARIR), IREF, UQAM, 2 mai 2008.

catégories sociales « noirs », « femmes », « barbares » existent d'abord dans le rapport social qui les oppose aux « blancs », aux « hommes » ou aux « civilisés », et ce rapport, s'il ne s'y résume pas, est également un rapport d'exploitation(16).

C'est donc avec ces débats en tête – que je n'ai aucunement la prétention de trancher – que j'ai voulu questionner les fondateurs du droit international qui, en pleine période de la conquête coloniale et alors qu'ils sont au service des colonisateurs, jettent ce qui servira de base au principe d'universalité du droit international. Plus précisément, je me suis demandé comment ces auteurs surmontaient ou contournaient dans les textes la contradiction entre, d'un côté, la construction et la reconnaissance d'un droit commun universel, propre au *Genre humain* et, d'un autre côté, l'entreprise coloniale, avec ce qu'elle implique en terme d'exploitation, de mise en esclavage et donc de production de l'« Autre »(17), qu'il s'agisse des « barbares », des « nègres » ou des « femmes ».

Dans la première partie de ce texte, centrée sur l'idéologie du *Genre humain*, je vais tenter de montrer que, si les fondateurs du droit international défendent tous l'idée d'un *Genre humain* unique, ils s'accordent simultanément pour considérer que celui-ci est divisé en catégories *hiérarchisées* ; bref qu'il n'est pas uni, qu'il repose sur ce que Colette Guillaumin appelle un « système de marques » ou ce qu'Antony Anghie nomme la « dynamique de la différence »(18). Il s'agira notamment de montrer que le droit et les juristes participent à la création de ces catégories, le juridique étant le « garant privilégié de ce qui est idéologiquement supposé » pour reprendre la phrase en exergue (I). Dans la seconde partie, ce sont les mécanismes juridiques de justification ou de légitimation des rapports de colonisation et de l'exploitation qui m'intéresseront. En d'autres termes, comment ces auteurs concilient-ils la reconnaissance d'un droit commun, universel, et la hiérarchie des catégories juridiques qu'ils ont instituées (II) ?

(16) « Un rapport social est une relation antagonique entre deux groupes sociaux, établie autour d'un enjeu. C'est un rapport de production matérielle et idéelle (...). Et c'est un rapport conflictuel », voy. D. KERGOAT, « Dynamique et consubstantialité des rapports sociaux », *Sexe, Race, Classe. Pour une épistémologie de la domination*, sous la direction de E. Dorlin, Paris, PUF, 2009, pp. 111-127, p. 113.

(17) Pour des précédents travaux sur ce thème, voy. P. KEAL, *The European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples : The moral backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 258 p. ; G. CABALLAR, « Vitoria, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel : Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans ? », *J. Hist. Int'l. L.*, 2008, vol. 10, n° 2, pp. 181-209.

(18) A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 356 p.

Du point de vue du corpus, je me suis principalement appuyé sur six auteurs, considérés comme des « pères fondateurs » du droit international et caractéristiques des différents courants juridiques entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup>(19) : Vitoria et Suarez (scholastiques)(20), Grotius et Pufendorf (naturalistes)(21) et enfin Vattel et Georg Martens (au XIX<sup>e</sup> – pré-positivistes)(22).

### 1. – Un genre humain unique et hiérarchisé

Les travaux de Colette Guillaumin en sociologie, puis ceux d'Antony Anghie dans le champ du droit international, ont montré comment les juristes ont systématiquement « distingué » ou « marqué » certains groupes sociaux. Nous reprendrons ici leurs travaux pour insister sur deux points en particulier, qui nous semblent encore faire l'objet de débats ou qui sont peu traités dans le champ juridique. D'une part, ce « système de marque » ou cette « dynamique de la différence » est

(19) J. BARTHÉLEMY, H. NÉZARD, L. ROLLAND, A. PILLET, *Les fondateurs du droit international : F. de Vitoria, A. Gentilis, F. Suarez, Grotius, Zouch, Pufendorf, Bynkershoek, Wolf, Vattel, de Martens : leurs œuvres, leurs doctrines*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1904, 691 p.

(20) J'ai choisi de m'intéresser à Vitoria en raison de son ouvrage, *de Indis*, précisément centré sur la question de la légitimité de la colonisation et des droits des Indiens. Le choix de Suarez repose quant à lui sur le fait qu'il est considéré comme l'un des principaux représentants de l'école scholastique d'une part et qu'il semble être le premier à avoir théorisé la distinction entre le droit naturel et le droit des gens d'autre part. Nous nous appuyerons plus particulièrement sur les ouvrages suivants : F. DE VITORIA, *Leçons sur le droit des indiens et le droit de la guerre*, introduction, traduction et notes par Maurice Barbier, Genève, Librairie Droz, 1966 et F. SUAREZ, J.-P. COUJOU, *Des lois et du Dieu législateur*, Paris, Dalloz, 2003 et J. BROWN SCOTT, *Vitoria et Suarez – Contribution des théologiens au droit international moderne*, Association internationale Vitoria-Suarez, Paris, Pedone, 1939.

(21) Le choix de ces deux auteurs pour traiter de l'approche des juristes naturalistes repose sur le fait qu'ils représentent « deux courants distincts » du droit naturel. De manière schématique, et comme l'a montré Emmanuelle Jouannet, si ces deux auteurs ne conçoivent pas le droit des gens comme une sphère juridique autonome, à la manière des positivistes qui leur succéderont, ils s'opposent sur la question du fondement de validité du droit des gens. À la différence de Grotius, « le mouvement pufendorien ne reconnaît pas l'existence d'un droit des gens positif », voy. E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, pp. 25-26. Nous étudierons ici les ouvrages suivants : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2005, 868 p. ; H. GROTIUS, *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, traduction, préface et notes par A. Guichon De Grandpont, publié par Bajot et Poirré, extrait des annales maritimes et coloniales, Imprimerie royale, Paris, 1844 ; S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Tomes I et II, traduction de Jean Barbeyrac, Éditions Pierre de Coup, Amsterdam, 1712.

(22) Ici, le choix d'Emer de Vattel s'impose, car c'est avec lui qu'émerge le droit international classique. De même, il apparaissait indispensable d'examiner le *Précis du droit des gens moderne* de Georg Friedrich Martens, longtemps considéré comme le traité le plus complet du droit des gens. Nous nous appuyerons ici sur les versions suivantes : E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et Nations et des souverains*, Tomes I, II et III, Pradier-Fodéré, Librairie de Guillaumin, Paris, 1863 et G. F. VON MARTENS, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, vol. 1, Tomes I et II, Librairie Guillaumin, Paris, 1858.

applicable à toute une série de groupes sociaux, et pas seulement aux colonisés. Les femmes, tout autant que les colonisés ou les noirs, sont marqués juridiquement : le *Genre humain*, s'il est unique, coexiste avec différentes catégories, juridiquement instituées (1). D'autre part, ces catégories, ces « marques » évoluent avec le temps. À titre d'exemple, la couleur de peau comme la « différence de sexe » n'ont pas toujours été des critères de légitimation de l'appropriation. Mais dans tous les cas, ces catégories juridiques visent à *hiérarchiser* les groupes sociaux entre eux (2).

#### 1.1. – COEXISTENCE ENTRE UN GENRE HUMAIN UNIQUE ET DES CATÉGORIES JURIDIQUES

Tous les auteurs étudiés partagent l'idée qu'il existe un *Genre humain* soumis à un même droit. Ce n'était pas en soi évident. La question se pose encore aujourd'hui : l'application des droits fondamentaux est légalement refusée à de nombreux groupes sociaux, les détenus, migrants, sans-abris ou pauvres, qu'ils soient dans des pays riches ou non.

À l'époque des scholastiques, considérés comme les premiers internationalistes, et qui écrivent en pleine conquête des Amériques, la question qui était au cœur des débats était de savoir si les indiens ou les colonisés pouvaient prétendre avoir des droits(23). F. Vitoria (1483-1546), ainsi que F. Suarez (1548-1617), répondent par l'affirmative en soulignant qu'il existe un *Genre humain* unique, soumis à des règles de droit identiques(24). Vitoria, comme Suarez(25), s'opposent

(23) M. KOSKENNIEMI, « Colonization of the 'Indies' The Origine of International Law ? », *La idea de la América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*, sous la direction de Y. Gamarra (Zaragoza, Institución Fernando el Católico), 2010, pp. 43-63.

(24) Ces questions avaient déjà été soulevées entre 1415 à 1418, lors du Concile de Constance. Il s'agissait alors de savoir quels étaient les droits des sarrasins, des « païens » d'Europe de l'Est. Toutefois, et comme le souligne Camilo Barcia Trelles, la question était quelque peu différente ; « En premier lieu, ceux-ci (les indiens) ne songeaient nullement à nous envahir, c'était nous les envahisseurs. Entre l'Amérique et l'Europe n'existe pas la continuité géographique qui rendait possible pour les Arabes leur extension territoriale ; les Indiens n'avaient ni la force, ni le pouvoir des Arabes. Nous ne pouvions non plus alléguer contre les infidèles d'Amérique l'argument de la reconquête, puisque leurs terres ne nous avaient jamais appartenu. Par conséquent c'est seulement comme titre originaire qu'on pouvait présenter à l'appui de notre action en Amérique l'argument de l'infidélité », voy. C. BARCIA TRELLES, « Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1927, vol. 17, n° 2, pp. 109-342, p. 170. et J. MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le *ius gentium* : essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *R.C.A.D.I.*, 1950, vol. 77, pp. 481-614, p. 528 et s.

