

Les effets pervers de l'exportation du droit dans des guerres civiles. L'intervention militaire en Afghanistan (2001-2014)

Adam Baczko, Sciences Po, Centre de recherches internationales (CERI), CNRS, Paris, France

In: *Droit et société* 2022/1 (N° 110), pp. 131-149.

Doi: 10.3917/drs1.110.0131

Résumé:

À partir d'une enquête de terrain en Afghanistan, cet article rend compte des effets de l'intervention militaire dans le domaine juridique entre 2001 et 2014. Par l'ampleur exceptionnelle de l'engagement occidental, l'Afghanistan constitue un cas d'école des effets pervers de l'exportation du droit dans un contexte de guerre civile. Selon une vision néolibérale, les pays occidentaux ont appliqué une politique par programme et par sous-traitance à des agences privées, entraînant l'appropriation privée de dizaines de milliards de dollars de fonds publics. Ce fonctionnement a désorganisé l'ensemble du secteur juridique, de la conception des lois à l'application des verdicts, en passant par la réinvention d'une justice prétendument traditionnelle qui finit de miner le système judiciaire.

Mots-clés : Afghanistan, guerre civile, greffe juridique, justice traditionnelle, coutume, culture juridique

The Perverse Effects of Legal Transplants in Civil Wars. The Military Intervention in Afghanistan (2001-2014)

Summary:

Based on fieldwork in Afghanistan, this article examines the implications of military intervention in the juridical field between 2001 and 2014. Because of the exceptional scale of Western involvement, Afghanistan is a textbook case of the perverse effects of legal transplants in a context of civil war. Following a neo-liberal vision, Western countries applied a program-based approach and subcontracted to private agencies, resulting in the private appropriation of tens of billions of dollars of public funds. This has disrupted the entire legal sector, from the drafting of laws to the enforcement of verdicts, including the reinvention of a so-called traditional justice that further undermines the justice system.

keywords: Afghanistan, Civil War, Legal Transplant, Traditional justice, Customs, Juridical Culture

Adam Baczko est chargé de recherche CNRS au CERI-Sciences Po. Il est l'auteur de *La Guerre par le droit. Les tribunaux Taliban en Afghanistan*, CNRS Éditions, 2021, et le co-auteur de *Syrie. Anatomie d'une guerre civile*, CNRS Éditions, 2016.

CERI, 56 rue Jacob, 75006 Paris, 0641436286, adam.baczko@gmail.com

Les guerres civiles contemporaines constituent un laboratoire du droit et du politique : un espace et un moment où se réinventent des normes. Dans ce milieu *sui generis*, des catégories et des institutions juridiques se fabriquent dans les interactions entre des gouvernements, des mouvements armés qui les contestent, des organisations spécialisées dans le « *post-conflit* », des institutions internationales et des instances coutumières. Si les chercheurs en sciences sociales ont établi depuis longtemps que l'État n'est pas le seul producteur de droit¹, il reste communément considéré comme un relais essentiel de la mise en œuvre des normes internationales et le lieu de la production des normes nationales. Les guerres civiles, remises en cause radicale de l'autorité étatique, sont le théâtre d'interventions extérieures récurrentes, donnant à voir des modalités radicales d'exportation du droit et de la justice, avec des conséquences parfois dramatiques. Loin de l'intuition commune d'une prééminence des modes locaux de régulation sociale dans les guerres civiles, ces situations révèlent comment les acteurs transnationaux influent sur la formation et le fonctionnement des systèmes juridiques des belligérants et comment les différentes parties impliquées adoptent, contournent, adaptent ou contestent ces productions normatives et institutionnelles.

L'appréhension des guerres civiles par les sciences sociales du droit reste limitée par une dichotomie entre les systèmes juridiques domestiques et les processus juridiques internationaux. D'une part, les études de cas des systèmes juridiques des belligérants négligent leur inscription dans des dynamiques internationales. Plusieurs recherches traitent ainsi des tribunaux établis par l'Union des tribunaux islamique en Somalie², par les Forces armées révolutionnaires de Colombie³, les Taliban⁴, par les Tigres de libération de l'Îlam tamoul⁵, par

¹ C'est notamment le cas des juristes, sociologues et anthropologues qui travaillent dans une perspective de pluralisme juridique. Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londres : Routledge, 1995 ; Shalini Randeria, « The State of Globalization: Legal Plurality, Overlapping Sovereignities and Ambiguous Alliances between Civil Society and the Cunning State in India », *Theory, Culture & Society*, 24 (1), 2007, p. 1-33.

² Cédric Barnes et Harun Hassan, « The Rise and Fall of Mogadishu's Islamic Courts », *Journal of Eastern African Studies*, 1 (2), 2007, p. 151-160 ; Jon Abbink, « The Islamic Courts Union: The Ebb and Flow of a Somali Islamist Movement » in Stephen Ellis et Ineke van Kessel (dir.), *Movers and Shakers*, Leiden : Brill, 2009, p. 87-113.

³ Alfredo Molano, « La justicia guerrillera » in Boaventura de Sousa Santos et Mauricio García Villegas (dir.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, Bogota : Siglo del Hombre Editores, 2001, vol.II, p. 331-388 ; Nicolas Espinosa, « El campo jurídico del 'otro derecho' en la Sierra de La Macarena. Elementos para un análisis crítico de la justicia alternativa en una zona de fuerte conflicto armado », *Revista Colombiana de Sociología*, 32 (2), 2009, p. 133-155 ; Mario Aguilera Peña, *Contrapoder y justicia guerrillera: fragmentación política y orden insurgente en Colombia, 1952-2003*, Bogota : IEPRI, 2014.

⁴ Adam Baczkó, *La guerre par le droit. Les tribunaux Taliban en Afghanistan*, Paris : CNRS Éditions, 2021.

⁵ Kristian Stokke, « Building the Tamil Eelam State: Emerging State Institutions and Forms of Governance in LTTE-Controlled Areas in Sri Lanka », *Third World Quarterly*, 27, (6), 2006, p. 1021-1040 ; Zachary Mampilly, *Rebel Rulers : Insurgent Governance and Civilian Life During War*, Ithaca : Cornell University Press, 2011.

l'insurrection et le PYD kurde en Syrie⁶. D'autres travaux rendent compte des systèmes juridiques des régimes pris dans la guerre civile, notamment en Afghanistan, au Soudan ou en Colombie⁷. Ces travaux analysent les modalités d'établissement, d'institutionnalisation et de formalisation de ces instances, leurs usages politiques dans le contexte de la guerre et leurs effets sociaux. Pour autant, l'inscription internationale des juridictions domestiques en guerre reste négligée, alors même que leurs activités prennent systématiquement place dans des contextes d'interventions internationales impliquant de nombreuses organisations transnationales.

D'autre part, les travaux sur la justice transitionnelle, « post-conflit » et internationale analysent finement le rôle des organisations humanitaires, des agences de développement et des forces armées étrangères, des entreprises privées ou des juridictions internationales, mais peinent à l'articuler aux configurations de guerres civiles. En effet, la formalisation et l'institutionnalisation des modalités de pacification depuis la fin de la guerre froide ont suscité de nombreux travaux qui soulignent le caractère international des processus juridiques qui les accompagnent⁸. Ainsi, Yves Dezalay et Bryant Garth, puis Nicolas Guilhot, ont montré la formation d'une élite juridique internationale à travers l'émergence d'un champ transnational de l'expertise des droits humains et de la démocratisation⁹. David Chandler souligne la dépolitisation induite en Bosnie, puis en Irak par des approches du droit qui nient le caractère politique des transformations provoquées par la guerre¹⁰. Laura Nader, Sandrine Lefranc et Sara Dezalay ont montré que la pacification est devenue un vecteur d'opportunité pour une élite internationale, tout en promouvant, derrière la prise en compte des contextes locaux, l'exportation des techniques américaines de résolution alternative des disputes¹¹.

⁶ Adam Baczko, Gilles Dorronsoro et Arthur Quesnay, *Syrie : Anatomie d'une guerre civile*, Paris : CNRS Éditions, 2016.

