Document generated on 08/06/2025 2:10 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

Les mots du droit : une grammatologie critique du droit international public

Olivier De Schutter

Volume 6, Number 2, 1989

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1101221ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1101221ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

De Schutter, O. (1989). Les mots du droit : une grammatologie critique du droit international public. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *6*(2), 120–132. https://doi.org/10.7202/1101221ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1989

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Études

Les mots du droit : une grammatologie critique du droit international public

OLIVIER DE SCHUTTER*

I.- La nouvelle critique : esquisse
II.- Les *Critical Legal Studies* et la cour de Luxembourg
A- Les principes d'interprétation
B- La supplémentarité dangereuse
C- Une illusion
III.- La mort du droit

À quelle zone du discours appartient ce fonctionnement étrange de l'argumentation, cette cohérence du désir se produisant d'une manière quasi onirique (...). Comment ce fonctionnement s'articule-t-il avec l'ensemble du discours théorique à travers toute l'histoire de la science?[1]

Depuis au moins dix ans[2], un mouvement jurisprudentiel a émergé dans les facultés de droit américaines qui prétend interroger les présupposés traditionnels de la doctrine et de l'enseignement du droit et mettre en lumière les partis pris idéologiques. Ce mouvement, intitulé Critical Legal Studies (CLS)[3], se répercute également dans le droit des gens, domaine dans lequel il transpose les techniques déconstructionnistes développées par ailleurs afin de montrer le caractère indéterminé et partisan des théories traditionnelles[4].

L'article a pour première et principale ambition d'introduire ce mouvement, d'en faire l'archéologie et d'en présenter les méthodes et les résultats : une première partie est consacrée à cette description. Il veut aussi, dans une seconde partie, en illustrer le fonctionnement : c'est ce qui est tenté par la mise en oeuvre de la méthodologie des Critical Legal Studies dans le contexte du droit communautaire. Deux questions, à cette fin, sont étudiées : d'abord, celle des principes interprétatifs utilisés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son oeuvre interprétative du Traité de Rome[5], celle ensuite du raisonnement suivi par elle dans l'affaire *«Les Verts - Parti écologiste» c. Parlement européen*[6]. Dans une troisième partie, une brève conclusion essaie de réfléchir sur l'avenir du mouvement ainsi dessiné et illustré, et dit pourquoi il faut voir dans l'importation des Critical Legal Studies dans la doctrine du droit international public plutôt une promesse que la trace d'une impasse.

I.- La nouvelle critique : esquisse

S'il est une question qui traverse la littérature du droit des gens depuis son origine, c'est bien celle des sources de ce droit, et donc de son caractère obligatoire[7]. Et s'il est, sur cette question, deux écoles qui trouvent à s'opposer, ce sont évidemment les écoles positiviste et jusnaturaliste[8]. Pour l'école positiviste[9], c'est dans le comportement des États, sujets primaires du droit des gens depuis son premier moment,

* LL.M., Harvard University. Aspirant au Fonds national de la Recherche Scientifique (F.N.R.S.)

1 J. DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, Minuit, 1967, p. 67.

2 Les textes fondateurs en la matière sont D. KENNEDY, «The Structure of Blackstone's Commentaries», (1979) 28 *Buffalo L. Rev.* 205;D. KENNEDY; «Form and Substance in Private Law Adjudication», (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1685.

3 Sur ce mouvement, voir M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; D. KAIRYS (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, 1982; R. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1983; «Symposium on Critical Legal Studies», (1984), 36 *Stan. L. Rev.* 1

4 L'article qui fait figure de manifeste à cet égard est D. KENNEDY, «Theses about International Law Discourse», (1980) 23 *G.Y.I.L.* 353. Parmi les entreprises les plus significatives qui ont suivi, signalons J. BOYLE, «Ideals and Things : International Legal Scholarship and the Prison-House of Language», (1985) 26 *Harv. I. L. J.* 327; D. KENNEDY, *Spring Break*, (1985) 63 *Texas L. Rev.* 1377; R.L. O'MEARA, «Applying the Critical Jurisprudence of International Law to the Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua», (Note), (1985) 71 *Virginia L. Rev.* 1183; P. TRIMBLE, «A Revisionist View of Customary International Law», (1986) 33 *U.C.L.A. L. Rev.* 665; D. KENNEDY, «Primitive Legal Scholarship», (1986) 27 *Harv. I.L.J.* 1; D. KENNEDY, «The Move to Institutions», (1987) 8 *Cardozo L. Rev.* 841; D. KENNEDY, A New Stream of International Legal Scholarship, (1988) 7 *Wisconsin International Law J.* 1; D. KENNEDY, «The Sources of International Law», (1987) 2 *Am. U. J. Int'l L. & Policy* 1. Quatre ouvrages doivent être rattachés au mouvement : D. KENNEDY, «*International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft», 1987; A. CARTY, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, Manchester Univ. Press, 1986; M. KOSKENIEMMI, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers Publishing Company, 1989; F. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1989.

5 *Traité instituant la Communauté économique européenne*, signé à Rome le 25 mars 1957 (1958) 298 R.T.N.U. 11.

6 C.J.C.E., 23 avril 1986, 294/83, Recueil 1986, p. 1339.

7 Voir sur l'histoire du droit des gens A. NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations* (1947); L. GROSS, «The Peace of Westphalia 1648-1948», (1948) 42 *A.J.I.L.* 20; W. SCHIFFER, «*The Legal Community of Mankind*», Westport, Conn., Greenwood Press, 1954; L.EHRLICH, The Development of International *Law as a Science*, (1962) 105 *R.C.A.D.I.* 172; J.H. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, Leyden, A. Sijthoff, 1968.

8 *Cf.* M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, 5th ed., London, Allen & Unwin, 1984, pp. 13-15.

9 Ces terme, sont bien entendu à prendre avec précaution. La description des positions en présence est schématique, pour des raisons de pédagogie et de mise en page qu'on comprendra. Ce qui est ici tenté, c'est la mise en évidence des deux pôles autour desquels viendront s'agencer l'ensemble des argumentations doctrinales, quelle que soit par ailleurs la subtilité que ces argumentations manifestent.

Revue québécoise de droit international, vol 6 no 2, pp. 120-132.
(1989-90) 6 *R.Q.D.I.* 120-132.

que serait à déceler la source «ultime» de sa normativité; pour les tenants de la thèse jusnaturaliste au contraire, c'est la communauté des États, et les règles élémentaires de comportement qui la traversent et l'autorisent à subsister comme communauté, qui fondent «en dernière instance» le droit international public[10]. Traditionnellement, la position positiviste ainsi définie est associée à Thomas Hobbes[11], et la position jusnaturaliste à Hugo Grotius[12]. Mais, comme de juste, chacune de ces figures a sa descendance[13], et n'a cessé depuis de diviser : c'est dans les mailles de cette descendance, et partant de cette division, que la critique va s'installer.

La source de la répartition de la doctrine du droit international public entre ces deux pôles est à trouver dans le concept biface de souveraineté - concept qui, depuis le Traité de Westphalie au moins[14], est fondateur de l'ensemble du droit des gens[15]. La souveraineté étatique, en effet, c'est d'abord cette qualité qui est reconnue à l'État d'être, à l'intérieur de son propre territoire, sans supérieur, d'être donc pouvoir suprême : *sans égal* - et c'est dans cette face verso de la souveraineté que trouve à se justifier, par exemple, la règle de la non-intervention dans les affaires intérieures[16]. Mais c'est aussi, et simultanément, une qualité qui est reconnue à tous les États au même titre : c'est en tant que souverains que les États sont égaux[17] et se doivent respect mutuel[18]. C'est donc sur un paradoxe que se fonde l'édifice du droit des gens tout entier[19] : c'est parce que le droit international public régit des relations entre souverains qu'il doit se construire à partir de leurs comportements et le consentement à être lié que ces comportements expriment; mais c'est en tant que droit qu'il limite la marge permissible de ces comportements, distinguant entre ce qui est tolérable de ce qui ne l'est pas.

Si la doctrine critique du droit des gens s'installe dans un au-delà par rapport aux thèses jusnaturalistes et positivistes traditionnelles, c'est parce que, en raison précisément du paradoxe inhérent au concept de souveraineté, ni le positivisme ni le jusnaturalisme ne se suffisent à eux-mêmes : au contraire, ils se fondent l'un sur l'autre et ne peuvent aligner leurs arguments qu'en renforçant en même temps ceux présentés en faveur de la thèse opposée[20]. Fonder la normativité du droit des gens sur le comportement des États souverains en tirant argument de la face recto de cette souveraineté (la souveraineté comme absence de pouvoir supérieur), en effet, n'est possible qu'au départ du présupposé que cette souveraineté s'insère dans un système qui lui confère sa légitimité et en assure le respect en le rendant compatible avec d'autres souverainetés : l'argument positiviste suppose donc au départ de ce qu'il dit (c'est parce qu'ils y ont consenti que les États se trouvent liés) le contraire même de ce qui est dit (au consentement, un système se trouve précéder qui lui permette de signifier quelque chose). Inversement, fonder la normativité du droit des gens sur des règles quasi métaphysiques rendant possible la pensée d'une communauté interétatique, c'est refuser de voir que ces règles ne sont pas données d'en haut, mais sont au contraire le produit des pratiques étatiques, qu'elles prennent la forme de traités ou de coutumes : là encore, il y a contradiction entre ce qui est dit (l'existence de règles indépendantes de comportements étatiques et critiques vis-à-vis d'elles) et ce qui est montré par ce qui est dit (la justification du caractère obligatoire des règles par référence au consentement des États liés par traité ou,

10 D. KENNEDY, *loc. cit. supra*, note 4, p. 383.

11 T. AIRAKSINEN & M. A. BERTMAN (eds.), *Hobbes : War Among Nations*, Avebury, 1989; F. KRATOCHWIL, *op. cit. supra*, note 4, p. 250; H. BULL, *The Anarchical Society*, New York, Columbia Univ. Press, 1977; H. BULL, «Hobbes and the International Anarchy», 1981 48 *Social Research*; F.C. HOOD, *The Divine Politics of Thomas Hobbes*, Oxford, Clarendon Press, 1964; VINCENT, «The Hobbesian Tradition in Twentieth Century International Thought», (1981) 10 *Millenium*.

12 Voir H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* (Du Droit de la Guerre et de la Paix)(1ère éd., Paris 1625), repris dans J.B. SCOTT (ed.), *Classics of International Law*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1925. Parmi les meilleurs commentaires sur l'oeuvre de Grotius, cf. BALOGH, «The Traditional Element in Grotius' Conception of International Law», (1929) 7 *N.Y.U.L.Q.* 261; VOLLENHOVEN, «The Framework of Grotius' Book De Jure Belli ac Pacis», dans *Verhandelingen des Kononklijke Akademie der Wetenschappen, te Amsterdam Afdeeling Letterkunde, Nieweracks*, deel 30, Nr. 4 (1931); GURVITCH, «La philosophie du droit de Hugo Grotius et la théorie moderne du droit international», (1927/3) 34 *Revue de Métaphysique et de Morale* 365. Grotius, s'il est à bien des égards un fondateur, peut lui-même être assimilé à l'école espagnole de Francisco Vitoria et Francisco Suarez, dont il partage la conviction fondamentale, qu'il existe une norme universelle du juste, y compris dans les relations entre États souverains. Voir SCOTT,«Francisco Suarez, His Philosophy of Law and of Sanctions», (1934) 22 *Georgetown L. J.* 405. Ainsi était-il, il y a trois cent cinquante ans, en faveur de la légalité de l'intervention humanitaire. Voir G. ABI-SAAB, *Grotius as a System-Builder*, dans A. Dufour, P. Haggenmacher et J. Toman (eds.) *Grotius et l'ordre juridique international. Travaux du colloque Hogo Grotiuss*, Genève, 10-11 novembre 1983, Lausanne, Payot 1985, p. 81. Curieusement, Grotius se trouve décrit comme ayant réalisé une synthèse entre l'«idéalisme utopien» et le «réalisme machiavellien».