(25) Pour Francisco Suarez, « la raison de ceci et de ce droit (international) consiste dans le fait que le Genre humain, même s'il est divisé en peuples et en royaume maintient cependant à tout moment une certaine unité, non seulement l'unité spécifique du Genre humain, mais également en quelque sorte une unité politique et morale, comme l'indique le précepte naturel de fraternité

ouvertement aux arguments développés par de nombreux auteurs de l'époque tels que Jean Ginés de Sepúlveda (1490-1573), selon lequel l'incapacité d'esprit des indiens, par exemple, justifie à elle seule leur mise en esclavage(26) : « Il est licite de soumettre les Indiens à cause de l'incapacité de leur esprit ; ce sont des gens serviles et barbares et, par conséquent, obligés de servir les Espagnols dont la culture est plus avancée ; étant barbares, les Indiens sont obligés d'obéir aux hommes prudents et humains »(27). À la différence de Sepúlveda, Vitoria soutient que les indiens ne peuvent être privés de droits (notamment de propriété) sur le simple fondement qu'ils seraient fous ou « incapables d'esprit »(28) : « La folie n'empêche pas les barbares de posséder un pouvoir véritable. Car en toute vérité, ils ne sont pas fous mais ils possèdent à leur manière l'usage de la raison [...] »(29). Vitoria postule ainsi que les indiens sont dotés de « raison ». Et, même en admettant que « ces barbares soient aussi stupides et obtus qu'on le dit », les Espagnols ne peuvent « leur refuser un pouvoir véritable et il ne faut pas les compter au nombre des esclaves légitimes »(30). Ce postulat est important puisqu'à la différence de la doctrine dominante de l'époque, Vitoria reconnaît aux indiens le statut d'« être humain », au même titre que les paysans espagnols qui pourtant « diffèrent à peine des animaux »(31). Et c'est le fait que les indiens soient dotés de « raison » qui leur permet de bénéficier, ou plutôt d'être soumis à un droit qui n'est plus limité aux seuls chrétiens, mais universel : le *droit naturel* et le *ius inter gentes*. Ainsi, comme le souligne Paul Guggenheim, « [l']unité du Genre humain selon Vitoria implique qu'il n'est pas fait de distinction entre les hommes, ni entre les États ou les communautés

(*mutui amoris*) et l'aide qui est étendue à tous, même aux étrangers de quelque nation que ce soit », voy. F. SUAREZ, *De Legibus*, vol. II, Chap. XIX, § 9.

(26) Jean Ginés de Sepúlveda avance principalement quatre arguments pour justifier leur appropriation : 1. Les péchés des Indiens 2. Le droit d'évangélisation 3. La protection des victimes des Indiens 4. Et enfin, la folie des Indiens, ou leur « caractère primitif », voy. C. C. LANCHI, « Las Casas protecteur des Indiens, défenseur des droits de l'homme », *Revue historique*, 1994, vol. 1, n° 589, pp. 51-70.

(27) C. BARCIA TRELLES, *op. cit.* (note 24), p. 143.

(28) On relèvera que c'est aussi à cette époque qu'émerge, au lieu des termes traditionnels d'infidèles ou de païens, « un vocable jusqu'alors non usité chez les Chrétiens d'Occident, quoique familier aux Anciens et aux Byzantins, est jeté dans la controverse : celui de « barbares », voy. J. MOREAU-REIBEL, *op. cit.* (note 24), pp. 481-614, p. 532 et s. Sur les débats portant sur la question de la distinction entre « sauvages », « barbares », puis plus tard entre « civilisés », « semi-civilisés », « non-civilisés », voy. B. BOWDEN, « Colonial Origins of International Law - European Expansion and the Classical Standard of Civilization », *J. Hist. Int'l. L.*, 2005, vol. 7, n° 1, pp. 1-24, p. 17 et s.

(29) F. DE VITORIA, *op. cit.* (note 20), § 93-99.

(30) *Ibid.*, § 100.

(31) *Ibid.*, § 99.

d'États »(32). Bref, les indiens ont « un pouvoir véritable tant public que privé » dont ils ne peuvent être arbitrairement privés. C'est donc à l'appui des dispositions d'un droit universel, dont la légitimité repose sur une caractéristique commune au *Genre humain*, en l'occurrence l'usage de la raison, que Vitoria écarte les autres titres d'appropriation généralement invoqués pour justifier l'acquisition des terres et des indiens(33).

Cette unicité du *Genre humain* n'est pas remise en cause par les juristes naturalistes. À titre d'exemple, dans *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, Grotius insiste : « le Dieu fondateur et directeur de l'univers entier et surtout père de l'humanité » n'a pas séparé le *Genre humain* en « espèces diverses sujettes à divers sorts ». Le *Genre humain* partage « la même disposition d'organes, des visages amicalement tournés les uns vers les autres, le langage et les autres moyens de communication, afin que tous comprissent qu'il y a entre eux une société et une parenté naturelles »(34). Dans le même sens, pour Samuel von Pufendorf, les Hommes ont l'obligation « de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux »(35).

L'unicité du *Genre humain* n'empêche cependant pas la « différence », la « diversité ». Au contraire, on retrouve chez tous les auteurs étudiés des pans entiers du *Genre humain* particularisés, catégorisés. Ces catégories évoluent avec le temps. Par exemple, chez les scholastiques on retrouve les catégories de païens, barbares, sauvages, sarrasins, paysans, indiens, esclaves, femmes, prisonniers. Chez les naturalistes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, alors qu'émergent les théories des Lumières, on voit apparaître de nouvelles catégories : les pauvres, ceux qui sont « dotés de qualité de Corps et d'esprit », ceux qui ont de l'« Estime ». À l'inverse, d'autres catégories tendent à disparaître « sarrasins » ou « indiens », par exemple. Chez les pré-positivistes de la fin du XVIII<sup>e</sup>, qui écrivent pendant la Révolution agricole, apparaissent également : les « oisifs » et surtout les « nègres ». Bref, la notion de *Genre humain* est employée concomitamment à d'autres

(32) P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *R.C.A.D.I.*, 1958, vol. 94, pp. 1-84, p. 21.

(33) Vitoria écarte ainsi sept titres généralement avancés par la doctrine de l'époque pour légitimer cette appropriation : le pouvoir universel de l'Empereur; le pouvoir universel du Pape; le droit de découverte; le refus de la foi chrétienne; les vices des Indiens; le libre choix; un don spécial de dieu.

(34) H. GROTIUS, *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, *op. cit.* (note 21), p. 15-16.

(35) S. VON PUFENDORF, « De l'Obligations où sont tous les Hommes de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux », Tome I, Livre III, Chap. III et « Des devoirs communs de l'humanité », Chap. IV, *op. cit.* (note 21).

catégories qui classifient *de facto* : barbares, paysans, pauvres, enfants, fous, femmes...

Mais dans tous les ouvrages étudiés ici et publiés avant le XIX<sup>e</sup>, cette « diversité » du *Genre humain*, cette « dynamique de la différence » qui a accompagné la prétention à l'universalisme mise en évidence par Anghie, ne s'appuie pas sur de prétendues caractéristiques physiques ou biologiques. Ainsi, quand Grotius évoque la « race », c'est en référence à la *race humaine*(36). Dans le même sens, chez Pufendorf, le terme de « race » renvoie à la distinction entre les nobles et les gentilshommes, mais il n'est pas question de « race » en termes de couleur de peau(37). La « race » n'apparaît pas encore explicitement au XVII<sup>e</sup> comme un critère discriminant, ni comme critère de distinction. D'un point de vue doctrinal, la couleur de peau ne semble avoir aucune répercussion sur la catégorisation des groupes sociaux(38). Ainsi, comme le relève Colette Guillaumin, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> « [l]es justifications auxquelles recouraient les conduites que nous appellerions aujourd'hui « racistes » étaient d'ordre religieux (ou de caste, système qui renvoie à l'ordre sacré) [...] »(39). Le racisme scientifique émerge bien plus tard. La couleur de peau n'apparaît pas comme le critère discriminant dans les textes étudiés ici avant le XIX<sup>e</sup> :

« si les traits physiques ont bien, ailleurs ou autrefois, attiré l'attention c'était avec indistinctions si l'on peut dire et dans une attitude non classificatoire qu'il nous est devenu difficile de comprendre. Bref, ils étaient remarqués à peu près comme aujourd'hui la calvitie, la couleur des yeux ou la peinture : intéressants certes, mais pas discriminants »(40).

Dans le même sens, les différences de traitement entre les hommes et les femmes – notamment en ce qui concerne le droit de disposer de son corps et de son travail – est principalement légitimée par des références bibliques chez les scholastiques(41). La « diversité » repose surtout sur un argumentaire religieux jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup>, et il

(36) H. GROTIUS, *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, op. cit. (note 21), pp. 15-16.

(37) S. VON PUFENDORF, Livre I, Chap. I, op. cit. (note 21), §XII.

(38) On peut également relever que l'ordonnance royale de 1685, dit « Code noir », ne mentionne jamais le terme « noir ». Le code, qui restera en vigueur jusqu'en avril 1848, qualifie les esclaves de « meuble » sans donner ni l'origine, ni la légitimation de l'esclavage, alors même que l'esclavage est interdit sur le territoire métropolitain. Voy. L. SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 2006, 292 p.