⁷ Antonio De Lauri, « Corruption, Legal Modernisation and Judicial Practice in Afghanistan », *Asian Studies Review*, 37 (4), 2013, p. 527-545 ; Mark Fathi Massoud, *Law's Fragile State: Colonial, Authoritarian, and Humanitarian Legacies in Sudan*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013 ; Jacobo Grajales, « Quand les juges s'en mêlent : le rôle de la justice dans la démobilisation des groupes paramilitaires en Colombie », *Critique internationale*, 70, 2016, p. 117-136.

⁸ Jérôme Bourdieu, Sara Dezalay et Frank Poupeau (dir.), *Pacifier et punir, Actes de la recherche en sciences sociales*, 173-174, 2008 ; Sandrine Lefranc, « Le mouvement pour la justice restauratrice : “an idea whose time has come” » », *Droit et société*, 63/64, 2006, p. 393-409 ; Sandrine Lefranc, « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit : l'invention de la justice transitionnelle », *Droit et société*, 73, 2009, p. 561-589.

⁹ Yves Dezalay et Bryan Garth, *La Mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine, entre notable du droit et « Chicago boys »*, Paris : Seuil, 2002 ; Nicolas Guilhot, *The Democracy Makers: Human Rights and International Order*, New York : Columbia University Press, 2005.

¹⁰ David Chandler, « Imposing the 'Rule of Law': the Lessons of BiH for Peacebuilding in Iraq », *International Peacekeeping*, 11 (2), 2004, p. 312-333.

¹¹ Laura Nader, « The Globalization of Law: ADR as “Soft” Technology », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 93, 1999, p. 304-311 ; Sandrine Lefranc, « Convertir le grand nombre à

À partir d'une enquête de terrain menée entre 2010 et 2016 à Kaboul et dans différentes régions du pays¹², cet article s'intéresse aux entreprises locales de traduction, de réappropriation et de contestation des normes internationales qui prennent place lors de l'intervention militaire en Afghanistan entre 2001 et 2014¹³. Suite aux attentats du 11 septembre, les États-Unis envahissent le pays à la tête d'une large coalition internationale et renversent l'Émirat islamique des Taliban. Les puissances occidentales et les organisations internationales mettent en place un nouveau régime, s'impliquant directement dans les institutions législatives et judiciaires. À partir de 2009, alors que l'insurrection Taliban progresse, notamment grâce au succès de leurs tribunaux, Barack Obama décide d'accroître le nombre de troupes et les États-Unis font du droit et de la justice une priorité. Ils augmentent fortement leurs dépenses de ce secteur et promeuvent le recours à des instances coutumières pour pallier les limites de l'administration afghane. Lorsque les troupes occidentales se retirent à partir de 2014, l'effondrement du régime rend manifestes les lacunes de cette ingénierie juridique et ses effets pervers.

Par l'ampleur exceptionnelle de l'engagement occidental, et en particulier celui américain, l'Afghanistan constitue un cas d'école des modalités transnationales d'exercice du droit. Dans une vision néolibérale¹⁴, l'assistance occidentale est passée par des mécanismes de sous-traitance à des multinationales spécialisées dans le développement, qui sous-traitent ensuite la réalisation des projets d'autres entreprises, un fonctionnement en cascade qui limite drastiquement la part de l'aide atteignant effectivement les destinataires. Le recours au secteur commercial, avec des modalités complaisantes de contrôle et d'audit, s'est ainsi traduit par la conversion de dizaines de milliards de dollars de fonds publics en profits privés. Par ailleurs, ces opérateurs et leurs commanditaires partagent un rapport ambivalent à l'État afghan, tantôt *tabula rasa* à reconstruire en exportant des dispositifs juridiques occidentaux, tantôt administration irréformable en raison de la corruption inhérente à la culture afghane qu'il faut donc contourner par la formation d'instances « coutumières ». Cette ambivalence dans le rapport à l'État afghan est exacerbée par l'ambiguïté des objectifs déclarés de la guerre en

la paix... Une ingénierie internationale de pacification », *Politix*, 80 (4), 2007, p. 7-29 ; Sara Dezalay, « Des droits de l'homme au marché du développement : Note de recherche sur le champ faible de la gestion de conflits armés », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 174, 2008, p. 68-79.

¹² Cet article s'appuie sur des entretiens avec des habitants, des usagers des tribunaux du régime de Kaboul, des employés des organisations occidentales et internationales, des fonctionnaires de l'administration afghane, ainsi que sur l'analyse des nombreux rapports traitant des secteurs judiciaires et législatifs en Afghanistan.

¹³ Pour la notion de traduction, Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago : University of Chicago Press, 2006.

¹⁴ James Ferguson, *The Anti-politics Machine: « Development, » Depoliticization, and Bureaucratic Power in Lesotho*, Minneapolis : University of Minnesota Press, 1990. Tania Li, *The Will to Improve: Governmentality, Development, and the Practice of Politics*, Durham : Duke University Press, 2007 ; Akhil Gupta, *Red Tape: Bureaucracy, Structural Violence, and Poverty in India*, Durham : Duke University Press, 2012.

Afghanistan, mêlant traque des militants d'Al Qaïda, promotion de la démocratie, émancipation des femmes, guerre contre l'insurrection Taliban ou encore lutte contre le trafic de stupéfiants. Ces priorités parfois contradictoires sont portées par des organisations différentes, dont les programmes d'assistance ne sont pas coordonnés. Dans un contexte où les bailleurs de fonds sont poussés à dépenser leurs budgets (« décaisser » dans le jargon de l'aide, l'un des critères utilisés pour justifier du travail mené), l'afflux irrégulier de sommes considérables en différents points du système juridique désorganise l'ensemble de la chaîne, de la conception des lois à l'application des verdicts.

Les effets pervers de cette exportation du droit en contexte de conflit se jouent à trois niveaux. D'abord, la réécriture du droit afghan donne lieu à une imposition extérieure de législations selon des logiques largement *ad hoc* et le parlement se voit dessaisi de ses prérogatives au profit d'ambassades occidentales qui rédigent directement les projets de loi (I). Ensuite, un manque initial d'attention suivi par des dépenses importantes, mais non coordonnées, produit un système judiciaire népotique, qui favorise les personnes disposant des ressources nécessaires pour influencer les juges et les policiers (II). Enfin, alors même que les États-Unis investissent des sommes colossales dans la réforme de justice, l'armée américaine la contourne par la promotion d'instances prétendument coutumières, une réinvention de la tradition qui achève de saper les institutions officielles (III).

« Greffe juridique » ou droit hors-sol

Dans le contexte de l'intervention militaire, les divers bailleurs et experts internationaux impliqués s'engagent dans une réécriture du droit afghan. Ils élaborent directement les lois en contournant systématiquement les instances législatives, sans prendre en compte la législation et les pratiques juridiques préexistantes. Si les acteurs occidentaux qualifient leur action dans ce domaine d'« aide à la réforme juridique » ou de « greffe juridique »¹⁵, ils jouent un rôle direct de législateur et imposent leurs priorités. Les pays occidentaux imposent leurs agendas, leur vision du droit et contournent les institutions afghanes compétentes. Pour les pays de la coalition, en particulier les États-Unis, l'Afghanistan est un « État défailant », un pays à reconstruire de zéro. Inspirés par les précédents allemand et japonais post-1945, les bailleurs envisagent le système institutionnel afghan comme une *tabula rasa*, négligeant l'histoire, les

¹⁵ « Greffe juridique » est la traduction usuelle de la notion anglo-saxonne de « *legal transplant* », proposée par Alan Watson pour décrire l'importation d'un pays à un autre d'une règle ou d'un système de lois. Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens : University of Georgia Press, 1974.

pratiques juridiques et les conséquences de deux décennies de conflits armés¹⁶. Comme l'expliquent rétrospectivement deux juristes occidentaux qui ont participé à l'élaboration de plusieurs des législations majeures des années 2000 : « *Les lois sont rédigées et la mise en œuvre est planifiée par les étrangers comme dans un désert, mettant inévitablement les nouvelles lois en conflit avec les anciennes lois, la culture juridique et la situation juridique afghanes, créant une confusion et un ressentiment croissants parmi les professionnels afghans qui sont censés les mettre en œuvre* »¹⁷. Dans les premières années de l'intervention, un procédé s'impose : un organisme américain ou européen finance la rédaction d'un texte *ad hoc*, parfois sans même vérifier la législation existante, transpose ses propres concepts et procédures légales et impose la loi en contournant les différentes institutions afghanes compétentes. En l'absence de projet cohérent, les programmes de réformes juridiques se traduisent par un droit contradictoire et inapplicable pour les juristes afghans.