13 Pour le pôle hobbien, *cf.* H. MORGENTHAU, *Politics Among Nations*, New York, Knopf, 1948, et R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Lévy, 1962. Cf. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1955. La doctrine soviétique du droit international peut être caractérisée comme se rattachant à la logique hobbienne : au départ du droit, il n'y a que des souverainetés, et l'idée d'un droit de la communauté internationale n'est qu'un paravent pour la propagation de l'idéologie capitaliste. Cf. G. TUNKIN, «Cours général de droit international public», (1975) 148 *R.C.A.D.I.* ; S. KRYLOV, *Les notions principales du droit des gens.* «La doctrine soviétique du droit international», (1947) 170 *R.C.A.D.I.* Pour le pôle grotien, voir *infra* les références à GIULIANO, SPERDUTI, et MURPHY.

14 Mais déjà chez les premiers penseurs du droit international public, cf.D. KENNEDY, *loc. cit. supra*, note 4.

15 B. GILSON, *The Conceptual System of Sovereign Equality*, Leven, Peters, 1984, pp. 53-67; M. AKEHURST, *op. cit. supra*, note 8, pp. 15-16; A. JAMES, *Sovereign Statehood : The Basis of International Society*, London, Allen and Unwin, 1986.

16 *Cf. Charte des Nations Unies*, Doc off, art. 2, par. 7.

17 *Cf. Charte des Nations Unies*, Doc off, art. 2, par. 1.

18 D. KENNEDY, *op. cit. supra*, note 4, p. 368; R.L. O'MEARA, *loc. cit. supra*, note 4, p. 1186; B. GILSON, *op. cit. supra*, note 15, pp. 53-67.

19 Cf. Ch. CHAUMONT, «Cours général de droit international public», (1970) 129 *R.C.A.D.I.* 333 (les notions de coopération et de souveraineté s'opposant, l'auteur y voit une des antinomies constitutives de l'ordre juridique international : il en conclut à la primauté de l'intérêt national, et n'admet la coopération que de manière strictement limitée).

20 On reconnaît ici l'importation du concept de «trace», forgé par Jacques Derrida pour caractériser le supplément de sens que, dans un système de différences comme celui du langage dans la théorie structuraliste, chaque élément reçoit de son opposé. *Cf.* J. DERRIDA, *Marges de la philosophie*, Paris, Minuit, 1972, p. 25 :

«La trace n'étant pas une présence mais le simulacre d'une présence qui se disloque, se déplace, se renvoie, n'a proprement pas lieu, l'effacement appartient à sa structure [...]. [Le texte métaphysique] doit avoir gardé la marque de ce qu'il a perdu ou réservé, mis de côté. Le paradoxe d'une telle structure, c'est, dans le langage de la métaphysique, cette inversion du concept métaphysique qui produit l'effet suivant : le présent devient le signe du signe, la trace de la trace.»

Pour la critique CLS du droit international, la métaphysique est toute tentative d'argumentation rationnelle qui puise ses thèmes dans les fonds positivistes ou jusnaturalistes, et la «trace» est la capacité transformative inhérente à tout argument déployé dans la rhétorique du droit des gens, sur laquelle on reviendra.

dans le cas de la coutume[21], par renvoi à la pratique historique des États accompagnée d'*opinio juris*).

Exactement comme la notion de souveraineté est biface, indivisiblement absence de pouvoir supérieur (face interne) et égalité d'entités souveraines (face externe), une théorie positiviste de la normativité suppose comme son supplément nécessaire son opposé jusnaturaliste[22], et réciproquement[23]. Le triomphe positiviste dans la théorie contemporaine du droit international public est donc à considérer comme un simple redéploiement, en un vocabulaire nouveau, de la compétition traditionnelle entre positivisme et jusnaturalisme. De façon symptomatique d'ailleurs, une des marques les plus évidentes de ce triomphe est l'énumération que fait des sources du droit international public l'article 38 du Statut de la Cour international de Justice : les deux premières sources mentionnées, les traités et la coutume internationale, sont d'essence consensualiste, puisqu'elles sont déduites du comportement des États. Encore est-il facile de renverser cette présomption, en vertu même des enseignements de la doctrine critique : si les traités sont normatifs, c'est par l'existence de la règle *pacta sunt servanda* (reprise à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce qui ne fait que perpétuer la circularité) située en amont du consentement à être lié qu'exprime la conclusion d'un traité par un État souverain[24]; si la coutume lie, c'est parce que la communauté interétatique lui reconnaît cette qualité de lier, une qualité donc *a priori* indépendante des comportements atomistiques d'États livrés à eux-mêmes et qui produisent les pratiques dont la récurrence permet de conclure à l'émergence de la coutume. Bien entendu, les règles de *pacta sunt servanda* et de formation de la coutume sont elles-mêmes, en dépit de leur apparence supraétatique, le produit des comportements des États[25] : la régression est infinie, et toute prétention à déceler une essence dans le droit international est donc à comprendre comme une suspension, à un moment arbitrairement choisi, de cette archéologie de la normativité. Positivisme et jusnaturalisme, en position de supplémentarité nécessaire, sont les faces opposées d'une même feuille : ce n'est pas en se raffinant - en réduisant à son minimum l'épaisseur de la feuille - qu'une des deux positions l'emportera.

L'évangile positiviste se nie dès qu'il s'énonce, et ne peut se fonder que par l'importation de son contraire. Mais l'inverse est, bien entendu, vrai également : toute tentative d'effectuer un retour non naïf sur la doctrine jusnaturaliste classique s'expose à faire l'objet d'une lecture qui ne verra en elle rien d'autre que l'expression d'intérêts particuliers. Un exemple[26] nous en est fourni par l'école dite «de New Haven», inaugurée à Yale par les professeurs McDougal et Lasswell en réaction aux excès de la théorie positiviste et qui se donne pour but de fonder le droit international public sur certaines valeurs communes de l'humanité, en particulier celle de dignité humaine[27] : à l'examen, ces valeurs «communes» se révèlent être celles des démocraties constitutionnelles occidentales, et il est facile d'opposer à la perspective de Yale l'argument d'une incommensurabilité radicale entre les cultures rendant illusoire l'idéal de l'établissement d'un ordre juridique commun[28]. L'épisode est d'autant plus symptomatique que l'école McDougal reprochait précisément aux gouvernements occidentaux de s'opposer à l'expansion du marxisme-léninisme par l'invocation naïve des règles et principes de droit international qu'ils considéraient comme universels, mais dont en réalité l'effectivité était limitée à un

21 *Cf.* F. KRATOCHWIL, *op. cit. supra*, note 4, pp. 200-205.

22 *Cf.* H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, (pour lequel le droit international se reconnaît à la possibilité dans laquelle se trouvent les États d'appliquer des sanctions coercitives obligeant à son respect (p. 18) - pour échapper à la circularité qui consisterait à avaliser cette possibilité d'intervention contraignante de l'État sans la position d'un critère extérieur de légalité, Kelsen postule une «norme fondamentale», à savoir «l'hypothèse que la coutume internationale est un fait créateur de droit» (p. 314)). Voir J. BOYLE, *op. cit. supra*, note 4, p. 18. On retrouve un trajet similaire chez D'AMATO, *International Law : Process and Prospect*, Dobbs Ferry : Transnational Publishers, 1987, dans lequel l'auteur affirme que le premier et seul mécanisme universel de contrainte en droit international est la rétorsion, y compris par le recours à la force armée lorsque le comportement d'un État menace sérieusement les valeurs individuelles ou collectives essentielles. Mais quelles sont ces valeurs, qui distingueraient la rétorsion de l'agression? Comment justifier, sinon par un jusnaturalisme utopique, l'action israélienne contre la centrale nucléaire irakienne (pp. 79-83), même contre compensation versée aux Irakiens (pp. 83-87)? La doctrine soviétique, enfin, offre un troisième exemple de ce phénomène : partant de l'idée positiviste d'un droit produit par les volontés étatiques, Tunkin en arrive malgré tout à réaffirmer l'existence de droit international en tant que distinct de ces volontés autonomes comme «produit de la volonté coordinatrice des États» dans la solution de problèmes précisément localisés. Voir G. TUNKIN, *loc. cit. supra*, note 13 : s'inspirant de la «nouvelle pensée Gorbatchev», N.B. Kryvlov a récemment développé ce point de vue dans une perspective résolument utopienne. Cf. N.B. KRYVLOV, *Pravotvorcheskaia deiatel'nost' mezhdunarodnykh oraganizatsii (L'activité créatrice de droit des organisations internationales)* Moscou, Nauka, 1988.

23 Voir *infra* ce qui est dit de l'école dite «de New Haven». Peut également être mise en exergue à titre de symptôme l'oeuvre de C.F. MURPHY, *The Search for World Order : A Study of Thought and Action*, Boston, Martinus Nijhoff Publ., 1985. Cornelius Murphy parcourt l'histoire de la doctrine du droit international public, passant en revue aussi bien Grotius, Pufendorf, Vattel et Kant que Blutschli et Lorimer : au terme du parcours, il est conduit à rechercher dans l'existence d'intérêts étatiques récurrents (sécurité, coopération, défense mutuelle) la preuve de l'existence d'une «société internationale» des nations, c'est-à-dire bâtir sa position utopienne sur une hypothèse positiviste qui en est le contraire. Au demeurant, ses conclusions ne découlent nullement de ses présupposés, *cf.* F. KRATOCHWIL, «Book Review», (1987) 81 *A.J.I.L.* 780.

24 À moins qu'elle ne se confonde avec lui, comme lorsque l'on essaie d'expliquer le traité comme «coutume instantanée». Voir A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1971, pp. 103-166; D'AMATO, *op. cit. supra*, note 22, chap. 6; *contra* M. AKEHURST, «Custom as a Source of International Law», (1974-1975) 47 B.Y.I.L. 1.

25 I. LUKASHUK, «The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law», (1989) 83 *A.J.I.L.* 513.

26 Voir aussi J.A. MIKUS, *Beyond Deterrence : From Power Politics to World Public Order*, New York, Peter Lang, 1988. Plaidant en faveur d'une «autorité mondiale» à partir du Conseil de sécurité des Nations Unies et pour une restauration de l'idée d'un droit des gens contraignant contre les comportements strictement politiques); ou G. SCELLE, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944, pp. 19-20 : «Les rapports entre particuliers sont l'essence de la communauté internationale», qui résulte donc «non pas de la coexistence, de la juxtaposition des États, mais au contraire de l'interpénétration des peuples par le commerce international».

27 *Cf.* McDOUGAL & LASSWELL, «The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», (1959) 53 *A.J.I.L.* 1 (où les auteurs proposent un nouvel ordre mondial fondé sur le concept de dignité humaine qui nous sauverait de l'holocauste nucléaire et garantirait le respect des valeurs démocratiques); McDOUGAL, *International Law, Power and Policy : A Contemporary Conception*, Leyden, Sijthoff, 1954; McDOUGAL & W. REISMAN (eds.), *International Law Essays : A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, Mineola, NY, Foundation Press, 1981; TIPSON, «The Lasswell-McDougal Enterprise : Toward a World Public Order of Human Dignity», (1974) 40 *Virginia J.I.L.* 535; L.-C. CHEN, *An Introduction to Contemporary International Law : A Policy-Oriented Perspective*, New Haven, Yale Univ. Press, 1989, pp. ix-x.

28 B. BOZEMAN, *An Introduction to Various Cultural Traditions of International Law - A Preliminary Assessment*, dans The Hague Academy of International Law, *The Future of International Law in a Multicultural World*, Boston, Hingham, 1984, p. 85; G. DORSEY, «The McDougal-Lasswell Proposal to Build a World Public Order», (1988) 82 *A.J.I.L.* 41.

seul groupe de pays, les démocraties occidentales. Cela illustre encore, si besoin était, que l'utopie jusnaturaliste ne se suffit pas à elle-même : soit que, comme nous avons vu qu'elle avait besoin de le faire, elle se fonde sur son contraire positiviste pour se justifier, soit qu'elle trouve en lui ses supports idéologiques tacites ou explicites[29].

