Document generated on 08/12/2025 5:56 p.m.

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

LA CRITIQUE EN DROIT INTERNATIONAL : RÉFLEXIONS AUTOUR DES LIVRES DE KOSKENNIEMI, ANGHIE ET MIÉVILLE

Rémi Bachand

Volume 19, Number 2, 2006

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1069104ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1069104ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

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

Explore this journal

Cite this article

Bachand, R. (2006). LA CRITIQUE EN DROIT INTERNATIONAL : RÉFLEXIONS AUTOUR DES LIVRES DE KOSKENNIEMI, ANGHIE ET MIÉVILLE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *19*(2), 1–34. https://doi.org/10.7202/1069104ar

Article abstract

This article mainly aims at providing a critical analysis of the ideas that are presented in the three books surveyed. It will allow the author to propose some reflections on certain issues, in particular on indeterminacy in law, human rights “policy” as well as the enfranchising potential of international law. However, the survey of those three books is also a pretence for a broader analysis of those new critical approaches and to put them back in the context of the critical studies movement that has been prevalent in international law during the course of the last century. What this article tries to demonstrate, is that those new approaches are set apart by the fact that they provide both an epistemological and a normative critique to the dominant approaches in international law, which was not the case for the previous critical approaches.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2006

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/

LA CRITIQUE EN DROIT INTERNATIONAL : RÉFLEXIONS AUTOUR DES LIVRES DE KOSKENNIEMI[*], ANGHIE[**] ET MIÉVILLE[***]

Par Rémi Bachand[****]

Cet essai a comme premier objectif de faire une présentation critique des idées qui sont développées dans les trois livres recensés. Il permet à l'auteur de proposer des réflexions sur certains sujets, notamment sur l'indétermination dans le droit, la « politique » des droits humains, ainsi que le potentiel émancipateur du droit international. La recension des trois ouvrages est également un prétexte pour faire une présentation plus large de ces nouvelles dans les approches critiques et les replacer dans le contexte des études critiques qu'a connu le droit international au cours du dernier siècle. Cet article cherche à démontrer que ces nouvelles approches se caractérisent du fait qu'elles font une critique à la fois épistémologique et normative des approches dominantes en droit international, ce qui n'était pas le cas des approches critiques précédentes.

This article mainly aims at providing a critical analysis of the ideas that are presented in the three books surveyed. It will allow the author to propose some reflections on certain issues, in particular on indeterminacy in law, human rights "policy" as well as the enfranchising potential of international law. However, the survey of those three books is also a pretence for a broader analysis of those new critical approaches and to put them back in the context of the critical studies movement that has been prevalent in international law during the course of the last century. What this article tries to demonstrate, is that those new approaches are set apart by the fact that they provide both an epistemological and a normative critique to the dominant approaches in international law, which was not the case for the previous critical approaches.

---

[*] Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, A. Pedone, 2007.

[**] China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005.

[***] Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

[****] Professeur en droit international au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

Le champ du droit international a été témoin, depuis le début des années quatre-vingts et plus encore depuis les années quatre-vingt-dix, d'un renouveau de ce qu'il conviendrait d'appeler les « approches critiques ». Ces approches, qu'elles se réclament du marxisme, du féminisme, ou des études post-coloniales, ou qu'elles se qualifient (ou se fassent qualifier) de *Critical Legal Studies* (CLS), semblent se distinguer de chacune des anciennes formes de critique du droit international sur l'un ou l'autre des deux aspects suivants : ses aspects normatifs et ses aspects épistémologiques. En d'autres termes, ces nouvelles approches (ou « NAIL », *New Approaches to International Law*) se distinguent des critiques adressées aux approches dominantes qui furent notamment formulées par les courants néo-naturalistes, néo-grotiens et réalistes. Les NAIL diffèrent également de la *policy approach*, du point de vue de sa normativité, et plus spécialement par son désir de débusquer les pratiques et les postulats libéraux, néo-coloniaux, impérialistes, patriarcaux, et autres qui sont le fondement même du droit international et qui font en sorte que celui-ci soit davantage un outil de la reproduction des différentes formes de domination qu'un outil véritablement émancipateur[1]. Elles se différencient également de ces approches qui étaient perçues, à tort ou à raison, comme étant progressistes – nous pensons particulièrement au pseudo-marxisme, représenté par Grigory Tunkin, et au tiers-mondisme des années cinquante à soixante-dix, représenté par Mohammed Bedjaoui – en abandonnant le structuralisme latent qui les caractérisait et qui faisait en sorte que l'on croyait que si le droit international était un outil de répression davantage qu'un outil d'émancipation, c'était uniquement parce que ses règles, faisant partie de la « superstructure », étaient le reflet plus ou moins exact des relations de pouvoir dans la « structure » économique et sociale. Or, ce que les nouvelles approches critiques suggèrent, c'est que la situation est loin d'être aussi simple, et que celui qui veut comprendre la véritable potentialité du droit international doit tourner son regard vers sa structure profonde en sondant sa forme juridique, l'historique de l'élaboration de ses concepts, voire son ontologie propre.

Cet essai, qui porte sur les livres de Martti Koskenniemi, China Miéville et Anthony Anghie, a pour premier objectif de présenter les idées qui y sont développées et de proposer un certain nombre de réflexions critiques à leur égard. Cependant, il est aussi, d'une certaine façon, le prétexte d'une présentation plus large de ces nouvelles approches critiques, qui semblent n'avoir qu'un impact assez marginal jusqu'à présent dans la littérature internationaliste francophone et québécoise, plus spécifiquement. Nous profiterons donc de l'occasion pour replacer les trois auteurs dans le contexte de l'émergence d'internationalistes critiques dont les liens entre eux sont souvent peu équivoques.

---

[1] Comme l'explique Martti Koskenniemi, « [T]*he distinctive contribution of alternative styles lies in their ability to shed light on mainstream law's hidden priorities, the way legal translation articulates some participant values but fails to do so for other values.* ([l]a contribution distincte des styles alternatifs se situe dans leur habilité à faire la lumière sur les priorités cachées des courants juridiques dominants, sur la façon dont les traductions juridiques articulent les valeurs de certains participants mais échouent à entendre celles des autres) [Notre traduction] » Martti Koskenniemi, « Letter to the Editors of the Symposium » (1999) 93 A.J.I.L. 351 à la p. 358 [Koskenniemi, « Letter to Editors »].

Pour ce faire, nous procéderons en cinq temps. La première partie de cet essai dressera le portrait historique d'un certain nombre de courants théoriques critiques des approches dominantes en droit international au cours du XX^{e} siècle, et particulièrement de la seconde moitié de celui-ci (**I**). Cette présentation nous permettra de mettre en exergue les différences entre ces anciennes théories et les NAIL, lesquelles sont au centre de cet essai. Les trois parties suivantes consisteront en des discussions sur des points centraux aux trois livres présentés, à savoir : la question de l'indétermination dans le droit, pilier des thèses de Koskenniemi et de Miéville (**II**); le rôle et ce qu'il convient d'appeler la « politique » des droits humains, aspect important du livre d'Anghie et auquel deux des chapitres de l'ouvrage de Koskenniemi sont consacrés (**III**); et, enfin, le potentiel du droit international dans une perspective d'émancipation, question fondamentale dans les trois ouvrages (**IV**). La dernière partie de cet essai sera l'occasion de faire valoir certaines réflexions conclusives concernant l'apport des NAIL au droit international (**V**).

I. La critique en droit international : contexte historique

Le positivisme juridique, approche dominante qui se donne comme principal, voire unique objet d'étude l'analyse des règles *valides*[2], cherche à expurger la science juridique de tout élément qui ne découlerait pas directement d'une règle qui serait elle-même validée[3] et présume que ces règles, bien qu'étant partiellement indéterminées, permettent de donner des indications relativement claires sur la façon dont on doit se comporter en société. Cette approche fut l'objet de contestations diverses tout au long du siècle dernier, sous prétexte que sa conception du droit n'était pas conforme à la réalité[4]. C'est ce qu'il conviendrait d'appeler la critique

---

[2] Voir la prise de position de deux positivistes célèbres à ce sujet : « *The positive method is that applied by the science of law in general, and it demands that whatever the aims and ends of worker and researcher may be, he must start from the existing recognized rules of international law as they are to be found in the customary practices of the states or in the law-making conventions.* (La méthode positiviste est celle appliquée par la science du droit en général et exige que quels que soient les visées et les fins d'un chercheur, celui-ci doive débuter son travail par les règles reconnues de droit international telles qu'elles peuvent être trouvées dans la pratique coutumière des États ou dans les conventions juridiques) [Notre traduction] » Lassa Oppenheim, « The Science of International Law : Its Task and Method » (1908) 2 A.J.I.L. 313 à la p. 333. « La science du droit ne saurait avoir comme objet que les règles " positives ", c'est-à-dire " posées " par des sources formelles. ». Roberto Ago, « Science juridique et droit international » (1956-II) 90 Rec. des Cours. 851 à la p. 897.

[3] Voir par ex. l'affirmation classique de Kelsen selon qui « [l]a théorie générale du droit doit exclusivement dégager ses concepts du contenu des normes juridiques positives. Elle ne doit pas être influencée par les motifs et les intentions des autorités législatrices, ni par les vœux et les intérêts des individus relativement à la création du droit dont ils sont les sujets, si ce n'est dans la mesure où ces motifs et ces intentions, ces vœux et ces intérêts, trouvent leur expression dans la loi elle-même. » Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, Bruylant, 1997 à la p. 75.

[4] En disant que le positivisme juridique est l'« approche dominante » en science juridique, nous croyons nécessaire de mettre certains bémols. Si cette affirmation semble généralement vraie au Canada et en Europe (et possiblement également ailleurs dans le monde où nos connaissances nous empêchent toutefois d'émettre un jugement définitif), elle l'est probablement beaucoup moins aux États-Unis, où la critique réaliste et les différentes approches sociologiques semblent avoir eu un impact beaucoup

épistémologique de la discipline, dans la mesure où elle va jusqu'à remettre en cause l'objet d'étude même de cette dernière. De façon parallèle, la « pratique » du droit international, c'est-à-dire principalement ses résultats normatifs sur la répartition des richesses et des pouvoirs dans la société, a également fait l'objet de critiques parfois radicales émanant d'internationalistes progressistes, favorables à une réorganisation de ces relations de pouvoir qui serait davantage sensible aux opprimés. Notamment, certaines théories aux effets substantifs présumés impérialistes, telles que les approches « instrumentalistes », ont fait l'objet de critiques en raison du fait qu'elles auraient fait l'apologie d'une conception du droit comme étant au service des intérêts des puissants. C'est cette critique que nous qualifierons de critique « substantive », ou « normative ».

L'une des principales caractéristiques du champ du droit international est que ses critiques épistémologiques n'ont pas toujours été accompagnées de critiques substantives progressistes, et vice-versa. En effet, formulées à partir d'un point de vue soi-disant « réaliste » (c'est-à-dire en confrontant le droit à la réalité sociale[5]), elles consistaient principalement, soit à relativiser – voire à nier – la normativité effective du droit international en soulignant l'inexistence de mécanismes de sanction[6], notamment dans l'objectif de promotion de la paix du droit international[7], soit à nier que cette normativité était le fait de l'application déductive d'une règle claire[8]. En revanche, ces critiques épistémologiques n'étaient généralement pas associées à des positions politiques progressistes claires. Au contraire, c'est avec des positions tendant à légitimer l'interventionnisme états-unien que les auteurs associés à l'école de New Haven ont cherché à démontrer les inaptitudes de l'approche positiviste et normativiste en droit international, et ont plutôt tenté de saisir la relation entre celui-ci et la réalité sociale des relations de pouvoir[9]. Ces inaptitudes, font-ils remarquer, permettent aux preneurs de décisions d'utiliser et d'interpréter le droit en fonction de certains objectifs guidés par des préférences politiques. Or, la préférence normative des chefs de file de cette approche s'inscrivait clairement dans une conception libérale et individualiste de la « dignité humaine », pour reprendre leurs propres termes[10],

---

plus grand – d'où cette phrase répétée *ad nauseam* par les juristes états-uniens : « *We are all realists now* ».

5 Voir à titre d'exemple seulement Charles De Visscher, « Cours général de principes de droit international public » (1954) 86 Rec. des Cours 445 à la p. 450.

6 Hans J. Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 A.J.I.L. 260.

7 Edward Hallett Carr, *The Twenty Years Crisis 1919 – 1939 : An Introduction to the Study of International Relations*, Londres, MacMillan & Co., 1946.

8 Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence : A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1946.