Les bailleurs s'engagent chacun dans des projets de rédaction de lois en fonction de leurs priorités. La capacité des acteurs internationaux à imposer leur agenda, l'absence de coordination et le temps court pendant lequel les experts et juristes occidentaux séjournent dans le pays entraînent la multiplication de législations sur des points précis, des *leges speciales* en contradiction les unes avec les autres. Ainsi, le choix par l'Italie, nommé « pays meneur » sur les questions juridiques, de rédiger le Code intérimaire de procédure pénale s'explique notamment par les antécédents du chef de la mission juridique italienne, Giuseppe di Gennaro, un juge antimafia qui a participé à la réforme du Code de procédure pénale en Bosnie et en Albanie dans les années 1990. De même, à l'automne 2004, USAID et le département de la justice américaine font rédiger trois législations différentes correspondant à leurs priorités dans la « guerre à la terreur » : la corruption, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. En 2005, les Britanniques, nommés « pays meneur » pour la lutte contre la drogue, élaborent la Loi anti-stupéfiants, car ils souhaitent n'avoir qu'un seul interlocuteur, un ministère de la Lutte contre les stupéfiants, pour l'ensemble des activités policières et juridiques associées. L'Allemagne et les États-Unis, qui financent la réforme de la police, font rédiger une loi sur la police sans lien avec le Code intérimaire de procédure pénale, dont l'Italie a obtenu la

¹⁶ Pour de telles perspectives, cf. James Dobbins, *America's Role in Nation-Building from Germany to Iraq*, Santa Monica : Random House, 2003 ; Francis Fukuyama, *Nation-Building: Beyond Afghanistan and Iraq*, Baltimore : John Hopkins University Press, 2008.

¹⁷ Michael Hartmann et Agnieszka Klonowiecka-Milart, « Lost in Translation: Legal Transplants without Consensus-based Adaptation » in Whit Mason (dir.), *The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 273. Ce texte, co-écrit par deux juristes qui ont participé à la réécriture du droit afghan dans les années 2000, représente le témoignage disponible le plus détaillé et constitue donc une source essentielle dans les paragraphes qui suivent.

promulgation un an auparavant. La dimension *ad hoc* de cette ingénierie juridique est également manifeste dans la multiplication d'instances aux juridictions floues. Ainsi, la Loi anti-stupéfiants de 2005, commanditée par le Royaume-Uni, crée des tribunaux spéciaux pour juger de crimes qui, selon le Code pénal, sont du ressort des cours d'appel. De même, la Loi contre la corruption de 2004, parrainée par les États-Unis, établit une commission anticorruption indépendante chargée d'enquêter sur les « *affaires rattachées à la concussion et à la corruption dans le cadre d'une charge publique* », en contradiction avec l'article 134 de la Constitution qui dispose que cette prérogative appartient au bureau du procureur général. De plus, cette loi définit le crime de corruption d'une manière qui recoupe de nombreux autres crimes définis dans le Code pénal. En 2010, l'inefficacité de cette commission, à la tête de laquelle a été nommé un homme reconnu coupable de trafic de drogue, entraîne la refonte de ce système sous la pression des donateurs occidentaux et l'établissement de tribunaux *ad hoc* sur les questions de corruption, sans plus d'efficacité¹⁸.

Les bailleurs occidentaux ignorent largement l'histoire juridique afghane et l'importante production légale pré-2001, et transposent une syntaxe et des concepts juridiques occidentaux. Les différents pays qui s'engagent dans la réforme du droit afghan favorisent la rédaction de nouvelles lois au détriment de la collecte, de l'étude et de la révision des législations existantes. Ainsi, le Code intérimaire de procédure pénale est élaboré par des juristes italiens spécialisés dans le crime organisé, avec l'aide de juristes militaires américains employés comme consultants. La mission italienne n'implique pas de juriste afghan et ne prend en compte ni l'histoire juridique et ni la situation politique du pays. En particulier, les juristes italiens ignorent le Code pénal de 1976 et le Code de procédure pénale de 1974, et produisent de toutes pièces un nouveau Code en transposant les concepts, la syntaxe juridique et les procédures italiennes¹⁹. Sur le modèle de l'Italie, le nouveau Code mentionne une police judiciaire, inexistante en Afghanistan, et introduit la ratification par le procureur des actes de police, en contradiction avec les mandats prescrits par la Constitution. Il remplace sans justification le concept juridique de « cause absolue ou relative pour annuler un jugement » en usage dans le Code de 1974, par celui de « nullité », issu du droit italien et que les juristes afghans ne maîtrisent pas. Enfin, il pose des limites temporelles de 24 heures entre la détection, l'investigation et la poursuite des cas, un délai irréaliste dans un pays dont les routes et les institutions ont été dévastées par deux décennies de conflits armés²⁰. Sa brièveté, 89 articles

¹⁸ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, Bruxelles : International Crisis Group, 2010, p. 17.

¹⁹ Hartmann et Klonowiecka-Milart, « Lost in Translation », art. cit., p. 272.

²⁰ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, op. cit., p. 10.

contre 500 pour la version de 1974, et le manque de définition des termes employés le rendent susceptible d'interprétations très variées et donc difficilement applicable. Il devient source de confusion pour les juristes afghans formés avec le Code de procédure pénal de 1974, d'autant qu'il faut attendre trois ans (2007) pour que le nouveau Code soit traduit et distribué aux juges. De manière similaire, les lois de 2004 sur le financement du terrorisme et sur le blanchiment d'argent, rédigées par des consultants de la Banque mondiale et de USAID, ne s'intègrent pas à la législation existante et instituent des procédures pénales spécifiques, indépendamment du Code de procédure pénale nouvellement établi. Des concepts juridiques inspirés de la législation américaine (gel des avoirs, assistance judiciaire mutuelle) sont introduits sans être définis et en contradiction avec le reste de la législation pénale afghane. De plus, sans explicitation ni justification, des procédures très différentes sont prescrites pour des mesures similaires. Ainsi, alors que la loi sur le blanchiment d'argent autorise la Banque centrale à geler des fonds durant 7 jours, celle sur le financement du terrorisme exige une demande du procureur et une autorisation de la cour. Un an plus tard, le procureur du département de la Justice rattaché à l'Ambassade américaine à Kaboul propose même un projet de loi sur le terrorisme directement inspiré par le Patriot Act américain. L'emploi d'une syntaxe étrangère au droit afghan suscite de virulentes critiques de la part de juristes afghans et étrangers qui prennent désormais la mesure du désordre juridique, mais échouent à empêcher la promulgation d'une version amendée en 2008.