(39) C. GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste*, Gallimard, 2002, p. 25 et pp. 343-344.

(40) *Ibid.*

(41) Par exemple, pour Suarez : « For the union of man and woman, since it is natural, consequently involves a head, the man, according to this passage from Genesis (Chap. III [v. 16]) : "[...] thou shalt be under thy husband's power." Thus it is that Paul says (Titus, Chap. II [v. 5]) : "Let women be subject to their husbands" ». Voy. F. SUAREZ, « Does Man Possess the Power to Make

n'y a pas ou peu d'argumentaires biologiques(42). Ainsi, par exemple, pour F. Suarez, c'est Dieu qui confère au mari, non seulement la possibilité de se marier, mais aussi « de se servir de la femme »(43). On relèvera toutefois, qu'à la différence de nombre de ses successeurs, Suarez intègre les femmes dans la *communauté juridique* et de ce fait leur octroie une certaine capacité d'agir dans les affaires publiques. Dans un passage consacré à la formation de la coutume et aux personnes étant considérées comme aptes à définir celle-ci, Suarez s'oppose à ses contemporains qui excluent systématiquement les femmes au motif qu'elles n'auraient pas « d'autorité législative »(44). Il n'y a selon lui aucune base légale permettant de justifier une telle exclusion(45). On voit ainsi, comme l'a déjà souligné Eleni Varikas, que « de la Renaissance au XVII<sup>e</sup> siècle, les mêmes références culturelles, les mêmes lectures, les mêmes "données" conduisent à des visions opposées de la nature humaine »(46). Il y avait ainsi d'importants débats sur la place des femmes dans la société et des désaccords. En d'autres termes,

Laws », *On Laws and God the Law-giver – Francisco Suarez. Selections from Three Works*, vol. II, Livre, III, Chap. I, Oxford, Clarendon, 1944, p. 366.

(42) Comme l'a déjà montré Colette Guillaumin, l'idée de classer les groupes sociaux « selon des critères somato-morphologiques est tout à fait datée et récente : le XVIII<sup>e</sup> siècle ». Voy. C. GUILLAUMIN, *Sexe, race et Pratique du pouvoir. L'idée de Nature*, Paris, Côté-femme, 1992, p. 181.

(43) « God has power to transfer to a man dominium over a woman without her consent, and to effect such a bond between them that, by virtue of this bond, the union is no longer one of fornication », voy. F. SUAREZ, « Whether God Is Able to Grant Dispensations from the Natural Law, Even by His Absolute Power », *Whether God can Grant Dispensation from Natural Law* vol. II, Livre, II, Chap. XV, op. cit. (note 41), p. 299.

(44) « There is a general agreement on this point, that there should be reckoned in this number only persons who can give consent to consuetudinary law. All infants and all persons mentally defective are therefore excluded. Some would also entirely exclude women on the ground that they can exercise no legislative authority. Among men, they exclude all below the age of twenty-five years. However, I cannot find any basis in law or any justification in reason for the exclusion of the last two groups ». Voy. F. SUAREZ, « Whether God Is Able to Grant Dispensations from the Natural Law, Even by His Absolute Power », *By what Acts Custom is Introduced*, Livre VII, Chap. X, op. cit. (note 41), p. 529.

(45) Commentant ce passage, en le comparant aux dispositions constitutionnelles américaines en vigueur en 1934, James B. Scott, spécialiste des scholastiques, qualifie ainsi Suarez de « féministe » : « Over three centuries ago, however, Suarez said, in speaking of the exclusion of both women and men below the age of twenty-five, in words which can not be too often quoted, as they do him infinite credit: "I cannot find any basis in law or any justification" – mark the words "in reason for the exclusion of the last two groups." Francisco Suarez is rightly considered as a great theologian and philosopher, and a no less great jurist, and these qualities his various works demonstrate beyond the possibility of successful contradiction, but in the quotation which we have just made of his exact language, Suarez proclaims himself as a feminist in a day when feminism was hardly a dream, let alone a hope ». Voy. J. BROWN SCOTT, « Francisco Suarez : His Philosophy of Law and of Sanctions », *Geo. L. J.*, Mars 1934, vol. 22, n° 3, pp. 405-518, spéc. pp. 505 et 506.

(46) E. VARIKAS, « Naturalisation de la domination et pouvoir légitime dans la théorie politique classique », *L'invention du naturel – les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, sous la direction de D. Gardey et Llana Löwy, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2000, pp. 89-108, p. 93.

la nature ne fait pas encore « l'objet d'une connaissance vraie et ne jouit pas de cette autorité indiscutable que lui accorderont les doctrines scientifiques au XIX<sup>e</sup> siècle »(47). Et tant que la biologie ou les caractéristiques physiques ne sont pas des critères de catégorisation, il semble possible de passer d'une catégorie à une autre, de païens à chrétiens, ou d'intégrer les femmes dans la communauté juridique... Le statut n'est pas encore défini par des caractéristiques prétendument biologiques, définitives.

Mais si la nature ne sert pas de référent, si l'« identité » ne repose pas sur des critères biologiques, il n'en demeure pas moins que le *Genre humain* est intrinsèquement hiérarchisé.

### 1.2. – UN GENRE HUMAIN INTRINSÈQUEMENT HIÉRARCHISÉ

Chez les scholastiques comme les naturalistes, les « différences » internes au *Genre humain*, établies juridiquement, sont d'emblée hiérarchiques. La hiérarchie apparaît clairement constitutive du *Genre humain* et de l'ordre naturel. Je pense en particulier au statut des femmes. L'ordre religieux prévoit que l'homme est le chef de la femme. Et cette hiérarchisation est également repérable pour les autres catégories du *Genre humain*.

Ainsi, chez les scholastiques, nous avons vu que c'est l'usage de la raison par les indiens qui prouve que ceux-ci font bien partie du *Genre humain* et qu'ils sont donc comme les colons européens soumis à un droit commun : le *droit naturel* et/ou le *jus gentium*. Mais ce qui permet à Vitoria de reconnaître aux indiens l'usage de la raison, c'est leur organisation hiérarchique :

« [les indiens] ne sont pas fous mais ils possèdent à leur manière l'usage de la raison [...] Ils ont en effet une certaine organisation dans leurs affaires, puisqu'ils ont des villes où l'ordre règne, ils connaissent l'institution du mariage, ils ont des magistrats, des chefs, des lois, des œuvres d'art, ils font du commerce. Tout cela suppose l'usage de la raison ».

Ainsi, les Espagnols ne peuvent « leur refuser un pouvoir véritable et il ne faut pas les compter au nombre des esclaves légitimes »(48). En revanche, il n'y a pas de raison s'il n'y a pas de chef, de magistrat, de ville où l'ordre règne. L'absence de hiérarchie justifie l'exclusion du *Genre humain*.

(47) C. GUILLAUMIN, *op. cit.* (note 39), p. 347.

(48) F. DE VITORIA, *op. cit.* (note 20), § 100.

Si Pufendorf refuse de hiérarchiser les « barbares » et les « nations civilisées »(49), il admet cependant que le *Genre humain* est en lui-même hiérarchisé, que c'est dans sa nature. Pour cet auteur, l'« Estime »(50) ou les « Qualités du Corps ou de l'Esprit » sont réparties de manière inégale entre les individus : entre les maîtres et les esclaves, les femmes et les hommes, les riches et les pauvres, etc. Si bien que la contestation même des inégalités est contre nature et que toute remise en cause de cet ordre inégal constitue une violation du droit. Autrement dit, cette référence au *Genre humain* et au droit, permet de prévenir toute revendication à l'égalité. Par exemple, Pufendorf écrit en 1672 :

« la réflexion de ces Américains qui étant venus de la Nouvelle-France, du temps de Charles IX, comme on leur demandait ce qu'ils avaient trouvé de plus admirable en France répondirent entre autres choses qu'ils avaient aperçu parmi les Français des Hommes pleins et gorgés de toutes sortes de commodités et que leur moitié (car ils appellent en leur langage les hommes moitié les uns des autres) étaient mendiants à leurs portes, décharnés de faim et de pauvreté, et trouvaient étrange comme ces moitiés si nécessaires pouvaient souffrir une telle injustice qu'ils ne prirent les autres à la gorge ou mirent le feu à leurs maison »(51).

On voit bien dans ce passage que les indiens contestent les inégalités, qu'il y a une contestation de l'ordre tel qu'il est divisé, entre les « Hommes pleins et gorgés » et les « mendiants ». Mais pour Pufendorf, « ce raisonnement ne vaut rien du tout »(52). Car selon lui, si ceux qui ont « quelque avantage » par rapport aux autres, que ce soit en termes de « Qualité du Corps et de l'Esprit ou des biens de la fortune, ne doivent point insulter ceux qui leurs sont inférieurs à cet égard, ceux-ci ne doivent pas non plus envier aux premiers ces avantages »(53). Remettre en cause le statut de maître ou de chef est une

(49) On soulignera ici que les écrits de Pufendorf contrastent fortement avec ceux de ses contemporains, mais également des internationalistes du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> par son souci de contester voir de rejeter la supériorité des valeurs européennes. Il rappelle ainsi qu'« il se trouve des Nations qui s'estiment infiniment plus polies que nous. Il y a longtemps que les chinois se croient les seuls éclairés, disent fièrement que les Européens n'ont qu'un œil et que les autres peuples sont entièrement aveugles ». Il poursuit en soulignant les pratiques « barbares » pratiquées tant par les Européens, les romains, les chinois que les indiens. Voy. S. VON PUFENDORF, Livre II, Chap. III, §VIII., *op. cit.* (note 21).