9 Myres S. McDougal, « International Law, Power, and Policy : A Contemporary Conception » (1953) 82 Rec. des Cours 133.

10 À titre d'exemple, on peut citer leur compréhension des luttes collectives qui étaient menées un peu partout à l'époque, luttes qui étaient loin de n'être fondées que sur des projets libéraux à ontologie individualiste. Pour eux, l'appartenance à un plus grand groupe, fondement des revendications nationalistes, socialistes et autres de l'époque « […] *is a declaration of individual independence from previous fusion of the individual ego with the kin-group, or with an ethnic or cultural group seemingly condemned to permanent humiliation in a subordinate class status. Moreover, the demand for human dignity is finding expression through social movements that impose conspicuous denials upon the*

conception favorable à la politique étrangère états-unienne de l'époque, alors extrêmement agressive envers tout projet social alternatif. Bien sûr, nous pourrions dire que certains auteurs ou « néo-grotiens »[11] critiques du positivisme volontariste[12], tel que Hersch Lauterpacht, étaient fondamentalement portés par un sentiment humaniste profond, mais ces convictions étaient, somme toute, plutôt (voire fondamentalement) libérales, considérant notamment l'accent mis sur l'individu comme sujet ultime du droit international[13]. En outre, elles ne peuvent pas être considérées comme étant propices à une critique progressiste *radicale* telles que celles dont il sera question en aval. Par ailleurs, malgré les efforts remarquables de certains pour y parvenir[14], les critiques néo-naturalistes persistent à tenter de donner un contenu moral au droit international, bien qu'elles n'aient jamais, au cours du dernier siècle, été en mesure de se détacher substantiellement d'une position volontariste[15] et d'expliquer de quelle façon l'État pouvait être contraint par des normes auxquelles il n'aurait pourtant jamais consenti à être lié.

---

realization of the demand itself. This is especially obvious in the exchange of 'freedom' for 'bread'. Or, to be more accurate and less entrapped by slogans, we can recognize the fact that in many communities certain benefits such as freedom from unemployment, are believed to be so important that other freedoms – notably in matters of politics, enlightenment and religion – are not insisted upon at the moment. ([…] est une déclaration de l'indépendance individuelle par rapport à une fusion précédente de l'ego individuel avec un groupe familial [*kin-group*] ou avec un groupe ethnique ou culturel qui semble être condamné à l'humiliation permanente dans un statut de caste subordonnée. En outre, la demande pour la dignité humaine trouve son expression à travers des mouvements sociaux qui imposent, de toutes évidences, la négation de la réalisation de la demande elle-même. Ceci est spécialement évident dans l'échange de la 'liberté' pour le 'pain'. Ou, pour être plus précis et moins pris au piège des slogans, nous pouvons reconnaître que dans certaines sociétés, certains bénéfices tels que la liberté face au chômage, sont perçus comme étant si importants que d'autres libertés – et notamment en matière de libertés politiques, de penser [*enlightenment*] ou de religion – ne font pas l'objet de revendications importantes) [Notre traduction] » Harold Lasswell et Myres McDougal, « Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective » (1966-67) 19 U. Fla. L. Rev. 486 à la p. 487.

11 Parmi les principales critiques du positivisme juridique faite par Lauterpacht ainsi que son affiliation à ce qu'il qualifie de tradition néo-grotienne, voir Sir Hersch Lauterpacht, « The Grotian Tradition in International Law » (1946) 23 Brit. Y.B. Int'l L. 1.

12 Selon certains, l'un des principaux objectifs de Lauterpacht « […] *was the revival of natural law as an independent source of international law in the face of calamities of World War I that positive law and its political associate, sovereignty, were widely held to have brought.* ([…]était de raviver le droit naturel en tant que source indépendante du droit international en réaction aux calamités de la Première Guerre mondiale à laquelle le droit positif et son pendant politique, la souveraineté, étaient largement tenus pour responsable) [Notre traduction] » Renée Jeffery, « Hersch Lauterpacht, the Realist Challenge and the "Grotian Tradition" in 20th Century International Relations » (2006) 12 European Journal of International Relations 223 à la p. 228.

13 Voir notamment Sir Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens & Sons, 1950 c. 2 (« The Individual as a Subject of International Rights and Duties ») aux pp. 27 à 47.

14 Christian Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against their Will » (1993) 241 Rec. des Cours 195. Bien sûr, certains des exemples donnés par Tomuschat peuvent être convaincants (par exemple, le fait que certaines dispositions de la *Charte* des Nations unies peuvent être interprétées de façon telle qu'elles viennent à ne plus représenter la volonté originale des États contractants), mais il en vient quand même à avouer que « […] *the place to be assigned to the will of States is crucial for the understanding of international legal order.* ([…] la place à accorder à la volonté de l'État est cruciale pour la compréhension de l'ordre juridique international) [Notre traduction] » (Tomushat, *ibid.* à la p. 209).

15 Le dernier à s'être distancé substantiellement d'une position volontariste est probablement Louis Le Fur qui était, à son époque (l'époque résolument volontariste telle que nous le rappelle la décision de

De la même façon, les critiques substantives radicalement progressistes (ou celles se présentant comme telles) n'ont généralement pas été accompagnées de critiques épistémologiques fondamentales, se contentant trop généralement de demeurer dans une position structuraliste où la structure juridique n'est finalement *que* la représentation des relations de pouvoir de la structure sociale et économique. Dans une telle vision, le droit et la superstructure juridique n'ont que très peu d'autonomie, n'ayant un potentiel émancipateur que si les relations de pouvoir existant *au moment de la formation normative* permettent d'édicter des règles possédant un tel potentiel. Par ailleurs, ces critiques ne se sont généralement attardées qu'à ce qu'on pourrait appeler le « fond substantif » du droit – le contenu de ses règles –, laissant généralement en plan ce que Evegeny Pasukanis et Miéville appelaient la « forme juridique », c'est-à-dire ses fondements profonds.

En fait, s'il y avait deux noms à évoquer concernant les courants *soi-disant* critiques et progressistes ayant précédé les années quatre-vingts, ce serait sûrement ceux de Grigory Tunkin et de Mohammed Bedjaoui, figures de proue des critiques du droit international « apparemment » marxiste (mais en réalité strictement soviétique) et tiers-mondiste. En ce qui concerne d'abord Tunkin, outre un volontarisme qui rappelle un peu celui d'Anzilotti, conforme aux intérêts du nouveau régime de l'époque qui voulait se débarrasser des engagements contractés sous le régime tsariste[16], il manifesta pour le reste un engagement résolu, fidèle à la politique soviétique de l'époque, en faveur de la coexistence pacifique ainsi qu'aux principes de non-agression et de règlement pacifique des conflits. Un passage du livre de Tunkin remplace éloquemment toutes les explications nécessaires à la compréhension du principe de coexistence pacifique :

> [e]n tant que principe de droit international, il implique l'engagement des États de respecter le système social en vigueur dans d'autres États, de ne pas tenter d'imposer aux autres leur propre système à l'aide de la force, de pressions économiques, etc. On ne peut que partager l'opinion de Suzanne Bastid, professeur[e] à l'Université de Paris, lorsqu'elle écrit "réaliser la coexistence pacifique, c'est abandonner l'idée que l'un des systèmes doit

---

l'affaire *Lotus* (*Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, (1927) C.P.J.I. (sér. A n° 10), relativement marginal dans la communauté. Voir par ex. Louis Le Fur, « La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne » (1927) 18 Rec. des Cours 259. Pour un autre auteur de l'époque qui s'attaquait au volontarisme tout en ayant, en dernier lieu, recours à une théorie des sources principalement fondée sur des sources exigeant le consentement de l'État, voir Alfred Verdross, « Le fondement du droit international » (1927) 16 Rec. des Cours 247 ainsi que Alfred Verdross, « Règles générales du droit international de la paix » (1929) 30 Rec. des Cours 271 aux pp. 290 à 317, pour sa théorie des sources en droit international. Plus près de nous, il est intéressant de voir comment Antonio Truyol y Serra, tout en cherchant à montrer les liens existant entre le droit international et la morale, est incapable d'élaborer une théorie des sources qui ne s'appuie pas d'abord et avant tout sur la volonté des États : Antonio Truyol y Serra, « Théorie du droit international public » (1981) 173 Rec. des Cours 9.

[16] « La position d'un État en droit international est fonction de sa position en politique extérieure. Aussi est-il parfaitement naturel que l'État soviétique ait catégoriquement rejeté les institutions réactionnaires du droit international et désavoué tous les traités de la Russie tsariste en contradiction avec les principes socialistes de sa politique extérieure ». Grigorii Ivanovich Tunkin, *Droit international public : problèmes théoriques*, Paris, A. Pedone, 1965 à la p. 31.

> l'emporter sur l'autre, au besoin par la force, c'est mettre un terme à la croisade. C'est considérer l'un et l'autre système comme des variétés d'organisation politique, c'est accepter que des difficultés politiques puissent surgir entre les différents États sans que soit remise en question la légitimité même des systèmes politiques, économiques et sociaux. On ne peut espérer que des États puissent vivre dans une harmonie parfaite sans problèmes entre eux, sans différends, mais on peut espérer qu'ils ne contestent pas réciproquement la légitimité de leurs structures politiques, économiques, sociales […]."[17] [Référence omise]

Ce passage est riche de contradictions, mais nous nous en tiendrons à quelques commentaires. D'une part, en revendiquant la coexistence pacifique, Tunkin semble abandonner toute la tradition léniniste dont il se réclame, apaisant ainsi la possibilité de faire du droit international un outil de lutte contre l'impérialisme et le capitalisme[18]. Or, alors qu'il se réclame d'un tel idéal, l'auteur fait de la coexistence pacifique un nouveau principe de droit international, faisant ainsi (ou cherchant à faire) du droit international un élément *stabilisateur* plutôt qu'un outil potentiel de lutte pour ceux qui auraient véritablement adhéré à la lutte contre l'impérialisme. Dans le même ordre d'idées, on ne peut qu'être frappés par le renvoi surabondant aux principes de coexistence pacifique, de souveraineté étatique et d'amitié entre pays du système socialiste[19], qui semblent en totale contradiction avec les interventions soviétiques de l'époque à l'égard des pays de l'Est voulant prendre une voie alternative à celle imposée par Moscou. Bref, la théorie de Tunkin, tout en ayant souvent été présentée comme l'un des modèles théoriques de la critique progressiste radicale, s'avère plutôt, avec du recul, un modèle à la fois cynique – en ce qui a trait aux relations entre membres du bloc soviétique – et fondamentalement conservateur, dans la mesure où il cherchait à éviter autant que possible des bouleversements qui auraient pu modifier l'état des relations de pouvoir de l'époque. Plutôt que de fonder une théorie véritablement critique de l'état du droit international, la thèse présentée

---

17 *Ibid.*, à la p. 54.

18 Comme le remarque B.S. Chimni, Tunkin « […] *advanced a number of questionable formulations which call for debate from within the Marxist tradition. These were dictated less by Marxism-Leninism than by the need to rationalise the foreign policy of the former Soviet Union* […] *of which Tunkin was for decades the chief architect and spokesman, had been its 'docile servant'.* ([…] a avancé un certain nombre de formulations douteuses qui sont loin de faire consensus dans la tradition marxiste. En fait, celles-ci sont moins dictées par le marxisme-léninisme que par le besoin de rationaliser la politique étrangère de l'ancienne Union soviétique […] dont Tunkin, ayant agit durant plusieurs années en tant qu'architecte et que porte-parole principal, a été le 'serviteur docile') [Notre traduction] » B.S. Chimni, *International Law and World Order : A Critique of Contemporary Approaches*, Londres, Sage, 1993 à la p. 212.

19 Une seule citation suffit pour indiquer le ton de l'étude de Tunkin sur le sujet : « Dans le système socialiste international, non seulement la souveraineté des États, telle qu'elle est comprise en droit international général, est strictement respectée, mais de plus l'exercice des droits souverains, la défense de la souveraineté se trouvent effectivement garantis. » Tunkin, *supra* note 16 aux pp. 238, 239.

par Tunkin n'est en fait « rien d'autre qu'un outil soumis aux exigences de la politique officielle »[20].

Le cas de Bedjaoui est un peu différent ; ce qui frappe d'abord dans ses écrits, c'est le grand espoir qui y est mis dans le droit en tant que catalyseur du projet tiers-mondiste. En effet, et même si Bedjaoui fait remarquer qu'il est évidemment « assez naïf de penser que le droit international [puisse], à lui seul, devenir un hymne au changement et au développement »[21], il croit quand même (et toute son analyse s'appuie sur ce constat) que celui-ci est « chargé de contribuer au progrès de la communauté mondiale »[22]. Bedjaoui considère que c'est en grande partie grâce aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies que des changements sont susceptibles d'être apportés dans la sphère juridique, et ensuite dans les ordres social, politique et économique. Or, son analyse visant à démontrer le caractère contraignant de ces résolutions semble souvent plus rhétorique que juridique, et il est étonnant de constater que l'auteur ne fait jamais référence à l'analyse exhaustive et sérieuse qu'avait faite antérieurement sur le même sujet un auteur que l'on pourrait également qualifier de tiers-mondiste, Jorge Castañeda – dont d'autres travaux sont par ailleurs cités à quelques reprises par Bedjaoui. Quelques années plus tôt, dans le cadre du cours qu'il donnait à l'Académie de La Haye, Castañeda infirma le caractère contraignant de plusieurs des résolutions de l'Assemblée générale, contrairement à ce que cherchait à prouver Bedjaoui[23]. Bref, les analyses de Bedjaoui ressemblent davantage à une liste de vœux pieux qu'à une analyse véritablement scientifique et critique de l'état du droit international.

