

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

**Bell & Howell Information and Learning
300 North Zeeb Road, Ann Arbor, MI 48106-1346 USA
800-521-0600**

UMI[®]

NOTE TO USERS

Page(s) not included in the original manuscript are unavailable from the author or university. The manuscript was microfilmed as received.

339-341

This reproduction is the best copy available.

UMI

Université de Montréal

**La représentation moderne de la souveraineté.
Simultanéité de l'idée du droit international
et négation de sa normativité**

par

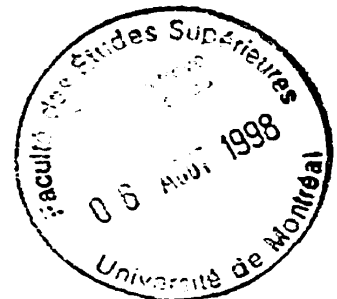
Isabelle Duplessis

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (LL.D.)

Janvier 1998

© Isabelle Duplessis, 1998





**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-43479-6

Canada

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée

**La représentation moderne de la souveraineté.
Simultanéité de l'idée du droit international
et négation de sa normativité**

Présentée par

Isabelle Duplessis

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Andrée Lajoie	président-rapporteur
Francis Rigaldies	directeur de recherche
Lukas Sosoe	membre du jury
William Schabas	examineur externe

Thèse acceptée le : 6 juin 98

SOMMAIRE

L'ordre juridique international, tel que nous le connaissons, tire certainement ses origines du XVI^e et XVII^e siècles avec la création de l'État moderne. Cet ordre repose sur les prémisses de la philosophie libérale classique, qui elles-mêmes tournent autour de l'axe représentationnel qu'est la souveraineté, principe profane du politique dans un monde peu à peu désacralisé. La première partie de cette étude retrace la construction de la représentation moderne de la souveraineté, pour ensuite exposer le fonctionnement de l'ordre libéral international. Nous verrons, à partir d'incursions philosophiques, que cette représentation se développe parallèlement à la représentation du sujet individuel et cartésien. Elle permet essentiellement l'idée du droit international en différenciant au niveau spatiotemporel des entités juridiquement distinctes. Toutefois, et en fonction des prémisses libérales et, notamment d'une représentation radicale de l'autonomie, le concept moderne de la souveraineté interdit au droit international tout potentiel normatif indépendant de la stricte volonté des sujets. Le droit se confond alors à une description sociologique ou à la codification des velléités et pratiques étatiques. D'où les critiques adressées, à juste titre, au droit international à l'effet qu'il comporte une déficience normative inacceptable, en ce sens qu'il évince l'instance critique ou le devoir-être. Conséquemment, le droit international peut figurer un instrument stratégique employé exclusivement pour la consolidation des jeux de pouvoir.

L'anémie normative du droit international découle, et telle est notre hypothèse, de cette représentation bien singulière et absolue de la souveraineté qui dépeint le sujet étatique en termes de rationalité monologique et d'insularité. Si cette représentation

du sujet est intenable philosophiquement pour l'individu, elle l'est d'autant plus pour l'État, construction artificielle de l'homme. De plus, et suivant cette fois-ci une perspective beaucoup plus empirique, la mondialisation épuise l'utilité de cette représentation. Plus précisément, elle contribue concrètement à dévoiler l'arbitraire de la dichotomie interne/externe imposée par la représentation moderne de la souveraineté, en fragilisant le tracé des frontières géographiques et conceptuelles.

Néanmoins, et en deuxième partie, nous conservons le concept de souveraineté tout en cherchant à en proposer une relecture qui accorde une place à la normativité du droit international indépendamment de la stricte volonté des États. La nécessité d'une relecture est manifeste devant les phénomènes reliés à la mondialisation. Mais elle est également commandée par les leçons philosophiques du XX^e siècle sur le sujet en général. Cette seule relecture de la souveraineté ne suffit pas et il nous faut, simultanément, revoir le droit. C'est-à-dire qu'il nous faut l'éloigner du paradigme jusqu'alors dominant, le positivisme, qui par ailleurs n'a jamais été satisfaisant pour l'explication de la sphère internationale, pour le considérer avec les lunettes du pragmatisme et de la rhétorique. Cette double relecture autorise subséquemment une harmonisation entre le concept de souveraineté et le droit international.

Mots clés :

droit international

souveraineté

normativité

représentation

théorie du droit

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : La discordance entre la souveraineté et le droit international	14
CHAPITRE 1 : Prolégomènes à l'étude de la souveraineté	15
Section 1. La corrélation entre la souveraineté et la modernité	15
1.1 Les signes historiques de la souveraineté	16
1.2 La mort de Dieu et la naissance du sujet autonome	25
1.3 Le discours de la souveraineté : une organisation du monde et de l'agir	36
1.4 L'analogie persistante entre l'Homme et l'État	41
Section 2. Une organisation dichotomique du monde	48
2.1 La frontière, repère spatiotemporel de l'identité	49
2.2 Anarchie internationale et ordre domestique	57
2.3 La rencontre de l'Autre et la création du sujet international	65
2.4 La contribution des théories du contrat social au silence théorique international	77
Section 3. L'instance critique devant l'arbitraire dichotomique	84
3.1 Ordre domestique et anarchie internationale : le contre-exemple de l'Afrique	85
3.2 Simulation et dissimulation dans les pratiques interventionnistes	94
3.3 La possibilité d'une critique sans fondationnalisme	105
Section 4. La nécessité d'une relecture de la souveraineté	112
4.1 Le phénomène de mondialisation	112
4.2 L'interdépendance empirique et la transformation de la souveraineté	115
4.3 L'interdépendance de certains aspects normatifs	125
CHAPITRE 2 : L'ordre libéral international et l'absentéisme du droit	131
Section 1. Le droit international et la philosophie libérale classique	131
1.1 La dichotomie privé/public et le sujet international autonome	132
1.2 L'article 2(7) de la Charte de l'ONU, flambeau de la souveraineté	142
1.3 Le mythe de l'égalité souveraine des États	150
1.4 L'analogie domestique systématique et le droit international	161
Section 2. L'oscillation théorique entre le <i>iustnaturalisme</i> et le <i>iuspositivisme</i>	169
2.1 Le problème insurmontable de la fondation du droit	170
2.2 Un paradigme dominant dans un monde séculier : le positivisme	177
2.3 Les doctrines rigidifiées du volontarisme et, dans une moindre mesure, du consentement en droit international	187
2.4 Les concepts d'intersubjectivité, de <i>soft law</i> et de <i>jus cogens</i> : butoirs au paradigme volontariste	193

Section 3. Les <i>Critical Legal Studies</i> et le droit international	198
3.1 Les incohérences du droit international libéral	198
3.2 La légitimité du droit international	211
3.3 La surdétermination du code binaire	225
3.4 La structure de l'argumentation du droit international	231
Section 4. Le phénomène de l'intervention dans l'ordre libéral international	236
 DEUXIÈME PARTIE : Un terrain compatible pour la souveraineté et le droit international	251
 CHAPITRE 1 : Une relecture de la souveraineté et du droit international	252
Section 1. De quelques considérations générales sur le droit	252
1.1 Le pouvoir de qualification	253
1.2 Les normes et la disposition pragmatique de l'Homme ou de l'État	258
1.3 Le paradigme du droit-phénomène social	269
1.4 Le droit et la nécessité interprétative	277
Section 2. La démythification et l'harmonisation de la souveraineté et du droit international	283
2.1 La pertinence de la conservation du concept de souveraineté	283
2.2 La souveraineté, construction sociale et historique	295
2.3 Le paradoxe de l'agent et de la structure et la revitalisation du droit international	306
Section 3. Les normes internationales et le raisonnement juridique	309
3.1 Les normes internationales et l'aspect communicationnel	310
3.2 Les normes et le raisonnement juridique	326
3.3 Les normes et la simplification du processus décisionnel	341
Section 4. Le devenir de la norme de non-intervention devant les changements théoriques et pratiques	347
 CHAPITRE 2 : L'enjeu normatif d'une hypothétique communauté internationale	361
Section 1. Globalisation et désarticulation de la dichotomie internationale	362
1.1 Le phénomène identitaire et les fantômes kantien et hégélien	362
1.2 La représentation de l'Autre et du danger	372
Section 2. La force symbolique de la notion de communauté internationale	381
2.1 Le droit et le pouvoir symbolique	382
2.2 Le rapport étroit entre le droit et le tiers	391
2.3 La fabrication et la récupération symbolique de la notion de communauté internationale	401

Section 3. Les catégories actuelles et la communauté internationale	408
3.1 Les descriptions internationales : le système, la société et la communauté .	408
3.2 Le danger d'une communauté internationale restreinte	415
3.3 L'idée normative d'une communauté internationale	421
CONCLUSION	434
BIBLIOGRAPHIE	446

REMERCIEMENTS

Quelques mots, avant la tempête des mots, en témoignage de ma reconnaissance envers les personnes qui, par leurs conseils et surtout pour leur appui indéfectible, ont contribué de près ou de loin à l'ébauche et à l'achèvement de cette thèse.

Mes premiers remerciements vont à mon directeur de recherche, Francis Rigaldies, pour le temps, la patience, la passion de la discipline et la liberté qu'il m'a généreusement octroyés au cours des dernières années. Je désire également remercier un condisciple, Monsieur Stéphane Bernatchez, et une amie, Madame Alicia Sliwinski, pour leurs réflexions respectives et judicieuses tant au niveau de la forme que du fond, mais surtout et sinon plus pour leur présence dans les moments tortueux, pour ne pas dire les crises existentielles, caractéristiques du processus d'écriture. Je désire enfin remercier ma famille et plus particulièrement mes parents, Francine Mongeau et André Duplessis, ainsi que ma soeur, Josée Duplessis, qui sans nécessairement comprendre l'entièreté des études doctorales, en ont mesuré l'ampleur et, pour cela, m'ont accordé leur respect et leur soutien.

AVANT-PROPOS

Toute personne qui s'attache à l'étude du droit international est confrontée, tôt ou tard et bien malgré elle, à la question de la juridicité de ce droit. Cette confrontation survient dès un bref survol de la littérature sur le sujet, ou encore, elle est initiée par certaines remarques voire certains sarcasmes de la part des juristes qui étudient plus spécifiquement le droit national, et du public en général qui envisage exclusivement la scène internationale comme une lutte apparente pour le pouvoir.

Cette question de la juridicité du droit international nous a fortement secouée car elle oblige un détour ontologique à savoir, qu'est-ce que le droit. Parallèlement cette question, ou plutôt les réponses accordées à cette question, nous ont profondément agacée. Dans la majorité des cas, elles prennent la forme d'une vérité indiscutable et scientifique qui se présente comme suit : le droit national regroupe certaines propriétés, et parce que le droit international ne répond pas entièrement à ces exigences, il ne peut par conséquent être du droit. Nous avons parlé d'un agacement devant ce procédé car il se déploie sans véritablement amorcer une réflexion sur le droit en soi, tout en discréditant du même coup le droit international de façon plus ou moins condescendante. Cette attitude complaisante des utilisateurs de ce procédé se justifie invariablement par leur prétendue possession du réel, en l'occurrence le droit. Les opposants sont, on l'aura deviné, relégués au rang d'éternels rêveurs et idéalistes de même acabit.

Cette thèse examine donc la force obligatoire du droit international et, pour ce faire, elle entame une réflexion plus vaste sur le droit. Certes, le sujet est ambitieux

mais ô combien passionnant pour tout juriste, indépendamment de son domaine d'étude, car il s'agit bien de proposer une nouvelle compréhension du droit à partir, cette fois-ci et par un juste retour des choses, d'un point jusqu'alors marginalisé, celui du droit international.

INTRODUCTION

L'observation des phénomènes internationaux et, subséquemment, leur catégorisation relevant d'une interdépendance toujours croissante entre les États, ont bien vite cédé la place à un discours articulé exclusivement autour de la mondialisation. À tel point que la notion de discours semble ici se prêter à un euphémisme devant l'abondance de la littérature et la surenchère des médias qui traitent *ad nauseam* des événements particuliers à cette fin de siècle en tant que signes confondus et irréfragables d'une mondialisation. Que n'a-t-on pas dit à son sujet ? Elle est ou bien vouée aux gémonies millénaristes ou bien béatifiée en tant que nouvelle rédemption planétaire. Toutefois, cette distribution binaire des allégeances face à la mondialisation attire beaucoup moins notre attention que son traitement méthodologique invariable. En effet, autant les opposants que les sympathisants contribuent dans ce domaine à une surenchère du réel. Une fois nommée, une fois constatée, la mondialisation entraîne un jugement positif ou négatif mais nécessairement *a posteriori*. Le réel est désormais décrit et les opinions à son sujet peuvent alors se diviser. Cette remarque ne cherche pas à minimiser les faits, qui de façon indéniable, confirment l'interdépendance et l'interpénétration au niveau international. Néanmoins, et ceci nous intéresse plus particulièrement, la description de la mondialisation implique un sujet percevant qui est immanquablement et historiquement situé. Contrairement à la méthodologie générale d'inspiration positiviste, la mondialisation ne se réduit pas à une observation neutre et impartiale du réel, en l'occurrence des phénomènes d'interdépendance entre les États. C'est en ce sens que la distribution des allégeances importe peu car elle intervient toujours après coup, après une prétendue description du réel où le sujet brille par son absence.

Cette méthodologie soulève plusieurs difficultés, dont la plus importante demeure précisément cette évanescence du sujet dans l'observation du réel. Et pour bien démontrer l'opposé, c'est-à-dire l'implication du sujet dans l'observation du réel, il suffit d'examiner le traitement de la mondialisation sous l'angle de la nouveauté. En effet la mondialisation apparaît, suivant le discours littéraire et médiatique comme un phénomène typiquement contemporain. Mais n'est-ce pas, ici encore, le sujet percevant qui décide de voir ce phénomène de cette façon ? Autrement dit, le phénomène de mondialisation est-il aussi nouveau qu'on semble le présenter ? Provoque-t-il une scission ou une déchirure du tissu historique ? N'est-il pas possible de fournir des exemples de mondialisation dans le temps et même, dans un temps fort reculé ? Pensons, notamment, à la Rome impériale qui étend alors son emprise aux régions éloignées et dites barbares, ou encore, à la société civile chrétienne caractéristique au Moyen-Âge et indifférente en partie au découpage territorial, car réunie sous les prétentions universelles de l'Église. Il y a effectivement des traces de mondialisation dans l'histoire. Ce qui se manifeste sous le signe de la nouveauté n'est pas tant le caractère global mais bien l'intensification et l'accélération du processus mondialisant au niveau des moyens, sans nécessairement entraîner une convergence vers les fins.

De la même façon, quoique sur un tout autre registre, la prégnance du discours sur la mondialisation participe activement à ce sentiment de nouveauté et d'urgence. Nous pensons, entre autres, au traitement des problèmes environnementaux qui sont dorénavant rangés dans la catégorie de la mondialisation alors que ces problèmes ne se distinguent en rien pour leur nouveauté. L'environnement de l'homme ne s'est jamais plié au tracé anthropomorphique des frontières géographiques et conceptuelles. La nouveauté consiste plutôt dans la façon de percevoir ces problèmes, c'est-à-dire de façon intégrée et non plus sectaire. Ces exemples, autant anciens que contemporains, explicitent le rôle du sujet dans l'observation du réel ou de la mondialisation et, par

conséquent, ils font en partie échec aux constatations d'impuissance devant un phénomène empirique sur lequel l'homme n'a aucune espèce d'emprise.

Parallèlement, le discours sur la mondialisation alimente celui sur le dépérissement ou l'obsolescence de l'État. En effet, le décloisonnement des frontières, pour un échange simplifié et accéléré des capitaux, des biens et des informations, interroge directement la capacité de l'État à contrôler sur son territoire et en totalité son système de gouvernement politique, économique, social et culturel. De plus, la mondialisation fournit des munitions supplémentaires, que nous qualifierons d'éthiques, aux théoriciens qui prônent un cosmopolitisme et à ceux qui opposent une fin de non-recevoir à l'État-Nation en fonction des leçons historiques entourant la Deuxième guerre mondiale. La souveraineté, parce qu'elle est affiliée de façon plus ou moins exclusive à cet État-Nation qui a autorisé lors de cette période des abus spectaculaires et innombrables, perd également de son statut d'intouchable.

Il faut bien voir que la mondialisation, phénomène hautement complexe qui allie autant des mouvements de globalisation que de régionalisation, ne représente pas plus une panacée qu'une tare. Cependant, elle nous incite de façon pressante à penser l'organisation internationale et domestique. Elle suscite ce questionnement car elle se présente schématiquement sous trois formes qui, elles, sont typiquement contemporaines, et qui rendent ostensibles la perméabilité et, conséquemment, la contingence des frontières.

Nous appellerons technique ou, indifféremment, technologique la première forme de mondialisation car elle se concentre essentiellement sur l'aspect logistique pour la facilité et l'accélération des échanges transfrontaliers. Il s'agit donc d'une mondialisation stratégique des supports et des instruments. Cette forme se cristallise notamment autour des nouvelles technologies informationnelles et, plus

particulièrement, dans le domaine des télécommunications. Elle dévoile, sans l'ombre d'un doute, le caractère arbitraire du système étatique et territorial élaboré à partir du XVI^e et XVII^e siècles. En effet ces nouvelles technologies, de par leur intangibilité, traversent les frontières sans qu'aucune barrière puisse véritablement les freiner et, en ce sens, elles défient ouvertement et profondément l'organisation moderne qui articule et emprisonne le temps et l'espace d'une manière toute singulière. Nous nous retrouvons donc, avec ces nouvelles technologies, dans un rapport complètement différent face au temps et à l'espace. Par ce fait même, elles interrogent spécifiquement nos catégories métaphysiques qui ont jusqu'alors réglé la vie et le devenir de la communauté domestique. La multiplication des transports, la rapidité de l'information, bref, cette tendance vers une uniformisation planétaire du temps pour faciliter les échanges économiques et autres transforment plus largement notre relation symbolique au temps et à l'espace, en nous rejetant constamment dans le mode de l'immédiateté⁽¹⁾ et de l'immatérialité. Les échanges contemporains procèdent paradoxalement à la dématérialisation du territoire en refusant de s'y fixer. Pour résumer et conclure, cette mondialisation technique affecte directement la construction moderne de l'État car celle-ci se caractérisait précisément par la capture du temps et de l'espace à l'intérieur d'un territoire et d'une communauté domestique.

La deuxième forme de la mondialisation est plutôt d'ordre économique et financier. L'aspect financier ou spéculatif rejoint, dans les effets, la forme technique mentionnée ci-haut de par son insaisissabilité qui déjoue systématiquement le tracé des frontières. Plus généralement, le système capitaliste a créé un tissu planétaire où la performance économique d'un État va grandement influencer sur l'ensemble des États en fonction de la réciprocité des investissements, de la dissémination des lieux de production, de l'interpénétration des marchés boursiers, du financement des dettes

⁽¹⁾ Charalambos APOSTOLIDIS, *Doctrines juridiques et droit international. Critique de la connaissance juridique*, Paris, Eyrolles Université, 1991, pp. 273 et suivantes.

nationales et de l'implication accrue d'organismes régulateurs tels que le FMI ou la Banque mondiale. La mondialisation économique a ceci de particulier qu'elle agence simultanément et indifféremment des phénomènes de production et de consommation à une misère et une pauvreté, des processus de développement à des processus de sous-développement⁽²⁾. Elle ne doit pas cacher, sous un vocable parfois trompeur, cette disparité croissante entre les États ou les régions. Cette disparité va, par ailleurs, se retrouver implicitement dans tous les problèmes reliés de près ou de loin à l'interdépendance.

La troisième forme de mondialisation s'avère plus pernicieuse car elle cherche à créer ou à simuler une communauté à partir des risques partagés et des dangers indépassables individuellement. Si ces dangers sont communs, en ce sens qu'ils se moquent encore une fois des frontières et qu'ils affectent indistinctement et simultanément les États, ils ne peuvent être assimilés pour cette seule et unique raison à une espèce dégradée de but commun international. Il s'agit ici, dans les concertations entre les États pour contrer les dangers, de pallier l'urgence et non d'élaborer une vision de vie commune internationale et permanente. Cette dernière notion contredit l'organisation moderne qui admet, tout au plus, une coexistence minimale entre des entités étatiques distinctes et autonomes dans leur recherche du bien commun. La liste de ces dangers s'allonge indûment et nous ne soulèverons, à cet effet, que les centres névralgiques d'instabilité.

Nous avons déjà évoqué un peu plus haut la dégradation de l'environnement et les défis qu'elle comporte comme un problème majeur qui exige la coopération et la concertation de tous les acteurs internationaux, peu importe leur allégeance. Naturellement, cette exigence de coopération rappelle à elle les tensions économiques

⁽²⁾ Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1996, p. 66.

irrésolues qui s'élèvent entre les régions développées et les régions sous-développées. Nous avons alors l'étrange impression d'assister à un débat sur une justice internationale et distributive qui, sans être nommée explicitement, s'est tranquillement déplacée de la sphère économique vers la sphère environnementale. Les États industrialisés ont, à l'évidence, majoritairement contribué à la dégradation actuelle de l'environnement et les États du Tiers-Monde ne se gênent certainement pas pour leur rappeler ces faits d'armes. Néanmoins, cette défense est irrecevable si elle entraîne subséquemment une déresponsabilisation pour les États du Tiers-Monde qui, par le taux de croissance démographique et l'industrialisation tous azimuts, vont participer dans un futur déjà présent au problème soulevé. Ce renvoi réciproque de la responsabilité, né faut-il le répéter, du déplacement éluif d'un véritable débat sur la justice distributive, emporte dans un cas comme dans l'autre un empêchement ou un délai inacceptable pour une action concertée face aux problèmes environnementaux. Soulignons, par ailleurs, l'urgence et l'ampleur de ces problèmes qui ne peuvent pour cette raison souffrir de ces délais et lenteurs.

Cette communauté de dangers se retrouve également dans la diffusion internationale d'une criminalité hybride, en ce sens qu'elle réunit les pôles privé et public, qui déborde largement les frontières nationales. À titre d'illustration et sans vouloir discuter de l'aspect moral de cette question, pensons au trafic des narcotiques qui soulève encore une fois le déplacement éluif des problèmes de disparités économiques entre les États développés et sous-développés. La chasse aux caïds et l'interdiction des plantations de drogue, par un État développé pour protéger sa propre communauté domestique contre l'importation et la consommation, emporte bien souvent comme conséquence la destruction d'une activité micro-économique vitale pour une population locale des régions sous-développées.

La diffusion rampante de la criminalité peut pareillement être illustrée avec le trafic des armes, toutes plus sophistiquées les unes que les autres dans leur capacité à tuer la vie biologique. Le trafic des armes conventionnelles n'est pas nouveau en soi toutefois, et en marge d'un monopole détenu jusqu'alors en partie par les États qui leur laissait une certaine marge de manoeuvre dans la balance internationale des pouvoirs, plusieurs organisations, que nous qualifierons de privées à défaut d'un meilleur terme, fournissent tantôt des armes tantôt les composites pour la fabrication de celles-ci à qui veut bien en payer le prix. Cette "démocratisation" du commerce des armes biologiques et nucléaires a notamment profité du démembrement du bloc soviétique et de la désorganisation structurelle de plusieurs États. L'ampleur du problème, si nous faisons toujours abstraction de l'aspect moral pour les fins de notre discussion sur la mondialisation, est le potentiel destructeur de ces armes qui, il fallait s'y attendre, ne se limite ni à un champ de bataille circonscrit ni ne discrimine entre la population civile et les soldats de carrière.

L'interdépendance des risques ou des problèmes, c'est selon, se constate aussi dans les débordements transfrontaliers des populations et dans l'exode des réfugiés. Ainsi, une guerre civile ne se restreint plus à un domaine dit intérieur lorsque le conflit provoque le déplacement d'une multitude de personnes et, par voie de conséquence, impose l'accueil et le soutien organisationnel propre à cet accueil dans les États limitrophes. Les ressources pour une intégration pacifique s'avèrent logiquement limitées et ceci peut, en premier lieu, occasionner des tensions et de l'intolérance à l'intérieur de la communauté qui reçoit les réfugiés. En deuxième lieu, des tensions peuvent aussi s'élever entre cette dite communauté et l'État qui a suscité au préalable l'exode d'une partie de sa population. En effet, et si les réfugiés sont en nombre suffisant, ils peuvent toujours fomenter des révoltes et des mouvements irrédentistes ou insurrectionnels contre leur État d'origine à partir, cette fois-ci, de la terre d'accueil et même avec le soutien logistique de cette dernière.

Cette série d'exemples sur une communauté planétaire des dangers, que nous pourrions certes allonger au risque de provoquer une indigestion morale, démontre l'interdépendance entre les États et la perméabilité des frontières. Elle justifie parallèlement l'inanité de la prétention moderne des sujets étatiques à l'autarcie et à l'insularité dans un monde qu'ils sont, bien malgré eux, appelés à partager. Si cette représentation a consolidé l'émergence de l'État moderne contre les aspirations universelles de l'Empire ou de la Papauté aux XVI^e et XVII^e siècles, elle ne concorde absolument plus avec les impératifs de notre temps.

Néanmoins, les trois formes de mondialisation décrites plus haut, à savoir les mondialisations technique, économique et des dangers, recoupent essentiellement l'empirie et ne contribuent pas, à elles seules, à la création instantanée d'une communauté internationale normative ou encore à l'élaboration d'une vision du bien commun à l'échelle planétaire à l'encontre de la prétention moderne des sujets étatiques à l'autonomie et à l'insularité. Autrement dit, les événements regroupés sous le sigle de la mondialisation ne dictent pas un devoir-être, ils ne nous indiquent pas, par l'imposition de conditions bien spécifiques, un "comment allons-nous vivre ensemble" ou un "comment voulons-nous vivre ensemble".

Si nous avons pris soin de spécifier que les faits désignant une interdépendance toujours croissante entre les États sont silencieux sur le "comment nous voulons vivre ensemble", c'est bien parce qu'ils peuvent en partie et en l'absence d'une réflexion, baliser notre champ d'action. Le cantonnement des commentaires sur la mondialisation à une prétendue description figure déjà d'un choix épistémologique du sujet qui consiste à prôner la technicité contre le raisonnement critique. Le défi repose précisément dans ce choix épistémologique du départ. Désirons-nous vraiment abdiquer notre capacité réflexive aux niveaux symbolique, éthique et juridique, suivant en cela le motif qu'une mondialisation technique, économique et des dangers a déjà eu lieu ?

Acceptons-nous une position méthodologique qui efface paradoxalement le sujet pour laisser place à un déterminisme événementiel, qui lui va en retour façonner autoritairement voire mécaniquement l'aspect normatif de nos vies ? Voulons-nous que le domaine de l'être englobe totalement pour ensuite éliminer la possibilité d'un devoir-être ?

Cette thèse prend résolument le contre-pied de ce choix épistémologique et descriptif. Pour reprendre librement les paroles de Cioran : seuls les monstres possèdent le luxe de regarder les choses en face. Les autres adoptent le parti de l'imaginaire en regardant les choses autrement, et ce parti réintroduit le sujet et sa capacité réflexive malgré la "mauvaise réputation" philosophique que ce dernier charrie depuis la deuxième moitié du XX^e siècle. Cette réintroduction courtise en quelque sorte une antiméthode, sans toutefois verser dans le dadaïsme, car elle attribue une certaine incohérence au sujet. Qu'est-ce à dire ? La liberté de l'homme lui interdit de déléster sa responsabilité dans la construction du monde au profit d'une source hiérarchique telle que Dieu, la Nature ou, plus récemment, un déterminisme d'ordre scientifique. L'homme, parce qu'il est libre, est responsable du monde et d'autrui. Cependant, cette responsabilité n'appelle pas du même coup la venue d'un "super homme" qui s'émancipe de tous types de contraintes structurelles. Cette responsabilité se déploie toujours et nécessairement dans le cadre de la finitude des connaissances humaines. Notre sujet figure donc un anti-héros car il exhibe une certaine incohérence, découlant elle-même d'une rationalité qui n'est pas sans faille et sans heurt.

Ainsi donc, l'affirmation qu'une mondialisation technique, économique et des dangers module sans contredit l'agir international n'entraîne pas une déresponsabilisation pour l'homme ou un constat d'impuissance. Il demeure toujours possible, quoique difficile, d'imaginer quelque chose de différent, mais cette thèse se

propose de le faire. Il s'agit avant tout d'entamer une réflexion et un débat et non de rechercher une solution miracle pour l'organisation internationale. En premier lieu, nous doutons fortement de l'existence d'une telle solution. En deuxième lieu, et si solution il y a, elle se développe à partir du corps de la réflexion théorique.

En fonction de notre dernier commentaire, notre étude de la sphère internationale, et surtout de son droit, est essentiellement une démarche théorique. En dépit mais avec respect pour l'opinion contraire⁽³⁾, nous n'avons aucunement l'impression que le droit international est entré dans une ère post-ontologique, en ce sens que les juristes n'ont plus à défendre l'existence de ce droit et qu'ils peuvent dorénavant s'attarder entièrement à la critique de son contenu. La préoccupation ontologique, à savoir qu'est-ce que le droit international, se manifeste précisément lorsque l'on essaie d'examiner et de critiquer le contenu de ce droit, qui est dicté en tout ou en partie par la réponse octroyée à la préoccupation ontologique. Cette réponse peut également figurer un silence mais elle n'en dicte pas moins le contenu du droit international. La problématique connexe à l'ontologie, celle de l'obligatorité du droit international, refait et risque de refaire surface selon nous tant et aussi longtemps que le droit international s'explique, implicitement ou explicitement, à partir de la représentation moderne de la souveraineté.

Pour cette raison, la première partie de la thèse s'attache à cette représentation bien singulière de la souveraineté en retraçant plus spécifiquement les signes historiques de ce concept central pour la compréhension du droit international. Nous verrons, à cet effet, que la représentation moderne de la souveraineté s'élève et permet la consolidation de l'État contre les prétentions universelles de l'Église et de l'Empire. Il s'agit d'un principe profane, inconditionné, qui va fondamentalement organiser la

⁽³⁾ Cet avis est exprimé par Thomas M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 6.

communauté domestique autour d'elle-même et non en fonction d'une instance hiérarchique, transcendante et éloignée de cette même communauté. La souveraineté comporte une perspective biface en ce qu'elle organise principalement la communauté domestique à l'interne, mais elle la projette du même coup sur la scène internationale en tant qu'entité distincte et autonome. Ainsi, la souveraineté suppose à l'interne une maîtrise totale du gouvernement sur un territoire délimité et une population définie alors qu'à l'externe, elle entraîne une indépendance complète pour l'entité étatique face aux autres communautés domestiques.

Nous nous retrouvons donc avec une organisation dichotomique du monde, qui va bientôt devenir proprement manichéenne. En effet, l'interne accapare tranquillement, puis exclusivement, les possibilités d'un ordre, d'une justice et d'une rationalité. L'externe récupère quant à lui les notions d'anarchie, de dangers et d'irrationalité. Cette articulation dualiste colore toujours notre compréhension du monde, avec comme conséquence perverse, un désintérêt profond et généralisé de la société civile pour la sphère internationale. Peut-il en être autrement puisque cette sphère reste envisagée comme un domaine mystérieux et incontrôlable ? Les sociétés civiles s'en remettent alors aveuglément à leur gouvernement afin d'établir une politique extérieure. Nous irions même un peu plus loin dans ce raisonnement : en vertu de l'articulation dichotomique, la sphère internationale ne réveille pas, à l'instar du domaine domestique, un désir et une réflexion sur la justice et ceci peut expliquer en partie les difficultés ontologiques du droit international. Celui-ci perd ses qualités juridiques pour s'assimiler invariablement à un moyen politique détourné.

L'ordre juridique international reprend donc cette dichotomie externe/interne en départageant un domaine public des domaines privés ou nationaux. Plus largement, il s'appuie sur la philosophie libérale classique en posant comme unité irréductible d'analyse, l'entité souveraine. Cette inspiration libérale est également apparente dans

l'épistémologie radicale sur les valeurs qui entraîne une impossibilité d'établir ou d'imposer un bien commun international et substantiel. De plus et pour compléter ce schéma introductif, l'ordre juridique international fait appel à la méthodologie positiviste pour dériver exclusivement le caractère contraignant de l'obligation juridique de la volonté de l'État-sujet. Nous verrons, plus spécifiquement avec l'aide des *Critical Legal Studies*, les incohérences et les apories que suscite le rapprochement de la philosophie libérale classique et de la méthodologie positiviste pour la compréhension de l'ordre juridique international.

À la fin de cette première partie, nous serons en mesure d'avancer l'hypothèse centrale de notre étude et qui se formule de la façon suivante : si la représentation moderne de la souveraineté a permis l'idée du droit international en différenciant les sujets étatiques, elle a du même coup amputé le droit international de sa normativité en liant celle-ci à la seule volonté des sujets. Le droit international se voit conséquemment confiné à un rôle d'enregistrement du réel, c'est-à-dire qu'il codifie mécaniquement la volonté et la pratique subséquente des sujets souverains. Ceci confirme malheureusement la compréhension commune, à savoir que le droit international n'est qu'un instrument, sans plus, dans le déploiement d'une politique nationale particulière puisqu'il ne se distance en rien des vellétés souveraines.

Si la première partie expose, et radicalise à dessein, la théorie sous-jacente à l'ordre juridique international, afin de montrer l'omniprésence de la préoccupation ontologique et les conséquences de celle-ci sur la force ou la faiblesse normative du droit international, la deuxième partie de la thèse adopte, comme nous l'avons préalablement annoncé, le parti de l'imaginaire en essayant de présenter certains concepts, qui apparaissent éculés, sous un jour différent. Notre contribution se limite donc à explorer des nouvelles significations, des nouvelles formes de vie, en

redéfinissant des mots déjà anciens⁽⁴⁾. À cette fin, nous nous sommes tournés vers plusieurs disciplines, dont la philosophie, l'histoire et les sciences politiques pour insuffler des significations et des alternatives différentes à des concepts figés dans le temps, comme la souveraineté. Le droit international positif accorde bien une réponse à la question souveraine mais cette réponse renforce le statut fondationnaliste, ahistorique et acontextuel, ce que nous cherchons précisément à éviter. En définitive, cette liberté méthodologique ne nous amène pas à épouser un facteur explicatif exclusif. Au contraire et suivant en cela une approche pluridisciplinaire, il s'agit de susciter une réflexion à partir de plusieurs facteurs explicatifs possibles.

Comme nous l'avons brièvement mentionné, la force ou la faiblesse du droit international dépend de la représentation que l'on se fait de la souveraineté. Celle-ci doit dorénavant être envisagée en tant que construction sociale, historique et relationnelle. Si son contenu demeure en partie variable spatiotemporellement, il ne signifie pas un fourre-tout inextricable car il est déterminé transsubjectivement, au fil des argumentations entre les acteurs internationaux. De la même façon, le droit international bénéficiera d'une vitalisation si nous parvenons à l'éloigner un tant soit peu du paradigme positiviste, jusqu'alors dominant, pour le rapprocher d'une perspective pragmatique et rhétorique. Le caractère contraignant du droit international, selon cette perspective, découlera beaucoup plus du tissu social et symbolique, qui rassemble les acteurs internationaux, que de la volonté unique d'un sujet étatique et exprimée à un moment bien précis. Le processus d'harmonisation entre la souveraineté et le droit international exige une communauté internationale et cette dernière expression revendique quelques spécifications qui marqueront, du même coup, le point final de notre étude.

⁽⁴⁾ Cette approche s'inspire de Philip ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 5, 6.

Première partie

LA DISCORDANCE ENTRE LA SOUVERAINETÉ ET LE DROIT INTERNATIONAL

CHAPITRE I

PROLÉGOMÈNES À L'ÉTUDE DE LA SOUVERAINETÉ

La compréhension du droit international réclame, au préalable, une étude de la souveraineté et ce détour peut paraître superfétatoire pour qui ne reconnaît pas le caractère fondamental de la souveraineté dans l'organisation de la sphère internationale et de son droit. Étant donné ce caractère fondamental et incontournable, nous nous attarderons plus spécifiquement à une certaine représentation de la souveraineté car elle a fortement contribué à l'organisation moderne et profane du monde. Sa contribution consiste principalement à élever une dichotomie rigide entre les sphères domestique et internationale qui va, par la suite, déterminer le champ et la force du droit international. À l'évidence, cette dichotomie est ébranlée par le phénomène contemporain de la mondialisation. Mais et en deçà de ce bouleversement empirique, elle exige également et sinon plus d'être remise en question philosophiquement.

Section 1. La corrélation entre la souveraineté et la modernité

Certains mots de notre vocabulaire évoquent, pour une multitude de raisons, des concepts chargés d'un lourd passé et la souveraineté constitue, à cet effet, un bel exemple de l'équivoque. Nous essaierons donc de voir l'évolution de ce mot au travers de quelques signes historiques pour nous arrêter plus longuement à la modernité, car la représentation contemporaine y puise la majeure partie de son sens. La souveraineté, telle que nous l'entendons, cumule deux fonctions. Elle est née avec l'État et elle le façonne en sujet rationnel et autonome à l'instar de l'individu. Mais, elle est également un discours sur le monde et son organisation. Bref, la souveraineté tente de répondre à la question identitaire, "qui sommes-nous" et à la question normative, "comment allons-nous vivre ensemble".

1.1 Les signes historiques de la souveraineté

1648. Fondation mythique de la souveraineté. Il apparaît d'usage commun de fixer, quoique arbitrairement, la naissance d'un concept à une date charnière. La nécessité d'une fondation exige une origine, un départ d'où le temps s'abreuve et s'écoule de façon linéaire. Mais la question demeure : pourquoi avoir choisi précisément cette année au lieu d'une autre ? Nous pourrions répondre qu'elle contient un événement singulier qu'est la signature des traités de Westphalie qui conclurent la guerre de Trente Ans. Ce conflit religieux et politique avait débuté avec l'opposition des princes allemands protestants à l'autorité impériale catholique.

Néanmoins, et contrairement à la simplicité d'un événement fondateur mythifié, la notion de souveraineté remonte au Moyen-Âge. Elle se précise et se détermine plus spécifiquement avec la consolidation de l'État moderne⁽¹⁾. Aussi, l'année 1648 représente plutôt l'appropriation et l'interprétation, exigées par des conjonctures politique, religieuse et intellectuelle propres à l'Europe occidentale du XVI^e et XVII^e siècles, d'une notion déjà existante. Un détail, qui ne manque pas d'importance comme nous le verrons plus loin, reste indubitable : la caractérisation de la souveraineté est ancrée dans l'indépendance *de facto* des États européens⁽²⁾. Autrement dit, la notion de souveraineté est récupérée et thématifiée en fonction d'une situation factuelle délimitée, celle de l'indépendance temporelle autant que spirituelle de plus en plus accentuée des États modernes. Pour cette raison, les auteurs utilisent avec justesse le terme de consolidation d'une entité politique particulière.

⁽¹⁾ Gilles BRETON, "Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ?", (1993) 24 *Études internationales* 533, p. 539 ; Antonio TRUYOL SERRA, "Souveraineté", (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 313, p. 313.

⁽²⁾ Robert H. JACKSON, "Quasi-States, Dual Regimes, and Neoclassical Theory : International Jurisprudence and the Third World", (1987) 41 *International Organization* 519, p. 522.

Ce détour anecdotique s'avère inévitable pour qui cherche à comprendre la signification de la souveraineté contemporaine. L'interrogation fondamentale ne consiste pas tant à savoir ce qu'est la souveraineté, mais ce qu'elle représente et ce qu'elle est devenue avec le temps. Cette préoccupation exige une démarche qui retrace les représentations de la souveraineté et non la quintessence de celle-ci, si quintessence il y a.

Cette dernière remarque suggère l'absence d'une essence éternelle et immuable de la souveraineté octroyée, par exemple, suivant un ordre naturel. Si nous avançons l'existence d'une pluralité de représentations dans le temps, successives ou encore compétitives, il nous faut également accepter le statut de discours de la souveraineté. Par conséquent, celle-ci s'apparente à un discours particulier sur le réel qui allie une organisation sociale et spatiale et une certaine conception du pouvoir politique⁽³⁾. Il va de soi qu'un discours est sujet à modification, à révision voire à opposition. Le statut même du discours peut être remis en question et cette position métacritique semble justement se produire à la fin du XX^e siècle. Nous n'échappons aucunement à ce courant en nous interrogeant nous-mêmes sur le concept de la souveraineté. Nous pouvons affirmer, à tout le moins, que la pertinence d'une certaine représentation de la souveraineté, héritée du XVI^e et XVII^e siècles, est fortement discutée. Il s'agit encore là de broser, le plus fidèlement possible, les caractéristiques de cette image singulière.

Il nous faut ici revenir à l'événement fondateur de la signature des traités Westphalie qui termine la guerre de Trente Ans. Celle-ci, s'amorce, comme nous l'avons souligné, avec l'antagonisme entre les princes allemands protestants et l'autorité impériale catholique pour ensuite enflammer l'Europe entière du fait des

⁽³⁾ Cette définition est tirée de G. BRETON, *loc. cit.*, note 1, p. 539.

multiples interventions des puissances étrangères. L'élément déclencheur pour la consolidation d'une nouvelle entité politique est en place à savoir, le conflit ouvert entre les particularités princières et l'universel impérial et religieux.

En effet, la notion de souveraineté est systématisée avec la naissance de l'État moderne et elle cherche, d'une part, à contrer les prétentions universalistes de l'Empire et de la Papauté et, d'autre part, à rapatrier l'enchevêtrement de pouvoirs symptomatique à la féodalité européenne⁽⁴⁾. Le rapatriement des pouvoirs féodaux tombe sous le prototype de la souveraineté intérieure, telle que développée notamment par Bodin. La souveraineté interne, comme attribut du pouvoir politique, permet la désignation de l'autorité finale et absolue à l'intérieur d'une communauté particulière⁽⁵⁾. Toutefois, l'idée de l'État moderne s'impose sur un autre front qui nous intéresse tout spécialement en ce qu'il recoupe véritablement la souveraineté internationale, soit l'opposition aux prétentions universalistes de l'Église et de l'Empire et des interventions possibles rattachées à ces prétentions.

Qu'entend-on par une prétention universaliste ? Prenons, à titre d'exemple, l'idée vraisemblable de l'existence d'une société civile supranationale européenne bien avant les traités de Westphalie⁽⁶⁾. Cette société civile globale, tout en étant attachée aux territoires n'est cependant pas restreinte à l'un d'eux. Le confinement de la société civile à un territoire exclusif étant marginal devant la structure religieuse et totalisante de l'Église catholique, l'autorité universelle de cette institution peut donc s'élever par-delà les particularismes princiers et territoriaux. La société civile globale se compare

⁽⁴⁾ A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 1, p. 317.

⁽⁵⁾ F. H. HINSLEY, *Sovereignty*, coll. The New Thinker's Library, London, C.A. Watts & Co. Ltd., 1966.

⁽⁶⁾ Cette idée est avancée par Ronnie D. LIPSCHUTZ, "Reconstructing World Politics : The Emergence of a Global Civil Society", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 389, p. 400.

à une civilisation unie sous le pouvoir normatif de la chrétienté⁽⁷⁾. Nous n'hésitons pas à qualifier le pouvoir spirituel de l'Église de normatif en ce qu'il guide et uniformise les actions quotidiennes des hommes peu importe la terre où ils sont nés. L'autorité temporelle de l'Église, qui requiert l'obéissance sans avoir recours à des moyens coercitifs et extériorisés, transcende le pouvoir politique des princes et guide directement leurs sujets.

Dès lors, faut-il s'étonner outre mesure d'une révolte des princes contre la prétendue autorité universelle de l'Église qui possède le droit, en théorie ou sinon en pratique, de pourfendre les hérétiques⁽⁸⁾ ? Surtout lorsque l'hérésie s'acoquine avec un engagement politique. La souveraineté, reliée à l'imagerie des traités de Westphalie, représente précisément le refus par les princes d'une intervention prônée par la Papauté ou l'Empire sur leur territoire respectif. Le meilleur obstacle à cette universalisation rampante consiste donc à monopoliser les pouvoirs à l'interne, de façon à ce que chaque Prince devienne le passage obligé vers Dieu pour les affaires politiques et temporelles, comme en témoignent les théories du droit divin. L'autorité spirituelle et religieuse participera dorénavant de la sphère privée et ce déplacement, de la sphère publique à la sphère privée, relève en grande partie de l'apport du protestantisme. Parallèlement, les princes créent une anarchie entre eux à l'externe et où l'absence d'une hiérarchie contrecarre les interventions à prétention universalistes. Naturellement, ce processus s'est édifié non pas à partir d'un événement unique et précis, tel que la signature des traités en 1648, mais plutôt involontairement et puis de façon doctrinaire au cours des siècles.

⁽⁷⁾ Andrew LINKLATER, "The Problem of Community in International Relations", (1990) 15 *Alternatives* 135, p. 136.

⁽⁸⁾ R. D. LIPSCHUTZ, *loc. cit.*, note 6, pp. 400, 401.

La chute de l'Église et de l'Empire est provoquée ou a provoqué une rupture de l'*epistémè* européenne et, avec elle, une crise identitaire et représentationnelle⁽⁹⁾. Il demeure difficile d'établir avec certitude le lien de cause à effet entre ces termes : la chute des institutions a-t-elle précédé ou suivi la rupture de l'*epistémè* ? Une chose reste certaine : la dissolution de l'imaginaire chrétien bouleverse autant le gouvernement des consciences que des peuples et des territoires. Avec elle, les droits et les devoirs doivent être révisés, de nouvelles formes de savoir, d'économie et d'associations politiques disséminées⁽¹⁰⁾. En d'autres termes, il s'agit d'une crise généralisée de légitimité qui ébranle la notion même de l'autorité et remet ainsi en question toutes les formes de connaissance (théologique, philosophique, ontologique et juridique) qui gouvernent les hommes.

La dissolution d'un imaginaire aux prétentions universalistes suggère implicitement la contingence, un univers dénué de sens et la disparition des critères quant à la connaissance de la vérité⁽¹¹⁾. L'homme doit dorénavant maîtriser le chaos qu'est devenue la nature. Le concept de souveraineté est directement tributaire de la volonté moderne de l'homme de créer un ordre à partir de cette nature chaotique. Il répond de la peur de la contingence devant la perte de sens et d'une vérité. La souveraineté consolide l'association politique qu'est l'État autant à l'interne, par la monopolisation des pouvoirs, qu'à l'externe, par une anarchie respectueuse en théorie de l'autonomie des particularités propres à chaque État.

⁽⁹⁾ Molly COCHRAN, "Postmodernism, Ethics and International Theory", (1995) 21 *Review of International Studies* 237, pp. 239, 240.

⁽¹⁰⁾ L'étendue de cette crise est fort bien décrite par Michael DILLON, "Sovereignty and Governmentality : From the Problematics of the "New World Order" to the Ethical Problematic of the World Order", (1995) 20 *Alternatives* 323, pp. 331, 332.

⁽¹¹⁾ M. COCHRAN, *loc. cit.*, note 9, pp. 239, 240.

Comment la souveraineté intérieure participe-t-elle de ce nouvel ordre ? Premièrement, et nous l'avons déjà brièvement mentionné, elle restreint qualitativement les impératifs de la conscience morale et religieuse de l'individu pour miser sur une coexistence pacifique bornée à un territoire délimité. Il s'agit donc d'une assertion d'ordre légal et séculier qui privatise du même coup la religion⁽¹²⁾. Deuxièmement, l'origine et l'histoire du concept de la souveraineté sont inséparables de celles de l'État⁽¹³⁾. Ce concept devient bientôt la caractéristique essentielle de l'État qui, lui-même, de la simple désignation d'une condition politico-sociale et d'une représentation collective, en vient à désigner La chose publique moderne⁽¹⁴⁾. La notion de chose publique pour qualifier l'État implique une différenciation claire du gouvernement et de la communauté⁽¹⁵⁾. Cette dissociation s'avère possible avec la monopolisation des pouvoirs qui, jusqu'alors, étaient dispersés au travers de la société et, par ce fait même, insaisissables.

La souveraineté intérieure représente succinctement l'autorité suprême et indivisible sur un territoire spécifique⁽¹⁶⁾. Étymologiquement, elle dérive du mot souverain (latin : *superanus*) qui signifie supérieur. Cet adjectif s'applique d'abord à Dieu en ce qu'il détient l'autorité suprême (XII^e siècle) pour ensuite qualifier

⁽¹²⁾ Murray FORSYTH, "The Tradition of International Law", in Terry NARDIN and David R. MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 23-41, p. 25.

⁽¹³⁾ *Lo Stato* pour reprendre la terminologie de Machiavel ; F.H. HINSLEY, *op. cit.*, note 5, p. 2.

⁽¹⁴⁾ A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 1, p. 314.

⁽¹⁵⁾ F. H. HINSLEY, *op. cit.*, note 5, p. 21.

⁽¹⁶⁾ Daniel PHILPOTT, "Sovereignty : An Introduction and Brief History", (1995) 48 *Journal of International Affairs* 353, pp. 355 à 357.

généralement la personne ou l'organe qui détient le pouvoir politique⁽¹⁷⁾. Aussi, la souveraineté à l'époque classique (XVI^e et XVII^e siècles) est employée comme la qualité du souverain ou de l'autorité suprême sur un territoire défini.

Cette définition étymologique de la souveraineté intérieure suppose d'ores et déjà son pendant au niveau international. En effet, une autorité suprême et indivisible, circonscrite spatialement, en invoque plusieurs si l'espace est quadrillé en territoires. Les aspects interne et externe de la souveraineté s'avèrent donc complémentaires : la suprématie ou la maîtrise absolue d'un territoire et de ses habitants nécessite une indépendance contre toute intervention extérieure et ce, qu'elle provienne d'une Église, d'un Empire, d'un autre État ou encore, plus près de nous, des Nations Unies⁽¹⁸⁾. Cette conséquence logique de la souveraineté intérieure qui aboutit à une indépendance extérieure est cependant systématisée plus tard. Un État qui réclame la maîtrise absolue sur sa communauté doit accorder la même faculté à ses vis-à-vis étatiques. Sa liberté est conditionnelle à celle des autres. En outre, il doit également figurer la multitude de communautés politiques distinctes qui peuplent le monde dans son ensemble. Cette réalisation, nécessaire et empirique, adviendra avec un certain délai sur le concept de souveraineté interne⁽¹⁹⁾. L'égalité souveraine dépend de la reconnaissance d'un monde divisé en communautés politiques différenciées.

Nous pouvons rattacher, quoiqu'approximativement, la naissance du droit international, tel que nous le connaissons, à la réalisation de l'égalité souveraine des

(17) Voir la définition du mot souverain dans le *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, t. 2, éd. 1994, Paris, Dictionnaires Le Robert.

(18) Jean Bethke ELSHTAIN, "Sovereign God, Sovereign State, Sovereign Self", (1991) 66 *Notre Dame Law Review* 1355, p. 1361 ; J.-Y. MORIN et M. R. SIMONNET, "La souveraineté et l'État" dans *La souveraineté au XXI^e siècle*, Premiers entretiens du Centre Jacques Cartier, colloque du 26 juin 1997, Lyon, Cahiers C.D.R.E., pp. 9-37, pp. 13, 14 ; D. PHILPOTT, *loc. cit.*, note 16, p. 357.

(19) F.H. HINSLEY, *op. cit.*, note 5, pp. 158, 159.

communautés politiques distinctes. Cette hypothèse réfère au droit international comme à un système complexe de pratiques et de normes généré par la diplomatie européenne aux XVI^e et XVII^e siècles. Les corps politiques au Moyen-Âge sont dépourvus de l'unité interne et de l'indépendance externe, décrites plus haut, et ce manque rend impossible la conceptualisation de l'État en tant que personne morale possédant des droits et des obligations face à des entités politiques similaires⁽²⁰⁾.

Sommes-nous en train d'établir un parallèle obligé entre la souveraineté et le droit international ? Dans une certaine mesure il a fallu, pour seulement envisager l'éventualité d'un droit international, que la représentation moderne de la souveraineté soit formulée (formulation biface : interne et externe). Paradoxalement, cette dite représentation permet l'idée du droit international mais lui interdit simultanément tout caractère normatif. Pour cette raison, certains auteurs considèrent que nous avons parlé d'un droit international bien avant son existence⁽²¹⁾. Cette hypothèse sera, par ailleurs, examinée tout au long de cette thèse. Il suffit pour l'instant de se rappeler que la notion de souveraineté précède en tant que tel l'événement fondateur du système étatique en 1648.

Nous avons déjà fait allusion à la présence de la notion de souveraineté dès le Moyen-Âge. Cette notion, alors affiliée au contexte de l'unité religieuse, n'incarne pas un pouvoir absolu et illimité. Bien au contraire, la présence d'un universel chrétien freine la volonté du souverain qui reste soumis au droit d'origine naturel puis divin, comme en témoignent les écrits de Jean de Paris ou de Jean Du Bois au début

⁽²⁰⁾ David R. MAPEL and Terry NARDIN, "Convergence and Divergence in International Ethics", in T. NARDIN and D. R. MAPEL (eds.), *op. cit.*, note 12, pp. 297-322, p. 316.

⁽²¹⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté. Essai sur la fonction du droit international*, coll. textes à l'appui-série histoire contemporaine, Paris, éd. La Découverte, 1995, p. 113.

du XIV^e siècle⁽²²⁾. Il s'agit alors d'une conception toute matérielle de la souveraineté en ce qu'elle est au service du bien commun, de la justice ou d'une communauté parfaite selon le règne de Dieu. Cette souveraineté, que certains qualifient de classique, instaure un pouvoir suprême mais confiné à un ordre, ce qui laisse encore une place pour le pouvoir spirituel. Du même coup et au niveau externe, l'indépendance de l'État débute par rapport à une autre société et non face à tout ordre normatif supérieur⁽²³⁾.

Cette seule avance historique démontre bien l'efficacité d'un événement fondateur pour la catégorisation et l'intelligibilité de la masse informe qu'est l'histoire. Néanmoins, en gagnant par la simplification nous perdons la complexité et la lenteur des modifications conceptuelles. À cet effet, il faut retenir que les transitions, notamment celle de la période classique à la période moderne, ne procèdent pas par coupure et que certains concepts survivent et s'estompent graduellement.

Riche de ces mises en garde, il nous semble effectivement prématuré de parler d'une sphère internationale et de son droit à l'époque de la Renaissance. Les États, n'étant pas individualisés ontologiquement, ne font pas l'objet d'un discours propre et ne subissent aucune classification ou comparaison. Ils restent encore des instances propres à un universel préexistant⁽²⁴⁾. Pourtant, la conception moderne de la souveraineté est attribuée implicitement à un homme de la Renaissance, Machiavel. En effet, ce théoricien inaugure en libérant le souverain des limitations propres au Moyen-Âge, soit l'idée d'une communauté parfaite ou encore d'un droit d'origine

⁽²²⁾ A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 1, p. 316.

⁽²³⁾ *Id.*, p. 318.

⁽²⁴⁾ Jens BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 89 et p. 139.

supérieure. Le pouvoir politique du souverain s'émancipe, sous la plume de cet auteur, de toute instance transcendante et il devient alors une fin en soi qui obéit à ses propres règles⁽²⁵⁾.

Avec la conception moderne, nous passons d'une souveraineté matérielle ou limitée à une souveraineté formelle ou absolue. Cette radicalisation est illustrée par la figure emblématique de *Léviathan* de Hobbes. Avec celui-ci, le contrat qui crée la société civile s'établit exclusivement entre les particuliers. De cette façon, le souverain est instauré comme tiers au contrat et ne peut, du même coup, être limité en aucune façon par celui-ci⁽²⁶⁾. La distance entre un gouvernement et sa société civile ne saurait être plus grande.

En résumé, les traités de Westphalie invoquent, symboliquement, la conception moderne de la souveraineté, c'est-à-dire un pouvoir absolu et monopolisé à l'interne alors qu'à l'externe l'État acquiert de plus en plus une indépendance. Une indépendance face à ses pairs, à l'Église et à l'Empire enfin, face à tout ordre normatif d'origine supérieure.

1.2 La mort de Dieu et la naissance du sujet autonome

La représentation contemporaine de la souveraineté se construit à partir du XVI^e et XVII^e siècles. Il est alors d'autant plus facile de la lier chronologiquement à la modernité. Mais, au-delà de la pure coïncidence temporelle, est-il possible d'associer la souveraineté au concept philosophique de la modernité et ce, malgré la complexité rattachée à toute notion substantielle ? Une réponse affirmative conduit

⁽²⁵⁾ F. H. HINSLEY, *op. cit.*, note 5, p. 110 ; A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 1, pp. 319, 320.

⁽²⁶⁾ F. H. HINSLEY, *op. cit.*, note 5, p. 110 ; A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 1, pp. 319, 320.

nécessairement à l'union de la modernité et de la souveraineté⁽²⁷⁾. Par conséquent, la crise des fondations philosophiques de la modernité que nous traversons⁽²⁸⁾ affecterait tout autant le concept de souveraineté⁽²⁹⁾ que les bouleversements techniques propres à la fin de XX^e siècle.

Sans prétendre faire une étude exhaustive de la modernité, sujet à tout le moins ambitieux, certaines caractéristiques doivent être abordées, quoique grossièrement, car elles servent directement notre propos. Celles-ci se développent entre le XVII^e et XIX^e siècles et se résument à une interprétation du monde basé sur le sens et l'expérience de l'Homme-sujet. Cette interprétation s'appuie, entre autres, sur les concepts d'individualité, de Raison, de maîtrise technique et de Progrès⁽³⁰⁾.

L'aspect primordial de la modernité se résume donc à une activité épistémologique qui, désormais, place l'homme comme créateur de ses représentations et de ses concepts tout en le rendant, lui-même, un objet de connaissance. Cette subjectivité de l'homme est octroyée, par analogie, à l'État et celui-ci devient également un objet de connaissance⁽³¹⁾. La souveraineté différencie ontologiquement les États d'autres formes possibles d'entités politiques. Dès lors, les États font l'objet d'un discours particulier tout en étant conceptualisés comme sujet, condition essentielle du droit international. On aura vite compris que la modernité nous intéresse

⁽²⁷⁾ Nicholas GREENWOOD ONUF, "Sovereignty : Outline of a Conceptual History", (1991) 16 *Alternatives* 425, p. 425.

⁽²⁸⁾ Cette crise philosophique de la modernité est reconnue généralement. Le débat se déplace plutôt vers les conséquences de celle-ci entre les tenants de la "Critical Theory" et les tenants postmodernes.

⁽²⁹⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, pp. 247, 248 ; N. ONUF, *loc. cit.*, note 27, p. 425.

⁽³⁰⁾ N. ONUF. *loc. cit.*, note 27, p. 426.

⁽³¹⁾ Ces développements sont tirés de J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, pp. 188, 189.

spécifiquement sous la rubrique de la naissance du sujet⁽³²⁾. Celle-ci permet en général de fixer un point de référence puis, le calcul et la comparaison des êtres individualisés, l'uniformité et, corrélativement, la responsabilité pour les conduites jugées déviantes⁽³³⁾. Cette réflexion vaut autant pour l'Homme-sujet que pour l'État-sujet et les notions d'uniformité et de responsabilité suggèrent des normes, une faculté de juger et, par extrapolation, un droit international.

Sans l'attribution de la qualité de sujet à l'État, la représentation moderne de la souveraineté externe ne peut pas se développer. Paradoxalement, c'est cette même souveraineté qui octroie et renforce le statut de sujet en distinguant ce qu'est et ce que n'est pas l'État⁽³⁴⁾. En d'autres mots, elle autorise la connaissance de l'objet-État. Les notions de sujet et de souveraineté sont étroitement liées. Elles dépendent l'une de l'autre. L'absence de la subjectivité de l'Homme et de la construction du monde par celui-ci empêchent, logiquement, l'analogie quant au statut de l'État. Il nous faut retenir que l'État souverain, tel que nous le concevons, apparaît en même temps que la notion d'Homme-sujet, soit aux XVI^e et XVII^e siècles⁽³⁵⁾. De plus et en conséquence, le contenu et l'évolution de la notion de sujet vont être les mêmes pour l'homme et pour l'État, à quelques différences près. L'image d'un État souverain et autonome résulte de l'interprétation du sujet en termes hégémonique, rationnel et autosuffisant. Il va sans dire que l'apothéose de cette interprétation correspond au siècle des Lumières.

⁽³²⁾ Alain Touraine décrit la modernité sous les thèmes de la production et de la consolidation de masse et de la naissance du sujet, dans Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, coll. biblio essais, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.

⁽³³⁾ William E. CONNOLLY, *Political Theory and Modernity*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 157.

⁽³⁴⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 189.

⁽³⁵⁾ Laura NEACK and Roger M. KNUDSON, "Re-Imagining the Sovereign State : Beginning an Interdisciplinary Dialogue", (1996) 21 *Alternatives* 135, p. 137.

Cette analogie entre le sujet autonome et l'État souverain soulève néanmoins un questionnement d'origine doctrinale : pour quelle raison la modernité accouche-t-elle du sujet ? Celui-ci ait-il surgi *ex nihilo* ? N'y avait-il pas des traces de cette conceptualisation auparavant ? Dans une certaine mesure, le sujet existait précédemment l'époque moderne cependant il restait enfermé à l'intérieur des objectivations religieuses ou encore il se confondait dans un ordre naturel. Pour cette raison, Alain Touraine définit la modernité comme la rupture de la correspondance entre le sujet et la nature⁽³⁶⁾. Il va de même jusqu'à qualifier cette rupture de libération du sujet. L'éjection de l'homme hors de la nature entraîne la distance entre l'homme-sujet et la nature-objet. Dorénavant, il est confronté aux problèmes reliés au monde social et naturel. La rupture et la distanciation se font au détriment des traditions, des hiérarchies, d'un savoir et d'une ontologie qui n'apportent plus d'explications satisfaisantes.

Au départ, la modernité embrasse un projet pratique et volontariste qui souligne la naissance du sujet : il faut bâtir un nouvel ordre pour contrer la contingence et le monde dépourvu de sens. Il faut dominer cette nature qui, de cosmos hiérarchisé, signifiant et finalisé, est devenue un chaos indescriptible⁽³⁷⁾. À cette fin, la connaissance humaine se détourne de l'attitude contemplative qui insère l'analogie, la ressemblance et l'exemple, propre au bas Moyen-Âge et au début de la Renaissance⁽³⁸⁾, pour agir sciemment en vue de la maîtrise de la nature. Cette nouvelle orientation de

⁽³⁶⁾ A. TOURAINE, *op. cit.*, note 32, p. 295 et p. 392.

⁽³⁷⁾ La description du projet pratique et volontariste de la modernité est exposée éloquemment par Luc FERRY, *Philosophie politique 1. Le droit : la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, 2^e éd., coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., 1986, p. 56.

⁽³⁸⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 138.

la connaissance explique l'importance de la raison instrumentale. L'organisation politique du monde relève désormais, d'une problématique technique⁽³⁹⁾.

Nous invoquons une confusion de la nature et du sujet précédant la modernité pour décrire un ordre auto-organisé, préexistant et qui ne requiert aucune intervention artificielle du sujet⁽⁴⁰⁾. Chaque être, et ceci inclut indifféremment l'homme, doit découvrir, en fonction de sa nature, sa place à l'intérieur d'un cosmos déjà hiérarchisé et finalisé. En d'autres termes, le devoir-être ou encore l'ordre normatif, est inscrit à même l'être. Il va de soi que ce droit naturel autorise et justifie l'inégalité entre les hommes notamment si l'esclave accomplit, à l'intérieur de ses fonctions, sa nature profonde. La révolte et la liberté du sujet contre l'assignation de son lieu à l'intérieur du cosmos demeurent invraisemblables. Le reproche de l'inégalité naturelle adressé à Aristote relève de l'anachronisme mais il peut constituer une sage mise en garde contre toute entéléchie sociale, scientifique et moderne qui détermine autoritairement à un être un type d'existence défini et indépassable.

Le bouleversement relié à la naissance du sujet apparaît clairement lors de la transition du droit naturel aux droits naturels. En effet, l'Europe antique et médiévale fait dériver exclusivement les droits individuels du primat qu'est la communauté. Alors que la compréhension moderne, reprenant la théorie jusnaturaliste pour le compte de l'homme devenu sujet, postule des droits individuels et préalables à la

⁽³⁹⁾ L. FERRY, *op. cit.*, note 37, p. 18.

⁽⁴⁰⁾ Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., 1991, p. 109.

communauté qui n'existe qu'à la seule fin de les protéger⁽⁴¹⁾. Le renversement de la perspective est complet.

Et, que dire des conséquences générales attribuées à l'abandon du *iusnaturalisme* et de la certitude d'une vérité transcendante ? Comment, dorénavant, justifier un discours ? Comment fonder l'instance critique dans un monde dépourvu de *telos* ? ⁽⁴²⁾ Voilà les premiers balbutiements propres à la modernité. Elle s'amorce, nous l'avons vu, avec l'absence terrifiante de sens face à la pure contingence. Cette éventualité explique la nécessité de l'autofondation où l'homme se substitue à Dieu et reconstruit un savoir et un ordre qui en dépendent. Au départ, les modernes vont transposer le concept de Dieu dans la Nature, la Raison puis le Sujet⁽⁴³⁾. Néanmoins, et pour reprendre la terminologie de Nietzsche, l'assassinat de Dieu par l'homme l'oblige à construire, de façon autonome, son environnement. La volonté de l'ordre exige d'attribuer une forme au monde, puis d'imposer cette création sous le couvert d'une découverte. L'imposition de l'image conçue du monde doit, en outre, prévoir des résistances. En effet, s'il n'existe plus un schéma exclusif et transcendantal, une représentation du monde reste sujette à la critique de l'arbitraire. Elle doit posséder la certitude de la vérité pour conserver son pouvoir autosanctionné de discipline⁽⁴⁴⁾.

Le savoir moderne repose donc sur la représentation. Qu'entendons-nous par ce terme ? Il s'agit de la création et de la mise à distance de l'autre ou de la chose,

⁽⁴¹⁾ Simone GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, coll. L'interrogation philosophique, Paris, P.U.F., 1992, pp. 68, 69 ; T. K. SEUNG, *Structuralism & Hermeneutics*, New York, Columbia University Press, 1982, pp. 168, 169.

⁽⁴²⁾ Olivier DE SCHUTTER, " Le discours juridique de la postmodernité", (1993) 24 *Recherches sociologiques* 91, pp. 92, 93.

⁽⁴³⁾ Les développements qui suivent s'inspirent de W. E. CONNOLLY, *op. cit.*, note 33.

⁽⁴⁴⁾ Où le même auteur, W. E. CONNOLLY, et dans le même livre, s'appuie explicitement sur la pensée de Michel Foucault.

soit l'objet, par l'homme-sujet pour qu'ensuite ce même sujet puisse prétendre décrire cet objet indépendamment de toute intervention créatrice de sa part⁽⁴⁵⁾. La représentation crée une distance, un partage entre les domaines objectif et subjectif⁽⁴⁶⁾. Suivant cette distanciation, le sujet devra poser des valeurs et non plus chercher à les découvrir à partir d'un réel qui s'enferme désormais dans un mutisme absolu. Le silence du réel ou encore de la nature contribue à l'autonomie des valeurs par rapport aux faits et du devoir-être par rapport à l'être⁽⁴⁷⁾. La lecture fidèle d'une normativité ne se fait plus à partir de l'être dès lors que la confusion entre le sujet et la nature est révolue.

Toutes ces remarques d'ordre philosophique sur le sujet et le savoir moderne nous éclairent sur le concept de la souveraineté. En effet, rappelons-nous qu'au niveau interne elle est conceptualisée avec l'avènement d'une différenciation entre un gouvernement et sa communauté, alors qu'au niveau international elle dénote une indépendance de l'État face à toutes prétentions universalistes. Dans les deux cas, le phénomène de distanciation caractéristique de la représentation est présent voire indispensable. La souveraineté moderne, avec ses aspects interne et externe, constitue une représentation singulière du monde, et qui dit représentation dit un sujet qui la crée. Bref, la souveraineté moderne est une représentation construite par un sujet autonome et rationnel, mais qui est présentée avec la certitude de la vérité. Étant donné qu'une représentation est une forme particulière de l'organisation du monde parmi d'autres possibilités, elle peut subir des résistances ponctuelles (comportements

⁽⁴⁵⁾ Cette définition est donnée par Boaventura DE SOUSA SANTOS, "La transition post-moderne : droit et politique", (1990) 24 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 77, p. 99 ; voir également Jim GEORGE, *Discourses of Global Politics. A Critical (Re) Introduction to International Relations*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1994, p. 42.

⁽⁴⁶⁾ Jocelyn BENOIST, "La subjectivité", dans Denis KAMBOUCHNER (dir.), *Notions de philosophie*, II, coll. Folio/Essais, Paris, éd. Gallimard, pp. 501 - 561, pp. 502, 503.

⁽⁴⁷⁾ A. RENAUT et L. SOSOE, *op. cit.*, note 40, p. 85.

déviant) et ce malgré un consensus élargi, ou encore une résistance généralisée. Cette dernière avenue semble justement décrire le processus critique que traverse la représentation moderne de la souveraineté.

Nous avons au préalable mentionné la corrélation entre le sujet et la souveraineté avec cette conséquence qu'une remise en question de l'un entraîne celle de l'autre. La notion de l'État souverain, absolu et autonome est un dérivé de la conception cartésienne du sujet qui a fait l'objet de controverses et ce, dès le XIX^e siècle avec les théories freudienne et marxiste⁽⁴⁸⁾. En effet, le sujet immédiat et transparent construit le monde et lui-même à l'instar du fameux "je pense donc je suis" de Descartes, c'est-à-dire en complète autarcie. Le sujet est imperméable aux transformations possibles résultant de l'interaction avec les autres et les choses et il s'érige comme seul juge de ses intérêts et de son bien⁽⁴⁹⁾. Cette représentation du sujet ne s'accorde-t-elle pas avec l'image de l'État souverain et rationnel qui cherche à demeurer, encore maintenant, le seul juge de ses intérêts nationaux et se refuse à toute ingérence (ce mot par ailleurs en dit long sur le désir d'imperméabilité de l'État) ?

Le noyau ou l'essence du sujet cartésien réside dans l'acte de se poser et de perdurer. Pour comprendre l'idée de permanence, il faut revenir aux notions philosophiques de substance et d'accidents. La substance du sujet, comme le terme l'indique, est ce qui subsiste dans le temps et en dépit des changements et des particularités soit des accidents. À cette fin, les concepts de substance et d'identité

⁽⁴⁸⁾ La souveraineté du sujet est vivement attaquée par Marx avec son concept d'aliénation et par Freud avec le phénomène de répression ; voir Joseph DUNNE, "Beyond Sovereignty and Deconstruction : the storied self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 137, p. 140.

⁽⁴⁹⁾ *Id.*, pp. 138, 139.

sont synonymes⁽⁵⁰⁾. Toutefois, est-il concevable de saisir l'essence même du sujet ? Cette question soulève le paradoxe exposé par Aristote : il s'avère impossible de saisir la substance du sujet sans, nécessairement, avoir recours aux accidents car l'abstraction de ceux-ci entraîne la dissolution de celle-là⁽⁵¹⁾. Le paradoxe de la substance et des qualités accidentelles se transpose à l'État. Prenons, indifféremment et à titre d'exemple, l'État allemand. Celui-ci semble conserver une essence, une identité et une permanence dans le temps et ce, malgré les accidents qui le constituent. Pensons, notamment, aux changements de générations et de populations, aux modifications territoriales, aux amendements constitutionnels et à la succession des gouvernements⁽⁵²⁾. La substance même de l'État allemand reste insaisissable sans le détour obligé par ces accidents cependant, et concomitamment, elle dépasse toutes ces particularités pour permettre une identité quasi-perpétuelle de l'État allemand. En ce sens, l'État est une figure collective du sujet qui transcende les particularités sociales, politiques et historiques. L'idée de substance de l'État-sujet, notion nébuleuse à souhait, permet la permanence de l'entité politique collective indépendamment des individus et donc, des finitudes qui la composent. Il semble possible d'avancer que l'inintelligibilité de la substance de l'État-sujet participe activement à l'idée de permanence et d'infinité en ce qu'elle défie le savoir limité de l'homme.

Comment expliquer ce désir d'un État-sujet dont la substance indiscernable perdure dans le temps ? Pour y arriver, il nous faut faire une courte digression. Malgré l'impossibilité d'une expérience, la conceptualisation de la mort va jouer un

⁽⁵⁰⁾ Pierre GUENANCIA, "L'identité", dans D. KAMBOUCHNER (dir.), *op. cit.*, note 46, pp. 563- 635, pp. 570, 571.

⁽⁵¹⁾ Pour l'exposé de ce paradoxe, qui ne se limite pas à la problématique aristotélicienne, voir Robert LEGROS, *L'idée humanité. Introduction à la phénoménologie*, coll. Le Collège de philosophie, Paris, éd. Bernard Grasset, 1990, p. 93.

⁽⁵²⁾ P. GUENANCIA, *loc. cit.*, note 50, p. 613.

rôle crucial dans la détermination du sens de la vie humaine⁽⁵³⁾. Avec la modernité, la mort devient accidentelle, une limite à la vie que le sujet s'efforce de combattre. Pour concevoir le renversement qu'opère la compréhension moderne, il faut se rappeler que la mort était considérée, auparavant, comme inhérente à un processus naturel et inéluctable (fusion du sujet et de la nature) ou bien comme le décret d'une loi divine indiscutable et porteur de la promesse d'une nouvelle vie (message de l'Église catholique). L'objectif fondamental, et assurément involontaire, de la modernité est de libérer le sujet de l'emprise de la religion et de la nature. Du même coup, cette libération le distancie de la nature qu'il entrevoit, désormais, comme un objet ou une masse informe qu'il lui faut contrôler technologiquement. Toutefois, comment surmonter la mort de l'homme ou la limite absolue de la vie ? Une réponse, audacieuse et d'ordre symbolique mais perspicace pour les fins de notre thèse, est proposée par quelques auteurs⁽⁵⁴⁾ : le sujet fuyant sa propre mortalité, trouve refuge dans des abstractions, dans l'invention d'universalité, qui elles, semblent détenir l'immortalité. Le peuple, la justice ou encore l'État sont des exemples de ces abstractions éternelles quoique l'on a assisté, plus souvent qu'autrement, à la disparition des peuples ou des États.

Revenons maintenant à l'établissement du parallèle entre le sujet et la souveraineté. Avec le sujet d'inspiration cartésienne, la propriété de l'homme réside dans ce retour par la pensée sur elle-même afin de découvrir son soi. Ce procédé s'effectue de façon autonome et rationnelle. La subjectivité semble ainsi se soustraire

⁽⁵³⁾ Cette digression s'inspire de l'introduction du texte suivant : Michael GILLESPIE, "Death and Desire : War and Bourgeoisification in the Thought of Hegel", in Catherine H. ZUCKERT (ed.), *Understanding the Political Spirit : Philosophical Investigations from Socrates to Nietzsche*, New Haven and London, Yale University Press, 1988, pp. 153-179, pp. 153 à 155.

⁽⁵⁴⁾ Anthony CARTY, "Le siècle des Lumières, la Révolution et la mort de l'Homme. Une approche post-moderne du droit", (1989) *Droit et Société* 315, p. 320.

à l'espace public pour se confondre avec le privé⁽⁵⁵⁾. Corollairement, le discours de l'État souverain et moderne est à l'effet qu'il possède une autorité et un contrôle absolu sur son territoire. Il détermine de façon autonome ses intérêts nationaux à partir des ressources de cet espace privé. Et ce domaine réservé, comme son nom l'indique, est soustrait à l'espace public.

Pour conclure, retenons que le dogme de la souveraineté de l'État et donc, de la primauté de l'ordre interne, dépend d'une conception singulière et subjectiviste dont la paternité, pour couper court aux polémiques philosophiques, sera attribuée à Descartes. L'individu devient le point ultime de référence et le monde qui l'entoure ne représente qu'un objet entre les mains de la volonté humaine⁽⁵⁶⁾. Luc Ferry⁽⁵⁷⁾ décrit avec concision la subjectivité comme la volonté et la fin de l'activité humaine tendues vers la transformation de ce monde-objet. Cette affirmation, qui établit un nouveau rapport entre l'homme et le monde, implique des conséquences techniques considérables. Dorénavant, seule la raison insulaire de l'homme peut édicter des lois et ainsi transformer le monde discrétionnairement⁽⁵⁸⁾. Le concept de souveraineté consiste, précisément, à organiser le monde profane et l'agir de l'homme et de l'État.

⁽⁵⁵⁾ J. BENOIST, *loc. cit.*, note 46, pp. 502 à 510.

⁽⁵⁶⁾ HANS KELSEN, "Théorie du droit international public", (1953 - 111) 84 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 5 - 203, p. 190.

⁽⁵⁷⁾ L. FERRY, *op. cit.*, note 37, p. 18.

⁽⁵⁸⁾ JANINE CHANTEUR, "La loi de Dieu, la loi des hommes et la paix", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 235, p. 242.

1.3 Le discours de la souveraineté : une organisation du monde et de l'agir

Le discours s'éloigne du langage à proprement parler pour se rapprocher du savoir dans la mesure où il constitue une grille pour la lecture du réel⁽⁵⁹⁾. Cette grille est composée de catégories par lesquelles le réel ou le monde devient calculable, simplifié ou, pour utiliser un autre terme, compréhensible. Le discours réfère donc, en général, à des pratiques sociales qui organisent le monde afin de rendre signifiantes et, par ce fait même sécurisantes, les actions des hommes. Il distribue, à l'instar de la cosmologie chrétienne ou *iusnaturaliste*, un sens et une direction. Néanmoins, et contrairement à ces cosmologies, il ne peut prétendre, quoiqu'il le revendique implicitement, à la correspondance au réel.

Si l'on invoque l'historicité des représentations de la souveraineté, il faut également admettre, en toute logique, que le contenu de cette notion varie dans le temps. Cette admission permet la qualification du statut de la souveraineté. Au lieu de relever d'un ordre naturel ou éternel, elle incarne plutôt une perspective d'analyse ou un discours sur le réel qui construit un ordre à partir de l'incohérence du monde⁽⁶⁰⁾. Le discours propre à la souveraineté s'attache au savoir et, pour suivre la pensée de Foucault, détient un pouvoir politique inouï car il guide entièrement la compréhension que l'homme se fait de lui-même et de ses actions⁽⁶¹⁾.

Ce pouvoir est renforcé par le discours même de la souveraineté qui se pose comme la seule possibilité pour l'organisation du monde. Nous avons fait

⁽⁵⁹⁾ W. E. CONNOLLY, *op. cit.*, note 33, p. 145 ; J. GEORGE, *op. cit.*, note 45, p. 30.

⁽⁶⁰⁾ G. BRETON, *loc. cit.*, note 1, p. 539 ; Joseph A. CAMILLERI and Jim FALK, *The End of Sovereignty ? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, England, Edward Elgar Publishing Ltd., 1992, p. 11.

⁽⁶¹⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, pp. 5, 6 et 247.

allusion précédemment à cette propension typique de la représentation moderne à se présenter avec la certitude de la vérité. Cette tendance s'explique par la volonté d'imposer une forme au monde sans pour autant paraître le faire afin premièrement, de pallier à l'incertitude et l'incohérence puis, afin d'éviter les résistances généralisées devant ce choix politique. Si le concept de souveraineté est paré d'une auréole métaphysique, il devient difficile de contester le choix politique qu'il contient.

Néanmoins, et malgré cette inclinaison du discours moderne de la souveraineté, le contenu de cette dernière est diachronique et suit intimement les transformations du savoir. Ce n'est qu'avec la modernité que la souveraineté s'impose comme un concept d'ordre fonctionnel, ahistorique, transcendant et universel. Les qualificatifs ont été avancés, à juste titre, par un courant dit postmoderniste dans le domaine des relations internationales⁽⁶²⁾. Le courant dénonce plus largement la souveraineté, que celle-ci repose dans l'individu, la Raison ou l'État, en tant que pratique exclusionnaire pour débattre de nos choix politiques. Pour les fins de cette thèse, nous nous attarderons plus spécifiquement au caractère fondationnel de la souveraineté moderne quoique les remarques qui aient été et vont être élaborées, expliquent du même coup l'ensemble des adjectifs précités.

Nous avons déjà abordé la nécessité de la fondation pour l'homme et où celui-ci se substitue à Dieu et à la nouvelle contingence naturelle, du seul fait de son éjection hors d'un cosmos hiérarchisé, pour reconstruire un savoir et un ordre qui vont octroyer parallèlement un sens à un univers devenu incohérent. Il lui faut fixer une assise solide et intemporelle à partir de laquelle il peut justifier son discours et organiser le monde tout en repoussant les différences, discontinuités et contradictions inhérentes à la vie

⁽⁶²⁾ Ce courant est étudié par M. COCHRAN, *loc. cit.*, note 9, p. 237 et les théories des auteurs, qui y sont affiliés, seront abordées tout au long de cette thèse. Nous pensons à des auteurs comme Ashley, Connolly, Campbell et Walker.

humaine⁽⁶³⁾. L'exemple de l'intervention d'une puissance étrangère dans un État illustre l'articulation pratique du fondationnalisme au niveau international. En effet, pour vérifier si les actions de la puissance étrangère constituent une intervention dans l'État ciblé, il faut se référer obligatoirement au concept de souveraineté. Cette souveraineté, signifiant ultime voire auto-explicatif, détermine en retour s'il y a, oui ou non, intervention⁽⁶⁴⁾. Cette logique du fondationnalisme, qui remonte vers le signifiant ultime qu'est la souveraineté, opère d'une façon similaire avec l'approche légale mais en insérant cette fois-ci un intermédiaire ou une étape supplémentaire. Pour déterminer s'il y a une intervention prohibée par le droit international, il faut se référer à la norme de non-intervention qui, elle-même, se retourne vers la souveraineté-fondation. Faut-il dès lors s'étonner que la dénonciation du caractère fondationnaliste de la souveraineté provienne d'un certain courant postmoderniste ? Celui-là même qui refuse, pour tout langage, la présence d'un signifiant ultime et à l'origine de la chaîne des signifiés. Nous reviendrons sur ce refus quant à la fondation du droit, thème abordé dans le cadre du prochain chapitre.

La souveraineté est donc un discours sur l'identité et sur la normativité. En termes plus précis, le discours tente de répondre aux questions suivantes : "qui sommes-nous" et "comment allons-nous vivre ensemble"⁽⁶⁵⁾. Ces questions et leurs réponses se construisent réciproquement. Les normes qui guident les actions et la façon de vivre ensemble dépendent et influencent la perception et la conceptualisation de l'identité et de la différence. La souveraineté fixe les identités sur un territoire et,

⁽⁶³⁾ J. GEORGE, *op. cit.*, note 45, p. 43.

⁽⁶⁴⁾ Cynthia WEBER, "Reconsidering Statehood : Examining the Sovereignty / Intervention Boundary", (1992) 18 *Review of International Studies* 199, p. 201.

⁽⁶⁵⁾ Graig SCOTT, "Dialogical Sovereignty : Preliminary Metaphorical Musings", in *State Sovereignty : The Challenge of a Changing World*, Proceedings of the 21st Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, 1992, pp. 267 - 293, pp. 274 à 280.

du même coup, génère des normes particulières. En effet, le discours de la souveraineté, par le procédé de la frontière, permet plus généralement la différenciation, la définition et la distinction. Qu'est-ce à dire ?

Les auteurs postmodernistes exposent, avec exactitude selon nous, la configuration géométrique de l'univers international où l'espace total est quadrillé en une multitude d'États souverains. Fort d'un territoire délimité et exclusif, les États établissent un monde conceptuel bipolaire. Autrement dit, la souveraineté-frontière démarque, inflexiblement, la sphère interne de l'externe, l'ordre de l'anarchie, l'identité de la différence, l'universel du particulier⁽⁶⁶⁾. Rappelons-nous qu'avec les XVI^e et XVII^e siècles, le nouvel État parvient à monopoliser les pouvoirs dispersés par le système féodal tout en se dégageant de l'autorité universaliste de l'Empire et de la Papauté. Ceci implique un revirement majeur dans l'agencement de la méthode gouvernementale de l'espace. Dorénavant, l'État détient la primauté sur un espace géographique et cette exclusivité renforce, incidemment, la conception territoriale de la communauté⁽⁶⁷⁾.

Le concept de souveraineté aligne le pouvoir et l'autorité de l'État sur un territoire déterminé et où la communauté est confinée. Désormais, celle-ci est inenvisageable sans délimitation spatiale. Ce corrélat entraîne, de façon plus importante, l'enfermement des notions de justice, de droit, de liberté et de progrès à l'intérieur d'une communauté et donc, à l'intérieur d'un territoire. En d'autres termes, la souveraineté limite les possibilités reliées à l'ordre, à l'ontologie, à l'éthique et au savoir à la sphère domestique. L'utilisation du qualificatif domestique pour désigner la sphère interne implique déjà un ordre préexistant. En effet, ce mot dérive

⁽⁶⁶⁾ M. COCHRAN, *loc. cit.*, note 9, p. 237.

⁽⁶⁷⁾ J. A. CAMILLERI and J. FALK, *op. cit.*, note 60, p. 24.

étymologiquement de la famille, de la maison ou encore de l'apprivoisé⁽⁶⁸⁾. Cette conceptualisation particulière de l'interne ne s'arrête pas aux frontières physiques. Elle produit, inversement, une contrepartie internationale. Alors que la souveraineté circonscrit l'ordre, l'identité et l'universel à l'interne, elle dépeint le domaine externe en termes d'anarchie, de différence et de particularisme. L'inscription au niveau international du danger, de l'incohérence et du chaos repousse un peu plus loin ces éventualités apparues dès la mort de Dieu. Le non-sens, vertige propre à la modernité, est relégué à l'externe qui se caractérise, notamment, par la négation de la communauté. La sphère internationale n'est-elle pas dépourvue d'une assise territoriale spécifique, différenciée et calculable ? Par ce fait même, n'échappe-t-elle pas au savoir moderne ?

Il nous faut retenir que la souveraineté est une articulation ou encore une organisation *sui generis* qui offre une solution spatiotemporelle à la nature et à la localisation d'une communauté politique⁽⁶⁹⁾. En effet, l'État possède désormais une autorité suprême, non seulement sur un territoire délimité, mais également dans le temps. En ce sens l'État, entité abstraite, acquiert une certaine permanence et peut-être un goût d'immortalité qui ont échappé à l'homme moderne dès que celui-ci figure en marge d'une loi divine ou naturelle. La souveraineté permet la capture du temps à l'intérieur d'un ordre spatial et il faut maintenant voir comment elle s'y prend.

En premier lieu, la souveraineté fixe spatialement et à l'aide des frontières la communauté politique à un domaine interne. Ce domaine suppose un ordre

⁽⁶⁸⁾ Voir *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, note 17 ; J.B. ELSHTAIN, *loc. cit.*, note 18, p. 1370.

⁽⁶⁹⁾ Ce paragraphe s'inspire en majeure partie de la monographie de R.B.J. WALKER, *Inside / Outside : International Relations on Political Theory*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

domestique où les notions de bien et de vérité se déploient. Le renversement qu'opère la modernité est tout à fait singulier car la possibilité des prétentions universelles s'avère restreinte au territoire, alors qu'auparavant elle ressortait de l'apanage exclusif et transcendantal de l'Empire et de la Papauté. En deuxième lieu, les valeurs universelles telles que le bien, la beauté et la vérité ne relèvent plus d'un ordre indépendant de l'homme. Aussi, elles peuvent être et sont actualisées avec la capture du temps par le territoire. Cette dernière remarque explique en passant le confinement à l'interne des notions de progrès, d'histoire et de *telos*⁽⁷⁰⁾.

Tous ces développements relèguent au domaine externe ou international les particularismes, le chaos, la contingence et la différence. Pour conclure, la souveraineté est une frontière physique, culturelle et conceptuelle qui a influencé et influence toujours l'imaginaire politique et juridique. La mondialisation, terme générique pour désigner la complexification des relations spatiales, affecte tout autant l'aspect physique que l'aspect conceptuel de la frontière. La représentation même de la souveraineté se joue avec les transformations du savoir moderne, de la nature et de la localisation de la communauté politique.

1.4 L'analogie persistante entre l'Homme et l'État

Jusqu'à présent nous avons cherché à établir le lien étroit entre la souveraineté et la modernité et ce, tant au niveau historique que conceptuel. La souveraineté ne qualifie pas exclusivement l'État, elle peut également être un attribut de l'individu ou encore de la vérité. Le reproche, adressé par le courant postmoderniste, consiste précisément à refuser le rôle fondationnel de la souveraineté qui donne, unilatéralement et autoritairement, un sens aux autres concepts et aux normes du droit international en

⁽⁷⁰⁾ Cette idée culmine avec la philosophie politique de Hegel.

particulier. Ceux-ci deviennent des éléments entièrement subordonnés au jeu d'un signifiant ultime. De plus, cette procédure dissimule le statut de la souveraineté qui n'est rien de plus qu'un discours ou une perspective d'analyse sur le réel. Cela n'est pas à dire que ce discours est quelconque car il s'impose véritablement avec la force de la certitude reliée à la découverte et non à la création artificielle. Il occulte parallèlement les choix politiques quant à l'organisation du monde et de l'agir et il renforce le pouvoir de discipline par le triomphe de l'orthodoxie politique et par l'atonie de l'imaginaire.

L'homme moderne se situe au centre du monde et cette position l'amène à construire le monde devant lui à l'aide de la raison instrumentale. Cette image d'un individu souverain est transférée à l'État. L'analogie domestique se résumera donc ainsi : l'État est à la société des États ce que l'individu est à l'État⁽⁷¹⁾. Il faut néanmoins soulever une différence notable au détriment de la simple transposition et qui a fait couler beaucoup d'encre. En effet, l'absence d'un gouvernement ou d'une hiérarchie dans la société des États a entériné l'aspect anarchique de cette dernière. Cette différence a mis à mal l'analogie domestique et peut expliquer par ailleurs les multiples propositions pour un gouvernement mondial⁽⁷²⁾. Cela étant dit, l'analogie domestique reste une méthode qui accorde une certaine intelligibilité à une entité politique abstraite au départ. Pour l'instant, il suffit de concevoir que la fonction, l'éthique, les buts et les responsabilités de l'État vont dépendre en partie de la réponse ontologique accordée à l'être. En d'autres mots, ce qu'est l'État résulte de l'image que

⁽⁷¹⁾ Daniel WARNER, "An Ethic of Responsibility in International Relations and the Limits of Responsibility / Community", (1993) 18 *Alternatives* 431, p. 435.

⁽⁷²⁾ Voir en général Hidemi SUGANAMI, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

l'on donne de l'individu. Par conséquent, une modification *a priori* de l'image de l'individu entraîne pareille modification sur celle de l'État⁽⁷³⁾.

Avec la fin du XVIII^e siècle, le discours moderne en a terminé avec les balbutiements typiques à une naissance conceptuelle et il a balayé les résistances pour devenir une véritable orthodoxie. Il instaure l'individu rationnel à l'origine du sens, du langage et de la connaissance, créateur de l'histoire et sujet principal de la politique⁽⁷⁴⁾. L'ordre relève de l'initiative humaine et n'est plus concédé par Dieu ou par la nature. Cette souveraineté de l'individu n'est même pas entamée par l'obéissance qu'il doit à l'État et au droit. L'individu, par l'entremise du contrat social, a construit l'État et il s'agit d'une limitation qui n'en est pas vraiment une puisque c'est sa propre raison qui le lui a dicté afin, elle-même, de régner. La sphère domestique représente donc un lieu sécurisant où la raison a toute latitude alors que la sphère externe est caractérisée par l'exacte opposé.

Si la raison de l'homme n'a aucune emprise sur la sphère externe, elle ne peut vraisemblablement pas y construire un ordre et la rendre ainsi compréhensible et sécuritaire. La différence quant à l'absence d'un gouvernement, différence insérée dans l'analogie domestique, refait surface. À l'interne, la création par le contrat social d'un gouvernement témoigne du triomphe de la raison. À l'externe et devant l'inexistence d'un tel contrat et d'un gouvernement, chaque État reste isolé dans une souveraine plénitude asociale. Pour reprendre la pensée de Hobbes, l'État souverain demeure au niveau international dans un état de nature. Nous reviendrons, au cours

⁽⁷³⁾ D. WARNER, *loc. cit.*, note 71, p. 435.

⁽⁷⁴⁾ Richard K. ASHLEY, "Living On Border Lines : Man, Poststructuralism, and War", in James DER DERIAN and M. J. SHAPIRO (eds.), *International / Intertextual Relations . Postmodern Readings of World Politics*, Issues in World Politics Series, New York, Lexington Books, 1989, pp. 259 - 321, pp. 264, 265 ; Pierre BOITTE et Bruno LOUIS, "À la recherche du paradoxe perdu", (1990) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 83, p. 84.

de la prochaine section, sur l'influence décisive des théories du contrat social dans la configuration de l'espace international.

Nonobstant cette différence entre la condition de l'homme et celle de l'État, l'analogie domestique ne cherche-t-elle pas à établir un archétype de l'ordre de l'essence ? Car en théorie, et malgré ces conditions accidentelles divergentes, l'homme et l'État sont pareillement souverains et ils se réclament tous les deux du sujet autonome. L'État, au niveau international, se bâtit par lui-même et il figure l'origine du sens. Par-delà le simple objet de connaissance, il possède une subjectivité qui le rend en mesure de connaître et d'agir à l'instar de l'homme⁽⁷⁵⁾. Ne parle-t-on pas symptomatiquement d'une raison d'État et d'un savoir bien spécifique et relié à celle-ci ? Effectivement, cette nouvelle exigence demande à l'État une exactitude dans la compréhension de ses forces afin de contrôler l'intégralité de son territoire et, dans la mesure du possible, l'environnement anarchique qui l'entoure⁽⁷⁶⁾.

Nous retrouvons le mécanisme paradoxal de la substance et des accidents mais, cette fois-ci, avec une certaine variante. Désormais, l'homme souverain représente une forme dont le contenu est sujet à modification. En d'autres termes, la souveraineté comme catégorie formelle s'associe à une essence invariable, nécessaire et éternelle alors que sa signification relève des accidents théoriques et historiques.

“Quite clearly, it is a “form”, as a Kantian might want to put it, that leaves open the question of “content”. The classical liberal’s “possessive individual man”, the welfare liberal’s “man with basic needs”, the Marxist’s “laboring man in his sociality”, the romantic ecologist’s “man in harmony with nature”, the Christian humanist’s “man of brotherhood”, the Freudian’s “man of basic

⁽⁷⁵⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 188.

⁽⁷⁶⁾ Louis BÉLANGER, “Les relations internationales et la diffusion du temps mondial”, (1993) 24 *Études internationales* 549, pp. 556 à 559.

drives", Habermas's "communicatively competent man", the contemporary pragmatist's "man of ungrounded hope in the possibility of human community" - there are in principle as many possible interpretations of sovereign man [...]"⁽⁷⁷⁾.

De façon plus générale, nous avons abordé succinctement l'élaboration du sujet cartésien qui se pose comme autonome, rationnel et autarcique. Nous avons également mentionné que cette interprétation est contestée, dès le XIX^e siècle, par les théories marxiste et psychanalytique qui dénoncent l'illusoire souveraineté du sujet cartésien. Mais encore, cette dénonciation présuppose la libération d'un sujet authentique après l'anéantissement des structures oppressives de quelque ordre qu'elles soient⁽⁷⁸⁾. Avec les années 1960, une interprétation radicale avance la mort pure et simple du sujet fondateur selon l'expression consacrée par Foucault⁽⁷⁹⁾. L'homme perd alors toute unité substantielle pour se dissoudre à l'intérieur des pratiques socio-culturelles, des interprétations voire des discours.

Les remarques précédentes ne servent qu'à illustrer ce contenu désormais variable de l'homme-sujet. Il ne s'agit pas de se prononcer sur la pertinence de l'une ou l'autre de ces interprétations mais plutôt de saisir leur aspect mobile. Pour le moment, retenons que ces remarques s'appliquent tout autant à l'État-sujet en ce qu'il n'est qu'une forme souveraine dont le contenu est susceptible à transformation. Toutefois, les interprétations possibles de l'homme-sujet, dont quelques unes sont

⁽⁷⁷⁾ R. K. ASHLEY, *loc. cit.*, note 74, p. 266.

⁽⁷⁸⁾ J. DUNNE, *loc. cit.*, note 48, pp. 139, 140.

⁽⁷⁹⁾ *Id.*, p. 142 ; Jean-Louis DUMAS, *Histoire de la pensée. 3. Les Temps modernes* coll. références, Paris, éd. Tallandier, 1990, pp. 378 à 381 : Foucault annonce la mort du sujet même si certains auteurs voient un retour du sujet à l'intérieur de ses derniers écrits.

citées ci-haut, ne peuvent pas être automatiquement apposées à l'État car celui-ci reste une entité singulière, abstraite et collective qui évolue dans une sphère anarchique.

La singularité de l'État va donc entraîner une sélection dans les multiples interprétations de l'homme-sujet afin d'autoriser la transposition commandée par l'analogie domestique. À cet effet, l'interprétation du sujet cartésien semble avoir été déterminante dans la description de l'État souverain. À titre d'exemple, tournons-nous vers la métaphore chère à la tradition réaliste aux relations internationales. L'État est personnifié comme un acteur volontaire et unifié qui, tout en conservant son autonomie, cherche à satisfaire ses intérêts de la même façon que tous les autres États qui composent la sphère internationale⁽⁸⁰⁾. Cette définition implique une sphère internationale compétitive et anarchique. Malgré les divergences que l'on retrouve au sein de chaque école, les réalistes conçoivent généralement l'État en tant qu'entité territoriale qui, par une évaluation rationnelle, poursuit un intérêt national déterminé⁽⁸¹⁾. Cette métaphore privilégie une vision toute patriarcale de l'État et accorde un rôle fondamental à la raison instrumentale dans l'organisation du monde.

Qu'en est-il de la métaphore avancée par le droit international ? L'idée que les États sont des sujets et possèdent des droits, à l'instar des individus à l'interne, fait désormais partie de l'orthodoxie légaliste. Orthodoxie culminante avec la fin du XIX^e siècle et où les États détiennent exclusivement le statut international de sujet de droit⁽⁸²⁾. De la même façon, le principe primordial de l'égalité souveraine au XX^e siècle sous-tend, quoiqu'implicitement, que l'État est une entité indivisible ou une

⁽⁸⁰⁾ L. NEACK and R. M. KNUDSON, *loc. cit.*, note 35, p. 136.

⁽⁸¹⁾ J. A. CAMILLERI and J. FALK, *op. cit.*, note 60, p. 29.

⁽⁸²⁾ R. J. VINCENT, "The Idea of Rights in International Ethics", in T. NARDIN and D. R. MAPEL (eds.), *op. cit.*, note 12, pp. 250 - 269, p. 256.

personne morale douée d'une volonté unique et cohérente. Un exemple d'ordre comparatif⁽⁸³⁾ démontre une des conséquences de l'attribution et de la consolidation de cette volonté individuelle octroyée à la personne morale et étatique au niveau international. Au début de XIX^e siècle, seul le personnage de Napoléon est considéré par les États européens comme l'ennemi à abattre. La dissociation entre la volonté de Napoléon et celle du peuple français est illustrée, notamment, par l'exil physique de l'empereur. Plaçons-nous maintenant à la fin de la Première Guerre mondiale car à cette époque les États européens exigent explicitement un châtement exemplaire pour l'Allemagne entière, Kaiser et peuple inclus. Cette exigence met en relief et consolide l'État allemand en tant qu'entité indivisible douée d'une volonté unique.

L'analogie domestique en droit international transporte certains standards de justice de la sphère interne à la sphère externe. Paradoxalement, elle accorde des droits inaliénables à l'État en vertu d'une dignité ou d'une essence inviolable propre à la personne humaine. Nous pensons ironiquement au droit inaliénable des États de développer, produire et utiliser l'énergie nucléaire à des fins pacifiques (dernière spécification pour le moins rassurante !)⁽⁸⁴⁾. Cet exemple expose néanmoins le risque de transposer sans discernement les droits attribués à la personne humaine à une personne morale. Ce dérapage terminologique en cache un autre : un anthropomorphisme qui néglige le caractère ouvertement artificiel et fonctionnel de l'État.

⁽⁸³⁾ Cet exemple est tiré de Robert A. KLEIN, *Sovereign Equality Among States : the History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 88.

⁽⁸⁴⁾ Voir article IV (1) du *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, (1970) 719 R.T.N.U. 161 ; [1970] R.T. Can. n° 7.

L'analogie domestique fait face à deux critiques majeures⁽⁸⁵⁾. La première refuse toute pertinence à cette méthode. Elle dénonce l'anthropomorphisme au motif que l'État ne constitue pas une unité irréductible de l'analyse à l'image de l'individu au niveau interne. Néanmoins, cette position radicale ne semble pas assez tenir compte de l'État en tant que produit, construction et interprétation de l'homme. Par ce fait même, l'État-objet est analysé en vertu de la seule perspective imaginable, celle de l'homme-sujet. Il y a donc, nécessairement, un phénomène d'anthropomorphisme dans la conceptualisation de l'État. La deuxième critique adressée à l'analogie domestique nous semble plus intéressante. Au départ, elle accepte la prémisse méthodique mais elle conteste les assumptions philosophiques quant à la nature humaine, dominantes au moment de la critique. En d'autres termes, elle cherche à réfuter l'interprétation de l'individu, transposée à l'État, pour en proposer une autre. Cette perspective possède le mérite d'exposer le caractère interprétatif éminemment complexe sous-tendant l'analogie domestique et ce, tant pour l'individu que pour l'État. De plus, elle permet de réfuter la réification opérée lorsqu'une interprétation devient déterminante, c'est-à-dire lorsque les assumptions quant à la nature humaine prétendent correspondre au réel et se transforment, pour cette raison, en orthodoxie.

Section 2. Une organisation dichotomique du monde

La souveraineté est tout à la fois un discours sur le réel et une organisation du monde, qui se caractérise plus fondamentalement par une fracture dichotomique entre l'interne et l'externe. D'une part, elle crée par le biais des frontières une région où l'ordre, la raison, l'identité et la communauté domestique peuvent s'établir et s'épanouir. D'une autre part, elle relègue l'anarchie, les différences et les dangers dans un certain lieu international, qui n'en est pas véritablement un puisqu'il se situe

⁽⁸⁵⁾ "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", (Panel I) (1994) *American Society of International Law Proceedings* 1, p. 15.

en quelque sorte hors du temps. Parce que le domaine international ne compte pas le temps et l'espace à l'instar du domaine interne, il réfute d'emblée la possibilité d'une communauté. Cette organisation dichotomique du monde, et la priorité octroyée à la sphère domestique, seront notamment examinées avec les théories du contrat social.

Nous sommes plus largement en présence d'une métaphysique spatiale et temporelle du même et de l'autre, et cette métaphysique sera explorée au travers d'une série d'exemples sur le traitement occidental de la différence. Il faudra donc porter une attention toute particulière à la réponse accordée par le droit international à ce traitement de la différence.

2.1 La frontière, repère spatiotemporel de l'identité

Nous avons brièvement fait allusion à cette sphère internationale qui se distingue par le quadrillage en de multiples territoires, indépendants les uns des autres. Par le procédé des frontières, les États sont différenciés et atomisés. Mais le tracé des frontières s'effectue autant au niveau physique qu'aux niveaux imaginaire, culturel et conceptuel. Pensons, notamment, aux frontières sujet/objet, homme/femme, privé/public, interne/externe ou encore Nord/Sud⁽⁸⁶⁾. Aussi, elles constituent intégralement notre perception et notre connaissance du monde. Cependant, et en dépit de cette quasi-omniprésence, il faut insister sur le caractère profondément historique de ces frontières. Elles relèvent de pratiques sociales, discursives et contingentes et non, comme le laisse croire l'effet omniprésent, d'un ordre transcendantal. Elles s'avèrent dépendantes d'un savoir qui, lui-même, demeure historiquement situé. Cette affirmation implique que les frontières, en s'éloignant d'un donné immuable, peuvent

⁽⁸⁶⁾ Voir tout particulièrement Spike V. PETERSON, "Transgressing Boundaries : Theories of Knowledge, Gender, and International Relations", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 183, p. 183.

être analysées, critiquées voire transgressées. De plus et si les frontières appartiennent à un *epistémè*, elles sont attachées à un groupe social particulier. Par conséquent la construction, la compréhension et le sens des frontières varient en fonction de la pluralité socioculturelle.

La séparation implicite du monde en espaces conceptuels délimités permet le traitement du réel. Pour le dire autrement, la pratique de la frontière participe à la catégorisation ou à l'identification⁽⁸⁷⁾. Elle regroupe, classe ou ordonne les éléments suivant les critères de similarité et de différence. Ce processus, en simplifiant la complexité du réel, le rend intelligible⁽⁸⁸⁾. Ce traitement s'avère donc indispensable pour la compréhension de l'homme moderne qui, nous l'avons vu, est confronté désormais à un monde infiniment complexe, divers, voire incohérent. Malgré l'utilité indiscutable des frontières et des catégories, elles peuvent engendrer des dichotomies rigides, ahistoriques et acontextuelles qui paradoxalement permettent et limitent la compréhension. Cette alternative se produit notamment lorsque les frontières sont détachées de leur *epistémè* ou de leur caractère historique. Le danger propre à toute catégorisation ou à toute identification consiste à refuser la similarité par-delà les frontières et à occulter les différences entre les éléments regroupés à l'intérieur de celles-ci.

Toutes ces remarques expliquent non seulement la frontière physique mais, et de façon plus importante, la frontière conceptuelle entre les États souverains. Elle délimite nettement les domaines interne et externe où l'ordre, la raison et l'identité sont regroupés dans le premier alors que l'anarchie, l'irrationalité et la différence sont

⁽⁸⁷⁾ Sur l'identification, voir P. GUENANCIA, *loc. cit.*, note 50, pp. 569, 570.

⁽⁸⁸⁾ Voir J.M. BALKIN, "Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1131, p. 1173 ; Micheal J. SHAPIRO, "Textualizing Global Politics", in J. DER DERIAN and M.J. SHAPIRO (eds.), *op. cit.*, note 74, pp. 11-22, p. 12.

refoulées vers le deuxième. Le risque est toujours de refuser la similarité qui traverse les frontières et de renier les différences à même la sphère interne. Ceci semble par ailleurs se produire lorsque l'État souverain est représenté comme un sujet autonome, homogène et autarcique. La dichotomie entre les sphères interne et externe se rigidifie d'autant plus si les frontières sont conçues comme des données et non comme des constructions sociales, politiques et historiques. Le durcissement de la dichotomie s'est certainement produit avec la souveraineté moderne des États. En revendiquant une autorité absolue dans le temps, qui a été captée au préalable par le territoire, elle nécessite des frontières statiques et immuables⁽⁸⁹⁾.