(50) C'est-à-dire le « degré de considération où l'on est dans la vie commune, égalé ou comparé, préféré à d'autres ». L'Estime, « sert à régler les cas qu'on doit faire des Hommes les uns par rapport aux autres, pour pouvoir ranger dans un ordre convenable, lorsqu'ils se trouveront ensemble : l'expérience faisant valoir qu'il était impossible de les regarder tous généralement sur le même pied et de n'établir parmi le Genre humain aucune différence de personne ». *Ibid.*, Livre VIII, Chap. . IV, § 1 et s.

(51) *Ibid.*, Livre III, Chap. II, p. 284.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*, p. 285.

violation du droit naturel. Il est interdit de contester les inégalités. Comme chez les scholastiques, faire partie du *Genre humain* c'est avoir la « raison », et la raison c'est accepter de faire partie d'un ordre hiérarchique.

Il reste toutefois à ces auteurs à expliquer comment et pourquoi certaines catégories du *Genre humain* sont « inférieurs », « esclaves » ou « femmes ». Il leur faut notamment expliquer le fondement de cet état de fait, alors qu'à l'état de nature ces groupes sociaux sont censés être « égaux ». En d'autres termes, comment fondent-ils juridiquement la colonisation, l'esclavage, le sexage et plus généralement l'exploitation d'une catégorie par une autre ?

## 2. – La légitimation de l'appropriation des corps et du travail

La présentation des mécanismes de légitimation est compliquée par le fait qu'ils évoluent dans le temps et varient selon les auteurs, ou selon que l'on est en guerre ou non. Surtout, les thèmes traités par les « pères fondateurs » du droit international, ne sont pas identiques. À titre d'exemple, la catégorie « femme » ne retient pas ou peu les travaux des scholastiques ou des internationalistes du XIX<sup>e</sup>. Dans le même sens, la question de la colonisation est peu traitée par les naturalistes, Pufendorf et Grotius. Ici, j'essaierai de présenter les grandes tendances que j'ai cru pouvoir déceler. La première approche légitimant l'exploitation, caractéristique des scholastiques, est l'énonciation de normes d'une part et le constat de violations et donc la légitimation de la sanction (l'appropriation) d'autre part (1). La seconde, que l'on voit émerger avec les naturalistes, est celle de la « fiction du consentement » (54) à être exploité-e (2). Enfin, la dernière, qui concerne principalement les « colonisés » du XVIII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup>, est la « nécessité de travailler la terre » de manière « productive ». C'est l'absence de « travail » de la terre, ou son travail « improductif », qui légitime l'appropriation des corps et des terres (3).

(54) L'expression est de N.-C. MATHIEU, « Les sexes et la « nature » chez les ethnologues et les ethnologues », *Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, sous la direction de D. Gardey et L. Löwy, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2000, pp. 109-124, p. 117.

### 2.1. – L'ÉNONCIATION DE L'« ÊTRE AVEC AUTORITÉ » PAR LES SCHOLASTIQUES

Chez les scholastiques, comme A. Anghie l'a déjà montré, l'exploitation des indiens est légitimée par le non respect des normes naturelles. Comme le souligne P. Bourdieu, « rien n'est moins neutre, quand il s'agit du monde social, que d'énoncer l'Être avec autorité » (55). Or c'est précisément ce que font les juristes étudiés ici. Ils énoncent, ce qui « est » et ce qui « doit être » puis évaluent les pratiques des « Autres » au regard de ce droit. Et cette évaluation leur permet de constater le décalage « systématique » entre les pratiques « barbares » et les obligations qui découlent du droit commun et donc le recours à des sanctions : l'appropriation et l'esclavage. Ces normes sont sélectives et hiérarchisées. Elles sont connues et elles n'ont pas beaucoup changé. Il s'agit de la liberté de circuler, la liberté de faire du commerce, le droit d'évangéliser, l'obligation d'hospitalité... Ainsi, la simple évaluation des pratiques indigènes, par les puissances européennes – au regard des obligations posées par le *droit naturel* et le *jus gentium* qu'elles définissent – suffisent pour constater que les indiens sont « inévitablement » et « invariablement » en violation avec les obligations prescrites : les indiens n'acceptent pas spontanément d'écouter les paroles de l'Évangile, de commercer avec les envahisseurs ou de les laisser circuler. L'évaluation des pratiques indiennes permet alors aux Espagnols de priver les indiens des attributs de la souveraineté, tels que le droit de faire la guerre et de disposer de leurs ressources d'une part, et d'autre part de légitimer les pratiques coloniales. L'« incapacité » ou les « différences culturelles » des indiens qui font obstacle à ces normes doivent être combattues, pour leur propre bien être. Les colons ont dès lors pour mission, voire comme obligation, d'« aider » les indiens à combler le « fossé », qui les sépare des exigences fixées par le *jus gentium* (56). Et toute forme de résistance justifie l'adoption de sanction, la guerre, l'appropriation.

Et quand les pratiques européennes ne correspondent pas aux normes universelles qu'ils ont eux-mêmes établies, les juristes modifient les règles applicables en fonction des catégories qu'ils instituent. Le cas de l'esclavage est à cet égard révélateur. Alors que selon Vitoria (57) et

(55) P. BOURDIEU, *Leçon sur la leçon*, Les éditions de minuit, Paris, 1982.

(56) A. ANGHIE, *op. cit.* (voy. note 18), p. 22.

(57) Selon Vitoria « c'est une règle générale du droit des gens, que tout le butin de guerre devient la propriété du vainqueur (...) de telles sortes que les hommes eux-mêmes deviennent nos esclaves » et que le vainqueur « devient le juge de ses ennemis. » Voy. F. DE VITORIA, *op. cit.* (note 20), § 264 et 265.

Suarez(58), l'esclavage des vaincus est légal, il est en revanche illégal entre peuples chrétiens. Ainsi, si pour Vitoria « d'après le droit des gens en usage chez les chrétiens, il semble admis que ceux-ci ne peuvent devenir esclaves en vertu du droit de la guerre ; cela n'est donc pas permis dans une guerre entre chrétiens ». Aussi, pour cet auteur, s'il n'y a pas d'« esclave par nature »(59), « il est permis d'emmener en captivité et en esclavage les enfants et les femmes des Sarrasins », car la « guerre contre les païens (...) est perpétuelle, et ils ne peuvent jamais donner satisfaction pour les injustices et les dommages qu'ils ont causés »(60). Dans le même sens, Suarez estime qu'il « est possible qu'une communauté prescrive que dans son territoire et parmi ses propres ressortissants, on cesse de respecter tel droit des gens. Cette forme de changement est possible et morale. Ainsi, le droit des gens sur l'esclavage des prisonniers lors d'une guerre juste fut modifié par l'Église et parmi les chrétiens, cette règle n'étant pas observée en vertu d'une ancienne coutume ecclésiastique. Il constitue ainsi comme une forme spéciale de droit des nations chrétiennes qu'on doit strictement observer »(61).

Pour légitimer les pratiques européennes, les scholastiques établissent ainsi des catégories – entre chrétiens et païens par exemple – et distinguent deux régimes juridiques applicables : un droit universel, qui légitime la conquête (comme la « liberté de circulation » ou le « droit d'évangéliser ») et un droit particulier qui ne s'applique qu'aux chrétiens (l'interdiction de l'esclavage). De cette façon, l'universel et la diversité n'entrent pas en contradiction et l'esclavage des indiens est légitimé.

## 2.2. – LA « FICTION DU CONSENTEMENT » CHEZ LES NATURALISTES

Les scholastiques Suarez et Vitoria rejetaient l'idée selon laquelle le consentement des indiens à être dominés puisse fonder la légitimité de

(58) « Je situe également l'esclavage dans cette même perspective [le *jus gentium*]. Des peuples et des nations reconnaissent et pratiquent le droit à l'esclavage dans leurs relations mutuelles. Et cependant, il n'était pas nécessaire non plus du point de vue de la pure raison naturelle. En effet, on pouvait en vérité établir un autre mode de sanctions, comme je l'ai déjà expliqué. Cependant aujourd'hui, ce droit est déjà conforté à un point tel que les prisonniers sont obligés de se soumettre à l'esclavage tel qu'il est établi, et les vainqueurs ne peuvent en toute justice imposer des châtiments plus sévères aux ennemis vaincus, la guerre étant terminée, à moins qu'un autre prétexte spécifique n'intervienne ». Voy. F. SUAREZ, « Double modalité du droit des gens », Livre II, Chap. XIX, *op. cit.* (note 25), § 8.

(59) F. DE VITORIA, *op. cit.* (note 20), § 22.

(60) *Ibid.*, § 123-124.