Enfin, s'il existe un point de comparaison entre les analyses de Tunkin et de Bedjaoui, ce commentaire pouvant convenir à la plupart des critiques épistémologiques ou substantives du droit international de l'époque, il s'agit de leur conception implicite commune de l'État. L'entité étatique y semble en mesure (et légitimée pour le faire!) de représenter correctement la totalité de sa population au regard d'engagements contraignants qui pourront, s'ils ne sont pas respectés, faire en sorte que soit engagée sa responsabilité internationale et, par conséquent et la plupart du temps, de l'ensemble de la population. Considérant que l'État est le principal sujet juridique du droit international, cette position n'est pas si étonnante de la part d'internationalistes. Cela dit, il n'aurait pas été dénué de pertinence que des auteurs apparemment critiques mettent en exergue le fait que les contraintes juridiques internationales soient d'abord et avant tout le fruit d'une structure sociale et politique où prédominent des relations de pouvoir qui influencent directement la « volonté » de l'État et les décisions qui s'y prennent. Cela étant, considérant le rôle qu'a tenu

---

[20] China Miéville, *Between Equal Rights : A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005 aux pp. 60 à 62.

[21] Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, Unesco, 1979 à la p. 117. On peut aussi citer ce passage où il affirme que « la dimension juridique est une résultante de la réalité sociale ou, si l'on veut, un " produit " du milieu social avec ses facteurs économiques, historiques, culturels et autres », *ibid.*, à la p. 108.

[22] *Ibid*.

[23] Jorge Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations Unies » (1970) 129 Rec. des Cours 205.

Mohammed Bedjaoui dans l'État algérien depuis les années soixante – en plus d'avoir été ministre des Affaires étrangères, il a notamment été ministre de la Justice –, ainsi que la répression alors exercée contre les juristes soviétiques qui se donnaient un peu trop de liberté intellectuelle (pensons notamment à Pasukanis, dont la carrière a pris fin lorsque ses écrits ont été jugés incompatibles avec la politique staliniste[24]), ce refus de déconstruire l'État était, pour ainsi dire, propre à leur époque et lié à leur situation.

Du point de vue de leur impact sur l'évolution de la société internationale, Mohammed Bedjaoui et Grigory Tunkin sont peut-être les deux internationalistes les plus importants du XX^e^ siècle : en tant que principaux « représentants » des deux courants théoriques offrant le plus grand potentiel critique, leurs écrits auraient pu avoir une répercussion majeure sur l'évolution de la doctrine. Or, il appert que l'analyse de Tunkin se soit au contraire avérée plus conservatrice que véritablement critique, et que les solutions proposées par Bedjaoui aient été idéalistes et, l'histoire pourra confirmer nos dires, visiblement prédestinée à l'échec, vu leur manque de conformité avec les véritables relations de pouvoir de l'époque. En tant que guides des tendances critiques, Bedjaoui et Tunkin entraînèrent probablement dans leur sillon un certain nombre d'auteurs qui auraient autrement pu développer une critique qui eût été *à la fois* radicalement progressiste *et* épistémologique, ce qui aurait peut-être été plus efficace pour assurer la transformation du droit international en un outil permettant d'atteindre une meilleure redistribution des richesses et des pouvoirs dans la société internationale ou transnationale.

C'est dans ce contexte que se développèrent au début des années quatre-vingts un certain nombre d'approches alternatives qui se distinguent des précédentes comme étant *à la fois* des critiques substantives radicales *et* des critiques épistémologiques du droit international. Évoquons d'abord la critique réaliste du formalisme juridique[25], centrale aux États-Unis depuis les années vingt et trente, voire depuis 1897[26], qui soutient essentiellement que l'« indétermination des règles » a pour conséquence que le droit est incapable d'offrir une réponse unique à un problème juridique particulier. Les juristes doivent ainsi profiter de ces « lacunes juridiques » pour remettre la justice sociale et les préoccupations de l'individu au centre du droit, et ce rôle échoit en premier lieu aux juges, puisque le droit n'est, professe cette critique, rien de plus que ce que les tribunaux en disent. Que le réalisme juridique ait ou non remplacé le formalisme comme théorie dominante aux États-Unis, question à laquelle il est difficile de répondre puisqu'on persiste, malgré cette empreinte importante du réalisme, à y mettre les règles « valides » au cœur de l'enseignement juridique, il n'en demeure pas moins qu'il y a fortement influencé la pensée juridique, internationaliste en premier lieu. Elle y demeure, comme Martti Koskenniemi le fait

---

[24] Michael Head, « The Rise and Fall of a Soviet Jurist : Evgeny Pashukanis and Stalinism » (2004) 17 Can. J.L. & Jur. 269.

[25] À titre d'exemple voir Karl Llewellyn, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step » (1930) 30 Colum. L. Rev. 431 et Karl Llewellyn, « Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound » (1931) 44 Harv. L. Rev. 1222.

[26] Oliver Wendell Holmes, « The Path of Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457.

remarquer, beaucoup plus « instrumentaliste » que la pensée de tradition européenne[27].

À partir des années soixante-dix, un certain nombre d'auteurs états-uniens ont repris l'idée de l'indétermination du droit pour la pousser plus loin, principalement sur deux aspects. D'une part, ils ont cherché à démontrer que l'indétermination ne résultait pas que de la « texture ouverte » de la règle, mais principalement du droit « en tant que système », et notamment du fait qu'à chaque argument (l'interdiction de l'usage de la force contre autrui) ou type d'argument (utopiste : la recherche de la justice sociale) pouvait être opposé un contre-argument (l'usage de la légitime défense) ou un argument d'un autre type (apologiste : le respect des obligations et du droit en général). D'autre part, ils ont tenté de nous convaincre que cette indétermination radicale ébranlait fortement les théories politiques libérales, qui requièrent l'existence de règles claires afin de pouvoir gérer les relations entre les concitoyens et le pouvoir public, ainsi que l'uniformité de l'application de la norme[28]. Or, antinomique avec l'exigence des règles claires, l'indétermination permet (voire rend inévitable) le recours à la subjectivité et aux préférences et préjugés politiques du juge[29], ce qui rend par conséquent impossible l'atteinte du second objectif.

C'est David Kennedy qui fut le premier à appliquer cette analyse au droit international[30]. Du propre aveu de Koskenniemi, l'analyse de Kennedy influença grandement la thèse qu'il soutint dans le livre qui le fit connaître, *From Apology to Utopia : The Structure of Legal Argument*[31], thèse résumée dans le premier chapitre de l'un des livres recensés dans cet essai. Si les noms de Kennedy et Koskenniemi sont si importants pour la critique du droit international, c'est en grande partie parce qu'autour d'eux se constitua un réseau d'auteurs cherchant à déconstruire le discours, la pratique et la compréhension historique du droit international[32]. Or, c'est l'importance de l'œuvre de Koskenniemi et la structure de son livre recensé ici qui commandent la suite de cet essai. Aussi, plutôt que de procéder de façon traditionnelle et de commenter les trois ouvrages les uns à la suite des autres, nous nous servirons de l'analyse de Koskenniemi comme support dans notre discussion des

---

27 Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, A. Pedone, 2007 aux pp. 409 et s. (préface de Brigitte Stern, avec présentation critique d'Emmanuelle Jouannet). [Koskenniemi, « Politique »].

28 Voir en particulier Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press; Londres, Collier Macmillan, 1975 ; Duncan Kennedy, « Legal Formality » (1973) 2 J. Legal Stud. 351 ; Duncan Kennedy, « The Structure of Blackstone's Commentaries » (1979) 28 Buff. L. Rev. 205.

29 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication : fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

30 David Kennedy, « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 German Yearbook of International Law 353 et David Kennedy, « The Sources of International Law » (1987) 2 Am. U.J. Int.'l L. & Pol'y. 1.

31 Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [Koskenniemi, « Apology »].

32 Pour une analyse beaucoup plus exhaustive des liens entre les nouvelles approches critiques du droit international (ou « NAIL » : « New Approaches to International Law »), voir David Kennedy, « When Renewal Repeats : Thinking Against the Box » (2000) 32 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 335.

livres de Miéville et d'Anghie. Nous débuterons en expliquant la thèse du droit comme « langue permettant de formuler des revendications », thèse assise sur celle de l'indétermination et qui nous permettra d'introduire adéquatement l'analyse du livre de China Miéville, dans lequel l'indétermination jouit d'un rôle primordial. Nous traiterons ensuite d'un second thème important du livre de Koskenniemi, celui des droits humains, qui nous conduira directement à la critique tiers-mondiste dont Anthony Anghie est l'un des principaux représentants. Enfin, une dernière partie de cet essai sera consacrée aux réflexions des trois auteurs sur leur perception du droit international, et plus spécifiquement sur la question de savoir s'il possède un quelconque potentiel émancipateur.

Si cette longue mise en contexte nous a semblé nécessaire, c'est afin de montrer à quel point la nouvelle critique est pertinente et se démarque des anciennes analyses en ce sens qu'elle est généralement *à la fois* épistémologique *et* substantivement radicale.

II. La thèse de l'indétermination au centre des nouvelles approches critiques

Résumée dans « Entre utopie et apologie : la politique du droit international »[33], la thèse soutenue dans *From Apology to Utopia* et qui fit connaître Martti Koskenniemi peut être résumée ainsi : le droit international est d'abord et avant tout une « langue » – dans le sens où l'entendait Saussure[34] –, langue qui permet aux juristes de formuler des revendications et de faire valoir des préférences personnelles ou celles de leurs clients dans une structure argumentative reconnue par leurs collègues et par la société[35]. Or, le propre de cette structure argumentative est d'être construite sur la base de règles et de principes qui s'opposent les uns aux autres, tout en étant tous également valides. Reprenant les termes d'abord utilisés par Duncan Kennedy, Koskenniemi soutient que les arguments qui expliquent le caractère contraignant des règles autant que les règles elles-mêmes (substantives, autant que celles prédestinées à encadrer l'interprétation des premières) sont organisés autour de pôles *apologiste* et *utopiste*. La nature contraignante du pôle apologiste résulte de son rapprochement avec la volonté et le comportement des États, tandis que le pôle utopiste s'avère contraignant parce qu'il représente un idéal de nature extra-juridique. Cela a pour résultat qu'à chaque fois qu'une partie évoque une règle ou un principe

---

33 Koksenniemi, « Politique », *supra* note 27 aux pp. 51 et s.

34 Voir par ex. : Ferdinand de Saussure, *Écrits de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 2002.

35 Comme il l'explique dans cette célèbre lettre envoyée à Anne-Marie Slaughter et Steven Ratner, qui organisaient un symposium sur les différentes méthodes utilisées en droit international, lettre dans laquelle il défendait cette idée que l'argumentation juridique permet la défense de n'importe quel argument, tant que l'argumentation est articulée de façon rigoureuse : « *Learning to speak that language [i.e. the legal language]* [is] *the key to legal compence*. (Apprendre à parler un tel langage [c.-à-d. le langage juridique] [est] la clef des compétences juridiques) [Notre traduction] » Koskenniemi, « Letters to Editors », *supra* note 1 à la p. 355.

apologiste, l'autre partie peut évoquer une contre-règle ou un contre-principe utopiste afin de contrecarrer l'argument de son adversaire.

L'opposition entre ces deux types de règles pose des problèmes importants lorsqu'il s'agit d'expliquer la nature contraignante du droit international. D'une part, un argument apologiste explique celui-ci par le fait que les États *acceptent* d'être contraints par une règle ; d'autre part, un argument utopiste l'explique parce que la justice, l'équité ou d'autres standards extra-juridiques de ce type exigent que certains comportements soient prescrits ou rendus obligatoires pour les États. Malheureusement, les arguments apologistes sont incapables d'expliquer pourquoi la volonté de l'État peut permettre à une règle de devenir contraignante envers celui-ci et à l'inverse, les arguments utopistes n'expliquent pas *pourquoi* certaines règles plutôt que d'autres devraient être observées par les États. En fait, pour répondre à ces questions, les deux types d'arguments doivent faire appel à des arguments *de l'autre type*. Par exemple, pour expliquer que la volonté de l'État puisse permettre de rendre une règle contraignante, les arguments apologistes ont recours à un argument utopiste, c'est-à-dire qu'ils doivent expliquer qu'il est juste et équitable de respecter une règle qu'on a promis de respecter. Au contraire, pour que les arguments utopistes puissent justifier que telles ou telles règles soient contraignantes, ils doivent avoir recours à la volonté de l'État, parce que ce sera lui qui, en dernier ressort, décidera quelles règles seront obligatoires.

La dynamique demeure la même au moment de l'argumentation juridique. À chaque fois qu'une partie cherchera à convaincre un organe juridictionnel qu'une partie adverse est contrainte par une règle, elle aura recours à la règle *pacta sunt servanda* et tentera de montrer que l'autre avait consenti à être contrainte par une règle substantive ; voilà qui constitue un argument apologiste, fondé sur l'exercice de la souveraineté. Cette autre partie pourra néanmoins avoir recours à la règle *rebus sic stantibus* pour montrer que son consentement ne tient plus à cause de changements fondamentaux de circonstances, ce qui constitue en soi un argument utopiste – la justice exige qu'on ne soit plus contraint par une règle si des changements substantiels de circonstances surviennent. Pour expliquer que la règle *pacta sunt servanda* puisse être contraignante, la première partie devra compter sur un argument utopiste, c'est-à-dire expliquer qu'il est juste que les États respectent leurs engagements. L'autre partie devra en revanche utiliser un argument apologiste pour soutenir son utilisation du principe *rebus sic stantibus*, arguant que son consentement présumait que des changements fondamentaux de circonstances la libéreraient de son engagement.

Les deux parties à un différend pourront ainsi se répondre sans arrêt. Finalement, ce seront les préférences politiques du tribunal qui constitueront les facteurs les plus importants de la constitution de la décision. Or, une question demeure : si les règles n'ont pas suffisamment d'influence sur les décisions juridictionnelles, comment pouvons-nous expliquer que celles-ci soient néanmoins souvent prévisibles? Koskenniemi répond à cette question en désignant ce qu'il est maintenant devenu commun d'appeler les « biais structurels ».