L'invention des États souverains, au XVI^e et XVII^e siècles, équivaut à une conception toute particulière de l'ordre dans l'espace⁽⁹⁰⁾. La fixation des frontières crée un endroit privilégié pour la communauté politique tout en suggérant un ailleurs désordonné. Prenons l'exemple de la liberté en haute mer ; cette notion se perd dans la nuit des temps mais elle consacre la potentialité de la technologie maritime. Graduellement, cette liberté absolue, qui ne consacre finalement que la force, est assortie de contraintes juridiques. Cependant, un principe demeure intact ; celui de l'illégitimité d'une revendication souveraine sur la haute mer.

La souveraineté moderne joue un rôle primordial dans la capture de l'espace afin d'imposer un ordre. Toutefois, cette capture ne se fait pas aisément. L'importance de la maîtrise de l'espace s'explique d'autant mieux par un bref retour à la philosophie kantienne. L'espace, à l'instar du temps, devient radicalement subjectif, c'est-à-dire qu'en plus d'avoir une réalité empirique, il est une forme *a priori* de l'expérience. L'homme porte en lui les intuitions du temps et de l'espace et ceci

⁽⁸⁹⁾ J.A. CAMILLERI and J. FALK, *op. cit.*, note 60, p. 171.

⁽⁹⁰⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 21, p. 146.

lui permet de coordonner les données sensorielles⁽⁹¹⁾. Par analogie, la capture du temps et de l'espace par le territoire apparaît, nous semble-t-il, la condition essentielle pour l'expérience de la communauté politique.

Comment ce subjectivisme s'exprime-t-il à l'intérieur du droit international ? Il faut, une fois de plus, retourner avant la modernité à proprement dit alors que l'homme ne se distingue pas de la nature. Conséquemment, le droit enregistre un ordre déjà établi. Il saisit les espaces préexistants et fait coïncider le normatif et le naturel à partir du naturel⁽⁹²⁾. Les traces de cette heureuse coïncidence se retrouvent, encore aujourd'hui, avec l'exemple des eaux intérieures, où la mer est enfermée "naturellement" par le territoire et avec le plateau continental, qui se décrit comme le prolongement "naturel" du territoire terrestre de l'État⁽⁹³⁾. L'éjection de l'homme hors de la nature et, parallèlement la naissance du subjectivisme questionnent directement le rôle du droit. Il ne peut plus recopier fidèlement un ordre naturel puisque, désormais, le sujet porte en lui l'idée de l'ordre. Au lieu de codifier un état de fait, le droit international crée les espaces par le biais de ses propres catégories et fictions qui elles-mêmes ne s'appuient plus obligatoirement sur des éléments naturels et empiriques. Pour reprendre nos exemples tirés du droit de la mer, pensons à la création de la mer territoriale ou encore à la zone économique exclusive⁽⁹⁴⁾ qui tracent chacune une frontière purement artificielle en se justifiant exclusivement à partir des

⁽⁹¹⁾ Denis ALLAND, "Les représentations de l'espace en droit international public", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 163, note 3 de bas de page, p. 164 ; Jean-Louis DUMAS, *Histoire de la pensée. 2. Renaissance et siècle des Lumières*, coll. références, Paris, éd. Tallandier, 1990, pp. 327, 328.

⁽⁹²⁾ Cette idée et les suivantes sur le droit, l'espace et la nature, sont exposées brillamment par D. ALLAND, *loc. cit.*, note 91, pp. 168 à 171.

⁽⁹³⁾ Voir *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Doc. N.U. A/CONF. 62/122 et Corr. 1 à 11 (1982) et *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord* (R.F.A. c. Danemark ; R.F.A. c. Pays-Bas), C.I.J. Recueil 1969, p. 4.

⁽⁹⁴⁾ Voir *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*.

intérêts de l'État souverain. Le droit international, à l'instar de l'homme, se dissocie de la nature et cette dissociation va poser avec acuité la problématique, célèbre depuis, entre l'être et le devoir-être.

Pour l'instant, revenons plus précisément à l'invention des États souverains aux XVI^e et XVII^e siècles qui établissent, nous l'avons vu, une certaine conception de l'ordre dans l'espace et ce, par le biais de nouvelles frontières. En effet et au sortir de la féodalité européenne, le pouvoir devient territorial⁽⁹⁵⁾ et l'autorité relève d'un domaine public. Qu'entendons-nous par cette dernière expression ? Les recherches de René Girard soutiennent que la violence est antéfondatrice à toute société⁽⁹⁶⁾. Hors même l'établissement de celle-ci, l'éradication de celle-là s'avère irréalisable. Au contraire, la violence est alors canalisée vers des pratiques ponctuelles et rituelles. L'État européen n'échappe pas à ce schéma. En rapatriant les pouvoirs féodaux dispersés sur son territoire il s'approprie, de façon permanente et non plus ponctuelle, le monopole de la violence pour reprendre l'expression consacrée. Cette violence est perçue comme légitime puisqu'elle ne relève pas du pouvoir personnel d'un individu mais plutôt d'une sphère publique qui est censée représenter la communauté politique dans son entièreté⁽⁹⁷⁾.

Aussi, l'État moderne se caractérise par la consolidation des pouvoirs diffus et idiosyncratiques dans une sphère publique et impersonnelle et par un système de règles territoriales. La consolidation entraîne une démarcation entre le public et le privé alors

⁽⁹⁵⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 21, p. 21.

⁽⁹⁶⁾ Voir, entre autres, René GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, coll. Le livre de poche biblio/essais, Paris, éd. Grasset & Fasquelle, 1978.

⁽⁹⁷⁾ Voir les écrits de Sigmund FREUD, *Civilization, Society and Religion : Group Psychology, Civilization and its Discontents and other Works*, ed. 1991, vol. 12, coll. Penguin Freud Library, London, Penguin Books, pp. 284 et 351.

que le système de règles territoriales érige une frontière entre l'interne et l'externe⁽⁹⁸⁾. Ce qui retient à l'évidence notre attention est cette frontière édiflée par un système particulier de règles et qui tranche la sphère nationale de l'internationale. En effet, un ensemble de règles n'a pas besoin d'être nécessairement fixé territorialement. Il n'y a qu'à penser au système de parenté ou au nomadisme qui établissent, chacun à leur façon, des règles pour la vie en société sans prendre comme point de départ le territoire⁽⁹⁹⁾.

La souveraineté de l'État implique généralement une façon de diviser le monde, d'allouer les ressources naturelles, de contrôler les échanges économiques et enfin, de différencier les groupes socio-culturels⁽¹⁰⁰⁾ quoique un État territorial ne coïncide pas nécessairement avec une ethnie ou une culture homogène. La frontière de l'État représente donc un point de contact comme de séparation entre un système social et son environnement⁽¹⁰¹⁾. Le rôle de séparation ou de démarcation est éminemment à l'oeuvre dans la fondation et la détermination de la communauté politique. Nous avons déjà mentionné que le concept de souveraineté constitue une réponse historique quant à la nature et à la location de cette dite communauté. Contre les prétentions universalistes de l'Empire et de la Papauté, la souveraineté restreint l'identité de la communauté politique au territoire et comme l'identité ne peut se comprendre sans se référer à l'idée de la différence, une métaphysique spatiale du même et de l'autre est du même coup mise en branle⁽¹⁰²⁾. Pour cette raison, la frontière joue un rôle

⁽⁹⁸⁾ John Gerard RUGGIE, "Territoriality and Beyond : Problematizing Modernity in International Relations", (1993) 47 *International Organization* 139, p. 151.

⁽⁹⁹⁾ *Id.*, p. 149.

⁽¹⁰⁰⁾ J.A. CAMILLERI and J. FALK, *op. cit.*, note 60, p. 237.

⁽¹⁰¹⁾ Friedrich KRATOCHWIL, "Of Systems, Boundaries, and Territoriality : An Inquiry into the Formation of the State System", (1986-87) 39 *World Politics* 27, p. 32.

⁽¹⁰²⁾ R.B.J. WALKER, *op. cit.*, note 69, pp. 62 à 66.

d'exclusion en attribuant la priorité à l'identité-citoyenneté que l'on retrouve à l'interne contre une identité humaine et universelle.

Il nous faut revenir avant 1648, fondation mythique du système étatique moderne, alors que le principe de l'identité est véhiculé essentiellement par les prétentions universalistes de l'Église. Face à ces aspirations universelles, l'émergence de l'État souverain et territorial se conçoit plutôt comme une revendication à la différence et, en cela, il heurte l'imaginaire chrétien. 1648 opère une permutation dans le rapport entre l'universel et le particulier. Désormais l'universalisme, et conséquemment le principe d'identité, sont relocalisés à l'intérieur de chaque particularité étatique⁽¹⁰³⁾. La possibilité et la recherche du bien commun, de la beauté ou de la vérité s'enracinent exclusivement dans la communauté politique spatialement délimitée. Le domaine international est privé de toute hégémonie universaliste et déploie, inversement, les différences.

Cette permutation déplace d'une manière égale le principe de l'identité vers la sphère interne, apanage de la communauté politique. L'importance de l'identité s'explique en ce qu'elle accorde un statut, une localisation, à l'homme dans un univers désormais profane, indéterminé, et, par définition, insécure⁽¹⁰⁴⁾. Tout en amenant l'individu ou le groupe à l'existence sociale ou, en d'autres mots à la reconnaissance par les autres, elle constitue l'agir normatif. En effet, la définition que se donne l'individu ou la communauté de lui ou d'elle-même va influencer directement les valeurs, le comportement et les règles qu'il ou elle suivra envers les autres. Sans vouloir aborder immédiatement l'éternel débat entre le communautarisme et le cosmopolitisme, il faut néanmoins reconnaître que le simple rapprochement

⁽¹⁰³⁾ *Id.*, pp. 62 à 64 et p. 117.

⁽¹⁰⁴⁾ William BLOOM, *Personal Identity, National Identity and International Relations*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 47 et 50.

géographique facilite l'identification d'un groupe. La proximité ou encore, des circonstances environnementales similaires, conduisent les individus à l'imitation et à l'adoption de l'attitude et de la pensée des autres⁽¹⁰⁵⁾. Si cette affirmation ne représente aucunement le gage de la tolérance de la différence à l'interne, elle entérine cependant une homogénéité identitaire des comportements et des valeurs. Ceci n'est guère surprenant étant donné le risque que pose la conceptualisation de la frontière à savoir, regrouper les éléments en fonction de leur similitude en négligeant leur particularité, tout en refusant les ressemblances entre les éléments de part et d'autre de la frontière pour ne s'attacher qu'à leur différence.

La communauté politique européenne et moderne se confond, théoriquement, à l'État souverain et devient ainsi le conservatoire d'une identité qui n'est qu'un réseau exclusif de médiation, où les individus se reconnaissent comme des sujets et comme les auteurs et acteurs d'une signification collective, élaborée en vertu de leur histoire et de leur géographie⁽¹⁰⁶⁾. Nous utilisons le terme exclusif pour décrire ce réseau car l'identité nationale a été et est parfois envisagée comme verticale en ce sens qu'elle s'impose aux autres formes identitaires (familiale, sociale, professionnelle, etc.). Pour cette raison, et compte tenu de la chute de l'Empire et de la Papauté et de la nouvelle articulation entre l'universel et le particulier, l'identité nationale se compare aisément aux rôles jadis tenus par le religieux et le sacré⁽¹⁰⁷⁾. Les États islamiques contemporains démontrent que l'identité nationale peut toujours être associée au religieux mais cette fois-ci, et contrairement au modèle étatique européen et moderne, de façon explicite.

⁽¹⁰⁵⁾ *Id.*, p. 23.

⁽¹⁰⁶⁾ Claude REICHLER, "La réserve du symbolique", (1992) 48 *Les Temps modernes* 85, p. 90.

⁽¹⁰⁷⁾ *Id.*, pp. 89, 90.

2.2 Anarchie internationale et ordre domestique

Une préoccupation aussi bien pratique que théorique semble se retrouver chez tout groupe humain ; celle d'apposer un ordre sur le désordre apparent du monde. Quoique les justifications concernant cet ordre empruntent des voies divergentes, allant de la simple découverte à la véritable imposition, la préoccupation quant à elle demeure⁽¹⁰⁸⁾. La découverte ou l'imposition de l'ordre est limitée à une sphère interne, là où les hommes peuvent véritablement s'épanouir. Cette finitude conceptuelle et spatiale suppose logiquement un désordre à l'externe, antinomique à l'épanouissement de l'individu. Cette démarcation entraîne, par exemple, une distinction entre les individus qui appartiennent au groupe et ceux qui lui sont étrangers. Les actions des individus, étrangers au groupe, soulèvent l'incompréhension car elles ne répondent pas au code de signification collective élaboré par ledit groupe⁽¹⁰⁹⁾. À cet effet, elles seront généralement qualifiées d'exotiques, de bizarres voire de dangereuses.

Nous avons déjà abordé le vertige propre à la modernité et provoqué par la perte d'un ordre déterminé naturellement ou encore divinement. L'homme souverain ne peut plus effacer sa subjectivité avec l'humilité d'une soi-disant découverte, il doit dorénavant assumer la construction de l'ordre. L'autofondation est nécessaire afin de redonner un sens, une intelligibilité à l'environnement qui enveloppe le sujet. Mais et sans l'idée d'un schéma unique, l'homme souverain est doué d'une liberté créatrice sans précédent quant aux représentations possibles de l'ordre et l'imposition d'une d'entre elles peut figurer de l'arbitraire et être sujette, pour cette raison, à des résistances.

⁽¹⁰⁸⁾ Michael K. GREEN, "Codes of Civilization and Codes of Culture", in Roberta KEVELSON (ed.), *Codes and Customs : Millennial Perspectives*, vol. 1, coll. Critic of Institutions, New York, Peter Lang Publishing, 1994, pp. 93-117, p. 93.

⁽¹⁰⁹⁾ *Id.*, pp. 94, 95.

La métanarration consiste précisément à endiguer la potentialité et la prolifération des représentations de l'ordre. Elle interrompt pour un temps indéterminé la multiplication des significations en fixant un point souverain qui façonne, par la suite, toutes les interprétations⁽¹¹⁰⁾. Cette référence acontextuelle et ahistorique, par ses attributs d'indépendance, reste à l'écart de toutes les oppositions. Afin de préserver ce statut intouchable, l'instance est réifiée sous la forme d'une nécessité logique, rationnelle voire naturelle. Évidemment, cette réification cherche à vider l'instance prétendument ahistorique et acontextuelle d'un contenu politique quelconque et, de cette manière, elle déresponsabilise les hommes pour leurs constructions conceptuelles. Le procédé métanarratif est notamment à l'oeuvre dans l'organisation dichotomique du monde. La sphère domestique est la seule où un ordre est envisageable. Elle incarne le lieu "logique" ou "naturel" pour l'épanouissement de l'individu, de la rationalité et de la communauté politique dans son ensemble. Elle permet l'émancipation du sujet et renferme la possibilité d'un futur et l'idée du progrès. Par conséquent, la sphère interne évoque ce point ou cette référence souveraine qui déterminera les interprétations ultérieures.

Ces interprétations ultérieures comprennent, on l'aura deviné, une image de la sphère internationale. En effet, si la sphère interne se décrit en termes d'identité et d'ordre alors l'externe annonce la différence et l'anarchie. Il faut néanmoins reconnaître que l'interprétation de la sphère internationale s'avère un peu plus complexe que ce pseudo-syllogisme décrit ci-haut. Une chose semble certaine : la perspective adoptée sur l'externe réfère, explicitement ou implicitement, à l'ordre domestique qui possède une priorité analytique du fait de son statut souverain⁽¹¹¹⁾. Un

⁽¹¹⁰⁾ R.K. ASHLEY, *loc. cit.*, note 74, p. 263.

⁽¹¹¹⁾ J.B. ELSHTAIN, *loc. cit.*, note 18, p. 1367.

auteur en relations internationales, Richard Ashley⁽¹¹²⁾, emprunte habilement la procédure logocentrique de Derrida pour qualifier cette opération référentielle entre l'ordre domestique et l'anarchie internationale. De quoi s'agit-il ?

Nous avons suggéré, antérieurement, que le tracé de la frontière s'effectue tant aux niveaux physique que conceptuel et qu'il différencie et atomise deux domaines ou deux termes. La procédure logocentrique impose une hiérarchie entre ces deux termes. Elle en privilégie un, en l'occurrence l'ordre domestique, pour sa signification souveraine, immédiate et transparente en ce sens qu'il ne nécessite, en soi, aucune explication supplémentaire hormis sa seule présence. L'ordre domestique s'assimile à une réalité supérieure car elle renferme la rationalité, le futur, la communauté politique voire la vérité. Le deuxième terme de la relation hiérarchique, en l'espèce l'anarchie internationale, se définit en fonction du point souverain aussi, il est dépourvu d'une signification propre. Cette dépendance le confine à n'être qu'une forme inférieure ou dérivée, une complication, une négation ou encore un effet du premier terme. L'anarchie internationale reprend et cumule quelques unes de ces descriptions.

La hiérarchie renvoie le second terme de la relation logocentrique à la marginalité, au danger, à une absence de contrôle. D'ailleurs, l'utilisation même de l'adjectif numérique "second" est sans équivoque sur le caractère suivant et dépendant de ce terme par rapport à la présence de l'autre. Ceci insère le désordre relié à l'anarchie internationale à l'intérieur d'un ordre grammatical puis sémantique. Ne s'agit-il pas encore de maîtriser rationnellement ce qui apparaît incontrôlable en le délimitant soigneusement ?

⁽¹¹²⁾ Les développements qui suivent sont de R.K. ASHLEY, *loc. cit.*, note 74, p. 261.

Le mot anarchie se répand au XVI^e siècle et, dès le départ, possède une connotation péjorative. Il signifie indifféremment un désordre politique faute d'autorité ou encore un désordre qui résulte de l'absence de gouvernement⁽¹¹³⁾. Ce n'est qu'avec la Révolution française qu'il en vient à désigner, plus spécifiquement, une doctrine politique visant la suppression du pouvoir de l'État. La sphère internationale est un signe de l'anarchie dont la signification a été élaborée au XVI^e siècle. En effet, elle se raconte comme le domaine où l'absence de gouvernement contribue à la confusion, au désordre et au pouvoir brut. L'anarchie internationale se construit invariablement comme une négation et un épiphénomène de l'ordre domestique.

Un bref rappel de l'image de l'ordre domestique semble nécessaire afin de saisir le double antithétique qu'est la sphère internationale. L'ordre domestique rassemble les notions d'identité et d'universalité tout en rejetant les différences et les particularismes à l'externe (signalons que l'emploi du singulier dans la description de l'ordre domestique réaffirme l'unité alors que le pluriel admet la pluralité de la sphère internationale). La vie politique prend naissance et se déploie uniquement à l'intérieur d'une communauté. Étant donné l'absence de celle-ci à l'externe, l'affirmation précédente exclut la possibilité d'une vie politique et confirme la justesse des attributs de confusion et de désordre. Ces remarques participent à la conceptualisation de l'anarchie internationale comme négation du premier et souverain terme.

L'anarchie internationale se caractérise également comme une manifestation ou un effet de l'ordre domestique. La nature humaine dénote un côté agressif et passionnel, suivant en cela les dires et la postérité de Freud⁽¹¹⁴⁾, qui doit être maîtrisé

⁽¹¹³⁾ Voir la définition d'anarchie dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 68.

⁽¹¹⁴⁾ S. FREUD, *op. cit.*, note 97.

par une structure hiérarchique politique⁽¹¹⁵⁾. Conséquemment, le monopole de la violence par l'État requiert la renonciation ou la répression des instincts destructeurs de l'individu, à l'intérieur d'un territoire et d'une communauté politique. La sphère interne représente donc le lieu privilégié de la rationalité car celle-ci triomphe de la nature de l'homme (où l'on assiste à une procédure logocentrique qui oppose, cette fois-ci, la nature et la culture). Néanmoins, si l'ordre domestique réussit à contenir l'agressivité et la violence dans un cadre spatialement délimité, il échoue à le faire à l'externe. Bien au contraire, ces éléments destructeurs se déversent sans aucune retenue à l'extérieur des frontières et collaborent à l'anarchie internationale. En outre, cette évacuation symbolique de la violence et du danger consolide, subrepticement, la rectitude de l'ordre domestique.

La conceptualisation de l'anarchie internationale est plus qu'une simple incidence de l'ordre domestique. Au-delà de la qualification d'épiphénomène, l'anarchie internationale joue à son tour un rôle actif dans la création de la société domestique par l'inscription du danger⁽¹¹⁶⁾. Les représentations du danger sont cristallisées par le second terme et encerclent la société domestique tout en l'immobilisant sur un territoire sûr et familier. Ces représentations, quoique imprécises et insaisissables, n'en sont pas moins réelles dans l'organisation de la sphère interne. En effet, cette zone floue de dangers, par l'encerclement, différencie et renforce la communauté politique territoriale⁽¹¹⁷⁾. Il faut toutefois insister, au risque de nous répéter, sur le caractère paradoxal de ces dites représentations qui proviennent

⁽¹¹⁵⁾ Jack DONNELLY, "Twentieth-Century Realism", in T. NARDIN and D.R. MAPEL (eds.), *op. cit.*, note 12, pp. 85-111, p. 87.

⁽¹¹⁶⁾ R.K. ASHLEY, *loc. cit.*, note 74, p. 305.

⁽¹¹⁷⁾ *Id.*, p. 303.

de l'ordre domestique pour ensuite se retourner contre lui et, par ce geste "menaçant" le conforte dans son existence.

Que les dangers en question découlent d'un postulat sur la nature humaine ou encore de l'absence d'une structure ou d'une autorité hiérarchique, l'anarchie internationale fortifie dans tous les cas l'identité de la communauté politique domestique⁽¹¹⁸⁾. Elle se confond à une condition tacite mais essentielle de l'universalité, de la justice et de la paix à l'interne⁽¹¹⁹⁾. L'image de la communauté politique, forte de son identité et de son universalité mais assiégée par une zone de dangers internationaux, peut partiellement expliquer l'odieux du phénomène interventionniste. En effet, une intervention étrangère (le mot le dit bien) ne consiste-t-elle pas en une brèche dans la communauté politique territoriale par où la différence et les dangers, reliés à la sphère internationale, s'infiltrèrent et altèrent subséquemment l'identité et l'universalité⁽¹²⁰⁾ ?

Ces dernières remarques emploient un vocabulaire stratégique à dessein car il s'agit, en quelque sorte, d'une sourde guérilla qui oppose l'ordre domestique et l'anarchie internationale. Même si le second terme de la procédure logocentrique est marginalisé, il n'en reste pas moins nécessaire afin seulement de révéler la présence du terme souverain. Nous nous sommes attardés, non sans raison, sur le rôle primordial que joue l'anarchie dans la compréhension de l'ordre domestique. Généralement, le discours international réfère sans cesse à la communauté politique territoriale par le concept de souveraineté. Celui-ci ne prétend-t-il pas être le fondement même du droit international ? Le discours inverse s'avère moins fréquent

⁽¹¹⁸⁾ W. BLOOM, *op. cit.*, note 104, p. 75.

⁽¹¹⁹⁾ R.B.J. WALKER, *op. cit.*, note 69, p. 151.

⁽¹²⁰⁾ W. BLOOM, *op. cit.*, note 104, p. 114.

à savoir, que la trace de l'anarchie internationale se retrouve dans la conceptualisation de l'ordre domestique et qu'elle remet ainsi en question la présence immédiate et transparente du terme souverain⁽¹²¹⁾.

"The word "trace" is a metaphor for the effect of the opposite concept, which is no longer present but has left its mark as the concept we are now considering. The trace is what makes deconstruction possible ; by identifying the traces of the concepts in each other, we identify their mutual conceptual dependance."⁽¹²²⁾

La tradition réaliste en relations internationales, ainsi que le code légal positiviste, reprennent cette dichotomie entre l'ordre domestique et l'anarchie internationale⁽¹²³⁾. En insistant tout particulièrement sur l'importance de l'ordre domestique et en lui attribuant, quoiqu'implicitement une priorité analytique, ces perspectives demeurent muettes sur ce qu'est la souveraineté internationale de l'État. Ce silence contribue à la représentation d'une souveraineté ahistorique et acontextuelle, dont la seule présence rend superflue toutes interprétations. Néanmoins, et nous allons le voir tout au long de cette thèse, cette présence dépend de l'image de la sphère internationale et vice-versa.

A priori, le terme péjoratif d'anarchie détermine une représentation singulière de la sphère internationale, à savoir l'absence d'un ordre hiérarchique et cette absence détruit l'idée d'un progrès historique quelconque vers un ordre légal mondial. L'anarchie se contente de décrire et, pour cette raison, perpétue un état de fait

⁽¹²¹⁾ Jacques DERRIDA, *De la grammatologie*, coll. Critique, Paris, éd. Minuit, 1967 ; J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, coll. Tel quel, Paris, éd. du Seuil, 1967.

⁽¹²²⁾ J.M. BALKIN, "Deconstructive Practice and Legal Theory", (1987) 96 *The Yale Law Journal* 743, p. 752.

⁽¹²³⁾ Thomas MERTENS, "War and International Order in Kant's Legal Thought", (1995) 8 *Ratio Juris* 296, p. 301 ; R.B.J. WALKER, *op. cit.*, note 69, pp. 45, 46.

caractérisé par la compétition entre les États souverains et par la balance des pouvoirs entre eux. Contrairement à la capture de l'ordre et du temps par le territoire, la sphère internationale semble être atemporelle et donc incontrôlable. Les relations entre les États sont comprises sous l'angle d'une présence et, simultanément, d'une absence de la souveraineté. Autrement dit, la sphère internationale est composée d'une multitude de souverainetés mais non d'une seule qui les englobe toutes à l'intérieur d'une communauté spécifique⁽¹²⁴⁾. Cette formulation recoupe la représentation moderne et biface de la souveraineté qui, à l'interne, réclame une maîtrise absolue sur sa communauté et, à l'externe, une indépendance devant ses vis-à-vis étatiques. L'absence d'une hiérarchie collabore de l'anarchie ou encore, selon le code légal, de l'égalité souveraine des États. Nous reviendrons plus spécifiquement sur la notion juridique de l'égalité souveraine des États au cours du chapitre suivant.

La souveraineté et l'anarchie se conçoivent comme les deux côtés d'une même médaille. C'est-à-dire qu'il y a anarchie puisqu'il n'y a aucune autorité supérieure au-dessus des États et, réciproquement, les États insistent et avancent leur souveraineté tant que l'anarchie perdure⁽¹²⁵⁾. En raison de cette réciprocité, il s'avère difficile de déterminer avec certitude la relation causale entre ces deux concepts. Certains auteurs affirment que l'anarchie est une structure objective et matérielle qui force les États à préconiser leur souveraineté, alors que d'autres la considèrent avant tout comme une institution sociale et intersubjective qui se construit par les revendications souveraines étatiques⁽¹²⁶⁾. Que l'anarchie soit une structure objective ou bien une institution

⁽¹²⁴⁾ R.B.J. WALKER, "Sovereignty, Identity, Community : Reflections on the Horizons of Contemporary Political Practice", in R.B.J. WALKER and Saul H. MENDLOVITZ (eds.), *Contending Sovereignities. Redefining Political Community*, Boulder and London, Lynne Rienner Publishers, 1990, pp. 159-185, pp. 174, 175.

⁽¹²⁵⁾ Jens BARTELSON, "The Trial of Judgment : A Note on Kant and the Paradoxes of Internationalism", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 255, p. 257.

⁽¹²⁶⁾ *Id.*, pp. 257, 258.

sociale, et sans pour autant mettre un terme à ce débat, elle a des effets contraignants et matériels sur l'agir des États⁽¹²⁷⁾.

2.3. La rencontre de l'Autre et la création du sujet international

L'anarchie internationale se présente donc comme la manifestation et l'envers de l'ordre domestique, c'est-à-dire par l'absence d'un gouvernement hiérarchique et d'une communauté politique qui réunit l'ensemble des États souverains. L'absence d'une communauté internationale a contribué et, parallèlement a été confirmée, par une conception largement répandue de l'obligation morale. Selon cette conception, l'obligation morale et par extrapolation l'obligation légale se conçoivent par cercles concentriques. En d'autres mots, un individu est obligé principalement envers sa famille puis ses amis et enfin, envers les citoyens de sa communauté politique⁽¹²⁸⁾. Cette perspective implique une atténuation graduelle de l'obligation au fur et à mesure de l'éloignement géographique et identitaire de l'individu. Aussi, elle peut et a justifié l'anéantissement de l'obligation envers les étrangers à l'intérieur et à l'extérieur du territoire. Quoique cette vision avance l'idée qu'un individu se construit au travers d'une communauté et, en cela, elle semble plus réelle que l'image d'un individu présocial, immédiat et transparent, elle ne justifie pas nécessairement l'exclusion d'une relation obligationnelle envers l'étranger⁽¹²⁹⁾.

Néanmoins, il ne faut guère s'étonner que la force subjective de l'obligation soit limitée territorialement puisqu'elle s'ajuste en fonction du lien identitaire qui lui-

⁽¹²⁷⁾ R.D. LIPSCHUTZ, *loc. cit.*, note 6, p. 404.

⁽¹²⁸⁾ Chris BROWN, *International Relations Theory. New Normative Approaches*, New York, Columbia University Press, 1992, p. 186.

⁽¹²⁹⁾ *Id.*

même, s'inscrit à l'intérieur d'une communauté géographique qui réunit parallèlement l'ordre et l'universalité. Nous retrouvons, encore une fois, la logique implacable et ubiquiste de la distinction binaire⁽¹³⁰⁾, qui n'est autre qu'un raisonnement discriminatif visant à distinguer les choses qui possèdent une certaine qualité de celles qui ne la possèdent pas. Cette logique s'applique également aux individus et détermine l'appartenance et l'exclusion d'un groupe. Ce procédé neutre en soi apparaît nécessaire, comme nous l'avons préalablement mentionné, afin de rendre intelligible un monde éminemment complexe et diversifié. Le problème réside dans la tendance non pas discriminative mais discriminatoire⁽¹³¹⁾ et qui consiste à distinguer un groupe humain des autres en le traitant plus mal.

Compte tenu des remarques précédentes, la dichotomie interne/externe élaborée autour du principe de la souveraineté articule une métaphysique de l'identité et de la différence, du même et de l'autre, du citoyen et de l'ennemi⁽¹³²⁾. Elle participe d'une éthique exclusive. L'Europe occidentale, car il s'agit toujours d'elle et de son *épistémè* et ce, depuis le tout début de ce chapitre, a développé deux théories ou plutôt deux institutions pour pallier aux problèmes soulevés par l'existence de l'étranger⁽¹³³⁾. En effet, la doctrine du droit naturel, développée par l'Église catholique et ce bien avant la chute de l'Empire, et la théorie des droits individuels, propre à la mentalité anglo-

⁽¹³⁰⁾ Sur la distinction binaire voir T.K. SEUNG, *op. cit.*, note 41, pp. 10 à 12.

⁽¹³¹⁾ Voir l'étymologie du mot *discrimination* dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 68.

⁽¹³²⁾ Andrew LINKLATER, "The Question of the Next Stage in International Relations Theory : A Critical-Theoretical Point of View", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 77, p. 83 ; R.B.J. WALKER, *op. cit.*, note 69, p. 66.

⁽¹³³⁾ M.K. GREEN, *loc. cit.*, note 108, pp. 99 à 102.

saxonne, répondent toutes deux de la problématique de la différence et deviendront les fondements mêmes des "missions civilisatrices"⁽¹³⁴⁾.

Nous retenons, schématiquement, deux alternatives occidentales pour penser la différence. Celles-ci ont d'ailleurs fait l'objet d'une étude magistrale de Todorov dans la *Conquête de l'Amérique*⁽¹³⁵⁾. De prime abord, la découverte du Nouveau Monde ne symbolise-t-elle pas l'apogée de la rencontre avec la différence ? La première réaction des conquistadors devant les Indiens est de considérer leur différence comme une infériorité. Ceci justifie parallèlement les atrocités commises au nom d'une civilisation supérieure telles que les meurtres, les viols, les pillages et, involontairement, la dissémination de maladies. Cette différence devient, à proprement parler, intenable devant les pratiques sacrificielles. Elles font perdre aux Indiens la possibilité d'un statut humain et les rangent au rang de sous-homme. À leur tour, mais de façon plus subtile, les carnets de voyage sont remplis d'une imagerie autour des mœurs exotiques, bizarres, indécentes et incompréhensibles des Indiens. Les lecteurs européens s'avèrent par ailleurs friands de cette littérature qui contribue au sentiment de supériorité et à la dénomination du sauvage.

La deuxième réaction à la différence est construite par les hommes d'Église et contre les méthodes des conquistadors. Si l'Indien est un objet de connaissance, il l'est dans la mesure d'une familiarité ou d'une ressemblance avec l'homme européen. L'homme d'Église cherche une identité commune, pour ensuite avancer l'idée d'une nature humaine et, pourtant, d'une universalité. Par conséquent, l'Indien se voit

⁽¹³⁴⁾ *Id.*

⁽¹³⁵⁾ Tzvetan TODOROV, *La conquête de l'Amérique : la question de l'autre*, Paris, éd. du Seuil, 1982. Voir également les auteurs qui s'appuient sur Todorov pour une étude de la différence au niveau international : J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 131 ; David BLANEY et Naeem INAYATULLAH, "Prelude to a Conversation of Cultures in International Society ? Todorov and Nandy on the Possibility of Dialogue", (1994) 19 *Alternatives* 23, p. 28 ; C. BROWN, *op. cit.*, note 128, p. 224.

pourvu d'une âme immortelle et il est ainsi intégré à l'intérieur d'un schéma occidental. L'Indien a une identité en tant que chrétien potentiel et celle-ci la protège contre les exactions des conquistadors. Paradoxalement et malgré une évidente bonne volonté, cette réaction élimine la différence par l'assertion de l'égalité. L'Indien ne se distingue plus, il est assimilé dans l'imaginaire chrétien et universel. Quant à la première réaction, elle conserve cette différence à l'intérieur d'une structure hiérarchique.

Ces deux façons occidentales de penser la différence se retrouvent autant en Amérique, qu'en Afrique ou en Asie. Après une longue période d'exploration, de conquête puis d'établissement de comptoirs à des fins commerciales, les Européens développent et implantent véritablement la structure coloniale au XIX^e siècle. Avec celle-ci, les rapports ponctuels et commerciaux se transforment en une institution permanente, uniforme et hiérarchisée. Les Européens conservent la différence des peuples colonisés au travers d'une relation supérieur/inférieur⁽¹³⁶⁾. La supériorité des Européens est traduite juridiquement par le standard de la nation civilisée. L'étymologie⁽¹³⁷⁾ de l'adjectif "civilisé" est révélatrice d'un sentiment de supériorité européenne. En effet, il décrit une aptitude à vivre en société ou encore à faire passer une collectivité humaine à un plus haut développement économique, intellectuel et social. Il équivaut, en quelque sorte, à un degré de perfection. Par contraste, le terme "sauvage" implique dès le départ une vie solitaire, en forêt, en marge de la cité, bonne pour les ermites et les brigands. Il s'oppose donc à la vie en société et contient les activités humaines, animales ou environnementales à l'extérieur d'elle.

⁽¹³⁶⁾ Robert H. JACKSON, "Quasi-States, Dual Regimes, and Neoclassical Theory : International Jurisprudence and the Third World", (1987) 41 *International Organization* 518, p. 535.

⁽¹³⁷⁾ Voir la définition des mots civilisé et sauvage dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 68 pour le premier et le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 17 pour le second.

Nous avons auparavant insisté sur la représentation de la souveraineté moderne qui s'enracine dans des conjonctures politiques et intellectuelles, spécifiques à l'Europe du XVI^e et XVII^e siècles. La notion de souveraineté est systématisée avec la naissance de l'État. Il s'agit donc d'une souveraineté *de facto*, en ce sens qu'elle nomme et conceptualise une organisation politique déjà existante. Le standard de la notion civilisée, qui se répand au XIX^e siècle, confirme et restreint la personnalité internationale aux États souverains *de facto*, c'est-à-dire aux États européens. En effet, la souveraineté dépend d'un processus de reconnaissance qui, à son tour, impose le standard de la nation civilisée⁽¹³⁸⁾. Ce critère exige un gouvernement stable et responsable qui garantit à ses citoyens le droit à la vie, à la liberté et à la propriété⁽¹³⁹⁾. L'essence véritable de l'État et, par conséquent du sujet international, se confond alors au schéma européen à savoir un gouvernement souverain et, dans une certaine mesure, libéral sur un territoire et une population⁽¹⁴⁰⁾.

La notion de civilisation, critère articulé systématiquement au XIX^e siècle, permet l'identification et l'appartenance des États souverains *de facto* à un groupe particulier. Le droit international de l'époque se confond à celui des nations civilisées. Dès lors, un État "barbare" ou "semi-barbare" peut faire l'objet d'une certaine reconnaissance toutefois, il ne bénéficie pas des mêmes privilèges et il ne possède qu'une capacité limitée au droit⁽¹⁴¹⁾. Évidemment, cette reconnaissance est octroyée par le club des nations civilisées en raison de relations commerciales de plus en plus nombreuses et facilitées par le développement technologique. Nous avons utilisé à

⁽¹³⁸⁾ R.H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136, p. 532.

⁽¹³⁹⁾ M. FORSYTH, *loc. cit.*, note 12, p. 37.

⁽¹⁴⁰⁾ *Id.*

⁽¹⁴¹⁾ *Id.*, pp. 36, 37 ; Hidemi SUGANAMI, "Grotius and International Equality", in Hedley BULL, Benedict KINGSBURY and Adam ROBERTS (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 221-240, p. 227.

dessein le terme de club européen afin d'insister sur le caractère hautement hiérarchique de la relation à la différence. Ce rapport discriminatoire apparaît notamment dans le traitement des phénomènes interventionnistes. En effet, les nations civilisées refusent catégoriquement toute ingérence entre les membres du groupe, hormis les conséquences empiriques entraînées par le principe politique de la balance des pouvoirs. Mais, elles s'accordent largement le droit d'intervenir à l'intérieur des affaires des États dits "barbares"⁽¹⁴²⁾. De toute façon, il ne s'agit pas réellement d'une ingérence puisque l'on ne reconnaît pas à ces États "barbares" l'implantation d'une communauté politique. Le critère de la civilisation joue primordialement un rôle d'exclusion, pour ensuite justifier un droit d'intervention dans les États non membres.

Il faut bien voir que ce droit d'intervention répond d'une logique de supériorité voire d'une rectitude patriarcale. Cette logique s'insère dans la métanarration de la souveraineté moderne qui constitue une façon particulière de représenter, d'organiser, d'agir et de discourir sur le monde. Nous avons établi qu'en délinéant l'espace, le principe de souveraineté assure la nature et la localisation de la communauté politique. L'ordre domestique s'est accaparé des notions de rationalité, d'identité et d'universalité. Il conditionne la possibilité et la poursuite des valeurs telles que le Bien, la Beauté, la Vérité ou la Justice. La préoccupation capitale des États réside dans la volonté de parfaire cet ordre domestique. Par la suite ou encore simultanément, ces mêmes États peuvent "aider" les autres communautés politiques voire les placer sous tutelle⁽¹⁴³⁾. Cette optique renferme précisément l'idée de mission civilisatrice, c'est-à-dire d'amener ou plutôt d'astreindre les sociétés à un plus haut degré de perfection dans leur développement intellectuel, social et politique.

⁽¹⁴²⁾ M. FORSYTH, *loc. cit.*, note 12, pp. 36, 37.

⁽¹⁴³⁾ Helga Maria HERNES, *Concepts of Community in Modern Theories of International Law*, Ph.D., Ann Arbor, Michigan, The Johns Hopkins University in Political Science, International Law and Relations, University Microfilms, 1970, pp. 40, 41.

Le concept de souveraineté a permis la capture de l'espace par le territoire. Il emprisonne également, et cet aspect mérite pour lors notre attention, le temps à l'intérieur des frontières. Ce procédé conduit à juxtaposer, en théorie, autant de temps qu'il y a de territoires. Qu'est-ce à dire ? La modernité désigne, en premier lieu, la contemporanéité d'une époque lors même de sa classification. En deuxième lieu, elle enregistre qualitativement cette contemporanéité en fonction d'une nouvelle temporalité d'ordre transcendantal⁽¹⁴⁴⁾. Cette qualification explique les différences temporelles d'un territoire à l'autre pour ensuite les sublimer à l'intérieur d'une idée linéaire de l'histoire, du progrès, de la modernisation et du développement⁽¹⁴⁵⁾. Conséquemment la non-contemporanéité des régions géographiques, malgré leur simultanéité chronologique, justifie la domination occidentale sur celles-ci⁽¹⁴⁶⁾. En effet, les nations civilisées ne se targuent-elles pas d'un avancement dans l'échelle temporelle du progrès et du développement ?

Encore aujourd'hui, nous semble-t-il, la pensée occidentale commente ses actes impérialistes envers les autres peuples par un appel à ce qu'ils étaient. En d'autres mots, ces actions étaient déterminées par le caractère non civilisé des autres⁽¹⁴⁷⁾. Cette interprétation positiviste escamote complètement l'implication du sujet et des valeurs qu'il transpose dans l'objet étudié. Les actes impérialistes ne se confinent pas à une réaction passive d'un sujet déjà posé devant un fait. Il s'agit plutôt de la création de l'Autre et du même au travers de ces dites actions. La procédure logocentrique se retrouve dans la dichotomie civilisé/barbare, États développés / États en voie de

⁽¹⁴⁴⁾ Peter OSBORNE, "Modernity is a Qualitative, Not a Chronological, Category", (1992) *New Left Review* 65, p. 73.

⁽¹⁴⁵⁾ *Id.*, p. 78.

⁽¹⁴⁶⁾ A. LINKLATER, *loc. cit.*, note 132, p. 80 ; P. OSBORNE, *loc. cit.*, note 144, p. 75.

⁽¹⁴⁷⁾ Peter FITZPATRICK, "The Desperate Vacuum" : Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment", (1989) *Droit et Société* 347, p. 351.

développement. Étant donné la complémentarité des termes opposés, l'identité des nations civilisées se construit et dépend de la représentation de la barbarie ou du sous-développement des autres.

Il va de soi que le standard de la civilisation a perdu aujourd'hui toute légitimité dans le processus d'identification d'un groupe et de son droit. Il a cédé la place à la notion de l'égalité souveraine des États qui, *a priori*, écarte l'idée discriminatoire. Néanmoins, le vestige de ce standard figure toujours dans le statut de la Cour internationale de Justice qui inscrit comme source "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"⁽¹⁴⁸⁾. Quoique cet appel en soi semble désuet, la procédure logocentrique qui sous-tend le standard de la nation civilisée, l'est moins. En effet, il est possible d'analyser certaines sinon plusieurs pratiques contemporaines sous l'angle de leur similarité avec cette procédure. Pensons, notamment, au traitement récent infligé aux États parias comme l'Afrique du Sud ou encore comme l'Irak⁽¹⁴⁹⁾. Cependant, et la différence est d'importance, ces États qualifiés et exclus dans une certaine mesure de façon informelle conservent, en vertu du principe de l'égalité souveraine des États, leur capacité légale internationale⁽¹⁵⁰⁾.

Il y a également un déplacement de la procédure logocentrique, qui abandonne le standard de civilisation devenu illégitime, pour se tourner vers une typologie des structures économiques. En termes plus précis et en deçà des discours sur la mondialisation, l'inégalité matérielle d'un État à l'autre devient le signe d'une supériorité ou d'une infériorité culturelle et ce, malgré l'attribution d'une égalité

⁽¹⁴⁸⁾ L'article 38 (1) c) du *Statut de la Cour Internationale de Justice*, annexe de la Charte des Nations Unies, (1946-47) I R.T.N.U. xvi ; [1945] R.T. Can. n° 7.

⁽¹⁴⁹⁾ A. LINKLATER, *loc. cit.*, note 132, p. 84.

⁽¹⁵⁰⁾ H. SUGANAMI, *loc. cit.*, note 141, pp. 225 à 227.

juridique formelle⁽¹⁵¹⁾. La relation, explicitée par Todorov et où l'on conserve la différence pour ensuite la hiérarchiser se perpétue au travers d'une classification économique innommée. Cette dernière reste innommée, selon nous, pour dissimuler la hiérarchie supérieure/inférieure qui possède dorénavant, au vu et au su de tout le monde, une connotation péjorative. En fait foi le langage politique qui cherche l'épuration en multipliant les appellations : Tiers-Monde, États sous-développés, États en voie de développement, États développés ou avancés... Cette épuration neutralise le pouvoir symbolique de certains mots qui réfèrent immédiatement à la métanarration de la modernité, et par conséquent, à une idée unique et linéaire de l'histoire, du progrès, de la vérité...

La perception de la guerre civile au XX^e siècle par les États développés constitue également et implicitement la perpétuation d'une relation supérieure/inférieure mais, cette fois-ci, d'ordre moral. En effet, ces États considèrent le phénomène de la guerre civile comme anachronique, accidentel et injustifiable. Pour eux, il s'agit d'une étape qui appartient bel et bien au passé, à la fondation d'un État de droit qui depuis est solidement implanté⁽¹⁵²⁾. Suivant ce raisonnement, ils ont tenté, au prix de multiples échecs, d'exporter cette institution historique à l'instar d'un bien manufacturé. Pour ces raisons, les États déchirés par une guerre civile au XX^e siècle se confondent à une époque révolue voire barbare et, en cela, ils dénotent une non-contemporanéité.

Le standard de la nation civilisée établissait une relation hiérarchique nommée et légitime au XIX^e siècle. Néanmoins, les idées concernant ce qui est acceptable et

⁽¹⁵¹⁾ D. BLANEY and N. INAYATULLAH, *loc. cit.*, note 135, p. 44.

⁽¹⁵²⁾ Cyril E. BLACK, "The Relevance of Theories of Modernization for Normative and Institutional Effort at the Control of Intervention", in John Norton MOORE (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1974, pp. 53-69, p. 61.

justifiable changent avec le temps qui passe. Aussi, le rapport à la différence supérieur/inférieur s'est déplacé hors de la sphère juridique internationale. En effet, le principe de l'égalité souveraine des États n'illustre-t-il pas la deuxième réaction explicitée par Todorov, c'est-à-dire l'élimination de la différence étatique au travers de l'égalité formelle ? Le droit international, après la deuxième guerre mondiale, devient inclusif, plural et égalitaire. Il n'est plus l'instrument d'un club d'États privilégiés. Les notions d'impérialisme et de colonialisme ayant perdu toute légitimité et devant les revendications multiples et diversifiées des peuples, le droit international accorde une souveraineté *de jure*. Il s'opère donc un véritable renversement historique en ce sens que la souveraineté ne procède plus d'une qualification empirique, mais plutôt d'une abstraction juridique⁽¹⁵³⁾. Et cette fiction s'avère nécessaire pour composer le monde exclusivement d'États souverains.

Avec la décolonisation, la préoccupation essentielle réside dans le quadrillage de la totalité de l'espace en États souverains donc, dans l'intégration des territoires antérieurement sous tutelle ou colonisés à l'intérieur d'un schème préexistant. Cette organisation du monde exige que tous les États se transforment en sujets du droit international et ce, en oblitérant les détails empiriques. Pour ces raisons, les différences sont éliminées du profit d'une forme universelle, imposée au monde, celle de l'État souverain. Ce n'est véritablement qu'à partir de ce moment que nous pouvons parler d'une égalité souveraine et d'une société inclusive des États. Tous les territoires, et les pouvoirs locaux qui s'y rattachent, sont absorbés en devenant des sujets de cette organisation particulière.

⁽¹⁵³⁾ Voir R.H. JACKSON, *Quasi-States : Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 170, 171 ; R.H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136, pp. 531 et 538.

Nous assistons à la fabrication des sujets, c'est-à-dire à la construction d'entités distinctes, calculables, uniformes et responsables pour tout acte jugé déviant⁽¹⁵⁴⁾. Ce processus englobe toutes les entités possibles à l'intérieur d'un schème. De cette façon, les résistances devant la singularité et l'imposition d'une forme au monde s'avèrent tenues en l'absence d'exclusion. Les critiques sont intrinsèques au système et, en cela, elles peuvent être qualifiées et comprises car elles utilisent le langage propre au système en question.

Toutefois, le statut de sujet pour un État souverain signifie l'acquisition d'une personnalité internationale et, par conséquent, la capacité de posséder des droits et des obligations et de nouer des relations contractuelles avec d'autres sujets. Cette capacité provoque une rupture en ce sens qu'il est désormais impossible de contracter pour un tiers et de lui imposer des obligations sans son consentement, pratique largement répandue avec le colonialisme. Parallèlement l'égalité souveraine des États, en refusant cette pratique hiérarchique à l'intérieur du droit, a contribué à son déplacement vers les sphères politique et économique. Aussi ce type d'arrangement se confond dorénavant au tacite, à l'innommé ou à l'informel⁽¹⁵⁵⁾. Ce déplacement se comprend avec l'égalité souveraine des États. En effet, la reconnaissance d'une souveraineté légale n'implique pas la capacité économique, politique et sociale de la mettre en oeuvre⁽¹⁵⁶⁾. Le discours, dans les années 1970, des États en voie de développement dénonçait précisément l'inégalité matérielle.

⁽¹⁵⁴⁾ W. E. CONNOLLY, *op. cit.*, note 33, p. 157.

⁽¹⁵⁵⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 101, p. 46.

⁽¹⁵⁶⁾ J.B.D. MILLER, "Sovereignty as a Source of Vitality for the State", (1986) 12 *Review of International Studies* 79, p. 80 ; J.-Y. MORIN et M. R. SIMONNET, *op. cit.*, note 18, pp. 16, 17.

En résumé, les deux réactions à la différence conceptualisées par Todorov se cristallisent dès le XIX^e siècle en droit international. Au départ, le standard de la nation civilisée conserve la différence par l'implantation d'une relation hiérarchique supérieure/inférieure. Par la suite, ce rapport est dérivé vers une sphère informelle par la reconnaissance juridique de l'égalité souveraine des États. Ce dernier principe opère l'élimination de la différence par l'adoption de la forme universelle de l'État. Le droit international contribue à refluer ou encore à privatiser les différences qui tombent, désormais, dans le domaine réservé de chaque État. Dire que les États ont la capacité en droit international ne signifie pas qu'ils possèdent, tout un chacun, les mêmes droits et obligations. Au contraire, ceux-ci varient à la mesure de leurs engagements contractuels⁽¹⁵⁷⁾. Toutefois, il faut reconnaître l'universalité de cette capacité formelle afin qu'ils puissent seulement être différents. Le principe de l'égalité souveraine des États est le gage de la pratique de la tolérance et de la différence⁽¹⁵⁸⁾.

L'égalité des États réside dans cette dite capacité formelle et internationale. Il s'agit donc d'une identité qui oblitère les détails empiriques d'importance comme la viabilité économique, politique et sociale d'un État. Pour cette raison, le principe de l'égalité souveraine des États en droit international élimine en partie la différence⁽¹⁵⁹⁾. Il faut se rappeler que la consolidation de l'État par la souveraineté visait, au préalable, à contrer les prétentions universalistes de l'Empire et de la Papauté. À cette fin, le rapatriement des pouvoirs féodaux contribue à répandre l'image d'un ordre domestique

⁽¹⁵⁷⁾ H. SUGANAMI, *loc. cit.*, note 141, p. 225.

⁽¹⁵⁸⁾ Tzvetan TODOROV, *Les morales de l'histoire*, coll. Le collège de philosophie, Paris, éd. Bernard Grasset, 1991, p. 197.

⁽¹⁵⁹⁾ Cette notion d'une égalité dans l'identité et non dans la différence est l'objet d'un reproche spécifiquement adressé à Habermas qui, avec une identité communicationnelle, semble évacuer les différences. Voir à cet effet, Chris BROWN, "Turtles All the Way Down" : Anti-Foundationalism, *Critical Theory and International Relations*, (1994) 23 *Millennium : Journal of International Studies* 213, p. 221 ; C. BROWN, *op. cit.*, note 128, p. 205 ; David RASMUSSEN, "Rethinking Subjectivity : Narrative Identity and the Self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 159, p. 163.

fondé sur l'identité et l'universalité, alors que les différences caractérisent plutôt une anarchie à l'externe. L'égalité souveraine des États au XX^e siècle semble retourner à la logique de l'Empire et de la Papauté et, en conséquence, heurte la conception classique de la souveraineté. C'est-à-dire qu'en avançant une universalité internationale ou une identité formelle mais non substantielle des États, elle redistribue indirectement les différences à l'interne. En ce sens, la souveraineté permet l'idée du droit international en différenciant des États-sujets tout en lui interdisant une normativité en confinant l'universalité à l'interne. Nous retrouverons lors du chapitre suivant le paradoxe de la souveraineté, qui découle d'une formulation biface (interne et externe), et son implication dans la conceptualisation du droit international.

2.4 La contribution des théories du contrat social au silence théorique international

Si la création de l'État se conçoit comme le rapatriement des pouvoirs féodaux, comment faut-il alors expliquer le monopole exercé par le gouvernement ? Deux théories sont proposées, s'affrontent puis se succèdent chronologiquement. La première théorie, que l'on nomme de façon significative descendante, affirme que l'autorité du gouvernement procède d'une source transcendante pour se déposer au sein d'un corps social plus ou moins passif. Inversement, la théorie ascendante dérive le pouvoir du gouvernement de la source immanente qu'est la communauté⁽¹⁶⁰⁾. Cette dernière perspective engendre, à son tour, les théories du contrat social. En effet, le fondement de la structure gouvernementale repose sur le consentement d'un corps social, cette fois-ci, actif. Par ce fait même, nous revenons à la conceptualisation d'un Homme souverain et rationnel, origine du sens, du langage et de la connaissance, créateur et sujet de l'histoire et de la politique. L'individu, en s'obligeant de lui-même, obéit à la raison qui incidemment le libère de la contingence naturelle.

⁽¹⁶⁰⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, pp. 88 à 101.

L'obéissance envers le gouvernement n'est pas soustraite au sujet de façon coercitive, bien au contraire elle émane de lui.

Le contrat social explique l'ordre juridique moderne à l'interne. Les professeurs Lenoble et Ost y voient un tour de "passe-passe transcendantal" car le contrat métamorphose un droit, émergeant d'une organisation sociale spontanée en un droit rationnellement fondé⁽¹⁶¹⁾. Que le contrat social relève véritablement d'une croyance, c'est-à-dire d'une représentation collective qui entraîne involontairement des actions ou, au contraire, d'une hypothèse pragmatique et volontaire afin d'inférer une suite de propositions⁽¹⁶²⁾, le résultat reste le même. Il polarise l'analyse à l'interne au détriment des conséquences propres de cette conceptualisation à l'externe. Au-delà de la diversité des formulations du contrat social, l'entreprise décisive réside dans l'éclaircissement et, parallèlement, dans l'écriture de l'association politique domestique. À titre d'exemple, les théories de Pufendorf et de Vattel expriment la nécessité de déterminer et d'établir explicitement le contenu des droits et des obligations qui relient les citoyens entre eux. Cette nécessité devient impérieuse avec la créance de la rationalité et devant l'incertitude engendrée par l'immatérialité inhérente au droit naturel⁽¹⁶³⁾. En d'autres mots, le contrat social dénote le désir de raconter et de rendre intelligible l'ordre domestique.

Le contrat social est définitif sur la société domestique et sa location à l'intérieur des frontières. Il coïncide avec le retrait de Dieu des affaires humaines et,

⁽¹⁶¹⁾ Jacques LENOBLE et François OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 450.

⁽¹⁶²⁾ Au sujet de la différence entre une croyance et une acceptation, voir Pascal ENGEL, "Les croyances", dans D. KAMBOUCHNER (dir.), *op. cit.*, note 46, pp. 9-101 ; pp. 32, 33 et 53, 54.

⁽¹⁶³⁾ Andrew LINKLATER, *Men and Citizens in the Theory of International Relations*, London, The MacMillan Press Ltd., 1982, p. 88.

corrélativement, à l'inflation de la Raison. Celle-ci canalise désormais à elle seule le pouvoir civilisateur de la citoyenneté, de l'identité et de l'universalité⁽¹⁶⁴⁾. Elle affermit la légitimité de l'État tout en repoussant l'éventualité d'une allégeance cosmopolite. En effet, et pour les théoriciens classiques, le contrat social ferme la société domestique sur elle-même et représente la source ultime de la légitimité. De l'image d'obligations morales faibles, ténues et occasionnées par un état de nature, nous passons à des obligations déterminées et solidifiées entre les parties contractantes. Mais cette solidification se fait au détriment d'un élargissement des obligations à l'externe⁽¹⁶⁵⁾.

Le contrat social, outre sa prétention exclusive et explicative pour la société domestique, dirige une conception toute particulière quoiqu'implicite de la sphère internationale. L'État devient l'unique représentant d'une communauté politique et il doit défendre et mettre de l'avant les intérêts de ses citoyens au niveau interétatique. De cette façon, l'intérêt national est érigé en un code de conduite implacable pour les États qui demeurent toujours, quant à eux, dans un état de nature⁽¹⁶⁶⁾. L'absence d'un contrat social et, par conséquent, d'obligations morales réciproques, octroie une certaine license quant à l'agir étatique international.

Les remarques ci-haut radicalisent la portée du contrat social afin de mieux en saisir les conséquences parfois diffuses au niveau international. Il nous faut néanmoins nuancer notre propos car le conflit entre l'homme et le citoyen est primordial dans

⁽¹⁶⁴⁾ W. E. CONNOLLY, *op. cit.*, note 33, pp. 37 à 40.

⁽¹⁶⁵⁾ Steven FORDE, "Classical Realism", in T. NARDIN and D. R. MAPEL (eds.), *op. cit.*, note 12, pp. 79, 80.

⁽¹⁶⁶⁾ Fernando R. TESON, "International Abductions, Low - Intensity Conflicts and State Sovereignty : A Moral Inquiry", (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 551, pp. 559, 560.

l'expérience du système étatique moderne⁽¹⁶⁷⁾. La présence même d'un conflit rejette les positions réductrices et extrémistes et dévoile plutôt une déchirure dans la formation identitaire de l'homme et dans la façon dont il se considère moralement obligé. Ce conflit possède une histoire et un développement et en cela, il s'articule différemment selon les époques⁽¹⁶⁸⁾. Généralement l'homme se voit déchiré entre une obligation morale, antérieure à la création de l'État, et exigée par tous les êtres en vertu d'une commune humanité et une obligation morale spécifique, postérieure à la naissance de l'État, et exigée par des citoyens⁽¹⁶⁹⁾.

Il existe donc une résistance plus ou moins grande, dépendamment des époques, à une éthique particulariste. L'État incarne le médiateur d'une obligation élargie en vertu d'une nature humaine. Si nous avons dénoncé les excès propres au contrat social qui réduisent l'homme au citoyen, il nous faut reconnaître avec Barthe⁽¹⁷⁰⁾ le mythe ambigu et ancien, relatif à une "communauté" humaine. Ce mythe fonctionne sous deux volets. Dans un premier temps, il confirme les différences morphologiques, culturelles, historiques et politiques entre les êtres humains. Puis, dans un deuxième temps et par une opération incompréhensible, il tire de ce pluralisme éclectique une unité ou une identité humaine. Cette opération, qui rappelle la pensée de Todorov, élimine les différences soigneusement exposées en les qualifiant tout au plus de formelles. Le mythe de la nature humaine et du contrat social sont des exemples opposés mais complémentaires d'une analyse réductrice de l'homme.

⁽¹⁶⁷⁾ A. LINKLATER, *op. cit.*, note 163, pp. 23, 24.

⁽¹⁶⁸⁾ *Id.*, p. 203.

⁽¹⁶⁹⁾ *Id.*, pp. 23, 24.

⁽¹⁷⁰⁾ Ce mythe est analysé par Roland BARTHES, *Mythologies*, coll. Points/Essais, Paris, éd. du Seuil, 1957, pp. 173, 174.

Revenons au contrat social plus spécifiquement car il évoque la notion de légitimité, et il a influencé considérablement la conceptualisation occidentale de l'organisation étatique. Encore aujourd'hui, il se présente comme une hypothèse explicative valable. En ce sens, le contrat social a bel et bien accaparé l'imaginaire politique et philosophique. Revenons plus précisément à la figure emblématique de Thomas Hobbes. Sa pensée politique provoque des débats pour souvent être qualifiée d'absolutiste. Toutefois, il faut convenir que cet absolutisme trouve son origine dans un pacte entre les hommes qui confèrent tous leurs droits à un souverain *Léviathan*. Aussi, l'absolutisme de Hobbes en est de droit⁽¹⁷¹⁾. Hobbes nous intéresse à maints égards car il s'affirme comme le premier théoricien moderne de l'État. Ceci est apparent, notamment, dans la création artificielle et rationnelle du souverain par des sujets qui en s'autolimitant, dès le départ, obéissent à leur propre volonté⁽¹⁷²⁾.

À l'inverse, Hobbes ne se préoccupe de la sphère internationale et de son droit que de manière ponctuelle pour conclure que les États évoluent dans un état de nature⁽¹⁷³⁾. Selon cette allégation et fidèlement à sa logique mécanique, pourquoi Hobbes n'utilise-t-il pas l'analogie domestique ? Autrement dit, pourquoi les États ne suivent-ils pas la voie contractuelle empruntée par les individus afin d'instaurer un souverain au-dessus de leurs intérêts individuels ? Cette question demeure pertinente face à certaines descriptions contemporaines de la sphère internationale en terme d'état de nature et d'un droit illusoire, ainsi que devant certaines réponses qui envisagent l'idée d'un gouvernement mondial.

⁽¹⁷¹⁾ J.-L. DUMAS, *op. cit.*, note 91, pp. 174, 175.

⁽¹⁷²⁾ *Id.*, p 175.

⁽¹⁷³⁾ Robinson A. GROVER, "Hobbes and the Concept of International Law", in Timo AIRAKSINEN and Martin A. BERTMAN (eds.), *Hobbes : War Among Nations*, Avebury, Gower Publishing Company Ltd., 1989, pp. 79 - 90, p. 79.

En premier lieu, il existe une raison historique et contextuelle justifiant le silence de Hobbes. En effet, cet auteur s'attaque au problème du manque d'un gouvernement effectif à l'interne. La pensée de Hobbes se comprend si elle est inscrite sur le fond d'une guerre civile sanglante dont il a personnellement souffert⁽¹⁷⁴⁾. La préoccupation essentielle voire urgente est de consolider l'État et non un hypothétique gouvernement international. Le danger n'est pas lointain et imprécis au contraire, il se situe à l'intérieur des frontières. Ce seul exemple souligne la relation fondamentalement dialectique entre le chercheur et l'objet de sa recherche.

En deuxième lieu, la raison de silence s'explique théoriquement. Hobbes ne considère pas l'état de nature entre les États de façon aussi néfaste que celui entre les individus. En ce sens, il distingue les motivations psychologiques qui guident l'individu de l'intérêt national poursuivi par l'État⁽¹⁷⁵⁾. L'anarchie internationale ne menace pas nécessairement la conservation d'un État et elle ne contredit pas l'existence d'un gouvernement national fort qui protège ses citoyens. Au contraire, elle peut aller jusqu'à conforter le gouvernement et renforcer l'obéissance que les citoyens lui doivent.

Le danger international représente donc un faux problème par rapport à l'anarchie nationale. Cette idée est fille de son temps, d'une époque où les conflits

⁽¹⁷⁴⁾ Voir pour cette relation dialectique, Charalambos APOSTOLIDIS, *Doctrines juridiques et droit international. Critique de la connaissance juridique*, Paris, éd. Eyrolles Université, 1991, pp. 14 à 41. Au sujet de l'inscription du danger à l'intérieur des frontières voir, Simone GOYARD-FABRE, "Les silences de Hobbes et de Rousseau devant le droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 59, p. 64 ; R. A. GROVER, *loc. cit.*, note 173, p. 80.

⁽¹⁷⁵⁾ R.A. GROVER, *loc. cit.*, note 173, p. 88 ; Thomas HOBBS, *Leviathan*, ed. by Richard TUCK, coll. Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 ; T. HOBBS, *De Cive, or, The Citizen*, ed. by Sterling P. LAMPRECHT, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1982.

sont restreints dans l'espace entre différents États et alliances⁽¹⁷⁶⁾. Les philosophes du XVI^e au XIX^e siècles ne peuvent vraisemblablement pas concevoir l'idée d'une guerre mondiale où la population civile est directement impliquée et attaquée. La guerre à l'époque est limitée dans l'espace, elle est l'affaire d'armées professionnelles. De même, ils ne peuvent imaginer l'essor d'une technologie sophistiquée, au service de l'armement. En bref, le danger international n'est pas un danger dans la mesure où il ne touche pas directement la société domestique.

Il faut également prendre en considération la représentation particulière que se fait Hobbes de la nature humaine car elle est la clé de son système politique. On a comparé, fort justement, l'œuvre de cet auteur à une espèce de roman philosophique où la création de l'État-*Léviathan* sort l'homme de l'état de nature pour l'amener vers la civilisation⁽¹⁷⁷⁾. La nature de l'homme se déploie à l'état de nature et elle assemble des appétits, des aversions et une agressivité, bref il s'agit d'une nature passionnelle. Pour reprendre la trop fameuse expression, l'homme est un loup pour l'homme. La raison impose donc à l'homme la création d'un dieu mortel, le *Léviathan*, sur le territoire national et, par cette exigence, elle le civilise. La raison possède une finalité temporelle et spatiale. En conséquence de cette finalité, la nature de l'homme est réprimée à l'interne, alors qu'elle se déverse à l'extérieur des frontières⁽¹⁷⁸⁾. La sphère internationale incarne un exutoire à la nature humaine.

Nous retrouvons également quoique de façon plus explicite l'antinomie interne/externe chez Rousseau, c'est-à-dire que le contrat social érige la société et

⁽¹⁷⁶⁾ Cette remarque est faite par Jürgen HABERMAS au sujet de Kant dans *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée hantienne*, coll. Humanités, Paris, éd. du cerf, 1996, pp. 12, 13. Elle peut naturellement s'étendre à tous les auteurs de XVI^e au XIX^e siècle.

⁽¹⁷⁷⁾ J.-L. DUMAS, *op. cit.*, note 91 p. 174.

⁽¹⁷⁸⁾ S. GOYARD-FABRE, *loc. cit.*, note 174, p. 64.

l'ordre civil tout en laissant entier le problème de la société interétatique⁽¹⁷⁹⁾. Le terme de société semble être un superlatif puisque la sphère internationale se décrit par des conflits entre souverainetés rivales. Pour Rousseau, l'expérience étatique a complètement et irréversiblement transformé l'homme. Celui-ci est devenu un citoyen au détriment de son humanité profonde et d'un cercle d'obligations élargies⁽¹⁸⁰⁾.

En conclusion, les théoriciens classiques du contrat social explicitent un lien indissoluble entre la politique et les considérations anthropologiques. La première se construit nécessairement à partir des représentations de la nature humaine⁽¹⁸¹⁾. Que l'on aborde des auteurs aussi différents que Machiavel et Bodin, ou encore plus tard Hobbes et Rousseau, l'essentiel de leurs recherches porte sur la légitimation de la souveraineté du Prince, du *Léviathan* ou du Peuple à l'intérieur des frontières. Le silence, au niveau international, figure déjà d'une théorie⁽¹⁸²⁾ car toute conceptualisation interne de la communauté politique entraîne inévitablement des répercussions quant à la conceptualisation internationale. La convergence théorique sur la légitimité interne insinue l'anarchie à l'externe.

Section 3. L'instance critique devant l'arbitraire dichotomique

L'organisation dichotomique du monde par la souveraineté se présente invariablement comme une nécessité. Toutefois et nonobstant cette (re) présentation, cette organisation n'a rien d'inéluctable ou de naturelle ; bien au contraire, la dichotomie proposée voire imposée entre l'interne et l'externe ou entre la souveraineté

⁽¹⁷⁹⁾ *Id.*, pp. 65, 66.

⁽¹⁸⁰⁾ A. LINKLATER, *op. cit.*, note 163, p. 24.

⁽¹⁸¹⁾ S. GOYARD-FABRE, *loc. cit.*, note 174, pp. 64 et 68.

⁽¹⁸²⁾ C. BROWN, *op. cit.*, note 128, p. 7.

de facto et *de jure* est un construit de l'homme. En cela, elle répond de l'arbitraire. Les développements suivants cherchent donc à exposer le caractère arbitraire de la représentation moderne de la souveraineté, à partir des exemples sur les quasi-États et sur les pratiques interventionnistes. Et s'il nous faut absolument souligner ce caractère, c'est pour redonner aux sujets la responsabilité qui leur incombe dans la construction de leur monde.

3.1 Ordre domestique et anarchie internationale : le contre-exemple de l'Afrique

Considérer la sphère internationale à l'instar d'un texte ou d'une narration nécessite une analyse des modes d'écriture ou des façons dont le récit est raconté⁽¹⁸³⁾. Le procédé narratif prétend relater des faits et les présente sous une correspondance avec la réalité. Il est chargé, tout comme l'écriture, d'opérer une coïncidence exacte entre les faits et les normes, entre l'interprétation et la réalité dans la finalité commune d'une description de la facticité. Cependant, toute théorie, voir même les silences théoriques, endosse au préalable des choix scientifiques et philosophiques. Envisager la sphère internationale comme une écriture consiste essentiellement à reconnaître que toute réalité est ancrée dans un mode de représentation qui, lui-même, dépend d'une *épistémè*⁽¹⁸⁴⁾. Il s'agit donc de la création d'une facticité.

Ces remarques nous conduisent à la notion de déconstruction, élaborée systématiquement par Derrida, car elle expose clairement l'organisation dyadique du monde. Elle nous remémore que la dichotomie interne/externe ne repose pas sur une nature humaine mais plutôt sur une interprétation ou une métaphore de celle-ci⁽¹⁸⁵⁾. La

⁽¹⁸³⁾ M. J. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 88, pp. 11, 12.

⁽¹⁸⁴⁾ Id., pp. 13, 14.

⁽¹⁸⁵⁾ J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 122, p. 762.

déconstruction dévoile l'arbitraire des oppositions conceptuelles, et dans notre hypothèse celle de l'ordre domestique et de l'anarchie internationale, qui prétendent à une fondation ahistorique et acontextuelle. Elle démontre que l'opposition conceptuelle opère hiérarchiquement sous le couvert d'une neutralité. En effet, le premier terme de la relation est valorisé car il contient une présence immédiate, une propriété ou une identité alors que le second terme est marginalisé par le manque de ces dits attributs⁽¹⁸⁶⁾. En conséquence de cette hiérarchie, la sphère internationale et son droit sont marginalisés et décrits par l'absence d'une communauté politique, d'un ordre et d'une rationalité. Sa représentation est gouvernée par les attributs de l'ordre domestique. Toutefois, et nous l'avons implicitement illustré lors de la section précédente, l'image de l'ordre domestique dépend tout autant de la représentation d'une anarchie internationale. L'un ne se comprend pas sans l'autre.

La méthode propre à la déconstruction permet d'explicitier l'institutionnalisation d'un sens sur lequel tout ordre social se construit et, par ce fait même, une pratique exclusive qui interdit les possibilités interprétatives⁽¹⁸⁷⁾. Elle s'érige contre l'effet de fermeture, dont le symbole ultime est la frontière, pour questionner encore une fois l'ordre domestique et l'anarchie internationale. La théorie en droit international doit s'intéresser à la déconstruction dans la mesure où cette dernière constitue une méthode critique de l'ordre juridique existant et, qu'en exposant l'idéologie sous-tendant la dichotomie interne/externe, elle revitalise l'imaginaire interprétatif⁽¹⁸⁸⁾. Conséquemment, le droit international se détache de l'analogie domestique pour

⁽¹⁸⁶⁾ J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 122, pp. 751, 752 ; Richard DEVETAK, "The Project of Modernity and International Relations Theory", (1995) 24 *Millennium : Journal of International Studies*, 27, p. 41.

⁽¹⁸⁷⁾ M. J. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 88, pp. 11, 12.

⁽¹⁸⁸⁾ Pour l'adoption de la déconstruction dans l'étude du droit en général, voir J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 122, p. 744.

revendiquer un statut particulier. Nous reviendrons sur cet aspect au cours de chapitre suivant.

L'opposition conceptuelle fonctionne généralement comme la distinction binaire, c'est-à-dire en distinguant rigoureusement le terme qui possède une qualité de celui qui en est dépossédé. Entre les deux termes (A et -A) s'établit une relation de négation ou de non-contradiction⁽¹⁸⁹⁾. La théorie postmoderne démontre précisément l'arbitraire des distinctions binaires qui traversent l'entièreté du discours juridique⁽¹⁹⁰⁾. Nous avons abordé jusqu'ici la dichotomie ordre domestique et anarchie internationale. Il faut maintenant se tourner vers son pendant juridique. En effet, le droit international se construit à partir de la dichotomie souveraineté interne et souveraineté externe, ou encore, sur l'opposition entre la souveraineté *de facto* et *de jure*.

L'arbitraire de ces dichotomies est apparent avec l'exemple de l'État africain⁽¹⁹¹⁾. Nous avons déjà vu que la souveraineté débute en Europe avec l'indépendance *de facto* entre les États et en opposition aux prétentions universalistes cristallisées dans l'Empire et la Papauté. La notion de l'État moderne émerge tout au long d'un processus historique et sociologique et elle se consolide, notamment, par la domination interne des factions rivales et par la compétition externe auquel se livrent les entités étatiques. Affirmer cela nécessite la reconnaissance d'une souveraineté moderne qui apparaît dans des conjonctures politiques et intellectuelles bien spécifiques à l'Europe de XVI^e et XVII^e siècles. En effet, la souveraineté est d'abord déterminée

⁽¹⁸⁹⁾ T.K. SEUNG, *op. cit.*, note 41, pp. 10 à 12.

⁽¹⁹⁰⁾ O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, note 42, p. 100.

⁽¹⁹¹⁾ Cette sous-section est grandement influencée par les écrits de R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 153 ; R. H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136 ; R. H. JACKSON, "Negative Sovereignty in Sub-Saharan Africa", (1986) 12 *Review of International Studies* 247 ; R. H. JACKSON and Carl G. ROSBERG, "Why Africa's Weak States Persist : the Empirical and the Juridical in Statehood", (1982 - 83) 35 *World politics* 1.

par les capacités et les compétences matérielles, elle répond du domaine empirique. En raison de ce déterminisme factuel, elle approuve corrélativement un principe inégalitaire dont le standard de la nation civilisée reste l'exemple éloquent. Plusieurs théoriciens en science politique s'appuient toujours, de façon symptomatique, sur une définition wéberienne de l'État à savoir, un gouvernement effectif qui exerce la juridiction exclusive et détient le monopole de la force sur un territoire et une population⁽¹⁹²⁾. Pour vérifier l'apriorisme et la pérennité de ce corpus définitionnel, il suffit de se tourner vers les auteurs qui, pour pouvoir écarter ce postulat en tout ou en partie, doivent au préalable se justifier. À l'instar de cette définition qui met l'accent sur les moyens et non sur la finalité étatique, la souveraineté empirique a précédé et est toujours en concurrence quoiqu'implicitement avec la souveraineté juridique.

Le droit international, surtout dans la deuxième moitié du XX^e siècle, défend l'idée d'une souveraineté *de jure* et, de cette façon, il permet l'inclusion, la pluralité et l'égalité des États. Les États africains constituent des artefacts juridiques du droit international en ce sens qu'ils ne répondent pas aux critères empiriques de la souveraineté. La souveraineté juridique ou formelle exprime une nouvelle idéologie et elle s'avère nécessaire afin d'éliminer totalement la structure coloniale pour ensuite, établir un régime global et exclusif d'États souverains. L'idéologie anticoloniale ne peut souffrir aucun délai dans l'indépendance des colonies aussi, le développement des conditions empiriques de la souveraineté, en supposant un sursis supplémentaire, est tout bonnement inadmissible. La souveraineté juridique, quant à elle, admet l'immédiateté. Car il est évident que les États africains ne rencontrent pas les critères de la souveraineté *de facto* et ce, autant au niveau de l'effectivité de l'appareil gouvernemental que du contrôle de la population ou de la communauté politique. La

⁽¹⁹²⁾ R. H. JACKSON and C. G. ROSBERG, *loc. cit.*, note 191, p. 2.

souveraineté juridique, dans son souci de partager l'intégralité de l'espace en États territoriaux, doit être un droit abstrait, universel qui ne correspond plus à une réalité interne historique et sociologique. Elle est donc une pure construction ainsi que l'État africain qui se distingue comme une nouvelle et arbitraire unité politique.

Les États du Tiers-Monde ont adhéré massivement aux normes constitutives de la société internationale. Ils restent, par ailleurs, les plus ardents défenseurs de la souveraineté *de jure*⁽¹⁹³⁾. De prime abord, cette affirmation peut sembler étonnante, pourtant, elle s'explique aisément. Premièrement, la préservation de la société des États demeure l'une des conditions essentielle d'un but inachevé. Les États du Tiers-Monde travaillent tant bien que mal à la réalisation d'une souveraineté positive et substantielle. Ceci implique une émancipation ou une autonomie dans l'utilisation et l'exploitation de leurs ressources naturelles et de leurs richesses au profit de leur propre communauté politique. Deuxièmement et d'une façon plus concrète, la souveraineté formelle ou négative justifie leur existence et leur accorde une protection contre toute ingérence extérieure. En ce sens, la souveraineté et le principe de non-intervention représentent les deux côtés d'une même médaille. Néanmoins et nous y avons déjà fait allusion, l'égalité souveraine des États n'a pas éliminé complètement les rapports hiérarchisés. Ceux-ci se sont déplacés de la sphère juridique à la sphère économique. La dichotomie informelle qui s'est établie a tout simplement changé d'appellation. Dorénavant, la différence se pose en termes de Nord et de Sud. Si l'égalité juridique des États s'est avérée nécessaire pour la reconnaissance de l'indépendance des territoires colonisés, elle n'a pas entraîné une suite logique et continue qui s'achève par la souveraineté positive.

⁽¹⁹³⁾ D. BLANEY and N. INAYATULLAH, *loc. cit.*, note 135, p. 41 ; David L. BLANEY and Naeem INAYATULLAH, "Realizing Sovereignty", (1995) 21 *Review of International Studies* 3, pp. 4 et 14.

Les tenants de l'école réaliste en relations internationales considèrent la souveraineté négative comme un artifice légal. Les quasi-États ne sont, pour eux, qu'une écriture des États véritablement souverains. Leur existence est tolérée car elle n'entre pas en contradiction avec l'intérêt national des grandes puissances⁽¹⁹⁴⁾. De plus, l'écriture des quasi-États répond d'une raison instrumentale en ce qu'elle empêche la fragmentation ethnique, la balkanisation du territoire et, en conséquence, l'impossibilité d'une gestion internationale efficace.

Ces remarques, sans être fausses, négligent un aspect important. La création des quasi-États est véhiculée, au risque de nous répéter, par une idéologie anticolonialiste puissante. À cet effet, les réalistes ne considèrent que la perspective instrumentale du droit international, à savoir un moyen dans l'obtention d'une fin qui se confond à l'intérêt national. Cependant, le droit et la souveraineté formelle répondent d'une demande impérieuse, obligatoire, d'ordre moral. Ils redressent ce qui est devenu injustifiable. Il ne faut pas sous-estimer la force de la souveraineté formelle qui représente un droit universel et catégorique. Elle fait venir les États à l'existence internationale tout en leur accordant une protection contre les interventions extérieures. Aussi, elle explique l'existence et la perpétuation des quasi-États.

Que nous faut-il retenir de cet exposé en général ? La juridiction territoriale d'un État semble découler, dorénavant, d'une condition légale internationale et non d'un donné sociologique préexistant⁽¹⁹⁵⁾. Les États africains, pour ne citer qu'un exemple, sont des artefacts juridiques en ce sens que leur indépendance ne reflète pas, nécessairement, la réalité d'un ordre domestique stable et historiquement constitué. Au contraire, la souveraineté *de jure* se détache de l'empirique et l'indépendance d'un

⁽¹⁹⁴⁾ R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 153, p. 170.

⁽¹⁹⁵⁾ R. H. JACKSON and C. G. ROSBERG, *loc. cit.*, note 191, p. 2.

État peut relever alors d'un droit abstrait, égalitaire et universel. Elle opère un renversement complet des pratiques historiques et, pour cette raison, s'identifie à un constructivisme rationaliste⁽¹⁹⁶⁾. La possibilité d'un tel renversement prouve que le droit ne reproduit pas automatiquement une réalité factuelle. Par conséquent, l'interdépendance croissante et contemporaine des États tant aux niveaux économique, informationnel que politique et qui altère le contrôle factuel du territoire, ne remet pas obligatoirement en question la souveraineté *de jure* dans la mesure où celle-ci est déliée du réel. En d'autres termes et nous y reviendrons un peu plus loin, critiquer le droit et ses normes pour leur manque de fidélité à une réalité factuelle, revient à dénoncer son aspect constructiviste et innovateur. Cette critique semble chercher à "naturaliser" le droit afin que celui-ci se borne à enregistrer mécaniquement un état de fait.

La souveraineté *de jure* inverse la conceptualisation traditionnelle et européenne de l'organisation du monde, qui oppose le désordre et l'anarchie internationale à l'ordre civil domestique et national. Avec l'introduction du phénomène étatique en Afrique noire, nous assistons plutôt à un ordre international légal alors que la violence et le chaos se manifestent à l'interne⁽¹⁹⁷⁾. Car la création et la préservation de l'État africain sont redevables d'un ordre légal international. La souveraineté classique ou *de facto* est un donné, une propriété ou une présence essentielle de l'État avec ses attributs d'indivisibilité et d'inaliénabilité. Cette perspective accorde donc une primauté ontologique au domaine interne par rapport au domaine externe. Le système juridique propre à la décolonisation avance désormais la prédominance d'une structure internationale préexistante sur la souveraineté interne. Celle-ci va naître de l'absence d'un ordre domestique ou, plus précisément, du domaine externe⁽¹⁹⁸⁾. Toutefois et de

⁽¹⁹⁶⁾ R. H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136, p. 541.

⁽¹⁹⁷⁾ R. H. JACKSON and C. G. ROSBERG, *loc. cit.*, note 191, p. 23.

⁽¹⁹⁸⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 44.

façon informelle, la souveraineté *de jure* n'efface pas la souveraineté *de facto* et ces représentations vont devoir coexister. Ceci entraîne un système international à deux vitesses, d'où les revendications tiers-mondistes pour une redistribution des richesses et, par conséquent, des capacités matérielles.

La souveraineté *de jure* obscurcit, de façon plus ou moins réussie, l'historicité et la particularité de l'État. Comme le phénomène étatique ne s'observe pas de façon empirique et uniforme tant aux niveaux temporel que culturel, il ne peut prétendre relever d'une catégorie universelle⁽¹⁹⁹⁾. Plus spécifiquement, ce phénomène est absent en Afrique. Les États africains, de même que plusieurs autres, ne rencontrent pas les critères de l'État de droit. Premièrement et avec la conservation des frontières coloniales, la société civile est dépourvue de l'unité et de la cohésion propre à une structure stable. Elle est segmentée en une multitude d'ethnies qui participent d'un espace social éclaté⁽²⁰⁰⁾. Conséquemment, il n'y a pas une allégeance identitaire nationale et exclusive. Deuxièmement, les institutions typiques de l'État de droit s'avèrent d'autant plus fragiles soit la tenue d'élection libres et multipartistes, une armée respectueuse de la constitution, un pouvoir judiciaire indépendant, une culture des droits civils et politiques, ainsi qu'une police rigoureuse mais disciplinée⁽²⁰¹⁾. Troisièmement, la pauvreté endémique, une société divisée en ethnies et non en classes sociales, ainsi que la faiblesse des institutions précitées concourent toutes à la vulnérabilité de l'État devant les rivalités politiques et les idiosyncrasies d'un chef. En effet, le gouvernement ou l'opposition cherche le pouvoir absolu plutôt que l'observation fidèle, si cela est possible, de la constitution. Le gouvernement, loin

⁽¹⁹⁹⁾ Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace de politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, pp. 101, 102.

⁽²⁰⁰⁾ B. BADIE, *op. cit.*, note 199, pp. 110, 111 ; R. H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136, pp. 526 à 528.

⁽²⁰¹⁾ R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 153, pp. 159, 160.

d'être garant du droit et de l'ordre, est accaparé par une infime élite qui se partage privilèges et richesses⁽²⁰²⁾. La corruption du gouvernement mine également une autorité déjà douteuse. Pour toutes ces raisons, il est difficile de parler d'une sphère publique.

Cette brève description suffit pour justifier l'appellation de quasi-États. Parallèlement, le droit international compense la faiblesse intérieure de ces États par l'entretien voire l'activation de leur capacité extérieure⁽²⁰³⁾. Le hiatus entre les souverainetés juridique et empirique provoque également des controverses voire des incohérences permanentes dans le traitement de l'intervention étrangère. La souveraineté *de jure* a été accordée d'une façon universelle mais en fonction des frontières coloniales. La conservation de ces dites frontières répond d'un souci d'efficacité et de gestion, car la division de l'Afrique suivant un critère fondamentalement ethnique transforme ce continent en un réseau inextricable et incalculable d'entités juridictionnelles. Quoique ces entités "ethniques" fractionnent indûment le territoire au niveau international, elles renferment la possibilité d'un ordre domestique homogène contrairement à la plupart des quasi-États⁽²⁰⁴⁾. Car la souveraineté *de jure*, en figeant et en protégeant les frontières coloniales par la norme de non-intervention, refoule et contient les conflits ethniques à l'intérieur d'un territoire. Ces conflits, étant qualifiés de guerres civiles, relèvent exclusivement des affaires internes de l'État⁽²⁰⁵⁾. Le droit international, par la règle de non-intervention, autorise la guerre civile puis protège le vainqueur. Pour cette raison, il a perpétué des

⁽²⁰²⁾ R. H. JACKSON, *loc. cit.*, note 136, p. 527.

⁽²⁰³⁾ B. BADIE, *op. cit.*, note 199, pp. 110, 111.

⁽²⁰⁴⁾ R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 153, p. 42.

⁽²⁰⁵⁾ Samuel J. BARKIN and Bruce CRONIN, "The State and the Nation : Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations", (1994) 48 *International Organization* 107, p. 129.

régimes dictatoriaux⁽²⁰⁶⁾. Il faut souligner que la faiblesse intérieure des pays des Tiers-Monde a incité des interventions plus ou moins clandestines, pour supporter le gouvernement en place ou l'opposition, et des contre-interventions de la part des grandes puissances notamment lors de la Guerre froide. De plus, et à une toute autre échelle, si les États développés ont un devoir d'assistance envers les États en voie de développement, ils n'ont pas le droit selon la norme de non-intervention de vérifier l'utilisation de cette aide par le gouvernement. Il va sans dire que cette interdiction est levée lorsque l'aide contractuelle est assortie de condition ou bien lorsqu'il s'agit d'un prêt bilatéral ou multilatéral.

Pour conclure, les incohérences générées par la norme de non-intervention s'expliquent par le divorce et la coexistence des souverainetés *de jure* et *de facto*. En effet, la norme de non-intervention présuppose un État dont la souveraineté est empirique⁽²⁰⁷⁾, c'est-à-dire un gouvernement stable et effectif qui contrôle un territoire et une communauté politique définie et organisée autour d'une sphère publique. Étant donné l'impuissance des quasi-États à remplir ces critères, la norme de non-intervention entraîne des actions clandestines ou encore une passivité difficilement justifiable.

3.2 Simulation et dissimulation dans les pratiques interventionnistes⁽²⁰⁸⁾

Nous avons vu, avec l'aide de l'exemple des quasi-États, l'arbitraire de la dichotomie entre l'ordre domestique et l'anarchie internationale. En effet, cet exemple

⁽²⁰⁶⁾ R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 153, pp. 159 à 162.

⁽²⁰⁷⁾ C. BROWN, *op. cit.*, note 128, p. 122.

⁽²⁰⁸⁾ Ce titre et cette sous-section s'inspirent des écrits de Cynthia Weber qui, elle-même, reprend les notions élaborées par Baudrillard.

contredit la représentation usuelle en inversant les termes. L'examen des pratiques interventionnistes soulève une problématique similaire. Tout discours sur l'intervention introduit, explicitement ou implicitement, la notion de souveraineté et en ce sens il obéit à une logique de représentation⁽²⁰⁹⁾. Qu'entend-t-on par cette expression ? Cette logique rappelle la procédure logocentrique, décrite lors de la section précédente, en reliant deux termes à l'intérieur d'une relation de dépendance sémantique. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, la souveraineté est le terme fondationnel, transparent, immédiat et présent. Elle ne nécessite aucune explication en soi bien qu'elle confère, ultérieurement, un sens à l'entièreté du discours. Le phénomène de l'intervention va donc se comprendre en fonction de la souveraineté⁽²¹⁰⁾. Pour reprendre la terminologie postmoderne, il agit comme un signe, une manifestation et une preuve de la souveraineté. Cette dernière remarque suggère une réciprocité. En effet, la souveraineté est confirmée dans son existence lors des pratiques interventionnistes qui y font appel. Nous nous situons donc véritablement à l'intérieur d'un langage qui opère sans cesse des retours.

La norme de non-intervention procède d'une façon analogue dans la mesure où elle interdit les activités coercitives portant sur des matières où l'État souverain est libre de décider⁽²¹¹⁾. La non-intervention réfère donc à l'intervention qui, elle-même, renvoie au terme fondationnel qu'est la souveraineté. Ces étapes n'expliquent toujours pas la souveraineté *per se*. L'indice supplémentaire, accordé par le droit international, consiste à juger la non-intervention comme une situation normale, acceptée et

⁽²⁰⁹⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, p. 201.

⁽²¹⁰⁾ *Id.*

⁽²¹¹⁾ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C. I. J. Recueil 1986, p. 14, à la page 108, paragraphe 205.

commune alors que l'intervention figure du cas pathologique⁽²¹²⁾. Le problème commun à ces références constantes au terme fondationnel repose sur l'absence d'une définition univoque et universelle de la souveraineté. Pour illustrer notre propos, rappelons-nous des incohérences déclenchées par le divorce entre la souveraineté *de facto* et la souveraineté *de jure*.

L'ambiguïté de la notion de souveraineté transparait lors du discours interventionniste car celui-ci soulève précisément les critères traditionnels et empiriques sur lesquels s'assoit la souveraineté historiquement. Le discours provoque nécessairement une discussion voire une contestation sur la signification de concepts, par ailleurs largement répandus, tels que la souveraineté, l'État, le gouvernement ou le peuple⁽²¹³⁾. Comment définir s'il y a bel et bien une intervention dans le domaine souverain d'un État en l'absence d'un gouvernement effectif et stable ? Comment juger de la représentativité de celui-ci si la société civile est fragmentée et éclatée ? Comment circonscrire la communauté politique ? Comment décider d'une intervention prohibée face à un territoire sujet à contentieux et à prétentions rivales ? Et plus récemment, que faut-il faire devant les technologies informationnelles et les transactions financières qui, de par leur intangibilité, ridiculisent la présomption d'imperméabilité des frontières et celle d'un contrôle absolu du territoire ?

D'une façon plus générale, deux principes se sont affrontés historiquement : la souveraineté étatique qui se concentre exclusivement sur le lien entre l'autorité et un ensemble défini d'institutions politiques, et la souveraineté nationale qui affirme plutôt le lien entre l'autorité et une population spécifique⁽²¹⁴⁾. Ces deux principes s'appuient

⁽²¹²⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, p. 207.

⁽²¹³⁾ Id., p. 203.

⁽²¹⁴⁾ J. S. BARKIN and B. CRONIN, *loc. cit.*, note 205, p. 112.

sur la souveraineté en tant que fondation ultime du système international. Elle réfère à l'idée indiscutable et à l'existence d'une communauté politique définie. En effet, l'autorité souveraine représente cette entité, elle est la voix internationale de la communauté domestique. La souveraineté *de jure* semble interdire au droit international d'aller plus loin. Elle joue, pour ainsi dire, le rôle d'alibi de la communauté domestique⁽²¹⁵⁾. En d'autres termes le droit international, par la norme de non-intervention, prend pour acquis l'existence de l'entité politique, sans vérifier à l'interne sa composition, sa structure ou son fonctionnement.

Le phénomène de l'intervention va précisément poser les questions de la représentativité de l'autorité souveraine et de l'existence de la communauté politique. Il soulève incidemment la problématique de la légitimité populaire. Celle-ci peut se résumer, pour les besoins de notre argumentation, par le consentement du peuple afin d'asseoir la légitimité de l'État. Encore une fois, nous nous heurtons à une notion qui, tout en faisant l'objet d'un consensus informel ou d'une croyance élargie, demeure indéterminée et contingente. La question est posée : qui est le peuple ? et elle peut facilement se reformuler ainsi : qui sait qui est le peuple ? Car celui-ci ne repose pas dans une entité physique, corporelle et saisissable directement. Le peuple est une abstraction, une idée nominale⁽²¹⁶⁾ mais d'importance, que l'État prétend représenter. D'où la liaison étroite entre le savoir et le pouvoir⁽²¹⁷⁾, car celui qui prétend savoir qui est le peuple contribue à son écriture, à sa détermination pour ensuite imposer cette forme particulière comme la fondation naturelle de l'autorité souveraine⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹⁵⁾ Cette expression ou image est tirée de C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, pp. 214, 215.

⁽²¹⁶⁾ R. H. JACKSON, *loc. cit.*, note 191, p. 248.

⁽²¹⁷⁾ Lien explicité par Michel Foucault.

⁽²¹⁸⁾ Cynthia WEBER, "Writing Sovereign Identities : Wilson Administration Intervention in the Mexican Revolution", (1992) 17 *Alternatives* 313, p. 317.

Le peuple est donc devenu une notion fétiche ou encore un concept recteur⁽²¹⁹⁾ et indépassable qui surdétermine le discours sur l'intervention. Malgré son rôle incontesté dans la fondation de l'autorité souveraine de l'État, il ne nous informe pas, en soi, sur sa réalité. Le peuple est une notion qui ne peut pas interrompre sa réalité par une définition car cette réalité se construit continûment et quotidiennement au travers des pratiques étatiques⁽²²⁰⁾.

"First, states are "written" affects of attempts to exert effective control over representation, both political and symbolic. "Political" representation involves a presumed exchange between the state and its citizenry. A citizenry authorizes the state to serve as its agent so long as the state honors its obligation to stand for and further the interests, of that citizenry both domestically and internationally. What makes this relationship between the state and its citizenry possible is a second type of representation - "symbolic" representation understood as the act of depiction, the act of portraying officialized myth. In this case, what is portrayed is the mystical source of sovereign authority, "the people". Symbolic representation is a strategy whereby the sovereign authority of the state is "written" or invented in a specific form which serves as the grounding principle of the state."⁽²²¹⁾

Le phénomène de l'intervention constitue une discontinuité, une rupture dans le processus de construction de l'autorité souveraine. Celle-ci se présente généralement comme l'auteur principal de sa communauté domestique, toutefois un État peut échouer dans cette tâche. En effet, un désordre à l'interne, l'ampleur d'un conflit civil peuvent freiner la construction. L'État n'arrive plus à représenter voire

⁽²¹⁹⁾ Ces deux expressions proviennent de J. LENOBLE et F. OST, *op. cit.*, note 161, p. 319.

⁽²²⁰⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, p. 215.

⁽²²¹⁾ *Id.*, p. 216.

à écrire son ordre domestique⁽²²²⁾. Cette conjoncture accepte, en conséquence, l'intervention d'un autre État qui va poursuivre l'écriture de la communauté politique en parlant au nom de l'autorité souveraine dans l'État divisé. Il faut bien voir que l'État intervenant peut répondre à une invitation de l'État en difficulté et, dans cette hypothèse, il conforte une écriture déjà chancelante. Il peut aussi agir de façon unilatérale et prohibée en s'immisçant dans les affaires intérieures de l'État ciblé. Ce dernier cas relève de la compétition et de l'imposition d'une écriture et d'une organisation de la communauté domestique. Ces exemples illustrent parfaitement l'aspect social et intersubjectif de la signification de la souveraineté qui emprunte les croyances et les principes dominants d'une époque⁽²²³⁾.

Cynthia Weber examine la relation entre la souveraineté et l'intervention à partir des concepts de Baudrillard, notamment celui de simulation. Celle-ci consiste à feindre de posséder ce que l'on n'a pas⁽²²⁴⁾ en substituant au réel des signes de réel. La logique de la représentation, pour reprendre une terminologie sémiotique, envisage le gouvernement d'un État comme un signifié qui s'appuie spécifiquement sur un signifiant ultime soit la communauté politique⁽²²⁵⁾. Conséquemment, l'intervention se comprend en fonction du référent qu'est la souveraineté. La logique de simulation évacue cette chaîne qui remonte vers le signifiant. Il n'y a plus une fondation, une vérité ou une réalité⁽²²⁶⁾. Il n'y a que des apparences manipulées d'une fondation ou d'une vérité. La souveraineté perd son statut de fondation naturelle, elle n'est qu'un

⁽²²²⁾ *Id.*

⁽²²³⁾ J. S. BARKIN and B. CRONIN, *loc.cit.*, note 205, p. 128.

⁽²²⁴⁾ Jean BAUDRILLARD, *Simulacres et simulations*, Paris, éd. Galilée, 1981, pp. 10 à 12.

⁽²²⁵⁾ Cynthia WEBER, *Simulating Sovereignty : Intervention, the State, and Symbolic Exchange*, coll. Cambridge Studies in International Studies, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 7.

⁽²²⁶⁾ Cynthia WEBER, "Dissimulating Intervention : A Reading of the U.S. Led Intervention into Haiti", (1995) 20 *Alternatives* 265, p. 267.

signe ou un signifié supplémentaire à l'intérieur de la chaîne auto-référentielle des signifiés⁽²²⁷⁾. Elle ne réfère qu'à elle-même et non à une communauté politique particulière.

La souveraineté, toujours selon la logique de simulation, devient un code en ce qu'elle ne réfère pas à des critères empiriques tels qu'une autorité suprême sur un territoire et une population définie, dotée d'une indépendance internationale. Cette affirmation coïncide avec la souveraineté *de jure* qui se détache de la souveraineté *de facto*. Aussi, la logique de simulation peut s'avérer pertinente dans la mesure où elle apporte une nouvelle méthode d'analyse des interventions dans un système international qui a adopté le code de la souveraineté *de jure*. Discuter d'intervention implique logiquement l'existence même de la souveraineté. Baudrillard qualifierait l'intervention d'hyperréelle⁽²²⁸⁾ parce qu'elle renforce la réalité de la souveraineté.

Le discours sur l'intervention peut manipuler des assertions à la vérité. Dans cette optique, il va surenchérir et accentuer la présence du réel⁽²²⁹⁾ soit dans la nature particulière du gouvernement soit dans la communauté domestique. Par exemple et suivant les canons politiques d'une époque, l'autorité souveraine ou la fondation de l'État s'accorde avec le principe d'une monarchie absolue. En insistant sur la légitimité d'un gouvernement d'ordre dynastique et sur l'importance de l'homogénéité pour la stabilité européenne, la Sainte-Alliance au début du XIX^e siècle, justifie les interventions à l'étranger pour assister voire sauvegarder ce principe gouvernemental

⁽²²⁷⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, pp. 213 à 215 ; C. WEBER, *op. cit.*, note 225, pp. 126, 127.

⁽²²⁸⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, pp. 213 à 215.

⁽²²⁹⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 226, p. 269.

contre les mouvements libéraux et nationalistes⁽²³⁰⁾. La vérité et la réalité se situent, selon cette configuration justificative dans la nature particulière d'un régime politique. Il va de soi que ce raisonnement peut, indifféremment, avancer la légitimité d'un gouvernement libéral, toujours en accord avec une certaine philosophie politique et historique, et justifier les interventions à cet effet.

Rappelons-nous de la théorie ascendante où le pouvoir et l'autorité souveraine du gouvernement dérivent exclusivement d'une source immanente, celle de la communauté politique⁽²³¹⁾. Cette théorie insiste fortement sur la distinction, mais également sur le rapport entre le gouvernement et sa communauté politique. Ce principe, en général, peut justifier les interventions contre un gouvernement jugé non représentatif de sa communauté politique donc illégitime. Dans cette hypothèse, le discours de l'intervention surenchérit la réalité de la communauté domestique. L'État intervenant agit et parle au nom du peuple bafoué. Cette rhétorique joue un rôle contemporain lorsque l'on examine les interventions pro-démocratiques. Mentionnons tout particulièrement le discours interventionniste qui accentue la défense de la démocratie et non son implantation. Ceci suppose que la démocratie est déjà présente, quoique en danger, et que l'État intervenant parachève l'écriture amorcée par la communauté politique. Corrélativement, ce rôle secondaire d'assistance repousse l'idée d'ingérence dictatoriale ou tyrannique qu'implique la notion d'implantation d'un régime démocratique ou autre. La rhétorique de l'intervention pro-démocratique s'accommode mal avec la souveraineté *de jure*. Les quasi-États se caractérisent plutôt par l'absence d'institutions civiles et politiques stables et d'une communauté politique unifiée. Par conséquent, le discours de l'intervention peut difficilement prétendre

⁽²³⁰⁾ Stanley HOFFMANN, "The Problem of Intervention", in Hedley BULL (ed.), *Intervention in World Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 7 à 28, p. 12 ; C. WEBER, *op. cit.*, note 225, p. 53.

⁽²³¹⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 101.

défendre la démocratie dans des pays qui y sont étrangers traditionnellement et historiquement.

Par ailleurs, le discours sur l'intervention peut également manipuler des assertions à la fausseté⁽²³²⁾. En d'autres termes, l'intervention en question n'en est pas vraiment une aussi, elle ne tombe pas sous le coup de la prohibition. Nous pouvons donner, à titre d'exemple, l'intervention pour secourir des nationaux à l'étranger. Celle-ci n'est pas illicite *a priori* dans la mesure où elle vise un objectif limité et spécifique qui n'attende qu'incidemment l'intégrité territoriale de l'État. Elle peut également tomber dans le droit à la légitime défense, prévu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

L'intervention sur invitation constitue un autre exemple intéressant en ce qu'elle échappe à la qualification d'acte prohibé en avançant le consentement de l'État ciblé. Cependant, l'authenticité de cette invitation pose problème étant donné qu'elle est lancée par une autorité souveraine, dont la légitimité même est remise en question par un désordre interne ou une insurrection⁽²³³⁾. L'intervention va donc conforter voire consolider la réalité et la légitimité de l'autorité souveraine étatique. La guerre civile semble être la limite conceptuelle du discours de l'intervention sur invitation et cette limite s'explique en vertu du principe pondérateur de l'auto-détermination des peuples. Aussi, il est possible d'affirmer un droit d'intervenir pour aider un gouvernement dans le maintien de l'ordre domestique, toutefois ce droit ne s'étend pas aux rebelles qui désirent renverser le gouvernement et l'ordre domestique.

⁽²³²⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 226, p. 269.

⁽²³³⁾ Louis HENKIN, "Use of Force : Law and U.S. Policy", in Louis Henkin and al. (ed.), *Right v. Might. International Law and the Use of Force*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1991, pp. 37-69 ; Rein MULLERSON, "Intervention by Invitation", in Lori Fisler DAMROSCH and David J. SCHEFFER (eds.), *Law and Force in the New International Order*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1991, pp. 127 - 134.

Le discours sur l'intervention peut également prendre la forme d'une dissimulation⁽²³⁴⁾. Le discours présente une fausse motivation à l'action et cette tendance a précisément contribué à la méfiance envers les interventions dites humanitaires. En effet, les actes purement altruistes ne composent pas majoritairement la gestuelle internationale. Ceci n'est guère surprenant. Les interventions unilatérales entreprises par un gouvernement démocratique entraînent, au-delà de l'argumentation internationale, une obligation de justification pour ces actions au niveau domestique. En effet, l'électorat répond beaucoup plus favorablement à une situation qui affecte directement l'intérêt national qu'à la notion abstraite et lointaine de justice internationale⁽²³⁵⁾. Aussi les opérations antiterroristes et les interventions, visant à enrayer le trafic des narcotiques ou la prolifération des armes nucléaires et chimiques⁽²³⁶⁾, jouent sur l'éventualité voire la proximité du danger pour la communauté domestique. Prenons plus spécifiquement l'intervention en Haïti, au début des années 1990, prônée en majeure partie par les États-Unis afin de rétablir Aristide au pouvoir. Le discours officiel avançait comme justification la restauration de la démocratie et un souci pour les droits de la personne. Cette motivation demande beaucoup plus qu'une simple intervention ponctuelle et limitée étant donné l'histoire haïtienne, qui illustre par ailleurs adéquatement la définition de quasi-État⁽²³⁷⁾ proposée lors de la section précédente. Ceci implique, sans vouloir extraire toute notion d'altruisme, que l'intervention a été "vendue" au départ parce qu'elle répondait aux

⁽²³⁴⁾ La dissimulation est feindre de ne pas avoir ce que l'on a, alors que la simulation est feindre d'avoir ce que l'on n'a pas. À cet effet, voir J. BAUDRILLARD, *op. cit.*, note 224, p. 12.

⁽²³⁵⁾ Richard Lee GAINES, "On the Road to a Pax UN : Using the Peace Tools at our Disposal in a Post-Cold War World", (1993) 25 *New York University Journal of International Law and Politics* 543, p. 550.

⁽²³⁶⁾ Thomas J. JACKAMO III, "From the Cold War to the New Multilateral World Order : The Evolution of Covert Operations and the Customary International Law of Non-Intervention", (1992) 32 *Virginia Journal of International Law* 929, p. 932.

⁽²³⁷⁾ Gabriel MARCELLA and Donald E. SCHULZ, "Pitfalls and Prospects for Haiti", (1994) 4 *North South* 26.

peurs réelles ou imaginaires de la population américaine⁽²³⁸⁾. En effet, l'ampleur de l'immigration illégale réfléchissait la faiblesse intérieure de l'État haïtien à l'intérieur des frontières américaines.

Généralement, le public national va réagir contre une politique internationale qui semble mettre en danger son identité collective. Concomitamment, il va acquiescer à celle qui rehausse cette identité⁽²³⁹⁾, d'où l'importance et l'influence des médias dans leur présentation du domaine international. Cette fonction barométrique oblige les gouvernements à être attentifs aux perceptions de leurs actions internationales par leur communauté domestique⁽²⁴⁰⁾. Le lien de cause à effet entre la perception par le public national et une action internationale n'est pas négligeable et il réaffirme l'arbitraire d'une dichotomie rigide entre l'interne et l'externe. En raison de cette dichotomie, les gouvernements doivent se justifier devant deux auditoires différents voire opposés, le national et l'international, et ceci nécessite bien souvent une modulation dans l'argumentation.