Cette interdépendance des deux pôles positiviste et jusnaturaliste en présence apparaît indépassable, et condamnée à se reproduire à l'infini dans l'ensemble des doctrines du droit des gens. En effet, l'on ne peut prendre comme critère de normativité le seul comportement des États, sans tomber dans un historicisme qui interdirait à l'interprète du droit international de porter un jugement quel qu'il soit sur les événements de la vie interétatique : la perspective positiviste n'est donc acceptable qu'à la condition d'être suppléée par un certain jusnaturalisme (comment en effet critiquer, sinon à partir d'une instance neutre?)[30]. Identiquement, dégager certaines normes fondamentales du droit des gens, à partir desquelles précisément une critique des comportements étatiques serait possible, cela n'est envisageable qu'à partir de ces comportements, et au départ de leur observation *a priori* non préjugée (qu'est préjuger en effet, sinon retomber dans les illusions des théologiens espagnols?)[31-32].

À chaque niveau du discours du droit international public, dans chaque «couche» géologique de ses raisonnements, cette bipolarité va laisser son empreinte : il en ira ainsi tant que le droit des gens restera fondé sur le concept biface de souveraineté[33]. Ainsi, chaque question du droit des gens connaît deux réponses au moins, auxquelles s'ajoutent toute une gamme de solutions intermédiaires. Deux brefs exemples l'illustrent. La coutume internationale lie-t-elle l'État qui a manifesté de façon constante son opposition à ce qu'elle devienne règle de droit? Oui, si l'on se réfère à la simple définition de la coutume comme règle de droit contraignante venant limiter la marge de la souveraineté interne de l'État en vertu des exigences de la coexistence interétatique (face externe de la souveraineté); non, si l'on s'appuie sur le processus de formation de la coutume et sur le principe d'après lequel une entité souveraine ne peut être liée contre son gré (face interne de la souveraineté). La compétence des tribunaux internes d'un État s'étend-elle aux actes d'un État étranger? Oui, à condition de distinguer des actes «commerciaux» du gouvernement défendeur (dont un tribunal étranger pourrait connaître en vertu des exigences de la communauté interétatique : face externe de la souveraineté, idée de la communauté internationale composée d'égaux) ses actes «de gouvernement», ces derniers étant immunisés (en vertu du principe, déduit de la face interne de la souveraineté, qu'un État ne connaît pas de supérieur)[34]. Le premier exemple illustre la possibilité de deux réponses contradictoires apportées à une même question, le second montre la nécessité dans laquelle s'est parfois trouvée la doctrine du droit international d'élaborer des solutions de compromis. Mais même le compromis le plus subtil entre les exigences contraires qu'imposent les deux faces de la souveraineté, à défaut d'offrir la possibilité de construire une théorie du droit des gens cohérente (théorie qui rendrait compte à la fois du caractère obligatoire pour les États du droit des gens et de la qualité qu'il a d'être fondé sur le consentement d'États souverains), ne masque qu'avec difficulté son caractère arbitraire et construit[35].

Il y a davantage que cette similitude de structure - une structure de type binaire, fondée sur la dualité de la notion de souveraineté - que présentent l'ensemble des controverses en droit des gens, et l'importation de cette structure dans les solutions qui se présentent comme étant de «compromis». En effet, une seconde remarque qu'il s'impose de faire ici, est que

29 Ce qu'illustre bien, au niveau de la théorie des sources, ces lignes de David Kennedy commentant l'interdépendance entre arguments «hard» ou «durs» (partant du principe de la souveraineté interne de l'État) et arguments «soft» ou «mous» (prenant au contraire leur origine dans l'aspect externe de la souveraineté de l'État, réinscrit dans la communauté interétatique) :

«Although one cannot make both sets of arguments together, the proponent of a given norm must continually switch from one rhetoric to the other. When pressed, the hard defender of a norm can be forced to concede that the norm can only be binding if it is soft. Likewise, the defender of a soft norm can be forced to defend his norm in hard terms. Because neither set of arguments can be convincing by itself and neither can trump the other, argument can be convincing by itself and neither can trump the other, argument within this structure could go on endlessly without resolution»(D. KENNEDY, *op. cit. supra* , note 4, p. 31).

30 Cette question est qualifiée de question de la «légitimité normative», *cf.* D. KENNEDY, *Theses about International Law Discourse*, *loc. cit. supra*, note 4, p. 383. Voir également R. AGO, «Droit positif et droit international», 1957, *A.F.D.I.* 14-62 (qui critique le dogmatisme positiviste en affirmant : «la présence, dans tout ordre juridique, de règles dont l'existence ne paraît pas due à une manifestation de volonté des États» - mais propose comme critère de l'existence d'une règle juridique une induction «à partir d'une série convaincante de manifestations extérieures», celles-ci traduisant «la conscience des membres de la société» : Ago, comme Kelsen de façon diamétralement opposée, n'échappe pas au cercle vicieux du positivisme qui est la cible même de son attaque).

31 Cette question est celle de la «source normative», cf. D. KENNEDY, *loc. cit. supra*, note 4, p. 383.

32 Le cercle vicieux paraît indépassable pour qui veut préserver au droit international son caractère de droit. Évidemment, l'on *peut à la fois* reconnaître la primauté de l'intérêt égoïste des États dans la vie internationale *et* l'utilité du droit international public comme discours permettant à l'observateur de formuler une opinion sur des comportements qui sont la traduction de ces intérêts : cela revient à abandonner la tentative même d'expliquer la normativité du droit des gens. *Cf.* A. CASSESE, *Violence and Law in the Modern Age*, Princeton, NY, Princeton Univ. Press, 1988.

33 R.L. O'MEARA, *loc. cit. supra*, note 4, p. 1188. Remarquons cependant que, même si ce devait ne plus être le cas, par exemple à la suite d'un sursaut institutionnel conduisant à l'instauration d'une autorité internationale de type gouvernemental, le droit des gens continuerait de devoir répondre aux deux exigences contradictoires de «concrétude» (le droit doit tenir compte des intérêts de ceux qu'il lie) et de «normativité»(mais il doit contraindre parfois contre ces intérêts) qui sont ceux de l'ordre juridique de toute structure politique libérale. Voir M. KOSKENIEMMI, *op. cit. supra*, note 4, p. 6. Ou bien cette exigence de «concrétude» serait-elle spécifique à l'ordre juridique dépourvu de sanction obligatoire?

34 I. BROWNLIE, *Principles of International Law*, Oxford, 3e éd. Clarendon Press, 1979, pp. 330-332.

35 Au nom de quoi, en effet, importerait-il de savoir si l'acte du gouvernement étranger est un acte commercial ou un acte de souveraineté? Ni l'acte commercial ni l'acte de souveraineté ne connaissent de définition propre, à contenu positif : ils n'ont sens qu'en regard l'un de l'autre, dans la relation de différence qu'ils entretiennent. Voir F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1978, p. 120; J. CULLER, *On Deconstruction : Theory and Criticism After Structuralism*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1982, p. 96; J. DERRIDA, *De la grammatologie*, *op. cit. supra*, note 1; J. DERRIDA, «Limited Inc abc....» (1977) 2 *Glyph* 162. Le langage, y compris le langage juridique, ne (re) présente rien de préexistant à lui : il crée les catégories qu'il prétend découvrir, et c'est seulement par habitude que nous avons tendance à naturaliser ce qu'il construit comme artifice. Voir P. GABEL, «Reification in Legal Reasoning», (1982) 3 *Research in Law and Society* 27. Or, dès que la nécessité d'une justification de la catégorisation langagière est comprise, le caractère arbitraire et donc idéologique de cette catégorisation apparaît en pleine lumière. Par cet aspect de leur critique du discours du droit international public, les CLS héritent de la tradition réaliste américaine, *cf.* par exemple COHEN, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», (1935) 35 *Col. L. Rev.* 809.

l'argument en droit international public présente une capacité de tranformation interne, qui est à la fois capacité de *mutation* et capacité de *métamorphose*. *Mutation* d'abord : même si l'on s'en tient au seul niveau de discours auquel se rattache en premier lieu l'argument, chacun des pôles renvoie à l'autre, l'apparente contradiction entre eux pouvant dès lors se lire comme la trace d'une dialectique infinie[36]; *métamorphose* ensuite : la transposition du débat à un niveau autre du discours doctrinal s'opère par la réintroduction de la contradiction fondamentale du droit des gens, celle-ci est donc inexpugnable. Se trouvent condamnées toutes les tentatives de dépasser la contradiction entre les deux faces de la souveraineté, que ces tentatives prennent la forme d'une relocalisation du débat à un niveau plus abstrait d'analyse, ou qu'elles se manifestent par le phantasme de privilégier, une fois pour toutes, un des pôles en présence sur son contraire. La schizophrénie est dans la rhétorique du droit des gens, c'est elle qui la constitue : sauf à se résigner au silence, on ne peut s'évader de sa prison de mots.

Un schéma permet de représenter la structure du discours tel que décrit par les *Critical Legal Studies*[37]. Si l'on distingue d'une part deux pôles (consentement - non-consentement) correspondant aux deux faces de la souveraineté (le consentement de l'État correspondant à sa souveraineté «interne» entendue comme absence de pouvoir supérieur, le non-consentement à un droit international qui lie l'État correspondant à sa souveraineté «externe» comprise comme égalité par rapport à d'autres souverains), et, d'autre part, trois niveaux d'analyse (le nombre de ces niveaux pouvant être, suivant le degré de raffinement de la déconstruction, plus ou moins grand), l'on obtient :

	consentement	non-consentement
	mutation	
Niveau 1 (théorie du droit)	souveraineté interne	souveraineté externe
	métamorphose	
Niveau 2 (doctrine juridique)	A1	A2
Niveau 3 (question posée au juge)	B1	B2

Les passages d'un pôle à l'autre (passage de B1 à B2 par exemple : *mutation* du pôle consentement au pôle non-consentement), comme d'un niveau d'analyse à l'autre (passage de la question concrète posée à un niveau doctrinal plus abstrait, remontée à la théorie du droit : *métamorphose* d'un discours juridique qui reste enfermé dans sa contradiction de base), ne permettent pas d'échapper à la dichotomie qui caractérise l'ensemble de l'argumentation juridique en droit des gens[38]. Pour l'illustrer, prenons l'exemple d'un juge de l'ordre juridique interne auquel il est demandé de faire application de la doctrine de l'acte de gouvernement là où un étranger réclame indemnisation de la mesure d'expropriation dont il a été victime, cette mesure d'expropriation étant le fait d'un État dont le demandeur se trouve avoir la nationalité[39]. D'emblée, dans cette demande qui lui est faite, une tension se manifeste entre les pôles de souveraineté interne (souveraineté comme absence de pouvoir supérieur : en vertu de cette face de la souveraineté, un État peut décider que ses tribunaux sont compétents pour connaître des demandes en indemnisation introduites par des étrangers sur son territoire) et de souveraineté externe (souveraineté comme dimension d'égalité entre États : en vertu de cette face au contraire, il serait du devoir de l'État dont les tribunaux sont saisis de déférer à l'exercice de sa souveraineté par l'État expropriant dont le national réclame indemnisation). Bien sûr, pour résoudre cette contradiction au moins apparente, on peut être tenté de remonter au niveau plus abstrait du fondement normatif de la doctrine invoquée, c'est-à-dire au niveau de la théorie de la souveraineté plus adéquate et à laquelle il faudrait donc accorder priorité. Mais cette remontée du niveau analytique doctrinal au niveau de la théorie du droit n'élimine pas la contradiction : elle la répète. C'est en effet parce que le système de la société interétatique lui en reconnaît le droit que l'État du for peut prétendre exercer sa souveraineté interne : ne faut-il pas, en conséquence, subordonner l'exercice de cette souveraineté interne aux intérêts de la communauté interétatique lorsque ces deux valeurs entrent en conflit? Réciproquement, si la règle de l'égalité entre États - une égalité qui résulte de leur souveraineté externe, une souveraineté qui en fait des égaux au regard du droit international - impose à ces États de respecter le voeu qu'ils expriment par leurs comportements, y compris lorsque ces comportements prennent la forme de l'expropriation, ne faut-il pas admettre que l'exercice de la compétence juridictionnelle sur le territoire du for mérite lui aussi, pas moins que l'acte d'expropriation qu'il nie, qu'on le respecte en tant que manifestation de la souveraineté étatique?