(61) F. SUAREZ, « Rôle de la doctrine religieuse en ce domaine », Livre II, Chap. XX, *op. cit.* (note 25), § 8.

leur esclavage. On ne peut consentir quand on est entouré d'hommes en armes, clame Vitoria dans *De indis*. Mais, à partir des naturalistes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup>, c'est précisément le consentement à être « esclave » et/ou « femme » pour l'« intérêt commun » qui vient légitimer leur appropriation, comme celle de leur travail. Ainsi, pour Grotius : « selon la nature, c'est-à-dire indépendamment d'un fait humain, ou dans l'état primitif de la nature, nuls hommes ne sont esclaves »(62). Les esclaves ne sont pas des « choses » insiste dans le même sens Pufendorf :

« la propriété d'une chose emporte en plein droit de s'en servir, de la consumer et de la détruire [...] Mais la même expression, appliquée à une personne, signifie seulement que le Seigneur a droit, exclusivement à tout autre, de le gouverner et de lui prescrire des Lois. (...) Quelques grandes injures que l'on ait reçues d'un Homme, l'Humanité ne permet pas, lorsqu'on s'est une fois réconcilié avec lui, de le réduire à une condition qui ne reflète aucune trace de l'égalité naturelle de tous les Hommes et de le traiter comme une bête ou comme une chose inanimée »(63).

C'est ainsi que cet auteur condamne les « prétentions orgueilleuses des grecs » qui considéraient les « barbares » comme des esclaves par nature : « sur ce pied-là, il serait facile de mettre au rang des barbares tous les peuples dont les mœurs seraient différentes des nôtres »(64).

Pour Grotius, ce qui justifie l'esclavage, ce qui crée l'esclave, c'est un intérêt commun et un consentement mutuel, un contrat. Ainsi, pour Grotius, l'*assujettissement* est le procédé par lequel « un individu se donne en servitude parfaite »(65) et la *sujétion publique* « est celle par laquelle un peuple se met sous la domination d'un seul homme, ou de plusieurs, ou même d'un autre peuple »(66). Pour certains groupes sociaux, Grotius estime cependant que le consentement n'est pas nécessaire pour justifier l'appropriation. Il en est ainsi des « enfants et de ceux qui leur ressemble, par le consentement des nations civilisées [...] car l'aliénation et tous autres actes semblables supposent

(62) H. GROTIUS, « Du droit sur les prisonniers », *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre III, Chap. VII, *op. cit.* (note 21), § 1.

(63) S. VON PUFENDORF, Tome II, Livre VI, Chap. III, *op. cit.* (note 21), § VII.

(64) *Ibid.*, Livre III, Chap. II, §VIII.

(65) « La servitude parfaite est celle qui oblige à des services perpétuels, en échange des aliments et des autres choses qu'exigent les nécessités de la vie. » Voy. H. GROTIUS, « Le droit de la guerre et de la paix », Livre II, Chap. V, *op. cit.* (note 21), § XXVII, n. 1 et 2.

(66) Grotius donne l'exemple du peuple Collatin : « Vous vous livrez, vous, peuple Collatin, à ma puissance et à celle du peuple romain; vous livrez votre ville, vos champs, vos eaux, vos fontaines, vos temples, tous les objets à votre usage, et toutes les choses divines et humaines qui vous appartiennent ? – Nous nous livrons – Et moi je vous reçois... ». Il précise que les Perses appelaient ça « livrer l'eau et la terre ». Voy. H. GROTIUS, « Le droit de la guerre et de la paix », *op. cit.*, Livre II, Chap. V (note 21), § XXXI.

par leur propre nature l'action d'une volonté éclairée par la raison ; et cette lumière ne peut exister dans de semblables personnes »(67). On note ainsi qu'à la différence des scholastiques, Grotius considère que certaines catégories, identifiées par les *nations civilisées*, sont dépourvues de raison et ce constat permet, en tout temps, leur appropriation. Mais, de manière générale, l'asservissement et l'esclavage ont pour origine un acte volontaire, un acte par lequel les individus « se donnent », ou un peuple « se met » sous la domination d'autrui.

Cette analyse est encore plus explicite chez Samuel von Pufendorf, selon lequel, puisque les Hommes ont une Obligation « de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux »(68), l'origine du pouvoir des maîtres sur les serviteurs et les esclaves ne peut venir de la nature, mais uniquement d'un intérêt commun :

« [p]our moi, voici de quelle manière je conçois que la Servitude a été originairement établie. Lorsque le *Genre humain* s'étant multiplié on eut commencé à se lasser de la simplicité des premiers siècles et à chercher tous les jours quelque nouveau moyen d'augmenter les commodités de la vie et d'amasser des richesses superflues, il y a beaucoup d'apparences que les gens un peu riches et qui avaient de l'Esprit, engagèrent ceux qui étaient grossiers et peu accommodés, à travailler pour eux moyennant un certain salaire. Cela ayant ensuite paru commode aux uns et aux autres, les derniers se résolurent insensiblement à entrer pour toujours dans la famille des premiers, à condition que ceux-ci leurs fourniraient la nourriture et toutes les autres choses nécessaires à la vie. Ainsi, la Servitude a été d'abord établie par un libre consentement des Parties et par un Contrat de faire, afin que l'on nous donne »(69).

Le mobile est clair : sous le consentement il y a l'avantage de l'exploitation. Il y a l'avantage de s'approprier le travail des « Autres ». Je cite encore Pufendorf au sujet de l'origine de l'esclavage :

« on trouva tant de commodité à faire par autrui ce que l'on aurait été obligé à faire par soi même, qu'à mesure que les guerres se multipliaient de tous côtés, on établit insensiblement la coutume de donner aux prisonniers de guerre la vie, et la liberté corporelle, à condition de servir ceux entre les mains de qui ils étaient tombés »(70).

L'asservissement repose donc sur un intérêt commun à l'ensemble du *Genre humain*. Et du fait de cet intérêt commun, ou de sa commodité, le consentement, qu'il soit contraint pour assurer sa subsistance,

(67) *Ibid.*, Chap. III, §VI. [Nos italiques].

(68) S. VON PUFENDORF, « De l'Obligations où sont tous les Hommes de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux », Tome II, Livre III, Chap. III et « Des devoirs communs de l'humanité », Chap. IV, *op. cit.* (note 21).

(69) *Ibid.*, Livre VI, Chap. III, IV.

(70) *Ibid.*, V. [Nos italiques].

ou forcé dans le cadre du « Droit de conquête » afin de sauver sa vie, constitue dans les deux cas un « contrat jugé licite »(71).

C'est la même idéologie du consentement qui prévaut pour les femmes. Ce qui fait que la femme devient *vraiment* une femme, une épouse, c'est son consentement à être appropriée. Ainsi, même si l'on voit apparaître chez Grotius la « différence du sexe » – ce qui n'était pas le cas chez les scholastiques – c'est l'*association*, qui découle du consentement donné par la femme *via* le contrat de mariage, qui légitime son appropriation totale :

« [l]e droit qu'on acquiert sur les personnes en vertu du consentement, vient ou d'une association, ou d'un assujettissement. L'association la plus naturelle apparaît dans le mariage ; mais à cause de la différence du sexe, l'autorité n'est pas égale : le mari est le chef de la femme, c'est-à-dire pour les choses qui regardent le mariage et la famille, car l'épouse fait partie de la famille du mari. Aussi appartient-il au mari de régler le domicile. Si quelque droit de plus est accordé aux maris [...], comme le droit de vendre les biens de la femme, ces droits ne viennent pas de la nature, mais d'un établissement humain »(72).

Et pour Pufendorf, c'est très clairement le consentement donné par la femme qui permet de la distinguer de l'esclave :

« [t]out le droit que l'homme a sur la femme vient donc du consentement de la femme même, ou du pouvoir qu'il a acquis sur elle par une Guerre juste. Mais comme le lien le plus naturel du Mariage est l'inclination et l'affection mutuelle, le consentement fait proprement une Épouse, au lieu que la force n'est guère propre qu'à faire une Esclave »(73).

Ce qui légitime alors l'appropriation c'est donc une « imposture contractuelle » qui voudrait que les femmes, les esclaves, mais également les sujets du Roi, aient volontairement accepté de se soumettre. Et ce consentement vient corriger l'absence d'uniformité du *Genre humain*. Comme l'a déjà relevé E. Varikas au sujet des travaux de Hobbes :

(71) C. SPECTOR, « Il est impossible que nous supposions que ces gens-là soient des hommes' : La théorie de l'esclavage au Livre XV de *L'Esprit des lois*, *Lumières*, Presses universitaires de Bordeaux, 2004, n° 3, pp. 15-52, p. 22.

(72) « Nous pensons donc que, selon le droit de nature, le mariage est une cohabitation de l'homme et de la femme, qui place la femme comme sous les yeux et sous la garde de l'homme. Car on peut voir une semblable société parmi certains animaux. Mais quant à l'homme, en tant qu'animal doué de raison, le mariage renferme de plus un engagement par lequel la femme se lie envers son mari. » Voy. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre II, Chap. V, VIII, *op. cit.* (note 21), 1-2.

(73) S. VON PUFENDORF, « Du mariage », Livre VI, Chap. I, IX, *op. cit.* (note 21).

« [l]e contrat vient corriger ce vice fondamental de la nature humaine qu'est l'absence d'unité. Il n'y a pas d'unité *naturelle* entre les êtres humains et c'est ce qui fait de leur liberté naturelle un état de guerre perpétuelle de tous contre tous et le chacun contre chacun. La légitimité du pouvoir remonte à *un* choix rationnel, au *seul* choix rationnel qu'ils puissent faire pour échapper à leur nature dangereuse : se soumettre volontairement à la tyrannie [...] »(74).