L'indétermination de la structure argumentative esquissée plus haut implique que ces positions privilégiées ne s'expliquent qu'en raison des tendances particulières et des préférences substantives non juridiques des institutions en question (sans pour autant dire qu'il y a mauvaise foi ou manipulation). Si les arguments sont indéterminés, il faut trouver quelque structure à l'intérieur de laquelle la décision (l'interprétation, la doctrine, etc.) semble cohérente et bien justifiée. Cette cohérence est une structure *de facto* que l'on peut appeler la tendance structurelle ou institutionnelle, où réside la politique du droit international, une tendance ou un préjugé qui résulte – et peut seulement résulter – de facteurs au-delà du droit, mais sans lequel l'objectivité juridique (au sens des décisions des juristes) serait impossible[36].

Ainsi, cette indétermination fait en sorte que ce n'est plus d'abord et avant tout le corpus juridique du droit international qui est le facteur primordial des décisions juridictionnelles, mais bien les préférences substantives structurelles qui influencent les institutions au moment de la prise de décision.

Évidemment, et Koskenniemi reprend là les analyses de Roberto Unger et de Duncan Kennedy, ce glissement de la règle vers de telles préférences non-juridiques a un effet direct sur la pensée théorique du droit international d'influence libérale. En effet, elle présuppose que l'établissement de la primauté du droit entre les États demeure la meilleure façon de régler leurs relations ou de « gérer leurs passions », pour reprendre une expression propre aux libéraux. Or, comme Koskenniemi le fait remarquer, « [l]'organisation de la société par le biais de règles juridiques repose sur une idée simple : la présupposition que ces règles sont 'objectives' contrairement aux idées 'subjectives' ou aux préférences politiques de chacun »[37]. Évidemment, le constat selon lequel les décisions des institutions sont davantage le fruit des préférences de celles-ci que de l'interaction des règles et des faits sociaux, voire de leur application déductive, a pour effet d'invalider complètement les fondements théoriques mêmes du droit international.

Cette thèse de l'indétermination totale de l'ordre juridique est d'une importance primordiale pour cette nouvelle génération d'internationalistes critiques, dont un très grand nombre ressent l'obligation de se positionner face à elle. Cette thèse se retrouve d'ailleurs au cœur de l'analyse de Miéville, qui prend cependant certaines distances par rapport à Koskenniemi, qu'il critique du fait de l'« idéalisme » de sa théorie. Tout en adhérant totalement à l'idée selon laquelle « *for every claim there is a counter-claim* […] ([p]our chaque revendication il y a une contre-revendication) [Notre traduction] »[38], Miéville puise plutôt dans la tradition marxiste pour donner une explication matérialiste à l'indétermination et à l'interprétation d'autorité qui finit néanmoins par donner un certain contenu au droit international. Plus précisément, c'est dans les relations sociales et les rapports de pouvoir qu'il croit pouvoir donner une explication à la façon dont le droit indéterminé sera interprété.

---

36 Koskenniemi, « Politique », *supra* note 27 aux pp. 95, 96.
37 *Ibid.*, à la p. 56.
38 Miéville, *supra* note 20 à la p. 281.

Pour lui, l'élément le plus important d'un ordre juridique est la forme juridique de celui-ci, concept repris de l'analyse que faisait Evegeny Pasukanis dans les années vingt. Miéville explique ainsi la signification et l'importance de ce concept chez cet auteur :

> *Pashukanis's argument is that in commodity exchange, each commodity must be the private property of its owner, freely given in return for the other. In their fundamental form commodities exchange at a rate determined by their exchange value, not because of some external reason or because one party to the exchange demands it. Therefore, each agent in the exchange must be i) an owner of private property, and ii) formally equal to the other agent(s). Without these conditions, what occurred would not be commodity exchange. The legal form is the* necessary form *taken by the relation between these formally equal owner of exchange values.*[39]

Or, cette égalité n'est bien évidemment que juridique, et elle ne prend pas en considération les inégalités de faits qui influencent les relations d'échange entre les sujets juridiquement égaux. Cette distinction entre égalité juridique et inégalité formelle prend tout son sens lorsqu'on cherche à comprendre de quelle façon sont constituées les interprétations qui deviendront dominantes, c'est-à-dire celles qui détermineront de quelle façon sera appliqué le droit international. Selon Miéville, le fait que le droit international soit indéterminé et qu'il n'existe pas de force suprême pouvant en donner des interprétations d'autorité fait en sorte que ce sont les États eux-mêmes qui sont chargés de l'interpréter, et que ce sont ces interprétations dominantes qui finiront par donner effet au droit international. Ainsi, en dernier lieu, « [i]*nternational law* […] *is not a fixed set of rules but a* way of deciding the rules[40] ([l]e droit international […] n'est pas un ensemble défini de règles mais *une façon de décider des règles*) [Notre traduction] ». Or, faisant sienne la thèse de l'indétermination radicale et estimant que tout peut être soutenu au regard du droit international[41], Miéville en vient à la conclusion qu'il n'est plus pertinent de parler d'action « légale » ou « illégale » et qu'il faut maintenant plutôt voir de quelle façon un État est en mesure de faire reconnaître ses interprétations par les autres États, explication qui le rapproche énormément de Koskenniemi. Puisque la caractéristique principale du droit international actuel est que les sujets fondamentaux sont les États souverains et égaux, « […] *which face each other as property owners, each with the*

---

[39] [Traduction] L'argument de Pasukanis est que dans l'échange marchand, chaque marchandise doit être la propriété privée de son propriétaire et être donnée librement en retour d'une autre marchandise. Dans leur forme fondamentale, les marchandises s'échangent à un taux déterminé par leur valeur d'échange, à cause de certaines raisons externes ou parce que l'une des parties impliquées le demande. Ainsi, chaque agent à cet échange doit être i) un propriétaire d'une partie privée, et ii) formellement égal à (aux) l'autre(s) agent(s). Sans ces conditions, ce qui se passe ne pourrait pas être un échange marchand. La forme juridique est la *forme nécessaire* prise par la relation entre ces propriétaires formellement égaux de valeur d'échange. *Ibid.*, à la p. 78.

[40] *Ibid.*, à la p. 151. D'une façon qui peut sembler *a priori* surprenante mais qui se défend compte tenu de son argumentation, Miéville se rapproche de McDougall pour expliquer que le droit est un processus plutôt qu'un ensemble fixe de règles.

[41] *Ibid.*, aux pp. 271 à 281.

sole proprietary ownership over their own territory, just as legal subjects in domestic law face each other as owners of commodities ([…] qui se font face mutuellement en tant que propriétaires exclusifs sur leur propre territoire, comme les sujets de droit national qui se font face en tant que propriétaires de marchandises) [Notre traduction] »[42] et cela, dans un système juridique dépourvu d'arbitre habilité à gérer les intérêts opposés, la violence de ce système juridique demeure entre les mains de chacun de ses acteurs et ce sont donc les interprétations des plus puissants d'entre eux qui seront retenues pour être mises en application. Rappelant cette phrase de Marx : « [b]*etween equal rights, force decides* ([e]ntre des droits égaux, la force décide) »[43], Miéville conclut que les États les plus forts sont en mesure d'imposer leur propre interprétation du droit et de décider du véritable contenu de l'ordre juridique international. Par ailleurs, si, comme dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[44], des interprétations sont rendues contre l'impérialisme, il lui sera loisible de faire en sorte qu'elles ne soient jamais mises en œuvre, et d'affirmer qu'il a effectivement violé le droit afin de protéger les valeurs qui en sont le fondement. Par conséquent, et il s'agit là d'une question qui sera au centre de la quatrième partie de cet essai, Miéville en vient à nier tout potentiel progressiste au droit international.

Nous aborderons les enjeux reliés à une vision aussi pessimiste du droit international dans la dernière partie de cet essai, mais nous commenterons d'abord brièvement la thèse de l'indétermination radicale et absolue élaborée par Koskenniemi et reprise par Miéville. D'entrée de jeu, bien que séduisante en théorie, la thèse de l'indétermination absolue semble difficile à défendre dès lors que l'on replace le droit dans un contexte social et idéologique. Bien sûr, elle demeure susceptible d'être attaquée par la critique du « cas facile », qui soutient que dès que l'on trouve un seul cas où une seule réponse peut être donnée, on doit abandonner l'idée de l'indétermination absolue. De tels exemples sont aisés à identifier et un seul exemple suffira pour le prouver : n'importe quel juriste internationaliste sera d'accord pour dire que la Cour internationale de justice ne pourrait, dans l'état actuel des choses, se reconnaître compétente pour juger d'une affaire qui serait portée par *Human Rights Watch* contre les États-Unis concernant les prisonniers de Guantanamo Bay et ce, non pas parce que, comme Miéville le laisse entendre, l'interprétation du plus fort – celle des États-Unis – serait retenue, mais tout simplement parce que l'article 34 (1) du *Statut* de la Cour[45] ne lui donne aucune marge de manœuvre pour agir autrement.

Cela dit, l'argumentaire de Koskenniemi et Miéville est beaucoup trop complexe pour qu'on s'en tienne à une telle critique. En fait, on devra plutôt avoir

---

42 *Ibid.*, aux pp. 291, 292.

43 Karl Marx, *Capital*, vol. 1, Londres, Penguin, 1976 à la p. 344 dans *ibid.*, à la p. 292.

44 *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), [1986] C.I.J. rec. 14.

45 Qui se lit ainsi : « Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour ». *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 1 R.T.N.U. xvi, R.T. Can 1945 n° 7, art. 34 (1) (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

recours à l'un des critiques les plus articulés de Saussure (dont la linguistique structuraliste constitue l'un des fondements avoués de la thèse), Mikhail Bakthine, qui reprochait au système saussurien de ne pas prendre suffisamment en considération le contexte social et idéologique de la communication. À l'opposé de Saussure, Bakhtine croyait que la langue ne devait pas uniquement être étudiée en tant que système fixe et immuable, tel que le fait la linguistique synchronique, système codifiant les consensus sociaux autour de relations entre signifiants et signifiés, ou en fonction de la façon d'agencer ces signifiants dans une phrase pour comprendre le fonctionnement d'une langue à un moment précis. Bakthine estimait qu'elle devait également être étudiée au regard de son utilisation dans un contexte social (c'est-à-dire entre le locuteur et l'auditeur) et dans un contexte idéologique particulier.

Ainsi, l'élément qui fait de la forme linguistique un signe n'est pas son identité comme signal mais sa mutabilité spécifique ; ce n'est pas le fait d'identifier le signal, mais le fait de comprendre le mot dans son sens particulier, c'est-à-dire de saisir l'orientation qui est donnée au mot par un contexte et une situation précise, une orientation vers l'évolution et non vers l'immobilisme[46].

La prise en compte de ce contexte est d'ailleurs au centre de la compréhension qu'a Koskenniemi du droit et de son interprétation, puisqu'il affirme que si on peut parfois prévoir le résultat d'un différend, c'est à cause des préférences politiques des décideurs, ce que Koskenniemi appelle ailleurs les « biais structurels » de la discipline[47] et dont on peut dire qu'ils sont en grande partie idéologiques et peuvent être assimilés au contexte dont nous parle Bakhtine. Dit d'une autre façon, ces biais structurels seraient parties prenantes du contexte idéologique qui influencerait les interprètes au moment de leurs décisions. Or, nous serions portés à penser que ces biais structurels sont parfois tellement importants qu'ils en viennent à faire partie du droit, c'est-à-dire qu'ils ont pour effet d'*exclure* des interprétations de la gamme des possibilités qui s'offraient théoriquement aux interprètes.

À titre d'exemple, dans l'état actuel des choses, la question de savoir si les interventions humanitaires sont permises pour empêcher des exactions contre les populations civiles met face à face deux positions répondant très bien aux catégories proposées par Koskenniemi. La première de ces positions peut être qualifiée d'apologiste et affirme que le principe de souveraineté empêche de telles interventions, tandis que la position utopiste table plutôt sur des idéaux de justice et de respect des droits humains en affirmant que de telles interventions sont permises. Dans ce cas bien précis, il est fort probable que ce soit l'interprétation du plus fort, comme le pense Miéville, qui finira par être retenue comme étant l'interprétation d'autorité ; la thèse proposée par Koskenniemi prend alors tout son sens.

---

[46] Michael Bakhtine, *Le marxisme et la philosophie du langage : essai d'application de la méthode sociologique en linguistique*, Paris, Éditions de Minuit, 1977 à la p. 101.

[47] Koskenniemi, « Apology », *supra* note 31 à la p. 615.