Récapitulons : à quelque niveau d'analyse qu'on se place, les concepts de souveraineté interne (décelant dans le consentement des États la première source de normativité) et de souveraineté externe (renvoyant au contraire aux règles

36 D. KENNEDY, *loc. cit. supra*, note 4, pp. 364-365.

37 À vrai dire, David Kennedy préférerait sans doute que l'on distingue les niveaux de la théorie d'une part, de la pratique de l'autre, cette pratique se subdivisant en discours sur la substance (le contenu des règles), le procès («ßprocess» : acteurs et compétences dans le jeu du droit international), et les sources (y compris la justification de leur hiérarchisation). Le schéma présenté ici est fidèle au type d'approche envisagé par les CLS; il ne prétend pas reproduire identiquement cette approche.

38 Ainsi que ce schéma l'illustre, la critique contemporaine du droit international public met en lumière cette dichotomie par la pratique généalogique d'une part (remontée aux fondements plus abstraits des doctrines concrètes), déconstructionniste de l'autre (examen des conditions de possibilité du discours, qui renvoie horizontalement au pôle opposé). La généalogie est associée à l'oeuvre de Michel Foucault, la déconstruction à celle de Jacques Derrida. Voir M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969; J. DERRIDA, *op. cit. supra*, note 1. Martti Koskeniemmi appelle sa méthode l'«analyse régressive»; voir *op. cit. supra*, note 4, p. xvii, et place son travail dans la descendance structuraliste et déconstructionniste : son but est cependant de mettre à jour la structure enfouie de l'argument en droit public international, et donc de fournir les outils d'une critique de la rhétorique du droit des gens. Par là, il est plus proche de Foucault que de Derrida.

39 Voir sur cette question HENKIN, «Act of State Today : Recollections in Tranquillity», (1967) 6 *Col. J. Trans. L.* 175; C.K. CHOW, «Rethinking the Act of State Doctrine : An Analysis in Terms of Jurispdiction to Prescribe», (1987) 62 *Washington L. Rev.* 397; F.L. KIRGIS (Jr), «Understanding the Act of State Doctrine's Effect», (1988) 82 *A.J.I.L.* 58.

communes de la société interétatique pour source de normativité) s'opposent[40]. N'ayant pas de contenu positif par eux-mêmes, ne valant que par les relations de différence (donc de déférence mutuelle, de renvoi de l'un à l'autre dans un jeu de miroirs infinis) qu'ils entretiennent, ils ne peuvent à aucun moment être départagés par l'arbitrage d'un principe fondationnel unique. Un tel principe fondationnel, en effet, ne saurait prendre que trois formes : celle d'un principe apologétique, celle d'un principe utopien, celle enfin d'un compromis instable entre ces deux extrêmes de l'apologie et de l'utopie[41]. Un principe apologétique verrait dans le consentement des États à être liés la source ultime du caractère contraignant du droit des gens, et se bâtirait donc à partir d'un subjectivisme radical : mais, à lui seul, c'est-à-dire sans l'importation en son sein d'un degré au moins minimum d'objectivisme[42], il se heurte à la question, examinée ci-dessus, de la «légitimité normative» : si le comportement des États est seul constitutif d'obligatoriété, comment justifier qu'une condamnation de ce comportement quel qu'il soit puisse se fonder[43]? Un principe utopique se heurte évidemment au problème inverse de la «source normative» : d'où déduire les normes supra-étatiques régissant la société internationale[44], sinon précisément sur les pratiques étatiques, donc sur un certain subjectivisme[45]?

Reste bien entendu la troisième possibilité : celle d'une théorie du droit international public qui opère un compromis entre l'apologie subjectiviste et l'utopie objectiviste. C'est ici qu'il faut situer par exemple la tentative d'un de Vattel[46], qui introduisit la conception de «loi volontaire» comme règle de droit international préexistante au comportement des États mais que ces États interprètent et modifient afin de l'adapter à leur propre situation historique : la «loi volontaire» est donc du droit naturel indexé à la pratique étatique - en tant que droit naturel, il n'est pas apologétique; en tant qu'indexé, il n'est pas utopien. Mais échappe-t-il pour autant à la critique? La théorie du droit de de Vattel, en réalité, ne fait qu'introduire une troisième branche au dilemme devant lequel se trouve placée toute théorie du droit international public. Les branches de ce dilemme sont celles de l'apologie, de l'utopie et du vide : en effet, le théoricien qui veut *à la fois* fonder sur la pratique étatique la normativité du droit international public *et* préserver à celui-ci une capacité critique de cette pratique sur laquelle il se fonde, qui veut donc échapper *en même temps* à l'apologie et à l'utopie, se trouve obligé de formuler une théorie assez vague pour rassembler autour d'elle un certain consensus, si bien qu'on peut la dire vide au sens d'insignifiante. Mais vide, ou insignifiante, comment, et en quoi cela importe-t-il? Dès sa mise en application, une théorie de ce type (prétendant surmonter la bipolarité apologie-utopie) est obligée de choisir son camp : en tranchant en faveur de l'une ou de l'autre des thèses en présence, elle se précisera (s'emplira de contenu) et cessera d'apparaître comme le compromis qu'elle se prétendait être[47]. Tout contenu en droit international public est donc contenu divisé ou contradictoire : les théories qui ne veulent rien dire de précis, seules, surmontent cette difficulté, et cela seulement tant qu'elles restent muettes sur les conséquences de leur mise en oeuvre[48]. Il paraît donc difficile d'échapper au diagnostic des CLS : la forme déductiviste du raisonnement juridique perpétue la dichotomie de la notion de souveraineté jusque dans les doctrines les plus particularisées[49], le raisonnement par analogie la transporte dans des domaines nouveaux du droit

40 Pour un autre exemple de ce phénomène, voir l'analyse que fait David Bederman de la compétition entre les doctrines *pacta sunt servanda et rebus sic standibus*, répercutées respectivement par les articles 26 et 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir D. BEDERMAN, «The 1871 London Declaration, Rebus sic Standibus and a Primitivist View of the Law of Nations», (1988) 82 *A.J.I.L.* 1. Quoique Bederman se montre sceptique vis-à-vis de l'approche CLS du droit international, les difficultés qu'il éprouve à justifier la compatibilité des deux doctrines mentionnées nous paraissent témoigner mieux que tout discours de la pertinence de cette même approche.

41 Ce vocabulaire est celui adopté par M. KOSKENNIEMI, *op. cit. supra*, note 4, qui se place dans la filiation directe de David Kennedy.

42 La rhétorique subjectiviste du droit international public prend appui pour justifier ses positions sur la dimension interne de la souveraineté étatique; la rhétorique objectiviste, au contraire, se fonde sur la solidarité interétatique, et la face externe de la souveraineté qui lui correspond. Voir M. KOSKENIEMMI, *The Hobbesian Structure of International Legal Discourse*, dans T. ARAIKSEN & M. A BERTMAN (eds.) *op. cit. supra*, note 11, pp. 168 et ss. Cette distinction reproduit fidèlement celle qu'a introduite D. Kennedy entre les arguments de type «dur» (obligatoriété fondée sur le consentement) et les arguments de type «mou» (obligatoriété fondée sur une notion extra consensuelle du Juste ou du Bien). *Cf.* D. KENNEDY, *op. cit. supra*, note 4, p. 29 (où il est détaillé pourquoi tout argument de type «dur» contient un noyau «mou» et inversement : par là, il n'est pas d'argument en droit international public qui ne montre pas le contraire de ce qu'il dit, se déconstruise en s'énonçant).

43 Au XIXe siècle, ce type de raisonnement a conduit, selon David Kennedy, à une doctrine de type «observationnel» en droit des gens. Voir D. KENNEDY, *id.*, p. 33, p. 36, référant à J. MOSER, *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts in Friedenszeiten* (1763).

44 Voir GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padone, 1950, rééd. 1960 (la «volonté collective» non contractuelle des États comme source autonome du droit); SPERDUTI, «Il primato del diritto internazionale nel sistema del diritto interno», (1978) *Rivista di diritto internazionale*, 207 (la «conscience publique universelle» justifiant la primauté du droit international sur le droit interne).

45 Ce qui fait écrire à David Kennedy :

«Doctrines are not defined by chosing between the hard and the soft. In fact, doctrines can only be produced if the extremes of hard and soft argumentation can be avoided. Neither alone could sustain doctrines of normative authority. Because these arguments may always be elaborated into conflicting and exclusive global visions, doctrines must include them both by limiting each so as to render them compatible. Without this careful limitation of extreme visions of hard and soft, doctrines are in constant danger of dissolution » (D. KENNEDY), *op. cit. supra*, note 4, pp. 32-33).

46 E. de VATTEL, *Droit des gens ou principes de la Loi Naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758,§§ 7 -21. *Cf.* sur de Vattel P.E. CORBETT, *Law and Society in the Relations Between States*, New York, Harcourt, 1951, pp. 30-31; H. WHEATON, *Elements of International Law*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1936, p. 310.

47 Cela, que la question à trancher soit celle de la légalité d'un comportement étatique ou de la qualité d'une décision rendue par le juge. Dans ce dernier cas, dans l'hypothèse où le juge condamne l'État et fait donc primer le pôle «solidarité» sur le pôle «souveraineté interne», ou bien le théoricien du droit approuve, ou bien il regrette : dans les deux cas il se démasque, et doit reconnaître le caractère partisan de sa théorie.

48 L'histoire des tentatives de compromis entre apologie et utopie est longue et n'est pas près de s'achever. Voir W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens and Sons, 1964 (distinguant les niveaux de pouvoir étatique, de coexistence et de coopération dans les relations internationales, comprenant un approfondissement progressif du pôle «solidarité» au détriment du pôle «souveraineté»); P. REUTER, «Cours général de droit international public», (1961) 103 *R.C.A.D.I.*, (suivant cette analyse tripartite, quoique différente puisque distinguant entre États souverains, coopération interétatique, et création d'organisations internationales institutionnalisant cette coopération); A. CASSESE, *op. cit. supra*, note 32, partage cette dernière conception lorsqu'il constate un déplacement de la notion d'«égalité souveraine» à celle de «justice» dans l'évolution du droit international public (p. 397).

49 D. KENNEDY, «Book Review», (1980) 21 *Harv. I. L. J.* 301, p. 310.

des gens[50]. L'ensemble de l'argumentation juridique s'en trouve contaminé. Par conséquent, il n'est jamais de solution «vraie» ou de réponse «correcte» : l'argument qui convainc ne saurait être dit plus convaincant parce que plus «juste» qu'un autre argument opposé, il n'a que le mérite d'être idéologiquement plus acceptable[51]. En effet, toute tentative de justifier une prise de position oblige celui qui l'affirme à reconnaître son inadéquation : il n'aura en effet pour seule possibilité que de fonder un argument sur un autre, qui peut nécessairement soutenir avec autant de force persuasive - sinon avec autant de séduction idéologique ou d'appel au «sens commun» - une déduction diamétralement inverse.

On l'aura deviné, cette déconstruction du droit des gens rend extrêmement problématique le phantasme de la doctrine à déceler l'«essence» du droit, c'est-à-dire à le «naturaliser», ou encore : à le «réifier» en le considérant comme une chose figée et objective, bref quelque chose dont on puisse parler. La «réification», en ce sens, définie comme l'oubli ou la mise à l'écart du caractère artificiel de ce qui est réifié[52], trouve sa manifestation dans la prétention de la théorie du droit à décrire ce qu'«est» le droit et comment arriver à en déduire, à partir donc des principes premiers de la théorie, les règles les plus localisées. Cette réification, en tant qu'elle se condamne à déceler l'essence du droit international public soit dans le consentement des États, soit dans un corps de règles s'imposant à ces comportements, soit encore dans un savant dosage de ces deux idées contradictoires en une construction doctrinale voulant échapper aux apories des deux premières solutions polaires, est condamnée à échouer. Le droit international ne peut pas plus se dire qu'il ne peut se connaître : tout au plus peut-on en constater l'émergence[53], et qu'il y a toujours autre chose à dire sur lui que ce qu'il nous dit lui-même.