Et c'est précisément cette « imposture contractuelle » qui sera dénoncée au XVIII<sup>e</sup> siècle pour remettre en cause le système féodal et les inégalités entre les Ordres, entre nobles et bourgeois notamment. Au nom de l'égalité naturelle des hommes, les philosophes des Lumières dénoncent alors le caractère contractuel de la soumission, si bien que « [l]'idée de Nature est l'instrument d'une révolution intellectuelle »(75). Mais ce recours à l'idée de Nature pour promouvoir l'égalité ne vaut pas pour tous, et surtout pas pour toutes. Comme le souligne Nicole-Claude Mathieu, « [u]ne meilleure société devait résulter d'une meilleure conformité avec la Nature, guide et maître. Mais pour les femmes, il ne s'agissait que d'exercer de façon appropriée leurs fonctions maternelles et domestiques. La réforme de l'ordre social et politique ne s'étendait pas à la position des femmes »(76). Au contraire, aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup>, en ce qui concerne les femmes et les racisés-e-s, l'idée de Nature se confond avec la biologie, si bien que le sexisme et le racisme scientifiques viennent légitimer l'appropriation et l'exploitation.

### 2.3. – LES PRÉ-POSITIVISTES ET L'APPLICATION DES « MOYENS NÉCESSAIRES À LA PRODUCTION »

Avec les pré-positivistes(77) Emer de Vattel et Georg Friedrich von Martens, on entre dans un autre registre. Ces auteurs privilégient l'analyse du droit étatique, du droit « posé » et adopté, par opposition à un droit naturel « donné ». Toute métaphysique est alors écartée, au profit d'une démarche qui consiste à s'en tenir aux pratiques et à la volonté des États, européens essentiellement(78). Ainsi, E. de

(74) E. VARIKAS, *op. cit.* (note 46), pp. 89-108, pp. 106-107.

(75) N.-C. MATHIEU, *op. cit.* (note 54), pp. 109-124, p. 117.

(76) *Ibid.*, pp. 109-124, p. 117.

(77) Roberto Ago classe ainsi, Burlamaqui, Martens, comme Vattel, dans la catégorie des « pré-positivistes ». Voy. R. AGO, « Science juridique et droit international », *R.C.A.D.I.*, 1956, vol. II, pp. 859 et s.

(78) A. TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Pedone, Paris, 2007, p. 61 : « Appliqué à l'étude du droit, le positivisme signifie avant tout trois choses. D'abord la négation du droit naturel; ensuite la séparation radicale entre la morale et le droit; et enfin, la réduction du droit positif à la volonté de l'État ».

Vattel, dans le *Droit des gens ou Principes de la Loi naturelle* (1758), n'aborde spécifiquement la question des colonies et de l'esclavage que dans deux paragraphes(79). L'ouvrage n'accorde quasiment aucune place aux « femmes »(80). Ces questions sont tout aussi marginales dans le *Précis du droit moderne des gens* de G.F. von Martens, publié pour la première fois en 1789 et réédité en 1820(81).

L'occultation des colonies apparaît révélatrice d'une tendance générale chez les internationalistes de l'époque à dissocier volontairement cette question, considérée comme une question de droit interne, de celle du *droit des gens*, désormais perçu comme la loi des « Nations » européennes(82). Ainsi, Silvestre Pinheiro-Ferreira (1769-1846) qui commente l'ouvrage d'Emer de Vattel en 1838, estime, au sujet du paragraphe 210 relatif aux *Colonies*, que l'auteur « aurait dû s'abstenir de faire entrer dans un traité sur le droit des gens des matières qui y sont absolument étrangères »(83). Dans le même sens, G.F. von Martens considère que le développement de la colonisation a donné lieu « à l'introduction d'un double droit des gens », un premier pour les États

(79) E. DE VATTEL, « Des colonies », Livre I, Chap. XVIII, § 210 ; « De l'établissement d'une nation dans un pays », Chap. XVIII, « Si l'on peut rendre esclaves les prisonniers de guerre », Livre III, Chap. III, § 152, *op. cit.* (note 22).

(80) Concernant la catégorie « femmes », E. de Vattel reprend l'idée déjà défendue par Grotius selon lequel les nations ont « le droit d'enlever les femmes ». Pour Vattel, qui s'appuie sur l'enlèvement des *Sabines* pour justifier son affirmation, le fait est qu'une « nation ne peut se conserver et se perpétuer que par la propagation ». Par conséquent, « un peuple d'hommes est donc en droit de se procurer des femmes absolument nécessaires à sa conservation; et si ses voisins qui en ont de reste lui en refusent, il peut justement recourir à la force ». La suite de l'argumentation semble cependant un peu contradictoire puisque ce droit peut impliquer la force, mais on ne peut contraindre une femme au mariage sans son consentement : « Mais s'il est permis à une Nation de se procurer même à main armée la liberté de rechercher des filles en mariage aucune fille en particulier ne peut être contrainte dans son choix, ni devenir de droit la femme d'un ravisseur ». E. DE VATTEL, « Du droit d'enlever les femmes », Livre II, Chap. IX, § 122 et « Si les femmes et les enfants sont au nombre des ennemis », Livre III, Chap. IV, § 72 :. Dans les deux cas la réponse donnée est affirmative. Voy. également sur le « droit de se procurer des femmes » : H. GROTIUS, « Le droit de la guerre et de la paix », Livre II, Chap. II, XXII, *op. cit.* (note 21) et S. VON PUFENDORF, Livre III, Chap. III, *op. cit.* (note 21), § XIII.

(81) G. F. VON MARTENS, *op. cit.* (note 22).

(82) Pour Vattel, « le droit des gens est la science du droit qui a lieu entre les Nations ou États, et des obligations qui répondent à ce droit. (...) Le droit des gens n'est originairement autre chose que le droit de la nature appliqué aux Nations. Mais (...) il ne faut pas croire que le droit des gens soit précisément et partout le même que le droit naturel, aux sujets près, en sorte que l'on n'ait qu'à substituer les Nations aux particuliers. Une société civile, un État, est un sujet bien différent d'un individu humain (...) Il est donc bien des cas, dans lesquels la loi naturelle ne décide point d'État à État, comme elle déciderait de particulier à particulier. Il faut savoir en faire une application accommodée aux sujets; et c'est l'art de l'appliquer ainsi, avec une justesse fondée sur la droite raison, qui fait du droit des gens une science particulière ». Voy. E. DE VATTEL, « Préliminaire », *op. cit.* (note 22), § 6.

(83) S. PINHEIRO-FERREIRA « Commentaires », dans E. de Vattel, Tome III, Librairie diplomatique, française et étrangère, Paris, 1838, pp. 204 et s.

situés en Europe et un autre pour « les possessions des Européens situés dans d'autres parties du globe »(84).

En ce qui a trait à la colonisation, celle-ci est clairement légitimée par l'obligation faite aux nations de travailler la terre. Cette idée était déjà présente chez Grotius qui distinguait les « barbares » des « indiens d'Orient », en considérant que ces derniers étaient « habiles et industriels ». Les « indiens d'orient » ne pouvaient donc être soumis ou privés de leur propriété(85). Mais c'est Vattel qui pose que les nations ont une « obligation naturelle de cultiver la terre » et qui fait de cette obligation le premier « objet d'un bon gouvernement »(86). C'est également cette obligation qui légitime la mise au travail, par le « Conducteur » de la nation, des paysans, des ouvriers mais aussi des colonisés :

« [c]haque nation est obligée par la Loi naturelle à cultiver le pays qui lui est échu en partage, elle n'a le droit de s'étendre ou de recourir à l'assistance des autres, qu'autant que la terre qu'elle habite ne peut lui fournir le nécessaire. Ces peuples tels que les *Germaines* et quelques *Tartares* modernes, qui, habitent des pays fertiles dédaignent la culture des terres et aiment mieux vivre de rapines, se manquent à eux même, font injure à tous leurs voisins et méritent d'être exterminés comme des bêtes féroces et nuisibles. Il en est d'autres qui pour faire le travail ne veulent vivre que de leur chasse et de leurs troupeaux. Cela pouvait se faire sans contradiction dans le premier âge du Monde, lorsque la terre était plus suffisante pour elle-même au petit nombre de ses habitants. Mais aujourd'hui que le Genre-Humain s'est fort multiplié [...] ceux qui retiennent encore ce genre de vie oisif usurpent plus de terrains qu'ils n'en auraient besoin avec un travail honnête et ils ne peuvent se plaindre si d'autres Nations plus laborieuses viennent en occuper une partie. Ainsi tandis que la Conquête des Empires policés du Pérou et du Mexique a été une usurpation criante, l'établissement de plusieurs colonies dans le Continent de l'Amérique Septentrionale en se contenant dans les justes bornes n'avait rien que de très légitime. Les peuples de ces vastes contrées les parcouraient plutôt qu'ils ne les habitaient »(87).

(84) G. F. VON MARTENS, Livre IV, Chap. III, *op. cit.* (note 22), § 141.