Dans la même perspective, dans les affaires *CMS Gaz c. Argentine*[48] et *LG & E c. Argentine*[49], la question était entre autres de savoir si l'état de nécessité pouvait justifier que la responsabilité internationale de l'Argentine soit désengagée, même si les deux tribunaux avaient conclu que les mesures de cet État étaient contraires à ses obligations internationales ; une fois de plus, il apparut que l'une comme l'autre des deux positions pouvaient être soutenues. Les deux tribunaux firent d'ailleurs la preuve que cette possibilité existait dans la mesure où, alors que le tribunal avait rejeté la défense argentine dans *CMS*, celui dans *LG & E* l'avait acceptée pour une période d'environ deux ans et demi, désengageant ainsi la responsabilité juridique du pays pour cette période. Cela dit, on pourrait fort bien imaginer des situations où une telle défense ou une autre du même type – telle la force majeure, la détresse, ou encore le changement fondamental de circonstances –, bien qu'utilisable en théorie, ne pourrait l'être dans les faits, son contexte social excluant la possibilité d'avoir recours à une telle défense en raison de la compréhension intersubjective de l'un ou de l'autre de ces moyens de défense. Par exemple, qui oserait affirmer qu'un tribunal pourrait accueillir une défense fondée sur l'état de nécessité, dans la situation où un État aurait violé les obligations d'un traité d'investissement afin de sauver une ferme familiale employant une demi-douzaine de personnes?

Bref, si le contexte social et idéologique fait partie du langage et ne peut être laissé de côté lorsqu'on élabore une théorie linguistique, il ne doit pas l'être non plus lorsqu'on réfléchit à une théorie du droit et à une théorie de l'interprétation. Par conséquent, on doit accepter que certaines conceptions dominantes de la formation idéologique dans laquelle un tribunal a compétence fassent partie du droit *parce que ce sont elles qui donnent un sens concret à ses règles et à la relation entre celles-ci*. Dit d'une autre façon, le droit ne doit pas être pris en dehors de son contexte social et idéologique, parce qu'il devient alors radicalement et absolument indéterminé. Replacée dans ce contexte, la relation entre les règles de droit s'éclaircit partiellement et l'indétermination cesse d'être absolue pour ne devenir que relative, permettant ainsi au droit de donner *certaines* indications relatives sur les comportements à adopter, lui permettant de reprendre son importance dans les luttes politiques et sociales.

III. La politique des droits : Koskenniemi, Anghie et les TWAIL

La thèse des arguments et des contre-arguments de Koskenniemi a d'importantes implications sur son appréciation des droits humains ou, plus précisément, de la « politique » de ceux-ci, mais avant d'aborder la façon dont il approche cette problématique, nous ferons un détour par la thèse soutenue par Anthony Anghie laquelle, sans porter directement sur ce sujet, évoque quand même les effets de leur « imposition » dans les pays du Tiers-monde. L'analyse du livre

---

[48] *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine (fond)* (2005), Affaire n° ARB/01/8 (CIRDI), sentence du 12 mai 2005, 44 I.L.M. 1205.

[49] *LG&E c. Argentine (fond)* (2004), Affaire n° ARB/02/1, en ligne : Investment Treaty Arbitration <http://ita.lae.uvic.ca/documents/LGEEnglish_006.pdf >.

d'Anghie nous permettra d'abord de traiter brièvement des « nouvelles » approches tiers-mondistes.

C'est en 1997 qu'eut lieu à l'Université Harvard la première conférence des « Third World Approaches to International Law » (TWAIL), qui avait comme double objectif de « regrouper les chercheurs concernés par les défis et les opportunités auxquels est actuellement confronté le Tiers-monde et [de] dénoncer une doctrine dominante qui [...] participe à légitimer un processus global de marginalisation des peuples du Tiers-monde »[50]. Deux autres de ces conférences eurent lieu en 2001 à l'Université Osgoode Hall et en 2007 à l'Université d'Albany[51], et les internationalistes qui, d'une façon ou d'une autre, montrèrent leur rattachement intellectuel à ce courant, furent particulièrement prolifiques au cours des dernières années[52].

Avant d'aborder le sujet qui nous intéresse, nous expliquerons d'abord brièvement le choix de l'utilisation du terme « Tiers-monde ». Préféré à d'autres tels que « pays en développement » ou « pays du Sud », le terme Tiers-monde se réfère directement à un ensemble de relations sociales et de rapports de domination, principalement le colonialisme et le néo-colonialisme, qui constituent le fondement de la situation vécue par les populations qui y évoluent. Pour reprendre les mots de Mutua,

> [t]*he term* Third World *is different from* less-developed, crisis-prone, industrializing, developing, underdeveloped*, or* the South *because it correctly captures the oppositional dialectic between European and non-Eureopean, and identifies the plunder of the latter by the former.*[53]([l]e terme *Tiers-monde* est différent de *moins développés, enclins aux crises, en voie d'industrialisation, en voie de développement, sous-développés* ou *le Sud*, parce qu'il rapporte correctement l'opposition dialectique entre Européens et non-Européens et qu'il identifie le pillage des derniers par les premiers). [Notre traduction]

Une fois cette assise linguistique explicitée, il importe de clarifier un certain nombre de différences importantes existant entre les approches tiers-mondistes actuelles, que certains qualifient de « TWAIL II », et celles qui furent développées à partir des indépendances, les « TWAIL I », dont Bedjaoui s'avéra être l'un des principaux porte-étendards. Les approches contemporaines font une critique de la vision unitaire et nationale de l'État post-colonial et notamment « […] *of the process of its formation and its resort to violence and authoritarianism* ([…] de son processus

---

50 Martin Gallié, « Introduction aux Third World Approaches to International Law » (2008) 39 *Études internationales* 17 à la p. 17.

51 *Ibid*.

52 Pour un aperçu plus large des écrits de ces auteurs on pourra, en plus des ouvrages cités dans cet essai, consulter Anthony Anghie *et al.* dir., *The Third World and International Order : Law, Politics and Globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003 , ainsi que deux numéros spéciaux (2006) 27 Third World Quarterly aux pp. 707 à 957 et (2005) 43 Osgoode Hall L.J. 1 aux pp. 1 à 190.

53 Makau Mutua, « What is TWAIL? » (2000) 94 Am. Soc. Int'l L. Proc. 31 à la p. 35.

de formation et de son recours à la violence et à l'autoritarisme) [Notre traduction] »[54] afin de donner davantage de pouvoir aux groupes opprimés de ces sociétés ; de leur côté, leurs prédécesseurs s'étaient davantage attardés à une vision nationaliste, où l'émancipation à obtenir était celle de l'État nation souverain. Une telle perspective a permis à certains de mettre l'accent sur la façon dont la résistance à l'État ou aux institutions internationales pouvait, d'une certaine façon, façonner la pratique et la mise en œuvre du droit international[55]. Qui plus est, les approches contemporaines s'attardent davantage que les TWAIL I à *déconstruire* les fondements théoriques du droit international et cherchent à mettre en exergue la façon dont la « rencontre coloniale » constitue le fondement même de celui-ci, soutenant que plusieurs des concepts du droit international, dont celui de souveraineté, ont été conçus afin de justifier le colonialisme. Ce constat les a fait adopter une attitude beaucoup moins optimiste des possibilités véritables de réformer le droit international que leurs prédécesseurs[56].

C'est précisément ce genre d'analyse qui est au cœur de la thèse développée par Anghie dans *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*[57]. Selon lui, le droit international a, dès l'époque de ses pères fondateurs, et particulièrement à partir de Vitoria, été fondé afin de définir les relations entre les Européens et les non-Européens, dans un contexte de confrontation coloniale. En d'autres mots, avant même de chercher à définir les relations entre les États, le droit international a cherché à régir les relations entre les civilisations, à asservir les peuples du Tiers-monde aux intérêts des Européens et des Occidentaux, et à s'assurer que ces derniers puissent toujours commercer avec les premiers. Tout au long de son ouvrage, Anghie utilise comme exemple le concept de « souveraineté », en cherchant à démontrer comment, d'une part, il fut perçu et forgé par la doctrine de manière à légitimer la conquête coloniale et, d'autre part, comment il fut analytiquement constitué de façon à avoir des effets différents et que soit exercée différemment la souveraineté par les États occidentaux et par ceux du Tiers-monde.

Concernant le premier de ces deux aspects, Anghie explique qu'afin de justifier les agressions coloniales sans que les sociétés agressées puissent se prévaloir du droit international, la doctrine a été forcée de nier la souveraineté à celles-ci afin que l'affrontement colonial se fasse, non pas entre États souverains égaux, mais entre États souverains (européens) et États non-souverains (non-européens). Pour ce faire, on a eu recours à la distinction entre les États « civilisés » et « non-civilisés », distinction que l'on a d'abord définie en fonction du contrôle sur le territoire. Ce premier critère posait toutefois problème, parce que plusieurs régions coloniales se trouvaient sous le contrôle effectif d'un souverain : les positivistes ont donc dû réagir

---

54 Anthony Anghie et B.S. Chimni, « Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts » (2003) 2 Chinese Journal of International Law 77 à la p. 83 [Anghie et Chimni, « Third World Approaches »].

55 Balakrishnan Rajagopal, « From Resistance to Renewal : The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions » (2000) 41 Harv. Int'l L.J. 529.

56 Anghie et Chimni, « Third World Approaches », *supra* note 54, aux pp. 82 à 87.

57 Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

en admettant que même si l'État était formellement sous la domination d'un souverain, il ne pouvait faire partie de la « famille des nations » à moins de partager certaines caractéristiques avec les nations européennes. Ces critères furent établis comme étant principalement l'existence de droit en fonction de la définition analytique austinienne ; c'est donc dire que, bien que possédant un système juridique, des nations non-européennes se virent dans bien des cas refuser l'adhésion à la « famille des nations » sous le prétexte que leur système de droit était trop différent des systèmes européens pour que l'on puisse avoir des contacts avec elles[58].

Cela dit, le refus d'accorder la souveraineté aux nations non-européennes s'avérait également problématique, car des traités qui principalement consacraient des cessions de territoire et établissaient des régimes de capitulation étaient bien souvent conclus avec les « souverains » de ces territoires. Il fallait donc imaginer une façon de justifier le fait que l'« absence » de souverain permettait parfois la conquête, alors que dans d'autres occasions, l'acquisition de territoire se faisait par l'entremise d'un traité conclu avec le souverain. C'est ainsi que se constitua progressivement la « doctrine de la reconnaissance », qui permit aux Européens de déterminer en les « reconnaissant » les peuples pouvant jouir de la souveraineté – dont les souverains étaient en mesure de conclure des traités de cession de territoire – de ceux qui ne le pouvaient pas et dont les territoires devaient être pris par la force[59].

Cette théorie de la reconnaissance est maintenant au cœur du droit international, en ce sens que seul ce qui est reconnu fait partie de l'ordre juridique international. Selon Anghie,

> [*the*] *recognition doctrine was not merely, or even primarily, about ascertaining or establishing the legal status of the entity under scrutiny; rather it was about affirming the power of European states to claim sovereignty, to reinforce their authority to make such determinations and, consequently, to make sovereignty a possession that they could then proceed to dispense, deny, create or partially grant. The history of sovereignty doctrine in the nineteenth century, then, is a history of the processes by which European states, by developing a complex vocabulary of cultural and racial discrimination, set about establishing and presiding over a system of authority by which they could develop the powers to determine who is and is not sovereign.*[60]

---

[58] Toute l'ironie de cette gymnastique intellectuelle réside dans le fait que les internationalistes de l'époque cherchaient à justifier l'existence du droit international qui ne possédait pas les caractéristiques austinienne du droit, Austin lui-même niant que le droit international fût du droit « à proprement parler ». *Ibid.* aux pp. 52 à 65.

[59] *Ibid.* aux pp. 67 et s.

[60] [Traduction] [la] doctrine de la reconnaissance ne cherchait pas uniquement, ou même principalement, à assurer ou à clarifier le statut juridique des entités. Elle cherchait plutôt à affirmer la capacité des États européens à établir les critères nécessaires à la souveraineté, à renforcer leur autorité sur cette détermination et, par conséquent, à faire de la souveraineté une caractéristique qu'ils pouvaient désormais distribuer, nier, créer ou accorder de façon partielle. Ainsi, l'histoire de la souveraineté au XIX^{e} siècle est-elle l'histoire d'un processus par lequel les États européens, en développant un vocabulaire complexe de discriminations culturelles et raciales, ont établi et présidé un système d'autorité par lequel ils ont pu déterminer qui était et qui n'était pas souverain. *Ibid.* à la p. 100.

Cette négation de la souveraineté se transforma progressivement, passant des tutelles du système des mandats de la Société des nations à une application différenciée de celle-ci à partir des années soixante, caractérisées par la vague des indépendances. Ces années, fait remarquer Anghie, furent marquées par les revendications des pays du Tiers-monde concernant la possibilité de jouir véritablement de leur souveraineté, notamment dans le domaine économique. Ce fut l'époque, on s'en souvient, des résolutions sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles[61] et de celles faisant la promotion de la mise en place d'un « Nouvel ordre économique international »[62] à l'Assemblée générale des Nations unies. Ces demandes des pays du Tiers-monde, on le sait maintenant, n'eurent qu'un impact extrêmement mitigé sur la possibilité véritable d'exercer cette souveraineté ; Anghie fait plutôt remarquer que parallèlement à elles se développèrent certains domaines et certaines institutions du droit international qui eurent au contraire pour effet de restreindre la possibilité pour les États de ce regroupement d'exercer véritablement leur souveraineté nouvellement conquise. C'est ainsi qu'apparut dans la doctrine et dans certains arbitrages célèbres l'idée d'un droit dit « transnational », faisant en sorte que soient internationalisés les contrats conclus entre les États du Tiers-monde[63] et les entreprises multinationales, et que les principes généraux de droit commencèrent à être utilisés dans certains arbitrages contre ces États, afin que le droit utilisé soit celui des pays occidentaux plutôt que celui des États du Tiers-monde parties au différend. Dans les deux cas, l'effet fut de retirer certains domaines importants de la sphère économique du champ dans lequel les États étaient en mesure d'intervenir et d'exercer leur souveraineté, ainsi que de restreindre de manière importante la possibilité effective de jouir de celle-ci.

