

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



JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, *LEGITIMACY AND LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2010

Hélène Mayrand

Volume 23, Number 1, 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068417ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068417ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Mayrand, H. (2010). Review of [JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, *LEGITIMACY AND LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2010]. *Revue québécoise de droit international* / *Quebec Journal of International Law* / *Revista quebequense de derecho internacional*, 23(1), 215–218. <https://doi.org/10.7202/1068417ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2010

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/>

érudit

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/>

**JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, *LEGITIMACY AND LEGALITY
IN INTERNATIONAL LAW*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY
PRESS, 2010**

HÉLÈNE MAYRAND*

La question de la force normative du droit international a depuis toujours interpellé, voire hanté les juristes du droit international. C'est dans le cadre de cette question et du récent dialogue interdisciplinaire entre relations internationales et droit international que s'inscrit *Legitimacy and Legality in International Law*. Dans cet ouvrage, Jutta Brunnée, professeure de droit et présidente de la chaire de recherche Metcalf en droit de l'environnement à l'Université de Toronto, et le professeur Stephen J. Toope, président et vice-chancelier de l'Université de la Colombie-Britannique proposent une sociologie du droit international. Celle-ci se veut une réponse à la fois à l'approche dominante qu'est le positivisme juridique en droit international et les approches rationalistes issues des relations internationales, soit le neo-réalisme ainsi que l'institutionnalisme néolibéral, qui n'ont su expliquer en quoi un ordre normatif horizontal pouvait contraindre le comportement des acteurs internationaux.

En combinant des postulats empruntés à la théorie constructiviste en relations internationales et au théoricien du droit Lon L. Fuller, Brunnée et Toope développent et appliquent une nouvelle théorie du droit international nommée approche interactionnelle. Celle-ci a pour objectif de faire ressortir les faiblesses et les forces du droit international par l'adoption d'un point de vue pragmatique sur comment le droit international est créé et maintenu. L'ouvrage se divise en six chapitres, les trois premiers étant dédiés à l'élaboration du cadre théorique et les trois derniers étant des études de cas.

Dans le premier chapitre intitulé « *An interactional theory of international legal obligation* », Brunnée et Toope expliquent que trois éléments sont nécessaires à la création et au maintien de la force obligatoire du droit international. D'abord, le droit doit émerger et être soutenu par des arrangements intersubjectifs (« shared understandings »¹). Ensuite, le droit doit correspondre aux critères de légalité tels que développés dans le naturalisme procédural de Fuller². Ces critères qui octroient un caractère de légitimité au droit sont : la généralité du droit, la promulgation, la non-rétroactivité, la clarté, la non-contradiction, ne pas demander l'impossible, la constance dans le temps, et la congruence entre les actions des dirigeants et les lois.

* Candidate au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

¹ Nous entendons ici par arrangements intersubjectifs les idées et compréhensions du monde qui sont partagés et qui définissent le contexte des relations internationales. Voir Alexander Wendt, "Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics" (1992) 46 *International Organization* 391; Ian Hurd, "Constructivism", dans Christian Reus-Smit (éd.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p. 303.

² Voir Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (first published 1964) (Yale University Press: New Haven, 1969) et le débat entre Fuller et H.L.A. Hart sur les fondements du droit publié dans le *Harvard Law Review* en 1958.

Brunnée et Toope transposent sans modification ces critères élaborés dans un contexte de droit national au droit international, sauf pour le critère de congruence qui est considéré comme équivalent au respect du droit international (« compliance »). Finalement, les arrangements intersubjectifs et le droit international se conformant aux critères de légalité doivent faire l'objet d'une pratique soutenue qui persiste dans le temps, ce que Brunnée et Toope qualifient de pratique de légalité.

Dans le deuxième chapitre ayant pour titre « *Shared understandings : the underpinning of law* », Brunnée et Toope expliquent davantage ce qu'ils entendent par arrangements intersubjectifs. Ils situent d'abord leur théorie parmi la littérature constructiviste en relations internationales portant sur les entrepreneurs de normes, les communautés épistémiques et les communautés de pratique. Brunnée et Toope reprennent le concept de communauté de pratique qui est l'unité sociale internationale qui comprend non seulement les États, mais également les organisations internationales et autres acteurs non étatiques, dans laquelle les arrangements intersubjectifs sur le droit émergent, se modifient ou s'éteignent. Ils font également les liens avec la théorie de Fuller selon laquelle le droit provient d'une relation horizontale fondée sur la réciprocité, et non d'une relation hiérarchique par laquelle le droit est simplement proclamé. Le droit international tel que conçu par Brunnée et Toope n'a pas à être parfaitement en accord avec les arrangements intersubjectifs, mais doit être supporté par une version minimale ou procédurale de ceux-ci pour fonder une pratique de légalité. Le deuxième chapitre sert également aux auteurs de réponse à leurs critiques qui soutiennent que l'approche interactionnelle ne ferait pas de place à la diversité culturelle et ne tiendrait pas compte des relations de pouvoir qui s'exercent à l'échelle internationale. Selon Brunnée et Toope, divers acteurs internationaux participent dans les communautés de pratique qui fondent le droit et ces acteurs doivent être engagés dans un dialogue sincère pour créer et maintenir une pratique de légalité. De plus, les critères de légalité constituent, de l'avis de Brunnée et Toope, un rempart contre les pratiques hégémoniques.