(85) « Les indiens d'Orient ne sont ni féroces, ni stupides, mais habiles et industriels, en sorte qu'on ne peut même tirer de leur caractère un prétexte de les soumettre, prétexte qui ne laisserait pas que d'être, par lui-même d'une iniquité manifeste. Autrefois déjà, Plutarque disait que la cupidité du bien des autres n'en était moins déshonnête lorsqu'elle se voilait de l'intention d'adoucir leur barbarie. Et maintenant aussi, ce prétexte usurpé jadis par les Grecs et par Alexandre est déclaré injuste et impie par tous les théologiens, surtout par les Espagnols ». Voy. H. GROTIUS, *Dissertation de Grotius sur la liberté de la mer*, *op. cit.* (note 21), p. 27.

(86) « De tous les arts, le labourage ou l'agriculture est sans doute le plus utile et le plus nécessaire. C'est le père nourricier de l'État (...) Le souverain ne doit rien négliger pour procurer aux terres de son obéissance, la meilleure culture ». Voy. E. DE VATTEL, « de la Culture des terres », *op. cit.* (note 22), p. 76.

(87) Voy. E. DE VATTEL, « Obligation naturelle de cultiver la terre », Livre I, Chap. 7, *op. cit.* (note 22), § 81.

Il ne suffit donc pas d'occuper un territoire ou de vivre de la « chasse » et de ses « troupeaux » pour avoir un titre légitime et ne pas être colonisé. Il faut travailler la terre de manière suffisamment productive pour nourrir « le Genre humain [qui] s'est fort multiplié ».

G.F Martens semble plus modéré. Selon lui, le droit de propriété est « le même pour tous les hommes, indépendamment de leur religion et de leurs mœurs » et « la loi naturelle n'autorise pas les peuples chrétiens à s'attribuer des districts déjà effectivement occupés par des sauvages contre le gré de ceux-ci quoique la pratique n'offre que trop d'exemples de semblables usurpation » (88). Il partage cependant avec Vattel l'idée que la simple occupation ne suffit pas pour acquérir un droit de propriété(89). Pour être légitime, il faut que l'acquisition soit « nécessaire », ou du moins d'une « utilité réelle » pour l'acquéreur. Par conséquent, seules les nations en mesure d'exploiter les colonies qu'elles revendiquent ont un titre légitime. Silvestre Pinheiro-Ferreira, juriste du XIX<sup>e</sup> et auteur d'un long commentaire de l'ouvrage de Vattel exprime le plus clairement cette idée :

« [d]u moment où une Nation n'est pas en mesure de tirer parti d'un pays dont elle s'est attribuée la domination, elle ne saurait s'opposer à ce que d'autres viennent l'exploiter. Toutes les fois donc qu'il sera question de savoir si un certain territoire appartient ou non à un peuple, il ne s'agit pas de savoir si ce peuple a le caprice d'en exclure tous les autres tout en ne songeant pas à en profiter lui-même, mais s'il en profite, s'il possède ou peut posséder et s'il songe à y *appliquer les moyens nécessaires à la production* »(90).

Il ne suffit donc pas d'occuper la terre : il faut être en mesure de « tirer parti d'un pays » et donc d'« appliquer les moyens nécessaires à la production ». Cette idée sera formellement consacrée lors de la Conférence de Berlin en 1884-1885, avec l'adoption par les « puissances civilisées » du principe d'*effectivité*, « c'est-à-dire en définitive, l'idée que le travail est en droit international comme en droit privé la seule cause légitime d'acquisition d'une terre qui n'appartient à personne »(91).

(88) Au-delà, pour G. F. von Martens, il est évident que la simple volonté des parties ne saurait conférer des droits de propriété suffisants, « la loi Naturelle semble prescrire à l'acquisition de la propriété des bornes plus étroites que celle de l'aveu, les conventions, les usages entre les nations » même si la pratique laisse penser le contraire. Voy. G. F. VON MARTENS, Livre II, Chap. I, *op. cit.* (note 22), § 37.

(89) *Ibid.*, § 36.

(90) S. PINHEIRO-FERREIRA, « Commentaires », dans E. De Vattel, Livre I, Chap. XVIII, *op. cit.* (note 22), § 209. [Nos italiques]. Dans le même sens, voy. E. ORTOLAN, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations d'après le droit des gens public*, Paris : Joubert, Librairie de la Cour de Cassation : Guillaumin, 1849, p. 48.

(91) CH. SALOMON, *L'occupation des territoires sans maître : étude de droit international*, Paris, A. Giard, 1889, p. 30 et G. JEZE, *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1896.

La question de savoir quels sont les « moyens nécessaires à la production » est en revanche largement exclue des ouvrages de droit international. Or, du XVIII<sup>e</sup> jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, le principal moyen de production dans les colonies africaines, en particulier, est le travail de l'esclave ; l'esclavage est ainsi *de facto* encouragé pour tous, malgré les premiers traités internationaux interdisant la traite(92).

Aussi, concernant l'esclavage, on retiendra de la lecture de l'ouvrage d'Emer de Vattel une condamnation de certaines pratiques, qui tranchent avec les idées défendues par ses prédécesseurs. Il s'oppose ainsi au « principe odieux » défendu par les *scholastiques* selon lequel le conquérant est le maître absolu de sa conquête. Pour Vattel, « tout le droit du conquérant vient de la juste défense de soi-même » et lorsqu'un souverain se prétendant le maître absolu de la destinée d'un peuple qu'il a vaincu et qu'il souhaite le réduire en esclavage, il fait subsister l'état de guerre entre ce peuple et lui : « [l]es Scythes disaient à Alexandre le Grand : "Il n'y a jamais d'amitié entre le maître et l'Esclave : au milieu de la paix, le droit de la guerre subsiste toujours" »(93). De même quand il s'interroge comme ses prédécesseurs sur la question de savoir si l'on peut rendre esclaves les prisonniers de guerre, la réponse est affirmative, mais « seulement dans les cas où l'on est en droit de les tuer, lorsqu'ils se sont personnellement rendus coupables de quelque attentat digne de mort ». L'auteur ne précise pas ce que peuvent être ces attentats, mais il s'oppose explicitement aux affirmations de ses prédécesseurs qui voyaient dans la pratique de l'esclavage le produit d'un intérêt commun, d'un contrat : « qu'est-ce que la vie sans la liberté ? Si quelqu'un regarde encore la vie comme une faveur quand on la lui donne avec chaînes, à la bonne heure ; qu'il accepte le bienfait, qu'il se soumette à sa condition et qu'il en

(92) Comme l'a déjà montré R. Botte, la suppression de la traite et la conversion des sociétés africaines au « commerce légitime », « au travail de la terre », encourageront le recours à l'esclavage en Afrique pour répondre aux besoins des Révolutions industrielles européennes. En Afrique occidentale, par exemple, « l'esclavage constitue l'institution sociale endogène la plus courante et l'esclavagisme le système de travail le plus répandu. C'est ainsi que l'abandon progressif de la traite négrière par les sociétés africaines et leur conversion au commerce « légitime » n'ont été possible que grâce à la production d'une main d'œuvre servile de biens suffisamment rémunérateurs (arachides, huile de palme, coton, etc.) destinés au marché européen. À l'époque où Victor Schoelcher et François Arago abolissent en France l'esclavage aux colonies, les sociétés africaines réagissent à la suppression de la traite négrière par un renforcement de l'esclavage local qui leur permet de répondre à l'évolution de la demande en Europe, lui fournissant les matières premières nécessaires à la révolution industrielle. Elles y sont encouragées ». Voy. R. BOTTE, « L'esclavage africain après l'abolition de 1848. Servitude et droit du sol », *Annales. Histoire Sciences sociales*, 2000, vol. 55, n° 5, pp. 1009-1037, p. 1013.

(93) E. DE VATTEL, « Des terres des particuliers », Livre III, Chap. XIII, *op. cit.* (note 22), § 201.

remplisse les devoirs. Mais qu'il les étudie ailleurs (...) Cette opprobre de l'humanité est-il heureusement banni de l'Europe »(94).

Pour conclure sur les pré-positivistes, on relèvera que la dernière édition de l'ouvrage de Martens, publiée en 1820, contient un paragraphe, dans le chapitre sur les *droits relatifs au commerce*, consacré à l'abolition de la traite des nègres(95). De tous les ouvrages que nous avons étudiés ici, c'est la première fois que le terme « nègre » est mentionné dans le titre d'une partie(96). Et c'est la première fois que l'esclavage est associé aux « noirs ». Comme le relève une nouvelle fois Colette Guillaumin, « la race n'avait jusqu'alors la place centrale que nous lui donnons maintenant et, en un sens, on pourrait supposer avec quelque raison qu'elle n'existait pas tant sa saisie était différente de celle que nous en avons. À partir du XIX<sup>e</sup> siècle tout change, la race devient une catégorie intellectuelle et perceptive prioritaire »(97). Et pour notre propos, ce qu'il est important de souligner, c'est que le racisme du XIX<sup>e</sup> instaure une « coupure » « irréversible » ; il n'y a plus la croyance, comme on pouvait la voir chez Vitoria, par exemple, en un passage possible d'une catégorie à une autre, du païen au chrétien par exemple. Le *Genre humain* est désormais divisé en noirs et blancs. « Implicite ou explicite, il y a coupure au sein de l'humanité, les groupes « sont » et non plus de statut mouvant »(98).

### Conclusion

La construction de normes universellement valables, applicables à l'ensemble du *Genre humain*, s'est systématiquement et concomitamment accompagnée d'une construction de catégories juridiques

(94) *Ibid.*, « Si l'on peut rendre esclaves les prisonniers de guerre », Chap. III, § 152.