Il faut se méfier des perceptions par le public national car celles-ci peuvent être trompeuses, déformées ou encore manipulées. Les images d'un danger international peuvent s'avérer réelles, mais elles peuvent également découler d'une réification en ce sens que l'image est véritablement prise pour la réalité. Et ceci est d'autant plus facile si la sphère internationale est décrite exclusivement en termes d'anarchie, de compétition ou d'état de nature. Ces remarques sur la perception et l'identité nationale s'avèrent de plus en plus pertinentes en cette fin de siècle. Les États-Unis, lors de la Guerre froide, possédaient un ennemi distinct à l'externe qui contribuait, par ailleurs,

⁽²³⁸⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 226, p. 272.

⁽²³⁹⁾ W. BLOOM, *op. cit.*, note 104, p. 80.

⁽²⁴⁰⁾ *Id.*, p. 81.

à l'identité nationale américaine. En effet, l'URSS constituait la localisation spécifique du danger international. Avec la chute d'un monde bipolaire, les dangers deviennent fragmentés, imprévisibles et évanescents⁽²⁴¹⁾, d'où les nouvelles formes et finalités des pratiques interventionnistes. L'impossibilité de localiser ou de représenter le danger participe activement d'une crise généralisée de l'identité.

3.3 La possibilité d'une critique sans fondationnalisme

Les exemples des quasi-États et des pratiques interventionnistes, exposés au cours de cette section, démontrent l'arbitraire de la dichotomie interne/externe. Dans le premier cas, le désordre se situe plutôt à l'interne alors qu'il y a une consolidation de l'État à l'externe par la reconnaissance d'une souveraineté *de jure*. La souveraineté *de jure*, en se détachant des critères strictement empiriques, permet la création et le maintien des quasi-États. Toutefois et d'une façon indirecte, elle collabore aux pratiques interventionnistes dirigées vers ces mêmes États. Ces pratiques simulent l'existence d'une souveraineté *de facto*, d'un gouvernement stable et représentatif, d'une communauté politique unifiée. Tout en présupposant une réalité inexistante, elles participent activement à l'écriture voire à la fabrication des États faibles.

L'exposé de ces exemples est influencé philosophiquement par des auteurs qualifiés de postmodernistes, tels que Baudrillard ou encore Derrida. Nous sommes conscients que l'utilisation de la méthode postmoderne, pour dévoiler l'arbitraire de la dichotomie interne/externe, encourage certaines critiques qui y voient, inévitablement, une avenue vers un nihilisme débridé. En effet, la majorité de ces critiques semble déduire mécaniquement le nihilisme de l'utilisation de la méthode postmoderne. Ceci s'explique essentiellement par le projet postmoderne qui ébranle

⁽²⁴¹⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 226, p. 273.

les fondations à tel point qu'il remet en question l'intelligibilité même du concept de la critique⁽²⁴²⁾. Celle-ci présuppose logiquement une mesure ou un standard d'où il est possible de juger du bien, du beau, du juste ou du raisonnable. Dans notre hypothèse le concept de la souveraineté, fondation de toute pensée internationale, est secoué. L'atteinte à la souveraineté annonce l'impossibilité de la critique et, par conséquent, un nihilisme ou un relativisme absolu.

La déduction opérée par certaines critiques s'insère à l'intérieur d'un débat plus vaste opposant les tenants de la modernité à ceux de la postmodernité. Pour les fins de notre thèse, ce débat peut se résumer par la présentation de deux alternatives exclusives : ou bien il y a une fondation universelle, ahistorique et normative qui autorise la critique ou bien, il n'existe tout simplement pas de fondation et donc de standard pour la critique avec, comme conséquence ultime, un nihilisme d'ordre philosophique⁽²⁴³⁾. Cette alternative ferme le débat à d'autres possibilités. Le défi consiste donc à rejeter l'idée d'une fondation ultime, ahistorique et acontextuelle, sans pour autant verser dans un nihilisme décadent qui défend toute possibilité à une critique et à une normativité⁽²⁴⁴⁾. Il s'agit, en d'autres termes, de refuser l'opposition rigide entre les alternatives présentées ci-haut. Cette perspective est envisageable tout en conservant certaines leçons du postmodernisme.

Nous retenons spécifiquement trois contributions du postmodernisme aux niveaux philosophique et épistémologique car elles nous renseignent sur l'organisation

⁽²⁴²⁾ Richard J. BERNSTEIN, *The New Constellation. The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1992, p. 144.

⁽²⁴³⁾ Ces deux alternatives se présentent sous la forme du topo "either/or" dans R.J. BERNSTEIN, *id.*, p. 165.

⁽²⁴⁴⁾ Paul SAURETTE, "I Mistrust all Systematizers and Avoid Them": Nietzsche, Arendt, and the Crisis of the Will to Order in International Relations Theory", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 1, p. 21.

internationale du monde⁽²⁴⁵⁾. La première écarte le concept de progrès, hérité du siècle des lumières, pour introduire la notion de discontinuité. Celle-ci est élaborée notamment dans l'oeuvre de Foucault et elle conteste une finalité, une évolution irréversible ou encore un *telos* à l'Histoire. Cette leçon a son importance au regard du XIX^e siècle qui affirme sans retenue le progrès des nations civilisées par rapport aux autres entités politiques dites barbares. De plus, elle détient une pertinence contemporaine si l'on en juge par la classification économique, et non plus politique, entre les États. Cette classification, quoique informelle, impose un schéma exclusif quant au développement économique des États, comme en témoignent les exigences de la Banque mondiale ou du Fonds monétaire international.

La deuxième contribution du postmodernisme consiste à démasquer le choix politique et culturel qui se pose comme la vérité "naturalisée". Par conséquent, les prémisses de ce choix sont soustraites au questionnement en se présentant comme des catégories métaphysiques, soit au-delà de la discussion humaine⁽²⁴⁶⁾. La souveraineté absolue de l'État a joué ce rôle de vérité non questionnée et venue dont ne sait où. Elle a contribué à "naturaliser" un ordre dichotomique du monde bâti par les hommes. Cette dernière remarque nous amène à la troisième contribution du postmodernisme à savoir, toute réalité est une construction sociale. En d'autres termes, le monde est une chose interprétée par les hommes ou encore, le corps ou la substance de la réalité repose dans la résistance du monde à se plier à toutes les conceptions humaines⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁵⁾ Ces contributions sont exposées dans John A. VASQUEZ, "The Post-Positivist Debate : Reconstructing Scientific Enquiry and International Relations Theory After Enlightenment's Fall", in Ken BOOTH and Steve SMITH (eds.), *International Relations Theory Today*, University Park, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1995, pp. 217 - 240, pp. 219 à 222.

⁽²⁴⁶⁾ Jim GEORGE, "Realist "Ethics", International Relations, and Post-modernism : Thinking Beyond the Egoism - Anarchy Thematic", (1995) 24 *Millennium : Journal of International Studies* 195, p. 207.

⁽²⁴⁷⁾ J.A. VASQUEZ, *loc. cit.*, note 245, pp. 225, 226.

La méthode postmoderne nous aide dans la mesure où elle explicite les schèmes conceptuels qui bâtissent notre monde et dans notre hypothèse, le concept de souveraineté et les dichotomies qu'il engendre. Le refus à la souveraineté du statut de fondation naturelle et inéluctable et parallèlement la reconnaissance de son caractère construit et historique, impliquent-ils nécessairement un contrat nihiliste ? Bien au contraire. L'abandon d'une épistémologie fondationnaliste, d'une vérité évidente ou donnée, d'un consensus universel et des critères absolus ne débouchent pas sur la négation des appels ou des demandes à la vérité, à la rationalité et aux accords⁽²⁴⁸⁾. Il faut plutôt tendre vers le moyen terme qui conserve la possibilité de la critique, de la normativité et du jugement.

La disparition de standards autodéterminés et de garanties comme la Vérité et le Savoir (il faut insister ici sur la majuscule qui amplifie le singulier, l'unicité, l'univocité, l'exclusivité) ne conduit pas à l'impossibilité de trier les propositions acceptables et justifiables de celles qui ne le sont pas⁽²⁴⁹⁾. Si nous devons ne retenir qu'une seule leçon du postmodernisme, il s'agit bien de celle-ci : les choix politiques et culturels ne se posent plus en termes de vérité dogmatique ou encore d'orthodoxie infaillible. La valeur pragmatique du choix est dorénavant présente, les prémisses de ce choix sont explicitées et ceux-ci autorisent éventuellement un débat plus éclairé, responsable voire démocratique. Il va de soi que cette procédure perd en noblesse et en autosuffisance et qu'elle ne garantit aucunement la teneur et l'issue du débat. Cependant, et cet apport est grandiose, elle entérine l'absence d'une fondation "naturalisée" et, concomitamment, elle renforce notre capacité à prendre des décisions, à construire notre monde. Cette avenue nous rend surtout responsable des fondations

⁽²⁴⁸⁾ Roger D. SPEGELE, "Political Realism and the Remembrance of Relativism", (1995) 21 *Review of International Studies* 211, p. 223.

⁽²⁴⁹⁾ Alan HUNT, "The Big Fear : Law Confronts Postmodernism", (1990) 35 *McGill Law Journal* 507, pp. 537, 538 ; où l'auteur qualifie lui-même cette perspective de "theories of the middle way".

sur lesquelles nous organisons le monde, l'altérité et le danger car elle interdit le détournement de la responsabilité vers une source objectivée⁽²⁵⁰⁾.

La déconstruction, et cet aspect est malheureusement peu mentionné, en ébranlant les frontières conceptuelles, repose la question du sujet, de la responsabilité et de l'altérité⁽²⁵¹⁾. Les réponses fournies sont soumises à une révision perpétuelle et, en ce sens, elles relèvent d'une historicité. En effet, il serait futile de renier l'ancrage de l'homme dans l'histoire et, par conséquent, la finitude de sa connaissance. Néanmoins, le caractère infini du questionnement repousse précisément le totalitarisme, soit l'arrêt de la pensée qui prétend à une complétude. Le caractère indécidé et infini de la justice permet l'existence d'une éthique, d'une politique et d'une responsabilité. À l'opposé, si la justice figure un standard normatif au contenu prédéterminé, elle renvoie les hommes au rôle de copiste. La justice devient un programme, une technologie qui ne demande qu'une application irresponsable⁽²⁵²⁾. La déconstruction s'éloigne de cette conception de la justice qui l'enferme dans une idée éternelle, immuable et inchangée. Elle la présente plutôt comme une demande indéterminée ou un besoin inassouissable pour l'homme⁽²⁵³⁾. Aussi, il subsiste toujours un certain décalage ou une inadéquation entre l'idée de la justice et le droit car celui-ci articule et détermine le concret, le positif. L'instance de la critique repose précisément sur ce décalage ou cette inadéquation entre l'indéterminé et le déterminé. La justice est donc une valeur transcendante par rapport au droit qui cherche à la

⁽²⁵⁰⁾ J. GEORGE, *loc. cit.*, note 246, pp. 208, 209 : cette avenue s'inspire notamment de l'existentialisme pour l'introduction du concept de responsabilité.

⁽²⁵¹⁾ J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 88, p. 1137.

⁽²⁵²⁾ David CAMPBELL, "The Deterritorialization of Responsibility : Levinas, Derrida, and Ethics After the End of Philosophy", (1994) 19 *Alternatives* 455, p. 477.

⁽²⁵³⁾ J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 88, pp. 1138 à 1140.

capter à l'intérieur de la culture humaine et des conventions légales⁽²⁵⁴⁾. Cette impossible capture oblige sans cesse un travail renouvelé pour la critique.

Toutes ces remarques trouvent leur origine dans une certaine réflexion de Derrida⁽²⁵⁵⁾ et elles démontrent l'indécidabilité de la justice. Mais, contrairement aux dires de certains détracteurs qui perçoivent ce caractère indéfinissable comme un tremplin vers le néant, l'absurde et la licence, Derrida y voit la condition *sine qua non* de l'éthique, du politique et de la responsabilité.

“Cet excès de la justice sur le droit et sur le calcul, de l'imprésentable sur le déterminable ne peut pas et ne doit pas servir d'alibi pour s'absenter des luttes juridico-politiques, à l'intérieur d'une institution ou d'un État, d'une institution ou d'un État aux autres.”⁽²⁵⁶⁾

Cependant, il faut se garder d'un certain courant postmoderne qui, malgré une dénonciation virulente des oppositions conceptuelles binaires sous-tendant l'organisation du monde, réactive la procédure logocentrique⁽²⁵⁷⁾. Plus spécifiquement, cette tendance transfère le statut fondationnel au terme auparavant marginalisé, ce qui préserve la structure relationnelle hiérarchisée. La procédure de réification s'opère, cette fois-ci, en privilégiant la différence au détriment de l'identité, la contingence contre la nécessité ou encore le particularisme contre l'universalisme. Cette inversion conserve toujours un terme fondationnel, présent, immédiat et signifiant. La conservation d'un terme fondationnel, quel qu'il soit, peut engendrer des “métarécits”.

⁽²⁵⁴⁾ Id.

⁽²⁵⁵⁾ Jacques DERRIDA, “Force de loi : le “fondement mystique de l'autorité””, (1990) 11 *Cardozo Law Review* 919.

⁽²⁵⁶⁾ Id., p. 970

⁽²⁵⁷⁾ R. J. BERNSTEIN, *op. cit.*, note 242, p. 310.

Lyotard⁽²⁵⁸⁾ nous explique la fonction légitimante de ces derniers. Les métarécits justifient les institutions, les pratiques sociales, les manières de penser et les législations non pas à partir d'un acte originel, à l'instar du mythe, mais plutôt en vertu d'un futur ou d'une idée à réaliser. Nous retrouvons ici la puissance sous-jacente au concept du progrès. Les postmodernes considèrent généralement l'émancipation de la raison du sujet et de la liberté comme les métarécits fétiches de la modernité. Néanmoins, ils peuvent à leur tour, être victimes de ce qu'ils dénoncent en participant activement à l'élaboration de nouveaux métarécits. Ceci se produit précisément en réifiant les termes auparavant marginalisés, tels que la contingence, la différence ou le particularisme.

La circonspection dans l'utilisation de la méthode postmoderne nous enjoint à une position beaucoup plus nuancée. Si elle nous engage à reconnaître la nécessité des frontières conceptuelles pour l'intelligibilité du monde et l'impératif d'une fondation qui comprend un ensemble de valeurs et de limitations structurant l'agir et l'interaction humaine⁽²⁵⁹⁾, elle nous recommande tout autant une approche contextuelle, historique et révisable qui évite les fondations dogmatiques pour autoriser une critique continue⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁵⁸⁾ Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne*, coll. Critique, Paris, éd. de Minuit, 1979 ; J.-F. LYOTARD, *Le postmoderne expliqué aux enfants*, coll. Le livre de poche biblio/essais, Paris, éd. Galilée, 1988, pp. 32 et 72.

⁽²⁵⁹⁾ P. SAURETTE, *loc. cit.*, note 244, pp. 24, 25.

⁽²⁶⁰⁾ "Thus, the transcendental conception of deconstruction is premised on the possibility of an alternative reconstruction that is superior to the given target of deconstruction. In this sense, deconstruction always depends on reconstruction, even though this reconstruction may be subject to further deconstructive critique. At the same time, theoretical (re)construction always depends on the tools of deconstruction", dans J. M. BALKIN, *loc. cit.*, note 88, p. 1156.

Section 4. La nécessité d'une relecture de la souveraineté

Le phénomène contemporain de globalisation ou de mondialisation heurte, et de façon importante, la configuration spatiotemporelle héritée de la représentation moderne de la souveraineté. Rappelons-nous que celle-ci procédait à la distinction d'une communauté politique par la capture du territoire, et qu'elle la rendait ainsi autosuffisante et indépendante face aux autres communautés politiques. La globalisation, par l'accélération de l'intensification des échanges transfrontaliers, affecte notre relation au temps et à l'espace. Premièrement, elle relativise les notions de proximité et d'éloignement géographiques. Deuxièmement, elle brouille la dichotomie entre l'interne et l'externe à un tel point qu'il devient de plus en plus difficile de départager l'un de l'autre. Plus généralement, la globalisation et l'interdépendance empirique questionnent le rôle de l'État et la signification de la souveraineté.

4.1 Le phénomène de mondialisation

La globalisation ou la mondialisation font désormais parties du vocabulaire commun. En dépit de l'usage trivial et propre au discours officiel, que signifient ces mots eu égard au concept de souveraineté, élaboré au XVI^e et XVII^e siècles dans une conjoncture politique, sociale et intellectuelle bien particulière ? Schématiquement, la globalisation suggère l'inadéquation grandissante entre l'espace où l'individu évolue quotidiennement et les frontières nationales⁽²⁶¹⁾. Ceci implique l'intensification et l'amplification des systèmes financier, économique, informationnel, culturel et symbolique entre eux et au travers le monde avec, comme conséquence ultime, une

⁽²⁶¹⁾ G. BRETON, *loc. cit.*, note 1, pp. 535 à 537.

nouvelle et étrange proximité entre les événements locaux et lointains⁽²⁶²⁾. En effet, la globalisation demande une redéfinition de l'espace face aux rapports sociaux qui débordent la délimitation spatiotemporelle construite avec la représentation moderne de la souveraineté.

Le phénomène de globalisation ou de mondialisation, c'est selon, nous intéresse dans la mesure où il bouleverse le clivage traditionnel entre les domaines interne et externe. Il remet notamment en question les notions de frontière et de territoire. L'ordre domestique ne représente plus nécessairement la sphère jadis autonome, exclusive et autarcique. Au contraire, elle subit des influences constantes qu'il devient de plus en plus difficile de qualifier d'externes. Évidemment, cette remarque joue tout autant dans la détermination actuelle des pratiques interventionnistes. Comment juger et prohiber ces pratiques en l'absence d'une dichotomie rigide, établie et conventionnelle entre l'interne et l'externe ? Comment départager, dans ces conditions, l'influence réciproque entre les États de l'ingérence pure et simple ?

La fin du XX^e siècle apporte avec elle des mutations générales, internes et internationales, qui provoquent à leur tour une crise de légitimité pour l'État⁽²⁶³⁾. Mentionnons au passage que cette crise structurelle et fonctionnelle semble toucher de plein front les États occidentaux, et cette cible précise s'explique d'autant mieux si l'on se souvient que seuls ces États possédaient, de fait, une souveraineté interne ainsi qu'une indépendance internationale. De plus, ces mutations sociétales opèrent à deux vitesses. Au niveau interne, il y a bien une reconnaissance de celles-ci et une préoccupation quant à la réorientation de l'appareil étatique. Par contre, au niveau

⁽²⁶²⁾ Anthony GIDDENS. *The Consequence of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1990, p. 64.

⁽²⁶³⁾ Panayotis SOLDATOS, "Réflexions sur le devenir de l'État-Nation : phénomène de crise et de rationalisation", papier délivré lors du symposium sur *L'État-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, 5 octobre 1996, Montréal.

international et au-delà du discours sur les organisations transnationales et supranationales et l'interdépendance empirique, les États s'accrochent paradoxalement à la notion traditionnelle de la souveraineté en revendiquant périodiquement leur indépendance face à l'empirique et à la normativité internationale.

La globalisation contemporaine doit être considérée de prime abord sous l'angle technologique⁽²⁶⁴⁾, c'est-à-dire comme un mouvement accentué et incessant des biens, des capitaux, des informations, des manières de penser et de gouverner, des systèmes de droit et des personnes. L'aspect technologique ne garantit aucunement une globalisation normative quoiqu'il puisse l'encourager. Cependant, le débordement-perforation⁽²⁶⁵⁾ des frontières nationales ouvre nécessairement un ordre domestique qui, jusqu'alors, était envisagé en vase clos. Cela signifie, plus spécifiquement que les conditions internes économique, sociale et culturelle ne détiennent plus le monopole dans la configuration de la politique et de l'État⁽²⁶⁶⁾. L'ont-elles déjà réellement détenu ?

Devant ce phénomène, les scénarios proposés pour l'État vont de son dépérissement total à sa modernisation en passant par un rétrécissement de ses fonctions⁽²⁶⁷⁾. Toutefois ces prédictions, en réduisant une situation hautement complexe, ne nous éclairent pas sur la souveraineté de certains États en particulier ou, plus généralement, sur la conception théorique et l'institution de la souveraineté⁽²⁶⁸⁾. Il

⁽²⁶⁴⁾ Rolando GAETE, "Rites of Passage into the Global Village", (1995) VI *Law and Critique* 113, p. 113.

⁽²⁶⁵⁾ L'expression est de P. SOLDATOS, *loc. cit.*, note 263, p. 13.

⁽²⁶⁶⁾ J. A. CAMILLERI and J. FALK, *op. cit.*, note 60, p. 37.

⁽²⁶⁷⁾ Ces scénarios sont exposés dans P. SOLDATOS, *loc. cit.*, note 263, p. 13.

⁽²⁶⁸⁾ Ken CONCA, "Rethinking the Ecology - Sovereignty Debate", (1994) 23 *Millennium : Journal of International Studies* 701, p. 708.

ne faudrait pas sous-estimer l'importance de l'État, tant pour les pays en développement qui y voient une promesse et un futur que pour les pays occidentaux qui y sont attachés par l'histoire et la tradition. Au niveau utilitaire⁽²⁶⁹⁾, l'État demeure toujours une organisation qui remplit des fonctions jugées essentielles pour la vie sociétale. De par sa structure, il peut arbitrer les intérêts multiples, sectoriels et opposés dont l'étendue n'autorise pas un processus de règlement spontané. De plus, l'État figure une source identitaire. Il contient, selon les individus, la possibilité d'une protection culturelle et d'une légitimité démocratique contre une globalisation excessive et uniforme. Pour cette raison, l'État au niveau international protège la différence.

La souveraineté et l'autorité d'un État peuvent être réduites par une prohibition internationale et, subséquentement renforcée par une législation nationale qui pénètre profondément la société civile tout en mettant en œuvre cette prohibition⁽²⁷⁰⁾. Cet exemple illustre la complexité d'une globalisation. Il faut donc s'attarder à la façon dont les pratiques souveraines s'établissent désormais et, au travers de celles-ci, concevoir le rôle que sera appelé à jouer le droit international.

4.2 L'interdépendance empirique et la transformation de la souveraineté

Les traités de Westphalie inaugurent, contrairement à la narration mythique, la juxtaposition d'États souverains et absolus à la recherche d'une coexistence minimale et garantit par le principe politique de la balance des pouvoirs. Cette enfilade d'États européens ne répond pas à la conceptualisation postérieure d'une société internationale soumise à un droit⁽²⁷¹⁾. Cette hypothèse dévoile le paradoxe de la représentation

⁽²⁶⁹⁾ P. SOLDATOS, *loc. cit.*, note 263, pp. 13, 14.

⁽²⁷⁰⁾ K. CONCA, *loc. cit.*, note 268, p. 710.

⁽²⁷¹⁾ Cette dénonciation est effectuée par M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 21, p. 113.

moderne de la souveraineté que nous avons, par ailleurs, brièvement mentionné en début de chapitre. C'est-à-dire que cette représentation singulière s'avère nécessaire pour seulement penser le droit international et, dans un même mouvement, elle désamorce la portée de cette idée en reniant au droit une quelconque normativité qui s'impose contre la volonté des États. Le paradoxe n'a pas été, selon nous, clairement souligné par les théoriciens du droit. À preuve, ils ont tenté de combiner l'impossible, à savoir une souveraineté absolue et un droit normatif contraignant par le biais, notamment, de la théorie volontariste. Cependant, il faut plutôt se tourner vers la représentation même de la souveraineté, car le droit international restera dépourvu d'une force normative tant et aussi longtemps que la souveraineté sera conçue absolument. Par définition, le droit n'est-il pas antinomique au pouvoir sans réserve ? D'une façon analogue et suivant toujours ce paradoxe, si l'État est véritablement appelé à disparaître devant l'intensification de la globalisation, le droit international n'a plus de raison d'être.

Le code de la subjectivité a, jusqu'à présent, dominé la sphère internationale en édifiant un État souverain, préexistant, autonome et immuable⁽²⁷²⁾. Néanmoins, la représentation moderne de la souveraineté a permis l'idée d'un droit en distinguant les États les uns des autres. Le droit exige au minimum deux parties en présence soit une interaction ou une relation. Pour reprendre une métaphore, Robinson Crusoe sur son île et dans sa solitude, ne possède aucun droit. En acceptant le statut de la souveraineté, l'État se constitue comme une entité semblable aux autres mais distincte, séparée et individualisée par rapport à ceux-ci. Aussi, et malgré une utilisation asociale du code de la subjectivité, la création d'une société d'États dans le temps implique un processus social de constitution mutuelle et réciproque des États⁽²⁷³⁾. Si

⁽²⁷²⁾ D. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 252, p. 457.

⁽²⁷³⁾ D. L. BLANEY and N. INAYATULLAH, "Realizing Sovereignty", *loc. cit.*, note 193, p. 12.

nous évoquons à dessein le terme de processus pour décrire cette création, c'est bien parce qu'elle ne relève pas de l'instantanéité. Cependant, elle est consolidée conventionnellement avec le principe de l'égalité souveraine des États. En effet, l'égalité est une condition pour la distinction, l'identité et la reconnaissance de chaque État.

Si nous avançons l'idée qu'un processus social sous-tend la création de la société des États, le concept de souveraineté se détache d'une fondation apriorique, ahistorique et acontextuelle pour embrasser la notion d'interdépendance théorique. Autrement dit, l'État-sujet s'éloigne de la philosophie cartésienne, il ne se pose plus par lui-même. Au contraire, il devient souverain dans la relation à l'Autre, dans l'agir et l'interaction avec les autres États⁽²⁷⁴⁾. L'interdépendance empirique et contemporaine contribue à déceler cette interdépendance théorique car elle heurte systématiquement la représentation d'une souveraineté absolue. Celle-ci ne semble plus répondre à la réalité que nous vivons, si elle l'a déjà fait. En effet, la souveraineté absolue réclamait, pour l'État, l'exclusivité des compétences internes et externes. Plus spécifiquement, la préservation et la maîtrise du territoire par l'État présupposaient une capacité et une habilité à influencer directement sur le cours des événements extérieurs qui peuvent comporter des conséquences à même le territoire. L'interdépendance empirique joue précisément sur cette dite capacité. L'extériorité échappe désormais aux États et ceci entraîne logiquement une diminution de la maîtrise du domaine interne⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷⁴⁾ David CAMPBELL, "The Politics of Radical Interdependence : A Rejoinder to Daniel Warner", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 129, p. 131.

⁽²⁷⁵⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 21, pp. 310, 311.

Le passage entre le système médiéval et le système moderne, entre une forme d'organisation sociale à une autre, provoque et/ou est provoquée par une transformation de l'*epistémè* sociale⁽²⁷⁶⁾.

“At a deeper level of political metaphysics, historians of political thought have long noted the impact on the emerging self-image held by European territorial rulers of a new model of social order : a view of society as a collection of atomistic and autonomous bodies-in-motion in a field of forces energized solely by scarcity and ambition”⁽²⁷⁷⁾.

Ceci implique donc une nouvelle relation au temps, à l'espace, aux catégories métaphysiques en général et un changement dans les constructions théoriques, imaginaires et symboliques de la communauté politique⁽²⁷⁸⁾. La globalisation et les développements technologiques altèrent fondamentalement les frontières et le gouvernement territorial moderne. En ce sens, ils bouleversent notre relation au temps et à l'espace. De plus, la globalisation déplace simultanément les centres d'autorité vers le transnational et le local⁽²⁷⁹⁾. Conséquemment, l'interdépendance empirique contient le potentiel de transformer la perception que nous avons de nous-mêmes et de notre communauté politique⁽²⁸⁰⁾.

Les déplacements de l'autorité vers le transnational et le local impliquent une reconnaissance officielle de la diversification des sources identitaires. L'État ne peut plus prétendre représenter exclusivement et unilatéralement sa communauté domestique au niveau international. Il doit partager ce rôle et, incidemment, l'écriture de son

⁽²⁷⁶⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24.

⁽²⁷⁷⁾ J. G. RUGGIE, *loc. cit.*, note 98, pp. 157, 158.

⁽²⁷⁸⁾ *Id.*, p. 173.

⁽²⁷⁹⁾ Paul KENNEDY, *Préparer le XXI^e siècle*, Paris, éd. Odile Jacob, 1994, p. 343.

⁽²⁸⁰⁾ J. G. RUGGIE, *loc. cit.*, note 98, p. 173.

peuple avec d'autres acteurs sociaux. Même si les États demeurent les sujets par excellence du droit international, il faut constater que ce statut a été élargi pour inclure spécifiquement les organisations internationales⁽²⁸¹⁾ et, dans une moindre mesure, l'individu, les corporations transnationales, les organismes non gouvernementaux et certains mouvements de libération nationale⁽²⁸²⁾. C'est-à-dire que ces entités physiques et corporatives possèdent une certaine personnalité internationale et détiennent des droits et des obligations. Néanmoins, les États restent les créateurs principaux des normes internationales et de la matrice juridique en général⁽²⁸³⁾. Subséquemment, cette structure peut attribuer la personnalité juridique à des acteurs non-étatiques. Cette remarque n'empêche pas l'influence *de facto* et grandissante de ces acteurs sur les États dans le processus de création légale. Ce processus opère selon une méthode discursive et, pour cette raison, il nous faut retenir le pouvoir anonyme mais mondial des mouvements transnationaux⁽²⁸⁴⁾.

La division rigoureuse du monde en sphères nationale et internationale relève de l'arbitraire et ceci est d'autant plus évident compte tenu du phénomène de globalisation qui, par définition, traverse les frontières. Le système économique contemporain remet tout particulièrement en cause l'étanchéité de ce tracé artificiel et son rôle de discontinuité pour les transactions transfrontalières. En effet, la

⁽²⁸¹⁾ *Avis sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.

⁽²⁸²⁾ Julio A. BARBERIS, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", (1983 - I) 179 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 145 ; P. K. MENON, "The Subjects of Modern International Law", (1990) 3 *Hague Yearbook of International Law* 30 ; Oleg I. TIUNOV, "The International Legal Responsibility of States : Problems and Solutions", (1993) 37 *Saint Louis University Law Journal* 323, p. 325.

⁽²⁸³⁾ Ingrid DETTER DE LUPIS, *The Concept of International Law*, Stockholm, Norstedts, Förlong, 1987, pp. 117 à 131.

⁽²⁸⁴⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op.cit.*, note 21, p. 53.

souveraineté et le capitalisme obéissent à deux logiques apparemment opposées⁽²⁸⁵⁾. La première est axée, nous l'avons vu, sur l'exclusivité d'un territoire et d'une communauté politique. L'État souverain est envisagé tel un artisan, isolé et autonome, qui produit une richesse naturelle de son seul et unique effort et de ses propres ressources. Cette perspective considère la souveraineté au même titre qu'un droit de propriété sur un territoire. La deuxième prône une logique expansive et inclusive où l'État opère comme une partie fonctionnelle, parmi d'autres, dans la division globale du travail. L'interdépendance économique affecte donc directement la souveraineté *de facto* des États dans leur capacité à diriger, de façon autonome, leur communauté domestique.

“Mais même les gouvernements des pays économiquement les plus puissants voient aujourd'hui l'écart se creuser entre la marge d'action limitée de leur État et les impératifs non pas du commerce international, mais du réseau mondial des rapports de production. Les États souverains ne peuvent profiter de leurs économies qu'aussi longtemps qu'il s'agit “d'économies nationales” sur lesquelles ils ont une influence politique. À la suite de la dénationalisation de l'économie et en particulier de la mondialisation du réseau des marchés financiers et de la production industrielle elle-même, la politique nationale perd cependant à la fois le contrôle des conditions de production générales et, du même coup, le levier permettant de maintenir le niveau de vie atteint.”⁽²⁸⁶⁾

La mondialisation de l'économie frappe la souveraineté *de facto* des États. Il devient de plus en plus difficile de soutenir le rapprochement entre l'État et l'artisan, si ce dernier symbolise l'indépendance ou le contrôle de l'entièreté de sa production et la capacité réciproque de subvenir à ses besoins. Est-il nécessaire de rappeler que

⁽²⁸⁵⁾ Voir tout spécialement l'article de D. L. BLANEY and N. INAYATULLAH, “Realizing Sovereignty”, *loc. cit.*, note 193.

⁽²⁸⁶⁾ J. HABERMAS, *op. cit.*, note 176, p. 36.

cette métaphore n'a jamais pu se prêter à la condition des quasi-États qui voyaient dans la souveraineté la promesse de cette indépendance matérielle pour leur communauté domestique ? Nous retrouvons cette promesse dans les tentatives de nationalisation économique par les quasi-États ou encore, de façon plus générale, dans la *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*⁽²⁸⁷⁾ qui, s'insère elle-même dans le discours sur le nouvel ordre économique international des années 1970. Le mécanisme du marché mondial entame la souveraineté *de facto* des États développés car il ne répond pas d'une logique territoriale de la fixité, tout au contraire il privilégie le mouvement⁽²⁸⁸⁾.

L'interdépendance contemporaine peut donc se définir brièvement comme une perte graduelle de l'autonomie étatique. Les actions d'un agent affectent les autres acteurs du système et ce, peu importe, la distance ou la proximité géographique⁽²⁸⁹⁾. Étymologiquement, l'autonomie (*auto-nomos*) désigne la capacité d'être régi par ses propres lois⁽²⁹⁰⁾. Si cette autonomie est grandement entamée par la globalisation des marchés, s'il semble indéniable qu'une interdépendance empirique et économique s'installe, elles ne garantissent pas automatiquement l'édification d'une communauté mondiale. L'avènement et la reconnaissance d'une interdépendance empirique n'entraînent pas, inéluctablement, une interdépendance au niveau normatif, un questionnement sur "le comment vivre ensemble". La normativité exige le vouloir et le dépassement d'une situation purement factuelle. Elle ne peut pas découler de la simple accentuation des contacts entre les individus et les peuples. Ceux-ci peuvent

⁽²⁸⁷⁾ Doc. off. A. G., 17^e session. supp. N° 9, p. 17, Doc. N.U. A/5209 (1962).

⁽²⁸⁸⁾ J. G. RUGGIE, *loc. cit.*, note 98, p. 173.

⁽²⁸⁹⁾ H. M. HERNES, *op. cit.*, note 143, p. 349.

⁽²⁹⁰⁾ Voir *Dictionnaire historique de la langue française*, note 68.

générer tout autant la tolérance que l'incompréhension⁽²⁹¹⁾. Ils ne commandent pas d'eux-même la qualité de l'interaction. Cette qualité ne peut provenir que de la normativité. Compte tenu de ces circonstances, il est opportun de repenser le droit international car celui-ci projette toujours l'image d'un État souverain et autonome qui ne consent à la normativité qu'à partir d'une volonté puisée en lui-même.

La présomption de l'autonomie de l'État satisfait le droit international et les relations internationales. En effet, elle est nécessaire pour la conceptualisation de la souveraineté *de jure* tout en garantissant la métaphore de l'anarchie internationale, à savoir une juxtaposition d'États souverains guidés par leur seul intérêt national. Cette présomption dissimule l'interdépendance et conséquemment, l'hétéronomie entre les États⁽²⁹²⁾. Cet aspect est soulevé par Kant, quoique dans un autre contexte, pour décrire l'état de la volonté qui puise hors d'elle-même, dans les autres (d'où la préfixe hétéro) et dans les règles sociales le principe de son action. L'hétéronomie est donc l'antithèse de l'autonomie. Reprenons l'exemple de la souveraineté *de jure* qui suppose, implicitement, la possibilité pour un État de refuser les conditions dictées par la logique du marché global. Le principe de l'autonomie suggère l'indépendance de l'État face aux conjonctures. Celui-ci ajuste son économie nationale en fonction de son vouloir et non afin de rencontrer les exigences d'une aide bilatérale ou multilatérale ou du commerce en général. Les quasi-États possèdent effectivement ce droit formel cependant, il n'ont pas la capacité matérielle et le pouvoir de se retirer de ces échanges. La globalisation contemporaine ajoute dorénavant à cette description les États souverains *de facto*. En dépit de la stratification⁽²⁹³⁾ de la société mondiale, c'est-

⁽²⁹¹⁾ Chris BROWN, "International Political Theory and the Idea of World Community", in K. BOOTH and S. SMITH (eds.), *op. cit.*, note 245, pp. 90 - 109, p. 94.

⁽²⁹²⁾ Nicholas ONUF and Frank F. KLINK, "Anarchy, Authority, Rule", (1989) 33 *International Studies Quarterly* 149.

⁽²⁹³⁾ L'expression est de J. HABERMAS, *op. cit.*, note 176, p. 66.

à-dire d'un écart dans les richesses et le niveau de vie des États, les pays développés perdent également leur autonomie traditionnelle dans la direction de leur économie nationale.

Un certain courant théorique en relations internationales⁽²⁹⁴⁾ considère la souveraineté sous l'angle de la maîtrise par l'État des acteurs et des activités exercées sur son territoire, en plus de celles qui trouvent leur origine à l'externe mais qui ont un impact certain à l'interne. Il va sans dire que cette théorie prône plutôt la définition wébérienne de l'État, celle de la souveraineté empirique plutôt que celle de la souveraineté juridique. Selon cette perspective, la souveraineté se mesure et se calcule en fonction du contrôle des flux transfrontaliers. Aussi, devant une interdépendance qui fait perdre à l'État son habilité de contrôle, le paradigme de la souveraineté semble définitivement dépassé. Néanmoins, cette conclusion hâtive doit être nuancée. En effet, est-il réellement possible de défendre la thèse de contrôle absolu de l'État ? Hormis les discours, l'État a-t-il jamais eu la maîtrise complète, assurée, et durable de son territoire et de sa population ?⁽²⁹⁵⁾ Peut-il prétendre même historiquement, avoir été totalement indépendant des influences extérieures ?

Il faut donc nuancer cette conclusion découlant de l'interdépendance car le concept de souveraineté ne coïncide pas avec la notion quantifiable du contrôle. La souveraineté attribue à l'État une autorité "méta-politique"⁽²⁹⁶⁾. En d'autres mots, l'autorité et la légitimité de l'État lui accordent le pouvoir de qualification des événements. Elle lui permet de décider si les issues, les activités et les pratiques en

⁽²⁹⁴⁾ Voir à ce sujet Janice E. THOMSON, "State Sovereignty in International Relations : Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 213, pp. 213 à 216.

⁽²⁹⁵⁾ *Id.*, p. 216.

⁽²⁹⁶⁾ *Id.*, p. 225.

question tombent dans le champ de son autorité ou à l'extérieur de celui-ci. Janice Thomson⁽²⁹⁷⁾ établit une distinction entre les notions d'autorité et de contrôle à partir de la différenciation entre *rule-making* et *rule-enforcing*. Selon cet auteur, l'autorité réside dans le droit exclusif de l'État de créer les règles, alors que le contrôle vise plutôt l'application et l'effectivité de ces mêmes règles. Néanmoins, la distinction entre faire et appliquer s'avèrent tenues et elles demeurent sujettes à caution. Comment délimiter ces activités sans verser dans un formalisme excessif ?

Pour toutes ces raisons, la problématique de l'interdépendance empirique peut se reformuler ainsi : jusqu'où l'État peut-il déléguer voire perdre le contrôle de son territoire tout en conservant son autorité et sa légitimité⁽²⁹⁸⁾ ? Dans quelle mesure l'abandon des idées d'intégralité et de maîtrise absolue du territoire diminue-t-il la faculté et la reconnaissance de l'État dans la définition du méta-politique ? Nous reviendrons sur cette question au cours de la deuxième partie de cette thèse. Pour l'instant, retenons à tout le moins une distinction entre le contrôle, l'efficacité ou la raison instrumentale et l'autorité, la légitimité ou la raison critique. Si l'État, au niveau international et devant l'interdépendance a assurément perdu la complétude d'un contrôle, qu'il n'a pas par ailleurs jamais possédé, il conserve toujours l'autorité reconnue pour la création des règles même s'il doit de plus en plus admettre l'influence non négligeable des acteurs non étatiques.

Le défi, qui est particulièrement mis en évidence avec l'interdépendance, n'est pas dirigé vers la prétention en soi de l'État à l'autorité sur un territoire, mais plutôt à la façon d'exercer cette autorité sur le territoire⁽²⁹⁹⁾. Autrement dit, il ne conduit pas

⁽²⁹⁷⁾ *Id.*, p. 223.

⁽²⁹⁸⁾ *Id.*, p. 217.

⁽²⁹⁹⁾ *Id.*, p. 224.

à avancer radicalement la mort de l'État au profit de l'autorité de nouvelles entités politiques et économiques locales ou transnationales. Cette position nie l'importance de l'État comme création et être collectif des individus. En effet, tant et aussi longtemps que les citoyens ont une conscience et une croyance dans cet être collectif, l'institution étatique va perdurer et ce, malgré les changements empiriques⁽³⁰⁰⁾. L'État demeure incontestablement le représentant international par excellence pour les individus et les peuples.

L'interdépendance contemporaine ne fait que mettre en évidence l'illusion résiduelle sur l'intégralité territoriale et la maîtrise absolue de l'État. Rappelons-nous que les phénomènes interventionnistes ont toujours eu comme motif avoué ou inavoué le contrôle de la légitimité et de la qualité de l'ordre exercé sur tel ou tel espace étatique. Le motif est, par ailleurs, devenu systématiquement inavoué avec l'adoption incontestée de la souveraineté *de jure*, du principe de l'égalité et de la norme de non-intervention.

4.3 L'interdépendance de certains aspects normatifs

Le phénomène de globalisation questionne la représentation moderne de la souveraineté de l'État et, par ce fait même, le droit international dans son ensemble. Il efface la démarcation rigide entre l'interne et l'externe. Nous avons abordé, lors de la sous-section précédente, l'accélération et l'augmentation des flux transfrontaliers, notamment ceux qui relèvent des mouvements économique et financier. Il nous faut également mentionner l'introduction de certains aspects normatifs qui se greffent au discours sur l'interdépendance empirique⁽³⁰¹⁾. Ces aspects se retrouvent essentiellement

⁽³⁰⁰⁾ P. GUENANCIA, *loc. cit.*, note 50, pp. 613 à 615.

⁽³⁰¹⁾ J. HABERMAS, *op. cit.*, note 176, pp. 35 à 38.

dans une politique de démocratisation et dans l'universalité des droits de l'homme. L'introduction de ces aspects normatifs dans le débat, quoique souhaitable, ne doit pas voiler l'enjeu véritable, soit le retour à un contrôle international mais cette fois-ci avoué de la légitimité de l'ordre exercé sur le territoire étatique.

Nous avons déjà évoqué la relativité de la souveraineté, en ce sens que son contenu varie en fonction des transformations épistémologiques et historiques⁽³⁰²⁾. Cette affirmation repousse parallèlement l'idée d'un référent immuable, immédiat, fondationnel et univoque dans le concept de souveraineté. La reconnaissance de l'historicité du concept implique donc une succession dans le temps de différents standards ou critères permettant d'identifier une pratique souveraine⁽³⁰³⁾. De cette façon, les actions d'un État non conformes aux critères conventionnels de l'époque sur les droits de la personne ou sur le régime démocratique peuvent servir de justifications pour une intervention. Par ces actions déviantes, l'État perd en quelque sorte quoiqu'implicitement son statut de souverain aux yeux des autres et, du même coup, il lui devient fort difficile de dénoncer l'intervention. Si, au contraire, les actions d'un État rencontrent la notion intersubjective d'une pratique souveraine à l'époque du jugement alors une intervention étrangère sera taxée d'illicite⁽³⁰⁴⁾.

Nous avons envisagé les aspects normatifs de démocratisation et de droits de l'homme sous l'aspect d'un retour à un contrôle de la légitimité de l'ordre interne. L'introduction de ces aspects démontre une nouvelle tendance reliée indirectement à la globalisation et selon laquelle l'interne possède une priorité ontologique sur l'externe. L'authenticité internationale d'un État va dépendre de son ordre interne et,

⁽³⁰²⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 24, p. 247.

⁽³⁰³⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 64, pp. 200, 201.

⁽³⁰⁴⁾ *Id.*

dans l'hypothèse nous intéressant, de son aptitude à la démocratisation et au respect des droits de l'homme. Pour bien voir l'alternance dans les critères identifiant une pratique souveraine, il faut se retourner vers l'adoption du principe de l'égalité souveraine des États. En effet, l'urgence morale de la décolonisation ne pouvait admettre aucun délai juridique. Elle exigeait l'admission des quasi-États en dépit de la situation interne et chaotique de ceux-ci. Pour cette raison, la souveraineté *de jure* se détache des conditions empiriques pour se rapprocher d'un droit formel et universel à l'indépendance. À cette époque, le critère identifiant la pratique souveraine est d'ordre international. L'externe détient une primauté sur l'interne. Malgré la mention des droits de l'homme dans les buts et les principes des Nations Unies, la légitimité de la sphère interne ne dépend pas de leur respect. De la même manière les interventions pro-démocratiques dans un État sont considérées illicites⁽³⁰⁵⁾, car elles entrent en conflit avec le critère formel de la pratique souveraine qui refuse d'ouvrir dans la pratique le domaine réservé au regard international qui l'a originellement constitué.

Prenons, à titre d'exemple, l'institution politique de la reconnaissance. Pendant plusieurs siècles, les États ont adhéré officiellement ou officieusement à la théorie constitutive à savoir, un nouvel État possède le statut de sujet international en vertu de la reconnaissance des autres États⁽³⁰⁶⁾. La reconnaissance constitue (d'où l'épithète) véritablement la souveraineté et ceci a autorisé les pressions politiques des grandes puissances dans la création des sujets de droit. Il va de soi que cette reconnaissance s'appuie sur les critères conventionnels et historiques de la souveraineté *de facto*. L'adoption de la charte des Nations Unies désamorce l'institution purement politique de la reconnaissance. En effet, la théorie constitutive s'avère incompatible avec la

⁽³⁰⁵⁾ Voir à cet effet l'affaire du Nicaragua.

⁽³⁰⁶⁾ Igor I. LUKASHUK, "The United Nations and Illegitimate Regimes : When to Intervene to Protect Human Rights", in L. F. DAMROSCH and D. J. SCHEFFER (eds.), *op. cit.*, note 233, pp. 143 - 158, p. 152.

souveraineté *de jure*. Ce droit abstrait, formel et universel ne peut, par définition, dériver de la seule volonté et de la subjectivité des grandes puissances. Une théorie alternative doit alors être proposée et elle doit concilier la reconnaissance avec les principes fondamentaux de l'ordre international. La théorie déclaratoire ne fait qu'admettre le contrôle effectif sur un territoire, elle entérine le fait préexistant qu'est l'État⁽³⁰⁷⁾. À cet effet, l'article 9 de la *Charte de l'Organisation des États américains*⁽³⁰⁸⁾ souligne que l'existence politique d'un État est indépendante de la reconnaissance des autres États. Et cette précision ne pouvait venir que de cette organisation régionale si l'on en juge par les multiples ingérences des États-Unis dans les États de l'Amérique Centrale et de l'Amérique du Sud⁽³⁰⁹⁾. La tradition déclaratoire⁽³¹⁰⁾ repose entre autres, sur les principes de l'égalité souveraine, de l'indépendance politique et de l'intégralité territoriale des États, de la non-intervention, de l'auto-détermination des peuples et sur le respect des droits de l'homme. Par ailleurs, la coexistence de la norme de non-intervention et du respect des droits de l'homme a entraîné une certaine confusion voire des conflits entre ces principes, mais elle n'a pas empêché la reconnaissance formelle d'un nouvel État.

La tradition déclaratoire s'accorde avec les critères internationaux de la pratique souveraine. En théorie, elle ne se fonde pas sur l'organisation interne de l'État. La globalisation contemporaine remet indirectement en question la fermeture du domaine territorial et privé. Elle ouvre de fait l'ordre interne d'un État au regard et à la critique

⁽³⁰⁷⁾ *Id.*

⁽³⁰⁸⁾ Signé à Bogota, le 30 avril 1948. Voir *Recueil des Traités des Nations Unies* (1952) vol. 119, n° 1609, p. 49.

⁽³⁰⁹⁾ Jacques NOEL, *Le principe de non-intervention : théorie et pratique dans les relations inter-américaines*, coll. Centre de droit international, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1981.

⁽³¹⁰⁾ Dorothy V. JONES, "The Declaratory Tradition in Modern International Law", in T. NARDIN and D. R. MAPEL, *op. cit.*, note 12, pp. 42 - 61.

internationale. Les revendications internes et externes pour un contrôle de la légitimité du domaine réservé se font à cet effet de plus en plus puissantes.

Il n'y a qu'à constater la transformation des opérations pour sauvegarder la paix (de *peace-keeping* à *peace-making*) depuis la fin de la Guerre froide, pour se convaincre qu'elles ne se limitent plus à des fonctions strictement militaires à l'intérieur d'une région tampon. Ces opérations visent dorénavant, et s'il y a volonté politique, à consolider les institutions politiques et civiles, à protéger les droits de la personne, à surveiller la tenue d'élections démocratiques, etc... ⁽³¹¹⁾. S'agit-il d'un retour du balancier vers la théorie constitutive de la reconnaissance ?

Nous avons essentiellement voulu démontrer que l'interdépendance empirique contemporaine et, dans une moindre mesure l'interdépendance normative, heurtent directement l'organisation moderne du monde qui repose, elle-même, sur une procédure logocentrique. Cette procédure a indûment privilégié la sphère domestique, en y concentrant l'ordre, la raison et l'universalité, au détriment de la sphère internationale qui s'est vue décrite comme un espace de dangers, de différences et d'irrationalité. Avec l'interdépendance, il devient impossible de présenter la communauté domestique avec les attributs découlant de la représentation moderne de la souveraineté à savoir, l'hermétisme, l'autosuffisance, l'autonomie et l'autarcie.

Le problème de cette représentation de la souveraineté et, conséquemment de l'arrangement dichotomique du monde, est qu'elles ont récupéré les caractéristiques propres à un ordre naturel et incontournable alors qu'elles sont, tout au plus, une construction de l'homme. Si cet arrangement est construit par l'homme et qu'il ne

⁽³¹¹⁾ Gregory L. NAARDEN, "UN Intervention After the Cold War : Political Will and the United States", (1994) 29 *Texas International Law Journal* 231, p. 242.

relève pas de la nécessité alors celui-ci peut le revoir et le repenser car il en est surtout responsable.

CHAPITRE 2

L'ORDRE LIBÉRAL INTERNATIONAL ET L'ABSENTÉISME DU DROIT

Le droit international reprend, autour cette fois-ci de la construction légale privé/public, l'organisation dichotomique du monde entre les domaines interne et externe. Il doit nécessairement articuler cette dichotomie puisqu'il repose lui-même sur la représentation moderne de la souveraineté qui l'a, au préalable, engendrée. Cette représentation en terme d'absolu suppose une maîtrise complète sur un territoire et une population, ainsi qu'une indépendance de la communauté domestique vis-à-vis des autres sujets qui composent la sphère internationale. Comme nous allons le constater avec l'apport des *Critical Legal Studies* et avec l'exemple plus spécifique de la non-intervention, cette représentation de la souveraineté pose le problème du fondement et de la force obligatoire du droit international. Ou bien le droit international se confine à l'enregistrement de la pratique étatique et perd en normativité, ou bien il inscrit un devoir-être et dirige la conduite étatique pour perdre en effectivité. Dans les deux hypothèses, le droit international souffre d'une crise de légitimité. Le droit international ne peut pas occuper une place prépondérante tant et aussi longtemps que la souveraineté se conçoit comme une liberté abstraite, qui se déploie dans un vacuum. Cette liberté rejette explicitement l'idée d'une contrainte légale extérieure, mais elle repousse également l'idée théorique d'une contrainte légale intérieure.

Section 1. Le droit international et la philosophie libérale classique

Certains théoriciens ont décrit la sphère internationale en terme d'anarchie. Le juriste a plutôt tendance à la considérer sous l'angle de la philosophie libérale classique, mais cette inclination ne contredit pas fondamentalement la description anarchique. Rappelons-nous qu'avec l'analogie domestique, l'État est à la société ce que l'individu est à la communauté nationale. Nous verrons qu'avec ce procédé

méthodologique l'État récupère les attributs de l'individu libéral et qu'il devient ainsi un sujet autonome, rationnel, volontaire et libre de poursuivre les buts qu'il s'est fixé. Le droit international consolide cette représentation du sujet, notamment en départageant les domaines privés du domaine public. La sphère privée, ou interne pour reprendre le vocabulaire jusqu'alors utilisé, est garante de la liberté du sujet international. Quant à la sphère publique, elle agence les différentes libertés, suivant en cela le principe ou le mythe de l'égalité souveraine des États. Le droit international n'impose à cet effet aucune valeurs substantielles et communes.

Comme nous allons le constater, l'analogie domestique joue définitivement un rôle dans la description du sujet international, mais elle participe plus largement à la disqualification du droit international en tant que droit.

1.1 La dichotomie privé/public et le sujet international autonome

Nous nous sommes évertués à démontrer, au cours du premier chapitre, l'organisation dichotomique du monde qui oppose constamment les sphères interne et externe. Cette division est entérinée par le caractère biface de la souveraineté, c'est-à-dire par une maîtrise absolue à l'interne, alliée à une indépendance à l'externe. Il nous faut dorénavant aborder cette dichotomie sous l'angle de la distinction privé et public qui, elle-même, nous ramène à la philosophie libérale. En effet, la Société des Nations et plus tard l'Organisation des Nations Unies tirent respectivement leur origine philosophique du libéralisme⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Michael Joseph SMITH, "Liberalism and International Reform", in Terry NARDIN and David R. MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 201-224, p. 215.

La sphère internationale, notamment depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, est surtout décrite à partir du postulat de l'égalité souveraine des États, ou encore, à partir de la liberté et de l'indépendance des États souverains⁽²⁾. La liberté n'est-elle pas l'institution centrale du libéralisme si l'on en juge seulement de par l'étymologie de ce mot⁽³⁾. Pour les fins de notre thèse et au risque de simplifier indûment une imposante tradition philosophique et politique, le libéralisme s'appuie essentiellement sur l'idée d'un sujet rationnel et autonome qui agit librement⁽⁴⁾. Cette idée s'applique indifféremment au sujet, qu'il soit un individu ou un État souverain. Néanmoins, et cette différence est élémentaire mais cruciale, il n'existe aucun arbitre officiel entre les libertés étatiques à l'externe, contrairement à l'agencement institutionnel des libertés individuelles à l'interne. Cette absence a d'ailleurs abondamment nourri l'image "hobbesienne" d'un état de nature et elle a contribué à la conceptualisation de l'anarchie internationale.

La philosophie libérale classique, en avançant la liberté, structure intégralement la sphère internationale autour de l'indépendance, l'autonomie et l'égalité souveraine des États. De plus et nous y reviendrons plus loin, elle dérive exclusivement le caractère normatif du droit international de ce même postulat⁽⁵⁾. Pour l'instant, il semble possible d'affirmer que le libéralisme classique constitue le fondement théorique dominant pour l'explication de la sphère internationale et de son droit au XX^e

⁽²⁾ Robert H. JACKSON, *Quasi-States : Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 36.

⁽³⁾ Voir l'étymologie du mot libéralisme dans le *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, t. 1, éd. 1994, Paris, Dictionnaire Le Robert.

⁽⁴⁾ Thomas C. HELLER, "Structuralism and Critique", (1984) 36 *Stanford Law Review* 127, pp. 131, 132.

⁽⁵⁾ Nigel PURVIS, "Critical Legal Studies in Public International Law", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 81, p. 101.

siècle. Le droit va emprunter plus spécifiquement à la méthodologie positiviste⁽⁶⁾ la notion de consentement afin de justifier le caractère contraignant des obligations internationales. Ces affirmations seront confirmées tout au long de ce chapitre.

Nous avons mentionné que la liberté individuelle est l'élément central du libéralisme, que celui-ci soit envisagé sous l'angle d'une tradition, d'une idéologie ou d'une éthique⁽⁷⁾. La pensée de cette liberté n'a été possible qu'avec la modernité à proprement parler. Rappelons-nous de celle-ci comme le moment où l'organisation du monde et les modes d'action ne répondent plus d'un ordre sacré ou naturel. La modernité opère une véritable rupture avec la cosmologie antique et médiévale. L'individu ne peut plus s'inscrire à l'intérieur d'un ordre préexistant et hiérarchisé. Par conséquent, ses actions, ses buts et son existence en général ne sont plus l'objet d'une détermination apriorique et incontrôlable. Si l'organisation du monde et des vies individuelles ne reproduisent plus un schéma transcendant alors la liberté du sujet peut être conceptualisée. En se détachant des ordres anciens, l'homme se transforme en un sujet qui construit librement et est responsable de sa destinée personnelle. L'individu se retourne sur lui et en lui pour repenser ses buts, ses actions et son bien-être⁽⁸⁾. La disparition d'un monde sacré ou "naturalisé" autorise la liberté du sujet.

Avec le libéralisme classique, la liberté se définit principalement par le négativisme⁽⁹⁾. C'est-à-dire qu'elle a d'abord été envisagée comme une protection

⁽⁶⁾ Gerry J. SIMPSON, "Imagined Consent : Democratic Liberalism in International Legal Theory", (1994) 15 *The Australian Year Book of International Law* 103, pp. 103 et 113.

⁽⁷⁾ M. J. SMITH, *loc. cit.*, note 1, p. 201.

⁽⁸⁾ William E. CONNOLLY, *Political Theory and Modernity*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, pp. 41, 42 ; Charles TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, coll. L'Essentiel, Québec, éd. Bellarmin, 1992, p. 15.

⁽⁹⁾ À cet effet, il n'y a qu'à rappeler le terme de liberté négative lancé par Isaiah BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Toronto : Oxford University Press, 1969.

contre les ingérences de l'État et, plus largement, comme comportant des droits civils et politiques opposables à la société. De plus, la philosophie libérale reconnaît et respecte la capacité de l'individu à définir sa propre conception du bien⁽¹⁰⁾. Ceci implique nécessairement qu'il ne peut y avoir un bien commun imposé par la société dans son ensemble. La seule limite consiste à la coexistence minimale avec les autres et donc, à un agencement des libertés individuelles. Cette limite n'en est pas vraiment une puisqu'elle émane de la logique propre à la liberté individuelle. Celle-ci n'est réalisable et viable qu'avec la coordination de la liberté des autres. Il s'agit d'une condition *sine qua non* plutôt qu'une limitation extrinsèque, et imposée en vertu d'un bien commun substantiel et indépendant de la logique individuelle.

Le qualificatif de classique pour le libéralisme suggère précisément la force de l'idéal de cette liberté entièrement autodéterminée par le monde occidental⁽¹¹⁾. Elle permet la redéfinition des conditions de notre existence, ainsi que la maîtrise de ce qui auparavant a pu nous dominer. Évidemment, cette conception de la liberté peut et s'est prêtée à la radicalisation, en ce qu'elle est considérée comme l'absence de toute contrainte. Le sujet humain s'assimile alors à une pure rationalité monologique et autorégulatrice, et cette vision unilatérale confirme une doctrine atomistique et instrumentale de l'individu⁽¹²⁾.

Toutes ces remarques sur l'individu s'appliquent, à quelques différences près, à l'État au niveau international. Nous avons, au préalable, établi la corrélation intime entre la modernité et la souveraineté. Cette dernière instaure une politique profane en

⁽¹⁰⁾ M. J. SMITH, *loc. cit.*, note 1, pp. 209, 210.

⁽¹¹⁾ C. TAYLOR, *op. cit.*, note 8, p. 126.

⁽¹²⁾ M. J. SMITH, *loc. cit.*, note 1, p. 209 ; C. TAYLOR, *op. cit.*, note 8, p. 127.

ramenant la liberté des hommes à eux-mêmes⁽¹³⁾. En effet, les ordres anciens délétaient les hommes de toute responsabilité puisque le monde n'était pas l'objet de leur libre construction. Avec la modernité et, plus spécifiquement avec la souveraineté, Dieu ne représente plus la fondation ultime de la loi et de l'autorité. Ce n'est pas dire que les hommes récusent en bloc son existence mais celle-ci ne joue plus un rôle dans la liberté humaine. Pour cette raison, nous avons déjà caractérisé ce phénomène de privatisation de la religion. De la même façon, la nature ne figure plus un cosmos hiérarchisé qui attribue une place prédéterminée à l'homme. Le sujet est devant et domine la nature-objet, d'où l'essor sans précédent de la raison instrumentale. La nature, pour reprendre les termes de Descartes, se transforme en une *res extensa* ou une "substance étendue" manipulable et calculable. Le principe de souveraineté rompt définitivement avec les cosmologies anciennes en ordonnant, de façon autonome, la vie de la communauté humaine. Aussi, la souveraineté incorpore véritablement cette nouvelle liberté des hommes. Elle tend à la conservation des communautés et des individus qui les composent ainsi qu'à la liberté de ces êtres communs⁽¹⁴⁾.

Rappelons-nous maintenant le mécanisme de l'analogie domestique qui prétend essentiellement que l'État est à la société des États ce que l'individu est à l'État. L'analogie domestique libérale va donc transférer les droits et les libertés de l'individu libéral à l'État⁽¹⁵⁾. Par conséquent l'État-sujet est, selon la perspective du libéralisme classique, un agent rationnel, monologique et autonome. Il bénéficie d'une liberté négative qui s'inscrit à l'intérieur du principe de non-intervention. L'État possède une

⁽¹³⁾ Les développements qui suivent s'inspirent de Gérard MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, coll. Folio/essais, Paris, éd. Gallimard, 1997, p. 12.

⁽¹⁴⁾ *Id.*, p. 11.

⁽¹⁵⁾ Daniel WARNER, "An Ethic of Responsibility in International Relations and the Limits of Responsibility/Community", (1993) 18 *Alternatives* 431, p. 436.

zone privée (juridiction domestique) où sa liberté d'action n'est, en principe, aucunement entravée par les normes du droit international⁽¹⁶⁾.

Nous avons déjà évoqué les critiques faites à l'analogie domestique en général. En particulier celle qui réfute les assomptions psychologiques sur l'individu et, subséquemment leur transfert à l'État. Les *Critical Legal Studies* reprennent, à bon escient selon nous, cette critique devant l'analogie domestique libérale. Le libéralisme classique, et en cela il ne fait pas exception à la règle, repose sur des fondements philosophiques et il porte nécessairement un jugement sur la nature humaine. De cette interprétation d'une nature humaine, il dérive des conséquences sociales⁽¹⁷⁾. De la même façon, l'ordre libéral international agence une assomption psychologique atomistique et une épistémologie singulière de la moralité⁽¹⁸⁾. Premièrement, la compréhension libérale pose la souveraineté comme la fondation ultime de la vie internationale. En d'autres mots, l'État souverain tout comme l'individu à l'interne constitue le plus petit dénominateur, l'unité irréductible de l'analyse de la vie internationale. L'État souverain est à la fois objet et sujet. La souveraineté, en tant que principe fondamental, demeure au-delà du questionnement et, en ce sens, elle incarne implicitement une vérité de l'ordre de l'objectivité. Deuxièmement, l'épistémologie radicale et libérale avance la subjectivité et le particularisme des valeurs. Il n'existe pas une morale universelle ou, si elle existe, elle reste insaisissable.

⁽¹⁶⁾ R. H. JACKSON, *op. cit.*, note 2, p. 27 ; G. J. SIMPSON, *loc. cit.*, note 6, p. 113.

⁽¹⁷⁾ Nicholas Greenwood ONUF, *World of our Making : Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, coll. *Studies in International Relations*, Columbia, University of South Carolina Press, 1989, p. 164.

⁽¹⁸⁾ À cet effet et pour les développements suivants, voir N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, pp. 93, 94.

La conjonction de l'assomption atomistique et de l'épistémologie subjectiviste entraîne logiquement une égalité formelle des États. C'est-à-dire que les décisions d'ordre moral et, par conséquent, les engagements juridiques, ne peuvent s'effectuer qu'à partir de l'unité irréductible qu'est l'État souverain⁽¹⁹⁾. Leur validité ne dépend que de cette condition formelle. Cette conjonction repousse donc toute idée de valeurs communes et substantielles. Nous entendons, par cette dernière expression, des valeurs qui excèdent la simple addition des valeurs individuelles tenues par chaque État souverain.

Le lien entre le libéralisme et le contractualisme repose sur un scepticisme commun à l'égard des fins d'où une concentration accrue sur les moyens et la raison instrumentale. Sans nécessairement tendre vers la perspective atomistique où l'individu et l'État rejettent tout lien social, ces deux courants s'éloignent de l'hypothèse d'une relation organique ou naturelle entre l'individu et sa communauté ou entre l'État et la société des États⁽²⁰⁾. Néanmoins, il est possible de conclure à une plus grande acceptation de l'assomption atomistique au niveau international. Les États souverains, nous l'avons vu lors du premier chapitre, ont pu prétendre à la viabilité d'un état de nature, d'une autonomie qui ne menaçait en rien la conservation de leur être commun. Cette indépendance, selon les théoriciens classiques du contrat social, ne se posait pas vraiment pour l'individu. Celui-ci devait établir un contrat sociétal afin justement de préserver son existence.

⁽¹⁹⁾ *Id.*, pp. 94, 95.

⁽²⁰⁾ David R. MAPEL, "The Contractarian Tradition and International Ethics", in T. NARDIN and D. R. MAPEL (eds.), *op. cit.*, note 1, pp. 180- 200, p 186.

L'apport inestimable de l'analogie libérale au niveau international consiste à protéger chaque État dans la poursuite de sa conception du Bien⁽²¹⁾ et, plus schématiquement, cette protection autorise la différence. Si le principe de souveraineté risque de perdurer, c'est précisément parce qu'il englobe une rationalité formelle et instrumentale qui interdit l'imposition de valeurs substantielles. En ce sens, il sauvegarde les États d'un totalitarisme moral et juridique⁽²²⁾. Le danger ne réside pas tant dans les valeurs communes en soi mais bien dans le traitement de cet idéal, dans l'obligation coercitive pour les hétérodoxes de s'y conformer.

L'analogie domestique libérale établit au niveau international le concept de la *Rule of Law*. En d'autres termes, elle instaure une procédure formelle et légale qui évite spécifiquement un ordre axé sur des notions substantielles, telles que la justice ou encore le bien commun⁽²³⁾. L'adoption d'une pratique procédurale s'explique en vertu de l'épistémologie radicale qui considère ces valeurs comme manipulables car invérifiables. Au lieu de chercher à découvrir un bien commun, par ailleurs insaisissable, le système légal international attribue des droits et des obligations aux États. Cette attribution se comprend toujours en fonction de l'unité irréductible de l'analyse qu'est l'État souverain. Les droits et les obligations proviennent obligatoirement de cette unité, conformément à l'assomption atomistique de départ, et non en vertu de quelques valeurs substantielles. Le système légal ne consacre pas un idéal de vie internationale autonome ou encore indépendant de la volonté des sujets du droit international⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Martti KOSKENNIEMI, "The Future of Statehood", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 397, p. 404.

⁽²²⁾ *Id.*, p. 407.

⁽²³⁾ *Id.*, p. 402.

⁽²⁴⁾ *Id.*, p. 404.

Le rejet de la possibilité d'un bien commun international oriente l'attention vers l'unité irréductible qu'est l'État souverain. Il concentre l'effort sur la différenciation de ces unités d'analyse par le biais de la frontière. Nous avons déjà mentionné l'importance des frontières conceptuelles dans la génération des pratiques sociales. En droit international, la frontière s'édifie autour d'une distinction entre les sphères privée et publique. La première correspond à l'interne alors que la seconde représente l'externe. Le terme public désigne le monde en lui-même⁽²⁵⁾. C'est-à-dire le monde en ce qu'il est commun à tous, incluant les générations passées et futures. De cette façon, il se distingue des places individuelles occupées par chaque État souverain. La sphère publique représente donc le lieu privilégiant la rencontre avec les autres. Les paroles et les actions qui s'y déroulent jouissent d'une publicité, car elles peuvent être entendues et vues de tous. À l'inverse, le domaine privé rappelle l'individuel, le particulier ou encore le personnel. Il se résume essentiellement par l'absence ou la privation des autres. Conséquemment, les actions et les paroles sont soustraites du regard de l'autre, elles ne l'intéressent pas. La distinction d'une sphère privée ou interne au niveau international implique qu'elle n'est pas directement soumise au droit international et qu'elle est protégée contre les ingérences des autres États. Idéalement, les activités internes n'intéressent que l'État concerné. Cette délimitation reproduit la construction légale privé/public élaborée spécifiquement dans le cadre du système national occidental⁽²⁶⁾.

Nous avons vu qu'un certain courant libéral, que nous avons qualifié de classique pour les besoins de la cause, suggère l'image radicale d'un individu posé en

⁽²⁵⁾ Pour une analyse des sphères privée et publique, voir Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, coll. Agora, éd. 1992, Cox & Wyman Ltd., Presse Pocket, Calmann-Lévy, pp. 89 à 115.

⁽²⁶⁾ Kristen WALKER, "An Exploration of Article 2(7) of the United Nations Charter as an Embodiment of the Public/Private Distinction in International Law", (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 173, p. 173.

isolation. Ce courant est repris voire amplifié avec la transposition internationale. L'État devient l'unité irréductible de toute analyse internationale, il est la source de toute obligation légale ou morale. L'assomption atomistique implique nécessairement une autodéfinition ou une autocréation exclusive de l'État au travers de ses projets individuels, et ce pur subjectivisme a accentué d'autant plus l'importance de la sphère privée au niveau international. Le domaine réservé ou la juridiction exclusive aménage précisément un espace physique d'autocréation, libre de toute interférence publique et donc du regard de l'autre. L'équation entre le privé et la liberté pose un certain nombre de problèmes. Généralement, elle consolide la représentation d'une sphère publique internationale remplie de dangers et de contraintes qui entravent l'autodétermination et le bien-être de l'État souverain. De plus, cette vision néglige les dangers et la violence qui proviennent de l'interne car la sphère nationale peut s'avérer antinomique à la liberté des individus qui la composent si l'on en juge par le seul exemple des quasi-États⁽²⁷⁾. Dans cette hypothèse, les dangers peuvent se trouver dans une société civile embryonnaire, éclatée ou divisée, dans des institutions gouvernementales corrompues, bref dans l'absence d'une sphère publique à l'interne.

L'ordre international repose en général sur la philosophie libérale car il ne vise que la protection des buts individuels de chaque État et ce, dans la mesure où les buts en question ne portent pas préjudice à ceux des autres États. Autrement dit, l'ordre est animé essentiellement par des finalités privées. Cette protection s'appuie en premier lieu sur une démarcation entre la juridiction domestique ou privée et la sphère internationale ou publique. En deuxième lieu, elle oppose le principe de non-intervention aux actions et aux prétentions normatives qui ne respectent pas les fondements privés de l'ordre international. En vertu de la spécificité même de ces

⁽²⁷⁾ Molly COCHRAN, "The Liberal Ironist, Ethics and International Relations Theory", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 29, p. 51.

fondements, l'organisation dichotomique du monde a autorisé une inflation excessive de la sphère privée au détriment de la sphère publique.

Encore une fois, la différenciation privé/public opère suivant la procédure logocentrique décrite lors du premier chapitre. La sphère privée représente le terme significatif, fondationnel et immédiat. Pourrait-il en être autrement considérant son association avec la souveraineté interne ? À l'inverse, la sphère publique est marginalisée et son existence dépend entièrement du premier terme. Il devient dès lors difficile de qualifier la sphère internationale de publique si elle se confond aux finalités privées des États souverains. En effet, le mot public ne désigne-t-il pas fondamentalement un monde commun, partagé, un espace aménagé pour la rencontre de l'Autre ? L'idéologie libérale atomistique anéantit implicitement l'idée et la possibilité d'un domaine public relativement autonome. Compte tenu de ces conditions, la place du droit international semble être singulièrement circonscrite.

1.2 L'article 2(7) de la Charte de l'ONU, flambeau de la souveraineté

La dichotomie privé/public se retrouve explicitement à l'article 2(7) de la Charte des Nations Unies. Ce principe fondamental s'énonce comme suit : "Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII." Nous avons discuté jusqu'ici de la dichotomie libérale qui sous-tend en général l'organisation internationale. L'article 2(7) représente une manifestation particulière de cette dichotomie. En effet, il ne gouverne que la compétence des Nations Unies. Les interventions unilatérales d'un État dans le domaine privé d'un autre figurent, quant

à elles, d'une manifestation différente de la dichotomie et elles tombent plutôt sous la prohibition coutumière de la non-intervention⁽²⁸⁾.

La continuité logique exige que les matières, qui ne relèvent pas essentiellement de la compétence nationale des États souverains, soient récupérées par la sphère publique ou externe. De cette façon, elles peuvent faire l'objet d'une réglementation internationale et ce, malgré le défaut d'une mention expresse du droit à l'intérieur de l'article 2(7). Nous avons délibérément utilisé le terme de récupération pour souligner la primauté du pôle privé sur le public dans la catégorisation des matières, et ceci conformément à la procédure logocentrique. Il va de soi que cette procédure peut être théoriquement inversée. Ainsi, les matières qui ne tombent pas, en premier lieu, sous le coup d'une règle internationale relèvent de la sphère privée. Ce renversement, quoique soutenu par certains juristes qui désirent un droit supranational⁽²⁹⁾, c'est-à-dire un droit au-dessus des volontés étatiques, ne correspond pas au schéma libéral international qui a accordé jusqu'alors une prépondérance à l'État souverain et à sa finalité privée.

L'article 2(7) est fondamental pour l'allocation de la compétence légale entre, d'un côté, l'organisation onusienne et, d'un autre côté, les États souverains et individualisés. Il importe donc la puissance d'une hiérarchie normative si celle-ci est déterminée par le pouvoir de dire où est le droit⁽³⁰⁾. Cet article a donc été envisagé à l'instar d'une constitution non écrite, ou encore comme la pierre angulaire de la

⁽²⁸⁾ K. WALKER, *loc. cit.*, note 26, pp. 174 et 199.

⁽²⁹⁾ J. S. WATSON, "Autointerpretation, Competence, and the Continuing Validity of Article 2(7) of the UN Charter", (1977) 71 *American Journal of International Law* 60, p. 83.

⁽³⁰⁾ *Id.*, p. 66.

légitimité pour toute action entreprise par l'ONU⁽³¹⁾. Les seules interventions nommément admises dans les affaires internes d'un État résident dans les actions en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, prévues au chapitre VII. La constatation de ces conditions est réservée au Conseil de sécurité. Ce chapitre se distingue notamment du chapitre VI car celui-ci est axé sur le consentement des parties à un différend et, en ce sens, il respecte la primauté libérale généralement accordée à l'État souverain.

Hormis les situations prévues au chapitre VII, l'organisation internationale nécessite le consentement de l'État concerné. Cette nécessité est présente dès la création d'une obligation internationale comme nous le verrons plus loin. Cette perspective explique la source de l'obligation légale par le consentement individuel de l'État. La logique libérale peut être poussée à un point extrême. Ainsi, dans un premier temps, le consentement de l'État à une règle de droit est obligatoire pour que celle-ci lui soit opposable. Dans un deuxième temps, un État ne peut être lié par une interprétation externe d'une règle à laquelle il a préalablement consenti, dans la mesure où il n'a pas abandonné son pouvoir interprétatif à un organe quelconque⁽³²⁾. Cette dernière remarque soulève précisément les difficultés sous-jacentes à l'article 2(7) de la Charte. En effet, il ne nous indique pas quel est l'organe autorisé à interpréter si, oui ou non, une matière relève de la compétence nationale, d'où la problématique entourant l'article 2(7). Est-ce l'organisation des Nations Unies ou bien l'État souverain ? Une règle de droit ne s'applique pas automatiquement à un cas particulier. Plus spécifiquement, l'expression "compétence nationale" n'évoque rien en soi, elle exige une interprétation. La Charte, dans son ensemble, demeure silencieuse sur la

⁽³¹⁾ Thomas M. FRANCK, "The Security Council and "Threats to the Peace" : Some Remarks on Remarkable Recent Developments", dans *Le développement du rôle du Conseil de sécurité*, colloque de La Haye 1992, Académie du droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers (1993), pp. 83 - 110, p. 83.

⁽³²⁾ J. S. WATSON, *loc. cit.*, note 29 p. 61.

question de la détermination de la juridiction domestique⁽³³⁾. Est-ce le droit international ou le droit national de chaque État ?

Si nous reconnaissons une quelconque influence au libéralisme à tendance atomistique sur la scène internationale, il nous faut alors accepter le caractère nécessairement subjectif de l'interprétation. En d'autres termes, le libéralisme classique conduit les États vers l'auto-interprétation. Cette affirmation découle essentiellement de l'égalité souveraine des États qui refuse, en théorie, une hiérarchie normative internationale. De plus, il ne faut pas sous-estimer la force du passé et des traditions dans l'agir étatique. Pendant plusieurs siècles, les États ont été les juges et exécuteurs de leur propre cause. L'adoption du Pacte de la Société des Nations ou de la charte des Nations Unies ne se combine pas avec une éradication instantanée des habitudes fortement enracinées et reliées à la survie même de l'État. Par conséquent le silence concernant l'autorité interprétative n'a pas entraîné, au départ et dans la pratique, un transfert de cette autorité vers les organes compétents de l'ONU. Christiane Alibert⁽³⁴⁾ note, à titre d'exemple, que les rédacteurs de la Charte ont voulu aller trop vite en proposant une justice publique à des États qui exerçaient jusqu'alors une justice fondamentalement privée. Nier totalement le caractère auto-interprétatif implique également un manque d'effectivité des règles du droit international. L'organisation onusienne peut se voir attribuer une compétence interprétative, mais celle-ci demeurera uniquement magistrale si elle n'a pas les moyens légaux à sa disposition pour appliquer les règles⁽³⁵⁾. Ces moyens restent dépendants de la volonté

⁽³³⁾ Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus Finnish Lawyers' Publishing Co., 1989, pp. 214, 215.

⁽³⁴⁾ Christiane ALIBERT, *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*, coll. Bibliothèque de droit international (Charles Rousseau), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 22.

⁽³⁵⁾ J. S. WATSON, *loc. cit.*, note 29, pp. 65 et 68.

individuelle des États. Aussi, attribuer exclusivement l'autorité interprétative aux organes compétents de l'ONU peut miner à long terme la légitimité de l'organisation dans son ensemble, si cette autorité n'a aucune emprise sur la pratique étatique. Cette brève allusion à un *Rule of Law* sans fondation dans la réalité fera l'objet d'une étude systématique au cours de ce chapitre.

Parallèlement, une reconnaissance minimale de l'auto-interprétation contient le risque d'une dégénérescence communicationnelle. Si les États s'enferment respectivement dans le droit de définir unilatéralement et sporadiquement les termes qu'ils utilisent, alors il devient impossible de voir dans cette inclination la source d'un langage à proprement parler. Chacun se retire dans son propre monde tout en conservant, comme seule exigence, une certaine cohérence à l'intérieur de sa terminologie privée⁽³⁶⁾. Les mots perdent toute signification commune et indiscutable et ceci témoigne de la privation plus large d'un monde commun, d'une sphère publique qui assure la rencontre de l'Autre. Est-il nécessaire d'ajouter que la force éventuelle du droit international, manifestation singulière d'un langage, est réduite dans ces conditions à zéro ? Le pôle privé de la dichotomie libérale a évacué complètement le pôle public.

Ceci ne veut pas dire que l'article 2(7) n'est jamais utilisé à bon escient. Les États peuvent, en effet, soumettre une solide argumentation juridique sur la définition de la compétence nationale. Néanmoins, il semble possible d'affirmer que l'article 2(7) a fréquemment été soulevé pour retarder voire contrecarrer le fonctionnement normal des organes de l'ONU⁽³⁷⁾. Autrement dit, il peut procéder à l'instar d'un moyen dilatoire. À l'extrême, l'article 2(7) peut signifier pour un État la clôture d'un

⁽³⁶⁾ Hannah ARENDT, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, coll. Folio/essais, Paris, éd. Gallimard, 1995, p. 127.

⁽³⁷⁾ C. ALIBERT, *op. cit.*, note 34, pp. 480 à 483.

débat à peine amorcé s'il a interprété définitivement et unilatéralement une matière comme relevant de sa juridiction domestique.

La Cour permanente de justice internationale, dans les *Décrets sur les nationalités*⁽³⁸⁾ semble insinuer, à première vue, une marge de manoeuvre restreinte pour les États dans l'interprétation de la juridiction domestique. Plus spécifiquement, cette affaire avance l'idée d'une souveraineté ou d'une juridiction domestique relative au temps et à l'espace et que la délimitation dépend du développement des relations internationales et, par conséquent, de la réglementation juridique en vigueur au moment du litige⁽³⁹⁾. La détermination de la compétence nationale appartient au temps, qui par définition n'est pas statique, et à l'espace ou encore au degré d'engagement de chaque État. Selon cette approche, le droit international limite la compétence nationale des États et ce postulat légal semble généralement accepté⁽⁴⁰⁾. Les matières que le droit international ne régleme pas tombent dans le domaine réservé des États. Aussi, l'étendue du champ national est inversement proportionnel au champ international. Ces remarques limitent *a priori* l'interprétation que peuvent donner les États de l'article 2(7). Toutefois, ces remarques ne contredisent pas la philosophie libérale qui veut que le droit international procède, au départ, de la volonté des États. De plus, les États peuvent conserver le monopole de l'autorité interprétative sur la compétence nationale. Cette perspective a d'ailleurs été confirmée subséquemment dans la célèbre *affaire du Lotus*⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ *Décret sur les nationalités en Tunisie et au Maroc*, C.P.J.I. Recueil 1923, série B, n° 4, p. 24.

⁽³⁹⁾ Rosalyn HIGGINS, "Intervention and International Law", in Hedley BULL (ed.), *Intervention in World Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 24 - 44, p. 31 ; Kelly Kate PEASE and David P. FORSYTHE, "Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics", (1993) 15 *Human Rights Quarterly* 290, p. 293.

⁽⁴⁰⁾ K. WALKER, *loc. cit.*, note 26, pp. 176 et 179.

⁽⁴¹⁾ C. P. J. I. Recueil 1927, série A, n° 10, p. 4.

En effet et dans le cas nous intéressant, cette affaire soutient le principe que les limitations à l'indépendance des États ne se présument pas, et que les règles de droit liant les États découlent de la volonté de ces derniers. Ces considérations concordent avec une interprétation souple et large de la souveraineté des États, qui incarne le point de départ de toute analyse internationale à l'instar de la liberté individuelle à l'intérieur d'un ordre national libéral⁽⁴²⁾. Dire que le droit international limite la compétence nationale n'implique pas, ultérieurement, que les organes de l'ONU se sont vus octroyer l'autorité interprétative. Il nous faut plutôt retenir de l'*affaire des Décrets* que la juridiction domestique est une question relative au temps et à l'espace et donc, qu'elle est dépourvue d'un contenu inhérent ou naturel.

La problématique de la juridiction domestique constitue toujours un sujet d'actualité, d'autant plus qu'elle a suscité un regain d'intérêt, notamment depuis la Guerre du Golfe et la rhétorique d'un nouvel ordre mondial. Le début des années 1990 coïncide avec une recrudescence de l'activité politique de l'Organisation des Nations Unies. Cette activité tire principalement son origine de l'interprétation élargie par le Conseil de Sécurité de l'exception prévue à l'article 2(7) concernant le chapitre VII⁽⁴³⁾. Le Conseil de Sécurité a toujours été l'organe autorisé à déterminer si les mesures du chapitre VII peuvent être établies et, en cela, il a contribué à la délimitation du domaine réservé. Dans les faits et à l'intérieur d'un système politique bipolaire, son rôle a été restreint. Néanmoins, et quoique ce regain d'activité soit théoriquement souhaitable, le Conseil de Sécurité reste prisonnier d'une composition

⁽⁴²⁾ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, p. 221.

⁽⁴³⁾ La littérature étant abondante à ce sujet, voir plus précisément Anthony Clark AREND, "The United Nations and the New World Order", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 491, pp. 492 à 497 ; John H. BARTON and Barry E. CARTER, "International Law and Institutions for a New Age", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 535 ; Jost DELBRÜCK, "A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations", (1992) 67 *Indiana Law Journal* 887, ; T. M. FRANCK, *loc. cit.*, note 31.

fondamentalement politique et, par conséquent, il est subordonné au climat idéologique du moment. D'où certaines propositions visant la modification de la composition du Conseil de Sécurité et du droit de veto des grandes puissances. D'autres s'éloignent de la composition du Conseil pour se tourner, d'une façon plus pragmatique, vers l'encadrement du pouvoir décisionnel. Anthony Arend ⁽⁴⁴⁾ demande justement un ensemble de critères, adopté explicitement par le Conseil de Sécurité, afin de guider celui-ci dans la détermination d'une situation. Les matières en question tombent-elles dans le champ de la compétence nationale ou plutôt dans l'exception du chapitre VII ? Cette proposition, sans enrayer le subjectivisme inhérent au phénomène interprétatif, entreprise par ailleurs vouée à l'échec, possède le mérite d'atténuer l'aspect purement stratégique des décisions pour y inclure un langage commun et normatif.

Inévitablement, la teneur de cette proposition et d'autres similaires peuvent susciter l'incrédulité devant l'ordre établi d'inspiration libérale. En effet ces propositions, en introduisant des critères normatifs explicites dans la prise d'une décision sous l'article 2(7), heurtent la pureté de l'assomption atomistique qui ramène toute analyse à l'unité irréductible de l'État souverain. Elles diminuent le pouvoir auto-interprétatif des États à long terme tout en encadrant le Conseil de sécurité. De plus, la seule mention d'une normativité génère un malaise correspondant pour les tenants de l'épistémologie radicale sur les valeurs, car ce concept semble brimer *a priori* la liberté des agents. Cependant, il faut bien admettre que la dichotomie privé/public débute avec et reproduit un choix normatif. La valeur de la liberté est hiérarchisée, elle ordonne la pensée internationale. Le domaine privé, ou encore celui du laisser-faire international, procède d'une réglementation par abstention⁽⁴⁵⁾. Le droit international, en permettant cette sphère et les activités qui s'y déroulent, sous-tend une

⁽⁴⁴⁾ A. C. AREND, *loc. cit.*, note 43, pp. 528, 529.

⁽⁴⁵⁾ K. WALKER, *loc. cit.*, note 26, p. 183.

organisation normative du monde. Il entérine le choix libéral d'un État autonome et à la poursuite de son intérêt national.

1.3 Le mythe de l'égalité souveraine des États

L'image d'une anarchie internationale revient de façon persistante dans la majeure partie des théories en relations internationales. Cette image a de bon de réitérer l'absence d'un gouvernement et d'une hiérarchie entre les États souverains. En ce sens, elle accentue la différence essentielle entre le niveau national et le niveau international, différence qui peut être occultée par l'analogie domestique. L'image de l'anarchie a de mauvais la connotation péjorative qui, de l'absence d'un gouvernement, déduit un désordre complet et l'impossibilité quelconque de normes guidant l'agir étatique⁽⁴⁶⁾. Le droit international contemporain repose toujours sur le principe premier de l'égalité souveraine des États. Avec le processus de décolonisation, ce principe s'est universalisé pour devenir partie intégrante de l'imaginaire politique et juridique des individus et des collectivités. En effet, peu nombreux sont les opposants au droit "naturel" de chaque peuple à la liberté et à la création d'un État ainsi qu'à la participation de ce dernier à l'ordre international sur la base d'une égalité formelle⁽⁴⁷⁾. Le principe de l'égalité en droit international conserve de l'image politisée de l'anarchie l'absence d'un gouvernement, d'une hiérarchie ou d'une autorité unique. Le droit international libéral, à l'instar du paradigme de l'anarchie, pose comme

⁽⁴⁶⁾ Nicholas ONUF and Frank F. KLINK, "Anarchy, Authority, Rule", (1989) 33 *International Studies Quarterly* 149, p. 170.

⁽⁴⁷⁾ Robert A. KLEIN, *Sovereign Equality Among States : the History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 165.

principal acteur l'État souverain, et celui-ci se caractérise fondamentalement par les attributs d'unité, de rationalité et d'indépendance⁽⁴⁸⁾.

Le principe de l'égalité souveraine qui dépeint l'État au niveau international représente essentiellement un concept d'unification et de simplification⁽⁴⁹⁾. Nous avons déjà mentionné l'importance de la catégorisation et de l'identification dans le processus visant à rendre intelligible un monde hautement complexe. Le concept de l'égalité souveraine joue précisément ce rôle en assujettissant des États phénoménologiquement divers à l'intérieur d'un genre commun et juridique. Il aplanit les singularités propres à chaque État pour ne retenir que leur ressemblance⁽⁵⁰⁾ et, de cette façon, il contribue à l'efficacité de l'ordre juridique international. Il faut retenir que cette catégorisation ne constitue pas une exception propre au droit international. Au contraire, elle soutient la formation des savoirs. De plus, l'égalité souveraine, en attribuant une identité, fait véritablement venir à l'existence sociale et légale les États⁽⁵¹⁾. Ce rôle primordial a été particulièrement évident lors de la décolonisation. En effet, cette époque est confrontée à une multitude d'entités politiques, toutes différentes les unes des autres. L'égalité souveraine les constitue en États. Nous avons également étudié le schéma typiquement occidental de la rencontre avec l'altérité; schéma influencé par Todorov dans la *Conquête de l'Amérique*. L'égalité souveraine incarne une alternative dans la façon d'aborder la différence et la complexité internationale. Elle efface les

⁽⁴⁸⁾ Stephen A. KOCS, "Explaining the Strategic Behavior of States : International Law as System Structure", (1994) 38 *International Studies Quarterly* 535, p. 539.

⁽⁴⁹⁾ Voir à cet effet Jean-Denis MOUTON, "La notion d'État et le droit international public", (1992) 16 *Droits* 45, p. 54.

⁽⁵⁰⁾ Pierre GUENANCIA, "L'indentité", dans Denis KAMBOUCHNER (dir.), *Notions de philosophie. II*, coll. Folio/essais, Paris, éd. Gallimard, 1995, pp. 563 - 635, pp. 569, 570.

⁽⁵¹⁾ *Id.*

différences entre les États en les reléguant à l'interne tout en leur attribuant une souveraineté-identité formelle et juridique à l'externe.

Ces dernières remarques insistent sur un aspect qui, selon nous, est malheureusement occulté par une majeure partie de la littérature. Le concept d'égalité souveraine joue un rôle pragmatique de premier plan dans l'efficacité et dans l'intelligibilité de l'ordre juridique international. Cet aspect est occulté, disions-nous, au profit d'une autre discussion qui dénonce, fort justement par ailleurs, l'inégalité matérielle au-delà d'une égalité formelle et légale. Outre cette condition d'efficacité, l'égalité souveraine est la conséquence inévitable de la philosophie libérale. En effet, ce concept dérive logiquement du scepticisme radical sur les valeurs⁽⁵²⁾. Rappelons-nous que cette perspective relativiste et subjectiviste refuse, dès le départ, l'hypothèse de l'universalité des valeurs. Cette assumption conduit nécessairement à un ordre égalitaire où chaque partie poursuit son but autodéterminé, et non à la fondation d'une autorité unique et hiérarchique qui impose des valeurs. L'idée d'un ordre horizontal repose plutôt sur la persuasion et l'adhérence volontaire des parties à une position quelconque au travers d'une argumentation⁽⁵³⁾. *A priori*, l'autorité est antinomique à l'ordre égalitaire. Si nous prenons l'égalité souveraine des États au sérieux, il nous faut reconnaître que le droit international tend vers la persuasion et non vers le commandement hiérarchique. Nous reviendrons plus longuement sur cette affirmation car cette spécificité du droit international a contribué parallèlement à son discrédit auprès des positivistes.

Pour le moment, revenons plus spécifiquement sur la discussion répandue qui consiste à taxer le concept de l'égalité souveraine des États de pur légalisme. En effet,

⁽⁵²⁾ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, pp. 45 et 72.

⁽⁵³⁾ H. ARENDT, *op. cit.*, note 36, p. 123.

cette position conteste le caractère formaliste de la souveraineté et l'égalité juridique au motif d'une inégalité empirique entre les États⁽⁵⁴⁾. Cette inégalité factuelle peut rendre illusoire l'égalité formelle si les quasi-États n'ont pas la capacité matérielle pour contracter librement avec les autres États. Quoique cette dénonciation soulève véritablement un problème majeur, à savoir celui de la disparité sociale et économique entre les États, elle peut entraîner une déformation dans la compréhension générale du droit et, par la même occasion, miner sa légitimité. C'est-à-dire qu'une assertion en droit, telle que l'égalité souveraine des États, ne dépend pas d'une adéquation à la réalité⁽⁵⁵⁾ ; elle ne cherche pas à codifier un état de fait. Le bien-fondé de cette assertion s'appuie plutôt sur son identité avec les éléments du système conventionnel adopté par le droit. Conséquemment, un énoncé peut être vrai selon le système légal sans pour autant refléter fidèlement une réalité. Par ailleurs, cette distance entre le droit et le réel est souhaitable car elle reçoit la normativité. Si le droit se borne à copier le réel il ne guide plus l'agir, bien au contraire il est guidé autoritairement par celui-ci. Le droit est confiné à un rôle d'enregistrement, il observe un programme prédéterminé et il ne sollicite à cet effet que la rationalité instrumentale. Compte tenu de ces propos, l'assertion internationale de l'égalité souveraine des États ne prétend pas codifier un état de fait.

Loin d'être limité à l'enregistrement d'une réalité temporelle, l'égalité souveraine des États s'apparente à la fiction juridique. Celle-ci se décrit comme un procédé technique qui suppose une situation différente de la réalité afin d'en déduire

⁽⁵⁴⁾ Jacques-Yvan MORIN y voit d'ailleurs un enjeu pour les années à venir dans "La souveraineté et l'État", dans *La souveraineté au XXI^e siècle*, Premiers entretiens du Centre Jacques Cartier, colloque du 26 juin 1987, Lyon, Cahier C.D.R.E., pp. 9 - 37, p. 17.

⁽⁵⁵⁾ Jean SALMON, "La construction du fait en droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 135, p. 138.

des conséquences légales⁽⁵⁶⁾. Cette définition explique l'écart entre un fait juridique et une situation concrète car le droit s'intéresse à la matière factuelle, dans la mesure où il l'a incorporé dans des catégories abstraites. De cette façon, la fiction de l'égalité souveraine force l'équivalence entre des pays aussi dissemblables économiquement, socialement et culturellement que les États-Unis et le Botswana.

Tout comme l'exemple de l'égalité souveraine des États, le fait juridique ne renvoie pas obligatoirement à une situation matérielle préexistante. Il peut contenir une valeur⁽⁵⁷⁾. Les normes, quelles soient d'origine nationale ou internationale, contiennent explicitement ou implicitement un "devoir-faire" et, en ce sens, elles affichent des valeurs à consacrer⁽⁵⁸⁾. Celles-ci doivent guider l'ensemble des relations internationales. Pensons notamment aux normes établissant le non-recours à la force, la non-intervention dans les affaires intérieures d'un État ou encore l'égalité souveraine. Elles consacrent toutes respectivement une valeur, une façon souhaitable d'interagir, une vision des relations internationales. Ces remarques désamorcent le radicalisme abstrait du libéralisme classique. Contrairement à l'épistémologie exposée plus haut qui refuse une quelconque hiérarchie des valeurs, l'ordre libéral international en adoptant la norme cardinale de l'égalité souveraine des États consacre une valeur parmi d'autres.

La fiction se rapproche d'un moyen idéologique car elle contribue à l'acceptation du traitement de la réalité sociale brute par le droit⁽⁵⁹⁾. L'idéologie

⁽⁵⁶⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, "Origine et rôle de la fiction en droit international public", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 153, p. 154; J. SALMON, *loc. cit.*, note 55, p. 139.

⁽⁵⁷⁾ J. SALMON, *loc. cit.*, note 55, p. 142.

⁽⁵⁸⁾ *Id.*, p. 151.

⁽⁵⁹⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 56, p. 160.

s'entend ici comme un ensemble d'idées qui vise l'organisation générale du monde et de l'activité internationale. Cette acceptation n'est pas soutirée d'une façon coercitive. Elle s'appuie plutôt sur la force du langage, sur l'insinuation, sur le pouvoir propre à la nomination qui permet le détournement de la réalité en faisant venir à l'existence des idées. La force non négligeable des mots réside dans leur influence sur la disposition mentale des agents. Qui, en effet, peut se permettre de s'élever sciemment et publiquement contre l'égalité souveraine des États ? Les critiques réfèrent invariablement à l'inadéquation entre ce concept et la réalité, toutefois ils n'attaquent pas l'idée de l'égalité souveraine des États en soi car ces mots appartiennent désormais à un imaginaire collectif qui les dépasse. Quoique la métaphore puisse paraître excessive, Robert Klein⁽⁶⁰⁾ rapproche à cet effet l'égalité souveraine des États au vocabulaire B élaboré par George Orwell. Ce vocabulaire se compose de "mots formés pour des fins politiques, c'est-à-dire des mots qui, non seulement, dans tous les cas, avaient signification politiques, mais étaient destinés à imposer l'attitude mentale voulue à la personne qui les employait"⁽⁶¹⁾.

Plusieurs commentateurs décrivent les structures légales internationales comme un système mythique que les États en voie de développement affectionnent tout particulièrement⁽⁶²⁾. N'est-ce pas ce système qui a permis leur reconnaissance en leur attribuant une souveraineté *de jure* ? N'est-ce pas l'égalité souveraine des États et la norme de non-intervention qui préservent leur existence ? Incontestablement, le concept de l'égalité souveraine a maintenu historiquement l'indépendance des États

⁽⁶⁰⁾ R.A. KLEIN, *op. cit.*, note 47, p. 114.

⁽⁶¹⁾ George ORWELL, *1984*, coll. Folio, Paris, éd. Gallimard, 1950, pp. 426, 427.

⁽⁶²⁾ Joaquin TACSAN, *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 56, 57.

faibles devant les prétentions à l'hégémonie⁽⁶³⁾. De plus, cet attachement peut s'expliquer par la légitimité qu'invoque *a priori* le droit devant le pouvoir brut des puissances. Nous retrouvons, encore une fois, la force persuasive de certains mots et expressions car une simple assertion légale est rarement rejetée d'un revers de la main. Si un État avance la norme de non-intervention devant les agissements d'un autre État, il amène ce dernier à justifier sa conduite en termes juridiques et ce, en dépit du pouvoir empirique de l'État intervenant comme en témoigne l'*affaire du Nicaragua*.

L'égalité souveraine des États, toujours selon le procédé de l'analogie domestique, transfère les standards de justice de l'interne à l'externe. La dérive mythologique découle de cette transposition mécanique, qui elle-même s'appuie sur un anthropomorphisme⁽⁶⁴⁾. L'État se confond alors à un individu, il acquiert une essence inviolable et une dignité inhérente. Nous utilisons à dessein le terme d'acquisition d'une essence car cette antinomie souligne le caractère anthropomorphique de l'analogie domestique. En effet, la dérive mythologique ne fait aucune distinction entre la personne humaine et la personne morale. Elle conduit à l'effacement de la finalité pragmatique de l'État. Celui-ci ne peut représenter une fin en soi, pour reprendre les impératifs catégoriques de Kant, puisqu'il n'existe que de l'imagination de l'homme pour l'homme. Le problème soulevé par la dérive mythologique de l'égalité souveraine des États repose sur une essence métaphysique qui ne départage pas la personne humaine de la personne morale.

Les propos ci-haut dénoncent spécifiquement une dérive mythologique du concept de l'égalité souveraine des États. Qu'en est-il maintenant des critiques qui attaquent le mythe de l'égalité souveraine en tant que mythe ? Nous avons déjà abordé

⁽⁶³⁾ Surtout dans l'hypothèse des États de l'Amérique contre les États-Unis : R.A. KLEIN, *op. cit.*, note 47, p. 166.

⁽⁶⁴⁾ *Id.*, p. 6 et pp. 166, 167.

un peu plus haut la teneur de cette critique qui conteste le mythe de l'égalité devant la réalité d'une inégalité matérielle. Elle confirme, fort justement, le formalisme sous-jacent au principe de l'égalité souveraine dans un système interétatique où les disparités économique, sociale et culturelle sont évidentes⁽⁶⁵⁾. Ce formalisme légal peut aller jusqu'à entraver le pragmatisme des relations internationales. L'égalité souveraine est un concept irréaliste car il postule une similarité entre des États foncièrement différents. Cette critique vise donc fondamentalement la catégorisation au départ mais elle ne se limite pas à l'international. Elle peut être reportée à l'interne qui prescrit de la même façon une égalité juridique entre des individus dissemblables. Ceux-ci bénéficient de l'égalité en vertu d'un fondement moral qui avance leur humanité commune. Ce raisonnement vaut, à une nuance près, au niveau international. Les États bénéficient d'une égalité en vertu d'un concept conventionnel, celui de la souveraineté *de jure*. Le problème réside plutôt dans la confusion entraînée par le mythe de l'égalité entre l'aspect normatif et l'aspect descriptif⁽⁶⁶⁾. Si l'égalité est considérée comme une norme, alors elle remplit un idéal respectable. Au contraire, si elle prétend décrire une réalité factuelle alors elle engendre des erreurs. Encore une fois, cette confusion découle selon nous d'une méconnaissance de la normativité en général et non du caractère mythique de l'égalité des individus ou des États.

Il s'avère difficile de contester le caractère formaliste du droit. Celui-ci opère obligatoirement un traitement de la réalité sociale et naturelle au travers de ses catégorisations, de ses qualifications et de ses normes⁽⁶⁷⁾. Cependant, on peut à juste

⁽⁶⁵⁾ Claude Jr. INIS, "The Tension Between Principle and Pragmatism in International Relations", (1993) 19 *Review of International Studies* 215, p. 226.

⁽⁶⁶⁾ Claude Jr. INIS, "Myths about the State", (1986) 12 *Review of International Studies* 1, pp. 1, 2.

⁽⁶⁷⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 56, p. 156.

titre lui reprocher un excès de formalisme⁽⁶⁸⁾ comme la plupart des critiques semblent le faire. Autrement dit, ils condamnent une distance trop grande entre la norme et la réalité, distance qui déprécie les normes internationales. Ces excès portent atteinte à la légitimité du droit en général. L'excès formaliste éloigne le droit de l'inégalité hiérarchique qui se déplace de la sphère juridique vers les sphères économique, politique et culturelle.

Il ne suffit pas de dire que l'égalité souveraine des États est un mythe. Il faut prouver que ce mythe est vicié, contre-productif voire destructeur⁽⁶⁹⁾. Pour seulement pouvoir répondre à cette question, il faut d'abord retourner vers les fondements et la fonction du mythe en général. À cet effet nous nous appuierons, dans les paragraphes qui suivent, sur la lecture incontournable de Barthes⁽⁷⁰⁾. Étymologiquement, le mythe signifie une suite de paroles qui ont un sens⁽⁷¹⁾. Ceci nous rapproche de la définition du discours. Ce n'est qu'avec la XIX^e siècle qu'il devient plus spécifiquement une représentation idéalisée d'un état passé de l'humanité, d'un homme ou d'une idée. Le mythe est donc, avant tout, un message ou un système de communication qui a pour fin la légitimation des institutions et des pratiques sociales, politiques et juridiques. Cette fonction recoupe celle du méta-récit comme nous l'avons exposé lors du premier chapitre. Contrairement au mythe, le méta-récit tire son potentiel de légitimité dans une idée à faire advenir et non dans un acte originel et fondateur. Le mythe de la souveraineté débute avec la signature des Traités de Westphalie, en 1648. La souveraineté interne constitue également un méta-récit car elle a représenté, et ceci est

⁽⁶⁸⁾ *Id.*, p. 162.

⁽⁶⁹⁾ Philip ALLOTT, "Language, Method and the Nature of International Law", (1971) *British Yearbook of International Law* 79, p. 129.

⁽⁷⁰⁾ Roland BARTHES, *Mythologies*, coll. Essais/Points, Paris, éd. du Seuil, 1957, pp. 193 à 247.

⁽⁷¹⁾ Voir *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, t.2, éd. 1994, Paris, Dictionnaire Le Robert.

particulièrement évident avec les quasi-États, une promesse et un futur. Le mythe de l'égalité souveraine des États se déploie, quant à lui, avec le XX^e siècle et il est fondamentalement un discours, ou encore une histoire, qui possède une valeur explicative car il attribue un sens et une légitimité à l'ordre juridique international.

Il nous faut retenir le procédé par lequel il confère une légitimité à cet ordre. Le monde fournit au mythe un réel historique⁽⁷²⁾. Nous entendons ici par réel historique le réel produit et utilisé par les hommes, la façon singulière qu'ont les humains d'agencer et de structurer leur monde social. À partir de celui-ci, le mythe restitue une image naturelle et dépolitisée de ce réel. Avec le mythe, les hommes oublient leur pouvoir de fabrication, la qualité historique des choses, le caractère construit et indirectement arbitraire de leur monde. Nous retrouvons ici les caractéristiques reliées à l'autofondation, et exposées dans le premier chapitre. Le mythe, en général, attribue à la complexité des actes profanes la simplicité rassurante de l'essence. Conséquemment, le mythe de l'égalité souveraine des États transforme une intention historique et contingente, sous-jacente à la construction du monde international, en un processus naturel. Tout en chassant graduellement l'idée politique de l'homme qui construit et impose un ordre, il confère une légitimité à cet ordre "naturalisé".

Le mythe de l'égalité ne cherche pas à faire disparaître la réalité mais il vise à la transformer. Il renferme une valeur et non des faits. Pour cette raison, les hommes ne sont pas avec le mythe dans un rapport de vérité et de logique réfutable mais plutôt dans un rapport d'usage, de symbole et de dépolitisation. Considérant cette spécificité, il ne fait aucun sens de contester le mythe de l'égalité souveraine des États au motif de

⁽⁷²⁾ R. BARTHES, *op. cit.*, note 70, pp. 229 à 231.

sa fausseté ou de son irréalité. Celui-ci ne cherche pas l'enregistrement de la réalité, au contraire, il vise à la créer.

Réussit-il dans cette tâche ? Plus ou moins. Le mythe joue un rôle déterminant dans le comportement et l'appréciation des choses pour un individu ou une collectivité. Mais ce rôle mythique de l'égalité souveraine des États dépend du bon vouloir de ceux-ci. C'est-à-dire que les acteurs doivent, au préalable, utiliser le langage juridique international afin que le mythe remplisse son rôle. Il est affaibli notamment par l'inégalité matérielle qui se situe aux niveaux politique et économique. Devant l'ampleur de l'inégalité matérielle, le mythe de l'égalité souveraine n'arrive pas à "naturaliser" et à "dépolitiser" complètement l'intention historique qu'est l'égalité juridique. En ce sens, il constitue un mythe faible car il ne déforme pas la réalité, il ne frappe pas assez l'imagination au point de nous faire oublier l'inégalité empirique. Néanmoins, cette faiblesse ne remet pas directement en question l'égalité souveraine des États en soi. Autrement dit, la reconnaissance du caractère politique, historique et construit de la norme n'invalide pas, à elle seule, la justesse ou le bien-fondé de cette norme. Elle a constitué, et elle continue à le faire, le fondement incontournable de la tolérance. En effet, il faut admettre à tout le moins une égalité formelle pour seulement permettre la distinction et la différence d'un État à l'autre. La question devient : y a-t-il des différences inacceptables ? Si la réponse tend vers l'affirmative alors qui doit juger de celles-ci ? Pour l'instant, retenons que l'adoption de la norme de l'égalité souveraine des États se justifie indépendamment de sa force mythique. Elle est une réponse ou une alternative, il va de soi discutabile et révisable, propre au contexte historique, politique et juridique dans lequel nous vivons.