Les Occidentaux s'appuient sur – et alimentent ainsi – les faiblesses du système législatif afghan, atrophié dans la nouvelle Constitution, pour contourner les institutions concernées. Entre l'adoption de celle-ci en janvier 2004 et la première session du parlement le 19 décembre 2005, les agences occidentales déposent leurs projets de loi au ministère de la Justice. Elles font promulguer ces lois par le président Karzai au moyen de l'article 79 qui donne force de loi à ses décrets en cas d'impossibilité de réunir le Parlement. Au nom de la nécessité de légiférer rapidement, alors que le Parlement ne doit être élu qu'à la fin de l'année 2005, toutes les lois adoptées en 2004 et 2005 le sont par le biais de l'article 79. Ainsi, le Code intérimaire de procédure pénale est adopté en février 2004 par un décret de Hamid Karzai en dépit de son rejet par les juristes afghans²¹. À la fin de l'année 2005, face à la perspective de voir le Parlement nouvellement élu se réunir pour la première fois, les États-Unis et le Royaume-Uni font taire les nombreuses critiques contre leur projet de Loi anti-

²¹ Faiz Ahmed, « Judicial Reform in Afghanistan: A Case Study in the New Criminal Procedure Code », *Hastings International and Comparative Law Review*, 29, 2005, p. 93-134.

stupéfiants et accélèrent sa rédaction pour la faire promulguer par Karzai deux jours avant la première session du Parlement. Finalement, cette précipitation se révèle inutile : par la suite, le président Karzai continue de promulguer la plupart des lois au moyen de l'article 79, en les promulguant durant la vacance parlementaire annuelle²². Ainsi, durant celle de décembre 2006 à février 2007, Karzai fait passer huit lois, dont les réformes du Code du travail et du droit commercial²³. À une occasion, l'ambassade américaine envoie même un email aux agences impliquées dans la réforme juridique pour leur demander si elles avaient des suggestions de lois à faire promulguer par décret présidentiel avant la fin de la vacance parlementaire²⁴. En outre, d'autres mesures permettent de contourner les institutions afghanes. Par exemple, les bailleurs paient les salaires de certains fonctionnaires clés dans les ministères. Ainsi, le conseiller juridique du ministère de l'Intérieur qui a travaillé avec les ambassades américaine et britannique sur la Loi anti-stupéfiants était payé par le Royaume-Uni 3 000 dollars mensuels en sus de son salaire de fonctionnaire de quelques dizaines de dollars. Il est ainsi peu étonnant qu'il ait soutenu le projet de loi rédigé par les deux ambassades face aux autres organisations internationales et afghanes qui y étaient opposées. De même, l'Italie menace de mettre fin à son assistance juridique pour décider Karzai à promulguer le Code intérimaire de procédure pénale, auquel s'opposent de nombreux juristes afghans.

Face aux problèmes posés par des législations importées et déconnectées de la société afghane, à la fin des années 2000, les principaux acteurs de l'intervention tentent de légiférer de manières moins discrétionnaires. Commandité par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) et le département d'État américain, le Groupe de travail sur la réforme du droit pénal associe juristes afghans et internationaux, membres des différentes institutions afghanes et des principaux bailleurs de fonds. Le groupe de travail s'engage dans une reprise des cavaliers législatifs, notamment le Code intérimaire de procédure pénale, incarnation des greffes juridiques ratées. Sa révision exige un an de travail : pour la première fois, le persan remplace l'anglais comme langue de travail et des juristes et parlementaires afghans sont impliqués dans le processus de rédaction. Cependant, avec l'intensification des combats et sous la pression des donateurs internationaux, l'expérience, perçue comme trop lente et trop coûteuse, n'est pas reproduite. De plus, la réforme du Code de procédure pénale est

²² Salima Ahmadi, *2015 Performance of the Wolesi Jirga: Low attendance, nominal oversight*, <https://bit.ly/2xJqAEs>, 2016.

²³ Ali Wardak, Daud Saba et Halima Kazem, *Afghanistan Human Development Report. Bridging Modernity and Tradition: Rule of Law and the Search for Justice*, Kaboul : Center for Policy and Human Development, 2007, p. 87.

²⁴ Torunn Wimpelmann, *The Pitfalls of Protection: Gender, Violence, and Power in Afghanistan*, Berkeley : University of California Press, 2017, p. 73.

bloquée par le président Karzai qui, en manque de légitimité, joue désormais un jeu ambigu, attisant les sentiments nationalistes contre la présence étrangère et se présentant en même temps auprès des bailleurs comme un intermédiaire incontournable.

La désorganisation du système judiciaire par l'aide internationale

L'exportation du droit s'accompagne d'une implication des opérateurs transnationaux de l'intervention dans une reconstruction de la justice. En principe, la Constitution de 2004 et la Loi sur l'organisation et la juridiction des cours de 2005 prévoient l'établissement d'un système judiciaire indépendant. Cependant, en pratique, l'établissement de ce nouveau système judiciaire dépend des bailleurs de fonds occidentaux qui, dans un premier temps, le négligent. Entre 2003 et 2005, 3 % des fonds dédiés à la reconstruction sont dévolus à la justice, tandis que 60 % sont attribués à l'armée et 6 % au déminage²⁵. Les fonds alloués par USAID à la justice entre 2002 et 2007 représentent à peine 1 % de son budget pour le pays durant cette période²⁶. L'Italie est nommée « pays meneur » dans le secteur judiciaire en dépit de son manque d'expertise sur l'Afghanistan ou sur la réforme juridique dans des pays musulmans. Le rôle de « pays meneur » est d'abord interprété par l'Italie comme une simple tâche de coordination de l'assistance internationale. À la fin de l'année 2002, l'organisation sous-traitante de la coopération italienne, International Development Law Organisation (IDLO), ne compte qu'un envoyé à plein temps en Afghanistan et n'a produit aucun résultat. Sous le feu des critiques, IDLO organise dans la précipitation une conférence des donateurs et un séminaire de deux jours pour les juges, les procureurs et les membres de la commission de réforme judiciaire²⁷. En 2003, la publication d'un rapport très critique de l'International Crisis Group oblige l'Italie à s'engager plus activement à travers des programmes de réformes juridiques, un soutien financier au nouveau ministère de la Justice et la mise en place d'un centre de formation juridique. Dans le même temps, d'autres pays s'impliquent sans coordination dans la reconstruction du système judiciaire : l'agence de développement allemande GTZ produit ainsi une étude pour évaluer les besoins dans le secteur légal et propose l'assistance de la Société Max-Planck ; le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) développe son propre programme de reconstruction du secteur judiciaire ; UNODC et les ambassades américaine et britannique lancent leurs propres initiatives. Entre 2003 et 2005, des séries de

²⁵ *Reforming Afghanistan's Police*, Bruxelles : International Crisis Group, 2007, p. 6.

²⁶ *Ibid.*, p. 11-12.

²⁷ *Afghanistan: Judicial Reform and Transitional Justice*, Bruxelles : International Crisis Group, 2003, p. 8.

rapports dénoncent l'inefficacité des programmes occidentaux, le manque drastique d'infrastructures et de formation et l'impunité des commandants locaux dans les zones rurales²⁸. En 2007, près d'un quart des 1400 juges n'existent que sur le papier, 45 % d'entre eux n'ont pas de diplôme en droit ou en droit islamique, et près de 60 % n'ont pas réalisé le stage pratique préalable à la nomination comme juge. De plus, 57 % des tribunaux doivent encore être bâtis et 40 % réhabilités : en dehors des capitales provinciales, la plupart des cours de première instance ne sont pas opérationnelles²⁹.

À la fin des années 2000, dans un contexte de progression de l'insurrection et de son administration parallèle, les États-Unis prennent en charge la réforme du système judiciaire. En 2008, 92 millions de dollars sont alloués à l'ensemble des activités liées à l'« établissement de l'État de droit » (*rule of law*), autant qu'entre 2002 et 2007³⁰. Les États-Unis dépensent à eux seuls près d'un milliard de dollars entre 2008 et 2014 dans le secteur judiciaire³¹. Le changement d'échelle est visible : des tribunaux sont bâtis dans tous les chefs-lieux de district, les salaires sont multipliés par dix, des milliers de personnels reçoivent des formations. Cependant, l'efficacité des programmes américains successifs est limitée, car les différentes agences impliquées travaillent chacune de leur côté et sous-traitent la plupart des tâches à des entreprises privées américaines, parmi lesquelles les poids lourds du secteur du développement Checci and Company Consulting, Chemonics et Pacific Architects and Engineers. Comme l'admet l'ancien ambassadeur des États-Unis en Afghanistan, Ronald Neumann (2005-2007),

*Notre propre plongeon dans l'assistance juridique était chaotique. USAID a géré certains programmes par le biais d'entreprises privées. Le département d'État avait ses propres appels d'offres, mais payait également plusieurs procureurs expérimentés détachés du département de la Justice qui semblaient souvent agir de manière indépendante. Les militaires américains finançaient de leur côté certains programmes, mais ni nous ni eux ne savions ce que l'autre faisait. La coordination entre nos composantes était faible et les relations tendues.*³²

²⁸ Voir en particulier, *Afghanistan, op. cit.* ; Amnesty international, *Afghanistan: Re-establishing the rule of law*, Londres : Amnesty International, 2003.