Dans le troisième chapitre sur le respect du droit, « *Interactional law and compliance : law's hidden power* », Brunnée et Toope comparent l'approche interactionnelle avec d'autres approches théoriques sur le respect du droit international. Par ce fait même, ils développent davantage leur théorie de l'obligation. Ils expliquent que c'est parce que le droit possède une force normative que les acteurs internationaux le respectent, et non parce que ceux-ci font un calcul rationnel d'utilité. Le respect du droit par les acteurs renforce le sentiment obligatoire du droit et vice-versa. Brunnée et Toope se penchent également sur certains éléments souvent invoqués comme étant déterminant du respect du droit international, soit les mécanismes relatifs au respect du droit international (« compliance mechanisms ») et les mécanismes judiciaires ou policiers visant l'application du droit (« enforcement mechanisms »). Ces mécanismes peuvent s'avérer utiles, mais ne peuvent en soi expliquer la force normative du droit qui est maintenue non pas par la force, mais par le sentiment de légitimité que crée le droit. Brunnée et Toope expliquent également comment les arrangements intersubjectifs partagés au niveau national doivent être pris en considération, car ils influencent et sont influencés par les arrangements intersubjectifs internationaux.

Les trois chapitres suivants, soient « *Climate change : building a global regime* », « *Torture : undermining normative ambition* » et « *The use of force : normative ebb and flow* » tentent d'illustrer l'approche interactionnelle et de déterminer si les divers régimes juridiques internationaux sur les changements climatiques, la prohibition de la torture et de l'utilisation de la force ont su établir des pratiques de légalité. Pour ce faire, les professeurs Brunnée et Toope déterminent si les règles de droit visées par les régimes, par exemple la diminution des gaz à effet de serres pour atténuer les changements climatiques, sont avalisées par des arrangements intersubjectifs. Ensuite, ces règles sont scrutées à la lumière des huit critères de légalité de Fuller. Finalement, des conclusions sont tirées quant à l'existence ou non de pratiques de légalité. De ces analyses, les auteurs concluent que le régime sur les changements climatiques a permis d'instaurer une pratique de légalité sur la procédure à suivre, mais qu'il reste encore du travail à faire en ce qui concerne les règles substantielles sur le principe de responsabilité commune mais différenciée et les objectifs de réductions d'émissions de gaz à effet de serre. Quant à la règle de *jus cogens* qui prohibe l'utilisation de la torture, les professeurs Brunnée et Toope soutiennent que cette règle de droit international est peu appuyée par les arrangements intersubjectifs et la pratique internationale, ce qui fait en sorte que la pratique de légalité sur cette règle est faible. Finalement, en ce qui concerne l'utilisation de la force et ses exceptions, Brunnée et Toope sont d'avis que la pratique de légalité demeure soutenue, et ce malgré les tentatives de l'Administration Bush de miner les règles de droit international en la matière.

Le propos de l'ouvrage peut parfois paraître complexe et empreint de jargon, surtout pour les néophytes en théories des relations internationales et du droit international. Cependant, il est assez accessible pour permettre à la fois aux juristes et politologues de repenser leur conception de la force obligatoire du droit international. Peut-être certains pourront voir dans l'approche interactionnelle plusieurs lieux communs sur les éléments essentiels à l'existence et au respect du droit international dans une société donnée. Cependant, Brunnée et Toope ont certainement le mérite de systématiser ces lieux communs et de faire la synthèse entre théorie du droit, théorie des relations internationales et études de cas. Ils donnent ainsi les outils nécessaires afin d'analyser le droit dans son contexte, sans pour autant évacuer les éléments normatifs essentiels au discours juridique. En effet, il ne s'agit pas d'une approche de gouvernementalité dans laquelle le droit n'est qu'instrumentalisé. Contrairement à plusieurs théories récemment développées, l'approche interactionnelle se penche à la fois sur la force normative des traités internationaux et la coutume internationale.

Cependant, la relation entre constructivisme et force normative du droit demeure parfois ambiguë, ainsi que la capacité de l'approche interactionnelle d'offrir un point de vue critique par rapport au comportement des États et des institutions internationales³. Certes, des éléments critiques sont présents dans le deuxième chapitre, en particulier en ce qui concerne la nécessité que les arrangements intersubjectifs soient le fruit de débats non-coercitifs, transparents et ouverts à tous les acteurs internationaux. Pourtant, ces éléments ne sont pas analysés à leur plein

³ Martti Koskeniemi, « The Mystery of Legal Obligation » (2011) 3:2 International Theory 319.

potentiel dans les études de cas. *Legitimacy and Legality in International Law* demeure très certainement un ouvrage clé pour aller au-delà des approches dominantes et parfois simplistes du droit international pour comprendre les limites et possibilités des pratiques des acteurs internationaux qui constituent le projet inachevé du « hard work of international law⁴. »

⁴ Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p. 8.