1.4 L'analogie domestique systématique et le droit international

Nous avons au préalable établi la méthode de l'analogie domestique qui prétend que l'État est à la société des États ce que l'individu est à la communauté domestique. Si l'individu est décrit comme un agent autonome, rationnel et autarcique alors l'État récupère ses attributs. Cette vision, chère au libéralisme classique, va déterminer ultérieurement la normativité et le caractère contraignant des normes internationales. De la même façon, l'analogie domestique est utilisée pour expliquer le droit international à partir du droit national. L'analogie domestique emprunte habituellement trois propositions⁽⁷³⁾ et celles-ci seront étudiées successivement. La première déclare que le droit international n'est pas du droit ou, indifféremment, que l'existence de normes internationales ne suffit pas à les qualifier de légales. La deuxième concède l'existence des normes internationales mais elle leur refuse toute effectivité. La troisième reconnaît également leur existence et leur influence dans le moment décisionnel toutefois, elle trouve que ces normes sont détournées de leur finalité juridique en vue de l'intérêt du plus fort.

Jusqu'à maintenant, la plupart de la doctrine concentrait ses efforts sur un questionnement ontologique qui se déroulait *grosso modo* comme suit : qu'est-ce que le droit international ? Quelle est sa définition ? Et un peu plus loin, *hic est questio* : le droit international est-il du droit ? Cette préoccupation ontologique peut s'expliquer devant l'incertitude conceptuelle et l'ambiguïté générées par la spécificité du droit international par rapport au droit national. Tous les angles d'analyse, pensons à l'étude des sources du droit international, à sa nature ou encore à son caractère

⁽⁷³⁾ Friedrich KRATOCHWIL, "Thrasymachos Revisited : On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations", (1984) 37 *Journal of International Affairs* 343, pp. 343, 344.

contraignant, cherchent de façon ultime l'essence de ce droit⁽⁷⁴⁾ afin de le rendre intelligible. Néanmoins, nous soumettons que cette obsession ontologique a réciproquement contribué à l'incertitude conceptuelle et à l'ambiguïté du droit international.

La qualification du droit international va donc être intimement liée à la définition que l'on donne du droit en général⁽⁷⁵⁾. En effet, l'existence ou la non-existence du droit international va dépendre essentiellement des définitions nominales et pointilleuses élaborées dans le cadre national⁽⁷⁶⁾. Selon nous, cette approche ne nous aide pas à comprendre la spécificité du droit international. Il faut plutôt penser le droit philosophiquement, ce que nous tâcherons de faire au cours de la deuxième partie de cette thèse, afin de pouvoir cerner le statut du droit international. Car la recherche d'une essence transcendante et unique nous distrait du rôle fondamental des définitions et des catégories. Celles-ci ne décrivent pas la réalité, au contraire, elles la créent au travers des pratiques. Les définitions comportent toujours la position épistémologique du chercheur⁽⁷⁷⁾.

La première proposition reliée à l'analogie domestique consiste donc à avancer une définition nominale du droit, pour ensuite disqualifier le droit international. Cette proposition radicale a été la plus fréquente mais elle est aussi la plus facile à réfuter⁽⁷⁸⁾. Il suffit de contester la définition nominale adoptée au départ. Le positivisme d'ordre

⁽⁷⁴⁾ James BOYLE, "Ideals and Things : International Legal Scholarship and the Prison-House of Language", (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 327, p. 330.

⁽⁷⁵⁾ Hans KELSEN, "Théorie du droit international public", (1953 - III) 84 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 5, p. 9.

⁽⁷⁶⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 73, p. 344.

⁽⁷⁷⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 74, pp. 331, 332.

⁽⁷⁸⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 73, p. 344.

scientifique pose une équation entre l'existence d'une règle juridique internationale et la régularité dans les conduites et les pratiques. Cette équation, nous l'avons déjà mentionné, confine le droit à l'enregistrement du réel, et en ce sens, il ne se distingue plus de celui-ci. Par ce fait même, le droit perd toute connotation normative, il n'est qu'une description sociologique. Un autre courant positiviste, d'ordre légal, est représenté par la figure emblématique d'Austin et il possède toujours une certaine influence dans la définition du droit⁽⁷⁹⁾. L'essence du droit est contenue dans une pure facticité, celle d'une relation commandement/obéissance⁽⁸⁰⁾. Autrement dit, les normes se résument à des commandements impératifs assortis de sanctions⁽⁸¹⁾. Cette définition présuppose nécessairement l'existence d'un souverain, soit un individu ou un groupe, qui impose sa volonté dans la direction des comportements humains⁽⁸²⁾. Cette théorie, largement répandue jusqu'alors de par sa simplicité à circonscrire l'essence du droit, refuse cette essence au droit international. Ce refus découle principalement de l'absence d'un souverain hiérarchique qui impose sa volonté et ses commandements au niveau international⁽⁸³⁾. Au contraire, la scène internationale se distingue par l'horizontalité des relations étatiques et non pas un pouvoir vertical et hiérarchique. Selon les dires d'Austin, le droit international se confond, tout au plus, à une "moralité positive", c'est-à-dire qu'il décrit ce qu'il doit être et enregistre les conduites effectivement en vigueur⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁹⁾ Nicholas ONUF, "Do Rules Say What They Do ? From Ordinary Language to International Law", (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 385, pp. 395, 396 ; Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 51.

⁽⁸⁰⁾ Antonio TRUYOL SERRA, "Souveraineté", (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 313, p. 321.

⁽⁸¹⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 73, p. 344.

⁽⁸²⁾ J. RAZ, *op. cit.*, note 79, p. 51.

⁽⁸³⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 73, p. 344 ; A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 80, p. 321.

⁽⁸⁴⁾ A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 80, p. 321.

Prenant toujours comme point de départ la pensée d'Austin, une certaine conception positiviste veut que le droit soit un commandement assorti d'une sanction. Cette fois-ci, l'accent est mis sur l'aspect contraignant⁽⁸⁵⁾ d'un ordre véritablement légal et beaucoup moins sur la présence d'un souverain hiérarchique. Il s'agit donc d'une définition nominale axée sur le phénomène des sanctions. Le raisonnement suit son cours : si le droit international ne présente pas un mécanisme organisé pour les sanctions, il ne répond pas de la définition apriorique. Le manque de sanction des normes internationales peut également se vérifier sous la deuxième proposition générale à savoir l'effectivité des normes internationales. Le raisonnement procédera alors comme suit : malgré l'existence des normes internationales, elles ne sont pas effectives car elles sont dépourvues de sanctions.

Kelsen représente fort bien cette tendance au niveau international⁽⁸⁶⁾. Pour celui-ci⁽⁸⁷⁾, le droit est un ordre normatif car il prescrit et permet des comportements étatiques déterminés. Il est également un ordre coercitif car il prévoit des sanctions pour les actes illicites. La question décisive, pour reprendre les termes de Kelsen⁽⁸⁸⁾, se pose ainsi : le droit international prévoit-il des sanctions ou une force contraignante en réponse à certains actes ? Il trouve ses sanctions à l'intérieur de la Charte de l'ONU, notamment au chapitre VII, ou encore dans la simple possibilité des représailles. Kelsen semble inclure dans le mécanisme général des sanctions, l'opinion publique internationale⁽⁸⁹⁾. Si le caractère légal de la norme internationale et son

⁽⁸⁵⁾ Anthony D'AMATO, *Jurisprudence : A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 184, 185 ; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, second edition 1994, pp. 216 et ss.

⁽⁸⁶⁾ A. D'AMATO, *loc. cit.*, note 85, p. 184.

⁽⁸⁷⁾ H. Kelsen, *loc. cit.*, note 75, p. 15.

⁽⁸⁸⁾ *Id.*, pp. 32, 33.

⁽⁸⁹⁾ *Id.*

effectivité dérivent essentiellement de la contrainte ou de la sanction, alors l'obéissance précède l'obligation⁽⁹⁰⁾. En d'autres mots, les acteurs n'obéissent pas en vertu de la légalité de la norme. La légalité est déterminée par l'obéissance des acteurs. Cette tautologie est particulièrement évidente dans le cas de l'opinion publique internationale. En effet, le public réagit défavorablement parce que l'acte est illégal et l'acte est illégal car le public a préalablement réagi. L'arbitraire inhérent à la réaction du public définit donc la légalité.

Le problème commun de ces définitions nominales (droit-commandement et droit-sanction) est qu'elles restreignent la contrainte ou le caractère obligatoire de la norme internationale à un phénomène empirique et extérieur à l'agent. En d'autres mots, cette perspective positiviste ne discerne pas si l'on obéit à la norme en raison du commandement du souverain, ou encore en raison de l'éventualité d'une sanction, ou plutôt suivant des motifs inavoués et purement personnels. Cette perspective adopte exclusivement un point de vue externe à l'agent⁽⁹¹⁾, c'est-à-dire qu'elle envisage les normes comme des objets distanciés du sujet, comme des faits vérifiables sur le terrain dans la régularité des comportements. Elle ne considère aucunement l'aspect interne de la contrainte à savoir pourquoi l'agent se sent-il obligé de suivre la règle en dépit de l'élément de contrainte empirique ? À l'extrême, la contrainte extérieure est bien souvent un artifice, quoique nécessaire, pour le fondement obligationnel⁽⁹²⁾ qui se situe tout autant et sinon plus dans les motivations de l'agent. Il va de soi que cette remarque n'exclut pas la force extérieure comme l'une des motivations de l'agent.

⁽⁹⁰⁾ N. ONUF, *loc. cit.*, note 79, p. 386.

⁽⁹¹⁾ Voir la distinction entre le point de vue interne et externe du droit élaborée par le néo-positivisme de H.L.A. HART, *op. cit.*, note 85, pp. 90 et ss.

⁽⁹²⁾ N.G. ONUF, *op. cit.*, note 17, p. 73.

Quant à la perspective qui tend à reconnaître l'existence des normes légales internationales tout en leur refusant une quelconque effectivité, elle pose également problème. En concentrant l'analyse sur la régularité des conduites dans l'application de la norme, elle suggère implicitement l'effondrement complet du système légal international dans l'hypothèse d'un seul manquement aux règles par les participants. La Cour internationale de justice n'a-t-elle pas maintes fois répété, et avec raison, que la violation d'une règle nationale ou internationale ne prouve pas son inexistence ? À l'inverse, elle peut la conforter. Le contraire nous eût étonné compte tenu des multiples violations quotidiennes des normes. Les normes conservent leur validité et ce, malgré leur incapacité à guider infailliblement l'agir étatique⁽⁹³⁾. De plus, et au niveau international plus spécifiquement, la violation d'une norme légale peut se confondre avec l'intention justifiable de modifier en *statu quo*⁽⁹⁴⁾ en l'absence d'une institution centrale et souveraine qui opère les fonctions d'amendement, de révision et d'abrogation des règles. L'unique perspective de l'effectivité pour fonder la norme légale internationale se résume, comme nous avons pu le voir, à une simple question technique à savoir une uniformité phénoménale dans les comportements des États⁽⁹⁵⁾. Toutefois, une norme quelle que soit son origine, ne peut se réduire à un fait matériel car elle contient l'intention de l'agent. Cette exigence est évidente quoique contestée notamment dans le cas de la norme coutumière qui demande, en plus d'une pratique continue, la formation d'une *opinio juris*.

La méthode de l'analogie domestique a également abordé les spécificités du droit international en leur attribuant une connotation primitive. En d'autres termes,

⁽⁹³⁾ Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 100.

⁽⁹⁴⁾ *Id.*, p. 256.

⁽⁹⁵⁾ *Id.*

elle a empêché jusqu'alors la reconnaissance des caractéristiques *sui generis* de l'ordre international⁽⁹⁶⁾. Généralement, l'analogie dresse une liste plus ou moins longue des attributs d'un système légal primitif, toujours à partir de la référence nationale, pour ensuite mesurer le droit international⁽⁹⁷⁾. La particularité de celui-ci est qu'il ne répond pas adéquatement à tous ces attributs. Au contraire, il reprend du système légal moderne et national la caractéristique fondamentale de la laïcité, soit une différenciation rigoureuse entre les idées religieuses et profanes ainsi qu'une démarcation entre les sphères publique et privée. Le droit international s'est définitivement émancipé d'un ordre cosmique et téléologique. D'un autre côté, la décentralisation dans la création et l'application des normes éloigne le droit international du système juridique national. Kelsen⁽⁹⁸⁾ n'y voit cependant qu'une différence d'ordre technique qui, quoique d'importance, ne permet pas de conclure que le droit international n'est pas véritablement du droit.

D'une façon similaire, Hart⁽⁹⁹⁾ expose un système subdivisé en règles primaires et secondaires. Les premières consistent à prescrire et à permettre des actions alors que les deuxièmes jouent un rôle constitutif pour les premières. Elles contrôlent les opérations de révision, d'amendement et d'abrogation. À partir de cette conceptualisation, le raisonnement de Hart semble nécessairement conduire au constat d'un droit international primitif. Il avance dans un premier temps la ressemblance du droit international et du droit national par la présence dans les deux cas des règles primaires. Malgré un contenu divergent, les concepts, méthodes et techniques légales

⁽⁹⁶⁾ *Id.*, p. 19.

⁽⁹⁷⁾ Yoram DINSTEIN, "International Law as a Primitive Legal System", (1986-87) 19 *New York University Journal of International Law & Politics* 1.

⁽⁹⁸⁾ H. KELSEN, *loc. cit.*, note 75, pp. 18, 26 et 72.

⁽⁹⁹⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 85, pp. 81 et 227.

sont les mêmes. Hart mentionne toutefois le caractère peu développé des normes secondaires en droit international. Dans un deuxième temps, il affirme que les règles secondaires, sans être une nécessité, témoignent du luxe des systèmes sociaux avancés. Ce commentaire suggère logiquement que le droit international, par le manque des règles secondaires, reste un système légal primitif.

Comme le droit international répond de certaines qualités du droit national moderne mais non à d'autres, sa catégorisation peut facilement tendre vers le côté primitif de cet ordre légal. L'analogie domestique repousse les différences propres au droit international. Parallèlement, elle s'inscrit à l'intérieur du méta-récit moderne du progrès qui insiste sur un développement unique et linéaire. Afin de recevoir ses lettres de noblesse, le droit international doit devenir un duplicata du droit national.

"By making social order dependent upon law , in turn, upon the existence of certain institutions - be they the existence of a sovereign or central sanctioning mechanisms - we understand the international arena largely negatively, i.e., in terms of the "lack" of binding legal norms, of central institutions, of a sovereign will, etc. "(100)

L'analogie domestique, en fixant l'attention sur les différences du droit international, procède à l'instar de la procédure logocentrique décrite lors du premier chapitre. C'est-à-dire que les différences, telles que l'importance de la coutume, la décentralisation institutionnelle ou encore l'égalité souveraine des États, sont étudiées sous l'angle exclusif de la négativité par rapport au terme référentiel qu'est le droit national. La différence est vue comme un manque ou une anomalie et, pour cette raison, elle ne fait jamais l'objet d'une analyse en soi.

(100) F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 93, p. 2.

Nous avons mentionné que l'analogie domestique emprunte trois propositions générales à savoir que le droit international n'est pas véritablement du droit, que si des normes internationales existent, elles sont simultanément dépourvues d'effectivité et enfin que ces normes sont manipulées, à toutes fins pratiques, dans l'intérêt du plus fort. Nous avons jusqu'alors répondu aux deux premières propositions. Qu'en est-il de celle concernant la manipulation ? Cette proposition est intenable au niveau philosophique, comme nous le verrons plus loin, car elle assimile les normes légales à des objets-outils. Elle leur confère une neutralité qui n'implique absolument pas le sujet et le laisse libre de manipuler les normes à sa guise. Nous retrouvons encore une fois la représentation du sujet autonome, autodéterminé et doué d'une rationalité instrumentale. Il utilise les normes dans un seul but, celui d'un intérêt stratégique. Cette réduction technique ampute la complexité interactionnelle entre le sujet et l'objet, et les normes n'ont aucune influence dans la constitution du sujet et de l'agir. De plus et à un tout autre niveau, cette proposition présuppose une antinomie entre les intérêts étatiques et le droit international. Cette présupposition est erronée si l'on se rappelle que les États eux-mêmes sont les créateurs des normes légales internationales. Aussi, l'ordre juridique international consacre dans son ensemble les intérêts à long terme des États et les normes internationales reflètent ce que ces derniers attendent d'un comportement légitime⁽¹⁰¹⁾.

Section 2. L'oscillation théorique entre le *iusnaturalisme* et le *iuspositivisme*

La problématique de la fondation du droit se trouve implicitement ou explicitement au cœur de toute théorie juridique digne de ce nom. La réponse accordée à cette problématique va déterminer ultérieurement la légitimité du droit dans son ensemble. À cet effet, les réponses semblent osciller entre une explication

⁽¹⁰¹⁾ S.A. KOCS, *loc. cit.*, note 48, pp. 542, 543.

iusnaturaliste, où l'autorité du droit dérive d'une instance transcendante, et une explication *iuspositiviste* qui procède à l'autofondation du droit. Bien que cette dernière explication ait acquis une place prépondérante avec la modernité, elle ramène, souvent malgré elle, le courant *iusnaturaliste* afin de justifier le caractère obligatoire du droit international.

L'alliance entre la philosophie libérale classique et la méthodologie positiviste justifie donc le pouvoir contraignant du droit international par la volonté de l'État-sujet, et cette justification respecte, en apparence, la liberté du sujet et la représentation correspondante d'une souveraineté absolue. Le droit international est légitime car il perd l'aspect d'une contrainte extérieure et imposée. Toutefois, la volonté comme source du pouvoir contraignant nous conduit vers une aporie et, en ce sens, elle demeure une explication partielle du droit international.

2.1 Le problème insurmontable de la fondation du droit

Tout ordre social, incluant le droit international, cherche à amener les hommes ou indifféremment les États à se conduire d'une façon déterminée, et à s'abstenir de certains actes jugés nuisibles dans les rapports de réciprocité inhérents aux associations. Ceci vaut même si l'association se limite au nombre. Par conséquent, le droit pose la question de la liberté et de la contrainte⁽¹⁰²⁾. Cette question nous ramène toujours à la fondation ultime du droit, et cette préoccupation fondationnelle du système légal se retrouve explicitement ou implicitement dans toute théorie juridique⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ H. KELSEN, *loc. cit.*, note 75, p. 12.

⁽¹⁰³⁾ Erik LAGERSPETZ, "Hobbes's Logic of Law", in Timo AIRAKSINEN and Martin A. BERTMAN (eds.), *Hobbes : War Among Nations*, Avebury, Gower Publishing Co. Limited, pp. 142-153, p. 142.

L'oscillation persistante de la pensée juridique entre le *iusnaturalisme* et le *iuspositivisme* témoigne de cette volonté commune⁽¹⁰⁴⁾ d'asseoir le droit et de légitimer sa force contraignante. Le *iusnaturalisme* fonde le droit sur le non-droit faisant appel à une structure normative antécédente. La source de l'autorité se retrouve indifféremment dans les commandements de Dieu, de la Raison ou encore à l'intérieur d'une finalité d'ordre téléologique⁽¹⁰⁵⁾. Il s'agit essentiellement de recourir à un fondement extérieur à la sphère du droit, mais ce procédé ouvre parallèlement la voie à une logique de régression infinie (quel est le fondement de ce fondement extérieur ?)⁽¹⁰⁶⁾. Quant au *iuspositivisme*, il fonde le droit et l'autorité à même le droit et la pensée juridique. Cette autofondation ne va pas sans problème car elle soulève une aporie singulière que nous illustrerons à partir d'un exemple tiré du droit international contemporain. Le positivisme avance le consentement de l'État comme le fondement ultime de l'obligation internationale. Ce faisant, il suggère philosophiquement un droit qui précède et prévoit la possibilité du consentement⁽¹⁰⁷⁾.

Comment expliquer la prégnance de cette préoccupation fondationnelle de la pensée juridique dans le temps et dans l'espace ? À cet effet, Derrida⁽¹⁰⁸⁾ préfère l'expression anglaise "to enforce the law" qui, contrairement à l'expression française "d'appliquer le droit", évoque immédiatement la force sous-tendant le droit. Le droit

⁽¹⁰⁴⁾ Michel Van de KERCHOVE et François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, Paris P.U.F., 1^{re} éd. 1992, p. 187.

⁽¹⁰⁵⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 74, p. 337.

⁽¹⁰⁶⁾ M. Van de KERCHOVE et F. OST, *op. cit.*, note 104, p. 186.

⁽¹⁰⁷⁾ *Id.*, p. 90. Où les auteurs font la même réflexion à partir de l'exemple du contrat social. Si le droit se fonde sur un contrat c'est qu'il existe du droit avant ce contrat.

⁽¹⁰⁸⁾ Jacques DERRIDA, "Force de loi : le "fondement mystique de l'autorité" ", (1990) 11 *Cardozo Law Review* 919, p. 924.

est une force autorisée, augmentée par l'allusion à la fondation⁽¹⁰⁹⁾. La force du droit est justifiée et ce, malgré la teneur de la justification qui peut prêter à contestation. La seule présence d'une autorisation ou d'une justification distingue le droit de la force pure ou de la violence, car celle-ci ne revendique aucunement une légitimité publique. Cette distinction entre la force et le droit dérive d'une longue tradition⁽¹¹⁰⁾. Selon celle-ci, le droit établit sa force par la persuasion et, pour cette raison, il se raconte dès l'origine ou la fondation. À l'opposé, la force pure ou la violence ne cherche que l'efficacité et non l'adhésion du partenaire social et, en ce sens, elle brise le lien social. Elle ne se justifie pas au moyen du langage car elle s'impose dans les faits. Déjà la distinction traditionnelle soulève une nuance qui peut s'avérer difficilement saisissable.

Il faut comprendre la force au sens large lorsque nous invoquons la force du droit. Celle-ci peut prendre différentes formes. Nous n'avons qu'à penser à une force directe, physique, symbolique, intérieure, brutale ou herméneutique⁽¹¹¹⁾. Cette description nous ramène vers Hart et en particulier, vers l'élaboration du point de vue intérieur de l'agent. Cette perspective a comblé l'insuffisance majeure du positivisme classique, qui envisageait essentiellement le droit comme une contrainte extérieure et physique. En cela, le droit ne se distinguait plus de la force pure et simple. Il ne cherchait aucunement l'adhésion de l'agent car il s'assimilait à une logique de technicité et d'efficacité. L'admission des différentes formes de la force réfute parallèlement l'idée que le droit international n'est pas du droit car il n'exerce pas, de façon constante, une contrainte extérieure ou physique sur les États. La force du droit

⁽¹⁰⁹⁾ Voir l'étymologie du mot autorité qui réfère à la fondation dans H. ARENDT, *op. cit.*, note 36, pp. 158 à 160.

⁽¹¹⁰⁾ Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne*, coll. Critique, Paris, éd. de Minuit, 1979, p. 76.

⁽¹¹¹⁾ J. DERRIDA, *loc. cit.*, note 108, p. 926.

réside nécessairement ailleurs, et ce déplacement est spécifiquement demandé dans l'hypothèse de la scène internationale.

Si l'on rejette le *iusnaturalisme* ou encore le recours à une fondation extrasociale, le droit ne peut alors que s'appuyer sur lui-même et non plus sur les concepts de Dieu, de la Nature ou de l'Histoire⁽¹¹²⁾. Ce rejet est commandé et explique le lien entre l'ordre libéral international et la méthodologie positiviste. D'une part, il nous faut admettre la nécessité du droit devant la pure contingence et l'arbitraire d'un monde dénué de sens et, d'autre part, l'impossibilité d'avoir recours à une fondation extra-sociale, basée sur une valeur universelle en vertu de l'épistémologie relativiste. L'inexistence d'une solution logique à la question de l'origine implique donc l'autofondation du droit⁽¹¹³⁾. Ce moment autofondateur n'est, en soi, ni illégal ou illégitime. À cet effet, écoutons Derrida :

“La justice au sens du droit (right or law) ne serait pas simplement mise au service d'une force ou d'un pouvoir social, par exemple économique, politique, idéologique qui existerait hors d'elle ou avant elle et auquel elle devrait se plier ou s'accorder selon l'utilité. Son moment de fondation ou d'institution même (qui n'est d'ailleurs jamais un moment inscrit dans le tissu homogène d'une histoire puisqu'il le déchire d'une décision), l'opération qui consiste à fonder, à inaugurer, à justifier le droit, à faire la loi, consisterait en un coup de force, en une violence performative et donc interprétative qui en elle-même n'est ni juste ni injuste et qu'aucune justice et aucun droit préalable et antérieurement fondateur, aucune fondation préexistante,

⁽¹¹²⁾ Jean-Pierre DUPUY, “On the Supposed Closure of Normative System”, in Gunther TEUBNER (ed.), *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1987, pp. 51-69, p. 68.

⁽¹¹³⁾ François EWALD, “The Law of Law”, in G. TEUBNER (ed.), *op. cit.*, note 112, pp. 36-50, p. 48.

par définition, ne pourrait ni garantir ni contredire ou invalider.”⁽¹¹⁴⁾

En résumé, l'absence d'une fondation préexistante qui bloque la logique de la régression infinie propre au *iusnaturalisme*, interdit la comparaison et le jugement du moment autofondateur du droit. Parallèlement, elle nous tourne vers le pragmatisme, vers la pratique quotidienne du droit.

S'il est impossible de parler de l'illégalité ou de l'illégitimité de l'autofondation du droit, il est néanmoins possible de juger sa réussite performative⁽¹¹⁵⁾ dans le présent. Qu'est-ce qu'une fondation du droit international réussie ? Il s'agit de voir si elle a établi un modèle interprétatif incontournable, car généralement accepté, qui octroie simultanément un sens et une légitimité à l'ordre international dans son ensemble. Autrement dit, l'histoire que le droit raconte sur lui-même constitue un référent et il est repris dans la justification des actions étatiques. Nous avons mentionné, lors de la section précédente, le mythe de l'égalité souveraine des États qui fonde le droit international surtout à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle. Nous l'avons, en outre, qualifié de faible car il n'arrive pas à occulter l'inégalité matérielle et sociale. Une réponse analogue peut être donnée à la question de la réussite de l'autofondation du droit international. Ce modèle interprétatif est contraignant si et seulement si l'acteur se situe au niveau du langage juridique international et, ce dernier est en compétition avec des discours allant de l'économie à la politique qui possèdent chacun leur propre logique de légitimité.

Lorsque Derrida évoque le moment de fondation du droit comme un coup de force performatif ou interprétatif, il explique la violence particulière du droit qui, au

⁽¹¹⁴⁾ J. DERRIDA, *loc. cit.*, note 108, pp. 940 à 942.

⁽¹¹⁵⁾ *Id.*, p. 992.

départ, se pose lui-même en décrétant qu'est violent tout ce qui ne le reconnaît pas⁽¹¹⁶⁾.

- Il s'approprie un monopole dans la définition de la violence et ce, sans fondement préalable. Une fondation peut être qualifiée de réussie lorsqu'elle parvient à effacer cette violence propre à l'autofondation et à l'autolégitimation. La problématique soulevée précisément par le droit international est son impossibilité à effacer le moment fondateur, au contraire, celui-ci ressurgit constamment. Ceci se comprend avec l'absence de formalisme au niveau international, et où la production et l'application des normes reposent sur les États. L'ordre juridique international, en étant décentralisé, met singulièrement en évidence le caractère autoréférentiel des normes et des règles. Celles-ci ne procèdent pas d'une autorité transcendante, elles réfèrent toujours et nécessairement à un auteur profane soit l'État. Alors qu'au niveau du système juridique domestique, le formalisme privilégie un transfert de la force performative et normative de l'auteur à l'audience⁽¹¹⁷⁾. L'institutionnalisation de la production des normes et de leur application voile leur caractère autoréférentiel. Le moment autofondateur du droit national est oublié et la légitimité de celui-ci est transposée dans la communauté domestique dans son ensemble. Le système juridique positif et international ne favorise pas cet oubli, au contraire, il rappelle toujours son autodéfinition. Il identifie les sujets, répartit les compétences et explicite le mode de production des normes et, conséquemment leur condition de validité. L'autodéfinition et l'autoproduction sont omniprésentes : est droit ce que les sujets ou les États reconnaissent comme tel, alors que ces même sujets sont définis par le droit⁽¹¹⁸⁾. Le droit international ne permet pas d'oublier d'où il vient, c'est-à-dire de la volonté des États et non d'une origine mystique et lointaine.

⁽¹¹⁶⁾ *Id*, p. 986.

⁽¹¹⁷⁾ N. ONUF, *loc. cit.*, note 79, pp. 406, 407.

⁽¹¹⁸⁾ Serge SUR, "La coutume internationale. Sa vie, son oeuvre", (1986) *Droits* 111, p. 120.

L'antinomie entre les courants *iusnaturaliste* et *iuspositiviste* se retrouve également à l'intérieur de la problématique de l'origine du droit. Le *iusnaturalisme* dérive le droit d'une structure normative préexistante et lui accorde simultanément une légitimité. La fondation du droit n'opère pas une déchirure du tissu homogène de l'histoire ou du cosmos. Elle découle de l'ordre des choses et semble dépourvue d'une volonté décisionnelle. Contrairement à la philosophie positiviste, la fondation du droit n'opère pas une violence performative. Le fondement extralégal du droit peut être soumis à une critique toutefois, le droit en soi n'a pas à se justifier de sa fondation.

Il faut établir une distinction entre la tradition *iusnaturaliste* et celle, subséquente, des droits naturels. En effet, le problème fondamental de la liberté et de la contrainte se pose avec acuité dans l'hypothèse des droits naturels et dans celle d'une autofondation d'ordre positiviste. Il s'agit alors de résoudre la contradiction apparemment insurmontable entre l'idée d'un État souverain, autonome et libre, et celle de la force contraignante du droit international. Cette contradiction est inconcevable à l'intérieur du schème *iusnaturaliste*. Prenons, à titre d'exemple, des auteurs comme Vitoria ou Suarez qui s'inscrivent précisément dans la pure tradition *iusnaturaliste*. Pour ces auteurs, la fondation du droit ne représente pas un moment décisionnel qui brise le tissu homogène de l'histoire. Les autorités morale et légale se confondent et s'insèrent dans un ordre normatif universel et unique⁽¹¹⁹⁾. Conséquemment, un conflit entre la liberté et la contrainte s'avère inimaginable. L'autorité souveraine et la liberté de l'État s'achèvent là où elles outrepassent l'ordre universel et normatif. En ce sens, il ne peut y avoir de contradiction entre la liberté et la contrainte juridique, si l'on comprend la liberté essentiellement comme une

⁽¹¹⁹⁾ Jens BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 128, 129 ; David KENNEDY, "Primitive Legal Scholarship", (1986) 27 *Harvard International Law Journal* 1, pp. 7 et 59.

faculté rationnelle de déterminer sa conduite selon une causalité non naturelle, et le droit comme l'accord entre ces dites libertés extérieures⁽¹²⁰⁾.

2.2 Un paradigme dominant dans un monde séculier : le positivisme

Nous avons vu au cours des derniers développements les logiques respectives du positivisme et du *iusnaturalisme* dans la fondation du droit et dans sa légitimation. Pourquoi nous a-t-il fallu remonter vers des origines conceptuelles lointaines et, à la limite, fictives ? C'est parce que les histoires relatées sur l'origine se retrouvent et colorent implicitement l'entièreté de la problématique contemporaine sur le caractère obligatoire du droit international. Malgré l'adoption générale de la perspective positiviste dans l'analyse quotidienne de la scène internationale, il est possible de retracer une oscillation théorique persistante qui ramène le *iusnaturalisme* au cœur de la pensée du juridique. Nous verrons cet aspect plus spécifiquement au travers de la structure de l'argumentation légale. Pour l'instant, examinons ce paradigme dominant qu'est le positivisme.

Nous avons évoqué la philosophie libérale sous-tendant le droit international. C'est-à-dire que celui-ci emprunte de l'éthique libérale les valeurs cardinales et complémentaires de liberté et d'égalité⁽¹²¹⁾. L'adoption de ces valeurs est admise par l'épistémologie radicale et relativiste car elles ne renferment pas un contenu substantiel et apriorique. Elles s'approchent plutôt d'une condition formelle. Au niveau international, ces valeurs se traduisent par l'indépendance des États et leur égalité

⁽¹²⁰⁾ Janine CHANTEUR, "La loi de Dieu, la loi des hommes et la paix", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 235, p. 242.

⁽¹²¹⁾ J.A. CARTY, "Changing Models of the International System", in W.E. BUTLER (ed.), *Perestroika and International Law*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 13-30, pp. 18 et 27.

souveraine. L'autonomie des États ou, indifféremment leur liberté, consiste donc dans la détermination par chaque communauté de sa destinée selon une causalité non naturelle. La problématique du pouvoir de contrainte du droit international doit s'insérer à l'intérieur de ce cadre libéral bien particulier. La question se formule alors de la façon suivante : peut-il y avoir une contrainte légale parmi des États libres et autonomes et, le cas échéant, pour quelle raison ?⁽¹²²⁾ Cette philosophie libérale va s'accommoder de la méthodologie positiviste, car elle justifie le pouvoir contraignant du droit à partir du consentement de l'État et non en vertu d'un ordre normatif antécédent. De cette façon, la liberté de l'acteur reste intacte et elle contient, à elle seule, la source de la normativité internationale.

Il faut bien voir que cette réponse constitue une alternative ou encore un discours parmi d'autres. Pensons, notamment, au *iusnaturalisme*. Chacun revendique l'exclusivité de déterminer et de dire le droit. Rappelons-nous, à cet effet, les définitions nominales positivistes qui refusaient au droit international le statut d'un droit véritable. Toutefois et selon les époques et les sociétés, une forme de discours, en l'occurrence le positivisme, occupe un statut dominant dans la détermination de la connaissance juridique⁽¹²³⁾. Cette prédominance n'efface par le discours *iusnaturaliste*, cependant celui-ci doit constamment se justifier en fonction du positivisme international.

Quelle est la réponse du positivisme au caractère obligatoire d'une norme internationale ? Écoutons les propos de Kelsen sur la question délicate de la force

⁽¹²²⁾ Otfried HÖFFE, *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1991, pp. 49 à 51.

⁽¹²³⁾ Charalambos APOSTOLIDIS et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", (1993) 109 *Revue du droit public et de la science politique* 611, p. 618.

contraignante de la coutume car celle-ci joue un rôle de premier plan au niveau international⁽¹²⁴⁾ :

“Quelle est alors la raison de validité du droit international coutumier ? Pourquoi une norme de ce droit a-t-elle un caractère obligatoire ? Une théorie positiviste, c'est-à-dire une théorie qui ne recourt pas à une autorité transcendante, n'a pas de réponse à cette question. Elle se borne à constater qu'en affirmant qu'un État est juridiquement obligé de se comporter de la manière dont les autres États se comportent habituellement, on suppose que la coutume internationale est un fait créateur de droit. Une telle affirmation est une hypothèse pour l'interprétation des relations internationales. Elle n'a pas le caractère d'une norme de droit positif ; car elle n'a pas été créée par un acte de volonté. Elle est une norme supposée ou hypothétique. En tant que fondement du droit coutumier elle a le caractère d'une norme fondamentale.”⁽¹²⁵⁾

Cette citation est importante sous deux aspects. Premièrement, elle pose comme critère de validité d'une norme internationale, conventionnelle ou coutumière, la volonté des sujets de droit soit les États. Ce critère a d'ailleurs été retenu dans l'*affaire du Lotus* suivant, en cela, les dispositions de l'article 38 du Statut de la Cour. C'est ce qui fait dire à Serge Sur que la volonté est la marque ou le passeport de la normativité internationale⁽¹²⁶⁾. Deuxièmement, le positivisme normativiste de Kelsen doit arrêter la quête infinie du fondement de la validité d'une norme et il ne peut avoir recours à une autorité transcendante. Aussi, il suppose à titre épistémologique ou

⁽¹²⁴⁾ Sur le rôle fondamental de la coutume au niveau international, voir S. SUR, *loc. cit.*, note 118, pp. 112, 113.

⁽¹²⁵⁾ H. KELSEN, *loc. cit.*, note 75, p. 129.

⁽¹²⁶⁾ S. SUR, *loc. cit.*, note 118, p. 114.

logique une *Grundnorm*, c'est-à-dire une norme fondamentale, dernière et suprême⁽¹²⁷⁾. Ce procédé illustre l'autofondation hypothétique du droit, exposée un peu plus haut.

Comme tout langage, Derrida suggère que la structure légale repose sur un point central, sur une fondation qui échappe à la structure ou qui se situe hors d'elle⁽¹²⁸⁾. Dans l'hypothèse nous intéressant, la structure est le positivisme normativiste de Kelsen qui s'appuie sur la *Grundnorm*. Celle-ci n'obéit pas de la même façon que les normes de la structure positiviste (signes) qui sont posées essentiellement par un acte de volonté. La *Grundnorm* est à l'extérieur de la chaîne des signifiants, elle est le signifié transcendantal qui accorde stabilité et certitude aux autres signes légaux (normes). Pour cette raison, la *Grundnorm* doit être supposée par un pur acte de l'esprit et non posée par un acte de volonté, à l'instar des autres normes, car cet acte présuppose nécessairement un objet vers où la volonté en question est dirigée. Conséquemment, la *Grundnorm* ne peut pas être représentée. Elle est le signifié ultime, présent, immédiat et transparent, qui accorde un sens à l'ensemble de la structure hiérarchique et normative. L'analogie avec le langage est juste en ce sens qu'elle nous fait voir, à l'intérieur de la structure légale positiviste, cette remontée d'un signifiant à l'autre, ou d'une norme à l'autre, et cette recherche implique l'existence ou le postulat d'un signifié ultime⁽¹²⁹⁾. Cependant, et en cela il faut retenir la leçon de sémiologie saussurienne⁽¹³⁰⁾ reprise notamment par Derrida, le signifié est

⁽¹²⁷⁾ N. ONUF, *loc. cit.*, note 79, p. 386 ; Stéphane RIALS, "La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" ", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 189, pp. 192, 193.

⁽¹²⁸⁾ Voir pour les développements suivants l'article de William E. CONKLIN, "The Trace of Legal Idealism in Derrida's *grammatology*", (1996) 22 *Philosophy & Social Criticism* 17. Cet article transpose la *grammatologie* de Derrida au langage légal et, en particulier, positiviste.

⁽¹²⁹⁾ Oliver DE SCHUTTER, "Les Critical Legal Studies au pays du droit international public", (1992) 22 *Droit et société* 585, p. 598.

⁽¹³⁰⁾ Voir l'article sur Ferdinand de Saussure dans le *Dictionnaire historique, thématique et technique des Littératures* sous la direction de Jacques DEMOUGIN, Paris, Librairie Larousse, 1986.

inséparable du signifiant, ils constituent les deux faces d'une même production⁽¹³¹⁾. En résumé, le langage légal est un système de relations et un signifié, tel que la *Grundnorm*, ne peut pas être isolé du signifiant. Il est en étroite dépendance avec celui-ci.

Au-delà de ces considérations linguistiques, il nous faut nous demander d'où vient ce besoin d'une fondation ou encore d'un point d'Archimède. Nous avons déjà abordé au premier chapitre l'importance de la fondation pour l'existence d'une instance critique. En effet, si l'on fonde l'obligatorité du droit international dans son ensemble sur le seul consentement des États souverains, alors nous sommes confrontés à un historicisme ou à une description sociologique qui interdit simultanément à l'interprète tout jugement sur les actes de la vie interétatique⁽¹³²⁾. Il n'y a plus d'instance critique car il n'y a plus une fondation ahistorique et acontextuelle qui évalue la portée idéologique du droit. C'est d'ailleurs le reproche général fait au positivisme de Kelsen. L'hypothèse de la *Grundnorm* ne permet pas cependant de critiquer les valeurs véhiculées par les normes du système. Aussi et devant ce manque, certains théoriciens retournent vers un fondement *iusnaturaliste* pour autoriser l'instance critique.

Revenons maintenant à quelques considérations d'ordre général sur le positivisme afin de mieux saisir, si cela est possible, son statut toujours prédominant dans le champ de la connaissance juridique. La philosophie positiviste se comprend avec la mort de Dieu et la responsabilité qui incombe désormais à l'homme de construire son monde. La légitimation de cette nouvelle civilisation se fait à partir d'une méthode scientifique. La finalité reste profondément inchangée. Il s'agit non plus de découvrir, mais d'introduire un ordre dans un monde naturel et social qui

⁽¹³¹⁾ O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, note 129, p. 598.

⁽¹³²⁾ *Id.*, p. 590.

auparavant en possédait un, indépendamment du vouloir humain. L'urgence de cet ordre se fait d'autant plus sentir afin de garantir le contrôle, la sécurité et l'efficacité⁽¹³³⁾. Ces spécifications peuvent expliquer l'adoption de la méthodologie positiviste sur une scène internationale pluraliste, hétérodoxe et profane.

Le positivisme légal s'insère dans ces considérations générales. Il postule que l'ordre est assuré par la suprématie du droit⁽¹³⁴⁾. Ainsi et reprenant l'exemple du maître Kelsen, le droit international est un ordre normatif, c'est-à-dire qu'il est composé de normes prohibitives et permissives. Sa principale fonction est d'organiser socialement la vie internationale autour de ces normes légales⁽¹³⁵⁾. Déjà, il est possible d'appréhender la caractéristique essentielle de toute doctrine positiviste⁽¹³⁶⁾, à savoir une stricte séparation entre le juridique et le non-juridique, entre le droit et les faits ou encore, entre l'être et le devoir-être. Cette séparation qui se veut rigide suscite toutefois le problème du seuil de la normativité et plus généralement celui de la définition du droit. Comment déterminer si une norme est légale et obligatoire ? Ce problème est soulevé notamment au niveau international par Prosper Weil⁽¹³⁷⁾, et il génère toujours des controverses d'inspiration ontologique. À quel moment un geste étatique devient-il un acte juridique unilatéral ou encore à quel moment une pratique ou un usage deviennent-ils une coutume ? Ces dernières questions supposent implicitement l'existence d'un droit véritable et, encore une fois, nous retrouvons le

⁽¹³³⁾ Keekok LEE, *The Legal - Rational State. A Comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Avebury Serees in Philosophy, Avebury, Gower Publishing Co. Limited, 1990, pp. 2 à 4.

⁽¹³⁴⁾ *Id.*, p. 56.

⁽¹³⁵⁾ Prosper WEIL, "Vers une normativité relative en droit international", (1982) 86 *Revue générale de droit international public* 5, p. 6.

⁽¹³⁶⁾ Charles LEBEN, "Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public", (1987) 5 *Droits. Revue française de théorie juridique* 121, p. 122.

⁽¹³⁷⁾ P. WEIL, *loc. cit.*, note 135.

problème relié à la recherche de l'essence immuable du droit. Sans vouloir reprendre la démonstration exposée avec l'analogie domestique, il faut bien voir que le positivisme recèle un idéalisme. En effet, affirmer avec force la nécessité d'un droit véritable et incontournable pour la société internationale, c'est revendiquer un ordre stable et certain tout en refusant l'anomie interétatique⁽¹³⁸⁾.

Le courant réaliste dans le domaine des relations internationales a précisément reproché l'idéalisme sous-tendant l'ensemble de la perspective légale et, en particulier, celle du positivisme normativiste. Cette suprématie de l'ordre par le droit international est considérée comme pure chimère devant une sphère anarchique, où les jeux du pouvoir sont prééminents. Le problème selon nous ne se situe pas dans l'idéalisme en soi mais plutôt dans le refus explicite du positivisme de cette position. Qui dit idéalisme dit nécessairement valeurs, et le courant positiviste prétend justement décrire la réalité sans l'intervention de celles-ci. Cette affirmation est paradoxale étant donné la finalité propre du positivisme qui est l'introduction d'un ordre garantissant les valeurs de stabilité, de certitude et d'efficacité dans un monde désormais profane et vide de sens.

Comment est-il possible de soutenir une attitude méthodologique purement descriptive ? Les explications suivantes radicalisent à dessein le positivisme pour expliciter les problèmes sous-jacents à cette méthodologie. Il va de soi que cette entreprise ne répond qu'aux besoins bien spécifiques de notre thèse et qu'elle n'a pas pour but de renier en bloc les nuances d'un courant théorique prolifique, vaste et complexe. Ceci étant dit, la philosophie positiviste impose un rapport singulier entre l'homme et le monde. Le sujet décrit un domaine de faits objectifs qui, à la limite, se confond à une réalité préexistante ou donnée à la perception de l'homme. Il s'agit, en

⁽¹³⁸⁾ C. LEBEN, *loc. cit.*, note 136, p. 129.

d'autres termes, d'un rapport distancié où l'homme est hors du monde et où il lui fait face⁽¹³⁹⁾. Cette description s'accomplit sans interférence théorique et interprétative car le sujet positiviste est détaché de tout contexte historique, social et linguistique. À l'extrême, le sujet est sans expérience préalable. C'est précisément cet aspect de détachement qui est contesté à juste titre par le postmodernisme, à savoir la possibilité pour un locuteur de se placer à l'extérieur du monde juridique afin de décrire l'objet-droit⁽¹⁴⁰⁾. De la même façon, la méthodologie positiviste peut être qualifiée d'intemporelle⁽¹⁴¹⁾ en ce sens qu'elle ne semble pas reconnaître suffisamment la constitution historique de l'objet et, plus largement, de la connaissance.

Nous avons déjà mentionné l'importance d'une distinction entre le juridique et le non-juridique, entre l'être et le devoir-être et, enfin, entre les faits et les valeurs. Cette démarcation est concevable si le sujet, et le subjectivisme qu'il emporte, est détaché de l'objet d'étude. Les faits se distinguent des valeurs car ils sont vérifiables ou encore accessibles aux sens par tous⁽¹⁴²⁾. Ils informent sur la réalité voire ils renferment la réalité. Cette assomption positiviste dévoile simultanément l'influence de la méthodologie des sciences naturelles. De plus, et grâce à cette accessibilité universelle, les faits se comportent comme des facteurs indiscutables et certains. Conséquemment, ils bâtissent la stabilité de l'ordre.

⁽¹³⁹⁾ Mervyn FROST, *Towards a Normative Theory of International Relations. A Critical Analysis of the Philosophical and Methodological Assumptions in the Discipline with Proposals Towards a Substantive Normative Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 17 ; Jim GEORGE, *Discourses of Global Politics. A Critical (Re)Introduction to International Relations*, Boulder, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1994, p. 12.

⁽¹⁴⁰⁾ Dénonciation du "point de vue angélique" par Olivier DE SCHUTTER, "Le discours juridique de la postmodernité", (1993) 24 *Recherches sociologiques* 91, p. 97.

⁽¹⁴¹⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 123, p. 614.

⁽¹⁴²⁾ M. FROST, *op. cit.*, note 139, pp. 15, 16.

Les normes, parce qu'elles renferment des valeurs, ne se prêtent pas à la méthodologie scientifique, elles ne peuvent tout simplement pas être vérifiées. Pour cette raison, elles suscitent *a priori* des polémiques et des controverses, autant de facteurs déstabilisateurs pour l'ordre interne ou externe. Cette dernière affirmation nous oblige, d'ores et déjà, à une brève explication car elle semble contredire le positivisme normativiste en droit. Premièrement, il faut voir les différences inhérentes à la philosophie positiviste en général et au positivisme légal en particulier. Le système normatif cherche l'ordre à partir des normes juridiques exclusivement. Deuxièmement, et nous le verrons un peu plus avec les *Critical Legal Studies*, l'interprétation sous-jacente au décodage des normes n'est pas considérée comme une source de polémiques et de controverses puisque le véhicule langagier est doté d'une certaine transparence. Autrement dit, les mots sont des unités et ils possèdent une essence unique. Ce postulat linguistique justifie l'affirmation positiviste de l'application de la norme aux faits en l'espèce, et cette application ne requiert aucun investissement d'ordre subjectif de la part de l'interprète. Pour cette raison, il nous semble inapproprié de qualifier l'opération d'application d'interprétation.

Revenons pour l'instant à la démarcation incessante et primordiale pour la doctrine juridique positiviste entre les faits et les valeurs et entre l'être et le devoir-être. Celle-ci remémore la loi de Hume qui avance, essentiellement, l'idée que les affirmations normatives renferment une possibilité sémantique différente des affirmations descriptives⁽¹⁴³⁾. De là l'argument du paralogisme, qui établit l'impossibilité de tirer de l'être un quelconque devoir-être⁽¹⁴⁴⁾. Cette différence sémantique entre les propositions normatives et descriptives explique notamment une

⁽¹⁴³⁾ Voir plus spécifiquement David HUME, *Traité de la nature humaine ; essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, traduction et notes d'André Leroy, Paris, Montaigne, 1946.

⁽¹⁴⁴⁾ J. GEORGE, *op. cit.*, note 139, pp. 51 à 53 ; O. HÖFFE, *op. cit.*, note 122, p. 76.

dissimilitude entre les sciences naturelles et humaines, et le danger de transposer intégralement la méthodologie positiviste de l'une à l'autre. Le théoricien du droit se penche sur l'objet des normes et ces dernières possèdent, *a priori*, un sens ou une pluralité de sens pour les agents sociaux⁽¹⁴⁵⁾. Ceci exige un procédé interprétatif qui s'attache spécifiquement aux dires et aux pensées des agents devant la norme. Quoique la dissimilitude entre les sciences naturelles et les sciences humaines conserve une certaine pertinence, elle a perdu de son importance avec la dénonciation de la méthodologie positiviste par la théorie critique en général⁽¹⁴⁶⁾ et le tournant linguistique. C'est-à-dire que tout chercheur doit dorénavant reconnaître et ce, peu importe son champ d'étude, l'intervention de ses valeurs dans la perception même de l'objet, dans le choix de la problématique et dans la sélection des données. Le positivisme refuse cette intrusion (le mot est significatif !) et s'il l'accepte, ce n'est que pour s'en défaire⁽¹⁴⁷⁾.

Devant la majorité des critiques, le positivisme peut difficilement conserver sa position de départ. Il ne peut plus soutenir la soumission du sujet devant l'objet puisqu'il s'agit, encore une fois, d'une soumission à une représentation singulière de l'objet⁽¹⁴⁸⁾. Conséquemment, la démarcation entre le juridique et le non-juridique, entre les faits et les valeurs et entre l'être et le devoir-être perd sa force persuasive. Au niveau international, elle a toujours causé problème. Nous n'avons qu'à songer à la notion de normativité relative ou incertaine élaborée par les positivistes. Le seuil

⁽¹⁴⁵⁾ Vittorio VILLA, *La science du droit*, coll. La pensée juridique moderne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, pp. 141 à 153.

⁽¹⁴⁶⁾ Richard DEVETAK, "The Project of Modernity and International Relations Theory", (1995) 24 *Millennium : Journal of International Studies* 27 ; M. FROST, *op. cit.*, note 139, pp. 24 à 36.

⁽¹⁴⁷⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 123, p. 614 ; M. FROST, *op. cit.*, note 139, pp. 16, 17.

⁽¹⁴⁸⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 123, p. 630.

de passage à la normativité internationale étant flou par définition, le droit international se vidait d'une force contraignante. Cette difficulté dans la détermination de la normativité, qui auparavant semblait l'apanage exclusif du droit international, se retrouve désormais à l'interne. Ceci implique qu'elle ne provenait pas des caractéristiques inhérentes au droit international, soit l'égalité souveraine des États ou de l'absence d'une centralisation. Au contraire, cette difficulté découle d'une crise de l'objet et de la méthode positiviste et cette crise secoue autant le droit national que le droit international⁽¹⁴⁹⁾. Si le positivisme a pu être, pendant un certain temps, un appareil conceptuel et explicatif satisfaisant à l'intérieur du cadre domestique et hiérarchique, il ne l'a jamais été pour le droit international.

2.3 Les doctrines rigidifiées du volontarisme et, dans une moindre mesure, du consentement en droit international

Jusqu'à présent, nous avons dépeint la scène internationale à l'aide de plusieurs outils théoriques. Le premier chapitre a repris du domaine des relations internationales quelques leçons du réalisme, dont la plus intéressante est l'image de l'anarchie internationale. Quant au chapitre en cours, il a débuté avec l'apport de la philosophie libérale classique dans la conceptualisation de l'État. À l'instar de l'individu libéral, l'État s'autodéfinit et il poursuit, de façon autonome, sa vision du bien. La scène internationale se limite donc à la juxtaposition ou à la coexistence harmonieuse de ces intérêts individuels. Enfin et lors de nos plus récents développements, nous avons vu l'influence de la méthodologie positiviste qui introduit l'autofondation d'un ordre international à l'intérieur d'un monde profane et pluraliste.

⁽¹⁴⁹⁾ *Id.*, pp. 621 et 623.

Le droit international s'explique à partir de ces trois grandes contributions théoriques en imaginant le consentement pour répondre à la question de la justification normative⁽¹⁵⁰⁾. En effet, le consentement comme source des obligations internationales ne contredit aucun de ces axes théoriques. Premièrement, le consentement respecte la philosophie libérale qui s'assied sur un individualisme étatique et il entérine l'autodéfinition et l'indépendance des sujets. Deuxièmement, la capacité de consentir justifie également l'image anarchique internationale, concept social et structurel élaboré autour de l'absence d'un pouvoir central et hiérarchique⁽¹⁵¹⁾. Qui dit libre consentement dit implicitement une absence de contrainte ou de domination. Le droit international répond de sa normativité par le consentement apriorique des États, et cette réponse désamorce simultanément le pouvoir de contrainte extérieur exercé par le droit sur des sujets réputés libres et indépendants. Rappelons-nous que la notion de contrainte soulève la problématique de la légitimité du droit dans son ensemble.

La vision positiviste traditionnelle en droit international a largement contribué aux XIX^e et au XX^e siècles au "mythe hégélien" de l'État⁽¹⁵²⁾, à savoir que l'État a un droit à l'autonomie ou à la liberté analogue à celui de l'individu face à la société civile. Cette analogie implique l'interdiction d'une quelconque interférence auprès de cette liberté, si cette dernière n'entrave pas l'égale liberté des autres États. Conséquemment, le positivisme présuppose une valeur intrinsèque à la souveraineté de l'État et cet en-soi rejette l'idée parallèle d'une souveraineté instrumentale ou

⁽¹⁵⁰⁾ G.J. SIMPSON, *loc. cit.*, note 6, p. 103.

⁽¹⁵¹⁾ O. HÖFFE, *op. cit.*, note 122, p. 62.

⁽¹⁵²⁾ Fernando R. TESÓN, *Humanitarian Intervention : An Inquiry into Law and Morality*, New York, Dobbs Ferry, Transnational Publishers Inc., 1988, pp. 53 et 57 ; F.R. TESÓN, "International Abductions, Low-Intensity Conflicts and State Sovereignty : A Moral Inquiry", (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 551, p. 553.

encore, d'une souveraineté au service d'une finalité la surpassant. L'État est doté d'une moralité et d'une existence objective et indépendante de la réalité factuelle ou sociologique. L'existence objective est notamment confirmée par l'attribution juridique de la personnalité internationale⁽¹⁵³⁾.

La conception positiviste du droit international se construit donc dès le XIX^e siècle pour ensuite devenir le paradigme dominant et explicatif de cette discipline au XX^e siècle. Elle apparaît avec le doute de plus en plus prononcé envers l'existence d'une loi intangible au-dessus des relations interétatiques⁽¹⁵⁴⁾. La force normative du droit se déplace d'un standard intangible et métaphysique vers un attribut de l'État-sujet, à savoir la présence du consentement⁽¹⁵⁵⁾. Le triomphe du positivisme correspond au recul du *iusnaturalisme* mais non à la disparition de ce dernier. La plupart des juristes appréhendent dorénavant le système normatif international pour lui-même en faisant volontairement abstraction des fondements du droit car ils rappellent à eux des postulats métaphysiques ou religieux⁽¹⁵⁶⁾. L'apparente justification des normes doit se trouver à même le système positif aussi, le droit international n'émane plus d'une origine mystique et insaisissable mais bien de la volonté des États⁽¹⁵⁷⁾. En effet, la volonté des sujets de droit explique de façon exclusive le caractère contraignant des

⁽¹⁵³⁾ J.-D. MOUTON, *loc. cit.*, note 49, pp. 46, 47.

⁽¹⁵⁴⁾ Kofi Darko ASANTE, "Election Monitoring's Impact on the Law : Can It Be Reconciled with Sovereignty and Nonintervention", (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 235, p. 247.

⁽¹⁵⁵⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 74, pp. 333, 334.

⁽¹⁵⁶⁾ P. WEIL, *loc. cit.*, note 135, p. 7.

⁽¹⁵⁷⁾ Nicholas ROSTOW, "The International Use of Force after the Cold War", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 411, p. 412.

normes conventionnelles et coutumières⁽¹⁵⁸⁾ et l'*arrêt Lotus* qui consacre ce principe cardinal dès 1927 semble, encore maintenant, indépassé.

“Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs.”⁽¹⁵⁹⁾

L'élaboration de la conceptualisation positiviste, qui octroie des droits et des obligations aux États, s'est avérée une alternative pour la création d'un cadre normatif permettant, à tout le moins, une coexistence minimale. L'abandon général d'une conception *iusnaturaliste* de la bonne vie au niveau international nous tourne nécessairement vers un certain formalisme légal⁽¹⁶⁰⁾. N'est-il pas alors possible de retrouver des traces de la doctrine positiviste dès 1648 avec l'instauration progressive d'États souverains, distincts et indépendants face au code normatif universel de l'Église et de l'Empire ? Oui et non. Car si certains ont cherché à combiner les deux conceptions à l'instar de Grotius, le positivisme va exiger de plus en plus le retrait de la pensée *iusnaturaliste* sous toutes ses formes et l'ascendance d'un idéal individualiste axé sur la liberté⁽¹⁶¹⁾. La nécessité d'une démarcation claire entre le juridique et le non-juridique, ou entre le légal et l'illégal, est d'autant plus nécessaire lorsque la trame sociale et morale d'une société est relâchée. Le droit international s'impose

⁽¹⁵⁸⁾ S. SUR, *loc. cit.*, note 118, p. 120 ; P. WEIL, *loc. cit.*, note 135, p. 16.

⁽¹⁵⁹⁾ C.P.J.I. Recueil 1927, série A, n° 10, p. 4.

⁽¹⁶⁰⁾ F. V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 93, p. 253.

⁽¹⁶¹⁾ Friedrich V. KRATOCHWIL, “Is International Law “Proper” Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the “Legal” Nature of Prescriptions in the International Arena”, (1983) 69 *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale* 13, p. 22.

précisément à l'intérieur d'une société d'États qui se veut pluraliste et séculière. En raison de cette particularité, les critères de la légalité doivent forcément tendre au formalisme. À cet effet, le volontarisme peut être envisagé comme la métaphore d'un pur formalisme, car il ne requiert aucun critère substantiel dans la détermination de la légalité. Il y a du droit international si et seulement si il y a volonté de l'État⁽¹⁶²⁾. Ce critère, parce qu'il est formel, autorise la détermination de la légalité sans avoir recours à un consensus moral et social difficilement saisissable dans la réalité internationale. Le volontarisme refuse d'enquêter sur la qualité du droit.

La pensée juridique et moderne est donc aux prises avec la contradiction apparente entre l'autonomie ou la souveraineté de l'État et les obligations légales contenues dans les normes internationales⁽¹⁶³⁾. Le positivisme répond à la justification normative par le consentement et ceci semble épargner autant la souveraineté que le caractère obligatoire du droit. L'aspect contraignant provient du sujet souverain car il a décidé, par un acte de volonté, d'être lié. La logique interne du positivisme rend le droit international inopérant car celui-ci, en étant attaché exclusivement au bon vouloir étatique, se trouve privé d'un caractère réellement obligatoire⁽¹⁶⁴⁾. Si l'obligation légale n'existe qu'en vertu du consentement et de la reconnaissance de l'État, le droit international est dépourvu d'une validité objective. Cependant, la logique interne du positivisme dépend, encore une fois, d'une représentation moderne de la souveraineté, et celle-ci est décrite comme absolue et illimitée. Il y a là une identification de la souveraineté avec la liberté intérieure, c'est-à-dire avec un espace

⁽¹⁶²⁾ F. V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 93, p. 187 ; Alain PELLET, "The Normative Dilemma : Will and Consent in International Law-Making", (1992) 12 *The Australian Year Book of International Law* 22, p. 24.

⁽¹⁶³⁾ D. KENNEDY, *loc. cit.*, note 119, p. 37.

⁽¹⁶⁴⁾ Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace du politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, pp. 101, 102.

privé ou une retraite hors du monde où les hommes échappent à la contrainte extérieure⁽¹⁶⁵⁾. Elle s'insère par ailleurs dans un cadre individualiste d'une entité repliée sur elle-même et en elle-même. La représentation moderne de la souveraineté reprend cet idéal de liberté libre-arbitre. Elle instaure une indépendance de l'État face aux autres et qui prévaut sur eux. Le problème du positivisme réside, selon nous, dans cette représentation de la souveraineté qui coïncide avec la réduction philosophique de la liberté. La liberté ne peut pas être strictement assimilée à un phénomène intérieur de volonté individuelle, elle interpelle le politique en se situant dans le monde et dans la rencontre avec les autres.

La représentation de la souveraineté absolue conduit à une aporie dans l'explication du caractère obligatoire du droit international. Il n'y a qu'à penser, notamment, à la tentative d'un Jellinek pour soustraire le droit au pur subjectivisme contenu dans les velléités étatiques⁽¹⁶⁶⁾. L'obligation internationale découle alors d'une "auto-limitation" par le souverain. L'État se contraint lui-même et, en ce sens, il déploie véritablement l'étendue de sa souveraineté. Le paradoxe n'en demeure pas moins irrésolu, puisqu'il n'existe aucune règle supérieure liant la volonté à ses décisions ponctuelles. Au contraire, si le droit a une validité objective, il demande nécessairement une "hétéro-limitation".

La paradoxe de cette volonté étatique qui se lie par elle-même est d'autant plus évident lors de la sortie de l'obligation légale. En effet, la volonté peut toujours expliquer un aspect du processus légal, à savoir l'adhésion à un traité, toutefois elle ne permet pas de comprendre l'obligation pour l'État de remplir les termes du traité

⁽¹⁶⁵⁾ Cette liberté intérieure est analysée en opposition à la liberté politique par H. ARENDT, *op. cit.*, note 36, pp. 186 à 215.

⁽¹⁶⁶⁾ A. TRUYOL SERRA, *loc. cit.*, note 80, p. 321.

advenant un changement de volonté de sa part⁽¹⁶⁷⁾. La volonté n'est-elle pas, par définition, versatile ? Il existe donc une singulière asymétrie car ce qui a été fait et créé par volonté ne peut être terminé ou modifié par la volonté sans détruire complètement le caractère obligatoire du droit international. Pour ces raisons, le volontarisme ne constitue par une explication théorique satisfaisante par son incapacité à rendre les normes internationales obligatoires dans le temps. Au-delà des difficultés devant l'entière du processus légal conventionnel, le volontarisme échoue lamentablement dans la compréhension de la création des normes coutumières. Celles-ci évoquent non pas un acte unilatéral et isolé de volonté, mais plutôt une *opinio juris* partagée sous-tendant une continuité temporelle propre à la répétition de certains actes étatiques.

2.4 Les concepts d'intersubjectivité, de *soft law* et de *jus cogens* : butoirs au paradigme volontariste

Nous avons vu, au cours des derniers paragraphes, les problèmes occasionnés par le volontarisme et par une représentation de la souveraineté absolue dans la justification générale du pouvoir contraignant des normes conventionnelles et coutumières. La justification demeure déficiente car elle ne se départit pas d'une philosophie radicale et subjectiviste de l'État. Néanmoins, la simple reconnaissance d'un système juridique positif et volontariste au niveau international nous éloigne du pur subjectivisme. Autrement dit, et pour reprendre certaines leçons fondamentales au structuralisme, le système positiviste possède une certaine logique qui fonctionne sans le concours volontaire des acteurs et qui agit sur eux. Cette affirmation n'enlève pas toute latitude pour l'agir étatique, mais elle brise la sacro-sainte illusion d'une indépendance et d'une souveraineté absolue qui se dirige de façon autarcique. Le

⁽¹⁶⁷⁾ A. PELLET, *loc. cit.*, note 162, p. 33.

système positiviste englobe donc autant des normes que des mécanismes étrangers à la volonté des acteurs mais nécessaires pour la préservation de l'ordre systémal. À cet égard, prenons l'exemple de la norme fondamentale comme postulat nécessaire du système positiviste.

“Ce postulat est alors une pure convention de langage, ce qui suppose bien sûr qu'elle soit partagée, ainsi formulée : “si nous voulons que les relations sociales aient un caractère “réglé”-anarchique peut-être mais pas anémique -convenons, arbitrairement, par un pur fiat légalement inconditionné et appartenant lui-même à l'univers du fait, que certains mots et certains gestes, auxquels le langage courant attribuerait la signification d'engagements, auront en effet cette qualité, et qu'on appellera “droit” ce qui en résulte.” Bien entendu l'ensemble du droit qui dérive de ce postulat linguistique de pur fait est, théoriquement, rendu sans valeur par cette impureté initiale, mais qu'importe si, en tant que positiviste, on voit dans le droit tout entier un ordre créé et non un ordre donné et si, n'attachant aucune valeur à la qualification d'un être comme juridique, on ne sacralise pas les représentations que les États se font des faits matériels, et on se contente de systématiser leurs représentations envisagées en tant que telles, au lieu de chercher à en établir le bien-fondé ?”⁽¹⁶⁸⁾

Cette longue citation démontre fort bien le refus positiviste de répondre au mystère de l'origine du droit et à son caractère obligatoire. Les États élaborent des modes de conventions, ils font comme si ce qui se présente à eux comme une norme légale est obligatoire. Pour cette raison, Serge Sur qualifie le droit de la science des masques⁽¹⁶⁹⁾. La volonté est le masque normatif du mécanisme non intentionnel et propre à la logique intrinsèque du système dans son ensemble. En d'autres termes, les

⁽¹⁶⁸⁾ Jean COMBACAU, “Le droit international : bric-à-brac ou système ?”, (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 85.

⁽¹⁶⁹⁾ S. SUR, *loc. cit.*, note 118, p. 114.

normes internationales s'articulent autour d'une verticalité mal assurée et ce, en fonction de l'indifférenciation hiérarchique des auteurs. Ces derniers font comme si l'effet obligatoire émane d'une norme supérieure ou fondamentale. Cependant, et ce point est important pour les développements à suivre, si les États font comme si, alors ils obéissent en partie à une logique qui dépasse le pur subjectivisme.

Avec l'introduction de la notion d'un système positiviste, Jean Combacau⁽¹⁷⁰⁾ conçoit le droit international et le pouvoir de contrainte sous l'angle de l'intersubjectivité, et moins sous celui d'un pur subjectivisme. Cette idée a le mérite de ne pas heurter de front la susceptibilité souveraine des États. Ainsi, chaque sujet confronte les faits à une règle internationale (par exemple, la norme de non-intervention), puis en tire une signification juridique spécifique. Un État ne peut contraindre empiriquement les autres à embrasser sa signification et ce, considérant la logique horizontale où tous les États sont égaux dans leur souveraineté. Nous avons mentionné l'indifférenciation hiérarchique des auteurs de la norme internationale, alors que le droit interne est illustré par une dissociation claire entre l'État et ses sujets. Cette différenciation conceptuelle, institutionnelle et historique permet l'objectivation des normes, c'est-à-dire que celles-ci sont détachées de l'auteur originel. Au niveau international, il ne peut y avoir que des argumentations sur des assertions rivales mais équivalentes de par leur subjectivité. Deux scénarios se dessinent. Dans un premier cas, la prétention subjective de droit rencontre une prétention adverse et reste condamnée, pour l'instant, à la subjectivité devant l'échec de l'argumentation et de la persuasion. Dans un deuxième cas, la prétention subjective de droit, que tient un ou un groupe d'États, rejoint l'acceptation d'autres sujets et cette fusion fait naître un être juridique intersubjectif qui n'a de sens qu'entre eux.

⁽¹⁷⁰⁾ J. COMBACAU, *loc. cit.*, note 168 ; J.-D. MOUTON, *loc. cit.*, note 49, p. 53.

L'obligation internationale et son caractère contraignant se comprend au travers d'un rapport intersubjectif. L'être juridique, création commune des parties, n'appartient à aucune exclusivement. Conséquemment, un État-parti ne peut revendiquer le monopole de la création et de l'interprétation. Certes, cette conceptualisation de l'obligation internationale représente un avantage indéniable sur l'aporie provoquée par la thèse du volontarisme ou de l'auto-limitation. Cependant, ce postulat d'intersubjectivité ne rend pas compte des tentatives d'objectivation des normes internationales. L'une de ces tentatives est perceptible dans la notion du *jus cogens*, qui quoique controversée, est largement acceptée comme principe.

L'article 53 du Traité de Vienne⁽¹⁷¹⁾ décrit une norme de *jus cogens* comme impérative, acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble et à laquelle aucune dérogation n'est permise à moins d'une modification par une norme au statut similaire. Il faut retenir spécifiquement le caractère impératif ou péremptoire⁽¹⁷²⁾, c'est selon, de ces normes car cela suppose qu'elles détruisent d'avance toute objection et contre lesquelles les subjectivités étatiques n'y peuvent rien. L'idée de *jus cogens* s'assied implicitement sur l'existence d'un ordre public international qui dépasse la simple rencontre des subjectivités exposées par Combacau⁽¹⁷³⁾. Elle introduit avec elle une objectivation ou une valeur de type universel et procédural, en ce qu'une norme de *jus cogens* ne dépend pas uniquement de l'interprétation des parties au litige. Au contraire, elle fait appel à l'acceptation et à la reconnaissance de la communauté internationale des États dans son ensemble.

⁽¹⁷¹⁾ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Doc. N.U. A / CONF. 39 / 27 (1969) ; [1980] R.T. Can. n° 37.

⁽¹⁷²⁾ Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988.

⁽¹⁷³⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 123, p. 616.

Aussi, la seule notion de *jus cogens* illustre une tentative d'objectivation même si le contenu de ces normes impératives est sujet à controverse entre les sujets de droit.

Il va de soi que cette notion de *jus cogens* déplaît aux positivistes⁽¹⁷⁴⁾ car elle entre en contradiction avec les théories volontariste et consensuelle par la seule recherche d'une méta-normativité. Une critique analogue est faite à l'égard de la *soft-law* (droit mou). En effet, Prosper Weil, un défenseur contemporain de la doctrine positiviste, accuse au préalable le droit international d'être malade de ses normes⁽¹⁷⁵⁾. Premièrement, en raison de l'insuffisance de mécanismes centralisés de sanction. Où l'on retrouve, encore une fois, les conséquences tenaces de l'utilisation systématique de l'analogie domestique. Deuxièmement, en raison de la qualité médiocre des normes. Weil entend par cette dernière expression que le contenu normatif reste trop controversé pour contenir une signification précise qui guide sûrement la conduite étatique. Ce défaut se retrouve autant dans la notion de *jus cogens* que dans celle de *soft law*. Les instruments de la *soft law* n'ont pas, par définition, un caractère obligatoire rigidifié. Au contraire, ils accordent une flexibilité et ils autorisent l'introduction progressive de valeurs qui, au départ, ne font pas l'unanimité. Aussi, la *soft law* contient une puissance informative et éducative non négligeable⁽¹⁷⁶⁾.

Toutefois, les instruments de la *soft law* tout comme la notion de *jus cogens* contribuent directement au malaise positiviste, car ils rendent le seuil de passage à la normativité encore plus fugitif qu'il l'était. Ce faisant, la démarcation entre le

⁽¹⁷⁴⁾ Voir en particulier P. WEIL, *loc. cit.*, note 135.

⁽¹⁷⁵⁾ *Id.*, p. 7.

⁽¹⁷⁶⁾ C. M. CHINKIN, "The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law", (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850, p. 865.

juridique et le non juridique devient évanescence et avec elle, l'idéal positiviste d'un ordre légal garantissant la stabilité et la certitude.

Section 3. Les *Critical Legal Studies* et le droit international

Les *Critical Legal Studies* questionnent principalement la légitimité du droit international d'inspiration libérale sur deux fronts. Premièrement, en soulevant l'incohérence intrinsèque au libéralisme qui combine une assomption atomistique souveraine et un scepticisme épistémologique avec une objectivité des règles légales internationales ainsi que de leur interprétation. Deuxièmement et de façon plus importante, les CLS reprochent l'indétermination du droit international qui découle de l'oscillation entre le *iusnaturalisme* et le *iuspositivisme* et qui articule l'argumentation légale autour d'une structure dyadique. Du côté *iuspositiviste*, le droit international enregistre mécaniquement la pratique étatique tout en étant dépourvu d'instance critique. Du côté *iusnaturaliste*, le droit international est cette fois-ci distancié et critique de la pratique étatique mais il perd en effectivité ce qu'il gagne en normativité. La structure dualiste se retrouve également dans l'explication de l'obligation légale internationale. Du côté *iuspositiviste*, l'obligation naît exclusivement du consentement de l'État alors que du côté *iusnaturaliste*, elle dérive de notions extraconsensuelles telles que la justice, la nécessité légale ou la communauté internationale. Ce balancement contribue, selon les CLS, à l'illégitimité du droit international en général.

3.1 Les incohérences du droit international libéral

La structure de l'argumentation et du droit international dans son ensemble seront analysées tout au long de cette section sous le regard des *Critical Legal Studies*. Nous avons choisi ce mouvement car il s'insère à l'intérieur d'une théorie sociale et critique beaucoup plus vaste, qui développe la validité des champs de connaissance en

marge du positivisme et du *iusnaturalisme* et leurs pièges respectifs⁽¹⁷⁷⁾. Permettez-nous de souligner immédiatement la complémentarité de ces pièges comme nous le verrons un peu plus loin. Les *Critical Legal Studies* (CLS) avancent essentiellement une critique interne du rôle social de l'ordre légal⁽¹⁷⁸⁾. Il n'est pas de notre propos ni de notre ambition d'étudier exhaustivement la littérature abondante sur le sujet car elle s'attache, en majeure partie, à la structure particulière de l'ordre légal national. Notre recherche se restreint aux auteurs qui utilisent les outils de la théorie critique dans le champ d'analyse de l'ordre légal international.

Toutefois, il nous semble nécessaire d'aborder au préalable certains principes communs et directeurs aux CLS, car ceux-ci guideront inévitablement notre recherche et, corrélativement, ils permettent une appréhension minimale de la philosophie critique. Premièrement, et d'une façon importante, les CLS soutiennent l'indétermination de l'ordre légal en ce qu'il est incapable de fournir une réponse déterminée devant la particularité des situations⁽¹⁷⁹⁾. Cette indétermination découle, entre autres, de la multitude des visions philosophiques et épistémologiques sur les relations humaines qui traversent le champ théorique juridique. Les CLS prétendent également que si une de ces visions devient le paradigme dominant et qu'ainsi un consensus peut s'établir sur la teneur des normes légales, celles-ci ne représentent pas nécessairement un facteur décisif dans le comportement social des acteurs. Deuxièmement, les CLS refusent la neutralité et l'autonomie du raisonnement légal. La rationalité du juriste ne travaille pas indépendamment de ses idéaux éthiques et

⁽¹⁷⁷⁾ Voir David KENNEDY, "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship", (1985-86) 21 *New England Law Review* 209, p. 226.

⁽¹⁷⁸⁾ Guyora BINDER, "Beyond Criticism", (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 888, p. 889.

⁽¹⁷⁹⁾ L'exposé des principes directeurs des CLS est tiré de David M. TRUBEK, "Where the Actions Is : Critical Legal Studies and Empiricism", (1984) 36 *Stanford Law Review* 575, pp. 577, 578. Nous avons toutefois regroupé ces principes selon un arrangement différent sans pour autant toucher le contenu en soi.

politiques. Déjà, il est possible de discerner dans ces principes critiques une attaque dirigée vers la doctrine juridique positiviste.

Les CLS portent toute leur attention sur la structure du droit et, ce faisant, n'abordent pas les questions relatives à l'origine ou à l'ontologie du droit⁽¹⁸⁰⁾. Parce que ces questions ne sont pas abordées, les CLS évitent simultanément les pièges dévoilés par les théories positiviste et *iusnaturaliste*. Malgré la difficulté inhérente voire l'impossibilité d'une solution unique et satisfaisante, ces questions nous semblent inévitables car elles sous-tendent, ne serait-ce qu'implicitement, tout projet de penser le droit. Nous reviendrons sur cet aspect. Pour l'instant, retenons l'incorporation de la théorie structuraliste par les CLS. En effet et contrairement à une opinion largement répandue, ce mouvement ne se contente pas seulement de dénoncer le droit comme un instrument aux mains du pouvoir et des intérêts politiques et économiques. Les CLS envisagent plutôt le droit comme une structure culturelle qui conditionne l'entièreté des relations sociales⁽¹⁸¹⁾. Le caractère oppressif du droit ne provient pas d'une coercition extérieure et empirique, mais de l'attribution et de l'acceptation réciproque d'un système identitaire. Le droit s'assimile alors à une idéologie car il influe directement sur la liberté du sujet dans la conception de ses idées et dans son agir dans le monde.

L'attribution de l'identité par le droit est perceptible au niveau international si l'on en juge par l'élaboration et l'octroi de la souveraineté formelle, notamment lors de la décolonisation. Il est évident que cette souveraineté est la création du système juridique international. Une entité politique ne devient un locuteur à part entière que si elle est reconnue comme un sujet du droit international. Ce dernier a donc établi,

⁽¹⁸⁰⁾ D. KENNEDY, *loc. cit.*, note 177, p. 267.

⁽¹⁸¹⁾ G. BINDER, *loc. cit.*, note 178, p. 889.

avec le concept de souveraineté, une parenté dans l'identité⁽¹⁸²⁾ et cette parenté module, d'une certaine façon, les dires et l'agir des sujets. Néanmoins, l'analyse que font les CLS du droit en tant que structure culturelle oppressive doit être atténuée avec le transfert sur la scène internationale. Premièrement, celle-ci se distingue par la coexistence d'une pluralité de cultures, et cette situation ne contribue pas à concevoir le droit international comme le produit d'une structure culturelle monolithique, bien qu'il eut été à maintes reprises critiqué parce qu'il dénotait une inspiration occidentale. Quoique cette dernière affirmation soit juste, il nous faut la nuancer car le droit international n'est pas un objet statique et rigide. Il s'est peu à peu détaché de ses origines pour faire désormais partie d'une culture que nous qualifierons, à défaut d'un meilleur terme, d'interétatique. Autrement dit, les États sont unanimes à reconnaître l'existence d'un droit international. Deuxièmement et ceci distingue encore une fois l'ordre légal international du domestique, les États souverains conservent toujours cette faculté de ne pas entrer dans le langage légal au préalable et ce, sans qu'une coercition physique n'intervienne. Il va sans dire que cette réserve peut faire l'objet de critiques virulentes de la part des autres États, qui s'appuient alors sur la légitimité du droit. Le résultat n'en demeure pas moins la même, c'est-à-dire que les discours économique et politique ne sont pas subordonnés en fonction de la suprématie d'un discours légal international.

Pour lors, revenons à l'incorporation de la théorie structuraliste par les CLS car celle-ci touche directement le droit international d'inspiration libérale. D'une façon plus large, les CLS considèrent le sujet légal comme un artefact d'un système culturel. Cette affirmation, simple en apparence, renverse la philosophie libérale classique qui posait, *a priori*, l'individu autonome, rationnel et autodéfini. Cette description vaut

⁽¹⁸²⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté. Essai sur la fonction du droit international*, coll. textes à l'appui-série histoire contemporaine, Paris, éd. La Découverte, 1995, p. 200.

pour l'État souverain comme nous l'avons auparavant démontré. Le sujet individuel ou souverain doit précéder l'ordre social et légal dans la mesure où il le bâtit intentionnellement⁽¹⁸³⁾ ou encore, pour reprendre la terminologie positiviste, volontairement. La théorie structuraliste suggère que le sujet légal est construit d'une façon discursive par le libéralisme, qui lui renvoie cette image d'autonomie, de rationalité et d'autodéfinition⁽¹⁸⁴⁾. Dans notre hypothèse, ceci implique que l'État souverain n'est pas la fondation ahistorique et acontextuelle et qu'il ne précède pas l'ordre légal international. C'est la structure du droit international qui a permis la construction discursive de cette représentation singulière du sujet souverain.

Nous nous retrouvons donc devant deux positions qui semblent et sont peut-être irréconciliables. D'une part, un pur subjectivisme qui accorde une nette primauté à l'intention et à la volonté de l'agent dans la construction du monde et dont l'emblème est le sujet libéral (individu ou État souverain). Et d'une autre part, une théorie structuraliste qui insiste sur l'indépendance des structures sociales et culturelles par rapport à l'intentionnalité de l'agent⁽¹⁸⁵⁾. Les CLS cherchent, pour leur part, la délégitimation des structures afin de libérer le potentiel subjectiviste⁽¹⁸⁶⁾. Cette délégitimation s'effectue en exposant ce qui apparaît naturel comme le produit contingent de forces historiques⁽¹⁸⁷⁾. Dans l'exemple nous intéressant, il s'agit de dévoiler l'individualité, ou encore la souveraineté, comme le produit de la structure

⁽¹⁸³⁾ Thomas C. HELLER, "Structuralism and Critique", (1984) 36 *Stanford Law Review*, 127, pp. 176, 177.

⁽¹⁸⁴⁾ *Id.*, pp. 131, 132.

⁽¹⁸⁵⁾ James BOYLE, "The Politics of Reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought", (1985) 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685, p. 744.

⁽¹⁸⁶⁾ *Id.*, p. 745.

⁽¹⁸⁷⁾ T.C. HELLER, *loc. cit.*, note 183, p. 132.

libérale qui renvoie des images d'autonomie, de rationalité monologique et d'autodéfinition.

Le processus de délégitimation avancé par les CLS soulève toutefois un problème méthodologique⁽¹⁸⁸⁾. En effet, comment le chercheur procède-t-il pour sortir de ses catégories conceptuelles afin d'évaluer ces structures déterminantes si ces mêmes catégories sont formées par les structures en question ? Le chercheur semble irrémédiablement enfermé dans ses catégories structurales. De plus et d'une façon plus large, si la subjectivité se limite à un artefact culturel, comment le sujet peut-il être libéré et libéré de quoi ? L'émancipation consiste-t-elle à embrasser ultimement le vide ou existe-t-il véritablement une substance au sujet au-delà des structures ? Ces interrogations nous amènent, avec Foucault⁽¹⁸⁹⁾, à la mort du sujet et elles démontrent, plus concrètement, l'impossibilité d'éviter les positions philosophiques et épistémologiques lorsqu'il nous faut penser le droit.

Pour revenir à notre préoccupation centrale, quelle est au juste la teneur des critiques des CLS au droit international ? Si nous en jugeons par la recension exhaustive de Nigel Purvis⁽¹⁹⁰⁾, les CLS formulent quatre propositions que nous étudierons successivement : la logique libérale sous-tendant le droit international le rend incohérent ; le discours légal international évolue à l'intérieur d'une structure contraignante ; cette structure contribue à l'indétermination du droit international et, enfin, l'autorité de celui-ci procède d'une autovalidation.

⁽¹⁸⁸⁾ N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, p. 92.

⁽¹⁸⁹⁾ Sur la mort du sujet voir *supra*, chapitre 1, section 1. La corrélation entre la souveraineté et la modernité. Et plus particulièrement la sous-section 1.4. L'analogie persistante entre l'Homme et l'État.

⁽¹⁹⁰⁾ N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, pp. 96, 97.

Nous avons fait remarquer, depuis le tout début de ce chapitre, que le droit international repose d'une part sur la philosophie libérale classique et, d'une autre part, complémentaire ajouterons-nous, sur la méthodologie positiviste. L'incohérence interne du droit international provient, selon les CLS, du libéralisme ou plus spécifiquement du rapprochement entre l'assomption souveraine des États et l'épistémologie radicale sur les valeurs. Le libéralisme ne peut, tout à la fois, rejeter la possibilité de valeurs objectives en vertu du *credo* épistémologique et prétendre résoudre les conflits juridiques internationaux aux moyens de règles neutres et objectives⁽¹⁹¹⁾. Et c'est précisément ce qu'il cherche à faire en avançant la résolution des conflits dans le cadre de la *Rule of Law*.

L'idée d'un gouvernement par les lois, et non par les hommes, peut être retracée dès l'Antiquité dans le fameux débat opposant Platon⁽¹⁹²⁾ et Aristote. La version libérale et contemporaine de la *Rule of Law* accentue la procédure formelle pour fondement de la légalité, et ceci évacue l'alternative consistant à imposer des valeurs d'ordre substantiel sur qu'est-ce qu'une bonne conduite internationale⁽¹⁹³⁾. Il est évident que cette version libérale constitue un rempart efficace contre les tentations totalitaires affiliées à l'imposition d'un critère du bien commun. Toutefois, ce mérite ne doit pas obscurcir la primauté accordée à la liberté par le libéralisme. La primauté de cette valeur de liberté, au détriment des autres, ne se réconcilie guère avec l'épistémologie radicale énoncée plus haut et épousée par le libéralisme. Celui-ci ressemble beaucoup plus à un universalisme d'ordre méthodologique

⁽¹⁹¹⁾ *Id.*

⁽¹⁹²⁾ Nous insistons ici sur le Platon de *La République* car l'opposition entre le gouvernement des hommes et des lois se retrouve à l'intérieur de l'œuvre de Platon, plus spécifiquement dans *Les Lois*. Nous sommes en quelque sorte en présence d'un Platon I et d'un Platon II.

⁽¹⁹³⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 21, p. 402.

qu'épistémologique⁽¹⁹⁴⁾, mais cette dernière distinction, nous allons la voir, reste tenue car toute méthodologie comporte un engagement philosophique et substantiel.

De plus, la version libérale de la *Rule of Law* nécessite pour les juristes que les règles soient définies ou encore prédéterminées, sinon le droit international ne peut prétendre à la neutralité et à l'objectivité dans la résolution des conflits légaux⁽¹⁹⁵⁾. Cette conception est inacceptable pour les CLS qui voient dans ces règles légales le produit politique des contradictions sociales⁽¹⁹⁶⁾. Elles reflètent les différences entre les États dans la richesse, le pouvoir, le savoir et les capacités militaire, technologique et informationnelle. L'insertion des normes dans le tissu social et historique n'empêche pas pour autant qu'elles s'en détachent progressivement, afin de devenir relativement et structurellement autonomes, pour ensuite et en retour, influencer les acteurs. Ce rappel des CLS vise seulement à refuser un statut réifié, neutre et objectif aux règles légales internationales.

Le mythe libéral et positiviste de la neutralité de la *Rule of Law* doit présupposer que les mots sont dotés d'une essence immuable, d'un noyau dur ou d'un signifié transcendantal. Cette présupposition est fondamentale dans la mesure où la subjectivité de l'interprète des règles légales heurte l'image d'une interprétation mécanique, déductive et neutre⁽¹⁹⁷⁾. Si les mots qui composent la règle possèdent une essence et un sens indiscutable alors la subjectivité s'efface d'autant plus. Ici encore, les CLS démontrent l'incohérence interne du libéralisme qui repose sur une assomption

⁽¹⁹⁴⁾ M. COCHRAN, *loc. cit.*, note 27, p. 51.

⁽¹⁹⁵⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 74, p. 347.

⁽¹⁹⁶⁾ Robert W. GORDON, "Critical Legal Histories", (1984) 36 *Stanford Law Review* 57, pp. 100, 101.

⁽¹⁹⁷⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 74, pp. 348, 349.

de la souveraineté et une épistémologie radicale et qui avance, par la même occasion, l'objectivité des règles et du phénomène interprétatif. La neutralité du langage est d'autant plus nécessaire pour le positivisme car elle distingue et sépare sans contredire le droit de la politique⁽¹⁹⁸⁾.

Outre l'incohérence interne dans les fondements théoriques du libéralisme qui posent, d'une part, le primat subjectiviste et, d'une autre part, l'objectivité des règles et de l'interprétation, les CLS refusent de façon plus générale la présupposition concernant l'essence apriorique des mots⁽¹⁹⁹⁾. Pour cette raison, il est possible de les inscrire à l'intérieur du tournant linguistique et anti-essentialiste. Selon cette perspective, les mots et les concepts acquièrent un sens au travers de l'usage et de la pratique langagière. Autrement dit, le sens ne dérive plus d'un fondement transcendantal ou d'un méta-langage, il s'insère et se comprend dans un contexte et une structure. Si les mots et, par extrapolation les règles, n'ont pas de signification transcendantale alors il faut bien admettre leur connotation politique et conventionnelle⁽²⁰⁰⁾. Cette connotation s'évanouit avec le temps car les mots et les règles se détachent de leur origine pour devenir peu à peu autonomes structurellement. C'est alors qu'ils exercent véritablement une coercition sur les acteurs.

Nous terminerons sur l'incohérence du droit international d'inspiration libérale en procédant à une distinction au sein des CLS⁽²⁰¹⁾. Pour certains, la seule

⁽¹⁹⁸⁾ Bernard E. JACOB, "Ancien Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics : A Review Essay on the Translation of Viehweg's "Topics and Law" ", (1995) 89 *Northwestern University Law Review* 1622, pp. 1631, 1632.

⁽¹⁹⁹⁾ J. BOYLE, *loc. cit.*, note 185, pp. 708, 709.

⁽²⁰⁰⁾ Stephen BRAINERD, "The Groundless Assault : A Wittgensteinian Look at Language, Structuralism, and Critical Legal Theory", (1985) 34 *The American University Law Review* 1231, pp. 1237 et 1238.

⁽²⁰¹⁾ Au sujet de cette distinction voir N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, p. 93.

démonstration d'une incohérence sert à discréditer la théorie libérale dans son ensemble. Cependant, cette position nous semble exiger une rigueur logique voire mathématique qui ne sied pas aux sciences humaines. Pour d'autres, la seule démonstration d'une incohérence ne suffit pas. Ils dénoncent plutôt le discours légal libéral dans sa prétention à la cohérence. Cette prétention suffit à élever le droit international à un statut qui lui est impossible de tenir. Ceci dénote plus largement une incompréhension du droit international.

La structure du droit international libéral est dualiste. D'un côté, le libéralisme octroie un contenu normatif à la vie internationale en prônant les valeurs de liberté et de souveraineté étatique. D'un autre côté, il cherche à enfouir cet engagement normatif ou substantiel en se présentant comme un système légal neutre et objectif dans la résolution des différends interétatiques. Il va sans dire que cet enfouissement exclut la possibilité d'une discussion sur les valeurs sous-tendant le système libéral.

Le droit international, dans son ensemble, est bâti sur le paradoxe de la souveraineté biface. En effet, la souveraineté interne implique une autorité suprême à l'intérieur du territoire, alors que la souveraineté externe nécessite l'indépendance et l'égalité souveraine des États⁽²⁰²⁾. Comment cette dualité s'exprime-t-elle quant à l'obligatorité du droit international ? La souveraineté interne exige que la normativité de ce droit découle *stricto sensu* des relations factuelles étatiques, c'est-à-dire du comportement et du consentement des souverains à être liés. La souveraineté externe, quant à elle, demande au droit international qu'il limite la marge permissive des comportements étatiques et, par conséquent, que sa normativité s'enracine dans des règles communes à une société d'États⁽²⁰³⁾. Or le paradoxe embrasse ces deux

⁽²⁰²⁾ O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, note 129, p. 587.

⁽²⁰³⁾ *Id.*, pp. 587 à 593.

perspectives. Si le droit international est le pur reflet des comportements factuels et du consentement des États, s'il ne tire son autorité que de la volonté souveraine alors, et nous l'avons souligné à maintes reprises, il reste confiné à la description sociologique. Le droit se réduit dans cette hypothèse à ce que les États font concrètement. D'un autre côté, si le droit emporte avec lui une quelconque normativité, il doit se détacher, se différencier de la pratique interétatique afin de pouvoir seulement la critiquer. Le droit international tire alors son autorité d'un ordre public qui transcende le pur subjectivisme étatique⁽²⁰⁴⁾.

Cette tension, tout en restant la même, a fait l'objet de plusieurs dénominations aussi pertinentes les unes que les autres au sein des CLS. Pensons notamment à une tension entre le positivisme et le *iusnaturalisme*, entre la facticité et la normativité, entre le subjectivisme et l'objectivisme ou encore entre l'apologie et l'utopie⁽²⁰⁵⁾. L'indétermination du droit international libéral découle précisément de cette tension, de cette oscillation constante et permanente entre l'apologie subjectiviste et l'utopie objectiviste dans l'argumentation légale internationale. Nous retrouvons dans cette tension la procédure logocentrique exposée au cours du premier chapitre. L'opposition conceptuelle campe cette fois-ci, mais pour combien de temps, l'apologie subjectiviste, qui soutient que le droit est déterminé essentiellement par le comportement des États, contre l'utopie objectiviste qui confond le droit à un code normatif dépassant l'intérêt individuel ou la volonté étatique⁽²⁰⁶⁾. Le premier terme de l'opposition, celui de l'apologie, a occupé dans l'analyse contemporaine la position fondationnelle et référentielle. Toutefois, et c'est là le propre de la procédure logocentrique, l'apologie

⁽²⁰⁴⁾ Voir M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, pp. 2 à 6.

⁽²⁰⁵⁾ Cette dernière expression est justement le titre du livre de M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33.

⁽²⁰⁶⁾ Iain SCOBIE, "Towards the Elimination of International Law : Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism", (1990) LXI *British Yearbook of International Law* 339, pp. 340, 341.

ne se comprend pas sans le côté utopique. Certains auteurs⁽²⁰⁷⁾ considèrent le retour d'un certain *iusnaturalisme* dans l'étude du droit international en cette fin de siècle qui se veut l'ère de la mondialisation. Nous soumettons qu'en vertu de la procédure logocentrique cet aspect *iusnaturaliste*, ou utopique, ou objectiviste, a toujours été présent dans l'explication du droit international. Si sa présence s'est faite moins sentir, c'est plutôt en fonction de sa place marginalisée par l'opposition conceptuelle. Nous verrons un peu plus loin l'interdépendance des deux termes au travers de la structure de l'argumentation légale internationale.

Nous avons suivi jusqu'ici les CLS dans leur analyse du droit international et, plus spécifiquement, dans leur démonstration de l'incohérence interne et de l'indétermination qui traversent la structure libérale. Devant ces carences théoriques, comment les CLS expliquent-ils la reconnaissance, la longévité et l'autorité de ce droit pour la vie internationale ? Comment justifient-ils que des États foncièrement libres et autonomes acceptent néanmoins et s'engagent dans un discours légal contraignant ? Pour seulement répondre à cette question, il faut accorder au droit international une certaine légitimité. En d'autres termes et dans un monde caractérisé par l'absence flagrante de coercition externe, l'obéissance aux normes internationales ne peut se comprendre que par l'introduction d'une contrainte interne et psychologique chez le souverain⁽²⁰⁸⁾. La légitimité est d'autant plus importante au niveau international car l'absence d'une contrainte extérieure a fondé, nous l'avons vu, la démarche positiviste qui refusait, pour cette seule et unique raison, de voir dans le droit international un droit véritable. Par ailleurs, il semble que l'aspect d'une coercition externe, tout comme le positivisme classique dans son ensemble, soient désormais insuffisants pour expliquer l'obligatorité de droit national si l'on en juge par la quantité et la qualité

⁽²⁰⁷⁾ Voir tout particulièrement A. D'AMATO, *op. cit.*, note 85, p. 213.

⁽²⁰⁸⁾ Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 16 ; N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, pp. 109 à 111.

de la recherche doctrinale et contemporaine sur la légitimité du pouvoir judiciaire. Le droit international reste selon nous le laboratoire par excellence pour l'étude de la légitimité du droit en général.

La seule mention d'une coercition interne et de l'importance de la légitimité ouvre des perspectives insoupçonnées pour le droit international. Elle nous réoriente vers l'aspect idéologique voire rituel du droit, c'est-à-dire sur la façon dont les agents perçoivent, racontent et justifient ce droit⁽²⁰⁹⁾. S'il nous faut absolument retenir une seule et unique leçon des CLS, c'est bien cette ouverture à l'autovalidation du droit international par le langage, le mythe, l'histoire et la symbolique⁽²¹⁰⁾. Cette avenue est demeurée dans l'ombre avec la domination du paradigme positiviste. Cette ouverture du champ d'étude présuppose que le droit international ne peut se confondre entièrement à une rationalité de type instrumental qui vise l'efficacité. Le droit ne répond pas uniquement d'un langage et d'un jeu technique où le critère ultime est l'efficience⁽²¹¹⁾. Il comprend des dimensions symbolique, narrative et argumentative. Nous verrons la légitimité plus en détail sous peu et les dimensions symbolique, narrative et argumentative dans la deuxième partie de cette thèse. Pour l'instant, il suffit de constater, avec les CLS, l'acceptation et la longévité du droit international libéral et ce, en dépit de ses incohérences et de son indétermination au niveau rationnel et scientifique.

⁽²⁰⁹⁾ R.W. GORDON, *loc. cit.*, note 196, p. 100, 101.

⁽²¹⁰⁾ N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, pp. 112, 113.

⁽²¹¹⁾ Voir J.-F. LYOTARD, *op. cit.*, note 110, pp. 66 à 76 sur l'incommensurabilité des jeux de langage.

3.2 La légitimité du droit international

Nous avons brièvement défini la légitimité dans les paragraphes précédents. Pour les seuls besoins de notre thèse, elle peut être envisagée comme le ou les facteurs non coercitifs qui prédisposent les agents à l'obéissance volontaire⁽²¹²⁾. Cette propriété d'une règle, d'une institution ou du droit international plus spécifiquement, contribue donc à l'élément d'obligatorité du droit chez les acteurs, que ceux-ci soient représentés par des États, par des organisations internationales ou encore par des élites gouvernementales.

Nous avons parlé plus précisément de l'importance de la légitimité, coercition interne voire psychologique chez l'acteur et qui force l'obéissance dans un monde international caractérisé par l'absence de coercition externe ou empirique. Il semble possible d'affirmer que les États observent le droit international pour des raisons "psychologiques"⁽²¹³⁾ sans pour cela tomber dans une facilité anthropomorphiste. Au contraire, ces raisons "psychologiques" et particulières à l'État, personne morale, atténuent l'image et l'analogie chères à la philosophie libérale classique qui représente le sujet, individuel ou étatique, exclusivement à l'aide d'une rationalité monologique. S'il est permis de contester cette image libérale de l'individu en indiquant un siège des passions et de l'irrationalisme, est-il possible d'en faire autant pour l'État, en lui accordant des raisons, qui tout en lui étant spécifiques, sont d'ordre "psychologique"? Surtout si l'on considère l'étendue du succès de cette représentation de l'État rationnel, qui se traduit dans le domaine des relations internationales par les courants réaliste et néo-réaliste. La réponse est affirmative si nous nous tournons vers l'histoire qui nous démontre, avec force exemples, que l'État ne peut se réduire à une machine rationnelle

⁽²¹²⁾ T. M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 16.

⁽²¹³⁾ Louis HENKIN, *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, New York, Frederick A. Praeger Publishers, 1968, p. 56.

et calculatrice. Sur ce point, nous sommes d'accord avec Fukuyama⁽²¹⁴⁾ qui voit dans les États d'immenses entités "thymoniques". En d'autres termes, et contrairement à la pensée de Hobbes, reprise plus tard par les réalistes en relations internationales, les États ne recherchent pas la simple conservation de leur être commun à l'intérieur d'un état de nature international. Ils poursuivent en outre un désir de reconnaissance par les autres que cela soit pour des motifs dynastique, religieux, idéologique, racial ou encore, plus près de nous, nationaliste. L'histoire autorise le soulèvement du voile corporatif afin de retrouver des hommes, en chair et en os, qui dirigent l'État. Ce dernier ne peut donc être guidé uniquement par une logique mathématique. Il est poussé également par des motifs d'ordre "psychologique".

Étymologiquement, la légitimité provient du latin *legitimus* qui signifie "établi par la loi" ou "conforme aux règles"⁽²¹⁵⁾. Le droit international possède donc une certaine légitimité du simple fait qu'il est droit, qu'il a cette qualité imprécise mais à laquelle un sens de l'obligation est traditionnellement rattachée⁽²¹⁶⁾. Autrement dit, la seule mention de la légalité rappelle *a priori* la légitimité d'un ordre exemplaire car il fournit des raisons à l'action⁽²¹⁷⁾. Cette référence automatique, qui dès que l'on nomme un ordre légal nous entraîne à lui concéder de prime abord une certaine légitimité, est fortement ancrée dans l'inconscient collectif. Les États s'inclinent devant le droit international parce qu'il a cette nomination et cette connotation morale, et qu'ils ne veulent pas être en marge d'un ordre jugé légitime par leurs pairs. Ils tiennent donc à leur réputation et à un certain paraître étatique. Nous n'avons qu'à penser aux

⁽²¹⁴⁾ Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, coll. Champs, Manchecourt, Flammarion, 1992, p. 292.

⁽²¹⁵⁾ Voir l'étymologie du mot légitime dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 3.

⁽²¹⁶⁾ L. HENKIN, *op. cit.*, note 213, pp. 56 à 58.

⁽²¹⁷⁾ Alan HYDE, "The Concept of Legitimation in the Sociology of Law", (1983) 71 *Wisconsin Law Review* 379, p. 382.

stigmates laissés à des États tels que l'Afrique du Sud, Israël ou encore la Lybie qualifiés, à tort ou à raison, de hors-la-loi ou de paria.

Il n'en demeure pas moins que la notion de légitimité ne se mesure pas d'une façon empirique et qu'elle ne peut être observable ou vérifiable⁽²¹⁸⁾. Cette affirmation n'invalide pas en soi le concept de la légitimité et son importance sur la scène internationale. Il peut y avoir divers motifs à l'obéissance légale dont l'intérêt, l'habitude ou l'imitation⁽²¹⁹⁾. Pour cette raison, nous privilégions davantage la définition de Franck⁽²²⁰⁾, car elle permet l'inclusion de tous les facteurs non coercitifs et internes à l'agent et, de cette façon, elle nous simplifie considérablement la tâche au détriment de la précision et de la rigueur définitionnelle. La légitimité ne répond ni d'un examen empirique ni d'une logique et d'un calcul rationnel. Ceci est évident pour qui se tourne vers la déconstruction théorique opérée par les CLS et qui expose précisément les incohérences et l'indétermination du droit international libéral. Cette déconstruction ne semble pas avoir entamé pour autant la perception des États de la légitimité du droit international.

Nous suivrons donc schématiquement la démarche de T. Franck⁽²²¹⁾ qui établit quatre indicateurs de légitimité d'une règle internationale, soit la détermination, la validation symbolique, la cohérence et l'adhérence, tout en insistant particulièrement sur les deux premiers.

⁽²¹⁸⁾ *Id.*

⁽²¹⁹⁾ L. HENKIN, *op. cit.*, note 213, p. 56.

⁽²²⁰⁾ T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 16.

⁽²²¹⁾ *Id.*, p. 49.

Selon les dires de cet auteur, l'indétermination d'une règle internationale semble miner la légitimité, alors que la détermination semble la rehausser. La détermination, dans cette hypothèse, ne se limite pas à une qualité littéraire mais elle recoupe assurément la structure linguistique. Autrement dit, il s'agit de la transparence du texte (celui-ci regroupant autant la règle écrite ou conventionnelle que la règle orale ou coutumière), et par l'habilité à transmettre un message clair sur les conduites internationales acceptables ou inacceptables⁽²²²⁾. Franck poursuit son analyse en distinguant soigneusement deux types de règle : la *sophist rule* et l'*idiot rule*. La première, de par son libellé et sa complexité, demande un procédé interprétatif de cas par cas beaucoup plus exigeant. La légitimité ne repose plus dans la transparence immédiate du texte mais dans le processus même de détermination de son contenu. Le moment de légitimation se retrouve alors du côté de l'interprète, de sa compétence et de sa crédibilité. Dire cela implique l'ouverture, ne serait-ce qu'implicitement, du débat sur la problématique de l'herméneutique⁽²²³⁾. L'interprète, étant situé historiquement dans le monde, procède nécessairement à partir des préjugés normatifs qui le constituent (horizon normatif). Ceci est d'autant plus évident sur la scène internationale où le défaut de formalisation et d'institutionnalisation du processus interprétatif oblige un retour constant aux auteurs, soit les États. Et ce retour implique également une discussion sur la part de subjectivité dans le processus interprétatif. Le deuxième type de règle, l'*idiot rule* évite, de prime abord, la problématique herméneutique. La règle, de par sa précision et son univocité, ne semble pas requérir un engagement majeur de la part de l'interprète. Sa légitimité tout entière s'inscrit dans la simplicité apparente de son message et de sa signification et, par conséquent,

⁽²²²⁾ *Id.*, pp. 52 à 57.

⁽²²³⁾ Voir tout spécialement l'enseignement de Hans-Georg GADAMER, *Truth and Method*, coll. A Continuum Book, New York, The Seabury Press, 1975 ; T.K. SEUNG, *Structuralism & Hermeneutics*, New York, Columbia University Press, 1982, pp. 200 et ss.

dans son application prétendument systématique⁽²²⁴⁾. Afin d'illustrer cette distinction entre les deux types de règle et leur degré de détermination, Franck nous donne l'exemple de la guerre. Au Moyen-Âge, le Pape représente l'interprète légitime quant à la détermination de la guerre juste. Avec l'abandon de la notion de guerre juste, faute d'un consensus universel et d'un interprète, et avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, nous sommes passés d'un *sophist rule* à une *idiot rule*. En effet, la guerre et le recours à la force ont subi une interdiction d'ordre général.

Cette distinction entre le *sophist rule* et l'*idiot rule* nous semble cependant plus ou moins pertinente. Elle l'est dans la mesure où une règle peut être énoncée d'une façon plus claire qu'une autre. Le support linguistique facilite alors la compréhension, l'intelligibilité du message normatif. Toutefois, la transparence linguistique et la signification à proprement parler dépend beaucoup plus du dépassement préalable des contradictions sociales, et d'une entente conventionnelle sur le contenu établie par la suite entre les parties visées par la règle. Il n'en demeure pas moins qu'une règle internationale peut porter en elle ces contradictions sociales⁽²²⁵⁾ et cela contribue à l'indétermination lors du moment interprétatif. Pensons, par exemple, à la règle interdisant le recours à la force prévu à l'article 2(4) de la Charte de l'ONU. Il est relativement plus facile pour les États de s'entendre sur l'adoption de ce principe général que de s'entendre sur la signification du mot force devant une situation particulière. Celui-ci inclut-il, à titre d'exemple, les moyens économiques ? C'est donc au moment de l'interprétation et de l'application que les contradictions sociales latentes resurgissent ou que de nouvelles apparaissent, étant donné l'évolution des conditions économiques et politiques. C'est en ce sens que la distinction entre les deux types de règle n'est pas pertinente, car elle occulte la nécessité interprétative inhérente

⁽²²⁴⁾ Sur les deux types de règles, voir T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, pp. 80 à 85.