²⁹ Wardak, Saba et Kazem, *Afghanistan Human Development Report, op. cit.*, p. 70-71.

³⁰ Matteo Tondini, *Statebuilding and Justice Reform: Post-Conflict Reconstruction in Afghanistan*, Londres : Routledge, 2010, p. 84.

³¹ *Rule of Law in Afghanistan*, Washington : Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction, 2015, p. 7.

³² Ronald Neumann, *The Other War: Winning and Losing in Afghanistan*, Lincoln : Potomac Books, 2011, p. 95-96.

La sous-traitance pose plusieurs problèmes dans le secteur judiciaire : collusion, *turn-over* des employés occidentaux, mauvaise gestion, non-coordination et absence d'évaluation indépendante. Faute de vision d'ensemble et de connaissance du système afghan, les entreprises sous-traitantes sont incapables de dépenser leur budget et de remplir les tâches pour lesquelles elles sont payées³³. Ainsi, l'agence américaine de développement USAID sous-traite la formation des milliers d'employés du secteur judiciaire à Checci and Company Consulting qui fournit des séminaires de deux à quatre semaines, à la fin desquels des certificats sont donnés sans examen des connaissances acquises. Les consultants qui donnent les cours viennent pour quelques jours et ignorent les développements juridiques et politiques en Afghanistan, voire dans certains cas, ne disposent d'aucune formation en droit³⁴. Ainsi, un professeur de droit constitutionnel d'une grande université américaine m'explique en 2010 que lui et ses collègues sont invités par Checci and Company Consulting pour quelques jours, payés plusieurs dizaines de milliers de dollars, logés dans l'Hôtel Serena (le palace le plus luxueux de Kaboul) pour donner un séminaire aux juges afghans. Il avoue ne pas connaître le système juridique afghan et offrir donc une formation de droit constitutionnel américain³⁵. Une ancienne employée du département d'État américain est recrutée par Adam Smith International pour réviser les procédures du ministère de la Justice, un secteur dans lequel elle m'avoue n'avoir aucune expérience³⁶. De telles pratiques sont généralisées et le procureur général Abdul Jabar Sabit s'empare ainsi devant un cadre des Nations Unies : « *Il n'est pas question que mes procureurs apprennent leur procédure pénale et le Code pénal auprès d'avocats d'Australie et d'Argentine qui viennent pour six semaines et puis s'en vont* »³⁷. En 2010, International Crisis Group dénonce « *des institutions judiciaires qui ont dépéri jusqu'à presque disparaître* », minées par le manque de personnel qualifié, l'extorsion, le manque de moyen et la confusion qui caractérisent son fonctionnement³⁸.

Cette incurie met le système judiciaire hors d'accès de la majorité de la population et avantage ceux qui possèdent les moyens de soudoyer les juges pour faire avancer leur affaire³⁹.

³³ *Support for Afghanistan's Justice Sector*, Washington : Special Inspector General for Afghanistan Reconstruction, 2014.

³⁴ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁵ Entretien avec un professeur de droit constitutionnel, consultant pour Checci and Company Consulting, juillet 2010.

³⁶ Entretien avec un consultante pour Adam Smith International, déléguée au ministère de la Justice, septembre 2012.

³⁷ Hartmann et Klonowiecka-Milart, « Lost in Translation », *art. cit.*, p. 278.

³⁸ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, *op. cit.*

³⁹ Antonio De Lauri, « Access to Justice and Human Rights in Afghanistan », *Crime, Law and Social Change*, 60 (3), 2013, p. 261-285.

Absents des campagnes, favorisant les puissants et incapables de faire appliquer leurs verdicts, les tribunaux servent davantage à légaliser des situations de fait qu'à trancher des litiges. En effet, les cours de justice du régime ne sont jamais devenues accessibles aux habitants des campagnes. Dans les premières années, l'inaccessibilité s'explique par le manque de moyens, mais lorsqu'à la fin des années 2000, les financements s'accroissent considérablement, l'extension du système judiciaire dans régions rurales est entravée par la progression des Taliban. Ainsi, le directeur des ressources humaines de la cour suprême estime en 2010 que 69 des 364 cours sont fermées du fait de l'insurrection, chiffre très certainement sous-estimé. Sur un effectif théorique de 90 juges, seuls douze sont en activité dans la province de Kandahar et ils sont cantonnés dans la ville. Dans la province du Wardak, à quelques dizaines de kilomètres de Kaboul, la moitié des cours sont fermées et les effectifs judiciaires restent dans la capitale provinciale de Maidan Shahr, deux juges et deux procureurs ayant été kidnappés par les Taliban en 2009⁴⁰. Dans la Kunar, un habitant explique : « *les juges ne sortent jamais d'Asadabad, le barrage de Chaghan [à la sortie de la ville] est pour eux comme une frontière* »⁴¹. Un autre résident de la province me confirme que les services judiciaires de son district (Ghaziabad) sont désormais réunis dans le chef-lieu, Asadabad. Certains juges sont même partis se réfugier en dehors de la province, à Kaboul ou à Jalalabad⁴². Il revient donc souvent aux personnes de se déplacer pour se rendre dans les chefs-lieux de province, voire plus loin, un déplacement long, coûteux et souvent dangereux.

Par ailleurs, l'obtention d'une décision favorable dans les tribunaux du régime est conditionnée par les ressources économiques et sociales des parties impliquées. La majorité des Afghans ayant fait appel au système judiciaire déclarent avoir dû payer un pot-de-vin et seule une petite minorité (10 à 20 % selon les années) exprime une confiance dans celui-ci en cas de litige⁴³. L'ensemble du système est miné par la corruption et le népotisme, avec des tarifs qui sont de notoriété publique, du policier de base au juge de la cour suprême⁴⁴. Ce système est facilité par l'impunité dont bénéficient les juges, en dépit des instances anticorruption successives créées sous la pression des bailleurs. Depuis leur création, celles-ci n'ont prononcé

⁴⁰ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary, op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Entretien avec un habitant de la Kunar, juillet 2011.

⁴² Entretien avec un habitant du district de Ghaziabad (Kunar), juillet 2011.

⁴³ A cet égard, les différents sondages donnent des résultats étonnamment semblables et stables. Voir le profil Afghanistan sur le site de Transparency International, les sondages annuels menés par Asia Foundation et les rapports réguliers d'Integrity Watch Afghanistan, en particulier Yama Torabi, *Afghan Perceptions and Experiences of Corruption: A National Survey*, Kaboul : Integrity Watch Afghanistan, 2010. Pour une analyse du discours des juges à l'égard de la corruption, De Lauri Antonio, « Corruption... art. cit.