De la même manière, les années quatre-vingts et quatre-vingt-dix furent marquées par la mondialisation[64] ; Anghie cherche à montrer que les liens entre elle et

---

61 Voir : *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés. AG 1803 (XVII), Doc. Off. AG NU A/RES/1803 (1962) 15.

62 Voir : *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés. AG 3200 (S-VI), Doc. Off. AG NU A/9556 (1974) 3, *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés. AG 3202 (S-VI), Doc. Off. A/9556 (1974) 5 et *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés. 3281 (XXIX), Doc. Off. AG NU A/RES/3281 (1974) 53.

63 « *What is equally clear, then, is that while the international law of contracts was proclaimed to be universal, it was a law which specifically devised to deal with a type of agreement to which only Third World states were parties – i.e. economic development agreements.* (Ce qui était également clair, c'est que le droit international des contrats qui se voyait qualifié d'universel était un droit qui était spécialement dessiné pour gérer un type de contrat dont seuls les pays du Tiers-monde étaient parties – c'est-à-dire les accords de développement économique) [Notre traduction] » Anghie, supra note 57 à la p. 238.

64 Concept que plusieurs acceptent étonnement sans remise en question, mais qui demeure au cœur de certains débats autant en science politique qu'en économie, en sociologie et en droit international. Quoi qu'il en soit, Anghie utilise ce terme pour décrire « ([…] *an economic phenomenon* [consisting of] *the internationalization of production and financial services. For the Third World, more specifically, globalization has signified the dominance of neo-liberal economic policies, the " Washington Consensus ", promoting privatization and liberalization; there policies have been forcefully advanced*

la promotion de la « bonne gouvernance », fondée sur le respect, ainsi que la mise en œuvre des droits humains eurent comme conséquence de restreindre une fois de plus la capacité des États du Tiers-monde à exercer pleinement leur souveraineté. Pour lui, l'obligation qui fut imposée à ces États, principalement par les institutions financières internationales, soit le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale, avait pour objectif « [the] *reproducting in the Third World* [of] *a set of principles and institutions which are seen as having been perfected in the West, and which the non-European world must adopt if it is to make progress and achieve stability* ([la] reproduction dans le Tiers-monde d'un ensemble de principes et d'institutions qui furent perfectionnés en Occident et que le monde non-Européen se devait d'adopter s'il voulait faire des progrès et atteindre une certaine stabilité) [Notre traduction] »[65]. Cette imposition de la bonne gouvernance et des droits humains, d'origine occidentale et libérale, a de nouveau pour effet, soutient l'auteur, de restreindre la capacité qu'ont les États du Tiers-monde de profiter de leur souveraineté.

Ces commentaires s'insèrent dans un ensemble de critiques formulées à l'encontre des droits humains par les académiques associés aux CLS[66] et aux TWAIL[67], critiques auxquelles Koskenniemi apporte une contribution importante dans deux textes présentés aux chapitres quatre et cinq du livre recensé[68].

Le point de départ de la critique de Koskenniemi est une remise en contexte des droits dans les théories politiques libérales. Dans celles-ci, le passage de l'état de nature à la société politique et la remise subséquente d'une grande part de la liberté de l'individu entre les mains du pouvoir constitué implique que cette liberté sera tributaire des aléas des luttes politiques pour le contrôle du pouvoir, luttes qui risquent fort de dégénérer en affrontements pour la prépondérance de certains intérêts particuliers. Or, dans ce conflit politique, les plus faibles sont passibles de ne jamais sortir gagnants, et les droits ont pour fonction de faire sortir de la sphère politique un certain nombre d'intérêts que l'on pourrait qualifier de « fondamentaux », afin que ceux-ci ne soient jamais soumis à ces luttes politiques. Les droits deviennent donc

---

by the three major international economic institutions, the World Trade Organization (WTO), the World Bank (hereafter, " the Bank ") and the International Monetary Fund (FMI). ([…] le phénomène économique [qui consiste en] l'internationalisation de la production et des services financiers. Pour le Tiers-monde en particulier, la mondialisation a signifié la prédominance des politiques néo-libérales, le " compromis de Washington ", faisant la promotion de la privatisation et de la libéralisation ; ces politiques ayant été promues férocement par les trois principales institutions économiques internationales que sont l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Banque mondiale (ci-après " la Banque ") et le Fonds monétaire international (FMI)) [Notre traduction] » *Ibid.* à la p. 245.

65 *Ibid*. à la p. 249.

66 Voir par ex. Duncan Kennedy, *supra* note 29 aux pp. 299 à 338. Chez les internationalistes voir David Kennedy, « The International Human Rights Movement : Part of the Problem? » (2002) 15 Harv. Hum. Rts. J. 101.

67 Voir Makau Mutua, « The Ideology of Human Rights » (1996) 36 Va. J. Int'l L. 589 et Makau Mutua, « Savages, Victimes, and Saviors : The Metaphor of Human Rights » (2001) 42 Harv. Int'l L.J. 201 [Mutua, « Savages »]. Pour une analyse d'un académicien proche des TWAIL mais beaucoup plus optimiste que Mutua, voir Obiora Okafor, *The African Human Rights System : Activist Forces and International Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 [Okafor, « African Human Rights System »].

68 Koskenniemi, « Politique », *supra* note 27 aux pp. 175 et s. et 203 et s.

apolitiques, c'est-à-dire protégés contre les changements législatifs qui pourraient survenir du fait qu'un groupe aux intérêts particuliers et contraires à ces droits prenne le pouvoir. Pourtant, fait remarquer l'auteur, certaines caractéristiques des droits font en sorte que, contrairement à ce que laissent envisager ces théories politiques libérales, les droits *sont* politiques, et leur application dépend toujours des préférences de celui à qui revient de les appliquer concrètement.

Cette intrusion du politique dans les droits se fait principalement de quatre manières[69]. Elle intervient premièrement au moment de la « constitution du champ normatif », c'est-à-dire lors de la détermination de la question de savoir si une revendication particulière sera ou non traitée du point de vue des droits plutôt qu'en regard du développement économique ou de la sécurité nationale. On l'observe ensuite du fait que les droits sont contradictoires et que certains d'entre eux peuvent être irréconciliables avec la réalisation de certains autres – on pourra prendre pour exemple le droit à la liberté versus le droit à la sécurité. Troisièmement, en raison du fait que les droits connaissent toujours des exceptions, et que le fait de décider si c'est l'une d'elles plutôt que le droit lui-même qui sera appliquée demande l'intervention d'une préférence normative, laquelle est nécessairement politique. Enfin, parce que l'imprécision des droits rend nécessaire, une fois de plus, l'appréciation personnelle et politique de celui qui aura comme tâche de mettre le droit en application. Par conséquent, nous rappelle le professeur finlandais,

> [n]ul droit n'est 'inhérent', tout droit est le résultat d'une décision politique au sein d'une société donnée. Or, c'est précisément ce que l'on voulait justement essayer d'éviter en proclamant et en introduisant les 'droits'. C'est en effet parce que la politique semble inévitablement dégénérer en une lutte pour promouvoir certains intérêts au détriment d'autres que les droits ont été introduits pour protéger les plus faibles. Mais si l'on accepte que les droits ne sont pas détachables de leur contexte et donc déterminés en fonction de compromis sociaux et politiques, alors cette image de droits apolitiques est trompeuse. Les droits ne sont que l'expression d'une politique parmi d'autres.[70]

Ou, comme il l'explique dans un autre passage, les droits humains abritent un paradoxe important, car ils

> [t]raduisent le désir de créer une normativité en dehors du politique, une normativité qui serait justement opposable aux politiques, surtout aux politiques des États. Or, ce que signifie les « droits de l'homme » et la façon dont ils sont compris, limités, appliqués, hiérarchisés, est fonction de la politique. Autrement dit, leur signification et leur mise en œuvre sont toujours décidées par les moyens et selon les critères offerts par les politiques étatiques.[71]

---

[69] *Ibid.* aux pp. 185 à 197, 208 à 212.
[70] *Ibid.* aux pp. 213, 214.
[71] *Ibid.* aux pp. 203, 204.

Parmi les conséquences de cette politisation des droits[72], l'une mérite particulièrement notre attention, ne serait-ce que parce qu'elle est d'un grand intérêt pour la pensée tiers-mondiste en droit international. Si, se demande Koskenniemi, les droits humains sont aussi « incohérents » par rapport à leur fonction dans la théorie libérale et qu'ils sont à ce point déterminés par la politique, tel que le démontre en dernier lieu son analyse, comment peut-on alors expliquer leur succès relatif dans les sociétés libérales? La réponse qu'il propose est la suivante :

> *Le fait que nous considérons les droits de l'homme comme importants et que nous soyons capables de les interpréter de manière relativement homogène s'explique par notre histoire commune et peut-être par la vision que nous avons de nos sociétés comme étant des communautés morales – mais ce n'est certainement pas en raison d'une capacité particulière à saisir le sens de la 'dignité' humaine ou du 'sacré' dans leur essence authentique et pré-sociale.*[73]

Et que dire des soi-disant universalité, indivisibilité et inaliénabilité des droits? Si les droits sont politiques et qu'ils sont d'abord et avant tout le reflet d'une vision de la société, on doit donc faire notre deuil de ces idéaux et accepter leur caractère européocentrique, un peu comme le fait entre autres remarquer Mutua[74]. Pour Koskenniemi,

> [p]romouvoir l'universalité aujourd'hui s'apparente uniquement à une autre façon de persuader les autres d'accepter les préférences que je chéris, les arrangements sociaux que je considère importants. Mais, si mes préférences sont le produit historique et culturel de ma propre société, au nom de quoi puis-je critiquer des pratiques que je trouve inacceptables dans d'autres sociétés? Existe-t-il quelque chose entre l'impérialisme et l'indifférence totale?[75]

La critique de Koskenniemi est extrêmement pertinente et met en relief toutes les difficultés théoriques et pratiques de l'affirmation selon laquelle les droits humains sont indivisibles et inaliénables. Si « mon » droit à la sécurité doit passer par

---

72 *Ibid.* aux pp. 198 à 200.

73 *Ibid.* à la p. 215.

74 « *It is one thing for Europeans and North Americans, whose states share political and cultural template to govern their societies. It is quite another to insist that their particular vision of society is the only permissible civilization which must now be imposed on all human societies, particularly those outside Europe.* (C'est une chose pour les Européens et les Nord-Américains, dont les États partagent un modèle politique et culturel commun qu'ils utilisent pour gouverner leurs sociétés. C'est, toutefois, tout autre chose que d'insister sur une vision particulière de la société comme étant la seule forme acceptable de civilisation devant être désormais imposée sur toutes les sociétés humaines, et particulièrement celles à l'extérieur de l'Europe) [Notre traduction] » Mutua, « Savages », *supra* note 67 à la p. 216.

75 Koskenniemi, « Politique », *supra* note 27 à la p. 216.

la négation du droit à la liberté de l'autre, ou vice-versa, c'est donc dire que certains droits sont aliénables et qu'ils ne sont pas indivisibles, contrairement à ce que l'on peut dire et enseigner. Cela dit, cette caractéristique des droits humains fait-elle nécessairement en sorte que ceux-ci soient automatiquement impérialistes? Il semble au contraire que cet équilibre, équilibre que chaque société pourra établir entre les différents droits, ait plutôt pour effet de rendre ceux-ci suffisamment flexibles pour qu'ils puissent être adaptés à chaque société, à supposer toutefois que ces sociétés abordent la sensible question des droits de la même façon que le font les sociétés occidentales libérales, dont le modèle philosophique est le fondement des droits humains[76]. En fait, si l'on peut faire une critique des droits humains en tant qu'instruments impérialistes, il semble plutôt que ce soit davantage parce qu'ils supposent une société libérale de laquelle ils constituent une partie importante du fondement théorique, à savoir des droits *apolitiques* que l'individu conserve même à la suite de son entrée dans la société politique à laquelle il abandonne une part de sa liberté afin d'assurer sa sécurité. Par conséquent, les droits doivent être théorisés d'une manière différente dans les sociétés ne prenant pas l'individu comme sujet ontologique, c'est-à-dire comme « fin en soi », pour reprendre l'analyse de Kant, mais où ils partent plutôt du groupement humain et social pour définir la finalité individuelle. De la même façon, des efforts doivent être faits afin de réconcilier les droits tels qu'on les connaît avec une vision du monde où la relation privilégiée est celle qui existe entre l'individu et la nature, ou entre le premier et une certaine forme de divinité (plutôt qu'avec le corps politique), et où le premier est subordonné à la seconde[77].