II.- Les *Critical Legal Studies* et la Cour de Luxembourg

Cette deuxième partie s'interroge sur les avenues qu'offre la nouvelle critique CLS du droit international public pour la compréhension traditionnelle du droit communautaire et sa pratique quotidienne : il s'agit donc ici de la mise en oeuvre d'une méthodologie - méthodologie décrite succintement ci-dessus *a priori*, mais qui ne trouve son sens que dans l'application qui en est faite[54]. Cette mise en oeuvre, ici, consiste à rappeler brièvement quels sont les principes interprétatifs utilisés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans la lecture qu'elle fait du Traité de Rome; à insérer ces principes dans une structure ressemblant à celle décrite plus haut; enfin, à illustrer à partir d'un exemple concret - celui de l'arrêt rendu par la Cour le 23 avril 1986 dans l'affaire *«Les Verts- Parti écologiste» c. Parlement européen* - comment cette structure trouve à se manifester.

A- Les principes d'interprétation

Les principes d'interprétation dont fait emploi la Cour de Luxembourg se laissent aisément inventorier[55]. L'inventaire ici dressé est sommaire, cela pour deux raisons : d'abord à cause de l'abondance de la doctrine existant à ce sujet, qui rendrait à certains égards superflue toute entreprise d'énumération des principes interprétatifs utilisés par la Cour de justice des Communautés européennes plus ambitieuse que celle proposée ici; ensuite, parce que le *contenu* de ces principes et les circonstances de leur *émergence* dans la jurisprudence de Luxembourg nous paraissent moins intéressants que leurs *conditions de possibilité*, et les apories auxquels ils se trouvent condamnés dès qu'ils tentent de se justifier. On se contente donc ici de rappeler brièvement au lecteur de quels principes il s'agit, l'essentiel étant de comprendre qu'aucun de ces principes n'est auto-suffisant, et que, même opposés les uns aux autres, ils sont en position de supplémentarité mutuelle et ne peuvent par conséquent se passer de ce qui en apparence constitue leur négation.

50 D. KENNEDY, «Book Review», (1980) 21 *Harv. I. L. J.* 301, p. 311.

51 En cela aussi, par la mise en cause de la frontière entre le droit et la politique, ou de la neutralité et de l'idéologie, la critique du droit international est fidèle à son héritage CLS. *Cf.* HUTCHINSON & MONAGHAN, «Law, Politics, and the Critical Legal Scholars : The Unfolding Drama of American Legal Thought», (1984) 36 *Stan. L. Rev.* 199.

52 G. PELLER, «The Metaphysics of American Law», (1985) 73 *California L. Rev.* 1151.

53 Une conséquence intéressante de la critique contemporaine du droit international public est la thèse de Francis Boyle selon laquelle il ne faut pas voir le rapport entre intérêt national et respect du droit des gens comme rapport d'opposition, mais au contraire comme rapport d'interdépendance et, nous dit l'auteur, d'«interaction dialectique» (p. 79) : il est dans l'intérêt des États d'observer le droit international, et la politique qui est menée n'est pas insensible au jugement qui est porté sur elle. Voir F. BOYLE, *World Politics and International Law*, Durham, Duke Univ. Press, 1985. À l'analyse réaliste héritée de Morgenthau, qui selon lui ne fait pas suffisamment place au rôle qu'occupe le droit international public dans la vie internationale, Boyle propose de substituer une approche fonctionnaliste tournée vers l'étude de la gestion des crises par les décideurs politiques : cette étude devrait mettre en lumière l'influence du droit international sur la prise de décision, et contribuer par la suite à l'amélioration du droit international. Le problème d'une telle perspective est qu'elle tend à considérer la règle de droit applicable comme donnée : comment sinon en évaluer l'incidence sur le comportement des acteurs? Or, c'est cette impossibilité de savoir ce qu'est «la règle de droit applicable» qui est l'acquis principal de la critique CLS du droit international.

54 Voir *infra*, en conclusion, sur la nécessité de passer du structuralisme au post-structuralisme dans l'entreprise critique du droit international public. Le concept de «méthodologie» est d'ailleurs déjà biaisé en faveur d'une rationalité de type procédural ou instrumental. Voir M. HEIDEGGER, *The Age of the World Picture*, dans *The Question of Technology and Other Essays*, Trans. New York, W. Lovitt, 1977 - alors que débusquer l'idéologie et donc en rendre possible le questionnement est précisément l'ambition du mouvement des *Critical Legal Studies*. Voir R. UNGER, «The Critical Legal Studies Movement», (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 563, p. 576 :

«For many of us, the turning point came when we decided, at the risk of confusion, paralysis and marginality, to pursue the critical attack *à outrance*. When we drew the critical ideas relentlessly to their final conclusion, we were rewarded by seeing these ideas turn into the starting points of a constructive program.»

55 Voir J. MERTENS DE WILMARS, «Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes», (1986) 1 *Cahiers de droit européen* 5; J. STEENBERGEN, «Interpretatievragen in het Europees gemeenschapsrecht», (1981) 10 *Nederlands Tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 117; R. MONACO, *Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés européennes, Mélanges Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 217-227; D.G. VALENTINE, *The Court of Justice of the European Communities*, vol. 1, Jurisdiction and Procedure, London, Stevens & Sons, 1965, pp. 370-404; Cl.-D. EHLERMANN, *The Interpretation of Community Law and the Role of the European Court*, Address to the United Kingdom Association for European Law, London, June 11, 1976 (inédit).

La Cour est chargée par l'article 164 du Traité instituant la Communauté économique européenne d'assurer «le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité» : conformément à la mission qui lui est ainsi confiée de lire le droit et non de le faire, la Cour part du texte même de la règle à appliquer : l'interprétation *littérale* est donc le premier principe interprétatif à mentionner. Il va de soi cependant que le texte, par lui-même - le texte comme somme de marques sur une page -, ne veut rien dire avant d'être interprété[56], et que le principe d'interprétation littérale ne peut donc jamais se suffire à lui-même[57] : il n'est qu'un point de départ, une clôture derrière laquelle l'interprète affirme se trouver enfermé - ainsi le veut la règle de la séparation des pouvoirs, au moins dans sa compréhension la plus naïve -, mais ne constitue en réalité qu'un renvoi à autre chose que lui-même. Puisque, selon le principe premier de l'interprétation littérale, il s'agit d'interpréter un texte, selon quels procédés cette entreprise aura-t-elle lieu? En quoi, d'après quelles règles, la lettre de la loi limite-t-elle la liberté de l'interprète?

Pour trois raisons supplémentaires, qui s'ajoutent à l'objection de principe qui vient d'être soulevée, on ne saurait prétendre pouvoir faire l'économie de ces questions. Premièrement, le Traité de Rome fait emploi de concepts («toute discrimination exercée en raison de la nationalité» (article 7), «mesures d'effet équivalent» (article 30), accords «susceptibles d'affecter le commerce entre États membres» (article 85)...) trop vagues pour qu'on puisse soutenir qu'ils se passent d'interprétation. Deuxièmement, ce caractère vague est d'autant plus marqué s'agissant du Traité de Rome et de la législation secondaire de la CÉE qu'ils sont le produit de négociations et prennent la forme de compromis politiques, ambigus précisément parce que l'accord ne peut se faire que dans l'ambiguïté et sur la lettre vague d'un texte[58]. Troisièmement enfin, le droit communautaire est un droit multilingue, sans qu'aucune des versions existantes reçoive priorité sur les autres[59] : cela rend d'autant plus utopique la prétention d'effectuer de ce droit une interprétation littérale dont serait évacuée toute nécessité pour l'interprète de choisir.

Le premier réflexe du juge européen, face aux difficultés de l'interprétation littérale et même au non-sens que celle-ci constitue entendue de façon étroite (soit non suppléée par autre chose qu'elle-même), sera de tenter de déterminer quelle était l'intention des auteurs de la règle à interpréter; le deuxième principe interprétatif est l'interprétation selon l'*intention originelle* des parties[60]. Mais les difficultés ici ne sont pas minces. Pratiquement d'abord, le retour à l'intention originelle est une entreprise délicate : les travaux préparatoires du Traité de Rome ne connaissent pas de version officielle[61]; si même l'on postulait résolue la question de la possibilité d'un travail de critique historique donnant accès aux circonstances précises de la négociation politique et aux déclarations des acteurs qui s'y sont investis, il est douteux que ces circonstances et ces déclarations fournissent la clé de l'intention proprement dite, la première caractéristique d'une négociation de ce type étant de confronter des positions rhétoriquement affirmées qui fonctionnent en réalité comme des paravents derrière lesquels se trouvent voilées les «véritables intentions» des acteurs; ces «véritables intentions» ne sont pas davantage lisibles dans les comptes-rendus des délibérations des assemblées parlementaires chargées de la ratification[62], même si les avocats-généraux à la Cour y ont parfois eu recours[63]; et toutes ces difficultés ne disparaissent pas, mais se retrouvent au contraire s'agissant de la législation secondaire - elle aussi secrètement négociée[64], elle aussi constituant un plus petit commun dénominateur entre des projets politiques parfois substantiellement incompatibles, elle aussi ne réalisant un accord que sur la lettre d'un texte et non sur une «intention» unique et limpide qu'il serait censé traduire.

Il y a plus : théoriquement aussi, l'idée d'un retour à l'intention originelle des auteurs de la norme à interpréter est problématique. Elle pose, au minimum, deux questions, relatives respectivement à l'opportunité de pareille entreprise archéologique et à sa possibilité *in abstracto* (si l'on suppose résolues les questions techniques qui viennent d'être passées en revue, ce qui comme on l'a vu ne va pas de soi). Est-il opportun, en effet, de rechercher dans l'intention de l'auteur d'un texte normatif, intention datée chronologiquement, le sens qu'il faut donner à ce texte normatif? On ne peut s'empêcher de voir dans la tentative une contradiction interne: tout d'abord, s'il est prescrit, il est nécessairement prescrit pour l'avenir, et donc *dans l'ignorance* des questions nouvelles que l'application de la règle - édictée, telle est en effet sa définition, sur le mode général et abstrait - peut poser, tandis que cette application concerne, par définition, des faits nouveaux et non connus d'avance du législateur. En référer à l'intention «originelle», c'est en référer à l'intention de celui

56 Dès qu'il se veut signifiant, le texte est déjà interprété : il diffère son sens jusqu'au moment de sa lecture, et ce sens, une fois donné par l'interprétation, est nécessairement différent du sens «véritable», à jamais enfoui, du texte. *Cf.* J. DERRIDA, *op. cit. supra*, note 20, p. 6 (sur la notion de «différence», qui recouvre ces deux aspects de l'interprétation).

57 C.J.C.E., Humblet, 6/60, Recueil 1960, p. 1154 :

«The Court of Justice cannot confine itself to a literal interpretation of the text. It is therefore necessary to check whether a different approach, particularly an examination of the common will of the contracting States and the ratio legis provide corroboration.»

58 D. FARBER, «The Originalism Debate : A Guide for the Perplexe», (1989) 49 *Ohio State L. J.* 1085, 1089.

59 P. PESCATORE, «Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne», (1984) 25 *Cahiers de Droit* 989.

60 L. BROWN & F. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 1983, pp. 147-149 («historical interpretation»).

61 R. LECOURT, *Le juge devant le marché commun*, Genève, Librairie Droz, 1970, p. 64; Cl.-D. EHLERMANN, *loc. cit. supra*, note 55, p. 3.