⁽²²⁵⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 123, pp. 634 à 636 et où les auteurs nous parlent de la dialectique et des contradictions sociales latentes aux règles internationales.

à l'application d'une norme surtout dans l'hypothèse d'une *idiot rule*. La détermination du contenu d'une règle ne ressort pas uniquement du support linguistique ; elle a lieu dans le décodage interprétatif qui s'insère lui-même à l'intérieur d'un contexte situationnel.

La majorité des théoriciens du droit associent, dans un premier temps, la déconstruction avec l'idée que le sens d'un texte légal est indéterminé⁽²²⁶⁾. Cette association, sans être fausse, véhicule une proposition autrement plus radicale à savoir, que l'indétermination d'un texte ou du droit en général implique qu'on peut lui faire dire n'importe quoi car le sens de ce texte est véritablement infini. Cet aspect nihiliste de la déconstruction contribue alors directement au caractère illégitime, contingent et arbitraire des signes légaux. Toutefois, l'affirmation de l'indétermination du droit ne conduit pas nécessairement à ce constat. Au contraire, le droit international gagnerait en légitimité si on cessait de lui apposer un modèle mathématique de détermination et de cohérence pour lui reconnaître une certaine indétermination sémantique. À cette fin, il faut procéder à une distinction au sein des déconstructivistes. Pour certains, et nous adoptons cette proposition, l'indétermination est la conséquence inévitable de la perte d'un universel, ou d'une fondation ahistorique et acontextuelle située en dehors du langage et dont ce dernier n'est que la représentation. En d'autres termes, nous refusons l'idée d'un signifié ultime ou d'un sens originaire, immédiat et transparent comme fondement à l'interprétation⁽²²⁷⁾. Le sens se construit à l'intérieur de la structure langagière et non en dehors de celle-ci.

⁽²²⁶⁾ J.M. BALKIN, "Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1131, p. 1152.

⁽²²⁷⁾ J.M. BALKIN, "Deconstructive Practice and Legal Theory", (1987) 96 *The Yale Law Journal* 743, p. 785.

Conséquemment, l'indétermination du droit signifie seulement qu'il est impossible de prévoir à l'avance et avec certitude quel sens le texte légal va prendre au cours de l'interprétation. Il y a toujours un excès de sens lorsque le texte est détaché physiquement, conceptuellement et historiquement de l'intention et de l'auteur⁽²²⁸⁾. L'indétermination ne veut absolument pas dire que l'interprète a le droit et la liberté de prêter n'importe quelle signification au texte légal devant lui. Nous n'avons qu'à penser, avec Umberto Eco⁽²²⁹⁾, à la restriction préliminaire qui se rattache à l'existence d'un certain sens littéral des mots. Ce sens incontournable que l'on trouve dès l'ouverture d'un dictionnaire ou encore dans la définition spontanée donnée par l'homme de la rue. Cette restriction littérale est un exemple des limites à l'interprétation, dont la plus grande demeure le caractère communicationnel, public et social du langage incluant le juridique.

“En somme, dire qu'un texte est potentiellement sans fin ne signifie pas que tout acte d'interprétation puisse avoir une fin heureuse. Même le déconstructiviste le plus radical accepte l'idée qu'il y a des interprétations scandaleusement inacceptables. Cela signifie que le texte interprété impose des restrictions à ses interprètes. Les limites de l'interprétation coïncident avec les droits du texte (ce qui ne veut pas dire qu'ils coïncident avec les droits de son auteur).”⁽²³⁰⁾

L'indétermination a causé chez les juristes, il fallait s'y attendre, une anxiété quant à leur discipline respective. Pour les internationalistes, cela signifie que des concepts légaux comme l'État ou la souveraineté, et que des normes internationales

⁽²²⁸⁾ J.M. BALKIN, *loc. cit.*, note 226, p. 1152.

⁽²²⁹⁾ Voir l'introduction du livre d'Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, éd. Grasset & Fasquelle, 1992 et où l'auteur atténue sa position par rapport à *L'oeuvre ouverte*, Paris, éd. du Seuil, 1965.

⁽²³⁰⁾ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, note 229, p. 17.

comme la non-intervention, envisagés jusqu'alors sous le signe rassurant de l'évidence, de la stabilité et de la transparence, acquièrent une dimension incertaine et discutable. Et cette acquisition mine directement l'image profondément implantée d'un droit positif fiable et strictement détaché de la sphère politique. Deux alternatives se présentent alors pour penser le droit et nous optons résolument pour la seconde. La première considère l'indétermination du droit, avancée par les CLS et plus largement par le courant postmoderniste, comme une récusation complète de la normativité du droit international⁽²³¹⁾. La deuxième alternative concède que les CLS s'appuient, tout au plus, sur un nihilisme herméneutique⁽²³²⁾. Le terme de nihilisme ne représente pas une licence totale, mais plutôt un antifondationalisme ou l'abandon d'un absolu dans le processus interprétatif. Cet aspect évoque une philosophie à tendance pragmatique, c'est-à-dire qu'il nous faut dorénavant nous tourner vers les notions, déjà anciennes mais revues, du raisonnable et de l'acceptable⁽²³³⁾ afin de juger une interprétation quelconque.

Les CLS combinent une philosophie pragmatiste avec un certain romantisme politique⁽²³⁴⁾. Qu'entendons-nous par cette dernière expression ? Il est en effet possible de voir, chez certains auteurs critiques, une quête de la détermination dans le politique après avoir constaté l'indétermination du droit⁽²³⁵⁾. Néanmoins, cette approche est susceptible de transférer les problèmes épistémologiques du droit à la

⁽²³¹⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 21, p. 409 ; Samuel K. MURUMBA, "Grappling with a Grotian Moment : Sovereignty and the Quest for a Normative World Order", (1993) 19 *Brooklyn Journal of International Law* 829, pp. 850 à 861.

⁽²³²⁾ Peter GOODRICH, "Sleeping with the Enemy : an Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", (1993) 68 *New York University Law Review* 389, pp. 404 à 406.

⁽²³³⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 21, p. 409.

⁽²³⁴⁾ Cette qualification est de P. GOODRICH, *loc. cit.*, note 232, pp. 404, 405.

⁽²³⁵⁾ J.W. MOHR, "From Saussure to Derrida : Margins of Law", (1993) 18 *Queen's Law Journal* 343, p. 344.

politique et, pour cette raison, elle demeure insatisfaisante. La reconnaissance d'une indétermination du droit exige réciproquement un processus interprétatif et à l'intérieur de celui-ci, l'éventualité d'une marge discrétionnaire et politique au sein de l'activité légale. Sans être fausse, cette affirmation n'implique pas irréfutablement que l'interprétation, parce qu'elle comprend un aspect politique, est une opération se déroulant sous l'emprise d'un subjectivisme radical. Autrement dit, la négation d'un sens objectif et immuable n'implique pas son opposé, qui est une terminologie privée et subjectiviste⁽²³⁶⁾. Si cela s'est produit, ou se produit, alors la pensée critique reste elle-même emprisonnée dans la procédure logocentrique qu'elle a, au préalable, dénoncée. En privilégiant le terme marginal au détriment du terme auparavant fondationnel, elle perpétue la problématique dichotomique.

Nous reviendrons plus spécifiquement sur l'acte interprétatif au cours de la deuxième partie de cette thèse, car son importance est fondamentale dans la pensée du droit. Poursuivons entre-temps l'analyse des indicateurs de légitimité du droit international, exposés par Franck, en abordant celui de la validité symbolique⁽²³⁷⁾. Cet indicateur est d'autant plus intéressant qu'il n'a pas fait l'objet d'une étude systématique de la part de la doctrine. De plus, il nous semble jouer un rôle primordial si l'on reconnaît, comme nous l'avons démontré jusqu'alors, que le droit et son caractère obligatoire ne peuvent se réduire à une entreprise ou à une méthodologie exclusivement empirique, rationnelle voir mathématique. La seule existence et la pratique du droit international par les États souverains laisse deviner l'influence de cet indicateur qui invoque des volets symbolique, rituel et mythique. Doit-on s'étonner outre mesure de cette influence considérant les études

⁽²³⁶⁾ C'est d'ailleurs cette critique que I. SCOBIE, *loc. cit.*, note 206, pp. 344 à 350 semble faire à M. KOSKENNIEMI pour sa monographie *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, note 33.

⁽²³⁷⁾ T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, pp. 91 à 96.

anthropologique et culturelle qui soulignent, au travers la diversité des communautés humaines et de leurs structures familiales, sociales et légales, l'importance de la validité symbolique et mythique dans le processus général de légitimation ?

Nous avons déjà mentionné un peu plus haut la légitimité qui entoure *a priori* la simple évocation et l'institution du droit, et cette remarque est d'autant plus vraie pour la culture occidentale. Il s'avère difficile de retracer l'origine et le pourquoi de cette affiliation qui tient maintenant lieu de l'immédiateté. Pour reprendre les termes de Derrida, elle se perd dans le mystère de la fondation du droit et de son autorité. Une chose reste sûre et c'est l'opposition ou la distinction traditionnelle entre la force brute et physique et le droit⁽²³⁸⁾. Le discours de la puissance repousse l'idée même de la légitimité. Pensons à la force ou au pouvoir d'une communauté qui se transforme véritablement dans la mentalité collective en droit, alors que le pouvoir demeure indissociablement lié à l'arbitraire, à la contingence et donc à l'illégitimité. Néanmoins, et à partir de cette illustration, le droit et la violence se développent l'un à partir de l'autre⁽²³⁹⁾, alors qu'ils nous apparaissent désormais antinomiques. La différence, s'il y en a une, repose sur le monopole narratif et l'acceptation par le nombre ou par la communauté. Il existe une certaine incommensurabilité entre le discours de la puissance et celui du droit, une antithèse réelle ou imaginaire entre ce qui est fort et ce qui est juste⁽²⁴⁰⁾. Le premier s'assimile à l'unilatéralité, à l'imposition et à la destruction du lien social et langagier entre les individus ou les collectivités. Le deuxième, au contraire, se construit à partir du lien social et langagier tout en le

⁽²³⁸⁾ Alice ERH-SOON TAY, "The Western Legal Tradition and the Internationalization of Law", (1992) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, Beiheft 54, 173, pp. 173 174.

⁽²³⁹⁾ Sigmund FREUD, *Civilization, Society and Religion : Group Psychology, Civilization and its Discontents and other Works*, vol. 12, coll. Penguin Freud Library, London, Penguin Books, 1991, p. 350.

⁽²⁴⁰⁾ J.-F. LYOTARD, *op. cit.*, note 110, p. 76.

renforçant simultanément. Idéalement, le droit cherche par la persuasion l'adhésion des esprits et non l'annihilation de la force pensante. Cette opposition traditionnelle entre le droit et la violence ou le pouvoir brut explique peut-être la volonté d'introduire et de consolider le droit au niveau international, afin précisément de contrer la puissance économique, militaire ou autre d'un ou d'un groupe d'États souverains. Elle explique aussi les controverses ontologiques sur le statut du droit international à savoir, si le droit international est véritablement du droit. Si la réponse à cette dernière question est affirmative alors les États moins puissants peuvent invoquer la légitimité du droit pour eux devant les agissements de la force brute.

Le droit, surtout pour la culture occidentale au départ quoique cette affirmation s'atténue devant la mondialisation des savoirs, est un symbole de légitimité. Autrement dit, le mot droit rappelle à lui une signification seconde et latente, celle de la légitimité. Le langage et l'activité symbolique se retrouvent autant chez les individus que les collectivités, et ils véhiculent une manière de connaître le monde qui nous entoure, de rencontrer l'altérité et, conséquemment, une façon d'agir. En donnant un sens à une situation, ils contribuent à la légitimation de l'action⁽²⁴¹⁾. C'est en ce sens qu'il faut entendre la validité symbolique du droit international chez les acteurs. De plus, le langage et l'activité symbolique complètent l'autorité rationnelle qui ne suffit pas à expliquer la force obligatoire du droit international. Nous avons vu que la philosophie libérale classique ainsi que la méthodologie positiviste dérivent le caractère contraignant du droit de la seule extériorité de la volonté ou du consentement de l'État souverain. De là l'aporie : comment justifier la continuité de cette contrainte devant le manquement de la volonté ? L'activité symbolique pallie à cette insuffisance logique. En effet, celle-ci ne requiert pas exclusivement la responsabilité du sujet dans

⁽²⁴¹⁾ Claude REICHLER, "La réserve du symbolique", (1992) 48 *Les Temps Modernes* 85, pp. 86 à 88.

la détermination du sens⁽²⁴²⁾ et la validité du droit excède alors l'unilatéralité de la volonté individuelle. Cette dernière remarque n'entraîne pas l'effacement complet de la subjectivité, car il faut au départ reconnaître une certaine attitude symbolique de la part des sujets étatiques. Toutefois, les valeurs symboliques en tant que telles ne sont pas laissées à une décision arbitraire de l'interprète. Par le symbolisme, le sujet échappe à son individualité en se ralliant à l'altérité et à la socialisation de la représentation. Il est introduit, de par son attitude symbolique, dans une communauté de partage et de transmission du sens. Cette activité suggère donc une transsubjectivité, c'est-à-dire une interprétation subjective qui se développe à partir d'un patrimoine social et culturel. Aussi, la validité symbolique du droit international s'insère à l'intérieur d'une culture interétatique fort particulière.

L'activité mythique, nous l'avons déjà mentionné avec l'exemple de l'égalité souveraine, a une fonction similaire de légitimation des pratiques et des institutions sociales, politiques et juridiques d'une société dont l'internationale⁽²⁴³⁾. Elle oblige plus spécifiquement les États souverains à une conformité et à une obéissance légale. Nous avons vu avec Barthes que le mythe est un système de communication et de signification qui ne prétend aucunement décrire la réalité, bien au contraire, il tente de la déformer. Le mythe étant une inflexion de la réalité, les hommes ou les collectivités ne sont pas à l'intérieur de lui dans un rapport de vérité mais d'usage. Par exemple, les États élaborent et acceptent une image légale de leurs relations internationales, à savoir l'égalité souveraine, et cette image va jouer par la suite un rôle dans leur comportement et leur appréciation de la réalité. Le mythe juridique de l'égalité

⁽²⁴²⁾ Les développements théoriques sur le symbolisme sont influencés par Jean-Jacques WUNENBURGER, "Les ambiguïtés de la pensée sensible. Contribution à une approche de l'imagination symbolique", (1994) *Cahiers internationaux de symbolisme* 25.

⁽²⁴³⁾ Jean-François LYOTARD, *Le postmodernisme expliqué aux enfants*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Éditions Galilée, 1988, p. 32 ; N. PURVIS, *loc. cit.*, note 5, pp 112, 113.

souveraine est donc une façon pour les États de se raconter et cette narration dit quelque chose de fondamental et de "destinal"⁽²⁴⁴⁾ dans ce qu'ils sont et ce qu'ils peuvent faire. Il est le récit normatif de la société des États et, en ce sens, il ne peut pas être modifié unilatéralement ou volontairement car il ne ressort pas de la subjectivité. Tout comme le symbolisme, l'activité mythique est transsubjective.

Il ne fait aucun doute que le droit international est né d'une culture spécifique, en l'occurrence l'européenne, avec la fin de la Renaissance. Il faut voir dans cette naissance, non pas l'effet d'une décision volontaire, mais plutôt une constitution progressive et implicite à partir des pratiques de tractation et d'interaction entre les différentes cultures⁽²⁴⁵⁾. Aussi, la création du système légal international répond d'un besoin strictement empirique et utilitaire. Ce n'est véritablement qu'avec l'époque moderne que le droit fait l'objet de choix normatif et volontaire de la part des hommes. La normativité ne dépend plus que des sujets et non d'un droit naturel. Pensons notamment aux valeurs consacrées comme la paix internationale ou encore l'égalité souveraine des États. Il est difficile de soutenir que ces valeurs sont dérivées d'une pratique essentiellement empirique et utilitaire. Si l'on a accusé, à juste titre, l'extension du droit international de moyen impérialiste déguisé, il n'en demeure pas moins que ce système est désormais transculturel et qu'il n'appartient plus exclusivement à la culture européenne. C'est ce que nous entendons par le terme transsubjectif pour décrire la force des aspects symbolique et mythique du droit international. Le droit international a été capté par les États en voie de développement car il représente un contrepoids d'ordre symbolique voire moral à l'hégémonie

⁽²⁴⁴⁾ Ce terme est emprunté à J.-J. WUNENBURGER, *loc. cit.*, note 242, p. 28.

⁽²⁴⁵⁾ Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace du politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, p. 103.

politique ou économique⁽²⁴⁶⁾. Devant leur incapacité à parer le pouvoir par un discours de la puissance, ils adoptent le discours du nombre et de la légitimité du droit. Pour cette seule raison, l'aspect mythique et symbolique du droit est inestimable car il limite, à tout le moins, les options des États puissants.

Nous traiterons brièvement des deux derniers indicateurs de légitimité selon Franck⁽²⁴⁷⁾ car ils ont déjà fait l'objet d'une étude systématique par les positivistes. En premier lieu, une règle légale internationale acquiert une certaine légitimité si elle comprend un élément de cohérence, ou encore, si elle est susceptible d'une application générale. D'une part, une cohérence interne entre les parties et les buts insérés à même le corps de la règle et, d'une autre part, une cohérence externe entre cette dite règle et les autres qui composent l'ensemble du système normatif. Il s'agit donc d'un critère logique. En deuxième lieu, l'adhérence, l'obéissance factuelle ou l'effectivité d'une règle contribue directement à sa légitimité. Il faut toutefois nuancer cette perspective formaliste au niveau international car la violation d'une règle peut s'assimiler à un acte stratégique qui vise à la transformation ou à la modification du droit sur un point particulier.

Nous terminerons nos considérations sur la légitimité du droit international en rappelant qu'elle est essentiellement affaire de perception des États et des acteurs internationaux en général. La légitimité, comme facteur d'obéissance volontaire aux règles juridiques, ne peut être appréhendée par des moyens empiriques. Son domaine, quoique variable et insaisissable, joue cependant un rôle prépondérant dans le comportement et l'appréciation de l'agir international.

⁽²⁴⁶⁾ T. M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 116 ; Joaquin TACSAN, *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 56, 57.

⁽²⁴⁷⁾ T. M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 144 à 200.

3.3 La surdétermination du code binaire

Nous avons laissé les CLS sur la discussion de la détermination comme facteur de légitimité du droit international. Plus spécifiquement, ce mouvement en exposant l'indétermination inhérente à l'interprétation et à la structure de l'argumentation juridique semble contester, concomitamment, la légitimité du droit international. Nous nous sommes opposés de surcroît à cette conséquence qui n'a rien d'inéluctable. Au contraire, la reconnaissance de l'indétermination peut rehausser la légitimité car elle ne saurait prétendre élever le droit à un statut qu'il ne peut tenir, à savoir celui d'une science exacte ou d'une mécanique rationnelle. Les CLS retracent plus précisément l'indétermination dans la structure dualiste de l'argumentation qui, tantôt s'appuie sur le *iuspositivisme*, tantôt sur le *iusnaturalisme*. À tel point qu'il est possible d'envisager, avec Gaston Bachelard, que ce balancement ou cette oscillation consacre une loi psychologique de la bipolarité des erreurs⁽²⁴⁸⁾. Autrement dit, les obstacles épistémologiques à la culture scientifique, et la pensée juridique n'échappe pas cette fois-ci à cette affirmation, se présentent par paires et toujours en terme d'opposition⁽²⁴⁹⁾. Le désir d'une unité logique étant grand chez le théoricien et à la moindre dualité, il soupçonne une erreur⁽²⁵⁰⁾. Cette loi rappelle également la procédure logocentrique qui résout la dualité en marginalisant un terme ou un concept au profit de l'autre.

⁽²⁴⁸⁾ Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 6^e éd. 1969, p. 20.

⁽²⁴⁹⁾ *Id.* ; François OST et Michel Van de KERCHOVE, "De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?", (1991) 27 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 77, p. 77 ; F. OST et M. Van de KERCHOVE, "De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit", (1988) 33 *Archives de philosophie du droit* 177, p. 180.

⁽²⁵⁰⁾ G. BACHELARD, *op. cit.*, note 248, pp.86, 87.

Les couples conceptuels, et considérés comme des obstacles épistémologiques en vertu d'une finalité théorique de l'unité, traversent l'entièreté de la pensée occidentale. Nous en nommerons quelques-uns qui sous-tendent, entre autres, la problématique du droit international : moyen/fin; accident/essence; relatif/absolu; subjectif/objectif; pratique/théorie; réaliste/normatif; *iuspositiviste/iusnaturaliste*...⁽²⁵¹⁾. La pensée théorique, dont la juridique, cherche l'abolition de ces oppositions, soit comme nous l'avons maintes fois répété en effaçant un terme pour privilégier l'autre, soit en jugeant factice la dissociation conceptuelle. Par conséquent, cette dernière stratégie abolit un couple pour en introduire un autre, celui de la facticité *versus* l'authenticité⁽²⁵²⁾. Nous reviendrons sur ce couple un peu plus loin car il décrit justement certaines propositions contemporaines d'un nouvel ordre mondial.

L'analyse de la scène internationale, qu'elle soit faite en fonction des relations internationales ou du droit international, reproduit invariablement et renforce la logique dichotomique, à savoir celle d'un ordre domestique *versus* une anarchie internationale. Le code binaire surdétermine l'analyse internationale car il s'impose d'emblée au chercheur et ce, peu importe son champ de discipline. L'ordre social repose *a priori* sur le droit et le droit en retour, dépend de l'existence de certaines institutions domestiques⁽²⁵³⁾. À partir de cette tautologie et grâce au procédé analogique, le théoricien en déduit que la sphère internationale est une anarchie. Le statut du droit international va donc se jouer au cours d'un exercice purement définitionnel⁽²⁵⁴⁾ du

⁽²⁵¹⁾ F. OST et M. Van de KERCHOVE, "De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?", note 249, p. 77 ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 5^e éd. 1988, pp. 561, 562.

⁽²⁵²⁾ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 251, pp. 569, 570.

⁽²⁵³⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 93, p. 2.

⁽²⁵⁴⁾ L'expression est de F.V. KRATOCHWIL, *id.*, p. 42.

droit national, qui lui-même contient un vice logique car il ne nous dit rien sur lui-même. Une conséquence de cette surdétermination est la division entre le réaliste, qui est fort de sa prétendue possession du réel, et l'idéaliste ou le juriste qui prend ses désirs pour la réalité en voulant introduire une normativité à l'intérieur d'une sphère anarchique. Outre ces arguments *ad hominem*, la surdétermination du code binaire a conduit, d'une façon plus générale, à marginaliser la sphère internationale. Autrement dit, les particularités de cette sphère et de son droit n'ont fait que rarement l'objet d'une étude en soi qui pourrait, par la suite, informer l'ordre domestique et le droit national.

Le concept de souveraineté présente également une dualité. Nous avons exposé, au cours du premier chapitre, que le droit international ne peut se constituer qu'avec la représentation moderne de la souveraineté. Ce droit est appelé à régir les relations entre des entités politiques indépendantes et autonomes face aux prétentions universelles et normatives. De là une radicalisation progressive du concept de souveraineté qui devient synonyme de l'absolu ou d'une capacité illimitée dans l'agir⁽²⁵⁵⁾. Cette image génère une tension à l'intérieur du droit international car, d'une part, il fortifie la souveraineté et, d'autre part, il doit la restreindre⁽²⁵⁶⁾. Encore une fois, nous retrouvons dans l'ordre, le réaliste pour qui le droit n'est que le reflet de la politique internationale et de la liberté souveraine, et l'idéaliste pour qui le droit gouverne la politique internationale et encadre la liberté souveraine.

La nature dyadique de la souveraineté moderne reflète parallèlement la dichotomie soi/autre propre à la théorie libérale classique. Tout comme l'identité

⁽²⁵⁵⁾ Bernard GILSON, *The Conceptual System of Sovereign Equality*, coll. Philosophie du droit international, Leuven : Peeters, 1984, p. 44.

⁽²⁵⁶⁾ Ian CLARK, *The Hierarchy of States. Reform and Resistance in the International Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 25, 26.

individuelle crée une frontière entre le soi, qui se pose de lui-même et l'autre, la souveraineté dissocie le national de l'international⁽²⁵⁷⁾. Le premier domaine possède l'exclusivité du potentiel identitaire, alors que le second se distingue, au contraire, par la multiplicité de la différence. Il n'en demeure pas moins que l'identité de l'individu libéral ou de l'État-Nation se constitue par la confrontation et l'association avec l'Altérité⁽²⁵⁸⁾. Plus spécifiquement, l'État va trouver une autorité et une légitimité dans sa participation à la société internationale. Il ne peut exister qu'en la présence d'entités politiques semblables mais distinctes. Parallèlement, cette dite identité se préserve dans une certaine distance face au contrôle et à la domination par l'autre. De la même façon, l'État perçoit les autres souverains comme une menace, toujours actualisable, à son indépendance et à son autonomie. Cette tension est explicite si l'on se rappelle l'exemple des États africains ou des quasi-États qui consolident leur existence par l'international et la souveraineté *de jure*, tout en manoeuvrant une difficile marge d'autonomie, notamment par le biais de la non-intervention, devant les États et les puissances transnationales. Le paradoxe de la souveraineté se résume entièrement par la nécessaire socialisation qui est, tout à la fois, source identitaire pour l'État et menace potentielle pour son existence individuelle.

Les considérations exposées ci-haut sur la logique dyadique présente dans les concepts fondamentaux de la philosophie occidentale et dans le droit international, nous amènent et nous éclairent sur la démarche propre aux CLS. Ceux-ci s'attardent à la structure du discours légal international et traditionnel. Plus spécifiquement, leur objet d'analyse s'éloigne du contenu substantiel et du bien-fondé des concepts ou des

⁽²⁵⁷⁾ R. L. O'M., "Notes. Applying the Critical Jurisprudence of International Law to the Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua", (1985) 71 *Virginia Law Review* 1183, p. 1186.

⁽²⁵⁸⁾ Voir tout spécialement la théorie constitutive de M. FROST qui emprunte, contre l'image libérale, la philosophie politique de Hegel, *op. cit.*, note 139, pp. 161 et ss., ainsi que son ouvrage récent *Ethics in International Relations : a Constitutive Theory*, New York, Cambridge University Press, 1996.

théories pour mieux regarder comment ces éléments interagissent à l'intérieur d'un champ structural⁽²⁵⁹⁾. Les monographies de David Kennedy et de Martti Koskenniemi⁽²⁶⁰⁾ s'appuient sur la méthode déconstructiviste pour exposer, de façon magistrale, la structure binaire du droit international⁽²⁶¹⁾. En termes plus explicites et pour chaque argument légal, il est possible d'isoler deux positions mutuellement exclusives alors qu'aucune d'elle ne peut, à elle seule, expliquer de façon satisfaisante le droit et son caractère obligatoire. La force rhétorique d'une position dépend invariablement de son reflet adverse, d'où l'image "derridienne" d'un jeu de miroirs infinis⁽²⁶²⁾. L'argumentation juridique va donc osciller d'un terme à l'autre de l'opposition conceptuelle ou théorique, et ceci entraîne subséquemment la proposition critique de l'indétermination du droit international.

Reprenons, à titre d'exemple, la problématique centrale de notre thèse qui est celle de la normativité du droit international. Schématiquement, elle génère une tension entre l'apologiste et l'utopiste. D'un côté, le droit international réfléchit des données factuelles et il se cantonne à l'enregistrement des comportements étatiques. Si le droit gagne alors en effectivité, il perd toute faculté critique et souffre conséquemment d'un problème de légitimité normative. D'un autre côté, si le droit est conçu avec la distance nécessaire pour critiquer les comportements souverains, il soulève le problème de la source de sa normativité. Les deux positions, en apparence irréconciliables, dépendent et se complètent l'une et l'autre à l'intérieur du même argument. Un praticien ne peut soutenir exclusivement que le droit est une simple

⁽²⁵⁹⁾ R. L. O'M., *loc. cit.*, note 257, p. 1185.

⁽²⁶⁰⁾ David KENNEDY, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987 ; M. KOSKENNIEMI, *op.cit.*, note 33.

⁽²⁶¹⁾ Heikki PATOMÄKI, "From Normative Utopias to Political Dialectics : Beyond a Deconstruction of the Brown-Hoffman Debate", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 53, p. 53.

⁽²⁶²⁾ O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, note 129, p. 593.

structure réfléchissante sans détruire simultanément l'existence d'une normativité, l'édifice juridique et, plus personnellement, son rôle en tant qu'avocat. D'un autre côté, il doit toujours ramener la normativité du droit aux comportements interétatiques pour l'ancrer minimalement dans le réel. Nous assistons donc au travers de l'argumentation juridique, ne serait ce qu'implicitement, à un procédé de réversibilité, d'inversion, de déférence et de renvois constants entre les termes de l'opposition conceptuelle (ex. : souveraineté biface) ou encore entre les éléments d'une opposition théorique (ex. : *iuspositivisme* et *iusnaturalisme*). Derrida nomme différence cette particularité⁽²⁶³⁾.

Avant de poursuivre l'étude de la structure de l'argumentation juridique internationale avec les CLS, il nous faut d'ores et déjà, réitérer une mise en garde. Acquiescer à une certaine indétermination du droit international générée par le langage et la structure dyadique ne conduit pas, inéluctablement, à un constat nihiliste sur la normativité. En ce sens, si nous devons absolument nommer une position théorique et quoique cette procédure nous semble superficielle, nous nous situons généralement à l'intérieur d'un courant post-positiviste⁽²⁶⁴⁾. Qu'entendons-nous par ce terme générique ? La logique binaire ou, pour reprendre une expression déjà utilisée, la procédure logocentrique requiert invariablement l'établissement d'un terme positif (A) et d'un terme négatif (-A). La relation entre les deux, s'il est permis de l'appeler ainsi, en est une de non-contradiction, c'est-à-dire qu'un concept, une théorie ou une

⁽²⁶³⁾ J.M. BALKIN, *loc. cit.*, note 227, pp. 744 à 752 ; O. DE SCHUTTER, *loc. cit.*, note 129, p. 593 ; R.L. O'M., *loc. cit.*, note 257, pp. 1188 et 1204.

⁽²⁶⁴⁾ Nous qualifions sciemment cette procédure de superficielle car elle consiste à opter pour la singularité ou pour l'exclusivité d'une théorie parmi d'autres alors que cette thèse s'appuie sur la force du contraire, à savoir la richesse de la pluridisciplinarité et la synthèse des différents apports théoriques.

critique tombe ou bien sous le terme positif ou bien sous le terme négatif⁽²⁶⁵⁾. Dans l'hypothèse nous intéressant, celle qui oppose l'apologie et l'utopie, le droit international représente ou bien le reflet des comportements factuels interétatiques ou bien une normativité qui oblige à un agir singulier. La logique binaire impose l'exclusivité d'un terme sur l'autre et, de cette façon, s'ouvre à la critique de l'adversité, soit du terme marginalisé. Le post-positivisme conserve les catégories de la pensée occidentale, car le problème ne réside pas dans ces catégories en soi mais plutôt dans leur agencement dichotomique. Il s'éloigne donc de la logique de non-contradiction pour mieux s'attarder à la relation, à l'interaction, à la récursivité et à la dialectique qui traversent les termes des couples conceptuels.

Nous examinerons au cours de la deuxième partie de cette thèse la relation, l'interaction et la dialectique entre la facticité de l'agir international et la normativité qui exige, par définition, une certaine distance par rapport à cet agir. Cette perspective autorise du même coup une redéfinition du droit international qui échappe aux positions extrémistes et redondantes.

3.4 La structure de l'argumentation du droit international

Nous avons déjà discuté au préalable de l'importance de la fondation pour le droit. Que le mystère des origines demeure entier, qu'il soit tout simplement occulté ou bien qu'il s'insère à l'intérieur d'un récit mythique, les hypothèses quant à la fondation permettent de répondre à certaines questions centrales pour la compréhension de tout système juridique. Entre autres, à celle de l'existence d'un tel système et à celle de l'obligatorité des règles légales. Les développements qui suivent s'attachent

⁽²⁶⁵⁾ Spike V. PETERSON, "Transgressing Boundaries : Theories of Knowledge, Gender, and International Relations", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 183, p. 188, ; T.K. SEUNG, *op. cit.*, note 223, pp. 10 à 12.

précisément à la source de l'obligation légale internationale. Pour ce faire, nous ferons appel aux CLS qui découvrent, ici encore, une dualité dans l'explication du caractère contraignant de l'obligation légale internationale, conformément à la tension dichotomique entre l'apologie et l'utopie ou entre le *iuspositivisme* et le *iusnaturalisme*.

La source de l'obligation internationale se justifie ou bien en fonction du consentement de l'État à être lié ou bien en vertu d'une notion extraconsensuelle telle que le bien, le juste, la nécessité légale...⁽²⁶⁶⁾. Les CLS ne se prononcent pas sur le bien-fondé ou la substance de l'approche consensuelle ou extra-consensuelle. Leur objet d'analyse reste la structure dualiste de l'argumentation concernant la force de l'obligation internationale qui oscille entre les pôles consensuel et extra-consensuel. Ces deux pôles peuvent également être qualifiés de subjectif et d'objectif⁽²⁶⁷⁾, et nous retrouvons encore une fois l'emprise des couples conceptuels dans la détermination de la pensée occidentale. En d'autres mots, il existe deux façons d'argumenter sur l'ordre international et sur le caractère contraignant de son droit⁽²⁶⁸⁾. La première recoupe un argument de type ascendant, subjectif ou consensuel. L'ordre normatif et l'obligatorité se construisent uniquement de la facticité, de l'intérêt et de la volonté étatique. La deuxième appelle plutôt un argument de type descendant, objectif ou extra-consensuel. L'ordre et l'obligatorité proviennent alors d'idées comme la justice, l'intérêt commun, le progrès ou la communauté internationale. Dans cette hypothèse, le code normatif précède, dicte et ordonne la facticité, le comportement et la volonté étatique.

⁽²⁶⁶⁾ D. KENNEDY, *op. cit.*, note 260, pp. 29 à 31.

⁽²⁶⁷⁾ Martti KOSKENNIEMI, "The Hobbesian Structure of International Legal Discourse", in T. AIRAKSINEN and M.A. BERTMAN, *op. cit.*, note 103, p. 168.

⁽²⁶⁸⁾ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, pp. 40, 41.

Quoique ces deux positions revendiquent, chacune pour soi, l'exclusivité théorique quant à la compréhension du droit et comme nous l'avons annoncé antérieurement, elles dépendent l'une de l'autre par un système explicatif de continuel renvoi et de déférence mutuelle. À titre d'exemple, reprenons la structure de l'argumentation comme le reflet de la théorie politique libérale⁽²⁶⁹⁾. D'une part, la théorie libérale rejette le postulat d'un ordre normatif naturel et antécédent. Cet ordre est artificiel dans la mesure où il est construit par et pour le sujet légal. D'une autre part et une fois établi, cet ordre légal acquiert une force contraignante qui surpasse les subjectivités et les velléités des acteurs. La première partie de l'argumentation repose donc sur la subjectivité et le consentement de l'État dans la construction de l'ordre normatif. Toutefois et afin de préserver cet ordre, de lui assurer une continuité et une certaine permanence, l'argumentation requiert dans un deuxième temps des notions qui se détournent du strict consentement des acteurs. Les idées de nécessité logique ou de société internationale deviennent nécessaires afin de seulement conserver l'intention subjective originelle et l'ordre international contre la subjectivité elle-même. Cette dernière remarque suggère fortement l'intérêt du droit en tant que système à se poser, à se distancier et à se garantir contre la menace sans cesse renouvelée du subjectivisme. Et si nous désirons pousser ce raisonnement un peu plus loin, nous nous heurtons inévitablement à un paradoxe sémantique⁽²⁷⁰⁾ qui quoiqu'abstrait n'en demeure pas moins pertinent. En effet, dire que le droit international et son caractère contraignant dérivent exclusivement de la subjectivité des acteurs, c'est déjà embrasser une perspective transcendantale et objectiviste. Dans leurs derniers retranchements, les pôles objectif et subjectif demeurent irrémédiablement liés.

⁽²⁶⁹⁾ *Id.*, p.6.

⁽²⁷⁰⁾ T.K. SEUNG, *op. cit.*, note 223, p. 185.

Pour mieux expliciter cette interdépendance, reprenons le paradigme toujours dominant du positivisme qui justifie la force obligatoire du droit international à partir de la volonté ou de consentement de l'État-sujet. Néanmoins, cette affirmation de type subjectiviste n'arrive pas à expliquer le phénomène obligatoire dans le temps ou dans la durée. Pourquoi, en effet, un État demeure-t-il lié à une norme conventionnelle si sa volonté s'est modifiée depuis son adhésion au traité ? Les positivistes avancent et abrègent la discussion théorique par l'introduction d'une nouvelle norme, que l'on devine supérieure, celle du respect des traités (*pacta sunt servanda*)⁽²⁷¹⁾. En effet, cette norme se doit d'être finale pour clore la discussion sinon elle subit le même traitement que les autres, alors qu'elle doit précisément garantir leur respect, à savoir a-t-elle fait l'objet d'un consentement explicite ou d'une volonté des sujets légaux⁽²⁷²⁾. Cette dernière remarque nous indique la nécessité logique pour les positivistes, et nous pensons ici spécialement à Kelsen, de situer la *grundnorm* à l'extérieur du système légal afin de couper la circularité du raisonnement⁽²⁷³⁾. La norme fondamentale sur le respect des traités doit échapper à la justification volontariste, aussi elle nous conduit implicitement vers la perspective descendante ou objectiviste.

Cette composante objective prend généralement la forme d'un argument en faveur de l'existence d'une communauté internationale. Plus spécifiquement, la norme sur le respect des traités est considérée à l'instar d'une règle secondaire⁽²⁷⁴⁾ ou encore d'une règle sur les règles internationales. Et cette dite propriété fait en sorte que la norme en question ne requiert pas le consentement explicite des sujets pour bénéficier

⁽²⁷¹⁾ Voir art. 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Doc. N.U. A/CONF. 39/ 27 (1969) : [1980] R.T. Can. n° 37.

⁽²⁷²⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 267, p. 171.

⁽²⁷³⁾ T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 37 ; Hidemi SUGANAMI, "A Normative Enquiry in International Relations : the Case of 'Pacta sunt Servanda'", (1983) 9 *Review of International Studies* 35, p. 41.

⁽²⁷⁴⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, note 85, pp. 225 à 235 ; A. PELLET, *loc. cit.*, note 167, p. 39.

d'une force obligatoire. Le seul statut de membre de la communauté rend cette règle secondaire contraignante pour les sujets de façon inhérente⁽²⁷⁵⁾. Toute société, incluant la plus volontariste qui soit, nécessite un minimum de règles obligatoires et ce, indépendamment du consentement des acteurs. L'ordre et l'obligatorité reposent donc, en dernière instance, sur l'idée objectiviste d'une communauté internationale.

De la même façon, la coutume internationale pose la problématique de l'interdépendance des perspectives ascendante et descendante. En effet, la norme coutumière se situe au centre de la tension en essayant de réconcilier les positions subjectiviste et objectiviste⁽²⁷⁶⁾. Réconciliation qui, par ailleurs, contribue à l'indétermination du droit international pour les CLS. D'un côté, la norme coutumière suggère que sa force obligatoire s'inscrit à l'intérieur d'un ordre spontané, généré par une pratique étatique continue ou des comportements internationaux cohésifs. D'un autre côté, elle exige également la présence d'une *opinio juris* ou, en d'autres termes, d'une volonté articulée par le sujet à être lié. La réconciliation s'opère dans la présomption de l'existence de l'*opinio juris* à partir de la constatation d'une pratique continue et généralisée par les États. Cependant, n'est-il pas possible de soulever le masque subjectif et positiviste de l'*opinio juris* pour se retrouver devant une normativité objective, spontanée ou involontaire et produite par la nécessité de l'interaction sociale minimale⁽²⁷⁷⁾ ? Dans un même ordre d'idées, n'est-il pas logique de concevoir la capacité de la coutume à contraindre les États sans l'obtention d'un consentement explicite comme une incidence directe de statut de membre d'une communauté internationale⁽²⁷⁸⁾ ? Ces dernières interrogations démontrent comment la

⁽²⁷⁵⁾ T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, pp. 201 à 203.

⁽²⁷⁶⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 267, p. 175.

⁽²⁷⁷⁾ S. SUR, *loc. cit.*, note 118, p. 120.

⁽²⁷⁸⁾ T.M. FRANCK, *op. cit.*, note 208, p. 190.

justification subjectiviste renvoie toujours à la perspective objectiviste. La réciproque s'avère tout autant vérifiable. En effet, la simple pratique et l'unique facticité ne peuvent, à elles seules, produire la normativité. Elles appellent implicitement l'accord du sujet, la reconnaissance par celui-ci d'une pratique contraignante.

Section 4. Le phénomène de l'intervention dans l'ordre libéral international

Nous terminerons ce chapitre avec quelques commentaires sur l'intervention car ils illustrent concrètement l'articulation et les problèmes reliés à l'ordre libéral international. Il faut, au préalable, procéder à une distinction historique. Le phénomène de l'intervention, à proprement parler, se reconnaît déjà dans les luttes intestines entre les cités de la Grèce antique et à l'intérieur de la Rome impériale. Il est d'autant plus présent et répandu si nous examinons les périodes du Moyen-Âge et du début de la Renaissance et ce, en fonction de l'organisation politique et sociale. Nous n'avons qu'à penser aux multiples interventions alimentées par le régime féodal entre seigneurs, entre seigneurs et rois, entre rois, entre rois et empereurs, entre rois et papes, entre empereurs et papes⁽²⁷⁹⁾. Si le phénomène de l'intervention prolifère et s'observe dans les faits, il ne fait toutefois pas l'objet d'une étude systématique de la part des juristes. C'est-à-dire qu'il n'y a pas véritablement de principes juridiques qui guident la conduite interventionniste, hormis la prérogative et l'opportunité politiques et la force morale, stratégique ou militaire.

Le XIX^e siècle⁽²⁸⁰⁾, avec la chute de Napoléon, se caractérise par une intense activité interventionniste, qui s'inscrit elle-même à l'intérieur d'un contexte européen

⁽²⁷⁹⁾ Paul A. NEULAND, *Traditional Doctrine of Intervention in the Law of Nation*, Ph. D., Ann Arbor, Michigan, Georgetown University in Political Science, International Law and Relations, University Microfilms, 1971, pp. 19 et 57.

⁽²⁸⁰⁾ *Id.*, p. 100 à 157.

d'alliances politiques, de balance des pouvoirs et, plus largement, de la restauration et de la consolidation du principe monarchique. S'il semble possible de dégager chez les juristes de cette période un certain consensus sur le principe général de non-intervention⁽²⁸¹⁾, ils justifient à l'occasion et devant les situations révolutionnaires qui enflamment l'Europe des pratiques ouvertement interventionnistes.

“ Further, the position taken by jurists on this subject is in large part attributable to their political persuasions and governmental preferences. Predictably, those who favored the monarchistic system supported intervention in behalf of the government, while those who favored a change in this system through revolutionary activity supported intervention in behalf of the rebels.”⁽²⁸²⁾

Les tentatives des juristes du XIX^e siècle pour limiter l'interventionnisme ne s'appliquent évidemment pas au droit régissant les rapports entre les États européens et les régions non-étatiques. Ce siècle est celui de la conquête de ces régions et de leur pénétration par les visées impérialiste et capitaliste, au point où il est permis de ne voir en elles qu'une partie extensible de l'Europe⁽²⁸³⁾. Comme ces régions ne sont pas considérées à l'instar des États souverains, elles ne bénéficient pas de la protection de la norme de non-intervention qui tend à s'établir.

Nous avons vu lors du premier chapitre que le droit international ne pouvait naître qu'avec l'élaboration de la représentation moderne de la souveraineté. Par

⁽²⁸¹⁾ *Id.*, p. 99.

⁽²⁸²⁾ *Id.*, p. 157.

⁽²⁸³⁾ Olivier CORTEN, “Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation”, (1996) 37 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 71, pp. 77 à 83.

ailleurs, cette affirmation explique l'émergence de la norme de non-intervention et son acceptation progressive au cours du XIX^e siècle. Dans un premier temps, le droit international demande un processus d'individuation et de différenciation des États en unités politiques semblables mais distinctes⁽²⁸⁴⁾. En d'autres mots, il faut consolider la sphère domestique de chaque État. Dans un deuxième temps, il faut concevoir ces États non plus comme les instances intermédiaires d'un universel normatif préexistant, mais plutôt comme des entités politiques indépendantes qui entretiennent entre elles et selon leur condition propre des relations. Il s'agit en fait de démarquer le domaine national du domaine international. Ce processus débute théoriquement dès le XVIII^e siècle avec les écrits d'Emmerich de Vattel⁽²⁸⁵⁾, d'où sa désignation comme père fondateur du droit international moderne. L'innovation propre aux publicistes, tels que Vattel ou Christian Wolff⁽²⁸⁶⁾, est d'octroyer une spécificité et d'indexer le droit naturel propre aux États et applicable à leurs relations. Les États possèdent donc un droit à l'autodétermination et ce, en vertu de leur liberté naturelle, et ce droit entraîne corrélativement l'interdiction de toute ingérence extérieure. Désormais, aucune autorité ne peut se revendiquer d'une quelconque transcendance dans l'intention de dicter la conduite d'un État suivant un schéma du juste, du bien ou d'un ordre international objectif.

⁽²⁸⁴⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 119, p. 89.

⁽²⁸⁵⁾ Anthony CARTY, *The Decay of International Law ? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, coll. Melland Schill Monographs in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1986, pp. 7, 8 et 89, 90 ; Stanley HOFFMANN, "The Problem of Intervention", in Hedley BULL (ed.), *Intervention in World Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 7-28, p. 11 ; Horatia MUIR WATT, "Droit naturel et souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 71, pp. 77, 78.

⁽²⁸⁶⁾ R.J. VINCENT, *Human Rights and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 114, 115.

La deuxième moitié de XX^e siècle évacue toute référence explicite ⁽²⁸⁷⁾ au droit naturel, pour mieux envisager le droit international sous l'angle de la philosophie libérale classique. Tel qu'exposé en début de chapitre et par le procédé de l'analogie domestique, l'État est considéré comme une personne morale, libre et habilitée à déterminer et à poursuivre les buts qu'il s'est fixé et ce, sans aucune interférence extérieure⁽²⁸⁸⁾. La norme de non-intervention est donc le corollaire obligé de la représentation moderne de la souveraineté. Elle découle logiquement de l'égalité souveraine des États qui, elle-même, s'enracine dans le postulat du subjectivisme des valeurs. Conséquemment, un État, un groupe d'État ou encore une organisation internationale peuvent difficilement se prévaloir d'une justification objective afin d'écarter le choix souverain d'un État si ce choix, par sa subjectivité, équivaut les autres alternatives⁽²⁸⁹⁾. Une justification qui prétend relever de l'ordre de l'objectivité ressort de l'acte coercitif et interventionniste.

Ces dernières remarques déduisent la norme de non-intervention de la structure théorique d'inspiration libérale sur laquelle repose le droit international. Tournons-nous pour lors vers la consécration pragmatique de cette norme. Depuis l'avènement de la Société des Nations, l'intervention tombe désormais sous la rubrique du droit à la paix et à la sécurité internationale, d'où l'interdiction globale de l'utilisation de la force dans les relations interétatiques⁽²⁹⁰⁾. Cette interdiction figure toujours à l'article 2(4) de la Charte de l'ONU. De plus, l'article 2(7) de cette même charte limite

⁽²⁸⁷⁾ Nous soulignons ici le terme explicite car la structure de l'argumentation oscille toujours entre les pôles *iuspositiviste* et *iusnaturaliste*.

⁽²⁸⁸⁾ R. J. VINCENT, *op. cit.*, note 286, p. 115.

⁽²⁸⁹⁾ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, p. 45.

⁽²⁹⁰⁾ P.A. NEULAND, *op. cit.*, note 279, p. 1.

expressément les interventions onusiennes dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État.

Quant au principe de non-intervention entre les États plus spécifiquement, il se trouve inscrit notamment dans une résolution centrale et interprétative de la Charte de l'ONU, intitulée la *Déclaration sur les relations amicales*⁽²⁹¹⁾. Le principe de la non-intervention fait partie plus précisément de la coutume internationale et il se constate de la pratique et des multiples déclarations par les États. La Cour internationale de justice a récusé en 1949 un droit d'intervention armée dans l'*affaire du Détroit de Corfou*⁽²⁹²⁾ tout en admettant l'hypothèse des circonstances atténuantes. Cependant, ce n'est véritablement qu'avec l'*affaire du Nicaragua*⁽²⁹³⁾ en 1986 que la Cour a reconnu explicitement l'existence de la norme coutumière de non-intervention entre les États.

S'il nous faut retenir schématiquement deux éléments constitutifs de l'intervention prohibée selon le droit international contemporain, nous parlerons alors d'un fait matériel et d'un fait psychologique⁽²⁹⁴⁾. En d'autres mots, l'intervention illicite doit porter sur des matières à propos desquelles l'État possède des droits

⁽²⁹¹⁾ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Doc. off. A.G., 25^e session, supp. n° 28, p. 131, Doc. N.U. A / 5217 (1970).

⁽²⁹²⁾ *Affaire du détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 4 ; Linos-Alexandre SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, tome 102, coll. Bibliothèque de droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, pp. 386 et 474.

⁽²⁹³⁾ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 106 paragraphe 202 ; Caroline LANG, *L'affaire Nicaragua/États-Unis devant la Cour internationale de justice*, tome 100, coll. Bibliothèque de droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, p. 233.

⁽²⁹⁴⁾ Voir *affaire du Nicaragua*, p. 108 paragraphe 205 ; Olivier CORTEN et Pierre KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, coll. de droit international, Bruxelles, éd. Bruylant, Université de Bruxelles, 1992, p. 10 ; Éric DAVID "Portée et limite du principe de non intervention", (1990-2) 23 *Revue belge de droit international* 350, p. 352, ; C. LANG, *op. cit.*, note 293, p. 235.

souverains ou encore des matières où le principe de souveraineté autorise et protège la liberté des décisions étatiques. Si nous nous référons à la *Déclaration sur les relations amicales* et à l'opinion concordante de la CIJ, ces matières regroupent le choix de l'État de son système politique, social, économique et culturel et la formulation de ses relations extérieures. De plus, l'intervention doit être effectuée avec la volonté de contraindre l'État-ciblé à modifier, en tout ou en partie, l'orientation de son système social interne ou ses relations extérieures. Bref, l'élément psychologique demande une volonté de l'État-intervenant d'imposer sa volonté sans le consentement de l'État-ciblé.

Ces éléments comportent nécessairement des problèmes d'ordre définitionnel, autant au niveau de la délimitation des droits souverains qui évoluent, nous l'avons vu, dans le temps et dans l'espace, qu'au niveau de l'appréhension de la donnée intangible de la psychologie étatique. Dans cette dernière hypothèse, il faut chercher à circonscrire la notion de contrainte. S'il semble aller de soi que l'intervention militaire représente la forme la plus achevée du phénomène coercitif, certaines mesures soulèvent des interrogations. Pensons notamment à des mesures économiques⁽²⁹⁵⁾, à celle de la reconnaissance prématurée d'un gouvernement, aux campagnes de diffamation et de propagandes⁽²⁹⁶⁾ ou encore aux programmes de financement électoral⁽²⁹⁷⁾. Une chose reste sûre : le seuil de l'illicéité des mesures interventionnistes

⁽²⁹⁵⁾ Omer Y. ELAGAB, "Coercive Economic Measures Against Developing Countries", (1992) 41 *International and Comparative Law Quarterly* 682, pp. 687 à 692, où l'auteur nous dit que les mesures économiques coercitives ne tombent pas sous l'article 2(4) de la Charte mais bien sous le principe de non-intervention. Cependant, et malgré les résolutions de l'Assemblée générale, Elagab refuse de voir la cristallisation d'une règle claire et précise qui prohibe spécifiquement la coercition de type économique.

⁽²⁹⁶⁾ Voir O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit.*, note 294, pp. 14 à 78 sur la zone floue qui entoure la notion de contrainte ; E. DAVID, *loc. cit.*, note 294, p. 353.

⁽²⁹⁷⁾ Lori Fisler DAMROSCH, "Politics Across Borders : Nonintervention and Nonforcible Influence over Domestic Affairs", (1989) 83 *American Journal of International Law* 1.

est plus élevé en dehors du champ militaire⁽²⁹⁸⁾. La notion de contrainte ne répond pas, c'est le moins qu'on puisse dire, d'une définition unique, précise et invariable. Aussi, les problèmes concernant la détermination des éléments matériel et psychologique constituant, selon nous, des faux problèmes. Toute règle légale renferme une certaine indétermination sémantique et, pour cette raison, elle exige un acte interprétatif. La norme de non-intervention est formulée largement pour couvrir la multiplicité des activités présentes et futures et en cela, elle s'apparente à la *sophist rule* de Franck. Elle doit être assez extensive pour aménager un espace propre à l'évolution des structures perceptives quant aux activités passées et présentes. En effet, le seuil de l'acceptable et de la validité diffère, faut-il le répéter, dans le temps et se mesure au contexte. Par conséquent, la norme de non-intervention s'apprécie en fonction de la particularité d'une situation. Toutefois, cette affirmation n'est-elle pas extrapolable à l'ensemble du raisonnement juridique ?

Outre cette indétermination sémantique inhérente au langage et, par conséquent, aux règles juridiques, la pratique singulière de l'intervention sur invitation soulève un problème d'autant plus sérieux qu'elle remet en question le bien-fondé de la norme de non-intervention. Généralement, une intervention est licite si elle a fait l'objet d'un consentement préalable de la part de l'autorité souveraine de l'État-ciblé⁽²⁹⁹⁾. Ces exigences de prudence suggèrent déjà l'éventualité d'abus dans la manipulation de la notion de consentement. Si les accords d'intervention préservent apparemment le concept de l'égalité souveraine, il faut bien voir que l'État dit consentant est, par définition, dans une condition de faiblesse ou d'instabilité. Les accords d'intervention ont bien souvent perpétué des rapports transformés de colonialisme et de puissance

⁽²⁹⁸⁾ O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit.*, note 294, p. 47.

⁽²⁹⁹⁾ John Lawrence HARGROVE, "Intervention by Invitation and the Politics of the New World Order", in Lori Fisler DAMROSCH and David J. SCHEFFER (eds.), *Law and Force in the New International Order*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1991, pp. 113-126, pp. 116, 117.

empirique⁽³⁰⁰⁾. De plus, il est difficile de soutenir juridiquement qu'un consentement est libre et éclairé si celui-ci est donné en fonction d'un futur incertain et non tout juste au moment précédant l'intervention⁽³⁰¹⁾.

Plus fondamentalement, l'intervention sur invitation pose, fréquemment et d'une manière urgente, le problème de la représentativité et de la légitimité gouvernementale. Comment discerner en effet l'autorité souveraine d'un État dans un contexte de désordres internes, d'insurrections voire de guerre civile ?⁽³⁰²⁾ Comment départager la légitimité du gouvernement étatique de celle d'un groupe d'insurgés qui bénéficie, par exemple, d'un appui populaire important ? Comment justifier l'intervention pour consolider un gouvernement instable sans aller à l'encontre du droit des peuples, consacré à l'art. 1(2) de la Charte de l'ONU, à déterminer leur statut politique en toute liberté et à poursuivre leur développement économique, social et culturel⁽³⁰³⁾ ? L'intervention sur invitation soulève alors avec acuité la notion pléthorique du peuple. Nous avons établi, au cours du premier chapitre, que la souveraineté moderne ramène le fondement de l'organisation politique aux hommes après avoir évacué de cette opération profane Dieu et la Nature. Au départ, elle se confond à une stricte volonté qui se pose elle-même comme l'origine de l'autorité. Plus tard, la souveraineté se déplace pour reposer, encore maintenant, dans l'idée du peuple. Celui-ci est donc le référent ultime du discours souverain, il est le lieu dont

⁽³⁰⁰⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 182, pp. 143, 144.

⁽³⁰¹⁾ L. HANNIKAINEN, *op. cit.*, note 172, pp. 342 à 347.

⁽³⁰²⁾ Rein MULLERSON, "Intervention By Invitation", in L.F. DAMROSCH and D.J. SCHEFFER (eds.), *op. cit.*, note 299, pp. 127-134, pp. 132, 133 ; Oscar SCHACHTER, "Internal Conflicts and International Law", in R.S. PATHAK and R.P. DHOKALIA (eds.), *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, The Indian Society of International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 1-9, p. 5.

⁽³⁰³⁾ R. MULLERSON, *id.*, pp. 132, 133.

on parle et d'où l'on parle car il contient la source de l'autorité gouvernementale⁽³⁰⁴⁾. Toutefois, il demeure inexorablement un objet du discours par son incapacité à être un sujet parlant. Il y aura toujours quelqu'un qui prétend parler en son nom. D'où les difficultés liées à la représentativité et l'affirmation cynique que le peuple est celui qui le désigne. Or si le peuple n'est pas une donnée naturelle, il nous faut conclure qu'il est un construit social. Et c'est précisément dans la guerre civile et dans le temps que le peuple se constitue en tant que peuple⁽³⁰⁵⁾, la nation en tant que nation et l'État en tant qu'État. L'intervention sur invitation est injustifiable face à une guerre civile et, dans une moindre mesure, dans un contexte insurrectionnel car le peuple est, à cet instant, dissout. En effet, la guerre civile se résume en le manifeste d'un désaccord sur la communauté étatique ou encore, sur l'existence d'un être commun et social⁽³⁰⁶⁾. Il s'avère donc difficile dans ces conditions de prétendre intervenir pour le peuple si celui-ci reste introuvable. Et s'il y a intervention, c'est plutôt pour maintenir le gouvernement au pouvoir et le *statu quo* étatique. Cette dernière affirmation n'est guère avancée par les États-intervenants puisqu'elle n'est pas justifiable légalement et moralement. D'un autre côté, il est tout aussi logique d'argumenter que l'intervention est licite étant donné que le peuple, dépositaire de la souveraineté, reste introuvable. Si l'État ne repose pas sur la souveraineté populaire, alors il n'est pas protégé par la norme de non-intervention. Le conflit, nous le verrons un peu plus loin, tourne autour des notions de souveraineté étatique et de souveraineté populaire.

Nous avons mentionné, un peu plus haut, l'indétermination sémantique propre au langage et aux règles juridiques et cette particularité exige un procédé interprétatif. Nous avons subséquemment qualifié cette opération de faux problème puisqu'elle est

⁽³⁰⁴⁾ G. MAIRET, *op. cit.*, note 13, pp. 129, 130.

⁽³⁰⁵⁾ *Id.*, p. 194.

⁽³⁰⁶⁾ *Id.*, p. 192.

inhérente au raisonnement juridique dans son ensemble. Toutefois, cette dernière conclusion ne doit pas dissimuler du même coup le degré d'incertitude et d'ambiguïté plus élevé qui se rattache à certaines expressions légales⁽³⁰⁷⁾. Pour les fins de notre exposé, nous pouvons citer la souveraineté, la non-intervention et le peuple. Cette singulière propriété renforce l'indétermination des normes internationales et la réflexivité de l'exercice interprétatif. Ce n'est qu'au travers des mots et des idées qu'ils évoquent que les utilisateurs du langage légal en viennent à établir un sens partagé. Des termes comme l'intervention, la souveraineté ou le peuple rendent un degré supérieur d'indétermination car ils sont construits socialement et progressivement. Ils comportent des valeurs qui ne font pas nécessairement l'objet d'un consensus étendu. En ce sens, ils reflètent l'image que la société des États renvoie d'elle-même. La détermination du contenu d'un concept légal, tel que la non-intervention, réfère donc minimalement à une communauté de sens et cette seule remarque heurte spécifiquement la représentation moderne de la souveraineté qui persiste à se concevoir comme pure liberté et subjectivité⁽³⁰⁸⁾.

La structure de l'argumentation, pour reprendre la pensée des CLS, sur la non-intervention oscille entre les perspectives descendante et ascendante. Du côté "communautaire", la norme de non-intervention est une garantie efficace pour un ordre international égalitaire qui s'appuie sur les valeurs du respect de la différence, de la tolérance et de la paix. Du même coup et selon la perspective individualiste, la norme protège le droit de l'État à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance⁽³⁰⁹⁾. L'interprète peut donc opter ou conjuguer ces deux positions en fonction d'un parti pris politique ou idéologique. Pour cette raison, plusieurs commentateurs ne voient pas

⁽³⁰⁷⁾ M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, note 33, p. 22.

⁽³⁰⁸⁾ *Id.*, p. 446.

⁽³⁰⁹⁾ *Id.*, p. 449.

dans la norme de non-intervention une véritable contrainte à l'agir étatique puisque celle-ci peut faire l'objet d'une évidente manipulation⁽³¹⁰⁾. Le droit international a joué, bien souvent, un rôle d'affermissement de la politique extérieure des États d'où sa présence intermittente et résiduelle dans les justifications interétatiques. L'*affaire du Nicaragua* est éloquente à cet égard :

“Attraits devant la Cour internationale de Justice par l'État victime de l'intervention militaire, les États-Unis ont soulevé des arguments juridiques pour contester sa compétence. La Cour ne les ayant pas suivis sur ce terrain, Washington a cessé immédiatement toute collaboration et a refusé de présenter des arguments au fond.”⁽³¹¹⁾

La tension générée par les pôles ascendant et descendant est particulièrement évidente dans la volonté morale de systématiser les interventions humanitaires. Cette volonté se situe au centre d'un conflit entre deux principes généraux soit, d'une part, l'interdiction du recours à la force et le respect de la souveraineté étatique et, d'une autre part, l'autodétermination des peuples et les droits de l'homme⁽³¹²⁾. Le droit positif, avec l'avènement de la Charte, ne consacre pas explicitement un droit à l'intervention humanitaire. Il faut plutôt se tourner vers le Conseil de Sécurité et les mesures prévues au chapitre VII, procédure contrecarrée pendant toute la durée de la Guerre froide. L'existence d'une norme coutumière sur l'intervention humanitaire est tout aussi

⁽³¹⁰⁾ Robert J. BECK, “International Law and the Decision to Invade Grenada : A Ten-Year Retrospective”, (1993) 33 *Virginia Journal of International Law* 765, p. 793 ; D.W. BOWETT, “Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, (1982) LIII *British Yearbook of International Law* 1, pp. 17, 18.

⁽³¹¹⁾ O. CORTEN, *loc. cit.*, note 283, pp. 93, 94.

⁽³¹²⁾ L.A. SICILIANOS, *op. cit.*, note 292, p. 494.

controversée étant donné la pratique équivoque et irrégulière des États qui interdit, par ce fait même, de concevoir la formation d'une *opinio juris*⁽³¹³⁾.

Si la légalité de l'intervention humanitaire est contestable et semble consolider le respect traditionnel pour la souveraineté étatique, l'intervention humanitaire détient, pour certains, un surcroît de légitimité car elle défend les droits de la personne. Dans ces conditions, comment est-il possible de concilier l'opposition entre la légalité et la légitimité⁽³¹⁴⁾ ? Comment accommoder les demandes d'une communauté internationale, qui ne peut plus ignorer les situations d'urgence humanitaire, avec la structure légale positiviste, héritée de 1945 ?

Au niveau théorique, une partie de la doctrine a justifié l'intervention humanitaire tout en ménageant la perspective ascendante. L'intervention n'est pas considérée comme une force du droit transcendant l'autorité souveraine de l'État⁽³¹⁵⁾. Au contraire, les exactions commises sur le territoire étatique ont fait perdre à l'autorité son statut souverain. Celle-ci, en violant le *telos* de la société interne, s'est éjectée d'elle-même hors du statut souverain. L'argument consiste donc à renforcer la notion de souveraineté populaire au détriment d'une stricte souveraineté étatique qui se conçoit à l'instar d'un droit de propriété sur un territoire délimité⁽³¹⁶⁾. D'une manière conjointe, l'intervention n'en est pas véritablement une puisqu'elle est

⁽³¹³⁾ David SCHWEIGMAN, "Humanitarian Intervention Under International Law : The Strife for Humanity", (1993) 6 *Leiden Journal of International Law* 91, p. 109.

⁽³¹⁴⁾ O. CORTEN, *loc. cit.*, note 283.

⁽³¹⁵⁾ Voir à cet effet D. KENNEDY, *op. cit.*, note 260, pp. 268, 269.

⁽³¹⁶⁾ Tom J. FARER, "An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention", in L.F. DAMROSCH and D.J. SCHEFFER (eds.), *op. cit.*, note 299, pp. 185-201 ; Vladimir KARTASHKIN, "Human Rights and Humanitarian Intervention", in L.F. DAMROSCH and D.J. SCHEFFER (eds.), *op. cit.*, note 299, pp. 202-211 ; David M. KRESOCK, "Ethnic Cleansing" in the Balkans : The Legal Foundations of Foreign Intervention," (1994) 27 *Cornell International Law Journal* 203.

momentanée, proportionnée et qu'elle ne vise pas la conquête. En cela, elle respecte l'esprit du principe de l'intégrité territoriale. Une alternative différente quoique similaire consiste à redéfinir et à ainsi restreindre la compétence nationale afin d'exclure les droits de la personne de ce champ protégé par la non-intervention pour une dimension internationale. Cette alternative est le choix du Conseil de Sécurité qui évoque le chapitre VII de la Charte pour écarter l'article 2(7).

Les approches exposées ci-haut ont en commun de se placer dans le cadre ascendant et donc, dans la mesure du possible, de justifier l'intervention humanitaire tout en observant les principes traditionnels de la souveraineté étatique et de l'intégrité territoriale. Néanmoins, et conformément à la structure dualiste du discours international, ces approches restent toujours susceptibles de verser dans la position descendante⁽³¹⁷⁾. Et ceci d'autant plus facilement qu'un standard humanitaire rappelle instantanément un universalisme qui se traduit par un code normatif outrepassant la singularité et le consentement de l'autorité souveraine étatique. Plus largement, le standard humanitaire demande une société solidaire dans la reconnaissance et la hiérarchie de certaines valeurs⁽³¹⁸⁾ ce qui va directement à l'encontre du modèle classique libéral et international et du subjectivisme épistémologique.

Les projets d'ordre mondial qui se basent sur les droits de l'homme, ou encore sur l'autodétermination des peuples, introduisent un idéal d'authenticité qui contraste avec le système légal et formel existant⁽³¹⁹⁾. Du même coup, ils abolissent le couple conceptuel *iuspositivisme/iusnaturalisme* pour un autre, celui de factice/authentique⁽³²⁰⁾

⁽³¹⁷⁾ D. KENNEDY, *op. cit.*, note 260, p.269.

⁽³¹⁸⁾ R.J. VINCENT, *op. cit.*, note 286, p. 104.

⁽³¹⁹⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 21, pp. 404, 405.

⁽³²⁰⁾ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 251, pp. 569, 570.

et perpétuent ainsi la procédure logocentrique ou dualiste. Nous entendons ici par factice ce qui est faux et artificiel, alors que l'authenticité exprime une vérité profonde, intérieure et incontestable contrairement aux réactions mimétiques et aux attitudes conventionnelles. L'idéal d'authenticité, au niveau de la communauté domestique, reconnaît à chaque individu une certaine façon d'être humain qui lui est propre⁽³²¹⁾. Ce désir d'épanouissement et de réalisation de soi comportent toutefois l'éventualité d'une dérive idéologique, telle qu'un individualisme atomistique ou encore un relativisme extrême. Mais ces dérives idéologiques peuvent être tempérées par la conscience d'appartenir à un être commun ou une société. Si nous transposons l'idéal d'authenticité au niveau global les problèmes vont grandissants devant la complexité. En effet, l'authenticité suggère un "soi" véritable, source des droits de la personne et une affinité naturelle qui unit un peuple. Cette particularité occulte le caractère construit, dialogique et social des notions comme les droits de la personne ou le peuple et donc, de leur nécessaire institutionnalisation, interprétation et application. Qui va découvrir et articuler au niveau international cette authenticité ? De plus, l'histoire nous enseigne que l'argument "naturel" ouvre la porte au danger totalitaire, et ce danger est autrement plus important dans une société internationale où les membres commencent seulement à concevoir un être commun.

Nous terminerons ce chapitre en soulignant l'insuffisance du cadre théorique traditionnel pour l'explication du droit international, de sa force et de son rôle. Cette insatisfaction découle, en premier lieu, de la philosophie libérale classique qui pousse le sujet souverain dans un individualisme de type atomistique ou autarcique. Elle découle, en deuxième lieu, de la combinaison de ce libéralisme avec une méthodologie positiviste qui a pour conséquence d'amputer la normativité du droit international. À l'évidence, il y a présentement une crise de l'objet du droit international à savoir, quel

⁽³²¹⁾ Voir à ce sujet l'essai de C. TAYLOR, *op. cit.*, note 8.

est son champ d'application devant l'affaiblissement de la dichotomie interne/externe. Il y a également crise des sources du droit étant donné les apories suscitées par la volonté ou le consentement de l'État quant au caractère contraignant du droit international. Et enfin, il y a confusion générale dans la détermination du sujet devant l'élargissement et la diversité des acteurs internationaux mais, et sinon plus, devant la remise en question de l'État dans une ère contradictoire de mondialisation technologique et économique et de balkanisation identitaire.

Deuxième partie

UN TERRAIN COMPATIBLE POUR LA SOUVERAINETÉ ET LE DROIT INTERNATIONAL

CHAPITRE I

UNE RELECTURE DE LA SOUVERAINETÉ ET DU DROIT INTERNATIONAL

La représentation moderne de la souveraineté a autorisé l'idée du droit international en différenciant les entités étatiques, mais elle a simultanément amputé ce droit de sa normativité en radicalisant l'autonomie de ces mêmes entités politiques. Pour cette raison, et afin de réconcilier la normativité et la souveraineté, les développements qui suivent amorcent une redéfinition parallèle de la souveraineté et du droit international. La première est débarrassée de son caractère fondationnaliste par la seule affirmation qu'elle est une construction sociale et historique. Le second est détaché du schéma national positiviste pour être plutôt envisagé sous l'angle du pragmatisme et de la rhétorique. Ces redéfinitions cherchent et réussissent selon nous à réconcilier, au niveau théorique, la souveraineté avec le pouvoir normatif et contraignant du droit international. Nous verrons plus spécifiquement mais uniquement à titre d'exemple, l'effet possible et combiné de ces redéfinitions théoriques avec les changements empiriques contemporains sur la norme de non-intervention.

Section 1. De quelques considérations générales sur le droit

Nous avons au préalable examiné la scène internationale qui, selon une interprétation jusqu'alors largement dominante, se confondait à une sphère anarchique, dangereuse et incontrôlable. À l'évidence, cette interprétation accordait peu de place à la normativité du droit international d'où la nécessaire démythification de l'image anarchique. Il nous faut maintenant revoir le rôle du droit international et, à cette fin, le droit en général sera envisagé pour son pouvoir de nomination et de qualification beaucoup plus que pour sa performance punitive. Le droit, en nommant les choses et les êtres, réduit le désordre et crée sa propre réalité. Parce qu'il crée sa réalité, le

droit est à cheval entre l'être et le devoir-être et cette position, contrairement aux dires de certains détracteurs, renferme précisément la juridicité du droit international. Nous proposerons donc une approche pragmatique et rhétorique du droit international ou, pour le formuler de façon différente, nous jugerons de la légalité à partir des paroles et des actions des sujets internationaux.

1.1 Le pouvoir de qualification

La description de la sphère internationale en terme d'anarchie, avec la connotation singulièrement péjorative que cette qualification évoque, entraîne un constat d'échec pour le droit international. En effet, comment est-il possible de seulement concevoir le droit dans une situation de pur chaos ? Ces deux notions ne sont-elles pas *a priori* antinomiques ? Et si nous persistons à insérer le droit dans cette sphère particulière, puis à décrire des relations strictement contingentes sous le signe de la légalité, n'est-ce pas déprécier le droit et étayer corrélativement la thèse "réaliste" sur son incapacité et sur son inefficacité ? Peut-il en être autrement ? Tout d'abord, il convient de redéfinir la sphère internationale comme nous l'avons fait au cours du chapitre précédent. Premièrement, l'anarchie est une représentation ou une catégorie conceptuelle, aussi elle ne doit pas se confondre à une réalité immuable et extérieure qui déresponsabilise les hommes pour leurs constructions. Deuxièmement, si la sphère internationale est anarchique, elle l'est par l'absence institutionnelle d'un gouvernement central et non par l'absence de toute normativité. En ce sens, l'anarchie se distingue de la licence.

Il ne suffit pas de redéfinir la sphère internationale, il nous faut également repenser le droit afin d'appréhender la spécificité et le rôle du droit international dans son milieu revu et corrigé. C'est précisément ce que nous nous emploierons à faire pour le reste de cette thèse. Le droit va être considéré tout au long des développements

subséquents en tant que réducteur de désordre⁽¹⁾. Pour mieux dire, le droit est confronté, en tout premier lieu, à un désordre factuel inhérent à un univers social complexe et multiple, et qui se dévoile dans la seule expérience ou encore dans l'appréhension du monde⁽²⁾. En deuxième lieu, il existe un désordre au cœur du droit lui-même, dans les pratiques et dans les normes juridiques et ceci suggère déjà l'importance du phénomène interprétatif. Ramener le droit à un réducteur de désordre implique pour celui-ci une ambition autrement plus modeste que celle poursuivie par les positivistes. Rappelons-nous que l'ambition positiviste présentait le droit comme le gage et le fondement d'un ordre social solide, efficace et sécuritaire. C'est d'ailleurs cette ambition colossale qui a fortement contribué à la déconsidération du droit international en lui attribuant un statut qu'il ne pouvait raisonnablement tenir.

Le droit est continuellement à la recherche du droit et, en ce sens, il s'assimile à un processus sans cesse inachevé qui réduit le désordre extrinsèque et intrinsèque à partir d'une grille catégorielle. Cette perspective reprend plus largement l'essentiel des théories modernes de la physique sur la relativité, contrairement à la pensée cartésienne et à la méthodologie analytique⁽³⁾. Ce dernier courant envisageait la complexité ou le désordre d'un système sous l'angle d'un agencement plus ou moins subtil d'unités ou d'éléments. La compréhensibilité d'un système, dont le juridique, requiert du chercheur des éléments simples pour ensuite les recomposer. L'héritage cartésien traverse la diversité des champs de connaissance et il se retrouve, dans l'hypothèse sous étude, dans le postulat libéral d'une souveraineté atomistique. Pour cette raison,

⁽¹⁾ Michel MIAILLE, "Désordre, droit et science", dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1994, pp. 87-103, p. 88.

⁽²⁾ *Id.*, p. 91.

⁽³⁾ *Id.*, pp. 97, 98 ; Joseph E. EARLEY, "Recent Developments in Science Important for Legal Scholarship", in Roberta KEVELSON (ed.), *Codes and Customs : Millennial Perspectives*, vol. 1, coll. Critic of Institutions, New York, Peter Lang Publishing, 1994, pp. 77-91, p. 79.

le mécanisme de l'obligatorité du droit international doit être appréhendé exclusivement à partir de l'unité irréductible et isolée qu'est l'État souverain. La méthode analytique, transposée à l'international, écarte tout autant un regard à l'intérieur de l'État-unitaire qu'un regard sur les relations entre les souverains pour y découvrir la source du caractère contraignant du droit.

La science moderne a apporté un correctif inestimable au paradigme cartésien et il consiste à penser le simple ou l'unité élémentaire comme une représentation et une création du chercheur, admissible et opérationnelle sur la réalité⁽⁴⁾. Dans le cas nous intéressant, cela conforte l'idée que la souveraineté n'est pas une fondation ahistorique, acontextuelle ou encore le reflet d'une réalité internationale objective et extériorisée. Nous rejoignons ici la théorie constructiviste, qui ne s'occupe que de la mise en ordre d'un monde constitué par le flux de nos expériences⁽⁵⁾, en avançant que la souveraineté atomistique figure une représentation bien particulière qui a organisé la sphère internationale pour un certain temps. Cette représentation n'est selon nous ni admissible ni opérationnelle si elle maintient la souveraineté en tant qu'unité irréductible de toute analyse. La souveraineté, au niveau interne, doit être comprise comme la relation entre l'autorité gouvernementale et les citoyens, alors qu'au niveau international elle doit être appréhendée au travers d'un réseau de relations interétatiques ou autres. Le caractère contraignant du droit international repose précisément dans l'engagement relationnel.

Pour résumer, le droit construit perpétuellement un ordre en réduisant le désordre ou la complexité phénoménologique. La reconnaissance de ce processus

⁽⁴⁾ M. MIAILLE, *loc. cit.*, note 1, pp. 97, 98.

⁽⁵⁾ Ernst Von GLASERSFELD, "Introduction à un constructivisme radical", dans Paul WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?*, éd. du Seuil, Paris, éd. de 1988, pp. 19-43, p. 27.

toujours inachevé repousse simultanément la création *ex nihilo* de l'ordre juridique par l'effet d'une volonté unique et déterminée⁽⁶⁾. La construction de l'ordre juridique répond de la sédimentation progressive des normes et, plus largement, du poids du passé. La sédimentation des normes est progressive en ce que la construction d'un ordre juridique traverse tout autant des périodes de stagnation voire de régression. La construction d'un ordre ne peut pas adopter n'importe quelle tangente, d'où l'importance de saisir ce qui a été fait au préalable. Il nous fallait donc examiner la représentation moderne de la souveraineté et son impact sur la conceptualisation du droit international avant même d'en proposer une nouvelle, susceptible d'être acceptée dans la conjoncture actuelle.

Comment le droit procède-t-il dans la réduction du désordre ou de la complexité empirique ? Beaucoup plus que sa fonction strictement punitive ou coercitive et que sa fonction régulatrice, le droit se distingue par un pouvoir primordial de nomination⁽⁷⁾ et de qualification⁽⁸⁾. En premier lieu, le droit identifie et fait venir à l'existence juridique les personnes et les choses. Nous sommes ici véritablement en présence d'une force performative élargie où *dire, c'est faire*⁽⁹⁾. Pensons notamment à la notion de sujet international qui, auparavant, se restreignait à quelques États puis à tout État et enfin, dernièrement, à des acteurs non-étatiques. Ou encore, aux espaces comme l'extra-atmosphérique ou les fonds marins qui, antérieurement, n'existaient que pour

⁽⁶⁾ M. MIAILLE, *loc. cit.*, note 1, p. 94.

⁽⁷⁾ Sur l'aspect de nomination, voir Michel Van de KERCHOVE et François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1992, p. 155 et sur l'aspect similaire de qualification, voir Bertrand BADIE et Marie-Claude SMOUTS, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, p. 118.

⁽⁸⁾ B. BADIE et M.-C. SMOUTS, *id.*, p. 119.

⁽⁹⁾ Expression et titre d'une monographie de John Langshaw AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, coll. L'ordre philosophique, Paris, éd. du Seuil, 1970.

la puissance politique et scientifique. Une fois que le droit les a nommés, ces espaces deviennent un objet incontournable dans l'agir et dans les relations internationales. Ces exemples démontrent la création par le droit de sa propre réalité à partir de ses catégories. En deuxième lieu, le discours juridique qualifie les comportements et les situations et il leur attribue, par ce fait même, une signification. De cette façon, le droit impartit une rationalité à l'ordre international, il le rend intelligible et manifeste pour tous les sujets et ce, en dépit de leur profonde différence. Nous entrevoyons déjà le potentiel identitaire enfermé dans le droit international. Celui-ci ne se restreint pas à un épiphénomène de la sphère internationale, bien au contraire, l'idée du droit se situe au centre des relations sociales. Sa capacité singulière à impartir une rationalité commune aux interactions internationales est d'autant plus évidente qu'il supplée généralement les discours sociaux, religieux, politiques et philosophiques⁽¹⁰⁾. Ceux-ci, au lieu et à la place, peuvent et ont bien souvent exacerbé les différences étatiques et la pluralité internationale.

Le droit est donc une forme, comme nous l'avons déjà brièvement mentionné dans la première partie, en ce qu'il manipule la réalité naturelle et sociale au travers de ses qualifications et de ses normes⁽¹¹⁾. Il réinvente une réalité sans prétendre corrélativement reprendre celle qui l'entoure. Aussi une assertion en droit se vérifie, non pas par son adéquation à l'empirique, mais auprès d'une définition conventionnelle et des catégories légales⁽¹²⁾. Nous n'avons qu'à repenser à l'exemple déjà cité de la souveraineté *de jure* qui octroie aux quasi-États, entités politiques mal définies, la même qualification et par conséquent le même statut juridique qu'un État

⁽¹⁰⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, "Origine et rôle de la fiction en droit international public", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 153, p. 156.

⁽¹¹⁾ Jean SALMON, "La construction du fait en droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 135, pp. 138, 139.

⁽¹²⁾ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 10, p. 154 ; J. SALMON, *id.*, p. 139.

historiquement et concrètement souverain, afin de rendre intelligible l'ordre international dans son ensemble.

L'exemple probant de cette faculté du droit à engendrer sa propre réalité demeure sans contredit le procédé technique de la fiction. En effet, celle-ci consiste à qualifier sciemment une situation contrairement à l'usage scientifique conventionnel⁽¹³⁾. En d'autres mots, la fiction impose une catégorie juridique à un fait pour en déduire des conséquences légales. Aussi, dans la fiction de l'égalité souveraine, pierre angulaire du système international, le juriste qualifie les États de souverains, contrairement aux données factuelles ou empiriques, afin d'attribuer à ces entités la même capacité juridique. Nous constatons, avec la fiction de l'égalité souveraine, l'emprise et la maîtrise de la factualité par le droit et ceci conforte l'efficacité particulière du discours juridique dans la détermination de son objet d'étude et de sa réalité⁽¹⁴⁾. Parce que le droit expose les faits, il opère tel un récit. Mais encore faut-il que ce récit soit accepté, repris et diffusé, pour qu'il influence véritablement et en retour les actions.

1.2 Les normes et la disposition pragmatique de l'Homme ou de l'État

Nous avons jusqu'ici abordé de façon générale le droit dans son habilité à réduire le désordre et à créer une réalité qui lui appartient. Il nous faut maintenant considérer plus spécifiquement le mécanisme normatif par lequel cette réalité prend forme. Et ce mécanisme ne peut se saisir qu'en réalisant que le droit est à cheval entre

⁽¹³⁾ M. Van de KERCHOVE et F. OST, *op. cit.*, note 7, p. 160.

⁽¹⁴⁾ Simone GOYARD-FABRE, "Le droit est-il de ce monde ?", (1986) *Droits* 35, p. 50.

l'ordre du fait et l'ordre de l'idéal, ou encore, entre l'être et le devoir-être⁽¹⁵⁾, et qu'il demeurera condamné à cet entre-deux qui lui confère réciproquement son rôle. Qu'est-ce à dire ? D'un côté, le droit ne peut s'assimiler à l'être sinon il perd toute force régulatrice et toute capacité à transformer ce qui l'entoure. Il doit indiquer quelque chose de différent, quelque chose qui se distingue du simple reflet d'une réalité extérieure et suffisante. Il doit nécessairement interpeller un devoir-être. D'un autre côté, l'accomplissement concret de ce devoir-être figure de l'impossibilité, car celui-ci se rangerait alors dans le domaine de l'être. D'où l'idée d'un droit perpétuellement en construction et à la recherche de lui-même. Cette idée repousse parallèlement l'image reçue d'un ordre juridique posé et monolithique. Nous avons vu, avec les CLS, que l'être et le devoir-être se retrouvent sous la forme d'une opposition rigide dans la structure de l'argumentation juridique. Quoique cette affirmation nous semble incontestable, nous nous dissociions des CLS dès lors que nous assumons cette tension entre l'être et le devoir-être comme constitutive du droit lui-même. Ce dernier ne peut pas résider dans l'un ou l'autre des termes de la procédure logocentrique puisqu'il est mouvement entre les deux.

Toutes les normes, que celles-ci soient coutumières ou écrites, nationales ou internationales, renferment un devoir-être⁽¹⁶⁾. Parce qu'elle indique un devoir-faire, la norme est une ligne de conduite ou un précepte à l'action. C'est ce que Kant nous enseigne lorsqu'il énonce qu'une norme s'adresse à la disposition pragmatique de l'Homme⁽¹⁷⁾, au sujet agissant, que celui-ci soit un individu ou un État. La norme

⁽¹⁵⁾ Simone GOYARD-FABRE, "De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen", dans P. AMSELEK (dir.), *op. cit.*, note 1, pp. 211- 232, p. 215.

⁽¹⁶⁾ *Id.*, p. 215.

⁽¹⁷⁾ *Id.*, p. 214.

contient un aspect fondamentalement pratique en ce qu'elle cherche à déterminer l'action et la transformation de la réalité extérieure par la volonté humaine.

"L'important est que les normes juridiques indiquent la signification ultime de tous les concepts du droit : il faut agir comme si ce qui, peut-être, ne sera jamais, devait être."⁽¹⁸⁾

Les normes peuvent se comparer à des outils ou à des artefacts élaborés par les hommes en vue de permettre à ceux qui les reçoivent, les intériorisent et les utilisent, de mesurer la possibilité de leur agir dans le monde⁽¹⁹⁾. Étymologiquement, la norme ne réfère-t-elle pas à une équerre, instrument de mesure des choses ?⁽²⁰⁾ Toutefois ces outils, étant dépourvus de toute phénoménalité⁽²¹⁾, ne peuvent être observés par l'appareil sensoriel. Cette particularité des normes ou, indifféremment des règles, ne signifie absolument pas qu'elles sont irréelles. Les acteurs possèdent une expérience de leur réalité car elles animent directement les comportements et les relations sociales⁽²²⁾. Affirmer l'irréalité des normes parce qu'elles sont dépourvues de phénoménalité procède d'une confusion conceptuelle. La réalité ne peut être réduite à une étendue extérieure et imperméable aux dires et aux gestes de l'homme. De plus, la recherche d'une manifestation tangible et extérieure des normes n'incite-t-elle pas à l'adoption de la perspective étroite du positivisme classique, qui déduit la réalité des normes à partir d'une sanction visible ou d'une présence souveraine ? Comme nous

⁽¹⁸⁾ *Id.*, p. 222.

⁽¹⁹⁾ Paul AMSELEK, "Le droit dans les esprits", dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 27-49, p. 27, 28 ; Paul AMSELEK, *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, coll. Questions, Paris, P.U.F., 1988, p. 44.

⁽²⁰⁾ Voir l'étymologie du mot norme dans le *Dictionnaire historique de la langue française* sous la direction d'Alain REY, t. 2, éd. 1994, Paris, Dictionnaire Le Robert.

⁽²¹⁾ P. AMSELEK, "Le droit dans les esprits", note 19, pp. 39 à 41.

⁽²²⁾ *Id.*, p. 44.

l'avons déjà mentionné cette perspective ampute la réalité de sa complexité en coupant les normes de l'aspect interne aux agents.

Si la réalité des normes dépend exclusivement d'une sanction extérieure et manifeste, alors la violation inaperçue d'une norme entraîne son inexistence. Ce raisonnement est tout simplement inadmissible et la réalité normative doit nécessairement résider ailleurs, dans ce devoir-être que nous avons abordé un peu plus haut. Si l'obéissance empirique consolide la réalité de la norme, en ce qu'elle expose au grand jour l'interférence et l'acceptation de celle-ci dans les relations sociales, elle n'est pas la condition *sine qua non* de cette réalité. Les normes ou les règles s'apparentent plutôt à des relations d'inférence⁽²³⁾ chez les agents sur le comment agir. Cette fonction d'indication⁽²⁴⁾ élargit la portée normative pour y inclure tout autant les règles constitutives, permissives que punitives. Cette dernière remarque est d'importance pour le droit international car la sphère où il évolue a toujours privilégié l'horizontalité, c'est-à-dire des rapports entre les États qui ne se définissent pas en termes hiérarchiques. Par conséquent, les règles punitives occupent une place beaucoup plus modeste qu'au niveau national.

Les remarques ci-haut nous dirigent vers une perspective d'analyse différente pour le droit. Au lieu d'astreindre le droit à un rôle strictement punitif, rôle par ailleurs biaisé sur la scène internationale, il faut plutôt l'affranchir de cette position classique pour se concentrer sur ses fonctions performative et pragmatique. C'est-à-dire des fonctions qui orchestrent l'interaction sociale entre les individus ou entre les

⁽²³⁾ Nicholas GREENWOOD ONUF, *World of our Making : Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, coll. *Studies in International Relations*, Columbia, University of South Carolina Press, 1989, p. 79 ; Nicholas ONUF, "Do Rules Say What They Do ? From Ordinary Language to International Law", (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 385, pp. 395, 396.

⁽²⁴⁾ Wittgenstein parle à cet effet des règles comme des *sign-posts*.

États⁽²⁵⁾. Tout compte fait ces fonctions, sans être nouvelles, ont été négligées au profit du critère de la coercition extérieure. Cette perspective permet, selon nous, d'éviter les apories soulevées antérieurement et d'autant plus patentées au niveau international. Il nous semble particulièrement intéressant de relever, en aparté, un certain renversement théorique. Avec le positivisme classique et le critère de la contrainte empirique, le droit international, parce que dépourvu d'une structure hiérarchique, ne parvenait jamais à se qualifier comme du droit. Et, s'il réussissait, ce n'était qu'au prix de prouesses analogiques qui laissaient subsister néanmoins un caractère profondément pathologique du droit international. Aujourd'hui, le droit national lui-même ne s'impose plus par l'appel au seul critère de la contrainte extérieure, si l'on en juge par la crise de légitimité qui traverse le droit en général. Il doit peut-être se tourner vers le droit international afin de trouver une alternative quant à l'explication de son caractère obligatoire.

En outre, et parce que la perspective sociale mentionnée plus haut s'éloigne de la réduction droit/contrainte empirique, elle redonne tout son sens à la distinction traditionnelle entre le droit et la violence. En effet, choisir l'argumentation légale nationale ou internationale c'est avoir délibérément opté pour le discours contrairement à la force et cela, malgré la séduction voire la manipulation auxquelles le discours peut se prêter⁽²⁶⁾. Le discours reconnaît et nécessite l'altérité et il lui accorde la faculté de réponse et de contestation. La violence, quant à elle, se situe hors des jeux du

⁽²⁵⁾ Friedrich KRATOCHWIL, "Thrasymachos Revisited : On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations", (1984) 37 *Journal of International Affairs* 343, pp. 345 à 350.

⁽²⁶⁾ Michel MEYER, *Questions de rhétorique : langage, raison et séduction*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Librairie générale Française, 1993, p. 8.

langage⁽²⁷⁾, car elle vise l'élimination de la parole de l'Autre et, par extrapolation, la destruction du lien social⁽²⁸⁾.

La perspective, que nous avons nommée sociale à défaut d'un meilleur terme, apprécie les normes et les règles en tant qu'indicatrices à l'agir. Elles désignent l'architecture du jeu sociétal national ou international en déterminant les acteurs et en leur assignant les façons admissibles pour poursuivre leur but respectif. Bref, les normes sont considérées principalement pour leur capacité communicationnelle⁽²⁹⁾, leur habilité à conférer un sens commun à partir duquel s'articule la critique et la justification entre les acteurs. Par ailleurs, les normes légales se distinguent précisément de celles d'un programme de politique extérieure dans le degré d'encadrement de l'agir international⁽³⁰⁾. Contrairement aux normes politiques, les normes légales réglementent tout autant l'acceptabilité des buts poursuivis que les moyens mis en oeuvre pour les réaliser. Le raisonnement légal diffère du politique, ne serait-ce qu'en vertu de la continuité de l'encadrement. Les expressions linguistiques en disent beaucoup à ce sujet. Un comportement déviant quant aux moyens adoptés par un État dans la poursuite de son but transgresse ou viole une

⁽²⁷⁾ Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne*, coll. "Critique", Paris, éd. de Minuit, 1979, p. 76.

⁽²⁸⁾ Nous n'aborderons pas ici l'hypothèse d'une "bonne" violence car fondatrice de la communauté en opposition avec une "mauvaise" violence car indifférenciée entre les membres de la communauté. À ce sujet voir René GIRARD, *La violence et le sacré*, Paris, éd. Bernard Grasset, 1972.

⁽²⁹⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 25, pp. 345 à 350 ; Friedrich V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", (1983) 69 *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale* 13, p. 36.

⁽³⁰⁾ Voir à cet effet, Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 206, 207 ; F.V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", note 29, p. 37.

norme légale. Les mots “transgresser” ou “violer” impliquent étymologiquement le dépassement violent d’une limite préétablie. Le raisonnement légal se fait toujours à partir de cette limite et autour de celle-ci. À l’opposé, les normes directrices d’un programme de politique extérieure sont modifiées ou révisées, car l’implantation du but poursuivi dépend exclusivement d’un calcul unilatéral de l’agent étatique et non des règles régissant l’interaction sociale. Le terme modifier implique un changement mais qui ne dénature pas l’objet, donc un changement qui ne dépasse pas la limite propre de l’objet.

Nous adopterons donc, pour ce chapitre et le suivant, une vision toute pragmatique du droit international et de ses normes à l’instar de Kratochwil⁽³¹⁾. Sera une norme légale ce que les acteurs internationaux considèrent comme tel dans la pratique quotidienne. Ceci implique plus précisément une étude du déploiement des normes au travers de l’interaction sociale internationale. Dans un premier temps, la démarche consiste à analyser le traitement de ces normes à l’intérieur du raisonnement légal et dans le moment décisionnel. Concurrément, cette démarche oblige un retour constant aux acteurs, à leur perception de la norme et à la façon dont celle-ci véhicule les aspirations, les sens communs, les critiques et les justifications.

La vision pragmatique ou pratique comporte, selon nous, trois avantages. Premièrement, elle est un mouvement au-delà de l’oscillation permanente entre le *iusnaturalisme* et le *iuspositivisme*⁽³²⁾. En d’autres mots, nous nous éloignons de la préoccupation sémantique qui cherche, autant au niveau *iusnaturaliste* qu’au niveau positiviste, à découvrir la fondation ultime ou l’essence immuable du droit et de la

⁽³¹⁾ F.V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, note 30, p. 42.

⁽³²⁾ David KENNEDY “Turning to Market Democracy : A Tale of Two Architectures”, (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 373, pp. 375, 376.

légalité. La tentative de cerner le noyau ou l'essence en faisant abstraction des accidents demeure, pour reprendre la pensée d'Aristote, une entreprise vouée par anticipation à l'échec. Deuxièmement, la vision pragmatique du droit, en s'attardant spécifiquement aux dires et aux actions des agents pour juger de la légalité, ne nécessite pas l'existence d'une institution formelle et centralisée, institution par ailleurs absente sur la scène internationale. Troisièmement, elle réintroduit la perspective interne que le positivisme avait escamoté, à savoir pourquoi l'agent se sent-il obligé de suivre la règle en dépit de l'élément de contrainte empirique. En effet, la force représentationnelle que les États se font du droit international joue un rôle prépondérant dans l'agir interétatique et dans l'obéissance aux normes. Autrement dit, l'image qu'un État se fait du droit international va influencer directement sa pratique du droit.

Adopter une vision pragmatique du droit suppose nécessairement l'acquiescement à certains principes philosophiques. Au départ, la philosophie pragmatique rejette la notion de vérité-correspondance ou encore les descriptions qui prétendent être les duplicatas d'une réalité extérieure aux hommes. Ce rejet implique donc un antidéterminisme initial. Qu'est-ce que cela signifie pour les fins de notre recherche ? Premièrement, la philosophie pragmatique nous éloigne du déterminisme propre à l'école réaliste et néo-réaliste en relations internationales qui expose l'anarchie internationale en tant que description fidèle d'une réalité. Cela nous détache tout autant du positivisme classique pour qui la seule réalité réside dans un domaine factuel et extrinsèque⁽³³⁾. Deuxièmement, il nous faut alors poursuivre des façons de discourir sur le monde, qui sans se mesurer à l'unicité d'une réalité extérieure et incontournable, vont nous être utiles, avantageuses, acceptables en fonction de nos besoins sociaux et

⁽³³⁾ David M. TRUBEK, "Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism", (1984) 36 *Stanford Law Review* 575, p. 581.

des buts assignés⁽³⁴⁾. Par conséquent, il nous faudra départager au travers des descriptions actuelles et possibles celles qui nous aident le plus à résoudre nos problèmes et celles qui répondent à nos aspirations.

Reprenons, à titre d'exemple, l'égalité souveraine des États. Nous avons vu que la majorité des critiques dénonce l'aspect mythique de ce postulat juridique en ce qu'il ne correspond absolument pas à la réalité matérielle des États. Quoique la critique dénonce à juste titre l'inégalité matérielle, celle-ci ne procède pas de l'égalité souveraine. Ce postulat juridique ne prétend pas corriger une situation politique et économique. Il est, avant tout, une description qui contribue à l'intelligibilité du système légal international en déterminant les sujets de droit et en leur octroyant la capacité juridique. La question maintenant est de savoir si cette description est utile, avantageuse et acceptable. De prime abord, il nous faut constater l'inexistence de propositions alternatives. En effet, les critiques ne présentent aucune description pour remplacer celle de l'égalité souveraine. Si nous abolissons ce principe constitutif, que nous reste-t-il ? Peut-être, et à la plus grande joie de l'école réaliste et néo-réaliste, la seule reconnaissance des tendances hégémoniques d'ordre politique, économique ou religieuse, et la continuation d'une inégalité matérielle. La norme de l'égalité souveraine possède au moins l'avantage de contenir un devoir-être, une indication à l'agir, une aspiration et un horizon pour la société des États. De plus, elle répond, ne serait-ce que d'une façon minimale, à un désir et à un besoin de justice. Cet aspect ne doit pas être sous-estimé car le besoin indéfini de la justice⁽³⁵⁾ figure véritablement d'un universel et ce, malgré son articulation concrète qui diffère d'une culture à l'autre. Si

⁽³⁴⁾ Robert Justin LIPKIN, "Pragmatism - The Unfinished Revolution : Doctrinaire and Reflective Pragmatism in Rorty's Social Thought", (1993) 67 *Tulane Law Review* 1561 ; Richard RORTY, *L'espoir au lieu du savoir. Introduction au pragmatisme*, coll. Bibliothèque du Collège international de philosophie, Paris, éd. Albin Michel, 1995, p. 24.

⁽³⁵⁾ Au sujet du besoin indéfini de justice, voir les développements du chapitre I de la première partie de cette thèse. Plus particulièrement la section sur l'instance critique devant l'arbitraire dichotomique.

les faits parlent un autre langage, les descriptions juridiques et la force incantatoire des prescriptions morales peuvent, en retour, être intériorisées par les sujets et ainsi influencer leur agir.

Les descriptions que l'on donne du monde expriment donc nos besoins sociaux⁽³⁶⁾. L'image de l'anarchie internationale, où tout n'est que luttes de pouvoir, reflète non pas une réalité hors de nous et de nos pratiques langagières, mais bien une description que l'on juge utile et acceptable. Et si cette description est jugée utile et acceptable c'est peut-être parce qu'elle déresponsabilise ingénieusement les hommes pour leurs constructions sociales. Que peut-on faire, en effet, devant une réalité complètement indépendante des hommes, contre une anarchie à l'externe, et par conséquent lointaine, qui obéit à une logique purement autonome ? De la même façon, la description positiviste exige le consentement exprès de l'État-sujet pour déduire le caractère obligatoire du droit international et ceci exprime le besoin, par ailleurs justifiable, d'asseoir solidement le droit et ainsi rendre les relations internationales stables et prévisibles. Aussi, cette description répondait d'une représentation théorique du droit et d'un besoin bien spécifique de la part des États.

De l'aspect pragmatique du droit nous pouvons également appréhender l'importance de la rhétorique à l'intérieur du raisonnement juridique. Cette dernière est entièrement tournée vers la pratique, c'est-à-dire qu'elle opère en fonction d'arguments qui visent à persuader et à amener une audience à une alternative ou à un choix particulier, dans une situation où la logique pure et simple n'offre pas de solutions⁽³⁷⁾. Or faut-il s'étonner de l'importance centrale voire incontournable de la rhétorique au niveau international, où le mode horizontal ou l'égalité souveraine des

⁽³⁶⁾ R. RORTY, *op. cit.*, note 34, p. 59.

⁽³⁷⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 210 ; F.V. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 29, p. 40.

États impose d'autant plus l'adhésion des parties à une alternative par la persuasion beaucoup plus que par l'autorité hiérarchique ? La reconnaissance du caractère éminemment rhétorique du droit conforte le rejet de la description positiviste car celle-ci conçoit traditionnellement le raisonnement juridique sous le signe d'une logique formelle ou syllogistique. En d'autres termes, le raisonnement débute sur une règle abstraite pour aboutir à une conclusion, après avoir appliqué la règle en question aux faits en l'espèce⁽³⁸⁾. Cette description positiviste, qui accentue l'autonomie du raisonnement juridique par rapport au sujet et à son environnement, s'explique en partie par l'exigence de distinguer rigoureusement le droit de la politique dans un procédé plus global de légitimation. Toutefois, elle nous semble désormais contre-productive car elle n'aménage qu'une place restreinte à l'interprétation.

Nous reviendrons sur les aspects complémentaires du pragmatisme et de la rhétorique des normes internationales un peu plus loin. Pour l'instant, il nous faut encore délimiter le champ du raisonnement juridique à savoir, a-t-il une place à l'intérieur de la sphère internationale ? La rhétorique présuppose une délibération et une discussion sur des choses contingentes mais sur lesquelles nous conservons un certain contrôle ou une emprise⁽³⁹⁾. En effet, Aristote dans son traité sur la rhétorique⁽⁴⁰⁾ spécifie que l'on ne discute pas sur les choses qui ne posent pas problème ou qui ne soulèvent aucune question. De la même façon, nous discutons en vain devant la nécessité ou encore sur les choses qui échappent au contrôle des sujets. Pour cette raison, nous devons repousser la description réaliste ou néo-réaliste de la sphère internationale. L'anarchie internationale décrite par ce courant en relations

⁽³⁸⁾ J. SALMON, *loc. cit.*, note 11, pp. 135, 136.

⁽³⁹⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 215.

⁽⁴⁰⁾ ARISTOTE, *Rhétorique*, coll. Le livre de poche, Classiques de la philosophie, traduction de Charles-Emile Ruelle et revue par Patricia Vanhemelryck, Paris, Librairie Générale Française, 1991.

internationales n'octroie aucune place au droit international, et encore moins à un droit axé sur la rhétorique et la pratique. Cette sphère est considérée sous l'angle d'une lutte impersonnelle des pouvoirs, elle se confond à une région extérieure et autodéterminée qui demeure hors du contrôle des hommes. Il nous semble intéressant de souligner le même effet d'impuissance provoqué par le discours contemporain sur la mondialisation de l'économie. Celui-ci, en décrivant la sphère internationale comme un espace illimité mais totalement coupé du contrôle démocratique des hommes, voire des États, rend toute discussion superfétatoire. L'économie, pouvoir impersonnel par excellence, obéit à une logique circulaire et autodéterminée. Comment dans ces conditions le droit, et l'aspect rhétorique qu'il sous-tend, peut-il occuper la place qui lui revient sur la scène internationale ?

1.3 Le paradigme du droit-phénomène social⁽⁴¹⁾

La première partie de cette thèse a exposé l'alliance de la philosophie libérale classique avec le positivisme dans la conceptualisation du droit international. Plus spécifiquement, le paradigme positiviste a dominé le discours juridique en imposant une façon de poser et de penser le droit, ainsi qu'une manière de résoudre les problèmes soulevés par le droit. Plusieurs auteurs⁽⁴²⁾ s'entendent pour constater une crise du paradigme jusqu'alors dominant et ce, tant au niveau national qu'international. Le positivisme juridique perd donc sa force monopolisatrice et explicative.

⁽⁴¹⁾ L'expression "droit-phénomène social" est tirée de Lise BINET, "La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social", (1990) 31 *Cahiers de droit* 917 ; alors que le terme paradigmatique de "paradigme" est de Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

⁽⁴²⁾ Charalambos APOSTOLIDIS et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", (1993) 109 *Revue de droit public et de la science politique* 611, pp. 613 et 618 ; L. BINET, *loc. cit.*, note 41, pp. 920, 921 ; François OST et Michel Van de KERCHOVE, "L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique", (1993) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 191, p. 197.

Corrélativement, certains⁽⁴³⁾ annoncent l'émergence d'une nouvelle représentation du droit et d'un discours qui s'appuie plus fortement sur le social. Cette nouvelle représentation permettrait notamment d'élargir le champ de l'interrogation juridique pour y inclure les questions concernant les facteurs sociaux qui conditionnent les normes, la signification de ces dernières pour les sujets-agissants, la légitimité du droit, le droit comme discours et comme idéologie, etc... Questions que nous avons jusqu'alors abordées de près ou de loin.

La représentation moderne de la souveraineté s'est consolidée autour de la radicalisation du sujet. C'est-à-dire que le sujet étatique regroupe tout à la fois, les notions d'autonomie, de rationalité monologique, d'autodétermination et d'indépendance. À partir de cette énumération, il nous faut concéder que la souveraineté a été essentiellement conçue au niveau international sur le mode de l'incommunicabilité. L'État souverain demeure théoriquement et idéalement autarcique et imperméable à tout ce qui l'entoure. Nous avons utilisé à dessein le terme "idéalement" car il va de soi que cette représentation théorique heurte de front la présence indéniable d'un monde composé de plusieurs entités étatiques et souveraines. Cette seule présence oblige une interaction minimale et le droit international, au départ, s'inscrit à l'intérieur de la nécessité interactionnelle tout en cherchant à préserver l'image théorique d'une souveraineté autonome et autodéterminée. La représentation moderne de la souveraineté est donc le fruit des sujets étatiques et ceux-ci demandent de l'organisation légale, le respect de leur exercice autodéfinitionnel et, par conséquent, une structure plus ou moins contraignante.

⁽⁴³⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *id.*, p. 613 ; L. BINET, *id.*, p. 922.

Le paradigme positiviste convenait admirablement bien à cette exigence en réduisant le droit international à la fonction subalterne de l'enregistrement des engagements contractuels des États souverains⁽⁴⁴⁾. En enregistrant la volonté étatique le droit international demeure fidèle à la représentation moderne de la souveraineté mais il est diminué dans sa capacité normative.