(95) G. F. VON MARTENS, *op. cit.* (note 22), § 150 b).

(96) Il semble ainsi que ce ne soit que vers le milieu du XVIII<sup>e</sup> que la question de l'esclavage se pose explicitement, dans les ouvrages de droit international, en termes de couleur de peau. Ainsi, pour Gérard de Rayneval (1736-1812), diplomate et auteur d'un ouvrage intitulé *Institutions du droit de la nature et des gens* publié en 1803, il ne fait pas de doute que les hommes ont la liberté de disposer comme il leur semble de leur propre liberté pour un temps indéfini, et donc d'accepter l'esclavage. En revanche, « la question relative aux nègres est plus difficile à résoudre (...) parce qu'elle appartient plus à la prudence et à la morale politique, qu'au droit des gens, et aux principes constitutifs des gouvernements. En effet, ces principes sont étrangers aux trois questions suivantes à savoir : 1. Si les productions des îles sont d'une absolue nécessité aux Européens et si elles peuvent être cultivées par des blancs ; 2. Si les nègres devant remplacer ceux-ci, leur esclavage est d'une nécessité rigoureuse ; 3. Si la culture des îles doit être abandonnée plutôt que d'accorder la liberté aux noirs ». Voy. J.-M. GÉRARD DE RAYNEVAL, *Institutions du droit de la nature et des gens*, Paris, Leblanc, 1803, p. 52.

(97) C. GUILLAUMIN, *op. cit.* (note 39), pp. 30-31.

(98) *Ibid.*, p. 40.

différenciées au statut dérogatoire, visant et contribuant à légitimer l'exploitation de ces groupes sociaux catégorisés juridiquement : les indiens par les colons, les noirs par les blancs, les femmes par les hommes, les oisifs par les industriels... Cette classification catégorielle et hiérarchisée, qu'elle se fonde sur des critères religieux, naturels, moraux ou autre, n'a pas qu'un impact « idéologique ». Elle se retrouve dans l'« ordre des faits matériels »(99). En effet, ce qui me paraît clair à l'issue de ces lectures, c'est que la production même de ces catégories est inévitablement celle d'une hiérarchie instituée et que cette hiérarchie, si elle prend appui sur des jugements religieux, culturels, essentialistes, symboliques, a néanmoins toujours pour mobile ou moteur l'appropriation des vies, des corps et des produits de leur travail. L'esclave, le barbare, l'épouse, le noir ne sont pas seulement textuellement altérisés : il s'agit toujours de *faire faire à autrui, ce qu'on ne veut pas faire soi-même*. Si les juristes reprennent à leur compte – et donc d'une certaine façon universalisent – ce qui est « idéologiquement supposé », comme la prétendue « Nature » des indiens, des femmes ou des noirs, ce n'est pas seulement pour classer et déterminer le droit applicable. Comme le souligne avec force Colette Guillaumin :

« [o]n ne se préoccupe guère d'affirmer la naturalité lorsqu'il y a indépendance économique spatiale, etc., entre groupes quelconques ; seules des relations déterminées (de dépendance, d'exploitation) amènent à postuler l'existence d'« entités naturelles hétérogènes ». La colonisation d'appropriation des hommes (trafic d'esclaves, puis de main d'œuvre) et des terres (celle des deux derniers siècles), l'appropriation du corps des femmes (et non de leur seule force de travail), ont induit la proclamation de la nature spécifique des groupes qui subissaient ou subissent ces relations »(100).

C'est donc l'appropriation qui induit la construction juridique de catégories, prétendument naturelles (sexe et race) et non l'inverse. Il n'y a juridiquement des « noirs », des « femmes », des « sarrasins », des « barbares » que parce qu'il faut légitimer leur appropriation. Si bien que la différenciation semble indissociable de l'exploitation ; en d'autres termes, l'égalité dans la différence apparaît difficilement conciliable.

Il me semble aussi que ce qui caractérise ces auteurs, c'est moins la référence à l'universel, ou à un trop plein d'universel aveugle aux différences culturelles et aux questions symboliques, qu'un manquement à l'universalisme qui leur permet précisément d'instituer le colonialisme

(99) *Ibid.*, p. 350.

(100) C. GUILLAUMIN, *op. cit.* (note 39), p. 328.

et l'esclavage. En effet, d'une part le *Genre humain* n'est pas débarrassé de l'idée d'inégalités et d'autre part le contenu du droit commun est restreint et sélectif, il est aveugle à dessein au droit de disposer de son corps, de son travail, des produits de son travail.

Ainsi, au regard des débats actuels sur la pertinence de l'analyse marxiste, je crois qu'une approche critique qui resterait centrée sur le discours, les identités et les dimensions culturelles de la production des « Autres » par le droit international au détriment des rapports concrets de production, manquerait sa cible. À l'instar des *Classcrits*(101), il me semble que l'analyse marxiste du droit est loin d'être épuisée et qu'elle n'a pas fini de produire ses effets. À condition, toutefois, de ne pas limiter l'analyse à la seule question de l'« exploitation capitaliste ». Les « différences » homme/femme ou noir/blanc, reposent elles aussi sur des rapports d'exploitation. Surtout, l'appropriation du travail, qu'il soit domestique, informel ou autre, est clairement un point commun à toutes les catégories juridiques examinées ici. Aussi, dans la lignée des travaux de Christine Delphy, il me semble que « ce qui est requis », notamment pour penser l'articulation des rapports de classe, de sexe et de race, « c'est l'élaboration d'un langage commun à toutes les exploitations. On ne peut ensuite les classer que si on peut les comparer et on ne peut les comparer que si on les décrit dans des termes... comparables. Ceci exige d'abord qu'on les prenne toutes en compte dans un premier temps, et que l'on cherche dans le même moment ET leurs points communs ET leurs spécificités »(102).

(101) L. T. KESSLER, « Getting Class », *Buff. L. Rev.*, 2008, vol. 56, pp. 915-934.

(102) C. DELPHY « Pour une théorie générale de l'exploitation – Deuxième partie. Repartir du bon pied », *Mouvements*, 2004, vol. 1, n° 31, pp. 97-106, p. 101. Voy. également : C. DELPHY « Pour une théorie générale de l'exploitation – en finir avec la théorie de la plus-value », *Mouvements* 2003, vol. 2, n° 26, pp. 69-78.

CHAPITRE 2  
QUAND « L'INTERNATIONALE », C'EST AUSSI LE  
NATIONAL QUI DÉRANGE : LA THÉORIE CRITIQUE  
DANS LES COULISSES DU RELIGIEUX

PASCALE FOURNIER\*

**Introduction**

*LE DIRECTEUR*

*Et Aïcha, c'était une sphinge aussi ?*

YASMINA

*Pas elle. Son voile peut-être. Tu comprends, ce  
voile n'était pas un écran, mais une énigme.*

*Ce n'était pas un rejet, plutôt un appel, une  
question ouverte(1).*

François Ost, *Antigone Voilée*

---

\* Professeure agrégée et titulaire de la *Chaire de recherche sur le pluralisme juridique et le droit comparé* à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Section de droit civil. Nous tenons à exprimer notre reconnaissance envers la Fondation du Barreau du Québec, la Fondation pour la recherche juridique, Borden Ladner Gervais, la Fondation du droit de l'Ontario, ainsi que le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour le financement accordé dans le cadre de ce projet. Nous avons présenté des versions antérieures de ce texte à l'Institut international de sociologie du droit en Espagne (« Legal Practice and Accommodation in Multicultural Europe »), à la Harvard Law School (« Ideology, Taxonomy, Rules and their Distributional Consequences »), à l'Association canadienne des bibliothèques de droit à Halifax (« And God Made Law: Talmudic Law and Shariah Law in Canada »), à la conférence de l'Association canadienne droit et société à Ottawa (« Religion, Family and Sexuality »), au Commissariat à la magistrature fédérale du Canada, à la Chaire Shirley E. Greenberg pour les femmes et la profession juridique, aux Ateliers de la recherche à la Faculté de droit de l'Université Ottawa et au colloque du CÉDIM à l'Université du Québec à Montréal (« L'état des théories critiques dans le monde francophone »). Nous tenons à remercier Robert Leckey, Roderick A. MacDonald, Carissima Mathen, Mark Toufayan, Marie-Eve Sylvestre, Margarida Garcia, Nadia Abu-Zahra et Naomi Goldenberg pour leurs commentaires remarquables, ainsi que Glenys Stevenson, Merissa Lichtsztral, Erica See, Anna Dekker, Miriam Yosowich, Aida Setrakian, Dia Dabby, Simon Grant, Hayden Bernstein, Pascal McDougall, Emmanuelle Jacques et Carinne Collins pour leurs contributions précieuses à différentes étapes de ce projet, incluant la recherche juridique, les rencontres avec des autorités religieuses et membres d'ONG ainsi que le processus d'entrevues. Nous aimerions également remercier Xavier M. Milton, Charles L. Fournier-Milton et Pierre A. Fournier-Milton pour leur amour et leur solidarité. Enfin, nous souhaitons par-dessus tout souligner la générosité et la spontanéité des femmes juives et musulmanes qui ont gracieusement accepté de partager leurs histoires avec nous. Cet article leur est dédié.

(1) F. ost, *Antigone Voilée*. Bruxelles, Larcier, 2004, p. 112.