62 En effet, la substitution des travaux parlementaires nationaux aux travaux préparatoires du traité comme guides de l'interprétation du droit postule une identité, ou au moins une parenté, de ceux-ci à ceux-là. Mais le gouvernement d'un État membre n'aura-t-il pas tendance à présenter la ratification sous son jour le plus favorable, c'est-à-dire donner du texte une interprétation «à usage interne»? En tant qu'idéologiquement partisan, n'aura-t-il pas tendance à en fournir une lecture plus neutre, et consensuelle, que ce n'est «véritablement» le cas?

63 Voir l'opinion de l'avocat-général Roemer en l'arrêt *Pays-Bas* c. *Haute Autorité* (1954-1956), 6/54, E.C.R. 103, et l'arrêt *Humblet, supra*, note 57 (constatant l'inexistence dans les débats parlementaires nationaux de toute référence à la portée de la disposition du Protocole sur les privilèges et immunités exemptant de charges officielles les salaires des fonctionnaires de la CÉE, la Cour décide de trancher par recours à l'examen comparé des législations nationales en la matière).

64 Le Journal officiel des Communautés européennes reprend, il est vrai, certains travaux préparatoires (propositions de la Commission, opinions du Parlement européen...); surtout, l'article 190 CÉE impose la règle de la motivation des actes communautaires (motivation qui a parfois servi de base à l'interprétation de la Cour, *cf.* E.C.R. 1969 (*Markus* c. *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*), 14/69, p. 349, et E.C.R. 1972 (Brunner), 9/72, p. 961, cités dans L. BROWN & F. JACOBS, *op. cit. supra*, note 60, p. 248). Mais ces instruments n'en sont pas moins *eux aussi* le produit de compromis politiques, voilant de la même façon que le texte final ce qui motive les acteurs.

qui, de par sa situation historique, ne sait pas et, de façon plus essentielle, *ne pouvait pas savoir* de par sa situation historique: par conséquent, toute application de la règle qui prétend respecter cette intention fait autre chose que ce qu'elle dit faire, elle reconstruit d'après les besoins qui sont les siens (les besoins d'une application concrète, *in situ*, de la règle préexistante) un état d'esprit a priori étranger à ses besoins. Ensuite, toujours s'agissant de l'opportunité d'une remontée à l'intention originelle, il faut souligner que la qualité du droit n'a rien à y gagner : les conditions historiques d'application de la règle étant par définition changeantes, une indexation de cette règle qui assurerait sa meilleure adaptation aux circonstances de sa mise en oeuvre ne serait-elle pas à préférer?

Pratiquement difficile à réaliser, d'opportunité deux fois douteuse, la technique d'interprétation consistant à remonter à l'intention originelle des Parties est aussi théoriquement insatisfaisante. Il va de soi en effet que la recherche de cette intention n'est pensable que comme recherche *d'un texte* - qu'il s'agisse des travaux préparatoires, des déclarations politiques, des débats ayant entouré la rédaction...-, texte qui sera lui-même *à interpréter* si l'on veut qu'il ait du sens[65]. On pourra remonter aussi loin que l'on voudra dans l'archéologie d'une norme (à l'exposé de ses motifs, à ses premières versions abandonnées, aux discussions dont elle a fait l'objet...), on ne remontera jamais que *d'un signifiant à l'autre*, plus «antérieur» si l'on veut, mais encore différent du *signifié* dont l'entreprise de recherche est forcée de postuler l'existence[66]. Tel est bien l'enseignement principal de la sémiologie saussurienne : ainsi que le relevait Jacques Derrida, cette sémiologie «a marqué, contre la tradition, que le signifié était inséparable du signifiant, que le signifié et le signifiant sont les deux faces d'une seule et même production»[67]. La question se reposera indéfiniment à l'interprète : selon quelles règles interpréter, c'est-à-dire donner un sens aux marques d'une page?

Les problèmes que rencontre le juge qui désire se fonder sur l'intention originelle des parties le conduit à rechercher ailleurs des solutions au dilemme interprétatif. On percevra sans peine qu'il soit alors tentant de faire usage d'une technique d'interprétation contextualiste ou systématique qui, pour déterminer le sens d'une disposition, la situe par rapport aux prescrits qui l'entourent, et prend en compte son insertion dans une structure qui l'englobe. Le principe d'interprétation contextualiste consiste en une relocalisation de la clause à interpréter afin de la comprendre comme simple élément d'un ensemble plus vaste[68]. C'est par ce biais aussi que se glisse dans les raisonnements juridiques l'ensemble des maximes déduites du postulat de la rationalité parfaite du législateur communautaire[69] : argument de la non-contradiction, argument topologique[70], principe de l'effet utile - et le corrélât de celui-ci, corrélât selon lequel les règles du traité contiennent implicitement en elles les normes sans lesquelles elles seraient dénuées de sens[71]-, règle de l'*eiusdem generis* (les hypothèses envisagées par le législateur sont des illustrations d'une règle plus vaste), s'inscrivent et se légitiment par exemple à ce niveau.

L'interprétation par le contexte, qui voulait permettre au juge de franchir les obstacles rencontrés par une lecture strictement exégétique - ou, dans la mesure où cette exégèse littérale se révélerait insuffisante, intentionnaliste - de la règle, apparaît à son tour insatisfaisante. D'abord parce que les maximes interprétatives qui traduisent cette volonté d'interprétation par le contexte sont contradictoires entre elles : comment, sans que le choix soit guidé d'ailleurs, rendre compatibles la règle d'après laquelle il n'est pas de terme inutile (principe de l'effet utile) et la règle de l'*eiusdem generis*? Ensuite, parce que le postulat de la rationalité parfaite du législateur - postulat qui permet de considérer son ouvrage à interpréter comme cohérent et complet[72] - ne va pas de soi s'agissant d'un texte qui est d'abord le produit de négociations politiques entre acteurs aux préoccupations diverses et souvent contradictoires : dans cette mesure, le postulat de rationalité devient pétition de principe, sans doute utile comme guide du raisonnement juridique mais incapable de se justifier par lui-même. Ainsi, non seulement l'hypothèse de la rationalité parfaite du législateur communautaire - primaire ou secondaire - ne fournit-elle pas de solution à tous les litiges et reste donc à préciser dans les cas concrets où il y est fait recours; en plus, on ne peut faire appel à elle sans reconnaître en même temps qu'il s'agit là d'un parti pris, discutable et qui peut parfaitement être contrebalancé par d'autres impératifs. Parmi ces impératifs, concurrents donc à celui de fonctionner sur le mode du «comme si» le législateur communautaire était cohérent et rationnel, se trouvent notamment ceux de définir les termes du droit communautaire par référence aux droits nationaux des États membres et de proposer une interprétation qui fasse droit à l'objectif de rapprochement des politiques des États membres affirmé aux origines de la création des Communautés européennes. Ce sont là les motifs d'être des deux principes d'interprétation qui suivent.

65 Tel est le sens de l'aphorisme derridien : «il n'y a pas de hors-texte» (voir J. DERRIDA, *op. cit. supra*, note 1, p. 157), par quoi est évoquée cette régression infinie de texte en texte à laquelle revient la tentative de déceler le sens «vrai» d'une écriture comme d'un dit.

66 Le signifié (ici l'intention originelle de l'auteur de la norme) n'est présent que *déjà médiatisé*, à travers le signifiant qui est censé le représenter (ici, le ou les textes à disposition du juge), *cf.* R. BARTHES, *Elements of Semiology*, London, A. Lavers & C. Smith trans., 1967, pp. 35-53, et F. DE SAUSSURE, *op. cit. supra*, note 35.

67 J. DERRIDA, *Sémiologie et Grammatologie. Entretien avec Julia Kristeva*, dans *Positions*, Paris, Minuit, 1967, p. 28. Derrida poursuit sur une note critique à l'égard de Saussure :

«[Mais d'autre part] le maintien de la distinction rigoureuse [...] entre le *signans* et le *signatum*, l'équation entre le *signatum* et le concept laissent ouverte en droit la possibilité de penser un *concept signifié en lui-même*, dans sa présence simple à la pensée, dans son indépendance par rapport à la langue, c'est-à-dire par rapport à un système de signifiants »(pp. 29-30).

68 L. BROWN & F. JACOBS, *op. cit. supra*, note 60, pp. 248-249, et les références citées.

69 Sur la toute-puissance de ce mythe dans le droit moderne, on ne saurait trop conseiller la lecture de J. LENOBLE et F. OST, «*Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique moderne*», Bruxelles, F.U.S.L., 1980.

70 *Cf.* E.C.R. 1962 (Commission c. Luxembourg & Belgique), 2 et 3/62, p. 425 (justifiant une interprétation extensive des exigences des articles 9 et 12 du traité par leur caractère fondamental, lui-même déduit de leur localisation au début de la deuxième partie du traité : «Les fondements de la Communauté»).

71 R. MONACO, *loc. cit. supra*, note 55, p. 224.

72 Les auteurs insistent traditionnellement sur le caractère incomplet et programmatique du Traité de Rome, la tâche du juge étant alors de faire dire au texte plus que ce qu'il ne dit en termes exprès. Mais selon quels principes cette extension de l'ordre communautaire aura-t-elle lieu? Paradoxalement, par la répétition du même postulat dont le début du raisonnement reconnaît le caractère utopique, puisque c'est par une intention présumée de l'auteur de la norme que l'on justifie la tâche du juge qui est de préciser celle-ci de façon audacieuse. Voir *infra* ce qui est dit de P. Pescatore.

L'interprétation comparatiste consiste pour le juge européen à déduire de l'examen comparé des législations nationales des États membres quel sens il faut donner en droit communautaire - un droit communautaire qui n'en définit pas moins ses concepts de façon autonome, sans laisser aux États nationaux le soin d'élaborer ces définitions[73]. La méthode lui est prescrite expressément par l'article 215 CÉE s'agissant de la responsabilité extra-contractuelle des institutions. Elle a servi à élaborer un corpus important de «principes généraux de droit communautaire», notamment dans le domaine des droits fondamentaux[74]. Le problème est que l'interprétation par recours au droit comparé est, à son tour, rigoureusement indéterminée : jusqu'à quel point déférer aux droits nationaux existants? À partir d'où refuser cette déférence et critiquer au contraire les comportements étatiques par la mise en avant d'une notion spécifiquement communautaire? La Cour a un choix à faire. Le recours au droit comparé peut l'y aider, il ne l'en dispense aucunement. Aussi l'interprétation comparatiste - le thème devient familier - doit-elle se trouver complétée par d'autres méthodes d'interprétation, si l'on veut justifier que l'on recoure à elle.

L'interprétation téléologique, qui consiste à conférer à la règle le sens qui se trouve dicté par les objectifs les plus généraux du Traité de Rome, trouve ici sa justification et sa raison d'être. On ne s'y attarde pas, sinon pour mettre l'accent, ici encore, sur l'indétermination radicale de la méthode téléologique d'interprétation. Cette méthode, en effet, a classiquement été décrite comme autorisant les juges de Luxembourg à intégrer dans leur jurisprudence l'idée que le marché commun devait conduire, à terme, à une forme d'union politique, ou tout au moins à une intégration plus poussée des États membres : au nom de quoi? Si pareille lecture de la méthode d'interprétation téléologique prétend s'appuyer sur le voeu des pères fondateurs de la Communauté européenne, l'on retombe sur les questions que, on l'a vu plus haut, la quête de l'intention originelle de l'auteur de la norme ne saurait manquer de poser. Si elle se fonde plutôt sur un argument de texte - il s'agira bien entendu de l'article 2 du Traité de Rome, plus précisément sur son dernier morceau de phrase[75] - pour décider que la *télos* de la Communauté économique européenne est constituée par une primauté du supraétatique sur l'étatique, l'on ne peut se contenter d'une affirmation de principe. Pourquoi, en effet, privilégier les derniers mots de l'article 2 du Traité de Rome, et déduire de ce privilège celui de la Communauté sur ses États membres? Le même article 2 fait *aussi* mission à la Communauté de «promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté», mission qui peut se trouver en compétition avec celle d'accélérer l'établissement d'un marché commun. Et l'article 3, qui suit immédiatement, énumère les moyens par lesquels réaliser les objectifs de l'article 2 : cette énumération ne restaure-t-elle pas une clôture dont l'interprétation téléologique prétendait pouvoir se libérer? Ces instruments de l'article 3 étant de formulation plus détaillée que les termes très englobants de l'article 2, ne peut-on défendre l'idée qu'ils doivent recevoir primauté[76]?