⁴⁴ Cf. les témoignages récoltés par les ONG traitant de la question. Yama Torabi, *Afghan Perceptions and Experiences of Corruption, op. cit.* ; Manija Gardizi, Karen Hussmann et Yama Torabi, *Corrupting the State or State-Crafted Corruption?*, Kaboul : Afghanistan Research and Evaluation Unit, 2010.

que peu de condamnations et, en 2009, il apparaît que 90 % des procureurs de l'unité anticorruption avaient reçu des pots-de-vin⁴⁵. Le népotisme du système judiciaire aggrave les conflits fonciers et matrimoniaux qui s'enlisent entre les différentes juridictions, avec des jugements qui dépendent souvent de l'argent ou des relations mobilisées par chacune des parties. Il n'est pas rare qu'un juge ou un simple clerk du tribunal diffère une affaire durant des mois, voire des années, pour forcer la main des parties en procès. Ainsi, une femme qui cherchait à obtenir un divorce pour sa fille qui subissait de mauvais traitements de la part de son mari raconte :

D'abord, je suis allée au [tribunal du] gouvernement dans le district de Mohamad Agha et je voulais résoudre cette affaire avec le gouvernement. Mais le juge de la cour a exigé 100 000 afghanis [2 000 euros] et il a dit : « je vais essayer de délivrer votre fille au moyen d'un divorce ». Après cela, j'ai accepté, j'ai hypothéqué ma propriété et j'ai donné la somme au juge. J'ai ouvert cette affaire en 2010 et elle était en cours depuis un an, mais le juge n'a pas voulu mettre fin à notre procès. La personne avec qui nous avons des problèmes a donné plus d'argent au juge et il a décidé l'affaire en faveur de l'autre partie. Le juge a dit : « votre fille n'est pas mal traitée »⁴⁶.

Les démarches les plus simples, comme l'enregistrement au tribunal du transfert d'une parcelle, coûtent des centaines, voire des milliers de dollars de commissions⁴⁷. En 2012, un homme me raconte avoir payé au juge et au chef de la police un tiers de la valeur des 30 hectares de terres contestées pour obtenir la reconnaissance de sa propriété⁴⁸. La même année, un juge est enregistré à son insu par une journaliste afghane venue lui soumettre son cas. Alors qu'elle cherche à divorcer, le juge, après avoir tenté en vain de lui soutirer 2 000 dollars, lui demande sa main en échange d'une décision juridique en sa faveur⁴⁹. Les parties doivent déboursier de larges sommes ou faire appel à des personnes haut placées pour faire avancer leur cas dans la procédure et obtenir un verdict en leur faveur⁵⁰.

⁴⁵ *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, op. cit., p. 26.

⁴⁶ Entretien avec une habitante du district de Madagha (Logar), 2013.

⁴⁷ Pour un exemple, Livingston Armytage, « Justice in Afghanistan: Rebuilding Judicial Competence after the Generation of War », *Heidelberg Journal of International Law*, 67, 2007, p. 198.

⁴⁸ Entretien avec un propriétaire foncier dans la province de Kunduz, septembre 2012.

⁴⁹ Emal Pasarly, « Afghan Judge Zahorudin Recorded on Tape "Seeking Bribe" », *BBC News*, 12 déc. 2012.

⁵⁰ Pour des cas, voir Martina Van Biljert, *Stories People Tell (1): An Attempted Land Grab, a Fabricated Case and an Expensive Release*, <https://bit.ly/2xKvYXZ>, 2011 ; Bilal Sarwary, « Why many Afghans Opt for Taliban Justice », *BBC News*, 2 déc. 2013.

Enfin, les procédures sont rarement respectées, comme l'explique un haut fonctionnaire du ministère de la Justice :

Dans la plupart des cas, les audiences ne se tiennent pas. Au lieu de cela, un groupe de juges s'assoit dans une pièce. Il n'y a pas d'avocat de la défense. Il n'y a pas de procureur. L'accusé est rarement autorisé à participer. Si les membres de la famille de l'accusé sont là, ils ne peuvent pas parler. Lorsque nous demandons aux juges pourquoi ils tiennent les audiences de cette manière, ils disent : « Nous avons appelé le procureur. Nous avons appelé l'avocat de la défense. Mais nous n'avons pas réussi à les avoir ». Ou ils disent, « Le procureur a fait son travail et nous connaissons notre travail, nous n'avons pas besoin de lui ici »... Le problème est que nos juges et nos procureurs croient que la plus haute autorité du pays c'est eux, et non la loi, et ils abusent de la loi dans la suite de ce raisonnement⁵¹.

L'absence de respect des procédures et la possibilité de retourner le procès en surenchérissant entraînent un taux d'appel de 80 % dans les cours de première instance vers les cours d'appel et de 70 % dans les cours d'appel vers la cour suprême⁵². De nombreux procès ressemblent en pratique à des enchères entre les parties, dont le montant dépasse parfois la valeur de l'objet du contentieux, en particulier lorsque l'enjeu revêt en outre une dimension symbolique comme la terre ou les relations matrimoniales⁵³. Le pluralisme légal entre droit positif, jurisprudence islamique et coutume tribale est parfois mobilisé par les juges pour éviter de se prononcer⁵⁴. Cela se traduit par des allongements considérables de la durée de procès qui traînent sur des années, voire des décennies, et une aggravation des tensions et des violences autour des litiges. Ce fonctionnement général de la justice favorise les entrepreneurs politiques qui concentrent les ressources économiques, sociales et violentes. Dès lors les décisions judiciaires viennent davantage légaliser des situations de fait que trancher des différends.

⁵¹ Cité par *Reforming Afghanistan's Broken Judiciary*, op. cit., p. 17.

⁵² Armytage, « Justice in Afghanistan », art. cit., p. 188.

⁵³ Ces problèmes concernent au premier titre les litiges civils, mais également les procès relevant de la justice pénale. Pour un cas de manipulation grossière d'un procès entraînant la condamnation à mort des deux accusées, voir Frank Ledwidge, « Justice in Helmand: The Challenge of Law Reform in a Society at War », *Asian Affairs*, 40 (1), 2009, p. 80-84.

⁵⁴ Antonio De Lauri, « Entre loi et coutumes », *Diogène*, 239-240, 2013, p. 79-80.

Le contournement du système judiciaire par la coutume

A la fin des années 2000, les difficultés du système judiciaire et la progression de l'insurrection Taliban, notamment par le biais de ses tribunaux, conduit les États-Unis à promouvoir des formes de contournement de l'administration afghane. En particulier, l'armée américaine lance plusieurs initiatives pour financer et établir ce qu'elle présente comme des formes coutumières de résolution de conflits, des conseils de notables généralement appelés *jirga* en pashtoune et *shura* en persan.

En soutenant l'établissement d'un système de justice informelle, les militaires américains s'impliquent dans un débat très tendu qui oppose, depuis 2002, bailleurs et experts occidentaux d'une part, et juges du régime et militants afghans des droits de la personne de l'autre. En effet, dès 2002, un institut associé au département d'État, le United States Institute for Peace (USIP), engage des programmes de promotion de forme coutumière de justice. Son principal partenaire local, une ONG fondée par des binationaux afghano-occidentaux à la suite de l'intervention de 2001, Tribal Liaison Office (TLO), établit ainsi des « *jirgas* » dans l'Est et le Sud-Est. Parallèlement, un professeur de droit afghan qui enseigne au Royaume-Uni, Ali Wardak, prône une hybridation du système judiciaire avec l'inclusion de formes de justice conciliatoire et non punitive. Consultant pour des organisations internationales, il joue un rôle déterminant dans la promotion des *shuras* et des *jirgas*⁵⁵. Dans le *Human Development Report* de 2007, Ali Wardak critique les faiblesses du système judiciaire afghan et la corruption des juges et estime que les *shuras* et les *jirgas* traitent plus de 80 % des conflits. Il appelle à cesser de se focaliser sur les institutions étatiques et à inclure ces conseils comme une forme de première instance. Le rapport a largement circulé et le chiffre de 80 %, parfois poussé à 95 % voire 99 % dans un cas⁵⁶, est depuis répété dans la plupart des rapports. En réaction, le président de la cour suprême afghane censure le rapport et menace de poursuites Ali Wardak, qui fuit vers le Royaume-Uni⁵⁷. Les militants afghans des droits de la personne rejettent également ces propositions, dénonçant les décisions ces instances comme très défavorables aux femmes lors de litiges concernant la propriété ou le mariage (rejet du divorce, refus de tout héritage pour les femmes, femmes offertes comme compensation dans un conflit, mariages forcés). De plus, de

⁵⁵ Ali Wardak, « Jirga: A Traditional Mechanism of Conflict Resolution in Afghanistan » in John Strawson (dir.), *Law after Ground Zero*, Londres : Cavendish, 2002, p. 187-203 ; Ali Wardak, « Building a Post-War Justice System in Afghanistan », *Crime, Law and Social Change*, 41 (4), 2004, p. 319-341.