"Such a conceptual structure of interstatal unsociety led to the conceptualizing of a so-called international law, as a law formed from the willing and acting of state-societies expressed in one of two ways : either immediate acts of will in the form of treaties or retained acts of will in the form of customary international law."⁽⁴⁵⁾

Les premiers mots de cette citation nous entraînent au coeur de la problématique suivante, à savoir que le droit ne peut absolument pas être dissocié de l'image ou de la conceptualisation que la société se fait d'elle-même. Aussi, le droit international est amputé par une large part de sa capacité normative parce que la société des États se conçoit comme une non-société. Lorsque nous parlons de l'incommunicabilité rattachée à la souveraineté nous évoquons, précisément, ce caractère typiquement asocial. Il nous faut dès lors rejeter le paradigme du positivisme car il conforte et perpétue l'image d'une non-société et celle-ci constitue un obstacle incontournable pour la capacité normative du droit. En effet, celui-ci doit guider et non être soumis à l'agir international.

Le droit nécessite, pour la seule fin de son existence, un rapport social. C'est justement ce qu'évoque l'image répandue d'un Robinson Crusoe qui n'a aucunement besoin du droit dans la solitude de son île. Cette illustration littéraire rappelle

⁽⁴⁴⁾ Jean-Marc FERRY, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, t. 2 : *Les ordres de la reconnaissance*, coll. Passages, Paris, éd. du Cerf, 1991, p. 187.

⁽⁴⁵⁾ Philip ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 247.

l'abstraction de la liberté en l'absence de l'altérité et, plus fondamentalement, la co-substantialité du droit et de la société. Cette affirmation est tout aussi valable pour une société qui ne serait composée que de deux éléments. Sur l'île de l'unicité et de l'univocité le droit n'a aucune place puisqu'il naît de la différence. Pour mieux dire, le droit est la communication et la négociation entre l'identité et la différence. Ces remarques sur le lien indissoluble entre le droit et la société appartiennent au domaine de l'évidence et, pour cette raison, elles peuvent sembler inutiles. Pourquoi nous faut-il alors discuter de ce lien incontestable ? Parce qu'au niveau international ce lien a été disloqué. On a voulu un droit en l'absence d'une société ou, plus spécifiquement, à l'intérieur d'une société qui se conçoit en terme de non-société. Tout le problème du droit international repose sur cette conceptualisation et sur son acceptation générale.

Pour mieux saisir l'aspect communicationnel, nous aurons recours à la grammaire des personnes pronominales exposée par Jean-Marc Ferry⁽⁴⁶⁾. Cette grammaire se subdivise en trois domaines, celui du "Je", celui du "Tu" et celui du "Il". Le droit s'insère plus précisément dans l'attitude communicationnelle, qui suppose elle-même une relation sociale entre le "Je" et le "Tu". Plus encore, il demande que l'on confère au "Tu", ou indifféremment, à l'Autre ou à la Différence, la possibilité d'un "Je". Autrement dit, le "Tu" se distingue d'un objet et il est reconnu en tant que sujet agissant. En opposition à cette attitude véritablement communicationnelle et qui recouvre l'éthique ainsi que le droit, le domaine de "Il" requiert plutôt une attitude objectivante et une rationalité instrumentale. Nous nous trouvons alors devant l'objet et devant l'adaptation de cet objet et du monde au "Je".

⁽⁴⁶⁾ Pour un exposé remarquable sur cette grammaire, lire Jean-Marc FERRY, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, t.1 : Le sujet et le verbe, coll. Passages, Paris, éd. du Cerf, 1991.

Afin d'illustrer cette grammaire pronominal, reprenons encore une fois l'exemple de l'égalité souveraine des États. Le principe de l'égalité souveraine demeure la condition juridique minimale pour une attitude communicationnelle, car il reconnaît les États comme des sujets égaux devant le droit international. Ce principe contient donc, tout à la fois, les possibilités du "Je" et du "Tu", ou encore, l'identité et la différence. Dans un premier temps, il divise le monde international selon un partage identitaire. C'est-à-dire que l'on reconnaît à chaque État la possibilité d'un "Je". En fonction de cette identité, tous les sujets-États bénéficient d'un traitement juridique similaire⁽⁴⁷⁾. Dans un deuxième temps, l'égalité découle de la valeur libérale de l'autonomie des sujets-États, de leur capacité respective à déterminer leurs buts⁽⁴⁸⁾. De cette façon, l'égalité comprend le "Je" ainsi que le "Tu", elle permet la différence étatique mais sans tomber nécessairement dans l'ordre de l'incommensurable⁽⁴⁹⁾, puisque ces différences se mesurent toujours en fonction de leur identité juridique et, par conséquent, des normes légales internationales.

En opposition à l'égalité souveraine comme fondement de l'ordre international, considérons maintenant la période coloniale de XIX^e siècle⁽⁵⁰⁾. Cette période constitue l'antithèse de l'attitude communicationnelle et l'amplification du domaine du "Il". Elle se caractérise par la singularité du traitement réservé aux entités politiques non européennes par les États souverains et européens. Ces régions n'ont aucune identité

⁽⁴⁷⁾ Vratislav PECHOTA, "Equality : Political Justice in an Unequal World", in R. St. J. MACDONALD and D.M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 453-484, p. 453.

⁽⁴⁸⁾ J.A. CARTY, "Changing Models of the International System", in W.E. BUTLER (ed.), *Perestroika and International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pp. 13-30, p. 27.

⁽⁴⁹⁾ David BLANEY and Naeem INAYATULLAH, "Prelude to a Conversation of Cultures in International Society ? Todorov and Nandy on the Possibility of Dialogue", (1994) 19 *Alternatives* 23, p.24.

⁽⁵⁰⁾ *Supra*, Première partie, chapitre 2. Section 4. Le phénomène de l'intervention dans l'ordre libéral international.

propre car elles ne sont pas qualifiées comme des États souverains. Elles sont, tout au plus, une partie indifférenciée de l'Europe. Cette situation connote l'attitude objectivante et la rationalité instrumentale de l'Europe face à ces régions. Ces dernières ne représentent qu'un objet dans la détermination d'une politique et d'une économie capitaliste. Dès lors, nous sommes en présence de l'annihilation systématique de la différence et de l'adaptation du monde à l'Europe. Fort de l'exemple colonial, revenons *hic et nunc* à l'égalité souveraine des États. Si l'égalité souveraine ne résout pas l'inégalité matérielle, ce que par ailleurs elle ne prétend pas faire, elle constitue néanmoins la seule alternative qui autorise la différence et l'attitude communicationnelle entre les sujets.

Qu'en est-il de l'argument qui associe le droit au domaine du "Il" ? En d'autres termes, qu'en est-il de la dénonciation du droit en tant qu'instrument coercitif aux mains du pouvoir ?⁽⁵¹⁾. Dans l'hypothèse qui nous occupe, le droit international devient strictement un objet manipulé par les États les plus puissants en fonction de leurs finalités respectives et, par conséquent, il est le contre-pied de l'attitude communicationnelle mentionnée plus haut. Nous répondrons à cette objection en deux temps. Premièrement, le droit est un signe symbolique et substantiel du refus de la loi du plus fort⁽⁵²⁾. Abstraitement, il rappelle l'argumentation et la persuasion contrairement à la coercition arbitraire car non concertée. C'est en ce sens que nous évoquions, au chapitre précédent, le droit comme le symbole apriorique et transsubjectif de la légitimité du pouvoir. Deuxièmement et de toute évidence, la création des normes légales internationales dépend en partie de la participation des États puissants. Toutefois, cette affirmation ne nous conduit pas nécessairement à voir dans ces normes les purs fantoches de ces États. Cette conclusion omet le caractère public des normes

⁽⁵¹⁾ Virginia BLACK, "Putting Power in its Place. A Criticism of Legal Deconstruction", (1993) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, beiheft 51, 77, p. 77.

⁽⁵²⁾ *Id.*, p. 81.

internationales. Les normes, et le sens qu'elles véhiculent, ne relèvent pas de la propriété privée. Bien au contraire, elles se détachent de leurs auteurs pour être objectivées et internalisées par une pluralité de sujets. Les normes, parce qu'elles renferment des significations collectives sur ce qu'a été et ce qu'est une action internationale légitime, existent indépendamment des capacités empiriques des États⁽⁵³⁾. Nous reviendrons plus spécifiquement sur cet aspect de la manipulation des normes au cours de l'interprétation dans les développements subséquents.

Laissons de côté, pour l'instant, ces considérations sur le rapport entre le droit et le savoir, pour nous replonger dans la problématique à laquelle nous serons dorénavant confrontés. Comment le droit peut-il influencer les comportements des États, si ceux-ci conservent d'eux-mêmes et renvoient l'image théorique d'une souveraineté atomistique et autarcique ? Quelle est la place du droit à l'intérieur d'une société internationale qui se conçoit comme une non-société ? De deux choses l'une : ou bien nous maintenons intégralement la représentation moderne et théorique de la souveraineté ainsi que la conceptualisation négative de la société, ce qui entraîne l'absentéisme prolongé de la normativité du droit international, ou bien nous reconsidérons la représentation théorique de la souveraineté ainsi que la conceptualisation de la société pour réaménager un lieu propice à la normativité du droit. Après avoir démontré tout au long de la première partie de cette thèse les incohérences et les insuffisances de la représentation moderne de la souveraineté, il va de soi que nos recherches nous dirigent vers la deuxième alternative. Cependant, suffit-il de redéfinir théoriquement la souveraineté pour modifier du même coup la représentation de la société internationale et de son droit ?

⁽⁵³⁾ Stephen A. Kocs, "Explaining the Strategic Behavior of States : International Law as System Structure", (1994) 38 *International Studies Quarterly* 535, p. 554.

Il faut bien voir le dialogisme et la réciprocité entre les représentations de la souveraineté et de la société internationale. Les modifications ne se produisent pas unilatéralement et exclusivement dans un champ ou dans l'autre. Nous avons vu auparavant l'impact d'une mondialisation empirique sur la représentation de la souveraineté. Impact considérable qui laisse dire à certains théoriciens que la souveraineté est dorénavant obsolète⁽⁵⁴⁾ avec la mort de l'État-Nation⁽⁵⁵⁾. Ces conclusions nous semblent extrémistes et, pour cette raison, elles ne retiennent guère notre attention. Cependant, il n'en demeure pas moins que les changements empiriques, reliés à la mondialisation, contribuent à discréditer la représentation moderne de la souveraineté et exigent une redéfinition de cette notion. L'interdépendance concrète des États a également modifié le discours sur la société internationale et son droit. Nous n'avons qu'à mentionner les appels à une intersubjectivité étatique, à la *soft law*, au *jus cogens* et à la communauté internationale pour constater le dépérissement de la théorie volontariste, et l'interpénétration d'un aspect social dans la pensée de la société internationale et de son droit. Pour résumer, ces transformations empiriques ont enclenché un processus de questionnement sur nos représentations théoriques de la souveraineté, de la société et du droit international. Ce constat reste selon nous insatisfaisant. Il nous faut désormais conceptualiser ce qui devrait être, en tenant compte de ces changements, afin de favoriser l'importance accrue du droit international dans un contexte en pleine mutation. Autrement dit, il nous faut façonner volontairement la situation contemporaine au lieu de céder l'espace au déterminisme d'ordre économique voir idéologique.

⁽⁵⁴⁾ "The End of Sovereignty ?", (Panel IV) (1994) *Proceedings of the American Society of International Law* 71.

⁽⁵⁵⁾ Panayotis SOLDATOS, "Réflexions sur le devenir de l'État-Nation, phénomène de crise et de rationalisation", papier délivré lors du symposium sur *L'État-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, 5 octobre 1996, Montréal, p. 13.

1.4 Le droit et la nécessité interprétative

Adopter une perspective communicationnelle et pragmatique du droit conduit à examiner plus spécifiquement le déploiement des normes par les acteurs au sein de l'interaction sociale. Ceci présuppose le rôle incontournable et central de l'interprétation afin de déterminer, ici et maintenant, le sens d'une norme internationale pour les agents. À un niveau plus philosophique, le tournant linguistique a contribué à diriger l'attention sur le phénomène interprétatif.

Ce tournant linguistique s'explique d'autant mieux si l'on examine brièvement la représentation du langage par le passé. Celui-ci a longtemps été considéré comme un instrument de médiation et d'approximation dans l'appréhension d'une réalité hors de l'homme et devant lui⁽⁵⁶⁾. L'acte interprétatif ressort d'une faculté cognitive qui permet de saisir la chose en soi, ou encore, le référent derrière le signe linguistique. Aussi, cet acte n'interpelle pas vraiment le "génie du sujet percevant"⁽⁵⁷⁾ et par conséquent, la possibilité d'un choix politique et valorisé.

"In the Classical Age, representation and language are the loci of knowledge ; to know is to receive and to represent representations accurately in speech and thought, an act in which the role allotted to the human mind is the purely passive one of mirroring what is external to it. In contrast, modernity is marked by epistemic activity ; from Vico and Kant onwards, man emerges as the sovereign creator of his representations

⁽⁵⁶⁾ Luc DETHIER, "Le droit par la bande. Sur la logique du dispositif discursif juridique", (1990) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, pp. 7, 8.

⁽⁵⁷⁾ Expression tirée de Anthony CARTY and Jane MAIR, "Some Post-Modern Perspectives on Law and Society", (1990) 17 *Journal of Law and Society* 395, p. 396.

and concepts ; in short, of the world he - the modern subject-inhabits.”⁽⁵⁸⁾.

L’acte interprétatif, à l’âge classique, n’interpelle pas le sujet percevant alors que la modernité, à proprement parler, va le pousser au centre de toute analyse.

Nous avons vu avec les CLS, au chapitre précédent, la contradiction sous-tendant l’ordre libéral international. D’un côté, cet ordre s’appuie sur le postulat moderne de la subjectivité ou de la souveraineté des États. Cette épistémologie réfute l’existence et la possibilité de saisir des valeurs objectives ou communes. D’un autre côté, cet ordre introduit le principe de la *Rule of Law*, composé de règles neutres, valides et objectives pour résoudre les différends entre les États souverains. L’ordre libéral international repose tout à la fois sur le postulat moderne de la subjectivité et sur la conception classique de l’interprétation comme miroir d’une réalité extérieure, en l’occurrence les règles légales et objectives. Il va de soi que l’appel à ces règles juridiques pour résoudre les différends exige, à la seule fin de préserver leur caractéristique de neutralité, l’effacement du sujet interprétant. Ce dernier doit appliquer *stricto sensu* les règles au cas particulier, et ceci présuppose que les mots renferment une essence en soi, indépendante du sujet et/ou du contexte. D’où la deuxième critique des CLS qui refusent, à juste titre et conformément au tournant linguistique, cet aspect essentialiste. Les mots sont plutôt le produit des usages, ils ne prennent sens qu’à l’intérieur d’un cadre linguistique⁽⁵⁹⁾. Les CLS réaffirment l’importance centrale du sujet, de ses valeurs et de ses choix politiques à l’intérieur du phénomène interprétatif.

⁽⁵⁸⁾ Jens BARTELSON, *A Genealogy of Sovereignty*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 188.

⁽⁵⁹⁾ Stephen BRAINERD, “The Groundless Assault : A Wittgensteinian Look at Language, Structuralism, and Critical Legal Theory”, (1985) 34 *The American University Law Review* 1231, pp. 1231 à 1235 ; David KENNEDY, “Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship”, (1985-86) 21 *New England Law Review* 209.

Le droit, en tant que langage, n'est plus l'instrument de médiation, d'approximation et de description d'une réalité extérieure et saisissable par la cognition. Il devient imbriqué aux activités sociales, il donne sens à celles-ci qui elles-mêmes construisent la réalité sociale et juridique⁽⁶⁰⁾. Le phénomène interprétatif ne se limite pas à un moment singularisé qu'est l'application de la règle juridique au cas en l'espèce. Au contraire, il traverse l'entièreté de raisonnement légal.

La prégnance du langage suggère celle du social. C'est ce que Wittgenstein⁽⁶¹⁾ entend lorsqu'il rejette la possibilité même d'un langage privé, création d'un sujet autonome et autarcique. Par extrapolation et parce que le droit est un langage, il ne peut relever que du social et du public et non de la volonté unique d'un sujet. Le caractère contraignant du droit international, et ceci est d'importance pour les développements suivants, découle donc de l'aspect social et non d'un consentement explicite de l'État souverain.

Jusqu'ici nous avons examiné la perte d'un méta-langage comme l'une des conséquences, et non la moindre, du tournant linguistique⁽⁶²⁾. Pour redire les choses différemment : l'immanence du langage interdit sa représentation en tant que miroir du monde, ou encore, en tant qu'instrument dans l'appréhension des choses au-delà des mots. La perte d'un méta-langage implique plus largement l'abandon des notions de vérité-adéquation ou de vérité-correspondance. L'objet référentiel d'un discours

⁽⁶⁰⁾ Jim GEORGE, *Discourses of Global Politics. A Critical (Re) Introduction to International Relations*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1994, p. 144.

⁽⁶¹⁾ Jean-Louis DUMAS, *Histoire de la pensée. 3. Les Temps modernes*, coll. Le livre de poche, références, Paris, éd. Tallandier, 1990, pp. 412, 413. ; J. GEORGE, *id.*, p. 144.

⁽⁶²⁾ Jacques LENOBLE, "Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et post-modernes", (1991) *Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen* 179, p. 194.

s'élabore en commun et de façon conventionnelle⁽⁶³⁾, parce qu'il n'est plus à l'extérieur mais bien à l'intérieur du langage et du lien social. Cela signifie pour la validité du droit, incluant le droit international, qu'elle ne se mesure pas en fonction d'une réalité extérieure au tissu social. Les concepts légaux comme la souveraineté, l'égalité et la non-intervention ne sont aucunement les produits monologiques d'un sujet individuel. Bien au contraire, ils sont des constructions co-référentielles et conventionnelles qui exigent une interprétation, située elle-même historiquement⁽⁶⁴⁾.

Le tournant linguistique oblige également les théoriciens du droit à considérer l'enseignement herméneutique⁽⁶⁵⁾. En effet, si le sens d'un concept ou d'une norme légale ne se comprend qu'au travers de l'interprétation, et où véritablement comprendre c'est interpréter⁽⁶⁶⁾, cette action mérite de s'y attarder et ce, tout particulièrement pour les juristes. L'acte interprétatif suscite pareillement un questionnement sur le rôle et la liberté du sujet-interprétant. La représentation que se fait un sujet de la norme ou de l'action préoriente son interprétation. Pour reprendre l'expression de Gadamer, le sujet interprète toujours à partir de ses "préjugés" ou à partir d'une grille de précompréhension. Qu'est-ce à dire ? L'interprète est situé à l'intérieur d'une réalité linguistique, culturelle et historique, et cette position circonstancielle colore indubitablement son expérience et sa compréhension du monde⁽⁶⁷⁾. Aussi, la représentation que les États souverains ont construit d'eux-mêmes

⁽⁶³⁾ L. DETHIER, *loc. cit.*, note 56, pp. 9 à 30.

⁽⁶⁴⁾ Jacques LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1994, pp. 26, 27.

⁽⁶⁵⁾ J. LENOBLE, *loc. cit.*, note 62, p. 194.

⁽⁶⁶⁾ J.-L. DUMAS, *op. cit.*, note 61, pp. 233 à 236 sur Gadamer ; Hans-Georg GADAMER, *Truth and Method*, A Continuum Book, New York, The Seabury Press, 1975, surtout pour la préface.

⁽⁶⁷⁾ Francis J. MOOTZ III, "The Ontological Basis of Legal Hermeneutics : a Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur", 68 *Boston University Law Review* 523.

joue un rôle fondamental dans l'interprétation des normes légales internationales. Ils se sont perçus jusqu'alors sous l'angle d'une autonomie absolue voire d'une autarcie et l'interprétation des normes légales s'est fait corrélativement et en fonction de ces caractéristiques. Dès lors, et compte tenu de cette représentation singulière, est-il surprenant que l'interprétation des normes a généralement cherché à diminuer la force indépendante du droit et le caractère contraignant de l'obligation internationale ? Cela explique l'appel incontournable à la volonté et au consentement afin de ménager les caractéristiques d'autonomie et d'autarcie accolées au sujet international. Ces remarques nous suggèrent l'importance de modifier, si cela est possible, la représentation ou la grille de précompréhension des États souverains.

Car en effet, vouloir modifier cette précompréhension suppose que l'on sait d'où elle provient et que l'on possède un certain contrôle sur elle. Il nous faut faire ici un bref rappel d'une idée kantienne fort influente à savoir que nos constructions interprétatives, c'est-à-dire la façon dont nous appréhendons le monde, sont prédéterminées par les principes aprioriques de l'entendement⁽⁶⁸⁾. Le tournant linguistique a récupéré l'*a priori* de Kant pour le placer dans le domaine de la culture. L'interprétation et la construction de la réalité sociale sont donc constituées et prédéterminées immanquablement par des schémas, que ceux-ci soient linguistique, culturel, politique ou idéologique⁽⁶⁹⁾. Inévitablement, cette prédétermination a suscité et suscite toujours une vaste controverse philosophique sur la liberté du sujet dans les

⁽⁶⁸⁾ E.D. HIRSCH Jr., "The Politics of Theories of Interpretation", in W.J.T. MITCHELL (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1983, pp. 322, 323 ; Bernard E. JACOB, "Ancien Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics : A Review Essay on the Translation of Viehweg's "Topics and Law" ", (1995) 89 *Northwestern University Law Review* 1622, p. 1629 concernant Kant et le tournant linguistique.

⁽⁶⁹⁾ À titre d'exemples, pensons au schéma "traditionnel" de Gadamer, au schéma "communicationnel" d'Habermas, au schéma "culturel" de Rorty, au schéma "logocentrique" de Derrida, au schéma "généalogique" de Foucault, au schéma "politique" de Jameson, au schéma "idéologique" des CLS. Les exemples sur Derrida, Foucault et Jameson sont tirés spécifiquement de E.D. HIRSCH Jr., *id.*, p. 328.

domaines de la conceptualisation et de l'action. La question de la liberté et du déterminisme chez le sujet dépasse notre champ de connaissance et nous ne prétendrons pas y apporter une réponse définitive. De plus, et devant la pluralité des thèses philosophiques à cet égard, cette question demeure et demeurera irrésolue dans un futur non éloigné. En raison de son caractère "métaphysique" et de la finitude des connaissances humaines, la liberté du sujet revendique un engagement politique et arbitraire, quoique toujours révisable.

Laissons en suspend ces considérations sur la liberté et le déterminisme pour revenir plus spécifiquement aux conséquences du tournant linguistique sur le raisonnement juridique. Nous avons vu jusqu'ici que le tournant linguistique a contribué d'une part, à la perte d'un méta-langage et la notion de vérité-correspondance et, d'une autre part, à la reconnaissance du caractère herméneutique de l'interprétation. La dernière conséquence que nous aborderons consiste en un renversement du rapport général/particulier au sein de l'acte interprétatif⁽⁷⁰⁾.

Auparavant, le raisonnement juridique ressortait d'une logique purement déductive ou syllogistique⁽⁷¹⁾. La majeure énonçait la règle générale alors que la mineure constatait l'identité entre les faits litigieux et ceux prévus dans la règle. La conclusion ou le jugement consistait dans la transposition quasi-mécanique des conséquences de la règle générale aux faits en l'espace. Comme nous l'avons au préalable mentionné l'interprétation ne se limite pas à un moment précis, soit celui de l'identité des faits à ceux prévus par la règle. Elle traverse l'entièreté du raisonnement juridique. C'est ce que l'on entend par le renversement du rapport général/particulier. Une règle n'est pas donnée d'avance et elle ne peut se comprendre et se construire qu'à

⁽⁷⁰⁾ J. LENOBLE, *loc. cit.*, note 62, *pa.* 194.

⁽⁷¹⁾ J. SALMON, *loc. cit.*, note 11, *p.* 135.

partir de cas particulier. Elle ne s'impose pas à l'esprit sans avoir recours au particularisme tout comme celui-ci demeure une masse informe d'événements sans un principe ou une règle directrice. Pour ces raisons, nous nous éloignons de l'opération déductive pour nous rapprocher d'un raisonnement dialectique entre le particulier et le général, ou encore, entre le futur et le passé⁽⁷²⁾.

Section 2. La démythification et l'harmonisation de la souveraineté et du droit international

Une fois l'approche pragmatique et rhétorique du droit délimitée, il faut encore nous tourner vers la réception possible de cette approche par les acteurs internationaux. Autrement dit, la réception va dépendre de la représentation que les États se font d'eux-mêmes ou de l'attribut souverain. Nous proposerons donc une relecture de la souveraineté qui autorise et renforce l'approche pragmatique et rhétorique du droit international. Déjà, la relecture présuppose la conservation du concept explicatif qu'est la souveraineté. Et si nous retenons ce concept c'est parce que l'État, en tant que forme historique, tend à se perpétuer malgré les scénarios sur son dépérissement ou sur son obsolescence. La souveraineté doit être conçue comme un cadre qui reflète un processus continu et sans cesse inachevé entre les questions identitaire et normative.

2.1 La pertinence de la conservation du concept de souveraineté

Ces considérations générales sur le droit, et sur le droit international, restent partielles sans une relecture du concept central aux relations internationales, à savoir la souveraineté. En effet, il ne suffit pas d'affirmer que le droit est associé étroitement au social, qu'il revendique un aspect pragmatique et rhétorique et qu'il comporte une

⁽⁷²⁾ Jens BARTELSON, "The Trial of Judgment : A Note on Kant and the Paradoxes of Internationalism", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 255.

attitude interprétative ; il faut encore que ce droit devienne incontournable pour les États dans l'ensemble de leurs interactions. Et ceci dépend de la représentation que les États se font d'eux-mêmes, c'est-à-dire comment ils conçoivent l'attribut souverain.

D'où vient cette tendance générale à octroyer systématiquement à l'État souverain les attributs d'autonomie, d'autorité et de pouvoir et ce, malgré une conjoncture actuelle qui dément visiblement cette qualification ? Comment expliquer en outre la persistance de cette représentation lorsque tout un chacun "sait" pertinemment que l'État ne contrôle plus de façon absolue, s'il l'a déjà fait, l'environnement qui l'entoure ? Avant toute chose, rappelons-nous que le concept de souveraineté se retrouve déjà au Haut Moyen-Âge, quoique sous une forme différente. Il s'associe alors avec une théorie descendante du gouvernement⁽⁷³⁾, où le pouvoir et l'autorité du chef proviennent d'une source transcendante et où ils se déposent et animent le corps social. La légitimité se mesure donc à la propension mimétique du chef, à sa ressemblance voire à sa confusion avec les attributs divins. Un renversement s'opère au Bas Moyen-Âge. Cette période se caractérise par l'appel à une théorie ascendante du gouvernement, où le pouvoir et l'autorité du chef découlent d'une source immanente, du corps social à proprement parler. La souveraineté, telle que nous la concevons, se rapproche de cette théorie ascendante.

Machiavel et Bodin demeurent toutefois les figures emblématiques de la représentation moderne de la souveraineté⁽⁷⁴⁾. Avec eux, la souveraineté s'affranchit des fondements traditionnels pour devenir le principe profane par excellence de la puissance. Avant de poursuivre cet exposé, il faut voir ici la politique comme la

⁽⁷³⁾ Sur les théories descendante et ascendante du gouvernement, voir J. BARTELSON, *op. cit.*, note 58, pp. 88 à 101.

⁽⁷⁴⁾ Gérard MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, coll. Folio/Essais, Paris, éd. Gallimard, 1997, pp. 18, 19.

constitution et le maintien d'une communauté historiquement déterminée⁽⁷⁵⁾. En fonction de cette définition générale, l'État est la forme historique que revêt l'être commun ou la communauté à l'époque moderne⁽⁷⁶⁾. La révolution, car il s'agit bien de cela, opérée par Machiavel consiste à affirmer l'autonomie absolue de la politique, en tant qu'organisation et maintien de la communauté, par rapport aux fondements préexistants tels que Dieu ou la Nature. Là réside l'aspect révolutionnaire de cette pensée qui rompt avec le passé et les traditions. La politique, et par conséquent l'État, deviennent des affaires strictement humaines. La souveraineté est le principe profane de cette politique, elle est la condition de l'État elle-même inconditionnée en ce qu'elle n'est aucunement subordonnée à un fondement antérieur. Bref, la souveraineté nous renvoie à l'idée de la production de la communauté par la communauté, à l'indépendance et à l'auto-suffisance de celle-ci. Comment expliquer alors les dires de Bodin sur l'idée que la souveraineté doit se conformer aux préceptes de la loi naturelle et divine ?⁽⁷⁷⁾. Cette remarque ne suggère-t-elle pas le retour à la théorie descendante et, par conséquent, à une souveraineté qui est subordonnée à des fondements transcendants ? Pour répondre à cette question, il faut insister sur la révolution ou la rupture opérée par Machiavel et Bodin avec l'ordre ancien et le savoir qui s'y rattache. Une fois qu'ils ont affirmé que la politique est une affaire humaine et que la souveraineté est un principe inconditionné, il ne peut plus y avoir des limitations d'origine naturelle ou divine. Si la loi naturelle ou divine est mentionnée, elle ne fonde plus la souveraineté, bien au contraire, son intervention ne fait qu'augmenter l'autorité et la volonté souveraine.

⁽⁷⁵⁾ *Id.*, p. 185.

⁽⁷⁶⁾ *Id.*, p. 186.

⁽⁷⁷⁾ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, édition et présentation de Gérard Mairet, coll. Le livre de poche, Classiques de philosophie, Paris, Librairie générale française, 1993 ; G. MAIRET, *op. cit.*, note 74, pp. 31, 32.

Pourquoi nous a-t-il fallu revenir sur cet espace spatiotemporel bien particulier ? Hormis le fait qu'il contient le ferment de la représentation moderne de la souveraineté, pourquoi cette image a-t-elle eu une influence qui se fait sentir jusqu'à maintenant ? Si nous sommes revenus sur ce moment crucial, c'est pour démontrer l'implication nécessairement discursive entre le savoir et la souveraineté⁽⁷⁸⁾. Si cette implication est continue, elle est singulièrement mise en évidence lors des périodes de transformation épistémologique. La nouvelle philosophie politique, amorcée par Bodin et Machiavel, accompagne plus largement la révolution scientifique dite galiléenne et la métaphysique cartésienne du sujet⁽⁷⁹⁾.

Si le savoir et la souveraineté se produisent réciproquement et historiquement, il va de soi qu'une lecture de l'un entraîne une relecture de l'autre. La souveraineté, du fait de son historicité, n'est donc pas une notion au contenu fixe, invariable, immuable et qui reste identique à lui-même peu importe les conditions environnantes. En outre, dire que la souveraineté est le fruit d'une lecture ou d'une interprétation implique logiquement la possibilité d'une relecture, conformément à un savoir qui demeure historiquement situé. Nous proposerons donc une relecture de la souveraineté en fonction de la situation empirique et actuelle et des contributions philosophiques contemporaines qui, chacune à leur manière, désavouent la représentation moderne de la souveraineté, élaborée primordialement à l'interne et pour l'interne.

Proposer une relecture de la souveraineté signifie que l'on conserve, c'est le moins qu'on puisse dire, le mot "souveraineté" tant que la forme historique de l'État se perpétue. À l'évidence, cette forme historique tend à se perpétuer, n'en déplaise aux scénarios extrémistes sur le dépérissement de l'État. Indiquer une transformation

⁽⁷⁸⁾ J. GEORGE, *op. cit.*, note 60, p. 192.

⁽⁷⁹⁾ G. MAIRET, *op. cit.*, note 74, pp. 43, 44.

des fonctions étatiques face à une mondialisation économique d'une part, et une régionalisation des allégeances identitaires, d'une autre part, est une chose, prédire la mort de l'État dans son entièreté en est une autre. Cette dernière prédiction nous semble pour le moment infondée. Nous assumerons donc que le monde international demeurera, à court et à moyen terme, composé d'acteurs étatiques⁽⁸⁰⁾ sans toutefois exclure par cette assumption l'élargissement et la diversité perceptibles chez les acteurs internationaux ainsi que l'influence considérable des mouvements transnationaux sur ces dits acteurs.

Mais la conservation du mot "souveraineté" soulève d'ores et déjà un problème initial pour notre relecture du concept. La simple évocation de la souveraineté ne ramène-t-elle pas à elle les attributs dont on veut la départir à savoir l'autonomie, le contrôle, la propriété et la maîtrise absolue sur un territoire ? Ne renvoie-t-elle pas à des événements historiques sanglants tels que les révolutions, les exacerbations nationalistes et les guerres ? Il va de soi que ces attributs et ces images ne peuvent et ne doivent pas être effacées. Ils font parties de notre passé, patrimoine commun qui doit informer le présent et l'avenir⁽⁸¹⁾. Cependant, éradiquer artificiellement le mot souveraineté ne contribuera pas à effacer, si tel est le but de l'éradication, la surdétermination du sens, la mémoire collective ou encore la forme historique qu'est l'État. Il faut créer un nouveau mot, la souveraineté, à partir du mot ancien qu'est la souveraineté, et pour cela il faut reconnaître avant toute chose la puissance et l'indépendance des mots à créer une réalité sociale.

⁽⁸⁰⁾ Louis HENKIN, "The Mythology of Sovereignty", in *State Sovereignty : The Challenge of a Changing World*, Proceedings of the 21st Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, Canadian Council on International Law, 1992, pp. 15-23, p. 16.

⁽⁸¹⁾ Sur cette implication, cette dialectique et cette réflexivité entre le passé et le futur, entre l'expérience et l'attente, voir J. BARTELSON, *loc. cit.*, note 72, qui s'appuie lui-même sur la philosophie kantienne et le projet de paix perpétuelle.

"The reality within which a life is lived in words is a world of its own. Our words make our worlds. To choose our words is to choose a form of life. To choose our words is to choose a world. To oppose words is to oppose a form of life and a world. To change words is to change a form of life and a world. We can make new forms of social life, new social worlds by choosing new words communally, including the new words constantly created through the redefinition of old words. To make a new word or to alter the meaning of an old word is to make possible new realities".⁽⁸²⁾

Il est devenu d'usage commun de voir la souveraineté sous le prisme du relativisme⁽⁸³⁾. Nous avons nous-mêmes laissé entendre, à de multiples reprises, que la souveraineté varie dans le temps et dans l'espace. Toutefois, notre relecture de la souveraineté ne peut se limiter à cette affirmation, qui cumule la description et la non-description quoiqu'elle possède l'avantage de réitérer le caractère anti-fondationaliste du concept. Le problème de la souveraineté, tel qu'exposé par Jens Bartelson⁽⁸⁴⁾, est celui du *parergon* que l'on retrouve dans le discours esthétique et, notamment, dans la troisième critique de Kant. Pour nos fins, la problématique du *parergon* se résume comme suit : quelle est la relation entre le cadre ou l'ornement et l'œuvre d'art elle-même et son environnement ?

En effet, prenons indifféremment un cadre, une ligne de démarcation, une division ontologique ou encore une frontière géographique, conceptuelle ou

⁽⁸²⁾ P. ALLOTT, *op. cit.*, note 45, p. 6.

⁽⁸³⁾ "The End of Sovereignty ?", note 54, pp. 73, 74.

⁽⁸⁴⁾ Nous nous appuyons essentiellement sur cet auteur et sur sa monographie J. BARTELSON, *op. cit.*, note 58, pp. 51 et suivantes. La notion de *parergon* (terme grec) se retrouve chez Kant, *Critique de la faculté de juger*, traduction et introduction d'Alexis Philonenko, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Vrin, éd. 1993.

chronologique, pour constater la similarité de leur rôle. Elles cherchent toutes à établir une région, un espace ou une classe qui regroupe des phénomènes particuliers. Reprenons, pour l'instant, notre illustration sur l'œuvre d'art. En établissant une délimitation, le cadre ne peut et ne fait pas partie de l'œuvre en soi (l'interne) ni de l'environnement du tableau (l'externe). Il est plutôt la condition incontournable de ces deux régions et il les rend manifestes pour le sujet percevant. Le *parergon* existe bel et bien, mais d'une manière entièrement différente de l'œuvre et de l'environnement, d'une façon autre que ce qu'il contribue précisément à encadrer. Il existe comme activité d'encadrement sans pour autant être lui-même encadré. La souveraineté, parce qu'elle remémore indistinctement une division ontologique, une frontière géographique et conceptuelle⁽⁸⁵⁾, obéit à la logique du *parergon*. Elle existe dans la fonction de délimitation des sphères domestique et internationale, elle est la condition de la possibilité de l'interne et de l'externe sans être l'attribut exclusif de l'un ou de l'autre. Ce n'est que la constitution de l'interne et de l'externe qui est appelée à se modifier selon le temps, l'espace et les conditions plus générales du savoir⁽⁸⁶⁾. Le cadre spécifique qu'est la souveraineté est donc sans cesse en mouvement, suivant en cela le processus continu de constitution de l'interne et de l'externe, mais il n'en demeure pas moins un cadre qui autorise ce processus. La souveraineté se rapproche donc d'une condition épistémologique voire métaphysique. Elle est nécessaire pour penser, connaître, interpréter le monde national et international. Le danger consiste, comme cela est fait trop souvent, à encadrer cette condition-cadre, à la rigidifier en la fixant telle un point d'Archimède ou sur une fondation immuable. Évidemment, si le cadre

⁽⁸⁵⁾ *Supra*, Première partie, chapitre 1 de cette même thèse.

⁽⁸⁶⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 58, p. 247.

est encadré, les domaines interne et externe demeurent pareillement figés à l'intérieur d'un *statu quo* incontestable⁽⁸⁷⁾.

Quelles sont les conséquences d'ordre pragmatique de toutes ces remarques théoriques sur la souveraineté-*parergon* ? La plus importante, selon nous, est de rejeter les caractéristiques traditionnelles de la souveraineté, telle que la propriété, l'autonomie absolue et l'autodétermination. C'est rejeter également la présomption de souveraineté que l'État avance invariablement devant un geste, une action ou une déclaration par un autre État, une organisation internationale ou même un organisme transnational. La souveraineté n'est pas une réponse, elle est plutôt une question sur le "comment vivre ensemble", sur la façon dont l'État, forme historique de la communauté, doit interagir. En soi, elle ne nous dit rien sur le contenu de l'interne et de l'externe. Toutefois, elle indique et permet aux États et aux autres acteurs non-étatiques de débattre sur ce qui revient et ce qui ne revient pas aux domaine national, à l'époque du débat ou de la justification. À titre d'exemple, un État accusé d'avoir violé les droits de la personne ne peut pas se défendre en avançant que cette matière fait partie de ses droits souverains. Il ne peut pas le faire puisque la souveraineté fait ici l'objet d'un problème et non d'une solution. Le problème ici est l'imprécision de la délimitation. La matière des droits de la personne revient-elle à la sphère nationale ? Nous ne répondrons pas ici à cette question. Ce qu'il nous fait plutôt retenir c'est que la souveraineté, avec ses attributs traditionnels, constituait une réponse unilatérale et monologique à un problème. Elle empêchait, dès qu'elle était nommée, tout débat et toute critique. C'est précisément cette représentation que les États se font de leur statut souverain qu'il faut transformer, puisqu'elle empêche un droit international axé sur le social, le pragmatisme et la rhétorique.

⁽⁸⁷⁾ Richard J. BERNSTEIN, *The New Constellation. The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1992, p. 183.

Cette transformation, nous nous sommes déjà posés la question, est-elle possible ? Elle est possible dans la mesure où nous vivons une époque de transformations épistémologique et empirique de grande importance et qui altèrent conséquemment la solidité et le bien-fondé de nos représentations du politique et de la souveraineté.

“If the foundations of modern knowledge today appear as shaky as political reality itself, and are questioned from many points simultaneously, we should not expect sovereignty to remain unaffected in its ability to organize modern political reality into the two distinct spheres of the domestic and the international. By the same token, we should not expect modern political science to be able to deal consistently with a political reality in which the parergonal divide between the domestic and the international spheres, is increasingly blurred. I say “deal consistently” ; it is not that political science becomes null and void in the absence of a parergon which permits it to classify its phenomena according to what is inside and what is outside the state, but the identification of objects of investigation is bound to be less self-evident and more laborious than before [...]”.⁽⁸⁸⁾

La transformation de la représentation que les États se font d’eux-mêmes, cette image qu’ils projettent et extériorisent au travers de leurs actions et de leurs déclarations, est précisément facilitée par la crise qui bouleverse l’État en général et le principe de souveraineté en particulier. Mais qu’est-ce que cette crise affecte plus profondément ? Ce n’est pas la forme en soi de l’État ou encore la forme historique de l’être commun, si l’on en juge par les événements contemporains. Il y a en effet une “survivance systémique” de l’État-nation⁽⁸⁹⁾ et ce, malgré les phénomènes

⁽⁸⁸⁾ J. BARTELSON, *op. cit.*, note 58, pp. 247, 248.

⁽⁸⁹⁾ L’expression est de P. SOLDATOS, *loc. cit.*, note 55, p. 13.

concurrentiels ou complémentaires, selon la perspective que l'on adopte, de mondialisation et de régionalisation.

Cette survivance s'explique à deux niveaux. Premièrement, il n'y a pas d'alternative durable et concrète qui soit proposée afin de remplacer l'organisation étatique. La politique est toujours conçue comme une affaire relevant de l'homme et pour l'homme. Par conséquent, elle ressort de la responsabilité humaine et non d'une entité divine ou d'un ordre naturel qui déresponsabilisent du même coup les hommes pour l'organisation de leur monde. L'artificialité de l'État entérine la politique en tant qu'affaire strictement humaine. Pour mieux dire, la forme historique de la communauté qu'est l'État, parce qu'elle est une forme, un artifice ou un construit de l'homme, confirme l'organisation profane du monde et la responsabilité humaine.

À l'opposé, un certain discours sur la mondialisation économique enlève cette responsabilité du politique aux hommes. En effet, la mondialisation échappe au contrôle des États, et par conséquent aux individus, tout en influençant leur vie et leurs actions. Elle semble obéir à une logique lointaine et autonome, dont la finalité demeure confuse parce qu'elle est détachée de l'homme mais que l'on ne remet pas véritablement en question. Ces caractéristiques reliées à la mondialisation déresponsabilisent parallèlement l'homme pour la construction de son monde qui, par ailleurs, ne répond plus de lui. Ce monde n'est plus celui de l'homme pour l'homme. De façon similaire, la régionalisation peut également s'associer à un schéma "naturaliste", que nous préférons appeler pour éviter les confusions, un schéma organique. Selon celui-ci, la proximité physique des individus favorise "naturellement" une organisation politique qui dessert beaucoup mieux les intérêts du groupe organique que la forme abstraite de l'État peut le faire.

Toutes ces remarques ne visent évidemment ni à diminuer l'importance des courants sur la mondialisation et la régionalisation ni à supprimer ceux-ci par l'apologie d'un hypothétique retour à un "âge d'or". Elles cherchent seulement à démontrer que ces courants sont susceptibles d'une dérive idéologique, tout comme l'État-nation l'a été auparavant. De plus et à une échelle plus utilitaire, comment organiser cette mondialisation, comment articuler la multitude des régionalismes ? L'État, forme historique de la communauté, demeure selon nous le passage obligé et l'intermédiaire institutionnel entre ces deux pôles.

Deuxièmement, il y a une "survivance systémique" de l'État qui s'explique par un processus de socialisation des individus. Ceux-ci restent attachés à cette forme d'organisation de la communauté, même si elle peut sembler impersonnelle face au régionalisme ou à l'ethnicité. L'État renferme un potentiel identitaire indéniable pour les vieilles nations en fonction d'un passé et d'un patrimoine commun. Il renferme également, de par son artificialité, un potentiel identitaire pour les nouveaux États déchirés par des conflits ethniques. Idéalement l'État, parce qu'il est une forme et un construit de l'homme, parce qu'il se détache d'un schéma téléologique ou organique qui associe de façon naturelle ou authentique les hommes, permet un débat entre des individus foncièrement différents sur le "comment vivre ensemble". Nous insistons sur le terme idéalement car il va de soi que l'État, en tant que forme, peut et a été récupéré par des idéologies à tendance nationaliste et ethnique. Les exemples en Afrique de cette récupération ne se comptent plus alors qu'en Europe, les récents conflits en ex-Yougoslavie, ou encore le nationalisme exacerbé précédant la Deuxième guerre mondiale, démontrent cette dérive de l'État. Dérive de l'État lorsque l'on oublie son artificialité pour le revendiquer et l'asseoir sur un fondement naturel, religieux, racial ou ethnique.

Si la forme en soi de l'État est justifiable voire acceptable, la crise que traverse l'État affecte directement l'exercice de son autorité⁽⁹⁰⁾. Rappelons-nous que cette autorité était, auparavant, essentiellement d'ordre géographique. Un État faisait ce qu'il voulait sur un territoire délimité et sur une population déterminée. Nous avons vu que la prétention universelle des droits de la personne a causé et cause toujours problème car, tout en reconnaissant l'autorité étatique, elle critique la façon dont celle-ci est exercée sur son territoire. Ce problème, qui revient ponctuellement entre les États, soulève avec acuité la délimitation entre l'interne et l'externe. Délimitation qui, par ailleurs, passe généralement inaperçue en vertu d'un consensus implicite sur l'organisation du monde. Ce qui semble tout à fait particulier aux transformations théoriques et empiriques contemporaines, c'est que la problématique de la souveraineté/*parergon*, ou de la délimitation entre les sphères interne et externe, envahit tous les domaines et ne se limite plus à une matière spécifique comme les droits de la personne ou à un litige ponctuel entre deux parties. Les délimitations d'autrefois nous apparaissent dorénavant confuses ou inadéquates. Les frontières géographiques et conceptuelles ne suscitent plus un consensus élargi entre les sujets internationaux. Faut-il alors s'étonner que l'exercice de l'autorité étatique soit l'objet d'un débat ? Étant donné que la constitution de l'interne et de l'externe ne va plus de soi, bien au contraire, qu'elle semble subir une transformation radicale, la souveraineté/*parergon* est appelée du même coup à se déplacer et à redessiner les sphères nationale et internationale.

Les développements qui suivent examineront comment ces délimitations s'établissent dans le temps, ou encore, comment la souveraineté/*parergon* se construit entre les sujets.

⁽⁹⁰⁾ Janice E. THOMSON, "State Sovereignty in International Relations : Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 213, pp. 224 et suivantes.

2.2 La souveraineté, construction sociale et historique

Nous avons vu jusqu'alors que la souveraineté, contrairement à l'image projetée par l'ordre libéral international, est dénuée de tout fondationnalisme dont la principale caractéristique est cette espèce d'immutabilité, rassurante certes, mais tout à la fois dogmatique. Elle s'apparente plutôt à une institution sociale⁽⁹¹⁾ et, par conséquent, sa localisation reste soumise aux interprétations divergentes entre les acteurs et aux changements d'ordre temporel. Dire que la souveraineté est une institution sociale implique qu'elle existe indépendamment de la croyance individuelle qu'un sujet peut avoir d'elle, à un moment historiquement déterminé. Elle existe donc en vertu d'une compréhension transsubjective ou encore d'un savoir collectif qui dépasse l'acteur et son unicité. Qu'est-ce à dire ? Le sujet va agir envers un objet ou un autre sujet, c'est selon, à partir du sens et de la compréhension qu'il s'est fait d'eux⁽⁹²⁾. En retour, ce sens et cette compréhension ne se construisent pas en isolation et suivant, en cela, une rationalité de type monologique. Ils dérivent de la transsubjectivité, du langage et du lien social entre une multitude de sujets passés et présents. La souveraineté a un fondement relativement stable parce qu'elle s'appuie sur les principes qu'une coalition d'acteurs a réussi à établir au cours d'un processus continuuel qu'est la construction de l'ordre international. Cela n'est pas à dire que ce fondement demeure inchangé et identique à lui-même au fil du temps. Au contraire, parce qu'il est construit socialement, il est toujours sujet à discussion, révision ou modification.

Nous avons souligné auparavant que ce fondement est présentement fort contesté dans sa capacité même à construire l'ordre international. Ce ne sont pas que

⁽⁹¹⁾ Samuel J. BARKIN and Bruce CRONIN, "The State and the Nation : Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations", (1994) 48 *International Organization* 107, p. 109 ; Alexander WENDT, "Anarchy is What States Make of It : the Social Construction of Power Politics", (1992) 46 *International Organization* 391, p. 412.

⁽⁹²⁾ A. WENDT, *id.*, pp. 396, 397.

les pratiques souveraines qui font l'objet de discussions et de litiges ponctuels, mais bien le concept de souveraineté en soi qui est attaqué. Nous avons également avancé au cours des développements précédents que l'État, en tant que forme historique de la communauté, devrait se maintenir à court et à moyen terme et ce, en dépit des tendances opposées de mondialisation et de régionalisation. Pour cette raison, nous avons jugé que le concept de souveraineté demeure toujours pertinent dans la mesure où il est envisagé tel un *parergon* ou un cadre qui rend intelligible autant le national que l'international. Et s'il nous faut encore une raison supplémentaire pour conserver la souveraineté, c'est bien parce qu'elle remplit une fonction essentielle au niveau identitaire⁽⁹³⁾, fonction que nous examinerons dès maintenant.

Qu'est-ce que l'identité sociale dans notre hypothèse plus spécifiquement ? Il s'agit de l'ensemble des significations qu'un acteur étatique s'attribue afin de se rendre lui-même intelligible et compréhensible dans le monde. La particularité de cette attribution est qu'elle s'accomplit en adoptant la perspective relationnelle, c'est-à-dire en fonction des autres acteurs⁽⁹⁴⁾. Ainsi, un État peut dériver son identité de la relation avec sa communauté domestique et, dans ce cas, il se qualifiera par exemple de libéral ou de démocratique. Qualification qui, par la suite, influencera sa pratique. Il peut également dériver son identité de la relation qu'il entretient avec les autres États, et il peut alors se qualifier de neutre ou d'hégémonique. Ces aspects interne et externe se conjuguent généralement car l'identité étatique, à l'instar de l'identité individuelle, n'a pas un foyer exclusif d'allégeance. Pensons, par analogie, à l'individu qui s'identifie par rapport à sa famille, son travail, sa région, sa nation, etc. L'identité individuelle ou étatique ne se construit pas en pure autarcie, suivant un processus monologique et

⁽⁹³⁾ Alexander WENDT, "Collective Identity Formation and the International State", (1994) 88 *American Political Science Review* 384, p. 386.

⁽⁹⁴⁾ *Id.*, p. 385.

fini. Elle revendique toujours et de façon inhérente un aspect relationnel et social⁽⁹⁵⁾. L'identité exige l'altérité ou la différence aussi, la souveraineté comme identité nécessite la présence et la reconnaissance des autres acteurs.

L'État se constitue en souverain dans la relation avec les acteurs étatiques ou autres. Cette seule affirmation entraîne plusieurs conséquences. Premièrement, la souveraineté ne peut plus être assimilée à un donné immuable, incontestable, venu dont ne sait où. Deuxièmement, parce que l'État se constitue souverain au travers d'un processus ininterrompu d'interactions, il ne possède aucun droit préexistant les relations sociales internationales. Cette conséquence s'oppose au transfert analogique où les États, par le biais d'un contrat social, créent ou entrent dans une société internationale tout en sauvegardant des droits préexistants cette dite société. Les droits d'un État découlent de l'existence, si minime soit-elle, d'une société internationale⁽⁹⁶⁾. Nous nous éloignons ici de la tendance anthropomorphique qui accorde confusément à l'État souverain des droits inhérents et inaliénables au motif d'une essence et d'une dignité proprement humaine⁽⁹⁷⁾. La dérive anthropomorphique heurte précisément la définition de l'État en tant que forme historique et artificielle d'une communauté humaine qui regroupe des individus et des intérêts foncièrement différents. En cela,

⁽⁹⁵⁾ A. WENDT, *loc. cit.*, note 91, p. 397.

⁽⁹⁶⁾ Ces remarques sont inspirées de la théorie constitutive de l'individualité de Mervyn FROST, *Towards a Normative Theory of International Relations. A Critical Analysis of the Philosophical and Methodological Assumptions in the Discipline with Proposals Towards a Substantive Normative Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, qui lui-même s'inspire de la philosophie politique de Hegel mais non de son système métaphysique. Voir également la monographie plus récente de ce même auteur, *Ethics in International Relations : A Constitutive Theory*, New York, Cambridge University Press, 1996.

⁽⁹⁷⁾ Sur cette dérive anthropomorphique, voir Robert A. KLEIN, *Sovereign Equality Among States : the History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, p. 88 et pp. 166, 167.

nous rejetons en partie la philosophie hégélienne⁽⁹⁸⁾ pour qui l'État représente l'être commun organique par excellence, témoignant un accomplissement spirituel achevé pour l'individu-citoyen. L'État, devons-nous le répéter, est une création artificielle autant à l'interne qu'à l'externe, sans doute indépassable à l'heure où nous écrivons ces lignes. Il acquiert, de par le tissu social international, le statut de sujet pour ensuite posséder des droits et des obligations. L'obligatorité du droit international va donc nécessairement s'expliquer en fonction de cette situation sociale et non, comme cela a été fait, à partir d'un acte de volonté unilatéral par un acteur souverain coupé de son environnement.

Qu'est-ce que ces développements nous disent sur le concept de souveraineté ? Celui-ci doit être conçu comme un prisme, ou un cadre pour reprendre notre analogie du *parergon* au niveau esthétique, qui reflète un processus continu et sans cesse inachevé de dialogues sur "qui nous sommes" (identité narrative) et "comment allons-nous vivre ensemble" (normativité)⁽⁹⁹⁾. Le dialogue sur qui nous sommes, ou indifféremment l'identité narrative, se produit historiquement et ce, autant à l'interne qu'à l'externe. Il se compose, comme nous allons le voir ici bas, de déclarations sur qui nous sommes et des déclarations des autres sur ce que nous sommes. Ces déclarations, cette narrativité, affectent en retour l'identité de toutes les parties au dialogue. Mais, et ceci est important, cette identité narrative va diriger la façon dont nous allons vivre ensemble et la façon dont nous allons agir face aux autres communautés. L'identité et la normativité vont donc de pair, elles se construisent réciproquement et dialogiquement. Selon cette perspective, la souveraineté n'est pas

⁽⁹⁸⁾ G.W.F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, coll. Tel, éd. Gallimard, 1940 ; G.W.F. HEGEL, *Philosophie de l'histoire*, Hegel ; textes choisis par Jacques d'Hont, coll. Les grands textes, SUP, Paris, P.U.F., 1975.

⁽⁹⁹⁾ Graig SCOTT, "Dialogical Sovereignty : Preliminary Metaphorical Musings" in *State Sovereignty : The Challenge of a Changing World*, note 80, pp. 267-293, p. 274.

antinomique au droit international et à son caractère contraignant. Bien au contraire la souveraineté, en combinant les dialogues identitaires et normatifs, autorise le droit international. S'il y a antinomie, c'est essentiellement parce que nos propres déclarations et celles des autres sur qui nous sommes se sont construites sans prendre appui sur le droit international, ou plutôt, sans reconnaître l'effet normatif singulier de cette narration. Autrement dit, les communautés étatiques se sont racontées en vase clos, et en terme de non-société au niveau international. Du même coup, ces récits ont affecté l'identité de tous les acteurs et la façon qu'ils avaient d'interagir en diminuant notamment la place du droit international.

L'identité narrative se retrouve autant au niveau individuel qu'au niveau étatique.

"Cette performance, si l'on veut, ontologique, de la narration est aussi pour le sujet le moyen psychologique par lequel il construit - ou, le cas échéant, tente de reconstruire - son identité. Il en va de même pour l'identité collective, au niveau d'une culture."⁽¹⁰⁰⁾

Toutefois, cet aspect de construction, ou de reconstruction, a été envisagé sous le code d'une subjectivité radicale⁽¹⁰¹⁾. Rappelons-nous à cet effet l'enseignement libéral classique⁽¹⁰²⁾ pour qui l'État est un agent posé, présent, rationnel et monologique. Ceci présuppose que l'identité souveraine de l'État contient préalablement une substance inaltérable, fixe et qui se construit d'une façon entièrement autonome, c'est-à-dire sans aucune relation avec les autres acteurs.

⁽¹⁰⁰⁾ J.-M. FERRY, *op. cit.*, note 46, p. 105.

⁽¹⁰¹⁾ David CAMPBELL, "The Deterritorialization of Responsibility : Levinas, Derrida, and Ethics After the End of Philosophy", (1994) 19 *Alternatives* 455.

⁽¹⁰²⁾ *Supra*, Première partie, chapitre 2 de cette même thèse.

L'identité narrative, sous l'influence de la pensée de Paul Ricoeur⁽¹⁰³⁾, s'éloigne fort heureusement de cette vision atomistique. L'identité souveraine devient, de part en part, historique et elle ne peut se comprendre qu'au travers de l'Autre et d'un ensemble de relations⁽¹⁰⁴⁾. L'État, comme nous l'avons mentionné, s'auto-interprète, il se raconte lui-même. Mais, les histoires qu'il énonce contiennent également celles que les autres racontent sur lui⁽¹⁰⁵⁾. Par conséquent, l'identité n'est plus une structure fixe, immuable et naturelle, mais plutôt une structure mobile en fonction de la combinaison entre la totalité de ces histoires et les événements rencontrés dans le présent. L'État s'articule et s'identifie temporellement face aux événements contemporains à la lumière des lectures et des relectures du passé⁽¹⁰⁶⁾. Que pouvons-nous tirer au niveau international de ces remarques, somme toute assez théoriques, sur l'identité narrative ?

Au niveau interne, la conceptualisation de l'identité étatique en termes de substance révélée, d'immuabilité et de préexistence a participé à une profonde intolérance face à la différence. L'identité a été, à maintes reprises, récupérée voire "naturalisée" par un groupe aux dépens des minorités et, pour cette raison, elle évoque l'idée de privilège, de persécution et de guerre civile. N'est-ce pas ce qui semble se produire dans les conflits ethniques contemporains, où une ethnie revendique exclusivement l'identité étatique ? Cette tendance s'oppose évidemment à la définition de l'État en tant que forme historique pour mieux prôner un caractère supposément

⁽¹⁰³⁾ Voir Paul RICOEUR, "Reflections on a New Ethos for Europe", (1995) *Philosophy & Social Criticism* 3 ; Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, coll. L'ordre philosophique, Paris, éd. du Seuil, 1990 ; David RASMUSSEN, "Rethinking Subjectivity : Narrative Identity and the Self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 159.

⁽¹⁰⁴⁾ Joseph DUNNE, "Beyond Sovereignty and Deconstruction : the Storied Self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 137, pp. 144 à 146.

⁽¹⁰⁵⁾ P. RICOEUR, *loc. cit.*, note 103, p. 6.

⁽¹⁰⁶⁾ J. BARTELSON, *loc. cit.*, note 72, p. 274.

organique, authentique ou naturel de l'État. Le groupe dominant monopolise le potentiel identitaire en imposant sa lecture de l'histoire et de l'avenir à tous les individus composant l'État. Les différences et les histoires non concordantes sont éradiquées par l'utilisation de la violence. Il va sans dire que cette monopolisation de l'identité étatique par un groupe s'accompagne bien souvent d'une fermeture symbolique des frontières afin de se préserver contre les influences extérieures.

La fermeture des frontières à la différence et aux normes internationales peut également se faire au nom d'une souveraineté dite "culturelle"⁽¹⁰⁷⁾. Cet argument qui s'appuie sur un relativisme radical a été et est fort répandu. Généralement, le droit international et notamment les droits de la personne sont dénoncés comme étant une inspiration occidentale qui favorise incidemment un impérialisme culturel. Encore ici, l'identité d'un État ou d'une culture est représentée en vase clos, comme une substance statique et invariable devant les changements historiques et la présence des autres ou de la différence. La prétention universelle d'un modèle juridique, tel que le droit international, est considérée comme le gage infaillible d'une perte d'identité et comme l'abdication de la différence. La seule éventualité de se référer à des normes juridiques internationales indique l'abandon d'une spécificité ou d'une authenticité d'ordre culturel et étatique.

Ces images correspondantes de la souveraineté et de l'identité doivent être atténuées et l'identité narrative permet précisément cette atténuation. En premier lieu, elle reconnaît à chaque État cette nécessité ontologique qui consiste dans la possession et la préservation d'une histoire, d'une tradition et d'une mémoire collective, qui se raconte continuellement et qui se constitue quotidiennement. En ce sens, la souveraineté demeure le signe d'une irréductible singularité et du refus corrélatif de

⁽¹⁰⁷⁾ Anne F. BAYEFSKY, "Cultural Sovereignty, Relativism, and International Human Rights : New Excuses for Old Strategies", (1996) 9 *Ratio Juris* 42.

l'indifférenciation abstraite⁽¹⁰⁸⁾. Mais dans un deuxième temps, cette singularité n'est pas fermée sur elle-même et identique dans le temps. Elle est composée indirectement de l'identité et de l'histoire des acteurs étatiques et non-étatiques qui l'entourent. L'identité souveraine doit donc être envisagée en fonction de la communication. À partir de nos considérations générales sur le droit exposées dans la première section de ce chapitre et qui s'appuient sur les notions de pragmatisme et de rhétorique, l'universalité d'un modèle juridique n'implique pas nécessairement une parenté ou une symbiose identitaire de tous les États. Elle appelle cependant un processus dialogique, une conversation entre des parties, certes différentes, mais néanmoins comprises à l'intérieur d'un tissu relationnel et social.

“Si l'identité nationale est constituée par un réseau de médiations symboliques à travers lesquelles les sujets se reconnaissent, s'éprouvent comme participants à une signification collective singulière, ancrée dans l'histoire et dans la géographie, il doit en exister un bon usage : celui qui permet le dialogue, et ouvre les communautés à l'universalité par la conscience de leur dignité incarnée dans une différence.”⁽¹⁰⁹⁾.

Le droit international suggère précisément une négociation constante entre l'identité et la différence qui composent réciproquement la scène internationale. Si les parties préservent les différences en fonction d'une irréductible singularité, celles-ci ne doivent être conceptualisées sous le signe de l'incommensurabilité car elle rend inapte la pratique du langage légal et social. Le droit international permet la communication et la résolution non violente des litiges entre les acteurs, sans nécessairement avoir recours à une homogénéité de valeurs dérivée d'une culture spécifique, en l'occurrence, l'occidentale. L'association fréquente entre l'universalité

⁽¹⁰⁸⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté. Essai sur la fonction du droit international*, textes à l'appui / série histoire contemporaine, Paris, éd. La Découverte, 1995, pp. 310, 311.

⁽¹⁰⁹⁾ Claude REICHLER, “La réserve du symbolique”, (1992) 48 *Les Temps modernes* 85, p. 90.

du modèle juridique et le danger d'une indifférenciation et de la récusation des différences étatiques et culturelles s'explique en vertu de la représentation moderne de la souveraineté, qui a radicalisé la différence de l'État jusqu'à ce que celui-ci devienne une entité politique totalement autonome, hermétique et asociale. Si cette représentation était nécessaire pour contrer historiquement les prétentions universalistes et substantielles de l'Empire et de la Papauté, l'universalisme méthodologique du droit international contemporain n'incarne pas le même danger. En effet, il ne s'agit pas d'imposer une vérité, une religion ou une façon de concevoir la bonne vie mais, plutôt, de négocier par le biais des normes internationales la manière dont les États vont vivre ensemble tout en conservant leur singularité.

De plus, le droit international ne contribue pas à l'annihilation des singularités étatiques et culturelles si l'on s'éloigne, un tant soit peu, de l'image d'un système juridique positiviste qui est exporté et imposé aux États faibles par les États puissants. Si le droit international, tel que nous le connaissons, tire inmanquablement son origine d'un contexte historique propre à l'Europe du XVII^e siècle, il n'est plus à ce jour le miroir ou l'instrument de la stricte volonté et des intérêts européens. Le contraire équivaut à voir le droit et ses normes comme un objet privé, que les sujets manipulent à distance et selon leur bon plaisir. Le contraire revient à omettre la formidable capacité langagière et sociale du droit qui transforme en retour les acteurs et leurs pratiques. Les normes font évidemment l'objet de discussion et de litiges entre les acteurs toutefois, la majorité des États ont acquiescé et accédé à l'idée et aux principes d'un système normatif international et ce, en dépit de leur différence historique, culturelle, politique et économique⁽¹¹⁰⁾. À titre d'exemple, nous n'avons qu'à mentionner l'adhérence unanime et l'attachement des quasi-États au principe de souveraineté et à la norme de non-intervention. Les normes internationales ont été

⁽¹¹⁰⁾ D. BLANEY et N. INAYATULLAH, *loc. cit.*, note 49, p. 41.

profondément influencées par l'entrée massive des États en voie de développement dans la société internationale. Parce qu'elles s'apparentent à un langage public et non à des instruments privatisés, les normes contiennent des significations transsubjectives qui dépassent la volonté de chaque État et, plus particulièrement, des États occidentaux. Aussi, le droit international n'est pas plus l'extension ou le miroir de l'identité occidentale qu'il n'est un instrument homogénéisant, impérialiste et étranger pour les États et les cultures non européennes⁽¹¹¹⁾.

Le droit international, en tant que structure langagière, participe fortement à la création identitaire des États. En fonction des remarques précédentes sur l'identité narrative, cette création n'est pas limitée à un moment déterminé et fini dans le temps, tel que l'accession à l'indépendance des pays autrefois colonisés⁽¹¹²⁾. Bien au contraire, l'utilisation du langage légal affecte tout au long le processus lui-même inachevé qu'est l'identité narrative étatique. Et si la création identitaire n'est pas figée à l'intérieur d'un moment spécifique, cela accroît corrélativement l'importance du droit international, qui n'est plus accidentelle mais continue. Nous retrouvons ici le lien indissoluble entre l'identité et la normativité, ou indifféremment, la dialectique entre les dialogues sur "qui nous sommes" et "comment allons-nous vivre ensemble".

L'erreur conceptuelle consiste à départager puis à cloisonner l'aspect de l'identité de celui de la normativité. Pour mieux dire, il ne faut pas envisager la question identitaire comme susceptible de recevoir une réponse unilatérale et irréversible dans le temps. Réponse qui, subséquemment, va déterminer la façon dont

⁽¹¹¹⁾ *Id.*, p. 42.

⁽¹¹²⁾ Voir Erik RINGMAR, "The Relevance of International Law : a Hegelian Interpretation of a Peculiar Seventeenth - Century Preoccupation", (1995) 21 *Review of International Studies* 87. Cet article reconnaît l'importance du droit international dans la création identitaire mais fixe parallèlement cette création à des moments temporels bien spécifiques. Cette fixation entraîne, par conséquent, une importance variable et fluctuante du droit international dans le temps.

nous allons agir envers les autres. Par exemple, l'accession à l'indépendance des pays colonisés au rang de sujet du droit international représente un moment identitaire important qui entraîne nécessairement l'adhésion à une certaine conduite normative et souveraine pré-établie. Néanmoins, l'identité de ces États n'est pas figée au moment précis de la reconnaissance officielle et ce moment, à lui seul, ne dicte pas *in extenso* la conduite future de l'État. Le droit international, en tant que pratique langagière, octroie un sens aux actions et il participe constamment à l'identité étatique. Cela revient à dire que le "comment allons-nous vivre ensemble" ou la question de la normativité internationale va influencer, quotidiennement et pragmatiquement, le "qui nous sommes" ou l'identité. Aussi, et pour reprendre notre exemple sur l'égalité souveraine, ce principe normatif va influencer en retour l'identité des États. Malgré l'existence indéniable d'une inégalité matérielle, les États peuvent se raconter et se considérer égaux en vertu d'un choix normatif sur le "comment vivre ensemble".

Le problème, selon nous, a été le cloisonnement et le refus parallèle de voir la dialectique entre l'identité et la normativité, entre l'être et le devoir-être. Jusqu'alors, les États répondaient au départ à la question "qui nous sommes" par la réponse "nous sommes souverains", et cette réponse déterminait autoritairement leur agir normatif tout en restreignant le droit international à une contrainte minimale. Un changement s'avère possible si nous renversons l'ordre des questions, c'est-à-dire si nous nous demandons également et en premier lieu "comment allons-nous vivre ensemble" pour alimenter au retour la question identitaire et la représentation que les États se font d'eux-mêmes. De cette façon, la question "comment allons-nous vivre ensemble" va également informer le "nous sommes souverains". C'est ce que l'on entend lorsque nous proposons une culture vivante du droit international. Celui-ci doit faire partie de l'identité narrative ou des histoires que tous les acteurs internationaux, étatiques ou autres, se racontent sur eux-mêmes et autrui. Plus les acteurs vont se raconter à partir du droit international, plus celui-ci va faire partie des identités narratives qui sont, par

définition, interreliées. Le droit international peut, subséquent, évoluer en relation continue et dialogique avec les identités pour voir graduellement son influence s'agrandir.

2.3 Le paradoxe de l'agent et de la structure et la revitalisation du droit international

Évidemment, nous avons laissé en plan une question philosophique qui sous-tend toutefois l'entièreté de notre thèse et, plus spécifiquement nos dernières remarques. Il nous faut, avant même de pouvoir continuer, aborder explicitement cette problématique sans toutefois prétendre la résoudre. Elle se présente, dans le cas nous intéressant, selon les formules suivantes : comment les acteurs internationaux peuvent-ils transformer la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes, afin de se concevoir et d'agir comme les membres d'une société ? Sont-ils à même de se raconter en fonction d'un droit international qui bénéficierait réciproquement d'une revitalisation ?

Ainsi posées, ces questions s'inscrivent plus abstraitement à l'intérieur du débat qui oppose traditionnellement l'agent à la structure. Ce débat revient à se demander quelle est la place de la liberté. c'est-à-dire existe-t-il un pouvoir d'initier des comportements en fonction d'objectifs dont l'esprit individuel, ou collectif dans notre hypothèse, a décidé la réalisation ?⁽¹¹³⁾ Si cette liberté est inexistante, il est dès lors complètement inutile de poursuivre la discussion sur le "comment allons-nous vivre ensemble", puisque cet aspect normatif échappe au contrôle de l'homme. Nous avons déjà partiellement répondu à cette problématique, qui, si l'on en juge par les polémiques philosophiques et scientifiques, revendique beaucoup plus un engagement d'ordre politique qu'une preuve logique ou une démonstration irréfutables. Nous avons donc partiellement répondu à cette polémique en qualifiant les entités politiques

⁽¹¹³⁾ P. AMSELEK, *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, note 19, p. 101.

internationales d'acteurs. Suivant en cela Alain Touraine⁽¹¹⁴⁾, la notion d'acteur aménage la possibilité d'une liberté de l'agent sur la structure, la faculté correspondante de l'agent qui consiste à modifier ses représentations conceptuelles, et à transformer une situation au lieu de la reproduire par des comportements prédéterminés et structuraux. Cependant, cet engagement politique ne cherche pas à minimiser l'influence de la structure ou de l'environnement matériel et social sur la liberté de l'acteur, sur la façon dont il apprend à concevoir le monde et la manière dont il agit dans ce monde.

Le paradoxe de l'agent et de la structure se présente sommairement sous deux propositions apparemment contradictoires voire irréconciliables⁽¹¹⁵⁾. D'un côté, l'agent et la pratique de l'agent dépendent invariablement d'une structure préalable, que celle-ci soit une convention ou encore un système langagier et social. La lecture d'un événement ou la signification de l'agir ne peuvent se comprendre et se saisir sans cette structure qui leur donne un sens et une intelligibilité. À l'extrême, cette proposition refuse la possibilité même d'une position critique ou d'une marge de liberté pour l'agent, puisque celles-ci demeurent inextricablement liées à la structure dont elles ne peuvent se détacher. D'un autre côté, la seconde proposition avance que la structure ou, indifféremment, la convention ou le système, trouvent leur origine dans l'agir d'un sujet connaissant et dans son intentionnalité. Ainsi, l'agent conserve une faculté d'innovation et une position critique car il se situe devant l'appareil structurel. De prime abord, cette dernière proposition semble être l'alternative incontournable afin d'aménager un espace pour la liberté du sujet. Toutefois, les recherches

⁽¹¹⁴⁾ Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, pp. 343 et suivantes.

⁽¹¹⁵⁾ R.K. ASHLEY, "Living on Border Lines : Man, Poststructuralism, and War", in James DER DERIAN and M.J. SHAPIRO (eds.), *International/Intertextual Relations. Postmodern Readings of World Politics*, Issues in World Politics Series, New York, Lexington Books, 1989, pp. 259-321, pp. 272 à 274.

philosophiques de la deuxième moitié du XX^e siècle accordent plutôt une priorité à la structure sur l'agent, au point de ne voir en ce dernier qu'un artefact culturel ou, encore, en annonçant la mort du sujet. Compte tenu des leçons inestimables du structuralisme et de ses dérivés, est-il néanmoins possible dans le cas sous étude d'envisager la possibilité d'une transformation des représentations que les acteurs internationaux se font d'eux-mêmes ?

Notre réponse, qui nous le répétons relève d'un engagement politique et non d'une démonstration logique et scientifique, suggère une discursivité entre les deux propositions exposées ci-haut. En cela, nous refusons la simplicité de la procédure logocentrique⁽¹¹⁶⁾ qui exige l'adoption exclusive d'un terme, que celui-ci soit l'agent ou la structure, et la hiérarchisation qui s'en suit. Les deux propositions, si elles sont radicalisées, ne répondent pas à notre exigence normative. En l'absence d'un critère infaillible de vérité, nous proposons à titre d'hypothèse pragmatique qu'il existe bien une faculté pour les acteurs de modifier la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes, mais que cette faculté s'exprime nécessairement à l'intérieur d'une structure langagière ou autre.

Il est désormais impossible d'envisager sérieusement que l'agent peut se libérer ou s'émanciper, pour reprendre un terme utilisé abusivement, d'un contexte historique et social. Qu'il peut, en d'autres mots, s'éjecter hors de ce contexte afin d'en juger à l'aide d'une instance métaphysique. Certes, le sujet est immanquablement enraciné dans un horizon en raison de sa finitude humaine mais cet enracinement ne signifie pas, de façon obligatoire, un obstacle, une limitation voire une déficience pour la liberté de l'homme. Si les structures conceptuelles et langagières déterminent assurément les possibilités cognitives, elles permettent aussi la pensée, la perception

⁽¹¹⁶⁾ *Supra*, Première partie, chapitre 1 de cette thèse.

et la représentation⁽¹¹⁷⁾. Et si elles ont été conçues, à l'époque des lumières⁽¹¹⁸⁾, comme une limitation pour la raison ce n'est qu'en vertu d'une image bien singulière de la liberté, qui s'inscrit sous le signe désubstantialisé de la transhistoricité et de l'asociabilité. Un sujet conserve toujours, à l'intérieur des structures, une certaine marge de liberté et de choix normatifs devant l'ordre des possibles élaboré par lesdites structures. Sans nul doute, l'éventail des possibles fait perdre à la liberté de cette gloire transcendante qu'elle a naguère goûtée, mais elle peut gagner dès aujourd'hui en termes de responsabilité politique, légale et pragmatique.

Par conséquent et suivant les remarques précédentes, les États peuvent en venir à modifier la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes et intégrer, à l'intérieur d'un processus d'identité narrative sans cesse en devenir, les exigences du droit international. Il va de soi que cette représentation revendique une certaine volonté, qu'elle se construit discursivement et en réponse aux structures économiques, sociales et juridiques qui composent la société internationale.

Section 3. Les normes internationales et le raisonnement juridique

Nous avons jusqu'à présent privilégié une approche du droit beaucoup plus pragmatique et rhétorique que positiviste et ces caractéristiques doivent se vérifier auprès des normes et du raisonnement juridique. Une norme sera légale si les acteurs la considèrent de cette façon. Cette définition, qui n'en est pas une, attire notre attention dans un premier temps sur l'utilisation des normes à l'intérieur de l'argumentation internationale. La perspective interne aux agents exige donc une intention de légalité de la part de celui qui avance la norme ainsi que l'acquiescement

⁽¹¹⁷⁾ T.K. SEUNG, *Structuralism & Hermeneutics*, New York, Columbia University Press, 1982, p. 178.

⁽¹¹⁸⁾ Robert LEGROS, *L'idée humanité. Introduction à la phénoménologie*, coll. Le Collège de philosophie, Paris, Bernard Grasset, 1990.

ou la reconnaissance de cet élément légal de la part de l'auditoire visé par l'argumentation. Dans un deuxième temps, nous nous attarderons au rôle des normes à l'intérieur du raisonnement juridique et qui consiste essentiellement à simplifier le processus décisionnel.

3.1 Les normes internationales et l'aspect communicationnel

Nous avons, en début de chapitre, insisté sur le caractère langagier, social et pragmatique du droit et, conformément à une perspective qui se distance nommément du positivisme classique, les normes internationales doivent être considérées pour leur habilité spécifiquement communicationnelle. Celles-ci, en effet, transmettent des messages généraux sur le devoir-être international à tous les acteurs indistinctement, ainsi que des messages singularisés entre des parties définies et à un moment déterminé. Cet aspect foncièrement communicationnel des normes internationales ne heurte ni la représentation moderne de la souveraineté, quoique l'on pense sur l'admissibilité de cette représentation, ni la souveraineté/*parergon* que nous avons étudiée un peu plus haut. Autrement dit, les normes ne sont pas des commandements octroyés par un supérieur hiérarchique et dont le manquement ou la violation entraîne sanction ; scénario qui, par ailleurs, n'a jamais été crédible sur la scène internationale. Ce lieu se caractérise justement par l'horizontalité des relations et l'égalité souveraine des États. L'aspect communicationnel des normes respecte d'autant plus ces particularités qu'il actualise cette horizontalité et cette égalité.

Avant d'examiner les normes à proprement parler et la signification qu'elles évoquent pour les agents, il nous faut au préalable faire un rappel de certaines notions sur le droit international en tant que langage, et que nous n'avons jusqu'ici mentionnée qu'au passage. Et si cela est nécessaire c'est bien parce que la simple affirmation que le droit international est un langage entre les sujets réfute l'explication *iuspositiviste*.

Pour les fins de notre propos, il nous faut absolument retenir des réflexions de Wittgenstein et de Jakobson⁽¹¹⁹⁾ que le langage est profondément socialisé et socialisant et qu'il repousse toute idée de propriété privée. Le droit en tant que langage est une forme de vie, une activité structurelle qui dépasse l'intentionnalité, le contrôle et les idiosyncrasies particulières des agents. Aussi, une assertion, une déclaration ou un acte juridique, son interprétation et sa réception sur la scène internationale ne dépendent jamais et uniquement du sujet parlant ou actant et ce, contrairement aux images de l'ordre libéral et de l'anarchie internationale⁽¹²⁰⁾ qui dépeignent invariablement les sujets sous le thème de l'insularité, de l'incommensurabilité et de l'incommunicabilité. Ces images ont entériné le droit international comme un instrument manipulable et au service de l'intérêt national. Dire que le droit est un langage réfute la représentation du sujet autonome et autarcique, particulièrement dans sa maîtrise instrumentale et unilatérale du sens et de la portée d'une norme, et où le caractère contraignant de celle-ci ne peut provenir que d'un acte de volonté ou d'un consentement exprès.

L'obligatorité du droit international découle du lien social entre les sujets et celui-ci est langagier. Cette structure langagière se décompose elle-même en plusieurs jeux de langage qui obéissent chacun à des règles, à une rhétorique et à une interprétation différente⁽¹²¹⁾. Le droit figure précisément un jeu de langage. Pour schématiser la diversité de ces jeux et des règles auxquelles ils obéissent nous n'avons

⁽¹¹⁹⁾ Voir J.-L. DUMAS, *op. cit.*, note 61, sur Wittgenstein en particulier, aux pages 411 et suivantes.

⁽¹²⁰⁾ *Supra*, Première partie de cette thèse.

⁽¹²¹⁾ Sur ce point et concernant les jeux ou les actes de langage, la pensée de Lyotard et d'Habermas se rejoignent. J.-F. LYOTARD, *op. cit.*, note 27 et Jürgen HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, traduction et avant-propos de Rainer Rochlitz, Paris, P.U.F., 1987 et du même auteur, *Théorie de l'agir communicationnel*, traduit par Jean-Marc Ferry, coll. L'espace de politique, Paris, Fayard ; Bjarne MELKEVIK, "Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit", (1990) 31 *Cahiers de droit* 901, p. 906.

qu'à penser au jeu dénotatif ou constatif, et où l'exigence de validité relève de l'ordre du vrai et du faux, au jeu prescriptif ou normatif qui lui est plutôt affilié aux notions de justice et de légitimité, ou encore au jeu technique dont le critère s'apparente à l'efficience et à l'efficacité.

Le problème, s'il ne faut en mentionner qu'un seul, consiste dans la confusion entre les genres et dans la transposition des exigences de validité, de la rhétorique et de la méthodologie propre à un jeu de langage à un autre, au détriment il va sans dire de ce dernier. Cette confusion possède une longue histoire surtout dans l'hypothèse du jeu prescriptif qu'est le droit, au point qu'elle a oblitéré les exigences propres à ce jeu de langage, en l'occurrence la justice et la légitimité, et qu'elle a évacué l'importance symbolique de sa rhétorique et la particularité de sa méthodologie. Aussi, on demandera au droit international l'efficience et l'efficacité propre au jeu technique afin de déterminer la légalité de ses normes. Cette confusion est apparente dans la discussion sur l'application du droit international. Parce que les normes internationales sont périodiquement violées et que cette violation n'entraîne pas nécessairement une sanction institutionnalisée, les normes sont inefficaces et dépourvues de tout caractère juridique. De la même façon, on exigera des normes internationales qu'elles se conforment à une dite réalité extérieure, selon les critères de vérité et de fausseté spécifiques au jeu dénotatif. Si elles ne codifient pas ces données extérieures, elles tombent hors du champ juridique pour se retrouver dans le domaine mythique. Nous avons, par ailleurs, examiné cette dérive du jeu prescriptif au jeu dénotatif avec l'exemple sur l'égalité souveraine des États.

S'il est difficile d'établir avec certitude le pourquoi de cette confusion entre les jeux de langage, il nous faut admettre à l'évidence que le droit a particulièrement écopé de cette pratique dégénérative. Sans nécessairement parler d'une dénaturation ou de la quête d'une essence du droit, celui-ci a certainement été amputé de ses qualités

par la transposition intempestive des caractéristiques des jeux dénotatif et technique. La science juridique moderne a notamment cherché à s'inspirer du modèle de scientificité à savoir, celui des sciences naturelles⁽¹²²⁾. Cette recherche de la rigueur scientifique à l'intérieur du droit transparait avec le positivisme et son statut explicatif dominant depuis le XIX^e siècle. L'importation de la méthodologie des sciences naturelles et l'adoption du langage propre aux jeux dénotatif et technique dans le droit consacrent des valeurs communes comme la contrôlabilité, l'efficience, la neutralité, le système ou encore la représentation du chercheur, qui consiste à voir celui-ci en pur spectateur. Le positivisme juridique n'a-t-il pas encouragé et n'encourage-t-il toujours pas le juriste à considérer les normes comme des faits, c'est-à-dire sans prendre position sur les valeurs, les principes et le sens véhiculés par la norme ?

Comment doit-on interpréter cette révérence obligatoire du droit envers les règles, le langage et la méthode propres aux sciences naturelles ? D'où tire-t-elle son origine et sa pérennité ? Tout en ayant conscience de la simplification historique et conceptuelle à laquelle nous procédons, le prestige du jeu dénotatif, et concomitamment le glissement vers lui du jeu prescriptif, peuvent partiellement s'expliquer, selon nous, en vertu d'une opposition traditionnelle. Les sciences naturelles ont symbolisé de tout temps la rigueur intellectuelle, la logique, la démonstration et les preuves irréfutables, ainsi qu'une réalité extérieure difficilement malléable au gré des subjectivités. À l'inverse, le droit s'apparente au champ infini des possibles et des incertitudes, à la persuasion voire aux louvoiements rhétoriques et à la manipulation des esprits⁽¹²³⁾. Nous reviendrons un peu plus loin sur le caractère désormais péjoratif attribué à la rhétorique. Pour l'instant, revenons à cette opposition

⁽¹²²⁾ Stephen TOULMIN, "The Construal of Reality : Criticism in Modern and Postmodern Science", in W.I.T. MITCHELL, (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1983, pp. 99-117 ; Vittorio VILLA, *La science du droit*, coll. La pensée juridique moderne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, pp. 89 à 111.

⁽¹²³⁾ S. TOULMIN, *id.*, p. 114.

traditionnelle, que l'on retrace plus précisément dans la célèbre dichotomie platonicienne⁽¹²⁴⁾ entre le "monde vrai" et le "monde apparent".

Le premier, et le seul digne de l'authentique recherche philosophique, réfère aux Idées, aux formes éternelles, à l'essence des choses, bref à la réalité unique et immuable. Le deuxième, quant à lui, est entaché dès le départ puisqu'il n'est qu'une pâle illusion du premier. Le "monde apparent" est celui de la transition, de la contingence et des accidents. L'accusation de Platon envers les sophistes porte justement sur l'enracinement de leur philosophie dans le "monde apparent". La République de Platon contient un plaidoyer, d'ordre dénotatif et technique pour reprendre le vocabulaire jusqu'ici employé, afin d'ordonner le monde apparent suivant le modèle des Idées. La politique ressemble d'autant plus à une oeuvre mimétique et à une imposition hiérarchique, qu'à un débat sur la façon de mettre en oeuvre une liberté d'action entre des sujets égaux.

Le jeu dénotatif, ou encore, les sciences naturelles dans leur prétention à décrire la réalité et dans leur quête d'une vérité évoquent le monde idéal de Platon, d'où le prestige traditionnel qui leur est attaché. Le jeu prescriptif se rapproche plutôt du monde apparent où tout n'est que contingence, manipulation et éloignement de la réalité. Ce rapprochement explique la volonté d'éclipser les qualités typiques du jeu prescriptif afin de le rendre conforme, autant que faire se peut, aux exigences des jeux dénotatif et technique. La prégnance et la force de cette opposition platonicienne se retrouvent encore aujourd'hui, si l'on en juge seulement par les préjugés populaires et courants qui associent invariablement la profession d'avocat à l'exercice chevronné

⁽¹²⁴⁾ PLATON, *La République*, introduction, traduction et notes de Robert Baccou, Paris, Flammarion, 1966 ; Paul SAURETTE, " ' I Mistrust all Systematizers and Avoid Them' : Nietzsche, Arendt, and the Crisis of the Will to Order in International Relations Theory", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 1, pp. 1 à 11.

d'une manipulation idéologique et à la distorsion de la réalité voire à la pratique éculée du mensonge.

Toutes ces remarques générales sur la confusion des genres, sur la transposition des règles du jeu dénotatif au jeu prescriptif et sur le pourquoi de cette interprétation, nous amènent vers le sujet qui nous préoccupe au plus haut point. En effet, la vision pragmatique et communicationnelle du droit international que nous proposons présuppose simultanément le retour aux qualités et aux spécificités du jeu prescriptif. Évidemment, lorsque nous parlons d'un retour aux qualités spécifiques du jeu prescriptif, il ne s'agit ni d'une quête essentialiste du droit ni de l'adoption d'une définition nominale qui, par la suite, va déterminer le degré de légalité du droit international. Cette approche a été utilisée maintes fois, comme nous avons pu le voir au chapitre deux de la première partie de cette thèse, et elle a systématiquement joué au détriment du droit international.

Notre proposition s'éloigne tout autant des définitions nominales que de la quête ontologique du droit international et, pour ce faire, elle s'appuie principalement sur les écrits de Friedrich Kratochwil⁽¹²⁵⁾. Si elle n'apporte pas une réponse claire, déterminée et définitive sur "qu'est-ce que le droit international" et "où faut-il le trouver ici et maintenant", elle possède au moins le mérite, non négligeable, d'écarter les dérives dogmatiques suscitées par les certitudes ontologiques. La légalité d'une norme internationale ne procède plus dans cette hypothèse d'un donné sémantique préexistant et irréfutable. Au contraire, elle demande d'analyser la façon dont les normes sont utilisées pratiquement entre les acteurs, et le discours que ceux-ci tiennent à propos

⁽¹²⁵⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30 ; F.V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", note 29 ; F.V. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 25.

d'elles. Sera une norme légale internationale la norme qui est utilisée dans la pratique et représentée comme telle dans les échanges langagiers.

Si la légalité d'une norme ne peut se déduire que de l'examen du processus social et non d'un critère préexistant et déterminant, il faudra accorder une attention toute particulière aux actions et aux dires des agents internationaux. Cette perspective explique, notamment, qu'une règle dite de *soft law* puisse devenir, dans le temps, véritablement contraignante dans la pratique si les sujets viennent à la considérer et à la parler en ces termes. L'élément légal est contenu en elle. Naturellement, cette actualisation ne dépend pas d'un sujet en particulier, comme le veut le paradigme volontariste, mais plutôt des relations sociales entretenues par l'ensemble des sujets étatiques et autres.

Nous avons déjà affirmé que la perspective communicationnelle du droit international se détache parallèlement du schéma positiviste classique et, plus spécifiquement, de la représentation du droit en tant qu'ordre fondamentalement coercitif pour les sujets étatiques⁽¹²⁶⁾. Cette dernière représentation ne répond pas de la qualité principale de la sphère internationale, qui demeure l'horizontalité ou l'absence d'une instance hiérarchique. À l'opposé, la perspective communicationnelle prend bonne note de cette horizontalité et de cette égalité, elle tend vers une contrainte intériorisée par les agents, et pour cette raison vers la notion de légitimité, afin d'influencer et de diriger les comportements internationaux. Toutefois et parce qu'elle ne possède pas les artifices traditionnels liés à l'ordre national coercitif, lire ici contrainte physique ou phénoménale, la perspective communicationnelle peut être conçue comme une solution de rechange ou de passivité plus ou moins satisfaisante. Selon nous, cette mésintelligence de l'aspect communicationnel découle d'une pensée

⁽¹²⁶⁾ Nicholas Greenwood ONUF, "The Principle of Nonintervention, the United Nations, and the International System", (1971) 25 *International Organization* 209, p. 211.

patriarcale, vengeresse et hiérarchique du droit, où celui-ci doit obligatoirement s'imposer par la force et le pouvoir à des agents récalcitrants. Notre proposition ne peut être plus étrangère à cette pensée en considérant le droit comme une forme de vie et un langage entre des sujets égaux de par la normativité légale.

Qu'entendons-nous précisément par une perspective communicationnelle du droit international ? Pour mieux saisir celle-ci revenons à la division élaborée en début de section sur l'habilité des normes à véhiculer, d'une part, des messages généraux sur le devoir-être international à tous les acteurs indistinctement et, d'autre part, des messages singularisés entre des parties définies et à un moment déterminé. Autrement dit et dans un premier temps, le droit international est un système communicationnel dans l'information qu'il donne aux sujets sur la nature du "jeu" auquel ils se livrent⁽¹²⁷⁾. Il transmet donc, non seulement les attentes immédiates entre les acteurs mais, plus largement, une compréhension commune et partagée par tous les acteurs à propos de la nature du système légal⁽¹²⁸⁾, le champ et la possibilité de leur agir et, enfin, l'admissibilité de leurs buts. Dans un deuxième temps, le droit est un système communicationnel car il sert à attirer l'attention sur une question particulière et à un moment déterminé. De tout cela, nous pouvons raisonnablement conclure qu'un ordre légal international existe si les acteurs acceptent certaines règles comme obligatoires et y réfèrent dans leurs interactions sociales. Certes, il nous faut toujours répondre à la problématique soulevée par une approche pragmatique du droit international à savoir, quelles sont ces normes légales et obligatoires ? Ce sont celles qui reviennent constamment en tant que principes généraux dans les négociations, dans les demandes et les propositions pour résoudre un différend, dans les tentatives publiques de légitimation ou de délégitimation, ou encore, dans les justifications de

⁽¹²⁷⁾ F.V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", note 29, p. 36.

⁽¹²⁸⁾ F.V. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 25, p. 350 ; N.G. ONUF, *loc. cit.*, note 126, p. 211.

certaines actions et des décisions politiques⁽¹²⁹⁾. En fonction de ce qui précède, la souveraineté et la non-intervention représentent définitivement des normes légales et obligatoires car elles sont omniprésentes dans tout discours international. que celui-ci porte sur l'économie, la politique, la culture, l'environnement, etc...

La perspective communicationnelle possède l'avantage inestimable de ne plus considérer le droit exclusivement sous l'angle obtus d'une contrainte extérieure à laquelle les acteurs se soumettent de gré ou de force. Dans le contexte décentralisé de la sphère internationale, le droit devient d'autant plus acceptable qu'il a pour fonction d'orchestrer et de faciliter l'interaction sociale. De plus, la violation d'une norme par un État peut s'assimiler, dans l'hypothèse communicationnelle, à un acte sporadique qui vise à apporter des changements au sein du système légal existant. En ce sens, l'action porte en elle un message ou une revendication de l'ordre de la justice ou de la philosophie. Nous n'avons qu'à penser aux exhortations des pays en voie de développement dans les années 1970 et qui se sont articulées autour d'un discours sur le nouvel ordre économique. Ce discours et les déclarations onusiennes qui s'ensuivirent, en tant qu'actions, visaient essentiellement à apporter des changements au sein d'un système légal perçu, à juste titre, sous le signe de l'injustice. Par conséquent, et contrairement aux débordements des esprits puristes et légalistes, la violation d'une norme n'entraîne pas nécessairement pour l'État contrevenant le qualificatif de "hors-la-loi". Cela revient à dire que l'efficiencia ou l'efficacité d'un système légal, quel qu'il soit, ne se réduit pas à un critère technique qui mesure implacablement la conformité des comportements. Et cela vaut doublement dans un système international où le changement s'opère par des gestes ou des paroles qui, au départ, peuvent heurter les dispositions et les habitudes en place.

⁽¹²⁹⁾ F.V. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 25, p 350 : F.V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", note 29, pp. 36 à 39.

Le reproche le plus sérieux qui puisse être adressé à l'approche communicationnelle du droit international demeure la question de la distribution du pouvoir entre les protagonistes et la possibilité, toujours présente et combien de fois actualisée, de la manipulation des normes juridiques pour des fins stratégiques et donc, entièrement étrangères à une interaction sociale entre des sujets égaux. Cette crainte, parce qu'elle n'est pas vaine, mérite de s'y attarder. Loin de nous l'idée de refuser que la distribution du pouvoir est inégale entre les États et que cette distribution affecte considérablement la structure internationale. Incontestablement, les normes légales reflètent les préférences des États puissants au détriment des faibles⁽¹³⁰⁾. Cependant, cette inégalité n'est pas exclusive au système international. Les critiques néo-marxistes et féministes ont d'ailleurs reproché maintes et maintes fois au système légal national de refléter les préférences et les intérêts monétaires de quelques individus et des groupes de pression. Au niveau national, le contre-pied de cette préférence reste un idéal profondément ancré au sein de la pensée occidentale, à savoir celui de la dignité inhérente des êtres humains et, conséquemment, des droits inaliénables rattachés à la personne qui font l'objet d'une protection institutionnelle.

Bien entendu et si l'idéal libéral peut être et est battu en brèche par les intérêts reliés au pouvoir, il conserve pour lui une force légale, morale et symbolique non négligeable. Ce contre-pied n'a pas vraiment d'équivalent au niveau international à moins de concéder, ce qui a été fait par le biais de l'analogie domestique⁽¹³¹⁾, des droits à l'État similaires à ceux d'un individu. Néanmoins, cette transposition n'est guère souhaitable car elle a consolidé la représentation moderne de l'État en tant que sujet complètement autonome, rationnel et autarcique. Les droits individuels peuvent être

⁽¹³⁰⁾ S.A. KOCS, *loc. cit.*, note 53, p. 554.

⁽¹³¹⁾ *Supra*, Première partie, chapitre 1 sur l'analogie persistante entre l'Homme et l'État ainsi que la Première partie, chapitre 2 sur l'analogie domestique systématique et le droit international.

un contrepoids au pouvoir. Mais ils peuvent également alimenter le pouvoir et envenimer les différences entre des sujets si ceux-ci se conçoivent en insularité.

“Ramener l’identité par le droit n’est qu’un aspect du rôle joué par les normes. Mais celles-ci ont, quoi qu’on ait pu en dire, une fonction stratégique comme si la différence reprenait tous ses privilèges. On a tous en mémoire ces situations où quelqu’un vous crie “j’ai le droit de ...”, pour vous imposer un comportement auquel on s’oppose.”⁽¹³²⁾

Aussi et malgré des abus terminologiques dans la rédaction des traités découlant, eux-mêmes, d’une dérive anthropomorphique, les États en tant qu’entités artificielles n’ont pas une dignité inhérente et, par conséquent, ils ne possèdent pas des droits inaliénables. Cela n’est pas dire que la souveraineté de l’État, si elle est conçue comme une irréductible singularité au sein d’un corps social et donc responsable devant les autres, ne peut pas être un contrepoids aux jeux du pouvoir.

Revenons pour lors à cette distribution du pouvoir qui affecte directement le droit et son organisation. Paradoxalement, si les inégalités du pouvoir sont plus apparentes et accentuées entre les États et cela, en vertu d’une échelle proportionnelle, elles font l’objet d’une constatation puis d’une impuissance ou encore d’une indifférence. Il est toujours possible d’expliquer ces réactions si l’on se réfère aux théories qui favorisent un sens obligationnel restreint et, parallèlement, à l’éloignement autant physique que moral des autres communautés domestiques. Ce qu’il faut saisir, pour les fins de cette thèse, c’est que la justice entre les États accapare beaucoup moins l’imagination politique et juridique que la justice entre les individus au sein d’une même communauté. En fonction de cette affirmation, les utilisations stratégiques du droit international sont jugées acceptables voire nécessaires pour la conservation d’une

⁽¹³²⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26, p. 142.

obscurer raison d'État. Où obscurer signifie ici qu'elle est à peine dévoilée et où la seule mention d'une raison d'État vaut justification.

Ces considérations étant dites, la structure légale nationale ou internationale ne se limite pas, selon nous, à des relations de pouvoir. Faut-il le répéter, les normes possèdent une signification transsubjective qui existe indépendamment de la distribution du pouvoir⁽¹³³⁾ et de la volonté de chaque État pris isolément. Reconnaître qu'une certaine inégalité dans la distribution du pouvoir affecte la structure internationale et que, subséquemment, les normes légales peuvent être utilisées pour des fins stratégiques, ne nous permet toutefois pas de conclure que l'ensemble des relations juridiques se confondent dans tous les cas à des rapports de force⁽¹³⁴⁾. Premièrement, cette extrapolation d'une utilisation stratégique et ponctuelle des normes, à l'idée du droit en général, néglige le sens transsubjectif contenu dans ces mêmes normes et dont nous avons discuté un peu plus haut. Deuxièmement, l'utilisation systématique des normes légales à des fins stratégiques présuppose un sujet distancié de l'acte interprétatif ou herméneutique⁽¹³⁵⁾. En d'autres termes, la conception instrumentale ou stratégique du droit nécessite une représentation singulière du sujet, et qui peut par ailleurs rappeler celle du libéralisme classique, à savoir un sujet rationnel, monologique, unifié et surtout en parfait contrôle de lui-même et de son environnement immédiat. De cette façon, il manipule unilatéralement les normes et, incidemment les autres acteurs, comme s'il s'agissait d'objets physiques et inanimés et sans que ceux-ci aient une influence quelconque et en retour. Étant donné cette représentation, il va de soi que les contradictions et les conflits, qui selon nous constituent la complexité du

⁽¹³³⁾ S.A. KOCS, *loc. cit.*, note 53, p. 554.

⁽¹³⁴⁾ Jean-Marc FERRY, "Une approche philosophique de la rationalité juridique", (1993) *Droits* 89, pp. 94, 95.

⁽¹³⁵⁾ J.M. BALKIN, "Understanding Legal Understanding : The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", (1993) 103 *Yale Law Journal* 105, pp. 165 à 173.

sujet, ne peuvent être acceptés comme tels et doivent plutôt être projetés dans l'objet-droit, c'est-à-dire à distance du sujet⁽¹³⁶⁾. L'image du sujet rationnel, unifié et en parfait contrôle est d'autant moins crédible, qu'au niveau international les États peuvent difficilement dissimuler les contradictions et les conflits qui composent l'interne et qui vont influencer et déterminer par la suite leur agir international.

Certes les élites gouvernementales se blâment mutuellement pour leur conduite internationale, élaborent des directives strictement politiques si l'on en juge seulement par l'exemple des doctrines américaines de Monroe, de Truman ou de Reagan⁽¹³⁷⁾ et se menacent en empruntant publiquement le langage légal et sous le couvert de celui-ci⁽¹³⁸⁾. Il y a donc, à l'évidence, une manipulation des métaphores légales afin de conforter ou de contrecarrer une action ou une déclaration internationale. Néanmoins, la problématique de la manipulation du langage légal, à des fins politiques ou autres, ne doit pas discréditer l'idée du droit et l'entière de l'argumentation juridique. La manipulation, en l'absence d'un schéma unique et transcendantal ou d'une vérité indiscutable, n'est-elle pas une caractéristique inhérente à tous les jeux de langage ? "Reprocher au discours d'être manipulateur revient en réalité à reprocher au discours d'être"⁽¹³⁹⁾.

La problématique inhérente au langage suscite des débats sur la transparence communicationnelle et, plus spécifiquement, elle soulève la question de la sincérité de

⁽¹³⁶⁾ *Id.*, où Balkin discute du mythe sur le sujet cohérent.

⁽¹³⁷⁾ Voir pour l'exemple de ces doctrines Louis HENKIN, "Use of Force : Law and U.S. Policy", in Louis HENKIN and al. (eds.), *Right v. Might. International Law and the Use of Force*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1991, pp. 37-69 ; Jeane KIRKPATRICK and Allan GERSON, "The Reagan Doctrine, Human Rights and International Law", *id.*, pp. 19-36

⁽¹³⁸⁾ N. ONUF, *loc. cit.*, note 23, pp. 409, 410.

⁽¹³⁹⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26, p. 45.

l'interlocuteur⁽¹⁴⁰⁾. Pour mieux dire, l'État adopte-t-il dans ses relations internationales le langage légal dans une optique d'argumentation et de justification, ou bien s'appuie-t-il sur les normes légales dans une visée purement stratégique et, par conséquent, étrangère au devoir-être inscrit dans ces normes ? Cette question nous amène au postulat sur l'indécidabilité principielle ou pragmatique du langage⁽¹⁴¹⁾, qui affirme l'impossibilité d'établir cognitivement le sens ou l'intention de l'État-interlocuteur. Toutefois, et en cela nous nous rangeons plutôt de l'avis de Jean-Marc Ferry⁽¹⁴²⁾, ce postulat malgré sa justesse repose sur une approche décontextualisée de l'échange langagier et juridique. Même si il est impossible d'établir cognitivement l'intention de l'État, celle-ci se reconnaît et se vérifie dans la pratique subséquente, *in actu exercito*. Il existe donc un contrôle rétrospectif permanent de l'intention de l'État par les autres acteurs qui composent la scène internationale. D'où l'importance de la réputation internationale d'un État surtout quand on sait que son identité se construit narrativement à partir des déclarations qu'il fait sur lui-même et les déclarations que les autres acteurs fait sur lui⁽¹⁴³⁾.

“Peut-être les acteurs ne vivent-ils pas de cette façon la problématique du langage. Peut-être ne se soucient-ils pas d'établir cognitivement la certitude du sens des actions qui leur sont destinées, estimant qu'il importe plutôt de postuler normativement que le vis-à-vis est quelqu'un avec qui une entente est possible. Et si, partant, ils admettent *in actu exercito* que l'idéalisation de l'accord obtenu avec lui est suffisamment falsifiable sur les voies ordinaires ouvertes par les suites de l'interaction à un contrôle rétrospectif permanent, qui

⁽¹⁴⁰⁾ J.-M. FERRY, *loc. cit.*, note 134, pp. 97, 98.

⁽¹⁴¹⁾ Sur l'indécidabilité et pour une critique de la transparence communicationnelle et de la thèse d'Habermas, voir J. LENOBLE, *op. cit.*, note 64, pp. 33 à 58.

⁽¹⁴²⁾ Jean-Marc FERRY, *Philosophie de la communication. 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1994, pp. 58 à 61.

⁽¹⁴³⁾ Sur l'identité narrative, voir *supra*, section 2 de ce même chapitre.

viendra alors objecter à ces acteurs qu'ils se font cependant des illusions sur la situation de parole "véritable", idéale ou non : celle qui serait marquée "en vérité" par la certitude de l'indécidabilité ?"⁽¹⁴⁴⁾.

Que peut-on conclure de ces remarques sur l'indécidabilité cognitive et sur le contrôle rétrospectif et pragmatique du sens et de l'intention de l'État-agissant ? Ces remarques opèrent en quelque sorte un revirement. Au lieu et à la place de l'intention de l'État-interlocuteur, il faut plutôt accorder une importance à la réception par les autres acteurs⁽¹⁴⁵⁾. En d'autres mots, la véritable question n'est pas de savoir si l'État-interlocuteur a manipulé des métaphores légales dans un but stratégique ou s'il offrait réellement une argumentation juridique sérieuse, mais bien comment les acteurs internationaux reçoivent le discours et l'assertion en droit faite par l'État-interlocuteur. Acceptent-ils, oui ou non, la manipulation ou la dénoncent-ils ? Cela peut redonner réciproquement une force aux États défavorisés par la distribution du pouvoir. En effet, la manipulation légale par un État puissant peut toujours être contrecarrée par le regroupement des autres États qui refusent cette manipulation en avançant une prétention et une argumentation juridique adverse. Si, par contre, ils acceptent cette manipulation alors il devient fort difficile de blâmer le droit international en soi. Celui-ci possède une force symbolique et légitime qui peut toujours être actualisée par les sujets à l'encontre des actes de pouvoir brut et qui empruntent le langage légal.

Nous reviendrons plus spécifiquement sur l'aspect rhétorique du droit international en approfondissant l'étude du raisonnement juridique et sur l'importance de l'audience qui reçoit et se prononce sur l'acceptabilité du discours de l'État-interlocuteur. Pour l'instant, nous terminerons nos considérations générales sur

⁽¹⁴⁴⁾ J.-M. FERRY, *loc. cit.*, note 134, p. 98.

⁽¹⁴⁵⁾ Où les autres acteurs peuvent s'assimiler ici à une audience.

l'aspect communicationnel du droit avec la notion de contexte, car elle explique partiellement la nécessité ou sinon le besoin pour les acteurs de s'appuyer sur des normes dans leur interaction internationale et quotidienne. En effet, qu'est-ce que le contexte sinon la position respective des interlocuteurs⁽¹⁴⁶⁾, c'est-à-dire "qui est l'auteur" et "d'où parle-t-il ?" Si les acteurs ont un réel besoin des normes, et cela surtout au niveau international, c'est bien parce qu'ils possèdent peu d'informations ou une information insuffisante sur leurs vis-à-vis avec qui ils sont appelés à interagir sur une base continue et non momentanée⁽¹⁴⁷⁾. En l'absence d'information, l'autre demeure une énigme, il est tout simplement inintelligible. Étant donné cette incompréhension, les parties n'ont aucun moyen raisonnable de prévoir les réactions des autres. Ils ne peuvent pas s'en remettre à une histoire commune, à une organisation constitutionnelle et économique similaire à l'interne ou encore aux traditions et à la symbolique unissant une communauté domestique afin de prédire les comportements internationaux de leurs vis-à-vis. Le contexte est, en quelque sorte, un opérateur de résolution⁽¹⁴⁸⁾ car il offre précisément des informations sur les parties en présence. Les normes internationales vont jouer ce rôle contextuel, en suppléant le manque informationnel. Elles vont donc créer de toute pièce un lien d'identité entre les parties, afin que celles-ci puissent prévoir, de façon minimale, les réactions et les interactions internationales.