Ces arguments - l'on ne peut prétendre connaître la pensée des pères fondateurs comme si cette pensée était immédiatement accessible, l'on ne peut tirer des conclusions définitives à partir du texte du Traité de Rome - peuvent paraître peu crédibles, ou formalistes : en réalité, ils n'ont perdu leur force persuasive que par la force des habitudes, et par la cristallisation progressive d'un «sens commun» juridique qui conduit à les démissionner comme non pertinents. Ce qui était artificiel au départ a pris la figure du naturel : réifié, le droit élimine la nécessité de se justifier. Mais cette amnésie ne saurait nous faire oublier la contingence au sein même du savoir juridique qui nous paraît le plus fermement établi.

B- La supplémentarité dangereuse

Le terme de «supplément» peut se voir attribuer deux sens distincts. Le supplément, c'est en effet d'abord ce qui *s'ajoute à ce qui est déjà*, et n'est que complété par lui, de façon telle que ce qui supplée est gratuit, surplus, voire inutile : en ce sens, l'accessoire supplée le principal, comme la gaine de volant le tableau de bord qu'elle garnit. Mais le supplément, c'est aussi - comme le supplément d'un code de lois, qui constitue la mise à jour de celui-ci et sans lequel le code ne vaut plus comme code - ce qui fait partie de ce dont il est le supplément, ce qui *fait être vraiment être* ce qu'il supplée, ce sans quoi le principal n'est plus lui-même[77]. C'est en ce second sens que, dans la doctrine existante sur les principes d'interprétation dont fait emploi la Cour de Justice des Communautés européennes, chacun des pôles - voeux des États membres d'un côté, construction de la Communauté de l'autre, correspondant respectivement aux faces interne et externe de la notion de souveraineté - est le supplément - nécessaire et essentiel - de l'autre.

Que constate-t-on en effet? Aucun des types d'interprétation ne peut être considéré comme se suffisant à lui-même, et chacun des principes interprétatifs énumérés doit, pour devenir réellement praticable, renvoyer à son contraire. L'interprétation littérale ou exégétique n'a de sens que par la prise en compte de l'intention de l'auteur de la norme; à son tour, cette méthode d'interprétation intentionnaliste n'est vraiment significative que par le recours de l'interprète au contexte de la règle, au schéma d'ensemble du traité, à la structure de textes dans laquelle elle s'insère; mais cette interprétation de type systématique, de nouveau, ne vaut que suppléée, soit par la comparaison des droits nationaux des États membres, soit par l'invocation des objectifs du traité dans une perspective téléologique... La chaîne ne s'arrête bien entendu pas ici : elle se referme en un cercle, au contraire, dont le parcours est infini. Car peut-on concevoir une interprétation comparatiste ou téléologique qui se passe de

73 C.J.C.E., arrêt *Corman* du 14 janvier 1982, Aff. 64/81, Recueil 1982, p. 21. Voir aussi les références citées par J. MERTENS de WILMARS, *loc. cit. supra*, note 54, p. 12, nn. 22 à 25.

74 J. MERTENS de WILMARS, *id.*, p. 17; J. SCHWARZE, *The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Community*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 26 et les références citées.

75 Il énonce :

«La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États.»

76 Telle serait la conclusion que la règle de l'effet utile imposerait de tirer. *Cf.* J. STEENBERGEN, *loc. cit. supra*, note 55, p. 119.

77 C. NORRIS, *Derrida*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1987, p. 110.

toute référence à la lettre du texte interprété[78]? Peut-on imaginer qu'elle néglige complètement l'intention de ses auteurs telle qu'elle paraît pouvoir se dégager[79]?

Les principes interprétatifs énumérés se répartissent en deux catégories : les uns, en surface, accordent une forme de primauté aux intentions des auteurs des traités, aux intérêts des États, à la maîtrise des souverainetés nationales sur la définition des concepts qui les lient à travers l'interprétation comparatiste; les autres, en surface également, postulent au contraire la primauté de la Communauté sur les États membres - telle est la compréhension classique de l'interprétation téléologique, de la règle de l'autonomie des termes, de l'interprétation littérale qui prétend se passer de toute référence à l'intention des auteurs de la norme. Mais, nous l'avons vu, aucun des pôles ainsi en compétition n'est auto-référentiel. Il ne peut être validé qu'en faisant appel au pôle opposé. L'interprète, qui doit justifier la lecture qu'il propose, ne peut échapper à cette situation[80]. La condition de possibilité même de l'énonciation d'un principe interprétatif consiste en un renvoi à une face autre de la souveraineté que celle dont il prétend tirer sa légitimité, si bien que tout argument contient en lui les germes de sa propre négation. Comment alors expliquer, au sens d'ordonner, l'emploi que fait la Cour de Justice des Communautés européennes des principes interprétatifs à sa disposition? On peut délibérément privilégier un pôle sur l'autre[81] - mais ce sera alors au prix d'une occultation, celle de l'interdépendance et de la supplémentarité mutuelle entre pôles qui interdit précisément ce type de privilège. On peut également intégrer, dans une formule creuse, la dichotomie constitutive de l'interprétation en droit communautaire[82] - mais alors sans que cette formule puisse expliquer ce qui réellement se joue en droit communautaire, puisque cette formule intégrera des contraires sans fournir la clé de leur interrelation.

On se trouve forcé d'adopter une troisième attitude : la reconnaissance de l'*impossibilité de dire* le droit communautaire, que ce soit par le privilège d'un pôle sur l'autre ou à l'aide d'une explication plus subtile sans doute moins unilatérale, mais encore incapable d'un abandon de l'idée qu'il existerait une «essence» du droit communautaire que notre vocabulaire saurait appréhender. Pour le dire autrement : le droit communautaire n'a pas de contenu positif, toute lecture qui en est faite devant s'insérer dans une structure de type saussurien[83] que Jacques Derrida a décrite en des termes qui méritent d'être cités :

> «Le jeu des différences suppose [...] des synthèses et des renvois qui interdisent qu'à aucun moment, en aucun sens, un élément simple soit présent en lui-même et ne renvoie qu'à lui-même. Que ce soit dans l'ordre du discours parlé ou du discours écrit, aucun élément ne peut fonctionner comme signe sans renvoyer à un autre élément qui lui-même n'est pas simplement présent. Cet enchaînement fait que chaque «élément» - phonème ou graphème - se constitue à partir de la trace en lui des autres éléments de la chaîne ou du système [...]. Rien, ni dans les éléments ni dans le système, n'est nulle part ni jamais simplement présent ou absent. Il n'y a, de part en part, que des différences et des traces de traces»[...].[84]

Il reste que, si ce «jeu de différences» oblige à conclure à l'indécidabilité entre les pôles de la souveraineté interne (primauté du consentement des États) et de la souveraineté externe (qui prend ici la figure de la primauté de la Communauté comme expression d'une solidarité entre États membres s'imposant à leurs volontés individuelles)

78 «[C]e n'est pas [aux juges] qu'il revient de récrire ni de réviser les traités. Le texte de ces derniers doit toujours représenter pour eux une limite et ils ne peuvent arriver jusqu'à lui attribuer une portée incompatible avec les termes utilisés». Voir R. MONACO, *loc. cit. supra*, note 55, p. 220

79 Ce qu'impose d'ailleurs, on l'a vu, le principe de la séparation des pouvoirs. Voir R. POSNER, *Law and Literature : A Misunderstood Relation*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1988, p. 220. De façon révélatrice, on constate une tendance à justifier *par l'intention* des auteurs de la règle à interpréter une lecture de cette règle *détachée* de cette intention, par exemple selon le mode d'interprétation téléologique. Voir P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 361 :

«Toutes ces notions [de «communauté», de «marché commun»] signifient le dépassement du nationalisme grâce à *l'acceptation, par un groupe d'États*, d'une finalité commune, d'ordre économique et, en dernière analyse, politique. Elles marquent l'abandon de la souveraineté absolue par la subordination des États participants aux exigences de l'oeuvre qu'*ils ont entreprise* en commun; la *reconnaissance*, en d'autres termes, d'une idée d'ordre placée au-dessus des États. »(notre accent)

On constate le même phénomène - la justification par un retour à l'intention originelle d'une interprétation détachée de cette intention - dans les théories américaines libérales du droit, *cf.* L. TRIBE, *American Constitutional Law*, iii, New York, Mineola Foundation Press, 1978; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1980, p. 133; R. DWORKIN, The Forum of Principle, (1981) 54 *N.Y.U. L. Rev.* 469; H.J. POWELL, «The Original Understanding of Original Intent», (1985) 98 *Harv. L. Rev.* 895. Pour Tribe, Dworkin, et Powell, le caractère vague et délibérément incomplet du langage de la constitution serait la trace d'une volonté du constituant de laisser aux générations futures le soin de préciser le contenu du texte constitutionnel. Se manifeste ici le phénomène que nous avons qualifié plus haut de «mutation».

80 Il se trouve dans la situation identique à celle de l'écrivain.

L'écrivain écrit *dans* une langue et *dans* une logique dont, par définition, son discours ne peut dominer absolument le système, les lois et la vie propres. Il ne s'en sert qu'en se laissant d'une certaine manière et jusqu'à un certain point gouverner par le système. Et la lecture doit toujours viser un certain rapport inaperçu de l'écrivain entre ce qu'il commande et ce qu'il ne commande pas des schémas de la langue dont il fait usage. Ce rapport n'est pas une certaine répartition quantitative d'ombre et de lumière, mais une structure signifiante que la lecture doit *produire* (J. DERRIDA, *op. cit. supra*, note 1, pp. 226-227).

L'étude de la grammaire du droit international public - sa grammatologie - fait apparaître cette dimension refoulée de l'argumentation juridique.

81 Ainsi Pierre Pescatore, mettant l'accent sur le thème de la solidarité (face externe de la souveraineté) au détriment des intérêts égoïstes des États membres (face interne de la souveraineté). En témoignent les extraits suivants de P. PESCATORE :

«[...] la méthode téléologique n'est pas ici une méthode d'interprétation parmi d'autres; bien loin de là, il s'agit d'une méthode particulièrement appropriée aux caractéristiques propres des traités instituant les Communautés.» Voir *loc. cit. supra*, note 79, p. 328;

«[...] il est possible de mettre en évidence quelques «thèmes» dominants qu'on a essayé de caractériser par quatre mots - le thème de l'égalité, le thème de la liberté, le thème de la solidarité et, enfin, le thème de l'unité [...] [mais] il est parmi ces quatre thèmes une idée dominante, celle de l'unité. C'est elle qui récapitule toutes les autres.» *Id.*, p. 329.

82 Voir J. STEENBERGEN, *loc. cit. supra*, note 54, p. 118 :

«Dans le développement du droit communautaire, l'on ne peut se confiner à une élaboration uniforme du droit communautaire à côté ou au-dessus des droits nationaux. L'on doit articuler et les compétences, et l'ordre juridique communautaire, de façon à ce que les développements des ordres juridiques communautaire et nationaux se combinent de façon harmonieuse.»

83 Donc structuraliste, même si la linguistique n'est que le premier domaine où le structuralisme a pu émerger. Voir F. DE SAUSSURE, *op. cit. supra*, note 35; J. CULLER, *Saussure*, Hassocks, The Harvester Press, 1976; Cl. LEVI-STRAUSS, *Le Cru et le Cuit*, Paris, Plon, 1964; Cl. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1958.

84 J. DERRIDA, *Sémiologie et grammatologie*, *loc. cit. supra*, note 67, pp. 37-38.

devant laquelle se trouve placé le juge européen, ce juge n'en décide pas moins, à chaque étape des raisonnements que forment ses arrêts, de privilégier un pôle sur l'autre. Un exemple l'illustre.