⁵⁶ Pour un exemple, Ledwidge F, « Justice and Counter-Insurgency in Afghanistan: A Missing Link », *The RUSI Journal*, 154 (1), 2009, p. 6-9.

⁵⁷ Astri Suhrke, *When More is Less: The International Project in Afghanistan*, Londres : Hurst, 2011, p. 212-214.

nombreux militants des droits de la personne expriment des réserves liées à l'absence de qualifications requises pour siéger dans une *jirga* et au manque de codification de la coutume, ouvrant la porte à toutes sortes d'abus. Certains acteurs internationaux, notamment la Banque mondiale, s'opposent aussi à cette stratégie et prônent au contraire un soutien plus cohérent aux institutions officielles. En parallèle, l'armée britannique met en place dans l'Helmand ses propres conseils composés de « *représentants* » qu'elle sélectionne. Financés par l'agence britannique de développement DFID, ces conseils doivent notamment décider de la libération des personnes arrêtées par des soldats britanniques, qui évitent ainsi le système judiciaire et l'administration locale avec lesquels le commandement britannique entretient des relations difficiles. Dès lors, en collaboration avec l'institut américain USIP et l'ONG TLO, l'agence britannique de développement DFID devient l'un des principaux promoteurs d'une reconnaissance et du renforcement du rôle des *shuras* et des *jirgas*. Lors des réunions préparatoires à la rédaction du *National Justice Sector Strategy* de 2008, un plan officiel de réforme du système légal dans les cinq années suivantes, USIP et DFID font pression pour inclure les instances coutumières dans le document programmatique. Face à l'opposition inflexible des militants afghans des droits de la personne et des fonctionnaires de la justice, la définition de la relation entre justices formelle et informelle est finalement repoussée à la rédaction d'un document officiel sur le sujet⁵⁸. Un an plus tard, un groupe de travail est constitué en vue de sa rédaction, coordonné par une cour suprême toujours hostile. Les discussions entre les militants des droits de la personne et les fonctionnaires afghans d'une part, USIP et DFID de l'autre, s'enlisent durant 10 mois supplémentaires. Finalement, en 2010, le ministère de la Justice tranche face à ces multiples pressions et rédige son propre projet de loi qui criminalise les initiatives prises dans le domaine de la justice informelle en rendant susceptibles de poursuites les membres des *shuras* et des *jirgas* qui n'appliquent pas le droit en vigueur⁵⁹.

Cependant, l'armée américaine balaie toutes ces réticences vis-à-vis des instances coutumières qui doivent dorénavant contribuer à son arsenal dans la guerre contre les Taliban. L'implication des militaires déclenche un cycle classique dans le monde du développement : l'accroissement de financements entraîne la multiplication de rapports et de conférences qui en retour justifie l'augmentation des sommes investies dans ces programmes. En 2010, USAID divise en deux son programme dédié au secteur judiciaire, consacrant désormais la moitié de son budget aux institutions informelles. L'agence américaine reproduit les modes de gestions

⁵⁸ Tondini, *Statebuilding and Justice Reform*, *op. cit.*, p. 73 ; Suhrke, *When More is Less*, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁹ Torunn Wimpelmann, « Nexuses of Knowledge and Power in Afghanistan: the Rise and Fall of the Informal Justice Assemblage », *Central Asian Survey*, 32 (3), 2013, p. 408-411.

qui ont pourtant entraîné des effets désastreux sur le système judiciaire. Ainsi, l'entreprise privée Checci and Company Consulting reçoit de nouveau plusieurs dizaines de millions de dollars par an pour, cette fois-ci, soutenir l'établissement d'instances coutumières en Afghanistan. Les forces spéciales américaines sont en pointe de cette réinvention de la tradition⁶⁰, comme me l'explique en 2010 le chef de la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA) dans le Sud-Est :

Les forces spéciales sont en train de mettre en place leurs propres shuras un peu partout. Par exemple, à Jani Khel [district de la province du Paktya], ils ont nommé des commandants dans une « peace shura », qui est associée aux « tribal shuras » déjà existantes. Ce sont les forces spéciales qui ont nommé les membres, deux représentants parmi les dix tribus qu'ils estiment importantes. En réalité, ce ne sont généralement pas des chefs tribaux, mais des commandants issus du jihad [contre les Soviétiques]. La mise en place de ces jirgas participe de la tentative par les forces spéciales d'armer les tribus, de mettre en place des arbakai [milices] contre les Taliban.⁶¹

Les unités civilo-militaires de l'armée américaine (équipes provinciales de reconstruction) financent également des programmes à l'échelle provinciale. L'implication de l'armée américaine provoque un renversement des positions, et le ministère afghan de la Justice, les administrations locales, la MANUA, les différentes agences d'aide au développement et les contingents militaires occidentaux lancent chacun leurs initiatives de *shuras* et de *jirgas*. Les donateurs occidentaux distribuent des fonds considérables aux ministères afghans de la Justice et des Droits des femmes, à des ONG, à des centres universitaires et des entreprises privées occidentales pour réaliser leurs programmes d'instances de résolution de conflit.

De manière apparemment paradoxale, cet appel à prendre en compte les structures sociales propres à l'Afghanistan justifie l'importation de modèles en usage en Occident et dans le monde du développement. Alors que le recours à la justice informelle doit permettre la prise en compte des réalités locales, il favorise les experts occidentaux qui rédigent *in fine* les rapports et les préconisations. Les chiffres de 80 % à 95 % des conflits traités par des instances informelles, sans jamais être établis, circulent d'une crise à l'autre, dans des rapports traitant de

⁶⁰ Eric Hobsbawm et Terence Ranger (dir.), *The Invention of Tradition*, Cambridge : Cambridge University Press, 1983.

⁶¹ Entretien avec un responsable de la MANUA dans le Sud-Est, juillet 2010.

pays africains, moyen-orientaux ou centre-asiatiques⁶². En réalité, les connaissances anthropologiques sur l'Afghanistan sont mobilisées de manière superficielle⁶³. Les acteurs de l'intervention parlent de « *shura* » et de « *jirga* » pour désigner aussi bien une réunion d'information dans un village, qu'une instance qui se réunit régulièrement et émet des décisions juridiquement reconnues, et les qualificatifs de « traditionnel », « coutumier », « communautaire », « tribal » ou « informel » sont employés de manière interchangeable. Du côté des opérateurs des mondes du développement et de l'humanitaire, l'usage des termes persans et pashtounes (*shura*, *jirga*) dissimule l'importation de concepts, de technologies immatérielles (« *soft technologies* »), liés aux mécanismes alternatifs de résolution de disputes et à la médiation. Comme le note l'anthropologue du droit Laura Nader, l'établissement d'instances informelles est une pratique qui s'est répandue, donnant lieu à une « globalisation du droit informel », dont l'Afghanistan constitue un cas radical. En réalité, loin de constituer une prise en compte des spécificités culturelles locales, le soutien des bailleurs à l'établissement d'instances informelles constitue une exportation des mécanismes alternatifs de résolution de disputes, développés en Occident dans les années 1980 et 1990⁶⁴.

Cette réinvention d'une justice traditionnelle finit de miner les tribunaux du régime et réduit l'accès des habitants à un règlement judiciaire. Premièrement, aucun consensus n'existe sur le fonctionnement de telles instances, sur les normes à appliquer et sur la nomination des membres. En particulier, la définition des « *élites tribales* » ou des « *anciens* » est très disputée (lignage, reconnaissance locale, nomination de l'État, éducation religieuse, éducation séculière, hommes en armes), d'autant que les étrangers ignorent généralement les différences entre ces différents statuts sociaux (*khan*, *bay*, *arbab*, *malik*...). Se faire reconnaître comme « ancien » auprès d'eux devient un enjeu puisqu'il donne accès à des positions de pouvoir et à la manne internationale. Les commandants issus du jihad contre les Soviétiques, qui ont marginalisé les élites lignagères dans les années 1980, se présentent donc aux acteurs de l'intervention comme dépositaires d'une légitimité traditionnelle. Deuxièmement, l'absence de coordination entre ces instances informelles a multiplié les lieux de contestation et d'émission d'actes de propriété et

⁶² Torunn Wimpelmann, « The Informal Justice Paradigm and the Appropriation of Local Reality », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 64 (3), 2013, p. 397-411. Pour un cas de transfert de cette estimation, voir Leila Chirayath, Caroline Sage et Michael Woolcock, *Customary Law and Policy Reform : Engaging with the Plurality of Justice Systems*, Washington : Banque mondiale, 2005.