⁽¹⁴⁶⁾ Voir l'introduction de Michel MEYER dans Aristote, *op. cit.*, note 40, pp. 5-70, pp. 46, 47.

⁽¹⁴⁷⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 48.

⁽¹⁴⁸⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, p. 46.

3.2 Les normes et le raisonnement juridique

Une fois que nous avons affirmé que sera une norme légale internationale ce que les acteurs considéreront ainsi⁽¹⁴⁹⁾, il nous faut encore nous poser une question supplémentaire. Comment savoir si les États considèrent la norme sous étude comme légale et, par conséquent, contraignante ? En fait, comment faut-il et avec quels outils peut-on cerner une perspective essentiellement interne aux agents ? Comme nous l'avons auparavant mentionné la détermination du caractère légal d'une norme exige une approche pragmatique et non sémantique. Autrement dit, une norme détachée des acteurs, du contexte et du raisonnement ne contient pas à elle seule les ressources légales ou une signification juridique. Elle n'est pas "sémantiquement autonome"⁽¹⁵⁰⁾. Le caractère légal d'une norme se reconnaît dans le discours et dans l'usage que les acteurs en font dans leur pratique. La démonstration se déroule donc en deux temps. Premièrement, les acteurs considèrent une norme légale, si celle-ci est utilisée à l'intérieur d'un raisonnement particulier qui vise à prendre une décision ou à arrêter un choix quant à l'agir international. Deuxièmement, la norme est utilisée en tout ou en partie pour communiquer et persuader les autres acteurs de la justesse de l'interprétation et de la décision adoptée plus haut⁽¹⁵¹⁾.

En résumé, le caractère légal d'une norme s'établit au travers du raisonnement juridique qui lui-même comporte un volet pragmatique et un volet rhétorique. Le premier volet envisage les normes pour leur aptitude à indiquer et à canaliser l'agir

⁽¹⁴⁹⁾ M. BOTHE, "Legal and Non-Legal Norms - a Meaningful Distinction in International Relations ?", (1980) XI *Netherlands Yearbook of International Law* 65, pp. 66, 67.

⁽¹⁵⁰⁾ Cette expression est utilisée par M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, p. 46 à propos des phrases mathématiques qui contiennent bien souvent, en elles seules, les ressources de leur intelligibilité et de leur être. C'est dire que le contexte est beaucoup moins important dans cet exemple.

⁽¹⁵¹⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 42.

international. Elles accordent une rationalité aux situations décisionnelles en délinéant les facteurs que l'on doit absolument prendre en considération⁽¹⁵²⁾. Prenons le seul exemple de la norme de non-intervention : malgré une large formulation et la nécessité interprétative, les acteurs possèdent déjà une certaine connaissance et une indication à l'agir. Ils sont limités au préalable dans leur décision car ils doivent tenir compte et d'un fait matériel, celui d'une atteinte aux droits souverains de l'État ciblé, et d'un critère plus psychologique à savoir une atteinte aux droits souverains qui revêt un aspect coercitif. En ce sens, les normes réduisent la complexité inhérente au processus décisionnel en diminuant les alternatives et les moyens possibles en vue d'une action. Elles influencent assurément les décideurs à l'intérieur de leur raisonnement pratique. Pour cette raison, le moment interprétatif ou délibératif mérite une attention soutenue. C'est-à-dire qu'il faut adopter la perspective interne à l'agent qui jongle avec les alternatives possibles et les contraintes normatives, contrairement à l'explication classique offerte par le positivisme qui décontextualise et extériorise les contraintes normatives. Celles-ci sont donc en quelque sorte étrangères au processus délibératif. Elles interviennent comme un supplément.

Les normes internationales s'éloignent de l'auto-définition et de l'auto-application et, à cause de cela, elles exigent la présence d'un sujet qui les interprète et les rend ainsi opérationnelles. L'impératif d'un sujet-interprétant ne signifie pas, du même coup, que les normes sont manipulées et travaillent suivant les désirs et les velléités des acteurs⁽¹⁵³⁾. L'exemple le plus flagrant de cette barrière aux désirs et aux velléités de l'interprète demeure la caractéristique conservatrice du droit qui revendique qu'un cas sous étude, ou qu'une argumentation juridique, soit lié au passé et cohérent

⁽¹⁵²⁾ *Id.*, p. 10.

⁽¹⁵³⁾ Joaquin TACSAN, *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 22.

devant un historique de décisions et de pratiques antérieures⁽¹⁵⁴⁾. Si les normes travaillent partiellement contre la stricte volonté des acteurs, c'est bien parce qu'elles s'insèrent à l'intérieur d'un ensemble plus vaste que l'on peut qualifier de savoir juridique. Celui-ci se compose plus spécifiquement d'un corps de pratiques et de techniques de raisonnement, de procédures, d'institutions, de théories et de discours qui forment indistinctement un cadre de référence indépassable et incontournable pour tout usager⁽¹⁵⁵⁾. Où le savoir juridique, en tant que système de communication, d'enregistrement, d'accumulation et de déplacement pour reprendre les termes de Foucault⁽¹⁵⁶⁾, rappelle une forme singulière de pouvoir.

En ce sens, l'activité interprétative ne s'accomplit pas dans un vacuum mais bien à l'intérieur d'un savoir historiquement constitué. Elle n'a pas à faire appel à des contraintes extérieures afin de freiner l'imagination du sujet puisqu'en elle-même l'activité interprétative est une structure contraignante⁽¹⁵⁷⁾. En dépit de la fluidité et des ambiguïtés qui entourent les normes, l'interprète doit répondre de certaines exigences herméneutiques à la seule fin de proposer des arguments juridiques plausibles et sérieux pour l'auditoire qu'il vise à convaincre⁽¹⁵⁸⁾. Nous pouvons aller jusqu'à affirmer que tout interprète possède une certaine connaissance implicite sur l'acceptabilité et l'inacceptabilité de soutenir tel ou tel type d'argument juridique⁽¹⁵⁹⁾. Par exemple, et face à une invasion armée afin de renverser un gouvernement voisin

⁽¹⁵⁴⁾ Stanley FISH, *Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989, p. 94.

⁽¹⁵⁵⁾ J. TACSAN, *op. cit.*, note 153, p. 22.

⁽¹⁵⁶⁾ Michel FOUCAULT, *Résumé des cours 1970-1982*, coll. Conférences, essais et leçons du Collège de France, Paris, éd. Julliard, 1989, p. 20.

⁽¹⁵⁷⁾ S. FISH, *op. cit.*, note 154, p. 98.

⁽¹⁵⁸⁾ J. TACSAN, *op. cit.*, note 153, p. 33.

⁽¹⁵⁹⁾ S. FISH, *op. cit.*, note 154, p. 98.

prônant une idéologie adverse, personne ne peut sérieusement prétendre en fonction du savoir juridique d'aujourd'hui que cette action n'attente pas aux droits souverains de l'État ciblé. Surtout si l'intervention se fait aux moyens des armes car dans cette hypothèse la coercition est apparente voire physique ou corporelle. Si l'État-intervenant réfute qu'une telle action est prohibée à l'évidence par le droit international, alors il n'avance pas une argumentation juridique dans le but de convaincre les autres acteurs. Il ne fait que conforter une attitude stratégique, un acte de pure force et une visée idéologique ou politique.

Ces brèves considérations sur l'aspect pragmatique des normes à l'intérieur du raisonnement juridique seront reprises un peu plus loin dans le cadre du processus décisionnel. Pour l'instant, elles figurent beaucoup plus d'introduction au volet rhétorique du raisonnement juridique, avec toutes les connotations historiques et traditionnelles que ce mot évoque. Nous nous attarderons donc, dans les développements suivants, à la rhétorique car tout en faisant l'objet d'une mésintelligence elle reste, selon nous, la caractéristique fondamentale du droit si celui-ci est conçu en tant que jeu de langage prescriptif. Étymologiquement⁽¹⁶⁰⁾, la rhétorique signifie l'art de l'éloquence détenu par celui qui parle en public. Plus généralement, elle représente les diverses techniques pour bien parler ou bien écrire afin de convaincre et de persuader l'auditeur ou, le cas échéant, le lecteur. Avec le temps et l'usage, ce mot a acquis une connotation péjorative et une valeur dépréciative, toujours présentes à l'heure où nous écrivons ces lignes. La rhétorique évoque en effet, pour plusieurs contemporains, un style déclamatoire qui enveloppe un discours tortueux mais vide de sens.

⁽¹⁶⁰⁾ Voir l'étymologie du mot rhétorique dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, note 20.

Il s'avère difficile voire impossible de retracer avec exactitude l'origine de cette dérive péjorative, mais elle peut s'expliquer plus largement considérant l'héritage philosophique de Platon, son influence et sa pérennité sur la pensée occidentale. Nous avons déjà fait allusion à cet héritage qui se transmet sous la forme d'une dichotomie entre le monde vrai et le monde apparent lors de notre discussion sur le prestige attaché au jeu dénotatif⁽¹⁶¹⁾.

La rhétorique est née avec les États-Cités de la Grèce ancienne mais ce n'est véritablement qu'avec les sophistes qu'elle commence à occuper l'avant-scène philosophique⁽¹⁶²⁾. La critique de celle-ci par Platon passe précisément par la condamnation sans appel des sophistes. En effet, ces derniers se targuent haut et fort de pouvoir défendre n'importe quelle thèse. Pour Platon, cette prétention et cette habileté sont tout simplement inacceptables car elles s'exercent au mépris de la Vérité et de la Justice, formes idéelles, éternelles, immuables et signifiantes. Les sophistes, quant à eux, transforment le faux sous l'apparence du vrai. Ils présentent l'injuste sous le couvert du juste. La fluctuance, l'inconsistance et la réversibilité des opinions vont, subséquentement, diriger les choix élaborés pour le gouvernement de la Cité, et ceci entre directement en conflit avec la philosophie platonicienne qui conçoit la Vérité et la Justice sous le signe de l'univocité⁽¹⁶³⁾. Platon propose donc une théorie des réponses contrairement à la rhétorique qui s'engage plutôt envers le questionnement et la discussion sur les possibles⁽¹⁶⁴⁾. Le monde des Idées devient la mesure ultime de toute chose aussi le monde apparent doit s'y référer et se calquer sur lui absolument. Cette volonté d'ordre qui accorde le monde apparent suivant le schéma idéal va

⁽¹⁶¹⁾ Au sujet de cette dichotomie, voir P. SAURETTE, *loc. cit.*, note 124, pp. 2 à 6.

⁽¹⁶²⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, pp. 10, 11.

⁽¹⁶³⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26, p. 8.

⁽¹⁶⁴⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, pp. 12, 13.

préoccuper la pensée occidentale, et elle se retrouve notamment quoique sous une forme différente dans l'enseignement chrétien, jusqu'à la période moderne inclusivement⁽¹⁶⁵⁾. Parce qu'elle renie l'univocité et la présence d'une vérité immuable et parce qu'elle attache et maintient l'homme à l'intérieur d'un monde apparent, transitoire et contingent, la rhétorique évoque depuis une valeur dépréciative et péjorative.

L'héritage platonicien a eu une influence certaine sur la conceptualisation du langage si l'on en juge par le discours classique⁽¹⁶⁶⁾. Les mots ressemblent alors à des espèces d'entités platoniciennes, ils possèdent une essence immuable et au-delà du monde apparent. Conséquemment, si la signification des mots se situe hors de ce monde "accidentel", elle demeure constante et inchangée malgré l'avancement et les découvertes scientifiques ainsi qu'en l'absence de consensus entre les hommes⁽¹⁶⁷⁾. La détermination du sens ne dépend plus de l'opinion changeante entretenue par les gens et exacerbée par la rhétorique. Étant donné que les mots représentent une réalité naturelle⁽¹⁶⁸⁾ ils laissent incidemment peu de place à l'imagination et à l'arbitraire de l'orateur ainsi que de l'auditoire. Le tournant linguistique ou pragmatique va modifier profondément cette philosophie et cette représentation du langage. La signification des mots relève bientôt de conventions élaborées par des gens qui partagent une forme de vie. Plus spécifiquement, Wittgenstein nous propose une théorie de la signification liée

⁽¹⁶⁵⁾ P. SAURETTE, *loc. cit.*, note 124, pp. 2 à 6.

⁽¹⁶⁶⁾ Michel FOUCAULT, *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris, Gallimard, 1966.

⁽¹⁶⁷⁾ Brian BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 149.

⁽¹⁶⁸⁾ François RECANATI, "La pensée d'Austin et son originalité par rapport à la philosophie antérieure", dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986, pp. 19-35, p. 21.

étroitement à l'usage langagier⁽¹⁶⁹⁾. On l'aura deviné, le tournant linguistique autorise un espace et redonne une importance à la rhétorique en réfutant plus généralement les philosophies fondationnalistes⁽¹⁷⁰⁾.

L'on aura également compris que notre thèse se prononce résolument pour la rhétorique et qu'elle la réintègre pleinement à l'intérieur de la pensée et de la pratique du droit. Et si nous devons absolument fournir une raison dès le départ pour cet engagement particulier envers la rhétorique et son importance fondamentale pour le droit nous dirons, avec Michel Meyer⁽¹⁷¹⁾, que c'est définitivement "avoir choisi le discours contre la force, même si c'est pour séduire ou manoeuvrer pour faire agir". La rhétorique, en tant que langage, peut toujours se prêter à une diversité d'intérêts, y compris des visées stratégiques, néanmoins elle demeure paradoxalement la meilleure défense contre les orthodoxies philosophiques et idéologiques. Après l'avoir rapidement débarrassée de ses scories platoniques, nous nous efforcerons donc de circonscrire la rhétorique juridique dans les développements suivants.

Nous pouvons définir très largement la rhétorique comme l'usage du discours mais cet usage emprunte divers moyens et poursuit plusieurs finalités. Il peut ainsi chercher à convaincre, à plaire, à délibérer, à séduire ou encore à raisonner. Étant donné que tout rapport à autrui passe par le langage, l'usager va inmanquablement faire appel aux mécanismes de la rhétorique⁽¹⁷²⁾ toutefois, et en fonction du jeu de langage où il se trouve, ces mécanismes varient. Pour reprendre un exemple que nous avons auparavant mentionné, le jeu dénotatif obéit à des règles et à un discours

⁽¹⁶⁹⁾ S. BRAINERD, *loc. cit.*, note 59 ; J.-M. FERRY, *op. cit.*, note 142, p. 13.

⁽¹⁷⁰⁾ B.E. JACOB, *loc. cit.*, note 68, pp. 1629 à 1633.

⁽¹⁷¹⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26, p. 8.

⁽¹⁷²⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, p. 5.

différents que ceux du jeu prescriptif. La rhétorique des sciences naturelles s'appuie donc principalement sur les notions d'observation, de preuve, de déduction, de falsification et de certitude. Ce discours dénotatif possède toujours un certain prestige car il évoque une présentation de la réalité et de la vérité⁽¹⁷³⁾ et il a été accepté comme tel. À l'opposé, la rhétorique du jeu prescriptif a été associée, à tort ou à raison, à la manipulation au sens platonicien des opinions communes. Aussi, le discours du droit a tenté de se moduler aux règles du jeu dénotatif et cela, peut-être afin d'acquérir le prestige qui lui est historiquement attaché.

Premièrement, il nous faut retenir de ce bref résumé que tout discours fait appel aux mécanismes de la rhétorique et que cette dernière n'est pas confinée, comme on a cherché à le prétendre en vertu de sa connotation péjorative, aux sciences sociales et, plus particulièrement, au droit. Deuxièmement, nous devons nous garder de mesurer et d'évaluer, positivement ou négativement, la rhétorique d'un jeu de langage à l'aune d'un autre.

Pourquoi nous a-t-il fallu insister sur cette présence de la rhétorique dans toutes disciplines confondues ? Ou mieux encore, pourquoi avons-nous l'impression de vivre une renaissance et une reconnaissance, explicite cette fois-ci, de la place et de l'importance de la rhétorique dans notre rapport à autrui ? La réponse peut se trouver dans les philosophies que l'on nomme indistinctement "antiméthaphysiques", c'est-à-dire les philosophies de type phénoménologique, existentialiste ou pragmatique, qui refusent catégoriquement la dissociation et l'opposition classique entre la réalité et l'apparence⁽¹⁷⁴⁾. L'homme est dans le monde apparent, et celui-ci est désormais fort mal nommé puisqu'il constitue à lui seul la réalité. Il n'y a plus de fondation

⁽¹⁷³⁾ S. FISH, *op. cit.*, note 154, p. 298.

⁽¹⁷⁴⁾ Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 5^e édition, 1988, p. 560.

transhistorique et immuable⁽¹⁷⁵⁾ que celle-ci soit d'ordre objectiviste ou subjectiviste, pas plus que de normes transcendantales qui chapeautent les hommes et leur agir⁽¹⁷⁶⁾. Voici de nouveau, quoique posée autrement, la problématique de l'identité, de la normativité et de la gouvernementalité, où gouvernementalité signifie tout autant la maîtrise et la conduite de soi-même, d'une famille ou d'un État⁽¹⁷⁷⁾. En effet, la perte d'une essence ou d'une fondation comporte l'impossibilité d'une réponse unique et d'une vérité univoque dans le règlement des comportements humains et dans l'organisation sociétale. Dans ces conditions, est-il surprenant que la discussion devienne le corollaire obligé pour négocier les différences entre les hommes et, conséquemment, le "comment allons-nous vivre ensemble ?". Et qui parle de discussion débouche à court ou à moyen terme sur la rhétorique.

Certes, et là n'est point notre intention, il ne sert à rien d'amoindrir la part de la rhétorique consacrée à l'éloquence formelle ou à l'art de bien parler dans le but de séduire, de manipuler ou de convaincre un auditoire quelconque. Et cette part est non négligeable pour tout juriste qui cherche l'adhésion des esprits à sa thèse. Néanmoins et plus fondamentalement, la rhétorique constitue et participe au raisonnement juridique. C'est-à-dire qu'elle ne se limite pas à une série de techniques qui interviennent après coup, soit lors de la présentation du produit final et achevé du raisonnement juridique. Bien au contraire, la rhétorique est au cœur du raisonnement légal et c'est ce qui la distingue notamment de la rhétorique des sciences naturelles.

⁽¹⁷⁵⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre 1, sur cette absence de fondation.

⁽¹⁷⁶⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, p. 40.

⁽¹⁷⁷⁾ M. FOUCAULT, *op. cit.*, note 156, p. 123.

L'action de la rhétorique, pour reprendre les termes d'Aristote⁽¹⁷⁸⁾, s'exerce sur des questions susceptibles d'être débattues et qui ne comportent pas de solution technique. En premier lieu, le raisonnement pratique et rhétorique se préoccupe de choses contingentes mais que l'on juge sous notre contrôle⁽¹⁷⁹⁾. En effet, qui songerait sérieusement à débattre sur la nécessité, c'est-à-dire sur des choses qui sont, par définition, ce qu'elles sont et sur lesquelles nous n'avons aucune espèce d'influence ? Cette première affirmation accorde simultanément un sens et une dimension à la liberté humaine. Parce qu'elle suggère la possibilité d'un choix, la liberté est étrangère à l'adhésion contraignante et inéluctable à un ordre naturel préexistant⁽¹⁸⁰⁾. Bref, la rhétorique s'impose à l'intérieur d'une procédure de décision qui envisage l'agir dans une situation caractérisée par l'incertitude, la vraisemblance et la probabilité⁽¹⁸¹⁾.

En deuxième lieu, et suivant cette délimitation préalable de la sphère du raisonnement pratique, la rhétorique consiste à développer, à présenter et à recevoir des arguments plausibles et persuasifs. Il s'agit donc d'un véritable processus dialogique où une thèse se construit réflexivement et dialectiquement compte tenu du sérieux des arguments adverses ; raisonnement axé sur la prudence, la balance et la pondération des raisons fournies⁽¹⁸²⁾. Puisque l'argumentation juridique repose toute entière sur les fondements de la rhétorique, elle ne peut pas procéder exclusivement d'une hiérarchie logique et mathématique qui prend corps, plus spécifiquement, à

⁽¹⁷⁸⁾ Aristote, *op. cit.*, note 40, Livre premier, chapitre II.

⁽¹⁷⁹⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 215.

⁽¹⁸⁰⁾ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 174, p. 682.

⁽¹⁸¹⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26 p. 13 ; C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *id.*, p. 1.

⁽¹⁸²⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 40.

l'intérieur des procédés déductif et inductif⁽¹⁸³⁾. Et ceci, pour la simple et bonne raison, que le raisonnement pratique et rhétorique n'évolue pas dans un climat de certitude, de calcul ou de vérité révélée. Bien au contraire.

En vertu de ce qui précède, la rhétorique légale se distingue du discours scientifique en ce que celui-ci est essentiellement préoccupé par la vérité et peu par les incertitudes liées à l'agir humain et sociétal alors que celle-là est complètement tournée vers l'opinion, et les actions humaines y jouent conséquemment un rôle de premier plan⁽¹⁸⁴⁾. C'est donc au travers du langage, et dans notre hypothèse, au travers de la rhétorique juridique que les hommes ou les États, c'est selon, vont s'opposer ou se retrouver en fonction de l'acceptabilité des opinions présentées. Parce qu'elle négocie continuellement la distance entre les sujets⁽¹⁸⁵⁾, la rhétorique se construit autour d'une logique de la différence et de l'identité. Cette distance se formule, en l'occurrence, par l'énoncé d'un problème ou d'une question. Autrement dit, la rhétorique est le soulèvement, par le discours, de la différence entre soi et autrui. En effet, pourquoi discuterait-on sur ce qui va de soi ? Ainsi, nous avons d'une part, les différences entre les sujets et, d'une autre part, l'identité d'une thèse à construire. À titre d'exemple, les sujets internationaux acceptent un certain nombre de normes légales qu'ils jugent *in abstracto* acceptables, légitimes et obligatoires. Ces mêmes sujets vont, par la suite, projeter leurs différences, qu'elles soient de l'ordre des valeurs, des intérêts ou des buts, dans les normes lors de leur interprétation ou de leur contextualisation⁽¹⁸⁶⁾. La rhétorique internationale va donc être la négociation des

⁽¹⁸³⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 210 ; F.V. KRATOCHWIL, "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", note 29, p. 40.

⁽¹⁸⁴⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, p. 6.

⁽¹⁸⁵⁾ M. MEYER, *op. cit.*, note 26, p. 22.

⁽¹⁸⁶⁾ J. TACSAN, *op. cit.*, note 153, p. 33.

différences entre les États, en vertu du cadre général mais néanmoins identitaire que sont les normes internationales.

Nous avons affirmé, tout au long de ce chapitre, qu'une règle internationale est légale si les acteurs la considèrent ainsi. La mesure normative ou le degré de légalité exige donc l'adoption d'une perspective interne aux agents. Mais cette perspective nous demande, encore une fois, de nous situer à deux niveaux. Premièrement, il faut examiner l'intention du locuteur, de celui qui énonce, évoque ou utilise la règle. En d'autres mots, l'acteur qui s'appuie à l'intérieur de son discours sur une règle la considère-t-il sous l'angle de la légalité ? Deuxièmement, et nous rejoignons ici l'étude de la rhétorique, est-ce que l'auditoire perçoit l'intention du locuteur et acquiesce-t-il à cette mesure normative dont la séquence verbale de la règle est porteuse⁽¹⁸⁷⁾. Pour le dire différemment, la règle en question évoque-t-elle une signification légale dans l'esprit de l'auditoire ? En résumé, la perspective interne aux agents se décompose en deux moments distincts mais complémentaires, soit celui de la production ou de l'énonciation d'un élément légal et celui de la réception de cet élément légal. La rhétorique attire précisément l'attention sur les insuffisances théoriques reliées à l'étude de ce deuxième moment, qui joue un rôle explicite sur la scène internationale. En effet, la caractéristique de l'horizontalité, ou encore, l'absence hiérarchique quant à la production ou l'énonciation des normes, augmente d'autant plus l'importance de l'auditoire, de la réception, de l'acquiescement et de l'assentiment que celui-ci accorde à une opinion légale avancée par un ou un groupe d'acteurs.

L'habileté du locuteur à bien argumenter, à convaincre et à persuader présuppose qu'il possède une connaissance, si minime soit-elle, de ceux à qui il

⁽¹⁸⁷⁾ P. AMSELEK, *loc. cit.*, note 19, pp. 37, 38 ; Paul AMSELEK, "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", dans P. AMSELEK (dir.), *op. cit.*, note 168, pp. 109-163, pp. 120, 121.

s'adresse⁽¹⁸⁸⁾. D'où la nécessité pour l'orateur, et pour tout juriste en général, d'examiner la composition de l'auditoire afin de détecter ce qui est apte à la séduire, à l'émouvoir mais également à le rebuter. La réussite d'une argumentation selon Perelman⁽¹⁸⁹⁾, et nous sommes entièrement de cet avis, se mesure à l'adhésion qu'elle suscite chez l'auditoire afin de déclencher l'action envisagée par l'orateur ou encore une disposition favorable à l'action envisagée. Il faut donc accorder une attention toute particulière aux parties au litige et aux auditoires ciblées par leur thèse respective afin de saisir la complexité et le développement d'un différend international⁽¹⁹⁰⁾. Cette considération peut et doit être élargie pour inclure l'ensemble des relations internationales. À l'évidence, la composition de l'auditoire international a évolué énormément au cours des dernières années.

Rappelons-nous le groupe très restreint des États européens aux XVIII^e et XIV^e siècles et d'un auditoire pour les arguments juridiques qui est représenté essentiellement par les élites gouvernementales et les diplomates en service. À l'opposé, pensons maintenant à la Société des Nations et mieux encore à l'Organisation des nations unies au XX^e siècle qui, de par leur vocation universelle, ont accueilli un nombre sans cesse grandissant d'États. Plus radicalement, et avec la décolonisation des années 60, l'auditoire international regroupe une multitude d'États aux différences géographique, politiques, culturelles, techniques et économiques apparentes et incontournables. Suivant cet élargissement de l'auditoire, la rhétorique va peu à peu se transformer pour englober les préoccupations de ces nouveaux arrivants concernant, par exemple, un nouvel ordre économique mondial. Si ce projet n'a pas contribué aux changements voulus, il a néanmoins inspiré de multiples déclarations, entre autres sur

⁽¹⁸⁸⁾ M. MEYER, *loc. cit.*, note 146, pp. 32, 33.

⁽¹⁸⁹⁾ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, note 174, p. 59.

⁽¹⁹⁰⁾ J. TACSAN, *op. cit.*, note 153, pp. 182, 183.

NOTE TO USERS

Page(s) not included in the original manuscript are unavailable from the author or university. The manuscript was microfilmed as received.

339-341

This reproduction is the best copy available.

UMI

fait⁽¹⁹⁵⁾. Et ce rôle est d'autant plus sécurisant lorsque l'on a refusé, au préalable, les schémas préexistants et transcendants qui guident, de façon unidirectionnelle et univoque, l'agir humain. Dès que l'on acquiesce à la seule réalité d'un "monde apparent" et contingent, les situations décisionnelles s'entourent d'une complexité et les choix effectués peuvent facilement tomber sous le signe de l'aléatoire et de l'arbitraire, à moins d'avoir fait l'objet d'une justification rationnelle minimale entre des sujets égaux de par le droit. Nous sommes donc en présence d'un monde "désacralisé" et "dénaturalisé", mais partagé entre des acteurs différents. Les implosions⁽¹⁹⁶⁾ conflictuelles actuelles ou latentes dérivent précisément de cette concurrence inéluctable entre des acteurs libres d'agir à l'intérieur d'un espace restreint ou d'un monde commun⁽¹⁹⁷⁾. La force contraignante et la légitimité du droit international ou autre ne peuvent procéder que du social, que de cette situation existentielle où nous sommes amenés à partager un monde commun et indépassable. Aussi, nous nous retrouvons avec des acteurs différents, et qui entendent le rester, qui doivent prendre des décisions dans un contexte de rareté tout en sachant pertinemment qu'ils devront interagir de nouveau et dans un futur non éloigné avec ces mêmes acteurs. Cette connaissance, tirée de la seule expérience d'un monde commun, les dirige vers un mimétisme ou un certain code de conduite, ne serait-ce que pour éviter les implosions conflictuelles reliées à un comportement irrationnel dans le temps et surtout, afin d'ordonner entre eux et pour eux un univers social par la production du sens. Finalement, le droit ne cherche peut-être qu'à parer à l'incertitude existentielle

⁽¹⁹⁵⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30, p. 10.

⁽¹⁹⁶⁾ Le terme *implosion* est emprunté à Jean BAUDRILLARD, *À l'ombre des majorités silencieuses ou la fin du social*, coll. Bibliothèque méditations sous la direction de Jean-Louis Ferrier, Paris, éd. Denoël/Gonthier, 1982. Ce terme évoque une rupture interne contrairement à l'explosion qui suppose un caractère extérieur.

⁽¹⁹⁷⁾ Otfried HÖFFE, *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1991, p. 254.

face à l'avenir en tissant, à partir de la faculté de promettre et de tenir sa promesse dans le temps, un réseau de liens et d'obligations entre les sujets⁽¹⁹⁸⁾.

Les normes influencent le cours du processus décisionnel en tant qu'indicateur à l'agir, indicateurs autrement plus légitimes lorsqu'ils font l'objet d'une intériorisation par les agents. En effet, l'intériorisation des normes change parallèlement la perception que les acteurs ont d'elles. Elles sont moins vues comme une contrainte extérieure et beaucoup plus comme une raison à l'agir⁽¹⁹⁹⁾. Nous sommes bien loin ici des idées développées à l'époque du réalisme légal⁽²⁰⁰⁾ et où les normes se situent au-delà du raisonnement juridique. Cette vision instrumentale fait intervenir les normes après coup et dans le but de conforter une décision arrêtée antérieurement.

Les normes, en tant qu'indicateurs intériorisés par les agents, participent activement à la simplification du processus décisionnel. Pour ce faire, elles réduisent le travail d'analyse des acteurs ainsi que le temps qui lui est consacré⁽²⁰¹⁾. Une norme peut alors être envisagée à l'instar d'une décision réfléchie mais prise à l'avance, sur ce qu'il faut faire lorsque telle ou telle situation se présente⁽²⁰²⁾. Ce procédé allège un processus de raisonnement qui, par ailleurs, s'avère fastidieux si l'on doit tenir compte

⁽¹⁹⁸⁾ Hannah ARENDT, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, coll. Folio/Essais, Paris, éd. Gallimard pour la traduction française, 1972, éd. 1995, p. 213 qui tient ses propos pour le travail politique plus largement.

⁽¹⁹⁹⁾ O HÖFFE, *op. cit.*, note 197, p. 280.

⁽²⁰⁰⁾ Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, coll. Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 192 ; David M. TRUBEK and John P. ESSER, "Critical Empiricism" in American Legal Studies : Paradox, Program, or Pandora's Box ?", in Christian JOERGES and David M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought : An American - German Debate*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 105-155, pp. 110 à 112.

⁽²⁰¹⁾ Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

⁽²⁰²⁾ *Id.*, p. 68.

à chaque fois d'une multitude de facteurs. Les institutions sociales en général, et le droit en particulier, libèrent précisément les agents de la production permanente d'initiatives et du travail relié à la perception puis à l'analyse et enfin à la recherche autonome et à chaque instant renouvelée des moyens appropriés, compte tenu de l'évolution d'une situation⁽²⁰³⁾. Au lieu et à la place, les normes font la sélection et limitent du même coup les facteurs à considérer pour prendre une décision⁽²⁰⁴⁾. Décision qui, plus souvent qu'autrement, exige une capacité d'analyse très élevée ainsi qu'une rapidité et une célérité dans l'exécution⁽²⁰⁵⁾. De plus, en l'absence de ces normes et de la simplification qu'elles apportent au processus décisionnel, nous assisterions sans conteste à une paralysie sociale⁽²⁰⁶⁾.

Pour lors, revenons plus spécifiquement sur la position des normes légales à l'intérieur du raisonnement pratique tenu par un sujet car elles revendiquent, dès qu'elles sont nommées, une certaine autorité sur ce sujet dans la seule sélection des facteurs à prendre en considération et, simultanément, dans l'octroi des raisons pour agir. D'ores et déjà, nous devons ouvrir une parenthèse sur la notion d'autorité des normes légales internationales en effectuant un bref retour sur la représentation moderne de la souveraineté. Nous avons démontré précédemment que l'autorité souveraine de l'État a été conceptualisée en isolation et en insularité. C'est-à-dire que l'État évolue au niveau international de façon autonome voire autarcique, alors qu'il prétend exercer à l'interne une maîtrise absolue de son territoire et de sa communauté domestique. À l'évidence, cette image de l'autorité souveraine et étatique ne pouvait souffrir aucune restriction ou limitation dans la plénitude et dans l'étendue de son

⁽²⁰³⁾ O. HÖFFE, *op. cit.*, note 197, p. 272.

⁽²⁰⁴⁾ F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 30 p. 10 ; F. SCHAUER, *op. cit.*, note 200, p. 113.

⁽²⁰⁵⁾ F. SCHAUER, *id.*

⁽²⁰⁶⁾ O. HÖFFE, *op. cit.*, note 197, p. 280.

pouvoir. Encore moins pouvait-elle concéder l'existence partiellement indépendante et virtuellement conflictuelle de l'autorité des normes légales internationales⁽²⁰⁷⁾. Les obligations juridiques ne peuvent procéder, dans cette perspective, que d'un acte de volonté posé explicitement par l'État. Le problème inhérent à cette représentation de l'autorité souveraine, en termes d'insularité et d'autarcie sociale, est qu'elle refuse toute responsabilité aux sujets pour la construction et la marche du monde international. Comment un sujet international peut-il en effet être responsable en l'absence d'altérité ? La responsabilité nécessite la reconnaissance de l'Autre.

Si elles sont envisagées strictement sous le signe d'une autosuffisance irresponsable alors l'autonomie et l'autorité de l'État figurent des concepts suicidaires. Nous pouvons également ajouter à l'encontre de ces concepts qu'ils ne sont que simulacres puisqu'ils ne réfèrent en rien, bien qu'ils le prétendent, à une réalité empirique. En effet et malgré la production d'images à l'effet inverse, l'État n'a jamais possédé un tel pouvoir autosuffisant à l'international pas plus qu'une maîtrise absolue à l'interne. Il a toujours dû composer avec des pouvoirs et des tendances adverses ou encore avec des contraintes d'ordre empirique et symbolique. Aussi, l'autonomie doit plutôt tendre vers la notion de la direction d'une communauté par un État, certes, mais dans un contexte d'influences internationales externes et qui incluent les normes légales⁽²⁰⁸⁾. Ces influences existent de par l'unique présence de l'Autre et de la différence. De la même façon, le concept d'autorité doit se départir des qualificatifs importés par la représentation moderne de la souveraineté. Premièrement, l'autorité souveraine et étatique n'abolit pas tous les autres lieux et les formes que l'autorité revêt. Cela veut dire que l'autorité souveraine coexiste avec plusieurs autorités, dont celle qui nous intéresse plus particulièrement à savoir les normes légales

⁽²⁰⁷⁾ Thomas MAY "Sovereignty and International Order", (1995) 8 *Ratio Juris* 287, p. 288.

⁽²⁰⁸⁾ *Id.*, pp. 288 à 290.

et internationales. Deuxièmement, et parce que l'autorité requiert l'obéissance ou l'effectuation de l'action par le destinataire⁽²⁰⁹⁾, elle est souvent et abusivement assimilée à une violence extérieure⁽²¹⁰⁾. Nous n'avons qu'à évoquer le dérivé autoritaire pour nous convaincre de cette assimilation⁽²¹¹⁾.

Toujours suivant une perspective pragmatique et communicationnelle du droit, nous nous opposons aux propos de Hannah Arendt qui rapproche étroitement l'ordre autoritaire de la hiérarchie⁽²¹²⁾. Au contraire, l'autorité des normes légales n'est pas obligatoirement incompatible avec une horizontalité qui repose sur l'argumentation, la persuasion et le respect du principe de l'égalité souveraine des États. L'autorité des normes découle de la nécessaire coopération sociale et elle ne fait qu'augmenter la légitimité des décisions adoptées. Nous sommes donc plus enclins à nous inspirer en partie du modèle de l'autorité rationnelle élaboré par Raz⁽²¹³⁾. Cette autorité se caractérise par l'attribution de raisons exclusionnaires pour l'action. En d'autres mots, les normes fournissent certaines raisons et en écartent d'autres afin de permettre aux sujets d'expliquer et d'évaluer leurs comportements et leurs déclarations. Devant l'existence d'une foule de raisons pour agir, les normes éliminent les possibles compétitions entre elles. Du reste, l'autorité des normes n'entame pas directement celle de l'État lorsque les raisons exclusionnaires qu'elle offre deviennent véritablement les raisons des destinataires en vertu de leurs "croyances", de la nécessité et des interactions sociales. Nous revenons encore une fois à l'intériorisation des normes qui rehausse leur légitimité et atténue, parallèlement, leur caractère contraignant.

⁽²⁰⁹⁾ J.-F. LYOTARD, *op. cit.*, note 27, p. 22.

⁽²¹⁰⁾ H. ARENDT, *op. cit.*, note 198, p. 123.

⁽²¹¹⁾ Voir l'étymologie du mot autorité dans le *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, note 20.

⁽²¹²⁾ H. ARENDT, *op. cit.*, note 198, p. 123.

⁽²¹³⁾ J. RAZ, *op. cit.*, note 201.

Le modèle de l'autorité rationnelle des normes légales internationales répond également de la reconnaissance et de la responsabilité des sujets pour la construction et la marche du monde international. Il constitue donc une antithèse à l'apologie des comportements irresponsables, issue implicitement de l'image autonome et autarcique de l'État, sans toutefois heurter de front la liberté des États. La question de la liberté ou de la souveraineté étatique, loin d'être posée à partir d'un postulat métaphysique ou d'une position ahistorique, s'inscrit plutôt dans le monde⁽²¹⁴⁾ et face-à-face avec l'Altérité. Elle est donc nécessairement politique. Si la souveraineté incarne à bon droit l'individuation d'une irréductible différence, elle ne doit jamais se penser hors d'un réseau de relations, de réciprocité et de responsabilité.

Section 4. Le devenir de la norme de non-intervention devant les changements théoriques et pratiques

Que pouvons-nous conclure dès maintenant de l'ensemble des réflexions consacré à la souveraineté et au rôle du droit international ? Pour fins d'illustration, quelles sont les conséquences de ces réaménagements d'ordre théorique et des changements pratiques sur la norme de non-intervention ? En ce qui concerne le phénomène sans cesse grandissant de l'interdépendance, il faut bien voir qu'il provoque ou qu'il est provoqué par des pratiques qui, elles-mêmes, remplissent d'ambiguïté le schéma d'analyse traditionnel de la souveraineté moderne. Pour mieux dire, il devient de plus en plus difficile de départager, à l'aide d'une description théorique dominante, les matières qui tombent ici, dans le domaine interne ou là, dans le domaine externe. L'interdépendance mélange habilement les champs juridiques domestique et international, autrefois bien délimités voire opposés. À l'évidence, ce flou conceptuel et frontalier affecte directement le pouvoir et le contrôle étatiques.

⁽²¹⁴⁾ Jean-Marc FERRY, "Approaches to Liberty. Outline of a "Methodological Communitarianism", (1994) 7 *Ratio Juris* 291, p. 301.

Toutefois, cette dernière affirmation ne signifie pas que l'État a déjà bénéficié historiquement d'un contrôle absolu, tel que le laisse prétendre la représentation moderne de la souveraineté. Il s'agissait tout au plus d'une image et d'un simulacre entretenus par les États qui a, incidemment, autorisé l'idée du droit international tout en lui soustrayant son indépendance normative.

Il faut se garder de confondre deux notions, qui, pour être proches n'en sont pas moins distinctes, celle de l'autorité et celle du contrôle. La première consiste dans le droit et la légitimité de faire des règles, alors que la seconde se rapproche plutôt de la capacité technique et de l'habilité à rendre ces dites règles effectives⁽²¹⁵⁾. Si l'interdépendance a définitivement érodé la capacité étatique quant à l'effectivité des normes, il faut encore se demander si ceci a amputé parallèlement son autorité à prendre des décisions politiques et, plus largement, à définir le champ du politique. L'État a-t-il tout simplement délégué cette capacité technique vers d'autres foyers et d'autres acteurs en mesure de rendre les règles effectives⁽²¹⁶⁾, tout en conservant une certaine autorité aux yeux de ses citoyens et de ses vis-à-vis internationaux dans la production des normes ?

À un tout autre niveau, il faut également se méfier du discours contemporain sur l'interdépendance et la mondialisation car il utilise force métaphores. Ce langage est sensé forger une coïncidence entre les faits et les normes ou entre l'être et le devoir-être. L'interdépendance ou la mondialisation apparaissent alors dans ce vocabulaire répétitif comme une condition irrémédiable que l'on ne peut absolument pas questionner. Par ailleurs, il ne sert à rien de la questionner puisqu'elle dépasse, et de loin, les individus. Nous reviendrons sur cette prétendue coïncidence entre l'être et

⁽²¹⁵⁾ Janice E. THOMSON, "State Sovereignty in International Relations : Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 213, p. 223.

⁽²¹⁶⁾ *Id.*, p. 216.

le devoir-être, pour l'instant, il suffit de se remémorer que l'interdépendance en question est avant tout technologique⁽²¹⁷⁾. Elle prend corps à l'intérieur d'un mouvement incessant de capitaux, de biens, d'informations, de méthodes, du tourisme, etc... Il y a bien une expansion des systèmes à l'échelle du monde. Nous n'avons qu'à penser à cet effet au marché libre de production et de consommation qui s'étend véritablement d'un bout à l'autre de la planète. Mais cela ne contribue pas en soi à créer un lien normatif, un "comment vivre ensemble" entre les hommes et les États⁽²¹⁸⁾.

D'une part, la planétarisation divise le monde car les mécanismes du marché libre associent et productivité et misère⁽²¹⁹⁾. Nous avons donc simultanément des processus de développement et de sous-développement et, en ce sens, la mondialisation économique accroît la division duelle. D'une autre part, la planétarisation se traduit dans un partage des risques entre les États. Cette conscience d'une communauté des risques est présente, notamment, dans les grands sommets réalisés sous les auspices des Nations Unies⁽²²⁰⁾. Citons à titre d'exemples les sommets sur l'écologie à Rio, sur les droits de la personne à Vienne, sur la démographie au Caire, sur la pauvreté à Copenhague, sur le climat à Berlin... Ces sommets, qui bénéficient d'une couverture médiatique mondiale, démontrent assurément une thématisation des problèmes liés à la survie de l'espèce humaine. De la même façon, la globalisation de la criminalité, que cela soit au niveau du trafic des armes ou de la drogue ou encore du terrorisme international, suscite certains accords administratifs entre différents États. Pour reprendre les mots très justes d'Habermas à ce sujet, nous assistons plus généralement

⁽²¹⁷⁾ Rolando GAETE, "Rites of Passage into the Global Village", (1995) VI *Law and Critique* 113, p. 133.

⁽²¹⁸⁾ Jürgen HABERMAS, "The European Nation State. Its Achievements and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship", (1996) 9 *Ratio Juris*, 125, p. 135.

⁽²¹⁹⁾ J. HABERMAS, *La paix perpétuelle Le bicentenaire d'une idée kantienne*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1996, p. 66.

⁽²²⁰⁾ J. HABERMAS, *loc. cit.*, note 218, p. 137 ; J. HABERMAS, *op. cit.*, note 219, pp. 43 à 45.

à une globalisation des risques qui a uni objectivement le monde en communauté involontaire⁽²²¹⁾. Si cette conscience des risques partagés est un pas dans la bonne direction, cela ne regroupe pas automatiquement les États à l'intérieur d'une communauté normative qui se questionne sur le "comment allons-nous vivre ensemble" au-delà des problèmes ponctuels.

Toutes ces remarques nous rappellent que les changements empiriques ou factuels reliés à l'interdépendance et à la mondialisation sont de l'ordre de l'être et qu'ils ne prescrivent pas, en soi et de par leur seule existence, un devoir-être. C'est-à-dire que les changements techniques ne nous informent pas sur la conduite à tenir devant eux et entre les hommes ou les États. Il y a encore ici une confusion entre les jeux de langage technique et prescriptif. Ce n'est pas parce que les mécanismes du marché mondial allient des processus de développement et de sous-développement que cet état de fait est acceptable et qu'il doit guider notre agir. Le but n'est pas de nier ou d'amplifier ces changements empiriques ni de restreindre l'interdépendance à la notion de danger. Il faut plutôt penser un devoir-être et une organisation du monde en fonction de cette nouvelle facticité.

L'interdépendance factuelle, qu'elle soit envisagée économiquement, militairement ou écologiquement, cède parfois la place à une argumentation technique sur la mort de l'État⁽²²²⁾. Cette mort est annoncée devant l'apparente inadéquation et l'inefficacité de l'appareil étatique pour répondre rapidement aux changements empiriques. Nous seulement l'interdépendance factuelle peut appuyer une argumentation technique, elle peut également soutenir une argumentation éthique sur le dépérissement de l'État. Cette perspective linéaire de l'histoire internationale

⁽²²¹⁾ J. HABERMAS, *op. cit.*, note 219, p. 74.

⁽²²²⁾ "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", (Panel I) (1994) *American Society of International Law Proceedings* 1, p. 23.

appelle une marche inexorable de l'éthique qui débute après la deuxième guerre mondiale et tend depuis vers un ordre international et normatif fondé sur les droits de la personne⁽²²³⁾. Ce "progrès" éthique suggère le dépassement de l'État, entité historiquement amoral aux dires de plusieurs, pour instaurer graduellement un cosmopolitisme⁽²²⁴⁾. Il est indéniable que l'interdépendance facilite et accroît les contacts transfrontaliers entre les individus, mais cela ne conduit pas nécessairement à un cosmopolitisme basé sur le respect des droits de la personne. En effet, les contacts peuvent générer autant une identité commune qu'une incompréhension et un retranchement dans la différence⁽²²⁵⁾.

Le problème de l'argumentation technique comme de l'argumentation éthique réside dans la recherche d'une autre fondation ahistorique, présente et immuable au lieu et à la place de la souveraineté de l'État dans la représentation moderne. Les deux argumentations posent un fait, en l'occurrence l'interdépendance, ou encore un principe, les droits de la personne, au-delà de l'État afin de juger celui-ci. Si cette méthode autorise la critique, elle ouvre parallèlement la porte aux idéologies. L'organisation du monde devra refléter un idéal d'authenticité en particulier, ou il ne sera pas⁽²²⁶⁾. Dans la première hypothèse, l'État s'évanouit au profit de cette forme de vie naturelle et authentique. On l'aura deviné, la détermination de l'idéal d'authenticité soulève des difficultés d'ordre épistémologique. Cet idéal présuppose un savoir spontané et qui s'impose à tous inconditionnellement. Savoir qui se

⁽²²³⁾ Samuel K. MURUMBA, "Grappling with a Grotian Moment : Sovereignty and the Quest for a Normative World Order", (1993) 19 *Brooklyn Journal of International Law* 829, pp. 844 à 848.

⁽²²⁴⁾ "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", note 222, p. 23.

⁽²²⁵⁾ Chris BROWN, "International Political Theory and the Idea of World Community", in Ken BOOTH and Steve SMITH (eds.), *International Relations Theory Today*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1995, pp. 90-109, p. 94.

⁽²²⁶⁾ "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", note 222, p. 26.

rapproche de la révélation sur le soi véritable et sur l'affiliation naturelle à une forme de vie⁽²²⁷⁾. Contrairement à ce scénario, nous assistons historiquement à l'existence conflictuelle de plusieurs idéaux d'authenticité.

Quoiqu'il a pu, dans le passé comme aujourd'hui, véhiculer un message nationaliste, ethnique ou religieux qui cherche à refléter une affiliation "naturelle" et organique entre les individus de la communauté domestique, l'État, en tant que création artificielle, se situe à l'opposé des conceptions de l'ordre élaborées à partir d'un idéal d'authenticité. Cette artificialité de l'État est précisément sa raison d'être car elle aménage un lieu pour les débats sur l'authenticité⁽²²⁸⁾. Aussi, l'État au niveau international représente toujours l'une des meilleures garanties contre l'orthodoxie des valeurs et ce, en l'absence d'un consensus sur une forme de vie authentique⁽²²⁹⁾. Parce qu'elle peut recevoir l'artificialité de l'État et l'inscrire dans une souveraineté-*parergon*, la philosophie libérale internationale permet la diversité phénoménale et la différence. Comme un consensus sur une forme de vie authentique s'avère lointain voire impossible, l'État demeure pour l'instant le corollaire obligé pour le respect et l'égalité formelle des différences.

Contrairement aux visions radicales, la mort de l'État ou encore son dépérissement nous semblent prématurés. L'interdépendance pose plutôt un défi, non pas à l'autorité internationale de l'État, mais aux façons légitimes d'exercer cette autorité sur un territoire délimité⁽²³⁰⁾. Cette activité critique sur l'admissibilité de

⁽²²⁷⁾ *Id.*, pp. 26, 27 ; Martti KOSKENNIEMI, "The Future of Statehood", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 397, pp. 404 à 406.

⁽²²⁸⁾ "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", note 222, pp. 28, 29.

⁽²²⁹⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 227, p. 407.

⁽²³⁰⁾ J. E. THOMSON, *loc. cit.*, note 215, p. 224.

certaines pratiques souveraines de l'État est particulièrement évidente, si l'on porte attention au discours international contemporain sur le mouvement irrésistible vers la démocratie. Ce discours prétend généralement que l'État a bel et bien un droit à l'indépendance politique et à l'intégrité territoriale en vertu de l'article 2(4) de la Charte de l'ONU, mais qu'il bénéficie de ce droit à cause de sa formalité ou de son artificialité. Pour mieux dire, l'article 2(4) ne protège pas un type de gouvernementalité, encore moins un régime qui refuse systématiquement au peuple le choix et l'opportunité de son système politique⁽²³¹⁾. La souveraineté internationale et domestique repose, unifiée cette fois-ci contrairement au concept biface et moderne, dans le peuple. Suivant le même raisonnement, l'intervention humanitaire va pouvoir dorénavant se justifier à partir de ce fondement populaire. Étant donné que la violation massive et permanente des droits de la personne démontre, ou à tout le moins suggère fortement, une déchirure dans la structure socio-politique de la communauté, l'intervention humanitaire respecte l'article 2(4) de la Charte de l'ONU car elle ne s'assimile ni à une conquête territoriale ni à un affront à la souveraineté populaire⁽²³²⁾.

Ce discours colore également la conceptualisation du droit international si l'on en juge par l'école du libéralisme démocratique⁽²³³⁾. Cette approche conserve toujours l'État en tant qu'unité irréductible de l'analyse internationale ainsi que le consentement de celui-ci afin de s'obliger légalement. Toutefois, un lien est ajouté entre l'État et l'individu au travers du processus démocratique, et ce lien devient une condition *sine qua non* pour la souveraineté interne et externe. L'approche libérale démocratique

⁽²³¹⁾ Lori Fisler DAMROSCH, "Politics Across Borders : Nonintervention and Nonforcible Influence over Domestic Affairs", (1989) 83 *American Journal of International Law* 1, pp. 37, 38.

⁽²³²⁾ David M. KRESOCK, " "Ethnic Cleansing" in the Balkans : The Legal Foundations of Foreign Intervention", (1994) 27 *Cornell International Law Journal* 203, p. 214 et pp. 234 à 238.

⁽²³³⁾ Ce nom est emprunté de la typologie des approches contemporaines du droit international ; typologie élaborée par Gerry J. SIMPSON, "Imagined Consent : Democratic Liberalism in International Legal Theory", (1994) 15 *The Australian Year Book of International law* 103.

combine donc le libéralisme classique avec l'élément de l'État unitaire ainsi que le volontarisme dans la création de l'obligation internationale. Elle apporte néanmoins un ingrédient supplémentaire pour la légitimité de l'État à savoir la volonté populaire. Et ce lien entre l'individu et l'État prend un aspect véritablement révolutionnaire pour qui se tourne vers le droit international traditionnel qui refusait, *a priori*, toute catégorisation dans les régimes politiques des États⁽²³⁴⁾. C'est ce que nous entendions par le concept biface de la souveraineté⁽²³⁵⁾ et où le côté international était clairement dissocié de la réalité sociologique vécue à l'interne.

Le tout nouveau processus d'assistance électorale sous l'égide de l'ONU témoigne concrètement de ce mouvement systémique et global pour la démocratie⁽²³⁶⁾. L'exigence d'une participation démocratique, qui accorde réciproquement un droit aux peuples de tous les États à la tenue d'élections libres, secrètes et multipartites, semble se transformer, selon les dires de certains commentateurs, d'une prescription morale en une obligation légale internationale⁽²³⁷⁾. Cette obligation naissante heurte cependant la représentation moderne de la souveraineté et la norme de non-intervention qui, quoiqu'en perte de vitesse, opposent toujours une certaine résistance théorique. Cette coexistence malaisée voire paradoxale entre le mouvement global pour la démocratie

⁽²³⁴⁾ Anne-Marie BURLEY, "Law Among Liberal States : Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1907, p. 1909.

⁽²³⁵⁾ *Supra*, Première partie.

⁽²³⁶⁾ Kofi Darko ASANTE, "Election Monitoring's Impact on the Law : Can it Be Reconciled with Sovereignty and Nonintervention", (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 235 ; Thomas M. FRANCK, "Intervention Against Illegitimate Regimes", in Lori Fisler DAMROSCH and David J. SCHEFFER (eds.), *Law and Force in the New International Order*, Boulder, Westview Press, 1991, pp. 159-176 ; Mélida N. HODGSON, "When to Accept, When to Abstain : a Framework of U.N. Election Monitoring", (1992) 25 *New York Journal of International Law and Politics* 137, p. 148.

⁽²³⁷⁾ Thomas M. FRANCK, "The Emerging Right to Democratic Governance", (1992) 86 *American Journal of International Law* 46, p. 47.

et la représentation moderne de la souveraineté se vérifie dans l'exigence d'une requête, lire le consentement abstrait de l'État, pour l'implantation de l'assistance électorale.

Si ce mouvement global et normatif vers la démocratie est souhaitable, ne serait-ce parce que la démocratie est une tradition qui ne comprend aucune doctrine préétablie sur l'orientation de la communauté domestique⁽²³⁸⁾, il faut tout de même se garder de verser dans les scénarios optimistes présentés à la fin de la guerre froide. Scénarios qui annoncent sans ambages la "fin de l'Histoire" avec le triomphe de la démocratie libérale et où l'Histoire signifie ici les conflits idéologiques⁽²³⁹⁾. Premièrement, le libéralisme et la démocratie ne se conjuguent pas automatiquement. Bien au contraire ils véhiculent, si jumelés, une tension dialectique car le libéralisme prône les droits individuels alors que la démocratie moderne repose sur la volonté majoritaire. Ils peuvent également, selon le contexte, faire l'objet de variations conceptuelles susceptibles elles-mêmes d'accentuer des conflits idéologiques⁽²⁴⁰⁾. Deuxièmement, nous assistons beaucoup plus à l'émergence d'un marché libre mondial ou du capitalisme sans que celui-ci nécessite parallèlement l'instauration de régimes libéraux ou démocratiques. Le marché peut fort bien passer outre la volonté démocratique du peuple, surtout si celui-ci revendique des mesures sociales et économiques⁽²⁴¹⁾. Selon Chomsky, la convergence des discours sur la démocratie et

⁽²³⁸⁾ Fernand DUMONT, *L'avenir de la mémoire*, conférences publiques de la CEFAN, collection dirigée par Joseph Melançon, Québec, Nuit blanche, 1995, p. 86.

⁽²³⁹⁾ Où le lecteur a assurément reconnu la thèse retentissante de Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, coll. Champs, Paris, Flammarion, 1992.

⁽²⁴⁰⁾ Ces critiques de la thèse de Fukuyama se retrouvent dans Jonathan R. MACEY and Geoffrey P. MILLER, "The End of History and the New World Order : The Triumph of Capitalism and the Competition Between Liberalism and Democracy", (1992) 25 *Cornell International Law Journal* 277.

⁽²⁴¹⁾ Noam CHOMSKY, "World Order and its Rules : Variations on Some Themes", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 145 ; Noam CHOMSKY, *Idéologie et pouvoir*, Bruxelles, EPO, 1991.

le marché libre reste une convergence des discours et non une convergence empirique. Troisièmement, l'appel incantatoire pour la démocratie s'appuie, bien souvent, sur une croyance dérivée de la pensée kantienne, à savoir que les démocraties sont des régimes pacifiques⁽²⁴²⁾. En premier lieu et si cette croyance se vérifie entre les démocraties historiquement, il ne faudrait toutefois pas en conclure que l'homogénéité des régimes politiques est le gage inconditionnel pour la paix internationale. Reportons-nous, à titre d'exemple, en Europe au XVII^e et XVIII^e siècles et où la monarchie est bel et bien le principe dominant de légitimité gouvernementale. Malgré cette homogénéité empirique et conceptuelle, l'Europe de ces siècles est déchirée par une multitude de conflits quant aux prétentions pour le trône et quant aux perceptions reliées à la balance des pouvoirs. L'on nous répondra assurément que cette objection ne tient pas compte de la spécificité du régime démocratique. Les populations de ce régime ont tout avantage à inciter leur gouvernement à adopter une politique pacifique afin d'éloigner d'elles les maux de la guerre. Néanmoins, l'État-Nation au XX^e siècle constitue un contre-exemple de cette "sagesse" populaire⁽²⁴³⁾. Certes, les démocraties sont moins belliqueuses entre elles mais il faut absolument conserver en mémoire que les stratégies, les guerres, les technologies et la coercition ont changé de caractère et qu'elles ne se confinent plus au militaire. En deuxième lieu, la relation entre la démocratie et la paix internationale peut revêtir un aspect exclusif, en amoindrissant du même coup les conflits générés par l'injustice matérielle et par les processus simultanés de développement et de sous-développement à l'échelle planétaire. La paix

⁽²⁴²⁾ Michael DOYLE, "Liberalism and World Politics", (1986) 80 *American Political Science Review* 1151 ; M. DOYLE "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs I.", (1983) 12 *Philosophy and Public Affairs* 205 ; M. DOYLE, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs II.", (1983) 12 *Philosophy and Public Affairs* 323.

⁽²⁴³⁾ J. HABERMAS, *op. cit.*, note 219, pp. 23 à 31.

ne dépend pas uniquement d'une structure politique quelconque, elle repose également sur les conditions socio-économiques et sur l'engagement et la raison des individus⁽²⁴⁴⁾.

La convergence des discours sur la démocratie et le marché libre mondial soulève un paradoxe supplémentaire. Comme nous l'avons mentionné auparavant l'interdépendance économique gruge la maîtrise et le contrôle que peut exercer l'État sur son territoire. Par ce fait même, la force démocratique est amputée. En effet, comment une volonté populaire, qui s'exprime sporadiquement, peut-elle influencer sur des pouvoirs économiques ou financiers disséminés et évanescents ? Contrairement au discours optimiste sur la convergence, l'interdépendance peut tout autant contribuer à affaiblir la santé démocratique d'une communauté domestique, surtout si l'État abdique explicitement son autorité devant une prétendue nécessité économique mondiale.

Pour conclure notre brève réflexion sur le mouvement systémique vers la démocratie, nous ajouterons qu'avec lui il y a la possibilité d'une interversion de l'idée libérale de l'égalité des États vers l'idée de la représentativité du gouvernement ou du régime politique⁽²⁴⁵⁾ et, par conséquent, de plus en plus d'opportunité pour des interventions. Autrement dit, la légitimité domestique n'est plus dissociée de la légitimité internationale de l'État et celle-ci doit nécessairement s'analyser en fonction de la représentativité. Quoiqu'il ne soit pas de notre propos d'aborder cette dernière question, il faut tout de même reconnaître que la notion de démocratie représentative soulève d'ores et déjà des problèmes surtout dans le contexte occidental. Qu'est-ce qu'un gouvernement légitime ? Qui est le peuple ? Comment s'exprime-t-il ?

⁽²⁴⁴⁾ Anne-Marie BURLEY, "Commentary on Intervention Against Illegitimate Regimes", in L.F. DAMROSCH and D.J. SCHEFFER, *op. cit.*, note 236, pp. 177-180 ; Richard FALK, *The Promise of World Order. Essays in Normative International Relations*, Philadelphia, Temple University Press, 1987, p. 254 ; Cecelia LYNCH, "Kant, the Republican Peace, and Moral Guidance in International Law", (1994) 8 *Ethics & International Affairs* 39, p. 46.

⁽²⁴⁵⁾ G. J. SIMPSON, *loc. cit.*, note 233, pp. 121, 122.

Comment représenter le peuple si celui-ci s'est métamorphosé en majorité silencieuse ou en une masse avide de spectacles et de consommation⁽²⁴⁶⁾ ?

L'intensification de l'interdépendance, la fin de l'idéologie dualiste caractéristique à la guerre froide et la montée du principe de légitimité représentative contribuent à un changement dans les formes de l'intervention, des intervenants, des moyens utilisés, ainsi que des rationalités qui sous-tendent les opérations. Les formes d'intervention deviennent plus subtiles, secrètes voire dissimulées en comparaison avec les interventions militaires traditionnelles. Nous n'avons qu'à penser aux financements des campagnes électorales, à l'espionnage industriel ou économique, aux opérations anti-terroristes ou contre le trafic des narcotiques ou des armes⁽²⁴⁷⁾. Les moyens diffèrent également car ils profitent des développements technologiques et communicationnels.

Parallèlement à cette mutation des rationalités et des formes de l'intervention unilatérale, nous constatons une demande élevée pour les interventions multilatérales sous direction ou avec caution onusienne, tout en voulant préserver la norme de non-

⁽²⁴⁶⁾ Ces expressions sont de J. BAUDRILLARD. À cet effet :

“Que la majorité silencieuse (ou les masses) soit un référent imaginaire, ne veut pas dire qu'elle n'existe pas. Cela veut dire qu'il n'en est plus de représentation possible. Les masses ne sont plus un référent parce qu'elles ne sont plus de l'ordre de la représentation. Elles ne s'expriment pas, on les sonde. Elles ne réfléchissent pas, on les teste. Le référendum (et les médias sont un référendum perpétuel de questions/réponses dirigées) s'est substitué au référent politique. Or, sondages, tests, référendum, média sont des dispositifs qui ne relèvent plus d'une dimension représentative, mais simulative. Ils ne visent plus un référent, mais un modèle. La révolution ici est totale avec les dispositifs de la socialité classique (dont font encore partie les élections, les institutions, les instances de représentation, et même de répression) : dans tout cela, du sens social passe encore d'un pôle à l'autre, dans une structure dialectique qui laisse place à un enjeu politique et aux contradictions.”, *op. cit.*, note 196, pp. 25, 26.

⁽²⁴⁷⁾ Thomas J. JACKAMO III, “From the Cold War to the New Multilateral World Order : The Evolution of Covert Operations and the Customary International Law of Non-Intervention”, (1992) 32 *Virginia Journal of International Law* 929, pp. 932 à 935.

intervention⁽²⁴⁸⁾. Cette demande peut s'expliquer par l'anémie des structures politiques importées de l'Occident par les quasi-États⁽²⁴⁹⁾. Anémie d'autant plus évidente depuis la fin de la Guerre froide, qui signifie la perte des alliés nés de la stratégie dualiste de l'époque. Le pouvoir des gouvernements des quasi-États est donc ébranlé à l'externe par les diktats des institutions économiques internationales et des multinationales et, à l'interne, par des mouvements relevant du brigandage, de l'irrédentisme, du fondamentalisme religieux ou de l'ethnicité.

Nous avons jusqu'à présent énuméré quelques facteurs qui affectent, dans la pratique quotidienne, la plénitude de la représentation moderne de la souveraineté. Qu'en est-il de notre réflexion théorique et de son impact sur le devenir de la norme de non-intervention ? La démythification de la souveraineté cherche principalement à dépouiller ce concept d'une assise fondationnelle ahistorique et acontextuelle. La souveraineté/*parergon* est précisément un cadre intelligible dont le contenu varie en fonction des interprétations, des pratiques historiques, d'un savoir et d'une symbolique transsubjective. L'idée d'un domaine réservé, intouchable, inchangé et au-delà de toute critique internationale est révolue. Si nous devons absolument conserver le concept de souveraineté, c'est bien en tant que signe d'une irréductible différence. Parallèlement à ce refus de l'indifférenciation abstraite, la souveraineté comporte un élément social antithétique à la représentation moderne qui enferme

⁽²⁴⁸⁾ Lawrence D. ROBERTS, "United Nations Security Council Resolution 687 and its Aftermath : The Implications for Domestic Authority and the Need for Legitimacy", (1993) 25 *New York University Journal of International Law and Politics* 593 ; David J. SCHEFFER, "Use of Force After the Cold War : Panama, Iraq, and the New World Order", in L. HENKIN and al. (ed.), *op. cit.*, note 137, pp. 109-172.

⁽²⁴⁹⁾ Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace du politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992 ; Olivier CORTEN, "Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation", (1996) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 71, pp. 108 à 112.

hermétiquement les communautés domestiques sur elles-mêmes. Pour cela, elle doit répondre à l'autorité rationnelle des normes légales.

Par conséquent, la souveraineté n'est plus de l'ordre d'un universel préexistant et transcendantal qui va, par la suite, déterminer les situations à savoir si, oui ou non, elles tombent dans le champ d'une intervention illicite. Autrement dit, la seule mention de la souveraineté ne dicte pas le contenu de la norme de non-intervention car ces deux notions se construisent réciproquement et historiquement.

“Reflective judgment has exemplary validity ; it does not subsume the particular under a general rule, nor does it determine a general rule on the basis of a particular case, but regards the particular case as an example of a hypothetical universal.

Thus, reflective judgment in a strategy of commensuration between value systems rather than a source of universal value in itself. Reflective judgment is a reflective concept, capable of making strangers communicate in the absence of a shared meta-vocabulary. As such, it turns moral concepts into containers of both experience and expectation, but without any promises of transcendence.”⁽²⁵⁰⁾

Étant donné l'absence, au niveau international, d'une institution centrale et formelle pour interpréter et juger les situations, il faut nous en remettre, pour la construction dialogique et historique de la souveraineté et de la non-intervention, à l'idée hypothétique d'une communauté normative. Cette idée fera l'objet du chapitre suivant et dernier.

⁽²⁵⁰⁾ J. BARTELSON, *loc. cit.*, note 72, pp. 276, 277.

CHAPITRE 2

L'ENJEU NORMATIF D'UNE HYPOTHÉTIQUE COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Les termes de globalisation et de mondialisation réfèrent à des phénomènes hautement complexes de mouvements transnationaux et locaux, tant au niveau des biens, des services, des personnes, de la culture, de la criminalité, des systèmes de pensée, des modèles de gestion sociale, politique ou économique, etc... Or, si ces termes connotent une certaine ambiguïté, en ce que nous ne pouvons guère anticiper leurs conséquences, il va de soi que ces termes, malgré la diversité des phénomènes qu'ils regroupent, manifestent la désarticulation de la dichotomie moderne entre l'interne et l'externe élaborée dès le XVI^e siècle. Cette dichotomie, faut-il le rappeler, a fondamentalement privilégié l'interne, en présupposant l'existence d'une communauté domestique, au détriment de l'externe, en reléguant celui-ci à l'anarchie et au chaos.

Pour cette raison, l'introduction et l'utilisation de plus en plus accentuée d'une communauté pour désigner cette sphère internationale, jusqu'alors chaotique, suscitent plusieurs appréhensions. De plus, le discours sur la communauté internationale alimente ces appréhensions par son incapacité, ou son refus, de cerner son objet. Qu'est-ce que cette communauté internationale représente au juste ? Ou encore, peut-elle faire l'objet d'une représentation ? Regroupe-t-elle l'ensemble des individus ou l'ensemble des États ? A-t-elle été appropriée par un cercle restreint d'acteurs internationaux puissants et qui rehaussent ainsi, par le seul pouvoir d'un mot, la légitimité de leur agir ? Sans prétendre répondre à toutes ces questions, il nous faut, dès maintenant et de façon urgente, entamer une réflexion sur la notion de communauté internationale pour éliminer, à tout le moins, certaines significations qu'elle est susceptible d'emporter.

Section 1. Globalisation et désarticulation de la dichotomie internationale

La conceptualisation dichotomique de la sphère internationale reflète le traditionnel débat identitaire entre l'universalisme et le particularisme, ou entre le cosmopolitisme et le communautarisme. Pour fins d'illustration, Kant est généralement associé au courant cosmopolitique, et sa philosophie politique trouve une vigueur nouvelle et toute contemporaine depuis que les tenants pour un mouvement systémique et global vers la démocratie se réclament d'elle. Néanmoins, cette récupération théorique soustrait l'impératif catégorique kantien pour ne retenir qu'une application instrumentale et technique du régime démocratique. Par opposition, Hegel est affilié au courant communautariste et il suscite bien souvent une pensée nostalgique de la communauté perdue, qui s'assimile à un grand tout organique ou authentique. Les récupérations kantienne ou hégélienne dénotent cette préoccupation omniprésente concernant l'identité étatique. Nous verrons donc que cette identité se construit autour de l'Autre ou de la différence. Jusqu'à maintenant, l'Autre figure indistinctement une sphère internationale remplie de dangers. La différence, incarnée par la coexistence d'une multitude d'entités étatiques, a délibérément été diabolisée, afin de conforter l'image moderne d'une communauté domestique fermée sur elle-même et sur une identité exclusive et insulaire. Il va de soi que cette image a déterminé la force du droit international ou, pour mieux dire, sa faiblesse. Il va également de soi que cette image perd de son hégémonie explicative face à la globalisation et à la désarticulation subséquente et *de facto* de la dichotomie entre l'interne et l'externe.

1.1 Le phénomène identitaire et les fantômes kantien et hégélien

Nous avons employé à dessein la métaphore du fantôme pour illustrer l'influence invisible, quoique présente, de Kant et de Hegel dans l'articulation antithétique du débat sur l'universalisme et le particularisme. Notre intention se situe

beaucoup moins au niveau de la pensée *stricto sensu* de ces philosophes, bien qu'il faille y revenir un tant soit peu, qu'aux récupérations postérieures et théoriques de celle-ci, car elles imprègnent durablement la conceptualisation juridique des relations entre l'individu et l'État, puis entre les États eux-mêmes. Ces récupérations, qui soit dit en passant ne sont pas toutes heureuses, peuvent *grosso modo* se diviser en courants opposés à savoir, le cosmopolitisme qui revendique spécifiquement l'héritage kantien et le communautarisme qui se range du côté hégélien. Si ces deux courants font l'objet de plusieurs controverses à l'interne, c'est-à-dire dans la relation entre l'individu et l'État, il faut, dans l'hypothèse sous étude, considérer les effets de cette opposition au niveau international. Pour cette raison, nous n'aborderons pas l'éventail des subtilités philosophiques et politiques qui composent ce vaste débat. Nous allons surtout nous attarder à certaines récupérations qui s'attachent précisément aux relations interétatiques et à ce qu'elles devraient être.

La particularité de Kant réside, d'une part, dans la reconnaissance de la nature guerrière de l'humanité et, d'une autre part, dans le refus d'une incompatibilité entre cette dite nature et un projet de paix perpétuelle entre les États⁽¹⁾. Bien au contraire, il inscrit la première dans la seconde au lieu de conclure à un état de nature international, anarchique et incontournable. Cette inscription se fait par l'entremise de deux conditions complémentaires. Premièrement, la recherche d'une structure politique et juridique internationale à savoir, une fédération libre de républiques. Deuxièmement, la constitution nationale des républiques s'accomplit nécessairement par l'exercice de la raison chez l'individu⁽²⁾. De cette façon, Kant établit un lien direct

⁽¹⁾ Emmanuel KANT, "Projet de paix perpétuelle" dans E. KANT, *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Librairie de Ladrangé, 9^e éd., 1837, pp. 273-349 ; Thomas MERTENS, "War and International Order in Kant's Legal Thought", (1995) 8 *Ratio Juris* 296, p. 300.

⁽²⁾ Cecelia LYNCH, "Kant, the Republican Peace, and Moral Guidance in International Law", (1994) 8 *Ethics & International Affairs* 39, p. 50.

entre les sphères domestique et internationale ; il réunit l'homme et le citoyen. L'État kantien et, par voie de conséquence le système d'États, sont partiellement et historiquement constitués par les idées que l'on entretient sur eux, aussi, les hommes en tant qu'agents peuvent véritablement transformer leur condition sociale et politique. Ils n'en sont pas seulement capables, ils ont l'obligation, selon un impératif catégorique, d'user de leur raison dans l'organisation de leur vie sociale et politique afin de s'approcher graduellement des idées de justice universelle et de paix perpétuelle⁽³⁾.

Parce que l'État est une société d'individus raisonnants, il est doué d'une personnalité morale et protégé dans sa souveraineté et son intégrité territoriale⁽⁴⁾. En effet, Kant conçoit une alliance progressive des républiques, d'où l'interdiction formelle d'intervention car elle suppose une alliance imposée par la force et la coercition⁽⁵⁾. Pour terminer ce bref survol il faut réitérer le caractère pragmatique du projet de paix perpétuelle⁽⁶⁾. L'état cosmopolitique ne prétend pas décrire une réalité mais il se présente comme un idéal régulateur pour l'action. Les États ou les particularismes s'inscrivent donc sous un universel qu'est l'hypothétique communauté civile humaine⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Andrew LINKLATER, *Men and Citizens in the Theory of International Relations*, London, The MacMillan Press Ltd., 1982, pp. 26 et 97.

⁽⁴⁾ T. MERTENS, *loc. cit.*, note 1, pp. 300 à 312.

⁽⁵⁾ E. KANT, *loc. cit.*, note 1.

⁽⁶⁾ Jens BARTELSON, "The Trial of Judgment : A Note on Kant and the Paradoxes of Internationalism", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 255, pp. 275, 276.

⁽⁷⁾ Jean-Michel BESNIER, "Le droit international chez Kant et Hegel", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 85, pp. 88, 89 ; Mark F.N. FRANKE, "Immanuel Kant and the (Im) Possibility of International Relations Theory", (1995) 20 *Alternatives* 279, p. 280 ; Jürgen HABERMAS, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1996.

Le discours sur le prétendu mouvement vers une démocratisation planétaire reprend à son compte les idées exposées ci-haut, néanmoins cette récupération s'accomplit bien souvent en atténuant la complexité du projet kantien. Nous pensons notamment à l'assimilation rapide entre le régime démocratique contemporain et le régime républicain proposé à l'époque de Kant. Ou encore à la confusion systématique entre la dissémination de la démocratie et la réalisation concrète de la paix internationale. Ce procédé d'assimilation peut s'expliquer, en tout ou en partie, par l'occultation d'une condition établie par Kant. En effet, la plupart des récupérations exigent l'instauration et la propagation du régime démocratique en tant que structure politique et juridique, sans pour autant reconnaître la condition *sine qua non* de cette exigence matérielle, et que l'on retrouve dans l'exercice de la raison par les individus qui composent les républiques. Le projet de paix perpétuelle est donc amputé de l'impératif catégorique, impératif central à la philosophie kantienne dans son ensemble, pour se restreindre à une structure politique et juridique extérieure aux hommes et aux idées qu'ils entretiennent à son sujet. Cette seule remarque démontre à quel point certaines récupérations contemporaines sont étrangères à la philosophie de Kant. En limitant la paix à une structure matérielle, elles dissocient de nouveau les sphères nationale et internationale et l'homme du citoyen. De plus, ces récupérations autorisent ne serait-ce qu'implicitement l'exportation de gré ou de force du régime démocratique, puisque celui-ci se confond exclusivement à une structure matérielle, dans des régions qui, pour des raisons toutes différentes les unes des autres, sont inaptes à le recevoir à un moment précis.

Présentée plus souvent qu'autrement comme le pôle opposé à la liaison singulière entre la philosophie kantienne et le cosmopolitisme, la pensée hégélienne est affiliée, quant à elle, au communautarisme. Et celui-ci, au niveau international, emporte comme conséquence une certaine apologie des particularismes contre la notion d'un universel, quant bien même il serait hypothétique. En d'autres mots, le

communautarisme international ne signifie pas l'avancement d'une grande communauté mondiale et unifiée⁽⁸⁾. Bien au contraire, il insiste sur la nécessité de communautés particularisées car elles sont les récipiends exclusifs des valeurs, de l'éthique et du droit. En ce sens, Hegel est associé à la défense des communautés et, plus largement, aux droits des États⁽⁹⁾, contrairement au droit cosmopolitique ou aux droits de la personne humaine.

Les prochains développements reviennent sur la pensée politique de Hegel, dans la mesure où elle s'oppose au discours sur la démocratisation planétaire et à un droit cosmopolitique, et où elle est récupérée par certains tenants d'un relativisme radical entre les cultures. Parallèlement, l'idéal de communauté est discrédité auprès de plusieurs penseurs du XX^e siècle car il se confond à une espèce de nostalgie pour un tout organique qui exclut irrémédiablement la différence ou l'étranger⁽¹⁰⁾. Au niveau international, cela a pu se traduire jusqu'à tout récemment par la prétention de chaque nation souveraine à exprimer un tout social⁽¹¹⁾. L'idéal de communauté évoque donc une totalité, une fermeture et une exclusion. Pour cette raison, il devient suspect normativement, c'est-à-dire suspect dans son habileté à guider les relations et l'agir international. De cela, plusieurs auteurs en ont déduit une perte de vitesse de la philosophie hégélienne en tant que schéma conceptuel pour le droit.

⁽⁸⁾ Chris BROWN, "International Political Theory and The Idea of World Community", in Ken BOOTH and Steve SMITH (eds.), *International Relations Theory Today*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1995, pp. 90-109, p. 91.

⁽⁹⁾ Fernando R. TESÓN, "Realism and Kantianism in International Law", (1992) 86 *American Society of International Law Proceedings* 113.

⁽¹⁰⁾ Drucilla CORNELL, *The Philosophy of the Limit*, New York, Routledge, 1992, pp. 39 et suivantes.

⁽¹¹⁾ Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté. Essai sur la fonction du droit international*, coll. Textes à l'appui / série histoire contemporaine, Paris, éd. La Découverte, 1995, p. 316.

Hegel se préoccupe essentiellement, dans sa théorie politique, de la constitution et de la structure interne de l'État car il y voit une construction unique et historique dont l'achèvement figure l'unité objective par excellence⁽¹²⁾. Parce que l'État est une entité organique, il est doté d'une spécificité et d'une histoire qui ne peuvent, en aucun cas, être transférées vers les autres peuples par l'adoption purement instrumentale d'une constitution. Celle-ci relève d'un cheminement historique et particulier et non d'une décision apriorique. Aussi, et à l'inverse des théories contractualistes, que ces théories s'appuient sur une relation de tous avec tous ou, indifféremment, de tous avec un gouvernement, l'individu ne possède aucun droit préexistant et préalable à la société ou à l'État⁽¹³⁾. En fonction même de son caractère organique l'État est étranger à la logique contractuelle. L'individu devient un sujet de droit au travers d'une lutte pour la reconnaissance, lutte qui se traduit plus spécifiquement par la dialectique du maître et de l'esclave⁽¹⁴⁾. Sans vouloir insister outre mesure sur cette dialectique, Hegel conçoit la liberté de l'homme dans la confrontation avec la mort. D'une part, le maître prouve sa liberté devant l'emprise biologique de la nature en défiant la mort par un combat. D'une autre part, l'esclave ou le vaincu travaille pour le maître, mais il réussit néanmoins à s'émanciper de l'emprise naturelle par un moyen détourné à savoir, la transformation technologique du monde extérieur⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Bernard GILSON, *The 'Conceptual System of Sovereign Equality*, coll. Philosophie du droit international, Leuven : Peeters, 1984, p. 24 ; G.W.F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, coll. Tel, Paris, Gallimard, 1940, p. 360 § 274 ; Andrew VINCENT, "The Hegelian State and International Politics", (1983) 9 *Review of International Studies* 191, p. 192.

⁽¹³⁾ G.W.F. HEGEL, *id.*, p. 117.

⁽¹⁴⁾ Erik RINGMAR, "The Relevance of International Law : A Hegelian Interpretation of a Peculiar Seventeenth-Century Preoccupation", (1995) 21 *Review of International Studies* 87, pp. 94, 95.

⁽¹⁵⁾ Catherine H. ZUCKERT, "On the Role of Spiritedness in Politics", in Catherine H. ZUCKERT (ed.), *Understanding the Political Spirit : Philosophical Investigations from Socrates to Nietzsche*, New Haven, Yale University Press, 1988, pp. 1-29, pp. 16 à 20.

S'il nous a fallu mentionner ne serait-ce que succinctement la lutte pour la reconnaissance, et parallèlement la dialectique du maître et de l'esclave, c'est bien parce qu'il s'agit d'un élément central à la philosophie hégélienne du droit. L'individu ne se comprend pas sans l'Autre et sans sa reconnaissance ; il se constitue successivement dans la relation à la famille, à la société civile pour finalement embrasser celle de l'État. À cette ultime étape, la volonté individuelle ne peut plus se concevoir en opposition à la volonté étatique, bien au contraire, la première et la deuxième se confondent dans une unité objective⁽¹⁶⁾.

La paradoxe hégélien se trouve tout entier dans la nécessaire relation à l'Autre afin seulement d'exprimer une quelconque individualité⁽¹⁷⁾. Cette dernière repose donc tout à la fois sur une distance et une dépendance par rapport aux autres et ce paradoxe se constate tout autant chez l'État.

“Par conséquent, par rapport aux autres, l'État est souverainement autonome. Exister comme tel pour un autre État, c'est-à-dire reconnu par lui, est sa légitimation première et absolue. Mais cette légitimation est en même temps formelle et réclamer la reconnaissance d'un État seulement parce qu'il est État, est quelque chose d'abstrait. Qu'il soit vraiment un État existant en soi et pour soi dépend de son contenu, de sa constitution, de sa situation, et la reconnaissance qui implique l'identité des deux États, repose aussi sur l'opinion et la volonté de l'autre. Pas plus que l'individu n'est une personne réelle sans relation à d'autres personnes, l'État n'est un individu réel sans relation à d'autres États.”⁽¹⁸⁾

⁽¹⁶⁾ B. GILSON, *op. cit.*, note 12, p. 24.

⁽¹⁷⁾ A. VINCENT, *loc. cit.*, note 12, p. 193.

⁽¹⁸⁾ G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 12, p. 359, § 331.

En ce sens, la souveraineté de l'État sur la scène internationale ressemble à l'identité individuelle. C'est d'ailleurs ce que nous avons examiné tout au long de cette thèse. Pour reprendre la pensée de Hegel, la souveraineté exige simultanément une singularité ainsi que la présence et une certaine dépendance face aux autres acteurs. L'analogie entre l'identité et la souveraineté a par ailleurs été reprise par Mervyn Frost, qui propose du même coup une théorie constitutive et contemporaine de la souveraineté étatique⁽¹⁹⁾. Nous parlons bien ici d'une récupération car l'auteur lui-même distingue soigneusement la philosophie politique de Hegel de son système métaphysique, tout en acceptant la première mais non le second. Dans notre hypothèse, il suffit de reconnaître avec Hegel, puis avec Frost, que l'État ne peut se constituer en sujet de droit qu'au travers des relations avec les autres États. Par conséquent, l'obligation légale découle d'un lien relationnel et social et non d'un acte de volonté unilatéral et isolé.

Le droit international est en quelque sorte le jeu constant entre l'identité et la différence. Voilà pourquoi certains commentateurs, dont notamment Kojève⁽²⁰⁾ ont lu dans les paragraphes § 330 et suivants de la *Philosophie du droit* de Hegel que le droit international ne peut demeurer qu'en puissance, car son actualisation entraîne subséquemment l'annihilation des États pour l'instauration d'un grand tout social ou d'une société civile mondiale, avec un droit qui ne se distingue plus en rien du droit interne. Autrement dit, avec la dissolution des individualités étatiques ou des particularismes, il y a inévitablement dissolution de la politique et du droit international

⁽¹⁹⁾ Mervyn FROST, *Towards a Normative Theory of International Relations. A Critical Analysis of the Philosophical and Methodological Assumptions in the Discipline with Proposals Towards a Substantive Normative Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 162 à 216.

⁽²⁰⁾ Alexandre KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, coll. Bibliothèque des idées, Paris, Gallimard, 1981 ; voir également J.-M. BESNIER, *loc. cit.*, note 7, p. 91 ; A. VINCENT, *loc. cit.*, note 12, p. 197 ; Chris BROWN, *International Relations Theory. New Normative Approaches*, New York, Columbia University Press, 1992, pp. 66 à 73.

car ceux-ci reposent sur la coexistence plurale des souverainetés et sur le jeu de l'identité et de la différence. En l'absence de vis-à-vis autonomes et toujours suivant le paradoxe hégélien, il ne peut plus y avoir d'État souverain.

En vertu des remarques précédentes, nous pouvons aisément comprendre le sérieux de la crainte contemporaine chez certains philosophes à propos de l'idéal de communauté. À l'interne comme à l'externe cet idéal peut signifier, et a signifié, une fermeture sur un tout social et hermétique. La notion de fermeture, particulièrement au niveau identitaire, rappelle à elle celles de l'exclusion et d'une profonde intolérance pour tout élément étranger. La communauté et le droit qui la sous-tend ne sont plus synonymes du jeu et du respect de l'identité et de la différence. À l'opposé, ils anéantissent le jeu dialectique dans une prétendue objectivité. Doit-il nécessairement en être ainsi pour toute personne qui fait appel à l'idéal de communauté ? Ce quatrième et dernier chapitre s'attache précisément à cette question.

Pour l'instant, nous retenons de la position hégélienne le paradoxe de l'identité et de la différence. C'est-à-dire que l'individu ou, indifféremment, l'État souverain ne peut pas se penser sans l'Autre ou en isolation. En cela, nous nous éloignons explicitement du sujet d'inspiration kantienne. Cette position nous soulage parallèlement du carcan libéral classique au niveau international, exposé en première partie de cette thèse. À cet effet, rappelons-nous que la philosophie libérale reposait précisément sur une représentation absolue de la souveraineté. L'État évoluait dans une espèce de vacuum social grâce à une identité préétablie, statique et monologique. Conséquemment, le caractère contraignant du droit international ne pouvait découler que d'une auto-limitation du sujet étatique, auto-limitation qui se traduisait par un acte de volonté ponctuel. D'un autre côté, nous refusons catégoriquement le caractère dit organique de l'État et avancé par Hegel et ce refus est essentiellement motivé par le rejet de son système métaphysique. L'État est, pour notre part, une entité formelle

construite historiquement par l'homme et pour l'homme. Ce "fondement" artificiel, contrairement aux prétentions qui relèvent de l'authenticité et qui entraînent des dérives totalitaires, autorise un lien identitaire entre les membres de la communauté étatique sans pour autant les enfermer exclusivement à l'intérieur de celui-ci.

Nous conservons donc de la souveraineté le signe d'une irréductible singularité, ou d'une différence pour reprendre les termes de Bataille⁽²¹⁾, qui reste néanmoins ouverte aux changements et aux modifications spatio-temporelles que la finitude humaine oblige et que la seule présence de l'Autre peut provoquer. Le signe d'une irréductible singularité s'élève notamment contre l'indifférenciation abstraite reliée à un grand tout social et homogène. Toutefois, force est de constater que cette affirmation nous laisse avec une multitude de singularités ou de différences sur la scène internationale. Dans ces conditions, comment ces particularismes vont-ils s'articuler ? En l'absence de principes normatifs, ne risquent-ils pas de se figer sur eux-mêmes puis de se déchaîner l'un contre l'autre dans le but, plus ou moins avoué, d'anéantir la différence ? Et c'est ici précisément que l'introduction du droit international, en tant que recherche d'une certaine objectivité, est nécessaire⁽²²⁾, afin de balancer, de comparer et de synchroniser une foule de demandes et de prétentions rivales entre les acteurs⁽²³⁾. Parce qu'ils sont plusieurs, les acteurs ont besoin du droit, et de sa violence toute particulière, dans leurs relations usuelles ainsi que dans le règlement de leurs litiges.

(21) Voir en général George BATAILLE, *Somme athéologique. I. L'expérience intérieure*, suivie de *Méthode de méditation et de post-scriptum* 1953, Paris, Gallimard, 1954 ; G. BATAILLE, *Oeuvres complètes VIII. La souveraineté*, Paris, Gallimard, 1976 ; et plus particulièrement M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 11, p. 316.

(22) M. CHEMILLIER-GENDREAU, *id.*, p. 56.

(23) D. CORNELL, *op. cit.*, note 10, p. 105.

Le droit international, et nous retrouvons en quelque sorte Kant, est la balance toujours révisable entre les particularismes par un appel à un universel hypothétique qu'est la communauté internationale. Nous insistons d'ores et déjà sur le sens du mot hypothétique et qui se rapproche, dans le cas qui nous occupe, d'un principe régulateur de la conduite internationale. En d'autres mots, le principe d'une communauté internationale ne nous dit rien en soi et pour soi. Il ne réfère à aucun contenu statique et défini qui va, par la suite, déterminer autoritairement la conduite des acteurs. Il ne prétend pas indiquer une vérité unique et univoque, non plus qu'un code moral uniforme. Mais, parce qu'il s'appuie sur la balance des particularismes, le principe de la communauté nous aide à départager entre nous et suivant le contexte les interprétations légales acceptables des inacceptables.

1.2 La représentation de l'Autre et du danger

Comme nous l'avons à maintes reprises affirmé, la constitution de l'identité souveraine de l'État est un acte social car elle revendique une relation minimale avec l'Autre ou la différence pour se réaliser. Au niveau interne, d'une part, les individus doivent avoir conscience de l'État pour que celui-ci puisse exister, avec tout ce que cela peut comporter dans l'échelle des croyances, des symboles et du mythe. Autrement dit, chaque individu doit donner un peu de lui-même pour que l'être collectif, qu'est l'État, devienne singulier⁽²⁴⁾. D'une autre part, et ceci nous intéresse tout spécialement, l'identité souveraine au niveau international remplit des fonctions complémentaires⁽²⁵⁾ à savoir, un rôle de différenciation entre les acteurs, un rôle de catégorisation de ces mêmes acteurs et qui octroie ensuite une certaine stabilité dans

⁽²⁴⁾ Nous reprenons ici les termes de Pierre GUENANCIA, "L'identité", dans Denis KAMBOUCHNER (dir.), *Notions des philosophie, II*, coll. Folio/Essais, Paris, Gallimard, 1995, pp. 563-635, pp. 606, 607.

⁽²⁵⁾ Nous nous sommes librement inspirés d'une liste des appétits générés par l'identité souveraine et établie par Alexander WENDT, "Collective Identity Formation and the International State", (1994) 88 *American Political Science Review* 384, p. 385.

les relations internationales et enfin, un rôle de reconnaissance qui se distingue de celui passant par la force ou la guerre. Car il y a bien dans cette dernière hypothèse une forme de reconnaissance, toutefois l'autre entité étatique est considérée telle un objet, et non comme un sujet, à la seule fin de l'anéantir ou de l'affaiblir⁽²⁶⁾.

Nous avons par ailleurs avancé que l'identité étatique, tout comme l'identité individuelle, se construit au travers d'un processus dialectique entre les déclarations que l'on fait sur nous dans le temps, et les déclarations que les autres font sur nous. Nous avons emprunté à cet effet la notion d'identité narrative de Ricoeur pour qualifier ce processus. Cet emprunt nous obligeait parallèlement à refuser l'image cartésienne d'un sujet qui se pose lui-même abstraitement et une fois pour toute et dont l'identité suggère l'immutabilité, le monologisme et l'insularité. L'identité se construit donc socialement, c'est-à-dire en relation constante avec une série de différences, et celles-ci sont indispensables à celle-là⁽²⁷⁾.

Cependant, l'identité cherche généralement à s'établir puis à se fixer à l'intérieur d'une forme immuable, ne serait-ce que pour répondre à un besoin de certitude ontologique. Du même coup, cette forme va devenir le modèle unique et incontournable ou le critère de vérité ou d'authenticité. C'est précisément à ce moment que la relation entre l'identité et la différence se transforme. Tout comme l'identité avait besoin de la différence pour être, elle va bientôt rejeter la différence

⁽²⁶⁾ Voir à cet effet Jean-Marc FERRY, *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, tome 1 : Le sujet et le verbe, coll. Passages, Paris, éd. du Cerf, 1991, p. 67 : "La guerre est une forme d'interaction où l'autre sujet qu'est l'objet de l'agir stratégique n'est toutefois pas traité comme celui avec qui l'on communique, c'est-à-dire comme un Je. En cela, on peut dire que la guerre est ontologiquement injuste. Dans la guerre, l'agir stratégique assume une sorte de contradiction performative : il faut estimer l'objet à sa juste valeur de sujet, afin de pouvoir le réduire à l'état d'objet."

⁽²⁷⁾ Pour cette relation dégénérative entre l'identité et la différence, voir William E. CONNOLLY, *Identity/Difference. Democratic Negotiations of Political Paradox*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1991, pp. 64, 65.

dans le seul but de consolider sa position. Ce rejet s'accomplit de deux manières qui peuvent par ailleurs se combiner. L'identité peut, en premier lieu, convertir négativement ces différences en infériorité ou en danger ou, en deuxième lieu, viser à exporter son modèle et ainsi abolir les différences.

Cette particularité de la relation entre l'identité et la différence est singulièrement évidente voire spectaculaire sur la scène internationale. Pour s'implanter, l'identité souveraine a besoin des différences ou de ses vis-à-vis qui l'élèvent précisément à la catégorie étatique. Cependant et une fois mise en place, l'identité souveraine se ferme généralement sur elle-même. Elle devient bientôt le signe d'une communauté domestique exemplaire dans la façon d'organiser la sphère interne. Simultanément, et afin de consolider cette "certitude" normative, elle fait miroiter une ère de dangers à l'extérieur de ses frontières conceptuelles et géographiques⁽²⁸⁾. L'image de l'anarchie internationale⁽²⁹⁾ a joué ce rôle en étant virtuellement dangereuse pour l'identité nationale. Pour résumer, l'identité nationale revendique les différences à l'externe pour ensuite les métamorphoser en dangers afin de fortifier, ou seulement simuler, une cohésion et une unité domestique inébranlables.

Illustrons ce procédé identitaire en nous situant à l'époque de la Guerre froide. Autant les États-Unis que l'U.R.S.S. se prétendent en possession de la réalité avec tout ce que cela peut évoquer au niveau de l'unicité et du dogmatisme. Il y a en quelque sorte une surenchère du réel autant au niveau économique, social que politique⁽³⁰⁾. À titre d'exemple, les États-Unis présentent leur communauté domestique en tant que

⁽²⁸⁾ William BLOOM, *Personal Identity, National Identity and International Relations*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 75 à 114.

⁽²⁹⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre 1.

⁽³⁰⁾ Cynthia WEBER, "Dissimulating Intervention : A Reading of the US-Led Intervention into Haiti", (1995) 20 *Alternatives* 265, p. 266.

détentrice de la vérité et en ce sens, elle est plus réelle que la communauté domestique soviétique. Cet exemple peut s'étendre au système économique ou encore au système politique qui vont également être mesurés et être comparés suivant une sorte de "quotient" de la réalité. Il y a donc bel et bien l'entretien d'un climat de guerre froide entre deux principaux protagonistes. Nous utilisons à dessein le terme de climat afin de souligner l'aspect irrationnel dans la constitution identitaire bipolaire. Il va de soi que celle-ci débute avec des données empiriques, mais elle s'alimente autant et sinon plus à partir du symbolisme, de l'insécurité et de l'inconnu.

Les États-Unis et l'U.R.S.S. se sont donc mutuellement construits en ennemis. C'est dire que l'Autre devant soi regroupe indistinctement l'ensemble des différences et des dangers possibles ou imaginaires pour l'identité nationale. Les craintes de la communauté domestique sont projetées à l'extérieur d'elle, vers ce lieu informe qu'est l'autre communauté⁽³¹⁾. Néanmoins, et ce problème se pose avec les phénomènes d'invasion et d'intervention, le danger relié à l'Autre peut parfois être difficile à contenir. L'ennemi pénètre alors, physiquement ou symboliquement, à l'intérieur des frontières et il "contamine" les citoyens de la communauté. À cet effet, pensons à l'épisode de la "chasse aux sorcières" aux États-Unis et où des citoyens américains furent soupçonnés d'être des sympathisants à la cause communiste.

La partition bipolaire du monde a par ailleurs déterminé l'ensemble des relations internationales. Autrement dit, elle ne s'est pas cantonnée au jeu entre les deux protagonistes principaux, quoique ceux-ci aient tiré les ficelles en majeure partie.

⁽³¹⁾ À cet effet, écoutons Roland Barthes qui établit une analogie entre l'Altérité et les Martiens : "Le mystère des Soucoupes Volantes a d'abord été tout terrestre : on supposait que la soucoupe venait de l'inconnu soviétique, de ce monde aussi privé d'intentions claires qu'une autre planète. Et déjà cette forme de mythe contenait en germe son développement planétaire ; si la soucoupe d'engin soviétique est devenu si facilement engin martien, c'est qu'en fait la mythologie occidentale attribue au monde communiste l'altérité même d'une planète : l'U.R.S.S. est un monde intermédiaire entre la Terre et Mars.", dans *Mythologies*, coll. Points/Essais, Paris, Éditions du Seuil, 1957, p. 42.

Tous les autres États se rangeaient ou étaient rangés dans un camp ou dans l'autre. Cette position consolidait en retour leur identité nationale, à tel point qu'elle a fortement contribué à un mouvement dit des "pays non alignés". L'identité internationale s'est bâtie pendant la Guerre froide autour d'une dualité, qui elle-même simplifiait la création, l'emplacement et la perception du danger.

La fin de la Guerre froide marque également l'abolition de cette dualité et du monde bipolaire. Les dangers sont de plus en plus fragmentés et leur caractère évanescent ne permet en aucun cas de les localiser définitivement pour les contenir et les maîtriser⁽³²⁾. Aussi, il devient excessivement difficile pour une communauté étatique quelconque de projeter ses peurs réelles ou imaginaires à l'extérieur d'elle et vers un ennemi clairement délimité. Par exemple, nous pouvons ranger sous la bannière de ces nouveaux types de dangers celui des actions terroristes. Premièrement, ces actes ne sont plus nécessairement le produit des autres États en face d'une communauté domestique ciblée. Au contraire, ils proviennent parfois de certaines factions nées au sein de cette même communauté. Deuxièmement, les actes terroristes se jouent des frontières, tout en demeurant insaisissables autant physiquement que conceptuellement. Nous entendons par cette dernière expression que les actes terroristes touchent directement la société civile, sans que celle-ci puisse véritablement les relier à un groupe défini. Le mystère entourant les acteurs terroristes soulève plusieurs questions : qui sont-ils ? que revendiquent-ils ? qui prétendent-ils représenter ? quelles sont leurs motivations ? La violence de leurs gestes est-elle justifiable ? Si ces questions ne font pas l'objet d'un semblant de réponse, alors les actes terroristes restent inintelligibles et les craintes de la communauté domestique ne peuvent aller qu'en augmentant.

⁽³²⁾ C. WEBER, *loc. cit.*, note 30, p. 273.

Devant cette métamorphose complète du danger certains commentateurs se prennent à regretter la présence des vieux ennemis étatiques⁽³³⁾, en ce qu'ils permettraient ironiquement une certaine stabilité ou encore un "équilibre de la terreur". En effet, la délimitation des ennemis permet en premier lieu de les connaître, pour ensuite et dans la mesure du possible, anticiper leurs comportements.

Le morcellement du danger et son évanescence semblent répondre parallèlement à l'intensification de l'interdépendance, qui elle-même désamorce la dichotomie formelle et historiquement établie entre l'interne et l'externe. Les dangers reliés à la différence se retrouvent désormais autant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la communauté domestique et ils déchirent justement l'illusion de cohésion et d'unité, même si cette cohésion et cette unité peuvent être reléguées à un âge d'or mythique, peu conforme à la construction communautaire qui s'élève dans et par la violence.

L'interdépendance et le morcellement apparent du danger remettent en cause l'image moderne du monde et de son organisation. Autant la logique communautarienne que la logique contractualiste ont inscrit l'homme à l'intérieur des frontières dans une communauté particulière, et ceci peu importe le lien qui unit l'individu à la société. Comme nous l'avons vu⁽³⁴⁾, cette stratégie répond de la procédure logocentrique qui privilégie à l'intérieur d'un couple conceptuel un terme par rapport à l'autre. Dans le cas nous intéressant, la communauté domestique représente ce premier terme et elle occupe les notions *a priori* positives d'ordre, de sécurité et de rationalité. Par opposition, la sphère internationale est présentée sous le signe de la différence, du danger et de l'anarchie.

⁽³³⁾ Il n'y a qu'à en juger par le titre de l'article de Lea BRILMAYER, "The Odd Advantage of Reliable Enemies", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 331.

⁽³⁴⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre 1.

Toutefois, cette image dichotomique ne résiste pas à un examen critique dans le temps et dans l'espace⁽³⁵⁾. En effet, pour la plupart des individus, les sources principales du danger se situaient et se situent toujours à l'intérieur de la communauté. Nous n'avons qu'à penser aux conflits et aux luttes de pouvoir au sein de l'appareil gouvernemental ou entre les classes sociales ou ethniques, aux guerres civiles ou encore à l'orthodoxie religieuse ou politique et, conséquemment à l'intolérance, qu'une société peut entretenir face à des membres dits marginaux. Pour ces raisons, l'interdépendance contemporaine et le morcellement visible du danger n'ont pas bouleversé radicalement l'organisation du monde cependant, ils ont certainement détruit l'image ou la représentation que l'on s'en faisait, ainsi que la perception sous-jacente du danger qui n'est plus dorénavant confiné à la sphère lointaine et mystérieuse qu'a pu être l'international.

L'intensification de l'interdépendance globale compromet plus généralement le pouvoir à l'interne dans sa dite capacité souveraine à contrôler la destinée collective de sa communauté⁽³⁶⁾. Nous faisons référence bien sûr à cette image moderne d'un contrôle et d'une maîtrise absolue sur un territoire délimité et sur une population définie. Toutefois, et nous en avons déjà glissé un mot dans des développements antérieurs, l'État souverain n'a jamais véritablement déployé cette capacité. Il l'a tout au plus simulée. L'État a toujours dû agir en fonction de certains éléments empiriques incontournables sur la scène internationale et, ce qui n'est pas peu dire, en fonction de la perception de cette même scène internationale par sa communauté domestique⁽³⁷⁾. L'on nous répondra peut-être que cette perception a été faussée voire manipulée par le pouvoir politique et, qu'en conséquence, il a assurément conservé une maîtrise sur

⁽³⁵⁾ C. BROWN, *op. cit.*, note 20, p. 131.

⁽³⁶⁾ W.E. CONNOLLY, *op. cit.*, note 27, pp. 24 et 160.

⁽³⁷⁾ W. BLOOM, *op. cit.*, note 28, p. 81.

sa communauté. Il faut, selon nous, atténuer cette objection et, pour ce faire, nous aurons recours à la pensée de Jean Baudrillard⁽³⁸⁾. Cet auteur propose une lecture radicale des masses à l'effet qu'elles ne peuvent pas être manipulées car elles ne sont pas conductrices de sens. Leur seule pratique est l'indifférence, le silence et l'apathie aussi, le pouvoir demeure dans l'impossibilité de les représenter.

"La masse réalise ce paradoxe de n'être pas un sujet, un groupe-sujet, mais de n'être pas non plus un objet. Tous les efforts pour en faire un sujet (réel ou mythique) se heurtent à une éclatante impossibilité de prise de conscience autonome. Tous les efforts pour en faire un objet, pour la traiter et l'analyser comme une matière brute, selon des lois objectives, se heurtent à l'évidence inverse de l'impossibilité d'une manipulation déterminée des masses ou d'une appréhension en termes d'éléments, de relations, de structures et d'ensembles. Toute manipulation s'immerge, tournoie dans la masse, absorbée, détournée, réversibilisée. Impossible de savoir où elle mène, le plus vraisemblable est qu'elle s'y épuise dans un cycle sans fin, déjouant toutes les intentions des manipulateurs."⁽³⁹⁾

Sans nécessairement embrasser l'extrémisme et le pessimisme de ces vues qui s'appliquent plus particulièrement aux sociétés de consommation, la critique de Baudrillard nuance à tout le moins l'imaginaire entourant la puissance du pouvoir politique, et qui le présente invariablement sous la forme de l'omnipotence. Parce que les masses ou les communautés domestiques, c'est selon, ne sont ni entièrement sujet ni entièrement objet, elles ne sont pas manipulées aussi aisément qu'on le laisse à croire, et si elles le sont, l'issue de la manipulation n'est jamais assurée.

⁽³⁸⁾ Jean BAUDRILLARD, *À l'ombre des majorités silencieuses ou la fin du social*, Bibliothèque médiations, Paris, Denoël/Gonthier, 1982, pp. 7 à 54.

⁽³⁹⁾ *Id.*, pp. 35, 36.

Revenons pour lors à l'exemple précité sur l'opposition entre les États-Unis et l'U.R.S.S. La chute de ce dernier régime a entraîné la disparition de cet Autre, de ce protagoniste central qui regroupe commodément toutes les différences et tous les dangers qui s'y rattachent mais qui, paradoxalement, consolide l'identité américaine. Nous assistons depuis les années 1990 à une crise de la pensée internationale car celle-ci a tourné jusqu'ici autour de la représentation du danger pour la communauté domestique. La représentation du danger ne peut plus désormais se limiter à un lieu circonscrit et clairement visible. Autrement dit, la sphère internationale n'a plus le monopole de l'anarchie.

D'un autre côté, le danger ne peut plus être projeté, suivant le procédé dualiste, dans une entité étatique unique. La seule figure contemporaine qui se rapproche un tant soit peu de la stratégie et de la création d'un grand Autre, qui assemble toutes les différences et les dangers, demeure l'opposition entre l'Islam et l'Occident. Toutefois, cette dernière opposition diffère de celle entre deux États, en l'occurrence, les États-Unis et l'U.R.S.S. Afin de saisir cette distinction, il nous faut remonter dans le temps⁽⁴⁰⁾, avec la création européenne du système international moderne. En effet, cette création s'inspire d'une configuration culturelle propre à l'Occident et qui agence le particularisme et l'universalisme⁽⁴¹⁾. D'une part, cette configuration présente les États en tant qu'identités particulières, c'est-à-dire différents les uns des autres. D'une autre part, le modèle étatique en tant que cadre général de gestion politique formelle se réclame de l'universalité et il quadrille l'entièreté du monde territorial en États. L'antagonisme entre les États-Unis et l'U.R.S.S. au niveau identitaire respectait ce partage territorial du monde. Le modèle islamique repose quant à lui sur un

⁽⁴⁰⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre 1.