---

[76] Voir par ex. Ibhawoh, qui met en relief trois distinctions entre le modèle occidental de droits humains, adopté par le droit international, et la conception traditionnelle et pré-coloniale des droits en Afrique, et plus spécialement au Nigeria : en premier lieu, dans la conception occidentale, « [n]*otions of rights and justice* […] *are constructed around the fetish of the abstract individual* ([l]es notions de droits subjectifs et de justice […] sont construites autour du fétichisme de l'individu abstrait) [Notre traduction] » et la conception des droits humains passe, par conséquent, par l'individu plutôt que par la famille ou la communauté, comme c'est le cas dans la conception africaine. En second lieu, la conception occidentale met l'accent sur les droits alors que dans la conception africaine, « [f]*or every right to which a member of society is entitled, there* [is] *a corresponding right.* ([p]our chaque droit attribué à un membre de la communauté [il] existe un devoir correspondant) [Notre traduction] » Enfin, la conception occidentale croit être en mesure de protéger les droits grâce au « […] *legal process where rights are claimed as absolute entitlements and adjudicated upon, not through reconciliation, repentance, and education as in many African societies.* ([…] processus juridique où les droits sont perçus comme étant un droit absolu à travers le processus judiciaire plutôt que grâce à la réconciliation, la repentance et l'éducation, comme c'est le cas dans plusieurs sociétés africaines) [Notre traduction] » Bonny Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights : Colonial Discourses of Right and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007 aux pp. 22, 23.

[77] Pour une discussion concernant l'« utilitarisme anthropocentrique de l'*homo faber* », les implications de cette conception du monde où « tout être humain est une fin en soi » et une critique de celle-ci, voir Hannah Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Presses-Pocket, 1994 aux pp. 209 et s. Arendt, rappelant les paroles de Protagoras selon lesquelles « l'homme est la mesure de tous les objets, de l'existence de ceux qui existent, et de la non-existence de ceux qui ne sont pas », fait remarquer que « [s]i on laisse les normes de l'*homo faber* gouverner le monde fini comme elles gouvernent, il le faut bien, la création du monde, l'*homo faber* se servira un jour de tout et considérera tout ce qui existe comme un simple moyen à son usage. […] Il classera toutes choses parmi les *chrèmata*, les objets d'usage et, pour reprendre l'exemple de Platon, on ne comprendra plus le vent tel qu'il est comme

Cela revient-il à dire qu'on doive crier à l'impérialisme à chaque fois que l'on parle de « droit international des droits humains »? Que faire lorsque ces droits sont le seul outil permettant aux opposants à un régime tyrannique d'éviter torture et emprisonnement? Ou lorsqu'ils deviennent centraux aux stratégies de résistance à de tels régimes, voire lorsqu'ils sont repris de bonne foi par des individus qui, tout en étant membres de sociétés n'étant pas de tradition historique libérale, sont devenus convaincus de la pertinence de ces droits? Il faut bien avouer, de concert avec Koskenniemi, que l'utilisation du langage des droits afin de faire prédominer un certain point de vue ou afin de défendre certains intérêts est un acte hégémonique (ou contre-hégémonique) où l'on cherche à faire passer comme étant universelles nos préférences personnelles[78]. Or, finalement, n'est-ce pas là la nature même de la société politique? Ces discussions prennent tout leur sens lorsqu'on réfléchit au potentiel émancipateur du droit international.

IV. Le droit international a-t-il un quelconque potentiel émancipateur?

Les trois auteurs en viennent finalement à se questionner sur le potentiel émancipateur du droit international. Ce questionnement est particulièrement pertinent dans le contexte d'une discipline où plusieurs des praticiens présument implicitement que le droit peut être une réponse à tout, et que plus la société internationale sera encadrée par la règle de droit, mieux celle-ci devrait se porter.

Miéville, on l'a vu précédemment, parvient à une conception extrêmement pessimiste du droit international, où celui-ci a pour unique fonction de servir les intérêts des États impérialistes. En effet, puisque ces derniers sont généralement en mesure de faire adopter leurs interprétations particulières du droit, de justifier leurs violations de celui-ci sous prétexte qu'il cherchaient à en défendre les valeurs fondamentales, ou faire en sorte que les interprétations à leur désavantage n'aient aucun effet concret, leurs opposants ne peuvent jamais compter sur le droit pour améliorer leur sort. Ainsi en vient-il à se positionner contre la règle de droit[79] et à conseiller aux critiques de l'impérialisme de cesser tout simplement d'utiliser le droit international parce qu'ils risqueraient ainsi de *légitimer* des règles qui finiront par être utilisées par les États impérialistes dans leurs propres intérêts[80].

Cette position vaut la peine d'être analysée au regard de celles d'un autre marxiste, Bhupinder Chimni, pour qui

> […] *the role of the advanced capitalist states in the international system is not only to defend the narrow corporate interests of the TCC*

---

force naturelle, on le considérera exclusivement par rapport aux besoins humains de fraîcheur ou de chaleur […] » aux pp. 212, 213.

78 Koskenniemi, « Politique », *supra* note 27 aux pp. 291 et s.

79 Voir Miéville, *supra* note 20 et plus particulièrement ici la conclusion de son ouvrage, aux pp. 295 et s. (« Against the Rule of Law »).

80 Voir notamment Miéville, *supra* note 20 à la p. 298.

> *[Transnational Capitalist Class] but to create and sustain a normative system that facilitates and legitimizes the functioning of the world capitalist system. This requires holding out the illusion that the success of capitalism means the welfare of the subaltern classes and concessions have to be made to support it.*[81]

Ainsi, pour Chimni, le droit a une fonction idéologique importante qui est celle de légitimer l'ordre international. Selon lui, « [e]*ven powerful states therefore often have to be respectful of the rule of law in the international system. The need to sustain the integrity of the system in turns opens up spaces that can be used to advance the cause of the subaltern classes.* ([m]ême les États puissants doivent ainsi être respectueux de la règle de droit dans le système international. Le besoin de maintenir l'intégrité du système ouvre alors certains espaces qui peuvent être utilisés par les classes subalternes afin de faire avancer leur cause) [Notre traduction] »[82]. Pour Chimni, le droit possède un certain potentiel émancipateur, mais nous comprenons que cette émancipation ne pourra se faire qu'à l'intérieur du cadre oppresseur du capitalisme et de l'impérialisme.

Anghie partage en partie le pessimisme de Miéville en ce sens que, selon lui, certains des concepts les plus importants du droit international (tel que celui de souveraineté) sont fondamentalement biaisés et construits afin, d'une part, d'exclure les États du Tiers-monde et, d'autre part, de perpétuer les rapports de domination entre eux et l'Occident. Cela dit, Anghie estime qu'une déconstruction, notamment historique, des doctrines peut permettre d'en montrer les incohérences, tout comme la mise en place de « narrations alternatives » permettant la réappropriation du droit international à des fins de résistance. Par ailleurs, et d'une manière complètement opposée à Miéville, Anghie considère que ce serait faire une grossière erreur de stratégie que d'abandonner totalement la sphère du droit international

> […] *because law now plays a vital role in the public realm in the interpretation of virtually all international events. It is through the vocabulary of international law, concepts of 'self defence', 'human rights' and 'humanitarian intervention' that issues of cause, responsibility and fault are being discussed and analyzed, and interpretations of these doctrines which reproduce imperial relations must be contested.*[83]

---

[81] [Traduction] […] le rôle des États capitalistes avancés dans le système international n'est pas seulement de défendre les intérêts étroits des [classes capitalistes transnationales], mais de créer et de soutenir un système normatif qui facilite et légitime le fonctionnement du système capitaliste mondial. Ceci demande d'entretenir l'illusion que le succès du capitalisme signifie le bien-être des classes subalternes et que des concessions doivent être faites pour le supporter. B.S. Chimni, « An Outline of a Marxist Course on Public International Law » (2004) 17 Leiden J. Int'l L. 1 à la p. 9.

[82] *Ibid.* à la p. 10.

[83] [Traduction] […] parce que le droit joue aujourd'hui un rôle trop important dans le domaine public et dans l'interprétation de virtuellement tous les événements internationaux. C'est par le biais du vocabulaire du droit international, des concepts de « légitime défense », de « droits humains » et d'« intervention humanitaire » que les enjeux de cause, de responsabilité et de faute sont discutés et analysés, et l'interprétation de ces doctrines qui reproduisent les relations impériales doit être contestée. Anghie, *supra* note 57 à la p. 318.

La position de Koskenniemi est différente. Comme on l'a vu dans la seconde partie de cet essai, cet auteur considère le droit international comme étant une langue que peuvent s'approprier les juristes afin de faire prévaloir leurs points de vue et de défendre leurs intérêts et préférences, ainsi que ceux de leurs clients. Ainsi le droit devient-il pour lui une sorte de contenant dont le contenu n'est pas prédéterminé. Par exemple, à la question « à quoi sert le droit international? », Koskenniemi donne quatre réponses, dont les deux premières sont les suivantes :

> En premier lieu, le droit international existe afin de faire avancer et réaliser les valeurs, préférences et pratiques de ceux qui sont en position de pouvoir en ce monde. En deuxième lieu, le droit international offre un moyen d'expression pour ceux qui sont exclus des positions de pouvoir et qui sont régulièrement soumis aux décisions politiques des autres ; il offre une plate-forme pour qu'à l'encontre des éléments dominants, ils puissent exprimer leurs plaintes en matière de violence, d'injustice et de misère sociale. Or, déjà le fait de considérer ensemble ces deux aspects du droit international indique qu'il n'y a pas d'objectifs déterminés, de buts ou de principes qui existeraient dehors ou au-delà du droit international.[84]

Le droit, estime Koskenniemi, permet d'universaliser des prétentions et des intérêts individuels, et de les faire passer du domaine politique ou de la moralité au domaine juridique. Grâce au droit, le mal qui est fait à un individu n'est plus uniquement une injustice commise à son encontre : cette injustice individuelle devient un outrage commis à l'encontre de la communauté dans son ensemble du fait qu'elle soit « illégale ». De récentes actions états-uniennes lui servent d'exemple :

> L'un des aspects les plus frappants de la condamnation mondiale de la 'guerre' menée par les Américains 'contre le terrorisme' est précisément le recours au droit. La base de Guantanamo et la guerre contre l'Irak n'étaient pas seulement mauvaises, elles étaient 'illicites'. Cette constatation réside dans la suggestion implicite suivante : ces deux situations ne sont pas seulement des torts spécifiques faits à des Afghans ou à des Irakiens, mais des torts faits à tous ceux qui se trouvent dans la même position, et la plupart des gens sont capables de s'imaginer dans une telle position.[85]

C'est sur cette base que le Finlandais en vient, malgré son analyse de l'indétermination ayant gravement miné de telles approches, à défendre le formalisme et le légalisme contre ce qu'il appelle les positions instrumentalistes pour lesquelles « [l]e droit n'a de valeur que comme instrument au service des bonnes causes. Si le droit échoue dans la réalisation de ces buts, ou pire, s'il vous empêche de les atteindre, alors tant pis pour le droit »[86]. Cette prise de position est, nous semble-t-il,

---

84 Koskenniemi, « Politique », *supra* note 27 à la p. 254.
85 *Ibid.* aux pp. 319 et s.
86 *Ibid.* à la p. 413.

révélatrice d'un repositionnement important chez Koskenniemi. La cible principale pour lui n'est plus le formalisme juridique, mais les écoles instrumentalistes qui se sont approprié la critique réaliste pour en faire un outil réactionnaire au service des puissants. Koskenniemi, à ce moment, semble reculer d'un pas sur le plan de la critique épistémologique afin de rendre sa critique normative plus mordante. Si le droit est une langue permettant de défendre des positions et des intérêts, il peut donc être approprié par les dominés, et être utilisé afin d'attaquer la légitimité des arguments, également formulés en termes juridiques, des dominants.

Mais revenons à Miéville, dont la position laisse songeur du fait que même s'il explique qu'il considère que le droit est d'abord et avant tout un processus, il n'aborde implicitement le droit qu'en fonction de la relation binaire légal / illégal, sans prendre en considération le fait que celui-ci peut parfois influencer le comportement des États d'une manière favorable à la norme, même si ce comportement demeure non conforme à la règle de droit. Or, on peut bien violer le droit parce qu'on considère qu'il est politiquement impossible de s'y conformer tout en cherchant à le violer le moins possible ; on peut bien être « délinquant » en gardant Guantanamo Bay ouvert tout en fermant Abou Ghraib sous la pression de certains, qui utilisent notamment des arguments juridiques. Par ailleurs, Miéville laisse totalement de côté les arguments des constructivistes, qui ont fait remarquer que le droit international pouvait modifier la perception qu'avaient les États de la façon dont on devait agir dans telle ou telle situation ou modeler de façon relative leur identité et la manière dont ils concevaient leurs intérêts[87]. Les conventions de Genève[88] ont bien sûr été violées de moult façons lors des invasions de l'Irak et de l'Afghanistan, mais la population civile a sans aucun doute été moins outragée que si elles n'avaient pas existé. D'une certaine façon, cet argument rejoint celui d'Anghie : même si les fondements du droit international sont biaisés en faveur de l'Occident, et même s'ils finiront toujours par être interprétés de façon à favoriser l'impérialisme, dirait Miéville, on a intérêt à participer à la définition de ses règles parce qu'elles finissent par avoir un impact important sur la conception que chacun aura du monde et sur la façon que tous auront de se comporter[89].

C'est probablement au regard de ces commentaires qu'on peut le mieux évaluer le potentiel émancipateur du droit international. Le droit, qu'il soit ou non

---

87 Chris Reus-Smith, « Politics and International Legal Obligation » (2003) 9 European Journal of International Relations 591 ; Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law » (2000) 39 Colum. J. Transnat'l L. 19.