⁶³ Roberto González, *Militarizing Culture: Essays on the Warfare State*, Walnut Creek, Left Coast Press, 2010 ; Alessandro Monsutti, « Anthropologizing Afghanistan: Colonial and Postcolonial Encounters », *Annual Review of Anthropology*, 42 (1), 2013, p. 269-285.

⁶⁴ Nader, « The Globalization of Law... art. cit.

de contrats au statut légal incertain, avec pour effet de relancer des disputes. Comme me l'explique le chef du bureau Sud-Est de la MANUA :

Dans la province [du Paktya], on dénombre quatre types de jirgas qui traitent chacune de leur côté les conflits privés : celle de USAID, celle de l'unité des forces spéciales américaines, celle liée au gouverneur provincial et les shuras de district associées au gouvernement central. Selon la Constitution, des shuras de districts et des shuras de village auraient dû être créées partout, mais cela n'a jamais été fait de manière systématique. Chacun de ces conseils suit sa propre logique. Créer des shuras permet de mieux contrôler les acteurs locaux, d'avoir des interlocuteurs locaux et d'éviter de devoir passer par les institutions mises en place par d'autres⁶⁵.

Les *jirgas* et les *shuras* se multiplient au point qu'en 2011 les principaux instigateurs de leur mise en place, USIP et TLO, finissent par exprimer leur inquiétude dans les réunions avec les militaires américains⁶⁶. Ils avertissent de la multiplication de notables auto-proclamés que les Afghans qualifient d'anciens « commerciaux » (*tijarati*)⁶⁷. Ainsi, dans la ville de Ghazni, un notable, membre d'une des multiples institutions coutumières créées par les acteurs occidentaux, a profité de ses titres pour former sa propre instance de résolution de conflit et prononcer des verdicts contre rétribution⁶⁸. Enfin, les instances informelles de résolution de conflit ne pallient pas l'absence de tribunaux, bien au contraire. En 1980, le juriste Richard Abel soulignait déjà que cette déjuridicisation « accroît le niveau de conflictualité dans une société », amène « la partie avec le plus de pouvoir, de richesse ou de statut social à tout simplement dominer son adversaire » et « prive les personnes plus faibles, plus pauvres, ou de statut social inférieur de la protection découlant de la reconnaissance juridique formelle de leur droit »⁶⁹. Il explique également que de telles instances « présupposent des mécanismes informels de contrôle adéquats pour assurer la conformité [des parties] en l'absence de la

⁶⁵ Entretien avec un responsable de la MANUA dans le Sud-Est, juillet 2010.

⁶⁶ Torunn Wimpelmann, « Nexuses of Knowledge and Power in Afghanistan », art. cit.

⁶⁷ Voir par exemple la contribution de la directrice de la recherche au sein de TLO, Susanne Schmeidl, « Engaging Traditional Justice Mechanisms in Afghanistan: State-Building Opportunity or Dangerous Liaison? » in Whit Mason (dir.), *The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 162.

⁶⁸ Entretien avec un notable de la province de Ghazni qui a ouvert une boutique où il résout les conflits, septembre 2014.

⁶⁹ Richard Abel, « Delegalization: A Critical Review of its Ideology, Manifestations, and Social Consequences » in Erhard Blankenburg, Ekkehard Klaus et Hubert Rottleuthner (dir.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Opladen, West-deutscher Verlag, 1980, p. 32, 40.

coercition étatique »⁷⁰. Dans le cas des États-Unis, Laura Nader a montré que l'établissement de mécanismes informels de résolution de disputes à partir de la fin des années 1970 a effectivement entraîné une atrophie des pouvoirs du plaignant et a défavorisé les Américains les plus pauvres⁷¹. En Afghanistan, la guerre accentue les effets de ces instances, qui coupent les Afghans ruraux de la possibilité de faire appel à une instance juridique formalisée et les rendent plus vulnérables aux rapports de force locaux. Les nombreuses instances de résolution de conflit sont généralement incapables de faire appliquer leurs jugements. En principe, une partie qui rejeterait le verdict risque l'opprobre ; en pratique, ceux qui en ont les moyens peuvent faire appel aux tribunaux du régime ou des Taliban, ou peuvent tout simplement ignorer le jugement puisque ces instances ne disposent pas de moyens de coercition. Un ouléma qui siège régulièrement dans des *jirgas* dans la province du Logar explique ainsi que « *de nos jours, les jirgas ne sont pas comme les jirgas du passé. Avec les jirgas du passé, les gens ne pouvaient pas désobéir. Ce que les jirgas décidaient, les gens l'acceptaient* »⁷². Dans une société rurale dans laquelle beaucoup possèdent des armes et certains peuvent mobiliser des combattants pour les soutenir, les *jirgas* et les *shuras* sont contraintes par les rapports de force inégaux issus de la guerre. Dans de nombreux cas, l'établissement d'instances coutumières réduit un peu plus l'accès au droit de la majeure partie de la population et favorise les entrepreneurs de violence.

En raison du système juridique qu'ils instaurent, les pays occidentaux accroissent l'incertitude juridique qui affecte la société afghane en guerre. Un droit inadapté, largement dicté par les priorités conjoncturelles des différents bailleurs de fonds, ainsi que le népotisme qui mine la police et la justice aboutissent à un système judiciaire déséquilibré en faveur des dominants et hors d'accès pour la majorité de la population. Juristes, experts, humanitaires, militaires et diplomates occidentaux font promulguer des lois en contradiction avec le reste de la législation afghane, influent sur les nominations dans les institutions clés, inventent de toutes pièces des comités et s'immiscent dans les cas jugés par les tribunaux. Par ailleurs, les militaires occidentaux mettent en place des instances prétendument « *coutumières* » ou « *traditionnelles* » qui multiplient les verdicts contradictoires. De statut légal incertain, elles finissent ainsi de miner l'institution judiciaire.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁷¹ Laura Nader, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley : University of California Press, 2002.

⁷² Entretien avec un ouléma siégeant régulièrement dans des *jirgas*, province du Logar, mai 2013.

À l'inverse des situations dans lesquelles l'État est capable de faire tampon entre les organisations internationales et la société⁷³, les différents opérateurs de l'intervention en Afghanistan jouissent d'une large autonomie et imposent leurs vues à l'intérieur même de l'appareil d'État. Loin d'être des acteurs extérieurs appuyant un des belligérants, ils deviennent parties prenantes dans la structuration du droit, produisant un champ juridique transnational. L'importation d'un vocabulaire, de personnels et de ressources dans le système juridique du régime afghan détermine les modalités de reconnaissance et concurrence. Les compétitions entre institutions occidentales à Washington ou à Bruxelles affectent directement le champ juridique afghan. L'Afghanistan donne ainsi à voir une version radicale des dynamiques d'internationalisation du droit observables dans les autres conflits armés qui ont éclaté à la suite de la fin de la guerre froide (Somalie, ex-Yougoslavie, République démocratique du Congo, Irak, Mali).

⁷³ Sur la manière dont les États jouent des pressions exercées par les organisations transnationales pour mener leur propre politique, Shalini Randeria, « Glocalization of Law: Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India », *Current Sociology*, 51 (3-4), 2003, p. 305-328 ; Amin Allal, « Les configurations développementistes internationales au Maroc et en Tunisie : des policy transfers à portée limitée », *Critique internationale*, 48 (3), 2010, p. 97-116.