C- Une illustration

Dans un arrêt rendu le 23 avril 1986, la Cour de Justice des Communautés européennes devait se prononcer sur un recours introduit par l'association à but non-lucratif «Les Verts - Parti écologiste» contre une décision du bureau du Parlement européen qui, le 12 octobre 1982, tranchait quant à la répartition des crédits destinés au financement des campagnes électorales européennes, c'est-à-dire «pour le financement d'activités qui sont en rapport direct avec la préparation et l'exécution de la campagne d'information en vue des élections de 1984»[85]. Peu importent ici les moyens invoqués par le parti écologiste à l'appui de son recours. Seule nous intéresse la question de savoir si la Cour pouvait se déclarer compétente pour connaître d'un recours en annulation contre un acte du Parlement européen, alors que ce recours est fondé sur l'article 173 al. 2 du traité CÉE - qui, d'après le texte de l'article, n'est recevable que contre «les actes du Conseil et de la Commission, autres que les recommandations ou avis». La formulation de l'article 173 n'exclut-elle pas les actes du Parlement européen de la catégorie des actes annulables?

La Cour, en dépit de la clarté apparente du texte, va estimer recevable le recours en annulation intenté contre la décision du Bureau du Parlement européen. Pour ce faire, elle procède en quatre étapes. Premièrement, dit-elle,

> «la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité[86].»

Ce principe est corroboré par la constatation que :

> «par ses articles 173 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de Justice le contrôle de la légalité des actes des institutions[87].»

Deuxièmement, la Cour va procéder à une interprétation de type systématique, mais qui ne va pas faire droit au principe de l'effet utile : si l'article 173 est bien rédigé en des termes plus restrictifs que l'article 177 (qui évoque dans plus de précisions «les actes des institutions»), si le principe de l'effet utile imposerait de voir dans cette différence de rédaction la trace de la volonté de l'auteur de la norme d'instaurer deux régimes distincts, la Cour n'en affirme pas moins, renversant cette présomption, que «le système du traité est toutefois d'ouvrir un recours direct contre toutes dispositions prises par les institutions et visant à produire un effet juridique»[88]. Troisièmement, la Cour va justifier son départ d'une interprétation trop littérale de l'article 173 en s'appuyant sur un argument de type intentionnaliste, puisqu'il revient à présumer quelle était la pensée des rédacteurs du traité :

> Le Parlement européen ne figure pas expressément parmi les institutions dont les actes peuvent être attaqués, parce que le traité CÉE dans sa version originaire ne lui conférait que des pouvoirs consultatifs et de contrôle politique, et non celui d'adopter des actes destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers[89].

Quatrièmement enfin, il est retourné à une interprétation systémique pour renforcer l'impression ainsi créée : «Une interprétation de l'article 173 du traité qui exclurait les actes du Parlement européen de ceux qui peuvent être attaqués aboutirait à un résultat contraire tant à l'esprit du traité qu'à son système»[90]. Conclusion : «[i]l convient dès lors de considérer que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers»[91].

L'arrêt, ainsi disséqué, est riche d'enseignements. La Cour procède, dans son raisonnement, sur le mode classique de la déduction. Mais cette déduction ne part pas d'un principe premier qui serait non discuté, l'invocation d'une «Communauté de droit» relevant plutôt de la pétition de principe, d'ailleurs a priori de peu de conséquence. Dans la suite de son raisonnement, la Cour se meut entre deux pôles - ceux de la prééminence des intérêts étatiques (intentionnalisme, «esprit du traité»...) d'une part, de celle de la Communauté de l'autre -, créant ainsi l'impression d'une mise en balance objective des deux soucis contradictoires qui s'y manifestent, mais aboutissant en réalité à l'effacement d'un pôle (exigeant, au départ d'une interprétation littérale de l'article 173, le respect scrupuleux de la volonté des auteurs du traité telle que le texte la donne à voir) au profit de l'autre. Elle y parvient en appuyant le pôle privilégié (aboutissant à admettre la possibilité d'annulation des actes du Parlement) sur son opposé (dans les troisièmement et quatrièmement de son raisonnement, c'est *par l'intention des auteurs du traité* qu'on justifie le dépassement de la lettre *par laquelle cette intention est censée se manifester*). Ainsi qu'on l'a vu, une façon de procéder symétriquement contraire était parfaitement envisageable[92] : les pôles en opposition étant en situation non

85 C.J.C.E., 23 avril 1986, 294/83, Recueil 1986, p. 1360.

86 *Id.*, § 23, p. 1365.

87 *Ibid.*

88 *Cf.* C.J.C.E., 31 mars 1971 (*Commission* c. *Conseil*), 22/70, Recueil 1971, p. 263. La pratique consistant à écarter une interprétation littérale au bénéfice de l'objectif présumé du législateur est classique dans le raisonnement juridique, comme le montre l'exemple célèbre de Hart du parc public interdisant son accès aux véhicules, mais lu comme autorisant une municipalité à ériger un tank militaire en monument public - l'objet de la loi, est-il considéré, étant d'éviter le bruit et la pollution... Voir H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 121-132

89 La Cour s'appuie aussi sur le fait que l'article 38 du traité C.E.C.A. prévoit la possibilité d'un recours en annulation, dans un contexte où le Parlement a reçu dès l'origine le pouvoir d'arrêter des décisions de caractère obligatoire. Ici, l'interprétation de type systématique n'est qu'un moyen d'arriver à déceler l'intention de l'auteur. En elle-même, elle serait susceptible de conduire au contraire à la décision diamétralement opposée, par le biais de l'effet utile et du postulat de la rationalité parfaite du législateur.

90 C.J.C.E., *supra*, note 88, p. 1366.

91 *Ibid.*

92 D'où la nécessité de distinguer entre la *validité* et la *vérité* d'une proposition de droit, par exemple : «l'article 173 du Traité de Rome n'exclut pas qu'un recours en annulation puisse être exercé contre les actes du Parlement européen». Cette proposition, nous la dirons *valide* au sens où elle est effectivement la conséquence logique de ce qui la précédait dans le raisonnement. En revanche, elle n'est ni plus ni moins *vraie* que la proposition contraire («l'article 173 du Traité de Rome exclut..., etc.»). Tandis que la validité concerne les relations entre les membres du syllogisme déductif, la vérité concerne le rapport des membres du syllogisme au réel visé : comme on l'a vu, chacune des propositions - constituant, dans le raisonnement de la Cour, des membres de son raisonnement syllogistique - suppose et fonde son contraire, si bien qu'on ne peut les dire «vraies». Voir I. M. COPI, *Introduction to Logic*, New York, Macmillan Publishing Co., 1978, pp. 198-223.

pas de hiérarchie mais d'interdépendance mutuelle, chacun des pôles fondant l'autre, tout privilège accordé à un des pôles est à comprendre comme l'interruption - à un moment arbitraire - d'une dialectique qui sans cela serait théoriquement sans fin.

III.- La mort du droit?

On aurait tort de surestimer la portée de la déconstruction ainsi opérée du droit international public, dont on a vu une manifestation possible en droit communautaire. Pour le praticien du droit, cette déconstruction n'a d'autre vertu que de lui montrer ce qu'il savait déjà : que jamais tout n'est dit, et qu'il y a toujours, en-deça de la vérité qui paraît s'imposer au sens commun, une autre vérité qui s'y trouve enfouie. Pour la théorie du droit, deux réflexions suffisent à cerner les enseignements des *Critical Legal Studies* en droit international public. Elles visent à mettre l'accent sur les vertus que peut présenter pour le droit international public l'approche déconstructionniste.

La première vertu, nous semble-t-il, est proprement politique. La déconstruction entamée par les CLS conduit à interpréter toute lecture comme une mé-lecture, toute énonciation comme une contradiction, toute argumentation comme réversible. Le principal acquis de l'entreprise, dans la mesure où elle délégitime la prétention au savoir que manifeste le discours rationnel sur le droit, est que la doctrine et ses applications se trouvent démasquées dans leur prétention à la neutralité : puisque du droit l'on ne peut rien dire, puisque tout «dit», du coup, est mystification, tout le droit est politique. La neutralité du raisonnement juridique est dénoncée comme illusion, et les rapports de pouvoir - qui imposent telle solution plutôt que telle autre, sans pouvoir s'appuyer sur des principes stables - apparaissent en pleine lumière[93]. Toute lecture du droit n'est pas seulement partielle, elle est aussi partiale : la manifestation des intérêts égoïstes d'une faction, plutôt que la recherche d'une universalité[94].

L'autre vertu est la conséquence de la première. Si toute construction juridique est à considérer comme artificielle, comme mystification, que faut-il en tirer comme conclusion quant à l'action? Très simplement, que rien ne nous est impossible. Que l'imagination politique n'a pas à être enfermée dans les bornes que lui imposent une certaine conception de la rationalité en droit. Que, si le débat juridique débouche sur une conclusion qui rassemble autour d'elle un certain consensus, ce n'est pas parce que cette conclusion serait plus «vraie» qu'une conclusion contraire, mais parce qu'elle correspond mieux à nos attentes[95]. Or, ces attentes peuvent évoluer dans le temps. Il peut en être débattu. Au moins, de savoir que le droit n'existe pas - qu'il n'existe, plus précisément, que comme littérature, comme rhétorique, détaché du réel[96] -, cela rend ce débat possible sans que les dogmatismes confinent ce débat à une répétition de banalités. Une théorie descriptive du droit international public, qui viserait à réifier celui-ci en prétendant pouvoir en cerner l'essence, échoue : la nécessité de formuler une ou plusieurs théories normatives, de s'interroger sur les fins du droit des relations internationales plutôt que sur la nature de celui-ci, n'en est que plus urgente.

***

On ne s'étonnera pas, dans cette perspective, si l'article conclut sur la nécessité de dépasser le structuralisme de l'approche CLS du droit international public pour une approche post-structuraliste, qui fasse droit à l'introduction de discours parallèles sur le droit international public et entretienne autour de lui une conversation continue[97]. L'«incrédulité envers les méta-récits»[98], y compris envers celui que présente l'article qui s'achève, tel est le sens du programme d'une réflexion qui est encore à entamer. L'approche CLS a ses mérites. Elle ne contient pas plus de vérité, pourtant, que cela même qu'elle combat : tout au plus propose-t-elle une vérité alternative, et nous permet-elle de mieux saisir la contingence des vérités mieux établies que l'écoulement du temps fait se cristalliser en dogmes. Le vrai ne s'écrit pas, ni ici ni ailleurs : il serait paradoxal de l'oublier.

93 J. CULLER, *On Deconstruction, op. cit. supra*, note 35, p. 176.

94 M. BALKIN, «Deconstructive Practice and Legal Theory», (1987) 96 *Yale L. J.* 743, 775.

95 Cette conception du vrai comme ce qui correspond le mieux à ce que nous attendons être vrai est celle de l'école pragmatiste en philosophie. *Cf.* M. DUMMETT, *Truth and Other Enigmas*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1978; D. DAVIDSON, *Inquiries Into Truth and Interpretation*, New York, Oxford Univ. Press, 1984; R. RORTY, *Objectivity, Relativism and Truth*, Cambridge Univ. Press, 1991.

96 R. RORTY, «Philosophy as a Kind of Writing : An Essay on Derrida», (1978) 10 *New Literary Hist.* 141.

97 *Cf.* pour une proposition en ce sens, MURPHY, «The Vocabulary of International Law in a Post-Modern World», (1988) 23 *Texas I.L.J.* 223. Sur la nécessité généralement d'aller au-delà de la critique de type structuraliste, c'est-à-dire d'échapper à un méta-récit hérité de Saussure et de Lévi-Strauss pour l'accumulation de micro-récits dont aucun ne prétendrait à l'exhaustivité ni surtout à l'impartialité, voir D. KENNEDY, «Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship», (1985-1986) 21 *New England L. Rev.* 209.

98 J.-F. LYOTARD, *La Condition post moderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 1979.