88 Voir : *Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention II de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

89 C'est d'ailleurs l'argument principal d'Okafor, qui cherche à défendre le système africain de droits humains malgré les grandes imperfections de celui-ci : Okafor, « African Human Rights System », *supra* note 67.

respecté, finit par influencer le comportement des acteurs, notamment parce qu'il participe à la modification de leur perception idéologique de ce qui est, et de ce qui *devrait* être[90]. Par exemple, s'il y a encore de l'esclavage dans le monde, il est indéniable qu'il y en a beaucoup moins qu'il y a deux cents ans – au moins d'un point de vue formel –, et ce, en partie parce qu'une telle pratique est rendue inacceptable pour une grande partie des acteurs de l'ordre international. Or, il y a fort à parier que son interdiction a eu un effet certain dans ce changement de perception, même si elle n'en a pas été le seul facteur, ni même peut-être le facteur le plus important.

Cela dit, deux remarques importantes doivent être faites. En premier lieu, il faudrait être bien naïf pour croire que le droit ne participe pas régulièrement à la légitimation de l'oppression, et les remarques de Miéville et Anghie demeurent pleines d'à-propos malgré ce qui vient d'être dit. À titre d'exemple, il est clair que le droit international participe à la légitimation de la lutte contre le « terrorisme », qui s'avère en fait souvent une lutte contre des groupes légitimes d'opposition à des régimes oppresseurs. On évoquera également le fait que les arbitrages des années cinquante, soixante et soixante-dix[91] ainsi que la mise en place de ce réseau de traités de promotion et de protection des investissements depuis les années quatre-vingts ont progressivement eu pour effet de restreindre la possibilité pour les États du Tiers-monde à exercer pleinement leur souveraineté. Après tout ce qui a été dit, et c'est un truisme que de dire cela, le droit demeure d'abord et avant tout fonction de la configuration des relations sociales et des rapports de force à l'intérieur d'une société, et on peut difficilement en espérer quoi que ce soit si on est incapable de modifier celle-ci.

En second lieu, on doit se questionner sur le concept même d'« émancipation ». D'une part, l'émancipation est en grande partie fonction de la subjectivité de l'« émancipé » lui-même, et les différents individus d'un même groupe risquent d'avoir des conceptions différentes de l'émancipation. Ensuite, et si l'on perçoit l'émancipation comme étant la libération d'un groupe d'opprimés d'une certaine forme d'oppression, on doit admettre qu'il existe plusieurs de ces groupes et que l'évocation de l'émancipation doit partir au moins de quatre type de points de vue, à savoir celui de la dichotomie Occident – Tiers-monde, au cœur de l'analyse d'Anghie ; ceux de la classe sociale, conception présente implicitement plutôt qu'explicitement chez Miéville, en ce sens que son marxisme est davantage méthodologique que partant d'un point de vue de classe ; celui du genre ; enfin, celui de la race ou de l'ethnie, catégorie à l'intérieur de laquelle on peut intégrer les dissensions religieuses et linguistiques. Or, si, d'une part, l'émancipation de l'un de ces groupes peut s'avérer contradictoire avec celle d'un autre (par exemple, l'émancipation de la femme autochtone peut exiger des pratiques qui seront considérées comme étant « impérialistes » parce que dirigées contre des pratiques patriarcales traditionnelles), la prise en compte de la totalité des points de vue semble

---

[90] Pour une réponse à Miéville mettant aussi l'accent sur le contenu idéologique du droit international, voir Susan Marks, « International Judicial Activism and the Commodity-Form Theory of International Law » (2007) 18 Eur. J. Int'l L. 199.

[91] Anghie, *supra* note 57 aux pp. 223 à 235.

également incontournable, afin de véritablement comprendre sa situation (l'émancipation de la femme bourgeoise occidentale ne nécessitera pas les mêmes stratégies que celle de la prostituée thaïlandaise, même si les deux sont des femmes et peuvent être reconnues à l'intérieur de la même catégorie « genrée »). Bref, et cette évocation nous force à admettre le caractère largement partiel de cet essai, qui doit évacuer complètement les développements récents dans les théories féministes, ainsi que dans les approches difficilement traduisibles telles que les « Critical Race Theories », « Lat-Crits », « Queer-Theories », « Critical Legal Geography » et autres, une analyse véritablement intersectorielle semble désormais incontournable pour saisir toute l'ampleur de la relation entre l'oppression et l'émancipation à l'intérieur de la discipline du droit international, analyses intersectorielles que nous ne saurions qu'appeler de nos vœux.

V. L'apport des nouvelles approches critiques en droit international

Si le droit international est occidental, tel que le supposent Anghie et, d'une manière un peu plus implicite, Koskenniemi, c'est donc dire que l'émancipation qui peut potentiellement en émaner sera elle aussi presque nécessairement occidentale. Puisque, du point de vue des « émancipateurs », généralement occidentaux, l'émancipation proposée sera *leur* forme d'émancipation qu'ils cherchent à étendre à ceux que *qu'ils considèrent* comme étant opprimés, le militantisme, qu'il soit « droits-de-l'hommiste » ou autre, devient nécessairement un acte hégémonique, comme le fait à juste titre remarquer Koskenniemi. Cela dit, la question qui doit être posée est la suivante : « *ma* » forme d'« émancipation » est-elle toujours plus acceptable que la pratique sociale que « *je* » dénonce comme étant « oppressive »? Comment être assuré que mon intervention n'aura pas d'effets secondaires plus pervers encore que la situation que je cherche à dénoncer? La réponse à ces questions est difficile, voire impossible à donner en raison du caractère « au moins relativement » subjectif de ce qui constitue l'oppression et l'émancipation, et on ne saurait donc que souscrire aux propos d'Anne Orford, qui fait remarquer les dangers impérialistes de la pratique souvent adoptée par les féministes occidentales qui consiste à « parler pour » les femmes du Tiers-monde[92].

Cela revient-il à dire que l'on doive cesser de militer côte à côte avec ceux et celles qui revendiquent dans leurs pays la fin de la torture, de la peine de mort ou des mutilations génitales? Sûrement pas, malgré tout l'intérêt des analyses faites notamment par les tiers-mondistes et qui réside en cette prise de conscience du fait que lorsque l'on milite en faveur de l'internationalisation des droits humains, on pose en tant que tel un geste hégémonique, voire impérialiste, en cherchant à faire

---

[92] Anne Orford, « Feminism, Imperialism and the Mission of International Law » (2002) 71 Nord. J. Int'l L. 275. Voir aussi Deborah Stienstra, « Madona / Whore, Pimp / Protector : International Law and Organization Related to Prostitution » (1996) Studies in Political Economy 183. Évidemment, le propos est également pertinent pour toutes les approches soi-disant « émancipatrices ».

prévaloir sa propre conception de la société telle qu'elle devrait être organisée. Si un tel geste est extrêmement lourd de conséquences et ne doit pas être pris à la légère, cela ne signifie toutefois pas qu'il ne doit jamais être posé dans certaines situations[93]. Les analyses critiques sont toutefois un appel fort à la « dé-déification » des droits humains, c'est-à-dire que, sans « jeter le bébé avec l'eau du bain », le militant doit néanmoins réfléchir aux effets « secondaires » de cet acte hégémonique dont l'un est, dans bien des cas, d'influencer la forme politique de la société impliquée en faveur de son organisation libérale, laquelle n'est pas nécessairement la seule ni la meilleure imaginable.

D'autre part, ce qui distingue grandement les nouvelles approches critiques du droit international de celles qui les ont précédées auparavant, est le fait qu'elles se sont attardées à la fois aux éléments épistémologiques et à la dimension substantive de leur discipline. Parmi les auteurs des livres recensés dans cet essai, China Miéville et Anthony Anghie contestent certains principes fondamentaux du droit international, c'est-à-dire l'égalité juridique pour Miéville, et les fondements de la souveraineté et la façon dont celle-ci a été théorisée et mise en œuvre, pour Anghie. Il ne s'agit donc plus de s'en prendre aux simples règles et aux relations de pouvoir qui en constituent le fondement, tel que le faisaient généralement les auteurs associés aux « anciennes » théories critiques, mais plutôt de s'intéresser aux principes organisateurs et constitutifs du droit international pour en proposer une critique. Par ailleurs, Miéville se joint à Koskenniemi pour souligner toute l'importance de l'indétermination dans l'ordre juridique international, ce dernier allant jusqu'à estimer que cette caractéristique fait en sorte que le droit international n'est pas qu'un ensemble de règles destiné à réguler le comportement des sujets juridiques, mais constitue plutôt une langue permettant à ceux-ci de formuler des revendications en mesure de défendre n'importe quel point de vue. Il s'agit là d'un constat qui va complètement à contresens de l'étude du droit international par les courants dominants autant que par les anciennes approches critiques. Or, malgré certains bémols émis à ce propos, nous ne pouvons que constater qu'il s'agit là d'une thèse défendue de façon magistrale et qui mérite d'être prise avec énormément de sérieux. Ce sont ces critiques épistémologiques qui permettent à ces auteurs de formuler des critiques substantives qui semblent généralement aller beaucoup plus loin que celles qui étaient formulées avant les années quatre-vingts. Par ailleurs, les commentaires de Koskenniemi et de Anghie sur une utilisation potentiellement émancipatrice du droit international semblent beaucoup plus réalistes que ceux de plusieurs de leurs prédécesseurs, et permettent de remettre en perspective certains effets néfastes d'une pratique qui se veut émancipatrice.

Un autre apport important des nouvelles approches critiques (tout comme des constructivistes, tel que nous l'avons vu), consiste à faire remarquer jusqu'à quel point le droit international ne peut être uniquement perçu en fonction de la relation binaire légal / illégal et qu'on doit également prendre en considération la manière

---

[93] D'ailleurs, on ne saurait passer sous silence le fait que certains auteurs associés aux TWAIL se montrent optimistes face aux effets positifs des droits humains. Voir notamment Okafor, « African Human Rights System », *supra* note 67.

dont il est interprété ainsi que la façon par laquelle il finit par influencer le comportement des États et ce, même lorsque ces derniers adoptent un comportement qui est interprété par plusieurs comme étant illégal. Les approches critiques (et en ce sens, le pessimisme radical de Miéville peut représenter une exception) nous amènent finalement à réfléchir sur la pertinence de la lutte intellectuelle pouvant permettre de modifier les conditions idéologiques dans lesquelles le droit sera interprété.

Enfin, s'il y a lieu de souligner une insuffisance de ces approches critiques contemporaines, c'est probablement l'absence d'une véritable théorie critique de l'État, principal sujet et créateur du droit international. En effet, dès lors que l'on abandonne la thèse de l'indétermination absolue et que l'on estime que les règles jouent un rôle, ne serait-ce que très relatif, dans la détermination des extrants juridiques, la façon dont ces règles sont constituées doit être considérée. Or, dans la mesure où elles sont d'abord et avant tout le produit de la volonté des États qui sont au mieux, selon les dires de Susan Marks (probablement l'une des seules à travailler véritablement sur l'État[94]), des « démocraties à basse intensité »[95], au moins deux enjeux importants doivent être soulevés par les internationalistes critiques. D'abord, puisque les règles deviennent contraignantes pour les États qui y consentent, qu'elles ont pour effet d'engager la responsabilité internationale de ces derniers, et que leur violation peut avoir des effets sur l'ensemble de leur population du fait des mesures prises à l'encontre de l'État délinquant, on doit s'interroger sur la discordance existant entre cette « socialisation » de la responsabilité et de ses impacts et le fait que les décisions sont prises par un groupe restreint de fonctionnaires, bien souvent au profit des groupes dominants à l'intérieur de l'État. Ensuite, on doit remettre en question le fait que ce volontarisme fait en sorte que seules les règles auxquelles ont consenti les États sont contraignantes et que, subséquemment, des règles qui pourraient être avantageuses pour la majeure partie des populations (en matière environnementale, par exemple) ne sont pas adoptées parce qu'elles sont contraires aux projets électoralistes des gouvernements, voire aux groupes dominants des différents États. Finalement, l'appel que lançait il y a deux décennies Richard Falk, à la recherche d'un « nouveau Grotius »[96] théorisant le droit international sur une autre base que

---

[94] Encore que certaines de ses positions nous laissent songeurs. Dans un récent article, elle critique ceux qui estiment que le droit international est étato-centriste. Selon elle, ceux qui défendent cette idée le font sur la base de trois arguments qui sont les suivants : on ne fait pas assez de place aux acteurs non-étatiques ; son trop grand respect de la souveraineté empêche les interventions humanitaires ; l'accent mis sur les « intérêts de l'État » en relations internationales fait en sorte que l'on ne peut plus faire respecter le droit international. Elle récuse, avec raison, les trois arguments. Cependant, il appert que l'étato-centrisme de la discipline du droit international ne vient pas principalement de l'un ou l'autre de ces trois arguments, mais plutôt du fait que, dans sa perspective positiviste-volontariste encore dominante, il prend pour acquis la question de la « volonté de l'État » sans véritablement remettre en question les relations sociales et les rapports de domination qui sont sous-jacents à cette soi-disant volonté. Susan Marks, « State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence » (2006) 19 Leiden J. Int'l L. 339.

[95] Susan Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000 à la p. 56.

[96] Richard Falk, « The Grotius Quest » dans Richard Falk, Friedrich Kratochwill et Saul H. Mendlovitz, dir., *International Law : A Contemporary Perspective*, Boulder (Colo), Westview, 1985 à la p. 36.

celle des seuls États et du seul positivisme juridique, devrait peut-être être évoqué à nouveau.