⁽⁴¹⁾ Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace du politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, p. 120.

universalisme religieux, sur une solidarité dans la foi qui transcende justement les frontières géographiques établies en fonction de la configuration occidentale.

Au-delà de cette différence dans l'articulation entre l'universalisme et le particularisme, nous assistons présentement à certaines entreprises politiques qui, tout en s'appuyant sur le modèle formel étatique, revendiquent les symboles culturels et religieux de l'Islam afin d'allier les mécontentements à l'interne sous la bannière du refus du monde occidental⁽⁴²⁾. Ces entreprises politiques créent un grand Autre, en l'occurrence le monde occidental, pour lui renvoyer la source de tous leurs problèmes. Cela a notamment pour effet de radicaliser l'identité et de consolider une communauté islamique extrémiste.

Nous pouvons conclure que la pensée internationale s'est élaborée autour de la représentation du danger qui, jusqu'alors, se situait selon le discours hors de la communauté domestique. L'identité étatique a nécessairement besoin de la différence internationale à la seule fin d'exister mais, par la suite, elle a eu tendance à transformer l'Autre en danger afin elle-même de se consolider. Cette tendance se heurte dorénavant à des dangers diffus, multipliés, fragmentés et qui défient l'artificialité des frontières géographiques et conceptuelles.

Section 2. La force symbolique de la notion de communauté internationale

La force symbolique, quoique négligée, du droit réside dans son pouvoir de nomination, en ce qu'il fait véritablement venir à l'existence juridique des choses et des êtres. Dire cela implique que la force du droit découle beaucoup plus de l'idée que l'on s'en fait que d'un élément compulsif et extérieur, tel que la sanction, ou que de

⁽⁴²⁾ *Id.*, p. 315.

l'existence d'une structure hiérarchique et centralisée. Et cette idée n'appartient à aucun sujet en exclusivité. À cet effet, le droit agit en tant que tierce partie, il tend au dépassement des fluctuations individuelles par l'appel à la forme ou à une idée transsubjective. Le problème de l'alliance entre la philosophie libérale classique et la méthodologie positiviste consiste précisément à refuser ce rôle de tiers au droit international. La représentation moderne de la souveraineté présuppose un sujet isolé et en parfait contrôle de son environnement. À son tour, cette représentation dérive l'obligation légale internationale de la seule volonté du sujet et de la pratique étatique. Par voie de conséquence, le droit international demeure rivé au sujet individuel et à l'enregistrement factuel.

Néanmoins, ce paradigme semble en perte de vitesse, devant un discours contemporain de plus en plus fréquent, et assurément alimenté par l'interdépendance empirique, sur la communauté internationale. Comme cette dernière évoque au minimum la notion de tiers ou d'extériorité, il faut dès lors s'interroger sur la nature du discours qui porte sur elle. L'intensification de ce discours laisse, par ailleurs, supposer l'inexistence d'une communauté internationale à ce jour. Si, à l'évidence, la représentation moderne de la souveraineté a participé à la conceptualisation de la communauté internationale en terme de non-communauté, il y a toujours eu, peu importe la période historique sous considération, des standards communautaires concernant l'acceptabilité des pratiques souveraines, même si ces standards ne sont pas nommés en tant que tel.

2.1 Le droit et le pouvoir symbolique

Nous avons abordé, à partir du phénomène identitaire, la désarticulation graduelle de la dichotomie moderne entre les sphères domestique et internationale. La désarticulation s'accomplit devant l'apparente perméabilité des frontières territoriales

face aux flux transnationaux, à tel point qu'il devient de plus en plus arbitraire de distinguer la sphère nationale de la sphère internationale. Les problèmes acquièrent une dimension globale, si l'on pense à l'économie, au terrorisme, à l'environnement, à certains conflits civils, aux réfugiés ou encore aux trafics d'armes ou de narcotiques... C'est ce que l'on entend lorsque l'on dit que le "monde" devient véritablement un objet de la politique intérieure, car il affecte directement la destinée des individus en temps de paix. Pour le dire autrement, le "monde" n'est plus l'objet de délibérations secrètes entre quelques élites gouvernementales et diplomatiques.

En outre, la désarticulation de la dichotomie moderne se produit au niveau d'une frontière conceptuelle. La sphère domestique n'est plus *ipso facto* synonyme de l'ordre et de la sécurité, si elle l'a déjà été pour un nombre infime d'États, alors que la sphère internationale n'est plus automatiquement qualifiée d'anarchique, dans l'hypothèse où ce mot évoque le chaos, l'irrationalité et le danger.

L'ébranlement de la frontière conceptuelle est également apparent si l'on se tourne vers le débat identitaire. Comme nous l'avons à maintes reprises exposé, l'identité s'assoit sur le même et sur la différence⁽⁴³⁾. Le même se définit comme une singularité partagée et, en ce sens, nous avons considéré l'identité souveraine étatique comme le signe d'une irréductible singularité. L'identité-mêmeté⁽⁴⁴⁾ suppose en effet un noyau dur dans le temps, malgré l'impossibilité de cerner cette "substance". Cette dernière remarque n'implique pas obligatoirement le dogmatisme découlant d'une substance posée, déterminée et immuable. Car l'identité repose tout autant et

⁽⁴³⁾ Voir la définition de Patrick GIRARD dans "Identités nationales et identité européenne", papier présenté lors du symposium *L'État-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, 5 octobre 1996, à Montréal, pp. 2, 3.

⁽⁴⁴⁾ Pour reprendre les termes utilisés par Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, coll. L'ordre philosophique, Paris, Éditions du Seuil, 1990.

paradoxalement sur la différence qui naît de la présence d'autrui, "cet autrui dont on ne partage pas la singularité et dont on cherche à se distinguer d'une manière ou d'une autre"⁽⁴⁵⁾. L'identité se construit donc au travers des relations avec autrui. L'individu ou l'État ont, en quelque sorte, plusieurs aspects identitaires, qu'ils feront valoir en fonction de la relation, du temps et de l'enjeu⁽⁴⁶⁾. Cette affirmation repousse conséquemment dans le cas de l'individu, l'idée d'une appartenance unique et exclusive à savoir l'identité nationale, tout comme l'idée d'une appartenance cosmopolite. S'il y a bien une identité nationale, elle ne brime pas l'individu dans la critique de l'agir international de son État. De plus et parce que l'identité nationale n'est pas exclusive, elle a beaucoup moins tendance à se rigidifier aux dépens de la différence.

L'interdépendance empirique a contribué au plus haut point à la désarticulation des frontières géographiques entre l'interne et l'externe. Elle a également suscité et alimenté des réflexions sur les frontières conceptuelles évoquées un peu plus haut, frontières qui, faut-il le rappeler, dépendent d'un savoir historiquement situé. Toutefois, l'interdépendance ne crée pas en soi, et à partir de la seule désarticulation de la dichotomie moderne, une communauté internationale. Parallèlement, cette notion apparaît de plus en plus fréquemment à l'intérieur des discours, que ceux-ci soient tenus par des institutions internationales, des organismes non gouvernementaux, des gouvernements dans l'énoncé de leur politique extérieure et, plus largement, au travers des médias. Il faut nous demander, et ceci nous occupera dans les développements subséquents : qu'est-ce que la notion de communauté internationale ? existe-t-elle *de facto* ? si non, devrait-elle exister ? qui la compose et que sous-tend elle au niveau normatif ? est-ce que le droit international joue un rôle dans sa construction et,

⁽⁴⁵⁾ P. GIRARD, *loc. cit.*, note 43, pp. 2, 3.

⁽⁴⁶⁾ B. BADIE, *op. cit.*, note 41, p. 270.

réciroquement, est-ce que la notion de communauté internationale participe à l'essor et à la consolidation du droit international ? Comme ces toutes dernières questions nous intéressent plus particulièrement, il nous faut émettre quelques remarques sur le pouvoir symbolique du droit en général, car elles répondent partiellement à notre préoccupation.

Le droit détient une capacité et un pouvoir symbolique de nomination, en ce qu'il crée véritablement les personnes, les groupes et les choses qu'il désigne⁽⁴⁷⁾. Le rôle essentiel mais pourtant méconnu du droit repose précisément dans cet aspect nominatif, contrairement aux rôles traditionnels d'interdiction ou de sanction et de gestion qu'on lui assigne systématiquement en vertu du schéma positiviste⁽⁴⁸⁾. Cela n'est pas à dire qu'il ne remplit pas également ces dernières fonctions d'interdiction et de gestion, toutefois ces dernières ont occulté jusqu'à présent son pouvoir de nomination. En nommant les personnes et les choses, le droit les identifie, et où identifier signifie une opération de classement et de regroupement sous un genre commun ou selon une certaine similitude⁽⁴⁹⁾. En les nommant, le droit fait venir à l'existence juridique ces personnes et ces choses. Pour cette raison, nous considérons que le droit se rend maître des faits⁽⁵⁰⁾, et qu'il peut même pousser son pouvoir de nomination en jouant la contre-factualité. Nous n'avons qu'à penser, pour illustrer ce jeu, au procédé de fiction juridique.

⁽⁴⁷⁾ Pierre BOURDIEU, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", (1986) *Actes de la recherche en sciences sociales* 3, p. 13.

⁽⁴⁸⁾ Michel Van de KERCHOVE et François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1992, pp. 155 à 160.

⁽⁴⁹⁾ P. GUENANCIA, *loc. cit.*, note 24, pp. 569, 570.

⁽⁵⁰⁾ Cette expression se retrouve dans M. Van de KERCHOVE et F. OST, *op.cit.*, note 48, p. 160.

Pourquoi accordons-nous une place centrale voire primordiale à ce pouvoir de nomination du droit ? La réponse est obligatoirement d'ordre philosophique. Tout savoir, dont le juridique, repose sur des principes de classement, de division et de hiérarchisation, et ces opérations d'identification⁽⁵¹⁾ s'avèrent nécessaires afin de rendre le monde intelligible. Au départ, celui-ci se présente comme une masse informe et gigantesque d'éléments et d'informations apparemment contradictoires. La nomination en identifiant les éléments et les informations procède à une sélection, elle départage ce qui est important de ce qui l'est moins, bref elle rend opérationnelle la faculté de juger. Ces principes de classement extraient les choses de la masse informe, ils les distinguent pour les poser en tant qu'objets de connaissance. Aussi, ces principes et ce rôle de nomination sont absolument nécessaires pour l'intelligibilité du monde et ce, malgré leur caractère arbitraire qui s'explique par l'historicité et la finitude de savoir humain.

Le droit utilise les formes et se démarque ainsi de la logique du cas particulier, pour se rapprocher d'une logique relativement indépendante du particulier et de la singularité⁽⁵²⁾. Nous préférons ajouter relativement car le raisonnement juridique a besoin du particulier comme du général, du cas sous étude comme de la norme formelle. Pour reprendre les termes explicites de Bourdieu à ce sujet, le formalisme du droit assure une constance et une prévisibilité devant les variations individuelles et les fluctuations temporelles⁽⁵³⁾. En cela, nous rejoignons notre exposé sur l'aspect pragmatique et communicationnel des normes internationales. En effet, ces dernières simplifient la complexité inhérente aux situations décisionnelles en départageant, à

⁽⁵¹⁾ Pierre BOURDIEU, "Habitus, code et codification", (1986) *Actes de la recherche en sciences sociales* 40, p. 41.

⁽⁵²⁾ *Id.*, p. 43.

⁽⁵³⁾ *Id.*

l'avance et formellement, les facteurs les plus importants des moins importants. Les normes, en tant qu'indicateurs à l'agir, dépassent les idiosyncrasies des acteurs et l'ignorance que l'on a d'eux. Devant les différences étatiques elles indiquent, même si elles doivent nécessairement être interprétées, un certain code de conduite. Aussi, les normes assurent généralement, et si observées, une certaine constance et une prévisibilité de l'agir international.

La force symbolique du droit réside précisément dans ce formalisme qui est en quelque sorte le signe d'un universel. Les formes présentées par le droit exercent donc une force certaine sur les acteurs, mais sans toutefois être perçue comme telle puisque ces mêmes acteurs les ont reconnues et acceptées⁽⁵⁴⁾. Elle se traduit beaucoup plus par une inclination à l'intérieur de l'agent, que par l'imposition d'une coercition extérieure et par l'obéissance craintive découlant de la seule possibilité d'une sanction après violation de l'ordre légal.

Le droit est un discours agissant en ce qu'il produit le monde social en le nommant, tout en étant réciproquement produit par celui-ci. Nous sommes donc en présence d'un travail récursif et continu. Certes, les formes présentées, les catégories et les principes de division et de classement du droit construisent le monde mais, et ceci est important, ils sont eux-mêmes le produit d'un travail historique et transsubjectif à partir des structures matérielles de ce monde⁽⁵⁵⁾. À cet effet, Bourdieu qualifie les formes présentées par le droit de "structures structurées", c'est-à-dire qu'elles participent activement à la construction du monde social, dans la mesure où elles répondent de certaines structures préexistantes⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 51, p. 43 ; P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 47, p. 15.

⁽⁵⁵⁾ P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 47, p. 13.

⁽⁵⁶⁾ *Id.*

Du même coup, l'idée de "structures structurées" s'éloigne d'un nominalisme radical où le droit propose des catégories, venues dont ne sait où sinon de la toute puissance du sujet, et qui produisent par la suite le monde social. Si Bourdieu s'éloigne à juste titre d'un nominalisme radical pour se rapprocher d'un nominalisme enraciné dans la réalité, c'est bien parce qu'il refuse d'opposer le sujet et l'objet, la représentation symbolique et les structures matérielles⁽⁵⁷⁾. Tout est affaire de relation entre ces éléments sans que l'un ou l'autre de ces termes possède une quelconque priorité. En cela, nous nous appuyons sur Bourdieu car il récuse la procédure logocentrique et hiérarchisée à laquelle nous étions habitués.

Plus largement, cela signifie que la société, ou la communauté, est vraisemblablement une structure objective, mais qu'elle est alimentée par la volonté et la force représentationnelle des agents. Autrement dit l'interprétation, ou la perspective interne des acteurs, fait partie intégrante de la réalité du monde social⁽⁵⁸⁾. Si le droit en tant que force symbolique constitue et reflète le monde, il faut bien admettre qu'il peut transformer le monde en modifiant les schèmes représentationnels⁽⁵⁹⁾. Nous retrouvons, une fois encore, le paradoxe de l'agent et de la structure ainsi que la question sous-jacente concernant la possibilité de créer des nouvelles représentations⁽⁶⁰⁾.

Le concept de "structure structurée" s'applique parfaitement au droit car il ne donne aucune priorité à l'agent ou à la structure. Bien au contraire, ces deux termes

⁽⁵⁷⁾ Loïc J.D. WACQUANT, "Introduction", dans Pierre BOURDIEU et L.J.D. WACQUANT, *Réponses*, Paris, Éditions du Seuil, pp. 13-42, pp. 15 à 18.

⁽⁵⁸⁾ *Id.*, p. 18.

⁽⁵⁹⁾ *Id.*, pp. 22, 23.

⁽⁶⁰⁾ Voir *Le paradoxe de l'agent et de la structure et la revitalisation du droit international*, à l'intérieur du chapitre 1 de cette même Partie.

entretiennent une relation continue en se constituant réciproquement. Par conséquent, la liberté de l'agent dans la création de nouvelles représentations se comprend toujours en fonction des structures existantes. La volonté de transformer le monde s'accomplit en le nommant de façon différente, en remaniant les catégories et les principes de classement qui le rendent intelligible. Mais ceci est possible et accepté si cette nomination est ancrée dans la réalité. Pour reprendre la terminologie de Bourdieu, la volonté de transformer le monde s'assoit sur les structures préexistantes et, en ce sens, elle annonce par anticipation ce qui est en voie d'advenir⁽⁶¹⁾. Naturellement, cette hypothèse n'explique pas les situations révolutionnaires qui prétendent créer le monde en détruisant au préalable les structures préexistantes. Voilà pourquoi ces situations contiennent toujours une explosion de violence, car elles cherchent fondamentalement à briser le lien avec le passé.

Que peut-on conclure de toutes ces remarques sur le pouvoir symbolique de nomination du droit et quelles en sont les conséquences pour la notion de communauté internationale ? Premièrement, le droit international peut véritablement transformer les représentations que l'on se fait de la sphère où il évolue. Il peut donc faire venir à l'existence, en la nommant et ce de façon répétitive, une communauté internationale. Déjà ce vocable apparaît de plus en plus fréquemment dans la description de la scène internationale par plusieurs ordres de discours. Il faut néanmoins se garder d'établir rapidement et systématiquement une analogie entre la communauté domestique et la communauté internationale. Cette dernière n'évoque pas nécessairement la même chose que la première, si l'on tient compte du contexte international et de l'interprétation des agents. Deuxièmement, et si elle est nommée, la communauté internationale possède une certaine existence objective, c'est-à-dire relativement indépendante des acteurs. Elle est le produit d'un travail historique et transsubjectif

⁽⁶¹⁾ P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 47, p. 13.

élaboré à partir des structures matérielles de ce monde. En effet, la communauté internationale est nommée de plus en plus fréquemment depuis l'intensification d'une interdépendance empirique entre les États. Si, comme nous l'avons à maintes reprises répété, l'interdépendance ne suffit pas à créer une communauté internationale normative, elle est la structure matérielle sur laquelle la volonté d'une nouvelle représentation par les acteurs prend appui.

Les développements ci-haut recoupent la notion de sujet exposée par Touraine⁽⁶²⁾ et où l'individu, ou l'État c'est selon, se transforme en acteur par une modification volontaire de sa situation et de l'environnement, au lieu et à la place d'une répétition mécanique d'une suite de comportements. Le sujet, contrairement à la philosophie libérale classique, est en quelque sorte une expérience sociale. Par ailleurs, l'idée d'une communauté internationale ne pouvait absolument pas surgir tant et aussi longtemps que les agents étatiques se représentaient eux-mêmes sous le signe d'une souveraineté absolue, c'est-à-dire en termes d'insularité et d'autarcie. Nous voyons ici l'importance de l'interprétation et de la perspective interne des agents dans la construction de la réalité sociale internationale.

D'une façon similaire, Ricoeur accorde un espace à la liberté de l'agent lorsqu'il demande un changement d'attitude dans l'*ethos* des individus ou des groupes⁽⁶³⁾. Rappelons-nous que l'identité narrative ne se confond ni à une substance immuable ni à une structure fixe. Elle se construit publiquement et à partir des histoires que l'on raconte sur nous-mêmes, ainsi que des histoires que les autres racontent sur nous. L'identité est donc cet ensemble toujours mobile d'histoires qui

⁽⁶²⁾ Alain TOURAINE, *Critique de la modernité*, coll. Biblio/Essais, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992, p. 476.

⁽⁶³⁾ Paul RICOEUR, "Reflections on a New Ethos for Europe", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 3, pp. 3 à 7.

s'articulent différemment dans le temps. Nous insistons sur cette articulation différente dans le temps car les histoires sont susceptibles d'être interprétées, revues, réagencées et ceci empêche précisément l'immobilisme de l'identité et l'hermétisme d'une culture. Bref, la communauté internationale va se consolider historiquement si les acteurs étatiques et autres se racontent de plus en plus en y faisant implicitement et explicitement référence.

La communauté, telle que nous l'entendons, ne répond pas de la définition conventionnelle et répandue à savoir, un organisme politique qui est délimité géographiquement. C'est pourquoi nous avons au préalable repoussé l'analogie avec la communauté domestique car celle-ci rappelle invariablement la définition conventionnelle. La communauté internationale n'est pas une organisation politique centralisée et elle n'a aucune location géographique. Elle procède plutôt d'un phénomène cognitif⁽⁶⁴⁾, c'est-à-dire qu'elle est une façon commune et partagée par les agents de se comprendre, d'attribuer un sens au monde et d'agir à l'intérieur de celui-ci.

2.2 Le rapport étroit entre le droit et le tiers

L'image de Robinson Crusoe dans la solitude de son île a été utilisée afin d'illustrer le caractère profondément social du droit. Robinson ne peut pas avoir de droits tant et aussi longtemps qu'il est seul. L'apparition de l'Autre ou de la différence ou, pour poursuivre notre métaphore de Vendredi, amorce le processus d'une relation éthique. Mais le droit revendique, non pas un ou deux, mais plusieurs agents. C'est à ce moment qu'il va se poser en tiers-arbitre dans la négociation entre l'identité et la différence. Cette position particulière explique en partie une interrogation de certains

⁽⁶⁴⁾ Steven L. WINTER, "Contingency and Community in Normative Practice", (1991) 139 *University of Pennsylvania Law Review* 963, pp. 966, 967.

penseurs dans l'analyse de la sphère internationale. L'interrogation procède généralement de l'absence d'une institution centralisée et hiérarchisée qui possède un certain monopole interprétatif dans la résolution des différends. L'absence d'une institution centralisée équivaut à se demander qui va adopter le rôle de tiers-arbitre.

La conception du droit en tant que tiers-arbitre est toute conventionnelle. Généralement, elle se présente sous la forme d'une tierce partie institutionnalisée qui applique autoritairement des règles préexistantes à la négociation ou à la résolution d'un différend⁽⁶⁵⁾. À l'évidence, cette définition conventionnelle est étrangère à l'horizontalité de la scène internationale. Elle heurte également notre perspective pragmatique et communicationnelle du droit, perspective qui repousse catégoriquement l'application mécanique et technique des normes au cas en l'espèce. Le raisonnement juridique, faut-il le rappeler, est autrement plus complexe⁽⁶⁶⁾. Néanmoins, et c'est ce que nous chercherons à démontrer, le droit peut retenir la notion de tiers-arbitre, tout en rejetant les attributs de hiérarchisation et de syllogisme.

S'il nous faut à tout le moins retenir l'élément du tiers-arbitre, c'est bien parce qu'il se situe au cœur de la pensée et de la tradition juridique et ce, aussi loin que l'on peut remonter dans le temps. À titre d'exemple, mentionnons seulement que le déclin de la théorie de la guerre juste, élaborée au Moyen-Âge, s'explique par la disparition graduelle d'un arbitre pour juger de la cause et de la justice d'un recours à la force⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Friedrich V. KRATOCHWIL, *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 35.

⁽⁶⁶⁾ Voir *Supra*, section 3 du chapitre 1 de cette même Partie.

⁽⁶⁷⁾ Judith Gail GARDAM, "Proportionality and Force in International Law", (1993) 87 *American Journal of International Law* 391, p. 411.

En effet, il n'y a plus une orthodoxie qui assigne promptement la papauté ou l'Empire en tant que tierce partie au différend.

Plus près de nous, c'est-à-dire depuis les années 1990, nous avons assisté à un élargissement de la notion de menace contre la paix et la sécurité internationale, prévue au chapitre VII de la Charte de l'ONU. Cette notion comprend désormais, en plus des sources militaires traditionnelles, des instabilités d'ordre économique, social, humanitaire et écologique⁽⁶⁸⁾. En vertu de cet élargissement et de l'implication corrélative du Conseil de sécurité, plusieurs propositions ont été avancées dans le but d'accroître la légitimité de cet organe onusien. Nous pensons, entre autres, aux demandes pour l'adoption d'une définition partielle, mais écrite et préalable, sur ce qu'est une menace contre la paix et la sécurité internationale. Cette adoption imposerait certains paramètres dans la détermination des cas sous étude par le Conseil. Ou encore à l'implantation d'un contrôle immédiat ou *a posteriori* des décisions du Conseil par la Cour internationale de justice. L'augmentation de la légitimité passe invariablement par la consolidation ou l'apparence de consolidation de la position du tiers et cela peut s'exprimer par l'adoption d'une définition qui restreint, même minimalement, la latitude interprétative, ou encore, par un organe relativement indépendant qui contrôle les résolutions du Conseil.

Ce qui est tout à fait singulier dans l'alliance entre la philosophie libérale classique et le positivisme juridique⁽⁶⁹⁾ c'est qu'elle a expliqué la sphère internationale et son droit en effaçant, autant que faire se peut, la fonction du tiers à l'intérieur du droit international. Premièrement, la représentation du sujet étatique en terme de

⁽⁶⁸⁾ Lawrence D. ROBERTS, "United Nations Security Council Resolution 687 and its Aftermath : the Implications for Domestic Authority and the Need for Legitimacy", (1993) 25 *New York University Journal of International Law and Politics* 593, p. 619.

⁽⁶⁹⁾ Voir *supra*, chapitre 2 de la Première partie.

souveraineté absolue ne laisse aucune marge de manoeuvre pour la reconnaissance d'une réalité sociale internationale. Le souverain est seul dans la plénitude de son pouvoir, tout comme Robinson l'est sur son île. En l'absence d'une conceptualisation de l'autre et de la multitude, il n'a aucunement besoin d'établir une relation éthique ou une relation légale. Le problème soulevé est le suivant : l'autre ou la multitude internationale existent phénoménologiquement, malgré une représentation qui les néglige au niveau éthique et juridique. Cette existence est alors rangée sous le signe du danger pour l'identité du sujet. L'autre est considéré exclusivement sous l'angle de la pensée stratégique, c'est-à-dire comme un objet qu'il faut connaître afin de mieux le maîtriser.

Deuxièmement, le caractère contraignant du droit découle d'un acte de volonté ou de consentement explicite du sujet. Celui-ci s'auto-limite quand bon lui semble, et ce geste n'exige que l'accomplissement de la subjectivité. Autrement dit, le caractère contraignant du droit ne s'inscrit pas dans une visée universelle qui dépasse les particularismes. Au contraire, il codifie les intérêts nationaux. Encore une fois, et si cette dernière hypothèse entérine l'existence d'un élément légal international, elle ne fait procéder cette existence que d'un seul acteur, soit le sujet souverain.

Néanmoins, et à cet égard les *Critical Legal Studies*⁽⁷⁰⁾ nous ont été d'une grande utilité, la philosophie libérale classique doit nécessairement, à un moment ou à un autre, réintroduire le tiers dans l'explication du droit international et ce, à la seule fin de le distinguer de la description sociologique. Nous avons vu que la philosophie libérale classique rejette d'une part l'existence ou la possibilité de connaître des valeurs objectives, d'où le primat accordé au sujet souverain ou au particularisme. D'une autre part, cette philosophie tombe implicitement dans un universalisme de type

⁽⁷⁰⁾ Voir *Les incohérences du droit international libéral* à l'intérieur du chapitre 2 de la première partie.

méthodologique lorsqu'elle prétend résoudre les conflits par le recours à un corpus de règles neutres et déterminées à savoir, la *Rule of Law*. Cet appel à des règles de création subjective, mais qui deviennent objectives, correspond à la réintroduction minimale du tiers dans la compréhension du droit. En d'autres termes, la philosophie libérale classique est obligée d'opérer un certain dépassement des particularismes par la simple supposition des règles objectives et neutres. Et pour consolider cette apparence de neutralité et éloigner l'aspect subjectif de l'interprétation, elle s'appuie sur un essentialisme des mots.

D'un autre côté, certains auteurs, et nous pensons ici tout spécialement à Jean Combacau⁽⁷¹⁾, ont taxé le système international d'intersubjectif. Cette qualification semble nous entraîner au-delà du postulat subjectiviste de la philosophie libérale classique. L'intersubjectivité nécessite en effet la rencontre d'au moins deux souverainetés, qui accouche d'un être juridique qui n'a de sens que pour eux. Déjà, il y a la reconnaissance de l'autre dans la création de l'obligation internationale. Toutefois, cette intersubjectivité se restreint à long terme à établir une multiplicité de liens contractuels entre différents souverains. Elle ne participe donc pas à la constitution du droit international ni à celle d'une société puisque les deux exigent un ordre qui encadre les obligations contractuelles⁽⁷²⁾. Par conséquent, la vision intersubjective de la scène internationale ne collabore pas véritablement à l'introduction du tiers par le droit. Il n'y a aucune notion d'ordre public international, aucune espèce d'objectivation, aucun signe quelconque d'un universel dans les règles qui tendent au dépassement, même imaginaire, des contradictions entre la multitude de souverains.

⁽⁷¹⁾ Jean COMBACAU, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 85.

⁽⁷²⁾ Charalambos APOSTOLIDIS et Monique CHEMILLIER-GENDREAU, "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", (1993) 109 *Revue de droit public et de la science politique* 611, p. 616 ; M. CHEMILLIER-GENDREAU, *op. cit.*, note 11, pp. 91, 92.

Ces contradictions sont tout simplement écartées ou bien atténuées sporadiquement par un lien contractuel entre certains sujets.

Nous avons donc un certain courant moderne, opposé spécifiquement en cela au cosmopolitisme, qui récuse la fonction du tiers à l'intérieur du droit. À titre d'exemple, la pensée de Carl Schmitt est généralement associée à l'apologie des particularismes. C'est-à-dire que chaque peuple est seul juge et partie de ses intérêts vitaux (entendez nationaux), qui tendent généralement à la préservation et à la perduration de leur être commun⁽⁷³⁾. Il y a ici un rejet explicite d'une conception médiatrice du droit selon laquelle la définition ou la délimitation de ces intérêts est confiée, ne serait-ce que partiellement, à une tierce partie. Schmitt établit en ce sens une distinction rigide entre la politique intérieure et extérieure qui lui permet subséquemment de maintenir une asymétrie entre, d'une part, un ordre domestique pacifié, même par le moyen de la répression et, d'une autre part, un bellicisme cette fois ouvert et discriminatoire à l'égard de l'extérieur⁽⁷⁴⁾. Bellicisme par ailleurs autorisé et entériné par le droit international.

Pour cette dernière raison, Koskeniemi qualifie fort justement l'approche du droit international par Schmitt de purement factuelle⁽⁷⁵⁾. Autrement dit, cette conceptualisation du droit international ne lui accorde aucune distance objectivante par rapport à la volonté, à l'intérêt et la pratique étatique et souveraine. Le droit codifie,

⁽⁷³⁾ Raphaël DRAÏ et Coo-Huy THUAN, *Guerre, éthique et pensée stratégique à l'ère thermonucléaire*, coll. Politiques et stratégies, Paris, L'Harmattan, 1988, pp. 23, 24.

⁽⁷⁴⁾ Carl SCHMITT, *La notion du politique ; théorie du partisan*, préface de Julien Freund, traduction de Marie-Louise Steinhäuser, Paris, Calmann-Lévy, 1972 ; C. SCHMITT, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, traduction de George Schwab, coll. Studies in Contemporary German Social Thought, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1985 ; et pour une critique de la pensée de Carl Schmitt voir, J. HABERMAS, *op. cit.*, note 7, pp. 97 à 122.

⁽⁷⁵⁾ Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus Finnish Lawyers' Publishing Co., 1989.

enregistre les faits sociologiques, il est une apologie du comportement behavioral. Bref, il y a là pure négation de la normativité du droit international, car celui-ci n'oblige en aucune façon le sujet souverain à un type quelconque d'agir.

Selon nous, la négation de la normativité revient plus largement à opposer un refus global au droit. Celui-ci comporte obligatoirement la fonction du tiers car il vise l'appréciation et la médiation des relations sociales internationales⁽⁷⁶⁾. Il se présente sous l'apparence de l'universalité afin de se dégager d'une logique du particularisme pour rejoindre une logique formaliste, c'est-à-dire une logique qui transcende les fluctuations individuelles⁽⁷⁷⁾. Et cette fonction s'avère d'autant plus nécessaire, que les singularités étatiques sont aiguës sur la scène internationale et donc, source d'incompréhension et de conflits latents. Prenons, à titre d'exemple, la médiation par une tierce partie dans un conflit international entre deux belligérants. La réussite de la tierce partie tient beaucoup moins au fait qu'elle propose des solutions originales, que dans la perception que les protagonistes se font d'elles. Le tiers-arbitre n'est justement pas perçu comme une menace pour les identités nationales⁽⁷⁸⁾, car il n'endosse idéalement aucune des singularités devant lui. Dans ce moment, il n'est pas une singularité.

Considérant toutes ces remarques sur la fonction du tiers à l'intérieur du droit, il faut désormais se demander si cette fonction peut être réintégrée au sein de la sphère internationale. Comme nous avons pu le voir, à l'aide de quelques illustrations, cette fonction a été éclipsée avec la représentation moderne de la souveraineté et avec la

⁽⁷⁶⁾ R. DRAÏ et C.-H. THUAN, *op. cit.*, note 73, pp. 23, 24 ; M. Van de KERCHOVE et F. OST, *op. cit.*, note 48, p. 112.

⁽⁷⁷⁾ P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 51, p. 43.

⁽⁷⁸⁾ W. BLOOM, *op. cit.*, note 28, p. 155.

conceptualisation d'un droit international dénué de toute normativité. Il faut également se demander comment cette fonction du tiers s'articule face à l'absence d'une institution permanente et centralisée, qui revendique le monopole de l'appréciation et de la médiation des relations sociales. La spécificité de la scène internationale n'élimine pas selon nous la fonction du tiers, mais elle ne l'enferme pas non plus à l'intérieur d'une personne physique, par exemple un juge, ou à l'intérieur d'une institution exclusive, par exemple un pouvoir judiciaire indépendant et incontournable. Cette fonction reste donc nécessairement diffuse, compte tenu de l'horizontalité des rapports internationaux, de la diversité des acteurs et des liens contractuels qui fluctuent en raison même de la diversité des acteurs. Aussi, le Conseil de sécurité et la Cour internationale de justice peuvent, tour à tour et différemment, assumer ce rôle de tierce partie. Ce rôle peut également être dévolu à un mécanisme d'arbitrage spécial et prévu à cette fin à l'intérieur d'un traité régional ou bilatéral.

Cependant, et d'une façon beaucoup plus générale, l'existence, l'acceptation et le recours fréquent aux normes internationales jouent selon nous ce rôle de tierce partie. Les normes et le discours légal international font intervenir, dès qu'ils sont nommés, l'élément du tiers et même si celui-ci est dépourvu de phénoménalité, il n'en reste pas pour le moins réel⁽⁷⁹⁾. Parce que les normes s'assimilent à un langage, elles sont insubordonnées à une appropriation de type privé par un acteur. Ceci n'est pas à dire qu'elles ne sont pas internalisées par l'acteur en question. La norme comprend toutefois un sens transsubjectif qui dépasse la pure volonté de l'acteur et qui, en ce sens, n'est pas susceptible d'une appropriation privée. Comme nous l'avons à maintes reprises souligné, la détermination du sens de la norme internationale s'effectue par un travail d'interprétation qui, d'ores et déjà, est contraignant. En d'autres termes,

⁽⁷⁹⁾ Selon l'expression même de Paul AMSELEK, "Le droit dans les esprits", dans Paul AMSELEK et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 27-49, pp. 40 à 44.

l'interprète ne peut pas manipuler les normes selon son bon plaisir et ainsi, leur faire dire n'importe quoi. L'interprétation doit être reçue par l'auditoire à qui on l'adresse.

Pour cette raison, nous avons insisté au cours du chapitre précédent sur le caractère fondamentalement rhétorique du discours légal international. Le droit, en tant que langage, vise la persuasion et l'adhésion de l'auditoire à une argumentation et, pour ce faire, il fait appel à des lieux communs. Et ces lieux communs, on l'aura deviné, évoquent une notion même minimale de communauté. Aristote⁽⁸⁰⁾ qualifiait par ailleurs ces lieux de topiques et nous les définirons nous-mêmes brièvement, pour les fins de cet exposé, comme des lignes directrices, des motifs et des thèmes récurrents ou des convictions répandues, acceptées et partagées qui s'insèrent invariablement à l'intérieur d'une argumentation afin d'augmenter sa capacité persuasive⁽⁸¹⁾. Tout ceci dans le but de convaincre l'auditoire, à qui l'on adresse l'argumentation, de la justesse de son opinion dans un monde de contingence. Les topiques possèdent donc, en ce sens, une fonction similaire aux lois et aux précédents pour la communauté plus restreinte des juristes. Une fois cette analogie posée, il faut bien voir, et là est le point central de notre argument, que l'emploi des topiques à l'instar des lois et des précédents présuppose une communauté de sens tout en contribuant à sa constitution⁽⁸²⁾.

La force persuasive d'une opinion dépend de deux facteurs principaux et cela, sans compter le style et l'esthétique de l'argument qui s'appuient beaucoup plus sur la

⁽⁸⁰⁾ Aristote, *Topiques*, texte établi et traduit par Jacques Brunschwig, coll. des universités de France, Paris, Société d'édition Les Belles Lettres, 1967 ; Aristote, *Rhétorique*, traduction de Charles-Emile Ruelle, revue par Patricia Vanhemelryck, coll. Le livre de poche / "Classique", Paris, Librairie générale française, 1991.

⁽⁸¹⁾ Bernad E. JACOB, "Ancien Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics : A Review Essay on the Translation of Viehweg's "Topics and Law" ", (1995) 89 *Northwestern University Law Review* 1622, pp. 1640 à 1650 ; F.V. KRATOCHWIL, *op. cit.*, note 65, p. 218.

⁽⁸²⁾ Michel MEYER, "Introduction. Aristote et les principes de la rhétorique contemporaine", dans ARISTOTE, *Rhétorique*, note 80, pp. 5-70, p. 32.

personnalité de l'orateur. Premièrement, la force des arguments est variable, c'est-à-dire qu'un argument peut être jugé valable ici et maintenant, pour cesser de l'être dans un temps et un lieu différents⁽⁸³⁾. Deuxièmement, la force de l'opinion dérive en partie du nombre qui est supposé partager cette même opinion, et où le nombre ne se limite pas ici aux contemporains⁽⁸⁴⁾. Il embrasse le poids non négligeable du passé, de la tradition et de la pérennité. Il existe en effet une interdépendance temporelle entre les idées. Ces deux facteurs supposent, chacun à leur manière, une communauté de sens entre l'orateur et l'auditoire qui permet au premier d'intuitionner où se situe la force persuasive.

Que se passe-t-il dans l'hypothèse adverse où les protagonistes ne disposent que de peu de moyens communs et partagés pour résoudre un problème ? Généralement cette situation contribue à l'inflation de l'importance et de la crédibilité de l'orateur⁽⁸⁵⁾. Son autorité personnelle va jouer un rôle majeur dans la force persuasive. Cette hypothèse se vérifie sur la scène internationale où la puissance "morale" ou objective d'un État va participer grandement à l'acquiescement de l'auditoire à l'argumentation qu'il présente, ou encore à sa désignation en tant qu'arbitre dans la négociation ou dans la résolution d'un conflit. Évidemment, cette confiance en la "personnalité" de l'État a quelque chose d'arbitraire si elle se confine à ce seul aspect. Par conséquent, il faut plutôt chercher à développer sur la scène internationale des lieux, des moyens communs et partagés qui aident à la résolution des différends, et le droit et les normes internationales peuvent précisément jouer ce rôle. Ils doivent au préalable faire l'objet d'une utilisation fréquente et non stratégique car internalisés, pour ensuite constituer

⁽⁸³⁾ *Id.*

⁽⁸⁴⁾ Hannah ARENDT, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique* coll. Folio/Essais, Paris, Gallimard, éd. 1995, p. 299.

⁽⁸⁵⁾ Michel MEYER, *Question de rhétorique : langage, raison et séduction*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 31.

et réfléchir une communauté internationale langagière et normative. Cette exigence dépend autant de la représentation que se fait l'orateur de lui-même, que de la réception des arguments par l'auditoire. Celui-ci doit être élargi, informé et actif, dans la mesure où il répond aux arguments par des références juridiques.

2.3 La fabrication et la récupération symbolique de la notion de communauté internationale

Dès que nous abordons la notion de fabrication, en l'occurrence, celle d'une communauté internationale normative, il faut nous tourner vers le rôle du droit international. Parce que la fabrication rappelle immédiatement l'aspect construit, superficiel et imposé, le droit international par une implication même partielle semble alors relever de la pensée instrumentale. Il devient ni plus ni moins un instrument coercitif aux mains du pouvoir et cette affirmation va directement à l'encontre de nos développements théoriques antérieurs. Il nous faut donc examiner le droit international en relation avec les structures globales du pouvoir.

Shirley Scott qualifie cette analyse de perspective idéologique du droit international⁽⁸⁶⁾, et où idéologie signifie plutôt le pouvoir d'une idée, si l'on admet au préalable le pouvoir que peut détenir une idée, à l'intérieur d'une structure plus vaste. Comme cet auteur n'assimile pas exclusivement le droit international à un instrument de domination et d'oppression dont il faut absolument s'émanciper, elle ne suit pas en cela les leçons marxistes sur l'idéologie en général. Oui, le droit international a servi les intérêts des puissants ; nous n'avons qu'à penser à la conquête et à l'expansion du système européen étatique vers des régions dites non civilisées. Non, le droit

⁽⁸⁶⁾ Voir Shirley SCOTT, "Building Bridges with Political Science ? : A Response from the Other Shore", (1995) 16 *Australian Year Book of International Law* 271 ; Shirley SCOTT, "International Law as Ideology : Theorizing the Relationship Between International Law and International Politics", (1994) 5 *European Journal of International Law* 313.

international ne dessert pas toujours l'intérêt des puissances ; à preuve mentionnons l'importance du droit international lors de la décolonisation, afin de modifier le *statu quo* par l'introduction de nouveaux concepts juridiques qui ont su accaparer l'imagination politique internationale. Plus proche de nous, reconnaissons le poids du droit international dans l'élimination de l'apartheid en Afrique du Sud. La perspective de Scott nous intéresse dans la mesure où elle conçoit le droit international en tant qu'idée susceptible de motiver les agents dans leur agir. Cette perspective n'est d'ailleurs pas étrangère à notre exposé sur l'importance de la représentation que les agents se font d'eux-mêmes et du droit international.

La première partie de cette thèse a cherché justement à dévoiler l'idée moderne du droit international chez les acteurs qui, jusqu'à tout récemment, se limitaient aux entités étatiques. Le droit international se présentait donc, en vertu de la philosophie libérale classique et de la méthodologie positiviste, comme un ensemble de règles contraignantes, apolitiques, neutres et objectives⁽⁸⁷⁾. Elles enregistrent le réel, c'est-à-dire les actes de volonté extériorisés et la pratique des États. Pour consolider cette image de neutralité, la connaissance de ce droit se mesure aux procédés d'observation et de vérification propres aux sciences naturelles⁽⁸⁸⁾. Elle ne tolère aucune implication du sujet.

L'idée moderne du droit international repose donc entièrement dans cette visée d'impartialité et de neutralité. Pour les fins de nos futurs développements, il est de peu d'importance de savoir si cette idée répond d'un critère de vérité. Car la vérité

⁽⁸⁷⁾ S. SCOTT, "Building Bridges with Political Science ? : A Response from the Other Shore", note 86, p. 283 ; S. SCOTT, "International Law as Ideology : Theorizing the Relationship Between International Law and International Politics", note 86, p. 320.

⁽⁸⁸⁾ Martti KOSKENNIEMI, "International Law in a Post-Realist Era", (1995) 16 *Australian Year Book of International Law* 1, pp. 3, 4.

d'une idéologie, en l'occurrence que le droit international est un ensemble distinct de règles neutres et objectives, possède peu de poids dans le rôle qu'elle est appelée à jouer⁽⁸⁹⁾. Il est par conséquent plus juste de considérer que le pouvoir et l'effectivité du droit international résident beaucoup plus dans l'idée de ce droit, que dans un élément compulsif et extérieur tel qu'une sanction⁽⁹⁰⁾.

Aussi, la question qu'il nous reste à soulever se pose dans les termes suivants : cette idéologie, qui présente invariablement le droit international comme un ensemble de règles neutres et objectives, est-elle productive et doit-elle se perpétuer ? La réponse selon nous est négative. Comme nous l'avons démontré, particulièrement avec l'aide des CLS⁽⁹¹⁾, cette image élève le droit international à une exigence qu'il ne peut raisonnablement remplir. La structure du droit apparaît donc sous le signe de l'incohérence, voire de la contradiction. Le droit est soit entièrement enregistrement du réel et de la pratique des États, soit distancié et critique de ce réel et de cette pratique. Dans le premier cas le droit ne se distingue plus de la description sociologique et alors il ne possède aucun pouvoir normatif. En revanche, et s'il possède bel et bien un pouvoir normatif dans le deuxième cas, ce pouvoir demeure virtuel et étranger à la représentation et à la pratique des États. Dans un cas comme dans l'autre le droit international est discrédité.

Il faut reconnaître que les règles, qu'elles soient nationales ou internationales, inscrivent nécessairement les valeurs répandues à une époque, et que leur contenu est déterminé par le travail, l'implication puis la réception d'une interprétation. La tension entre l'être et le devoir-être doit être assumée car elle est véritablement au

⁽⁸⁹⁾ S. SCOTT, "International Law as Ideology : Theorizing the Relationship Between International Law and International Politics", note 86, p. 322.

⁽⁹⁰⁾ *Id.*, p. 317.

⁽⁹¹⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre 2.

coeur de la compréhension du droit. L'idéologie présentée est contre-productive en ce qu'elle refuse et nie cette tension. De plus, le droit international dessert beaucoup moins les acteurs de moindre puissance lorsqu'il est envisagé exclusivement sous l'angle d'un corpus de règles neutres et objectives et qui se limite à l'enregistrement mécanique de la pratique étatique. Le droit ne fait alors que prolonger un *statu quo* favorable aux puissances. Parallèlement, il perd de cette force symbolique reliée à la notion de justice. À l'opposé, le droit international peut être un catalyseur de changement et un pouvoir non négligeable pour les acteurs de moindre puissance, lorsqu'il est articulé autour de la notion de justice. Nous n'avons qu'à penser, encore une fois, aux exemples de la décolonisation et de l'élimination de l'apartheid pour nous en convaincre. La reconnaissance des valeurs sociales et politiques qui informent le droit international peut seule contribuer à modifier les structures en place.

L'idée que les États entretiennent sur le droit international, ainsi que la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes, doivent être respectivement mais conjointement réévaluées. Et le discours relativement récent sur l'existence d'une communauté internationale semble aller dans cette direction. En effet, il est dorénavant possible de retracer cette communauté internationale dans plusieurs ordres de discours. Les médias par ailleurs renforcent cette impression en nommant cette communauté à la moindre occasion. Néanmoins, ces traces dans le discours usuel nous renseignent fort peu sur la nature de cette communauté. A-t-elle une existence tangible ? Comment se compose-t-elle ? Comment s'exprime-t-elle et par quels moyens ? N'est-elle pas seulement une métaphore abusivement utilisée pour désigner un groupe fort restreint d'États puissants ? N'est-elle pas un prétexte pour légitimer les décisions de ce groupe select ?

Certes, le discours sur la communauté internationale s'est intensifié et répandu au cours des dernières années, au point qu'il laisse supposer l'absence d'une

communauté avant cette période. Naturellement, l'interdépendance empirique entre les États a grandement participé à la popularité de cette désignation. Toutefois, cette supposition est fautive dans la mesure où elle laisse penser l'inexistence complète de standards communautaires internationaux avant cette date. Simultanément, cette supposition entérine la possibilité d'une fabrication *ex nihilo* d'une communauté internationale.

Contrairement à cette idée d'une fabrication *ex nihilo*, il y a toujours eu des standards communautaires, certes variables selon les périodes historiques, mais qui indiquent comment la pratique souveraine doit s'exercer⁽⁹²⁾. Ces standards constituent pour les acteurs des référents, même s'ils sont tacites ou encore dissimulés, afin de juger entre eux de leurs pratiques. Cette référence à des standards communautaires a particulièrement été occultée avec la représentation moderne de la souveraineté. Pour mieux dire, la souveraineté absolue semble contredire de prime abord l'existence de critères communautaires. Elle évolue apparemment en marge de tous les standards. Pourtant, la représentation moderne de la souveraineté répond également de standards communautaires bien particuliers, à savoir la liberté et l'autonomie pour tout État souverain. La conceptualisation de la communauté internationale de cette période historique tourne paradoxalement autour de sa propre absence.

L'intensification du discours, qui nomme de façon répétitive la communauté internationale, laisse présager un changement dans les standards communautaires. Le discours renvoie ici à un ensemble de pratiques et de structures sociales qui accordent un sens aux sujets et à leurs actions. Il va donc définir la façon dont les sujets seront appelés à se percevoir, il va générer des catégories qui ensuite rendront le monde intelligible. Si nous insistons sur le discours qui porte sur la communauté

⁽⁹²⁾ Cynthia WEBER, "Reconsidering Statehood : Examining the Sovereignty/Intervention Boundary", (1992) 18 *Review of International Studies* 199, pp. 200, 201.

internationale, c'est parce que celle-ci n'est pas une entité distincte et phénoménologique. Elle ne correspond pas à une réalité extérieure aux sujets et à la représentation qu'ils se font d'elle. La communauté internationale existe d'abord et avant tout par les mots, dans l'expérience de la pratique langagière, d'où l'importance des incantations médiatiques à son sujet. À force d'être nommée, elle devient partie intégrante de l'imaginaire international, pour être reprise dans les échanges usuels entre les acteurs.

Nous avons affirmé ci-haut que la communauté internationale n'est pas une entité distincte et tangible, mais plutôt une entité cognitive. Par conséquent, elle ne s'exprime pas tel un sujet de droit dans l'ordre juridique institutionnel⁽⁹³⁾.

“On doit commencer par reconnaître que, si tant est que la communauté internationale existe, elle ne dispose pas de représentants (unanimentement reconnus s'entend) par le truchement desquels elle pourrait faire entendre sa voix. Dès lors, comment peut-elle se prévaloir de ses droits ou répondre des manquements à ses obligations ?”⁽⁹⁴⁾

À l'évidence, cette objection est justifiée. Néanmoins, elle s'explique encore à l'intérieur du cadre et de la méthodologie positiviste. La communauté internationale doit absolument entrer dans une catégorie légale préexistante, à savoir le sujet international, sinon elle ne fait aucun sens. Bien au contraire, nous avons laissé croire dans nos derniers développements que l'idée d'une communauté internationale peut contribuer à modifier le schème juridique et explicatif.

La citation soulève le problème, plus sérieux cette fois, d'un truchement dans la représentation et d'une appropriation de la voix de la communauté internationale par

⁽⁹³⁾ C. APOSTOLIDIS et M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, note 72, p. 628 au sujet de l'humanité plus que de la communauté internationale.

⁽⁹⁴⁾ Franck ATTAR, *Le droit international entre ordre et chaos*, Paris, Hachette Référence, 1994, p. 77.

un groupe restreint. Ce problème est d'autant plus sérieux que la notion de communauté possède une force symbolique et morale. Elle peut devenir le lieu d'une orthodoxie, qui sera par la suite imposée aux récalcitrants. La communauté internationale n'est pas un sujet et, en ce sens, elle n'a aucun représentant précis.

La communauté internationale n'est pas un concept vérifiable et encore moins une réalité substantielle. Elle est une problématique que tous peuvent discuter mais qu'aucun, à lui seul, ne peut représenter⁽⁹⁵⁾. Pour reprendre la pensée de Bourdieu⁽⁹⁶⁾, la réflexion sur la communauté s'appuie nécessairement sur une réalité ou une structure préexistante mais cette réalité, comme nous venons de le mentionner, n'est pas substantielle. Elle repose plutôt sur des imaginaires concurrents. La seule approximation d'une définition est que la communauté tente d'exprimer, à l'intérieur de l'ordre normatif international, une limitation aux pures velléités des États souverains. Et cette limitation dépend précisément de l'entretien d'imaginaires concurrents sur qu'est-ce que la communauté et sur son caractère hypothétique.

Devant le manque de substance et de réalité de la communauté internationale ou encore en l'absence d'un consensus, par ailleurs inaccessible, sur l'authenticité communautaire mondiale, l'État demeure le corollaire obligé d'un ordre international qui respecte les différences. En contrepartie, l'idée de la communauté figure une limitation à la souveraineté de l'État et ce, malgré et peut-être grâce à sa fluidité et son indétermination.

⁽⁹⁵⁾ Jean-Marc FERRY, *Habermas. L'éthique de la communication*, coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., p. 529 au sujet de l'État mondial.

⁽⁹⁶⁾ Voir *Le droit et le pouvoir symbolique*, même section, même chapitre.

Section 3. Les catégories actuelles et la communauté internationale

Nous pouvons généralement dégager, de la littérature sur ce sujet, trois visions concurrentes de l'ordre international à savoir, les conceptions systémale, sociétale et communautaire. Il nous faudra donc, dans un premier temps, exposer brièvement ces conceptions car notre idée d'une hypothétique communauté internationale diffère de ces descriptions usuelles. En effet, notre proposition s'éloigne de la définition conventionnelle (entendez ici nationale) sur la communauté et qui déduit l'existence de celle-ci à partir d'un groupe de personnes qui partagent une location géographique ou à partir d'une organisation politique et sociale qui s'appuie sur des intérêts et des buts communs. Notre proposition se situe, dans un deuxième temps, en marge d'une communauté dite internationale mais qui se restreint, dans les faits, à un certain type d'État. Cette dernière avenue reproduit une pratique hiérarchique qui exclut la différence et, en ce sens, elle soulève le danger toujours présent d'une fermeture sur la communauté. À l'inverse, nous avançons l'idée d'une communauté internationale de sens et de compréhension entre les différents acteurs et qui se construit avec le concours des mots, de la rhétorique et du droit international. L'identité de l'acteur, étatique ou autre, et la communauté, ou l'audience internationale, se constituent réciproquement et continuellement au travers de l'argumentation juridique.

3.1 Les descriptions internationales : le système, la société et la communauté

L'ordre international est une expression généralement utilisée, et jusqu'ici nous n'y avons pas échappé, pour qualifier la sphère internationale, ainsi que pour la distinguer de l'interne. Si cette expression revient aussi souvent c'est parce qu'elle apparaît relativement neutre. C'est-à-dire qu'elle ne caractérise en aucune façon les

relations internationales⁽⁹⁷⁾. Cependant, l'ordre international sous-tend l'idée que les relations entre les différents acteurs ne sont pas fortuites et qu'elles ne relèvent pas d'une situation complètement chaotique. Cette dernière idée n'élimine pas la qualification des relations internationales en terme d'anarchie, et où anarchie signifie l'absence d'un gouvernement centralisé. L'ordre international, même s'il est envisagé sous l'angle de l'anarchie, présuppose une certaine régularité dans les pratiques, ainsi qu'un corps minimal de règles. Les différentes conceptions de l'ordre international vont donc dépendre étroitement de la conceptualisation de ces règles à savoir d'où viennent-elles et que prétendent-elles codifier.

La première conception de l'ordre international rejoint une théorie systémale fort influente, notamment dans le domaine des relations internationales. Les écoles réaliste et néo-réaliste, ou encore la problématique plus générale de l'anarchie⁽⁹⁸⁾, s'inscrivent à l'intérieur de cette conception, qui envisage les règles et les régularités de la pratique comme les purs produits d'un rapport de force et d'une balance des pouvoirs⁽⁹⁹⁾. Les règles sont donc entièrement conditionnées par le pouvoir et la politique. Elles ne contiennent aucune force causale et indépendante pour indiquer quel agir est acceptable⁽¹⁰⁰⁾. Les règles sont dépourvues de tout caractère normatif. À l'évidence les juristes ont dû combattre cette conception systémale, car elle écarte tout simplement le droit international ou elle le réduit à un épiphénomène du rapport de force. Ce combat est apparent dans la préoccupation ontologique des juristes à

⁽⁹⁷⁾ Sur la notion de l'ordre international voir, Chris BROWN, "International Theory and International Society : the Viability of the Middle Way ? ", (1995) 21 *Review of International Studies* 183, p. 184.

⁽⁹⁸⁾ Voir *supra*, Première partie, chapitre I.

⁽⁹⁹⁾ C. BROWN, *loc. cit.*, note 97, pp. 184, 185.

⁽¹⁰⁰⁾ Anne-Marie SLAUGHTER BURLEY, "International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda", (1993) 87 *American Journal of International Law* 205.

savoir, si le droit international est véritablement du droit, ainsi que dans l'épithète d'idéaliste qui leur a été attribué par les tenants de la théorie systémale.

À l'extrême opposé du système international, décrit ci-haut, la deuxième conception de l'ordre repose sur la notion toute normative d'une communauté mondiale⁽¹⁰¹⁾, qui se construit autant à partir des intérêts qu'une identité est commune. Par la grandeur de ces exigences, nous voyons immédiatement que la communauté mondiale se présente sous l'aspect d'une idée à faire advenir, contrairement au système international qui prétend décrire fidèlement une réalité. Il est toujours possible d'établir une distinction à l'intérieur de la conceptualisation de la communauté⁽¹⁰²⁾. D'une part, nous avons une communauté cosmopolitique qui englobe tous les individus sans exception. Inutile de mentionner que cette vision semble totalement irréalisable, et à juste titre, aux yeux de plusieurs. D'une autre part, nous conservons une communauté d'États, mais ceux-ci partagent dorénavant des buts et des valeurs. Quoique cette dernière alternative semble beaucoup moins éloignée qu'une union de tous les individus, plusieurs personnes citent les divisions profondes entre les États, qu'elles soient idéologique, économique ou sociale, comme un frein majeur à l'émergence de cette dite communauté. Certes, cette objection est valable mais elle peut également se prêter au niveau national où les divisions profondes entre les individus n'ont pas, du même coup, éliminées la possibilité d'une communauté domestique.

La troisième et dernière conception de l'ordre, celle d'une société internationale, nous intéresse tout particulièrement et, pour cela, elle mérite une

⁽¹⁰¹⁾ C. BROWN, *loc. cit.*, note 97, p. 185.

⁽¹⁰²⁾ À cet effet, voir Gennady M. DANILENKO, "The Changing Structure of the International Community: Constitutional Implications", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 353, pp. 353 à 355.

attention un peu plus soutenue, car elle insère la représentation moderne de la souveraineté et du droit international, qui s'appuie elle-même sur la philosophie libérale classique et sur la méthodologie positiviste. En outre, l'idée d'une société internationale est fréquemment associée à la tradition du droit naturel du XVI^e au XVIII^e siècles et dont la figure emblématique demeure celle de Grotius⁽¹⁰³⁾. La spécificité de la société internationale est qu'elle n'épouse ni complètement l'approche empirique, propre à la conception systémale, ni complètement l'approche normative, propre à la conception communautaire. En alliant l'empiricisme et le normativisme elle se présente plutôt comme un entre-deux entre les extrêmes. Cependant, cette alliance est plus ou moins heureuse, comme nous l'avons déjà fait remarquer, pour la conceptualisation du droit international. En effet, celui-ci subit une tension entre le côté apologique et le côté utopique et cette tension, loin d'être assumée en tant que centre névralgique du droit, est perçue comme une déficience qui entraîne l'incohérence et l'indétermination du système légal international⁽¹⁰⁴⁾. Nous retrouvons ici, encore une fois, le problème de l'instance critique : ou bien le droit international reflète les pratiques et alors il est dépourvu de normativité, ou bien il est distancié et critique de ces pratiques et alors il est dépourvu d'effectivité.

Selon cette conception, l'ordre est redevable de la stricte habilité des États à s'entendre sur des règles qui autorisent la coexistence⁽¹⁰⁵⁾. La société est donc essentiellement une structure normative souple, en ce qu'elle oblige à tout le moins la

⁽¹⁰³⁾ Hedley BULL, "The Importance of Grotius in the Study of International Relations", in Hedley BULL, Benedict KINGSBURY and Adam ROBERTS, *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 65-93, p. 71 ; N.J. RENGGER, "A City Which Sustains All Things ? Communitarianism and International Society", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 353, pp. 357 à 360.

⁽¹⁰⁴⁾ Voir à cet effet la contribution des *Critical Legal Studies*, Première partie, chapitre 2.

⁽¹⁰⁵⁾ Richard SHAPCOTT, "Conversation and Coexistence : Gadamer in the Interpretation of International Society", (1994) 23 *Millennium : Journal of International Studies*, 57, pp. 57, 58.

coexistence et le maintien de l'intégrité territoriale et culturelle des États. Chaque État est donc une entité distincte et séparée, qui poursuit les buts qu'il s'est fixé et la vision d'une bonne vie pour sa communauté domestique⁽¹⁰⁶⁾. Par voie de conséquence, la société internationale se décrit négativement, c'est-à-dire qu'elle n'est pas l'union des parties distinctes en fonction d'un but commun ou d'une vision de la bonne vie⁽¹⁰⁷⁾. Elle est une association plurale de communautés politiques indépendantes, et dont le relativisme est uniquement tempéré par la nécessaire gestion de la diversité et la préservation des parties⁽¹⁰⁸⁾. Les normes cardinales de cette société consacrent explicitement l'impératif de coexistence et implicitement le refus d'un engagement envers un but commun. Nous n'avons qu'à évoquer l'égalité souveraine, l'immunité diplomatique ou encore, les normes de non-intervention et de *pacta sunt servanda* pour nous en convaincre⁽¹⁰⁹⁾.

Que devons-nous retenir et que devons-nous exclure de ces trois conceptions de l'ordre international ? La conception systémale doit principalement être rejetée parce qu'elle se prétend en possession de la réalité. Prétention hautement dogmatique qui refuse du même coup le subjectivisme inhérent à toute description. Premièrement, la conception systémale n'accorde aucune place à la normativité du droit international. Deuxièmement, dans sa prétention réaliste, elle attaque *ad hominem* tous les juristes qui pensent la normativité en les traitant, péjorativement, d'idéalistes. Il faut néanmoins reconnaître, avec les tenants de la conception systémale, que la sphère internationale est partiellement structurée par des rapports de force mais ces rapports

⁽¹⁰⁶⁾ *Id.*, p. 58.

⁽¹⁰⁷⁾ Friedrich KRATOCHWIL, "Of Systems, Boundaries, and Territoriality : An Inquiry into the Formation of the State System", (1986-87) 39 *World Politics* 27, p. 33.

⁽¹⁰⁸⁾ C. BROWN, *loc. cit.*, note 97, p. 186 ; R. SHAPCOTT, *loc. cit.*, note 105, p. 69.

⁽¹⁰⁹⁾ C. BROWN, *loc. cit.*, note 97, p. 188.

sont, selon nous, autant d'ordre objectif que subjectif. Si nous admettons ce caractère biface, alors le droit international peut être conceptualisé comme une force qui fait contrepoids à la puissance objective, que celle-ci soit militaire ou économique. Il va sans dire que la force du droit international se situe précisément dans son appel à la normativité et à la légitimité et qu'elle dépend nécessairement d'une utilisation fréquente, répandue voire démocratique. La force du droit international réside à long terme dans sa domestication. Nous reviendrons un peu plus loin sur cette notion.

Qu'en est-il de la deuxième conception de l'ordre ? Si nous nous en tenons à une communauté cosmopolitique qui regroupe la totalité des individus, il nous faut alors rejeter cette avenue prospective car elle pose un idéal par trop éloigné de ce que nous vivons présentement. En d'autres mots, cet idéal tombe dans le domaine de l'utopie car il n'a véritablement aucune prise dans les structures existantes, aussi il s'avère difficile voire impossible de le bâtir. Les critiques sur l'effectivité du droit international seront dorénavant justifiées si le droit international repose sur cette conception communautaire. Deuxièmement, cet idéal soulève un obstacle fonctionnel incontournable à savoir, quelles vont être la forme et la taille de l'institution en charge d'administrer cette communauté civile globale ? Troisièmement, cet idéal comporte virtuellement une pensée totalitaire, homogénéisante, réductrice des différences individuelles et culturelles.

Nous traiterons simultanément des notions d'une communauté des États et d'une société internationale car les deux tournent autour de la problématique des intérêts et des buts communs. La conception de la société internationale soulève un problème, par ailleurs, de plus en plus apparent et incontournable depuis l'intensification des échanges transfrontaliers.

"When contacts increase and political and economic interdependencies are recognized, a differentiation arises between inter-system and system-environment relations.

Exchanges between systems (states) are increasingly regulated by normative structures, even in cases of inter-state violence. Thus, a "negative community" - one not united by a common purpose or a vision of the good life, but only by common practices and the mutual recognition of rights - comes into existence."⁽¹¹⁰⁾

Lorsque les échanges en question demeurent relativement sous le contrôle des États, il est alors possible de cantonner théoriquement la société internationale à un ensemble de pratiques entre des entités parfaitement distinctes. Néanmoins, cette vision devient insoutenable avec l'intensification sans précédent des échanges économiques, informationnels, sociaux et idéologiques. Cette intensification entraîne une interdépendance croissante entre les parties et elle ouvre ces mêmes parties au monde. À l'évidence, les cultures et les États ne sont pas et n'ont jamais été des entités rigidifiées, cohérentes et hermétiques⁽¹¹¹⁾ et cela, malgré le mythe d'une communauté domestique et d'une culture auto-suffisante. Ce mythe a été incorporé par la conception de la société internationale et il est désormais sérieusement ébranlé par le phénomène d'interdépendance. Pour cette raison, la conception de la société doit abandonner ce postulat du cloisonnement, sous peine de voir l'empirique dicter à lui seul, c'est-à-dire sans l'aide du normatif, la vie internationale.

D'un autre côté, nous retenons de cette dernière conception sa composition étatique, sans exclure toutefois l'élargissement et la diversité des acteurs internationaux. Nous pensons, en effet, que l'institution de l'État reste, pour l'instant, indépassable. Cela ne signifie pas que la souveraineté est synonyme d'un vase clos. Au contraire, elle peut réunir l'ouverture sur les autres et sur le droit international, ainsi que le signe d'une irréductible singularité. L'enjeu consiste désormais à concilier

⁽¹¹⁰⁾ F. KRATOCHWIL, *loc. cit.*, note 107, p. 33.

⁽¹¹¹⁾ R. SHAPCOTT, *loc. cit.*, note 105, p. 81.

ces deux perspectives, à négocier l'identité et la différence, et le droit international doit être appelé à jouer ce rôle de tiers-arbitre.

3.2 Le danger d'une communauté internationale restreinte

D'une façon plus concrète, nous pouvons d'ores et déjà constater la combinaison ou, pour mieux dire, l'application de ces conceptions de l'ordre exposées un peu plus haut. N'assistons-nous pas, en effet, à la fortification d'une communauté restreinte d'États, qui regroupe plus spécifiquement les pays libéraux, démocratiques et industrialisés ? N'y a-t-il pas entre ces membres des intérêts et des buts communs, malgré les dissensions usuelles et les luttes de pouvoir qui les amènent, envers et contre tout, à régler leurs différends par des moyens juridiques⁽¹¹²⁾ ? N'est-il pas possible de voir dans ce rapprochement l'émergence d'un phénomène identitaire ? Parallèlement, et alors que se développe une communauté restreinte, il y a établissement de relations systémiques entre celle-ci et le reste du monde⁽¹¹³⁾. En d'autres termes, ce regroupement implicite d'États entretient avec la majorité restante des relations où le rapport de force est véritablement déterminant. Il n'existe, à l'intérieur de ces relations, aucune notion de confiance ou de respect qui pousserait les États en question à utiliser de façon non stratégique le droit international dans la résolution de leurs différends.

Le problème de cette communauté restreinte est qu'elle participe, encore une fois, à la création d'un grand Autre et qu'elle renforce par la suite son identité en transformant cette différence en danger, d'où l'établissement de relations systémiques. Le problème consiste donc plus précisément à décrire les relations internationales de façon asymétrique, c'est-à-dire entre les États occidentaux en terme de société ou de

⁽¹¹²⁾ Daniel S. SULLIVAN, "Effective International Dispute Settlement Mechanisms and the Necessary Condition of Liberal Democracy", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 2369, p. 2398.

⁽¹¹³⁾ C. BROWN, *loc. cit.*, note 97, p. 196.

communauté, alors que les rapports entre lesdits États et les autres, qui composent faut-il le rappeler la majorité, sont immédiatement insérés à l'intérieur d'une logique systémale qui évacue du même coup le droit international. Si un lien identitaire entre un groupe d'États n'est pas condamnable en soi, il véhicule bien souvent une pratique hiérarchisante face à la perception de la différence.

Nous prendrons, à titre d'exemple, les écrits de Fernando Tesón⁽¹¹⁴⁾ car ils illustrent admirablement bien cette organisation asymétrique ou encore cette dichotomie naissante et contemporaine. Nous retiendrons donc quelques éléments représentatifs de la pensée de Tesón, car ils appuient directement notre propos sur le caractère restreint d'une communauté dite internationale. Premièrement, la souveraineté devient une valeur strictement instrumentale en ce qu'elle est conditionnée par les principes du respect des droits de la personne et de l'autonomie individuelle. L'unité normative internationale n'est plus l'État mais l'individu. Celui-là existe à la seule fin de servir et de protéger celui-ci. Une fois cela posé, la question est de savoir quel est le gouvernement ou l'État qui remplit ce rôle ? Pour Tesón, un gouvernement est légitime si et seulement si il se fonde dans une démocratie libérale, c'est-à-dire s'il y a représentation du peuple et respect des droits de la personne. Toutes les autres alternatives sont d'ores et déjà exclues. La souveraineté de l'État va dépendre étroitement de sa légitimité domestique, qui dépend en retour de l'instauration d'une démocratie libérale.

Deuxièmement et suivant ce qui précède, les droits de la personne deviennent le fondement ultime du droit international. Celui-ci ne se confine plus à

⁽¹¹⁴⁾ Voir de cet auteur : Fernando R. TESÓN, "International Abductions, Low-Intensity Conflicts and State Sovereignty : A Moral Inquiry", (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 551 ; F.R. TESÓN, "Realism and Kantianism in International Law", (1992) 86 *American Society of International Law Proceedings* 133 ; F.R. TESÓN, "The Kantian Theory of International Law", (1992) 92 *Columbia Law Review* 53 ; F.R. TESÓN, *Humanitarian Intervention : An Inquiry Into Law and Morality*, New York, Dobbs Ferry, Transnational Publishers Inc., 1988.

l'enregistrement mécanique du comportement factuel des États, il impose véritablement des standards de conduite. Il y a, en ce sens, une inflation de la normativité du droit dans la théorie proposée par Tesón. Pour assurer cette normativité qui, parce qu'elle ne procède plus de la seule volonté des États peut perdre du terrain au niveau effectif, Tesón soustrait la protection qu'accorde généralement le droit international aux États jugés illégitimes, c'est-à-dire à tous ceux qui s'avèrent susceptibles de refuser la fondation apriorique des droits de la personne. Les normes ne gouvernent qu'une alliance entre les États libéraux et, à cet effet, Tesón prétend s'appuyer sur la philosophie kantienne. Aussi, les États illégitimes ne bénéficient pas de la protection de la norme de non-intervention, seule l'alliance libérale possède ce privilège. Nous insistons par ailleurs sur ce dernier terme car le droit international, sous la plume de Tesón et plus largement pour les tenants d'une communauté restreinte, perd en universalité pour lentement se transformer en prérogative. Il y a donc un droit d'intervention à l'intérieur d'un État illégitime dans le but de défendre les droits de la personne. Les seules limitations à ce droit d'intervention peuvent se formuler ainsi : l'État-intervenant doit être une démocratie libérale et il doit user de moyens proportionnés. Il nous semble ironique de qualifier ces mesures de limitations, alors qu'elles constituent plutôt des conditions pour une communauté restreinte d'États libéraux dans une position nettement hiérarchique face au reste du monde.

La théorie de Tesón, que l'on qualifie à tort ou à travers de cosmopolitique, doit être écartée⁽¹¹⁵⁾. D'une part, elle s'élève contre la pluralité des valeurs, des cultures et des systèmes, pour implanter à l'échelle de la planète une structure étatique et gouvernementale uniforme. Manifestement, il y a là volonté d'annihiler la différence, peu importe la forme que celle-ci revêt, pour imposer même de façon coercitive une

⁽¹¹⁵⁾ Pour une critique pertinente de la théorie de Tesón voir, Gerry J. SIMPSON, "Imagined Consent : Democratic Liberalism in International Legal Theory", (1994) 15 *The Australian Year Book of International Law* 103, pp. 120 à 122.

orthodoxie. Dans cette singulière entreprise, Tesón balaie toute discussion sur le relativisme en ayant recours à un argument de type manichéen voire impérialiste à savoir, que ce qui est bon pour nous doit nécessairement l'être pour eux. Il faut également souligner que l'État ne possède pas à lui seul le monopole des violations des droits de la personne. L'instauration d'une structure gouvernementale uniforme à travers les pays ne constitue donc pas une panacée contre toutes les violations des droits individuels. D'une autre part, cette théorie accorde une confiance excessive aux mécanismes de la démocratie représentative. Elle suppose que les individus composant l'État soient réellement informés, éclairés et influents dans les choix effectués par les décideurs. Ce scénario rappelle beaucoup plus une démocratie participative, avec tout ce que cela soulève comme difficultés théoriques et pratiques, que représentative.

Il va de soi que la position de Tesón, qui est fondée exclusivement sur les droits individuels, ne peut absolument pas être réconciliée avec celle de Rawls. Toutefois, et comme nous le verrons d'ici peu, les derniers écrits de Rawls à ce sujet participent apparemment à la création d'une communauté restreinte d'États. Dans le désormais célèbre *A Theory of Justice*⁽¹¹⁶⁾, Rawls consacre un chapitre au droit international. Nous savions déjà que la justice selon cet auteur répond fondamentalement d'une procédure idéale de décision. Cette procédure va déterminer les principes de justice propres à une communauté et ces principes sont négociés derrière un voile de l'ignorance qui garantit simultanément une certaine neutralité. En effet, comment les participants à la négociation peuvent-ils être partiaux lorsqu'ils ignorent tout de leur condition, de leurs talents et de leurs déficiences ? Cette procédure est transposée au niveau international et les principes de justice seront alors négociés par des représentants étatiques sans que ceux-ci sachent évidemment quel État en particulier ils représentent. Ignorants si l'État en question est puissant ou non, les représentants

⁽¹¹⁶⁾ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

vont rationnellement adopter la norme de non-intervention. C'est précisément sur ce point que Tesón ne peut plus suivre Rawls. L'accord international sur les principes s'explique en fonction de la nature des représentants. Ceux-ci partagent les préoccupations des gouvernants et non des gouvernés ; entendez-ici les individus⁽¹¹⁷⁾. Si nous suivons la logique de Tesón, il faut substituer les représentants étatiques en tant que négociateurs pour les individus, car les premiers vont nécessairement adopter une perspective protégeant l'autorité gouvernementale peu importe sa légitimité et ce, au détriment des seconds.

Dans un article beaucoup plus récent⁽¹¹⁸⁾, Rawls discute plus spécifiquement de l'articulation des principes de justice sur la scène internationale. Il intitule cet article *Le droit des peuples*, c'est-à-dire la conception de la justice applicable aux principes, à la pratique et aux normes du droit international. De prime abord, il semble se rapprocher de la position adoptée par Tesón. En effet, Rawls expose les principes de justice élaborés sous le voile de l'ignorance et valables entre les peuples libres et démocratiques. Ces principes ne diffèrent en rien de ceux que l'on connaît aujourd'hui. Ils réitèrent l'égalité souveraine des peuples, la non-intervention, le respect des engagements contractuels, le droit à la légitime défense etc... Néanmoins, et sur ce point Rawls se démarque manifestement de Tesón, ces principes pour les peuples démocratiques peuvent s'étendre à des sociétés ordonnées hiérarchiquement, pensons par exemple à des sociétés au fondement religieux. Et si ces principes doivent s'étendre à ce type de société, c'est parce que les sociétés libérales ne sont pas en droit d'exiger l'uniformité. Au contraire, elles doivent pratiquer la vertu libérale de la tolérance. Si les principes de justice embrassent les sociétés hiérarchisées, ils ne vont

⁽¹¹⁷⁾ Thomas M. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 220 ; T.M. FRANCK, "Is Justice Relevant to the International Legal System ?", (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 945, pp. 954, 955.

⁽¹¹⁸⁾ John RAWLS, "The Law of Peoples", (1993) 20 *Critical Inquiry* 36.

pas jusqu'à admettre les régimes dictatoriaux, tyranniques ou expansionnistes. Face à ces régimes parias, la fédération des peuples démocratiques et des sociétés hiérarchisées évolue dans un état de nature. Étant donné ce climat, les normes du droit international ne sont d'aucune utilité.

En fonction de ce court résumé, la théorie de Rawls semble collaborer à une communauté internationale restreinte. Cette communauté partage les normes du droit international que nous connaissons déjà. Le problème avec cette conceptualisation de la communauté est qu'elle élève, une fois de plus, une dichotomie entre les membres et les exclus. Cependant, n'est-ce pas en quelque part le propre de toute communauté ? Ce faisant, elle ne participe pas à la vitalisation et à la culture du droit international. Au contraire, le droit sera perçu par les exclus comme un ensemble discriminatoire de privilèges, et de bénéfices et il contribuera involontairement à maintenir les exclus en marge de la communauté internationale. Il n'est pas nécessairement néfaste d'isoler les régimes hors-la-loi, c'est-à-dire ceux qui violent systématiquement les principes et les normes du droit international, afin de les contraindre, pour sortir de leur isolement, à modifier leurs comportements. Toutefois, cette procédure fonctionne si le nombre d'exclus reste faible. Dans le cas contraire, les hors-la-loi peuvent bientôt former un groupe qui va par la suite alimenter l'irascibilité des différences. Bref, dans un cas comme dans l'autre, le droit international est discrédité dans sa qualité de tiers-arbitre.

Toutefois, et si nous reprenons les dernières leçons de Rawls, il existe une quantité négligeable d'États parias ou hors-la-loi. Dans les faits, les sociétés hiérarchisées sont en plus grand nombre et parce que celles-ci sont intégrées dans la fédération des peuples démocratiques, la communauté de Rawls englobe l'ensemble des États à quelques exceptions près.

3.3 L'idée normative d'une communauté internationale

Nous avons insisté depuis le tout début de ce chapitre sur les différentes perspectives pour analyser la notion de communauté en accentuant, la plupart du temps, leur inadéquation ou leur inadaptation sur la scène internationale. Il nous faut maintenant circonscrire ce que nous entendons par l'idée normative d'une communauté, et l'effet que cela entraîne sur la représentation de la souveraineté et sur le rôle du droit international.

Nous avons, d'autre part, repoussé la détermination relativement conventionnelle de la communauté, et où celle-ci réfère invariablement à un groupe social ou à un ensemble de personnes qui vivent et partagent une location géographique plus ou moins délimitée. Nous refusons également la détermination conventionnelle qui demande, comme signe de la communauté, une organisation politique et sociale qui s'appuie sur une notion de bien commun ou d'intérêts communs. Ces définitions, sans être fausses, supposent déjà une association phénoménologique, consciente et volontaire entre les membres⁽¹¹⁹⁾. De plus, l'intolérance face et l'exclusion de la différence pour la recherche ou la consolidation d'une uniformité et d'une homogénéité à l'intérieur d'un groupe délimité a généralement procédé de la radicalisation de ces définitions conventionnelles.

Néanmoins, et en deçà de ces définitions, on retrouve la notion d'une communauté cognitive et c'est cette notion qu'il faut, selon nous, conserver afin d'expliquer la souveraineté et le droit international. Qu'entendons-nous par le terme

⁽¹¹⁹⁾ S.L. WINTER, *loc.cit.*, note 64, pp. 966, 967 pour les définitions conventionnelles. Pour l'étymologie du mot communauté, voir le *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, sous la direction d'Alain Rey, Paris, Dictionnaire Le Robert, éd. 1994.

“cognitif” ? La communauté est essentiellement une façon partagée par un groupe d'acteurs, quoique bien souvent inconsciente, de comprendre les événements, les autres et les objets qui nous entourent.

“In this view, what is referred to as community is a group identification (whether partial or complete, self-conscious or not) that is a function or end product of common ways of understanding and living in a world. To put it another way, “community” is the name we give to a group of people who share a paradigm, a nomos, a culture, or a world-view.”⁽¹²⁰⁾

Une communauté de sens, de compréhension va nécessairement faciliter la modulation dialogique et interactionnelle entre les acteurs, modulation présente du seul fait de la coexistence du nombre ou des singularités souveraines. La communauté va donc autoriser une modulation qui ne sera pas perçue sous l'angle de la coercition ou encore comme une atteinte à la liberté individuelle des agents⁽¹²¹⁾. Et si cela est possible c'est bien parce qu'il y a eu internalisation d'une compréhension commune du monde par les agents.

Bien que la communauté, en tant que phénomène cognitif, établit un système de dispositions à la pratique plus ou moins régulier et prévisible, et bien qu'elle module l'agir, les membres de la communauté ne sont pas identiques et interchangeables. En fonction de leurs différences, différences par ailleurs extensibles d'un État à un autre au niveau international, il existe toujours des failles dans cette compréhension commune, des manques d'information et des valeurs variables suivant la condition propre des acteurs. Pour ces raisons, la communauté nécessite un espace

⁽¹²⁰⁾ S.L. WINTER, *loc. cit.*, note 64, pp. 966, 967.

⁽¹²¹⁾ *Id.*, p. 971.

normatif explicite⁽¹²²⁾ à savoir le droit international, qui va indiquer en dépit de ces différences un type d'agir.

Pour illustrer le fonctionnement quoique abstrait de cette communauté, prenons à titre d'exemple les justifications légales et autres qu'un État offre lorsqu'il intervient ou lorsque ses actes sont susceptibles d'être perçus comme une intervention à l'intérieur d'un autre État. Il faut bien voir que l'État-intervenant ne configure pas immédiatement et consciemment l'audience à qui il adresse les justifications. Cependant, celles-ci contiennent nécessairement une référence implicite à cette audience. Les justifications exigent par définition la présence de l'altérité. Il y a donc une assomption sous-jacente à la justification et qui présuppose une communauté d'États relativement similaires, c'est-à-dire une communauté dont les membres suivent certaines règles dans leur conduite respective⁽¹²³⁾.

Nous ajouterions, pour être plus précis, qu'en présentant des justifications juridiques plus ou moins articulées, l'État produit simultanément une communauté internationale interprétative ou encore une communauté internationale de jugement⁽¹²⁴⁾. Les justifications et les thèses proposées peuvent perdurer dans le temps et devenir ainsi, imperceptiblement, des standards communautaires sur l'acceptabilité d'une pratique souveraine. Il faut pour cela que ces justifications soient, au préalable, acceptées puis reprises par les autres acteurs dans des situations qui se rapprochent de celle qui a accouché des justifications. C'est ce que nous entendons par l'existence plus ou moins indépendante d'une communauté internationale interprétative. Les

⁽¹²²⁾ *Id.*, p. 998.

⁽¹²³⁾ Cynthia WEBER, *Simulating Sovereignty : Intervention, the State, and Symbolic Exchange*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 5.

⁽¹²⁴⁾ C. WEBER, *op. cit.*, note 123, p. 125 ; C. WEBER, *loc. cit.*, note 92, p. 201.

justifications se sont peu à peu détachées de leur auteur originel, pour appartenir désormais à un espace de sens public et transsubjectif. Par ailleurs, la publicité et la transsubjectivité de ces standards communautaires se confirment face à certaines interventions qui, dès le départ, heurtent le sens et semblent irrecevables et illégitimes.

Les justifications légales participent donc à la constitution et au reflet de l'identité souveraine de l'État ainsi que d'une communauté internationale interprétative⁽¹²⁵⁾. Il s'agit véritablement d'un procédé discursif entre l'identité souveraine et la communauté internationale. Le danger d'une communauté internationale simulée découle précisément de l'arrêt de ce procédé discursif. Pour mieux dire, le danger est présent lorsqu'un État avance des justifications, non pas à une hypothétique communauté de pairs, mais simplement afin de légitimer sa position internationale face et uniquement à sa communauté domestique⁽¹²⁶⁾. L'État simule alors une communauté internationale à partir d'un procédé monologique, entièrement tourné vers lui-même et la consolidation de sa communauté domestique. L'État est assez puissant dans cette hypothèse pour balayer l'altérité internationale et cette puissance repose, en majeure partie, sur l'inaction et le silence des autres acteurs internationaux.

Hormis cette hypothèse de simulation, la constitution codéterminante de l'identité souveraine et de la communauté internationale soulève d'ores et déjà un autre problème, qui interpelle cette fois-ci directement le rôle du droit international. Ce problème, ou encore ce paradoxe que l'on qualifiera de cercle herméneutique⁽¹²⁷⁾,

⁽¹²⁵⁾ Cynthia WEBER, "Writing Sovereign Identities : Wilson Administration Intervention in the Mexican Revolution", (1992) 17 *Alternatives* 313, p. 315.

⁽¹²⁶⁾ C. WEBER, *op. cit.*, note 123.

⁽¹²⁷⁾ Sur le problème du cercle herméneutique à partir de l'apport de Gadamer, voir Richard J. BERNSTEIN, *Beyond Objectivism and Relativism : Science, Hermeneutics, and Praxis*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983, pp. 157 à 226.

s'explique précisément à partir du procédé discursif de constitution de l'identité souveraine et de la communauté internationale. En effet, les États ou les acteurs doivent se raconter et être racontés en faisant référence explicitement et implicitement aux normes et aux principes du droit international afin que celui-ci, en retour, participe à la consolidation d'une communauté de sens et de compréhension. Paradoxalement, l'identité souveraine qui s'appuie en partie sur des normes et des principes juridiques, présuppose déjà l'existence même minimale d'une communauté internationale. Le cercle herméneutique se situe dans cette discursivité. C'est essentiellement au travers des normes, conçues comme des raisons internalisées à l'action et comme des moyens communicationnels et rhétoriques qui véhiculent des justifications, qu'une communauté internationale se constitue. C'est en ce sens que la communauté ne relève pas de la raison instrumentale et de la fabrication *ex nihilo* d'un objet. Parallèlement, l'utilisation des normes présuppose déjà des formes de vie communautaire, que ces mêmes normes doivent bâtir et renforcer. En l'absence de ces formes de vie, les acteurs ne se tourneront pas vers les normes et les principes du droit international pour se raconter et se constituer en identité souveraine. Nous retrouvons ici le lien entre l'identité et la normativité, le "qui sommes-nous" et le "comment allons-nous vivre ensemble".

Il faut absolument, selon nous, assumer ce paradoxe herméneutique, c'est-à-dire sans chercher à recréer un socle fondationnel. En d'autres termes, il ne sert à rien de poser au préalable l'existence d'une communauté internationale aux standards déterminés pour revitaliser ainsi la pratique du droit international et inversement. La communauté n'est pas un objet fixe, posé et préexistant, tout comme les standards communautaires ne relèvent pas du domaine de la vérité, de l'évidence et de la transparence. La communauté de sens est perpétuellement en devenir, tout en étant une expérience immédiate et dialogique entre les acteurs. Elle répond d'un processus de création continue et pratique, suivant en cela la condition historique des hommes

et de leur savoir. Parallèlement, la pratique internationale repose sur la représentation, l'imaginaire, et la conceptualisation que les acteurs se font d'eux-mêmes. Voilà pourquoi il nous a fallu rejeter la représentation moderne de la souveraineté, qui décrit invariablement les États comme des entités hermétiques, autonomes et autarciques. Cette représentation exclut le droit international tout en fixant la communauté dans une absence de communauté.

Il faut, encore une fois, nous demander comment transformer la représentation que les acteurs se font d'eux-mêmes et, par conséquent, du droit international. La représentation moderne de la souveraineté est confrontée à une interdépendance empirique qui laisse clairement apparaître son invraisemblance et son dysfonctionnement aussi, la transformation souhaitée est déjà en cours. Il s'agit maintenant de la penser, de la réfléchir, et non de laisser les seuls faits la déterminer.

Premièrement, les États ne possèdent plus le monopole exclusif de la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes et du droit international et ceci découle, notamment, de l'élargissement de la notion de sujet juridique, ainsi que de la diversité et de la multiplicité correspondante des acteurs internationaux. Sans avoir les mêmes droits et obligations, et bien que ces droits et ces obligations demeurent parfois relativement flous, la notion de sujet s'étend désormais aux organisations internationales, à certains groupes de libération et, dans une moindre mesure car conditionnel à un engagement contractuel de l'État, aux individus. En dépit de ce flou conceptuel, qui entoure la notion et l'applicabilité de la notion de sujet, il y a sans contredit une diversité et une multiplicité d'acteurs sur la scène internationale qui amputent, dans les faits, le monopole représentationnel des États. Nous n'avons qu'à mentionner à cet effet l'apport non négligeable des organismes non gouvernementaux, des multinationales, des associations humanitaires et des Églises transnationales et des organismes régionaux. Cette diversité et cette multiplicité peut grandement participer

à la revitalisation du droit international si les acteurs emploient systématiquement le langage légal dans leurs critiques, leurs justifications, bref, dans leur interaction habituelle. Le droit international devient alors un langage véritablement public et non plus le dialecte partagé par les élites gouvernementales.

Car il faut bien reconnaître l'aspect jusqu'alors dialectal du droit international et qui n'a profité qu'à un cercle relativement restreint d'utilisateurs, à savoir les élites gouvernementales. Ce cloisonnement ne peut que discréditer l'ensemble du droit international qui sera perçu, à juste titre, comme un instrument de pouvoir, puis de légitimation réciproque entre des élites transnationales. Celles-ci ont, par ailleurs, tout intérêt à entretenir cet aspect dialectal car il conserve l'international à l'intérieur de la traditionnelle catégorie de l'anarchie. Comme cette sphère est loin du domestique, où les décideurs ont en théorie des comptes à rendre à leur population, et décrite généralement en termes de complexité et de danger, les élites possèdent tout naturellement un chèque en blanc quant à leurs activités internationales.

Cette singulière description de la sphère internationale a fortement contribué, ou est-ce l'inverse, au désintéressement des différentes sociétés civiles pour la sphère internationale. Car il faut également admettre que les sociétés civiles nationales ont fait le jeu des élites gouvernementales, en ne sortant de leur indifférence et de leur apathie qu'en présence de catastrophes humanitaires ou écologiques. Pour tout dire, les sociétés domestiques exigent du spectacle à grand déploiement ainsi que des grandes sensations, beaucoup plus que de l'information sur les actions de leur État à l'étranger. Peu importe les raisons de ce désintéressement des sociétés, une conclusion reste à tirer : la sphère internationale est rarement soumise au contrôle démocratique.

La couverture médiatique en général démontre et participe peut-être au désintéressement des sociétés civiles pour la sphère internationale. Est-il juste de

parler d'une couverture de l'international, alors que les bulletins de nouvelles se limitent plutôt à la présentation de certains événements nationaux, surtout lorsque ceux-ci contiennent des éléments sensationnels ? Contrairement à la couverture de l'international, ne s'agit-il pas ici d'une juxtaposition, plus ou moins cohérente, des nouvelles nationales ? D'un autre côté, et hormis la couverture des grandes rencontres au sein de l'ONU, quoiqu'il faille encore limiter ces rencontres au cadre de l'Assemblée générale et non aux activités des différents organes de l'ONU, les relations internationales se prêtent-elles à un enregistrement sur pellicule ? Les médias ne sont-ils pas confinés, bien malgré eux, à présenter les événements symboliques ou encore les traces de l'interaction entre les États ? Pensons, par exemple, au protocole de la signature d'un traité bilatéral ou autre, et où l'on voit les représentants de chaque partie contractante se serrer la main autour d'une table. Ne peut-on pas en conclure que les relations internationales se passent toujours dans un espèce de huis clos informationnel, entre un nombre fort restreint de personnes ?

Toutes ces remarques nous indiquent la carence principale de l'ordre public international à savoir, le défaut d'un contrôle social⁽¹²⁸⁾. La sphère internationale reste pour l'instant, dans la plupart des cas, une région plus ou moins abstraite voire mystérieuse. Néanmoins, et c'est ce que les sociétés domestiques doivent idéalement réaliser, cette sphère a un effet direct sur leur vie quotidienne, peu importe les qualificatifs qu'on lui attribue. Les sociétés civiles doivent se débarrasser, en premier lieu, de cette image de l'autosuffisance et où la politique intérieure subvient à tous leurs besoins. Elles doivent, pour ce faire, considérer les limites de leur gouvernement à savoir, qu'il n'est en aucune façon et qu'il n'a jamais été omnipotent et que cela se vérifie à tous les niveaux et non seulement dans le domaine économique, même si le

⁽¹²⁸⁾ Emmanuel WALLON, "Vers un espace public international", (1995) 50 *Les temps modernes* 65, pp. 82, 83.

discours contemporain est à cet effet⁽¹²⁹⁾. Pour le dire autrement, les citoyens doivent se sentir interpellés par la politique étrangère élaborée par leurs dirigeants surtout, et sinon plus, dans les États démocratiques où ils peuvent en théorie débattre librement de ces questions. Cette affirmation soulève toutefois, bien qu'elle ne soit pas explicitement de notre propos, la problématique d'une revitalisation de la sphère publique interne. Ceci étant souligné, les sociétés civiles doivent s'approprier une part dans la production des images internationales. Cette production va bénéficier à long terme de l'élargissement et de la diversité dans la composition de l'auditoire international. Elle va se détacher peu à peu du cercle des élites gouvernementales qui demeurent prisonnières, dans le meilleur des cas, des aléas relatifs au processus électoral et aux divisions dans leur parti. Dans le pire scénario, certaines élites se moquent tout simplement des besoins de leur population civile et elles recherchent exclusivement, dans leurs relations internationales, la consolidation de leurs avoirs et de leurs intérêts personnels.

Évidemment, la participation active demandée aux sociétés civiles et, par conséquent aux individus, renouvelle l'éternel conflit entre l'homme et le citoyen. Hormis certains auteurs qui adoptent résolument et en bloc la perspective universaliste ou encore la perspective particulariste, la plupart, et nous pensons notamment à Pufendorf, Rousseau ou Kant, cherchent à concilier d'une manière ou d'une autre les deux pôles dyadiques⁽¹³⁰⁾. *Grosso modo*, ils s'entendent pour reconnaître une obligation quasi-naturelle entre tous les hommes du seul fait de leur appartenance commune à une humanité. Néanmoins, et parce que cette obligation naturelle reste floue et instructurée, il y a création et institutionnalisation de plusieurs communautés

⁽¹²⁹⁾ Ian CLARK, *The Hierarchy of States. Reform and Resistance in the International Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 210, 211.

⁽¹³⁰⁾ À propos de ce conflit entre l'homme et le citoyen voir, Andrew LINKLATER, *Men and Citizens in the Theory of International Relations*, London, The MacMillan Press Ltd., 1982.

politiques distinctes. À l'intérieur de chacune d'entre elle, les membres-citoyens établissent un réseau d'obligations politiques et juridiques spécifique et effectif. Le conflit précité est alors résolu, en tout ou en partie, par une espèce de dévolution à chaque État de l'obligation "naturelle" envers l'humanité. L'histoire nous enseigne que la passation de cette obligation des citoyens à leur État n'a pas eu lieu. Bien au contraire, cette obligation "naturelle" est peu à peu tombée en désuétude avec la fermeture des frontières et l'apologie correspondante du particularisme.

L'affirmation d'une obligation et d'une responsabilité qui transcendent la stricte citoyenneté n'équivaut pas obligatoirement à une critique sur le découpage du monde en États souverains. Autrement dit, la nécessité d'un universel même hypothétique ne signifie pas l'annihilation subséquente des particularismes, en l'occurrence les États, à l'intérieur d'un grand tout. Cela signifie toutefois que les États doivent répondre à leurs citoyens pour leur conduite internationale et, réciproquement, que les individus peuvent refuser d'obéir et de se soumettre à des lois ou des images qui vont directement à l'encontre des obligations légales internationales de l'État. Pour cela, les individus qui composent la société civile doivent être informés et s'informer sur cette sphère et son droit.

La seule mention d'un universel juridique, bien qu'hypothétique, évoque pour plusieurs le danger de l'annihilation des différences ou des particularismes d'une communauté domestique à l'autre. Le droit international, en tant que signe de cet universel juridique, est alors conceptualisé comme la planétarisation coercitive de la culture occidentale. Du même coup, la normativité de ce droit devient suspecte, car elle consacre des valeurs typiquement occidentales. Pour répondre à cette crainte il faut, d'une part, se garder de dépeindre la culture tel un objet, c'est-à-dire un corps tangible, posé, statique et univoque. La culture est un phénomène vivant et qui n'évolue pas en vase clos. Au contraire, elle s'alimente de la rencontre et de la

négociation avec la différence. D'une autre part, il ne sert à rien de renier ces différences culturelles, et leur présence invalide l'acceptabilité d'une communauté internationale aux valeurs rigoureusement homogènes. Voilà pourquoi nous avons insisté pour conserver la souveraineté sous la perspective d'une irréductible et souhaitable différence. Voilà pourquoi nous avons également refusé la notion d'une communauté internationale restreinte, car elle s'accompagne généralement d'un déni plus ou moins explicite de la différence, ainsi que de l'apologie de l'uniformité des valeurs.

Premièrement, et si le droit international tire indéniablement son origine de la culture européenne, il ne correspond pas à un ensemble de principes, de normes et de pratiques, figé dans un espace-temps bien délimité. Deuxièmement, il ne faudrait pas sous-estimer la capacité des sociétés non occidentales à adopter et à récupérer des concepts occidentaux. Et cette capacité est d'autant plus nécessaire, qu'il y a impérialisme de la culture occidentale et qu'il y a interdépendance empirique entre les différentes sociétés⁽¹³¹⁾.

C'est précisément en vertu de cette capacité d'adaptation et de la nécessité parallèle d'un universel juridique que nous devons procéder à une domestication déjà débutée du droit international⁽¹³²⁾. Qu'est-ce à dire ? Depuis le XX^e siècle, les espaces publics domestiques ont peu à peu intégré des éléments de l'espace public international, c'est-à-dire que les préoccupations d'ordre international se retrouvent insérées dans les politiques intérieures des différentes sociétés. Parallèlement, les espaces publics domestiques ne sont plus, comme jadis ils ont pu l'être, en contrôle de leur extériorité.

⁽¹³¹⁾ Phillip R. TRIMBLE, "International Law, World Order, and Critical Legal Studies", (1990) 42 *Stanford Law Review* 811, p. 817.

⁽¹³²⁾ Au sujet de cette domestication voir, *id.*

Ces espaces figurent dorénavant dans l'espace public international⁽¹³³⁾. Bref, il y a désarticulation de la fameuse dichotomie et interpénétration des sphères domestique et internationale. Cette interpénétration doit être poursuivie, notamment par le biais d'une domestication du droit international.

Cette domestication implique que le droit international est repris, récupéré et adopté par les différentes cultures, et ceci permet une certaine conciliation avec la thèse d'un relativisme modéré. Il va de soi que l'entreprise de domestication ne peut être que rejetée par les tenants d'un relativisme radical, qui prônent l'absolue incommensurabilité entre les différentes cultures. Toutefois, ce postulat suggère une vision passéiste de la culture, et où celle-ci se confond à un bloc monolithique et achevé. Plus spécifiquement, la domestication demande une connection entre le monde psychologique des décideurs, des juges et des représentants gouvernementaux, puis plus largement des citoyens, et le droit international. Pour ce faire, le droit international doit être nommé dans la théorie politique et juridique de l'État, dans sa rhétorique et dans sa mythologie, pour enfin être incorporé dans la représentation que se fait l'État de lui-même au niveau international⁽¹³⁴⁾. Corrélativement, cela implique la possibilité pour toute société de réécrire son histoire et sa mythologie, en ce qu'elle est appelée à déterminer la signification et le poids à accorder aux événements passés⁽¹³⁵⁾. L'inscription du droit international dans l'avenir de cette société va dépendre étroitement de cette réécriture.

⁽¹³³⁾ Philip ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 279.

⁽¹³⁴⁾ P.R. TRIMBLE, *loc. cit.*, note 131, pp. 838 à 840.

⁽¹³⁵⁾ P. ALLOTT, *op. cit.*, note 133, p. 100.

Jusqu'à présent, les différentes sociétés se sont racontées autour de l'absence d'une communauté internationale normative. Le droit international se limitait à un dialecte entre classes dirigeantes, et il codifiait des pratiques étatiques disparates. Cette lecture doit être modifiée et cette modification ne tolère aucun délai durant les bouleversements et l'interdépendance empirique. L'idée du droit international a un pouvoir certain sur les relations. Il faut néanmoins que cette idée se démocratise, qu'elle fasse partie d'une culture et d'un imaginaire, entretenus par une multitude d'acteurs diversifiés. Cela demande simultanément l'abandon de la vision traditionnelle du droit qui le décrit invariablement comme un ensemble cohérent de règles positives, neutres et univoques. Vision qui, faut-il le rappeler, a contribué à la polarité entre l'apologie et l'utopie, entre l'être et le devoir-être ou entre le réalisme et le normativisme⁽¹³⁶⁾. Le droit international conjugue les deux termes de cette polarité, il reflète et constitue la pratique en négociant constamment l'identité et la différence au niveau international.

"To think of international law as a "gentle civiliser" opens a door towards a legal practice and a theory that looks beyond realism and formalism, process and rule. It brings into focus the spirit in which lawyers and diplomats meet and negotiate and leaves aside the problem of the "firm foothold". It may be used to think of international law not as an abstraction, a utopian project or a reflection of state practice but as a culture and practice, even a community, sharing a language and often a professional commitment."⁽¹³⁷⁾

⁽¹³⁶⁾ M. KOSKENNIEMI, *loc. cit.*, note 88, p. 4.

⁽¹³⁷⁾ *Id.*, p. 16.

CONCLUSION

Nous avons insisté, tout au long de cette étude, sur le concept de souveraineté tant aux niveaux interne qu'externe puisqu'ils sont codéterminants. Mais cette insistance s'explique aussi en fonction du poids de la souveraineté sur la force ou la faiblesse, c'est selon, du droit international. La souveraineté, telle que nous l'entendons encore aujourd'hui, est ce principe inconditionné qui organise le monde autour d'une communauté politique distincte, située elle-même à l'intérieur d'un territoire rigoureusement délimité. Cette perspective s'est dramatiquement radicalisée jusqu'à devenir, pour l'État souverain, synonyme d'une maîtrise totale, et dans certains cas sinon plusieurs dictatoriale, sur un territoire et une population. Cet idéal de gouvernement emporte, si nous suivons ne serait-ce qu'un instant une logique déductive, des conséquences multiples au plan international. Parce que la souveraineté représente l'autorité finale sur un territoire et une population, elle ne peut théoriquement et en aucune façon être subordonnée à une autorité normative à l'externe, car celle-ci rappelle immédiatement une organisation hiérarchique internationale. Nous nous retrouvons donc avec une sphère internationale composée d'acteurs souverains et totalement indépendants les uns des autres, et que d'aucuns qualifient pour cette raison d'anarchique. En droit, le principe de l'égalité souveraine soutient la même idée. Dans cette hypothèse, l'obligation légale ne peut provenir que d'une source unique et unilatérale, celle de la volonté ou du consentement avec tout ce que la velléité suppose d'inconstance et de variation dans le temps. La faiblesse du droit international est contenue toute entière dans cet arrêt de la normativité à la volonté du sujet ou à son consentement exprès. D'un autre côté et parce que la

souveraineté est un principe inconditionné imposé par l'homme et pour l'homme, elle ne peut admettre une obligation juridique dérivée de Dieu, ou encore, de la Nature.

À l'évidence, cette interprétation de la souveraineté est née d'un contexte historique et social fort particulier, celui de l'Europe du XVI^e et XVII^e siècles. Toutefois, cette idée s'est rapidement disséminée de gré ou de force pour bientôt devenir incontournable. Étant donné que cette interprétation de la souveraineté repose, au départ, sur des conditions empiriques propres à l'Europe du XVI^e et XVII^e siècles, qu'en est-il des régions qui ne sont pas organisées autour de ce principe inconditionné ou qui ne possèdent pas les moyens économiques pour contrôler le territoire et la population à l'interne, ainsi que pour promouvoir leur autonomie à l'externe ? La période couvrant le XVII^e au milieu du XX^e siècle répond à cette question par l'impérialisme colonial de l'Europe sur des régions à qui l'on ne reconnaît pas ou peu ce statut souverain⁽¹⁾. Avec la deuxième moitié du XX^e siècle, et plus spécifiquement avec la décolonisation, la notion d'une souveraineté *de jure* se détache de la réalité pour acquérir une dimension toute formelle. Elle accorde à l'ensemble des États, peu importe leurs conditions empiriques et dès lors qu'ils font l'objet d'une certaine reconnaissance, le même statut juridique. Il faut bien voir la force de la souveraineté en tant que modèle idéal d'organisation politique et territoriale⁽²⁾, surtout pour des pays qui ne détiennent pas les moyens ou la richesse pour déployer une souveraineté *de facto*. La force de cet idéal a, par ailleurs, énormément contribué à fermer les États récemment décolonisés sur leur territoire et leur population, avec les abus que cela peut et a occasionnés. Cet idéal a participé, plus largement, à la propagation d'une logique

⁽¹⁾ David STRANG, "Contested Sovereignty : the Social Construction of Colonial Imperialism", in Thomas J. BIERSTEKER and Cynthia WEBER (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 22-49.

⁽²⁾ Alexander B. MURPHY, "The Sovereign State System as Political - Territorial Ideal : Historical and Contemporary Considerations", in T. J. BIERSTEKER and C. WEBER (eds.), *op. cit.*, note 1, pp. 81-120, p. 87.

de l'hermétisme au niveau international et où chaque État poursuit, de façon insulaire, sa vision du bien commun. Ironiquement, cet idéal a été à peine entamé devant le manque flagrant de richesse chez la majorité des États pour actualiser leur vision du bien commun⁽³⁾. Encore une fois, le débat sur une justice distributive internationale n'a pas véritablement eu lieu.

Le concept moderne de la souveraineté impose donc un partage strict entre l'interne et l'externe qui sont, faut-il le rappeler, codéterminants. Ce partage dichotomique figure un choix de l'ordre de la contingence, puisqu'il n'y a plus de dessein transcendantal, et cette contingence est d'autant plus apparente avec l'accélération et l'intensification de la mondialisation. Cette dernière brouille définitivement la distinction établie jusqu'alors en défiant la capture du temps, de l'espace et de l'ordre à l'intérieur d'un territoire délimité. En cela, elle expose le caractère exclusionnaire et dominant de l'interprétation moderne de la souveraineté. De là à rejeter en bloc le concept de la souveraineté, il n'y a qu'un pas que certains franchissent sans difficulté. Néanmoins, ce pas s'avère énorme si l'on reconnaît, un tant soit peu, l'attachement vital des hommes pour le territoire et l'attachement identitaire que renferme toujours l'idéal d'organisation politique qu'est l'État. Il va sans dire que cet attachement peut s'expliquer autant par la tradition et l'histoire pour les populations occidentales, que par une promesse et un projet inachevé pour les populations des quasi-États. Bref, il est possible de parler d'une "survivance systémique" de l'État et, par conséquent, de la souveraineté puisque les deux se constituent réciproquement. Cette "survivance systémique" peut également se comprendre devant l'absence d'alternatives sérieuses quant à l'organisation politique du monde. Si la mondialisation transforme le rôle de l'État et l'image de la souveraineté, elle n'élimine ni l'un ni l'autre complètement.

⁽³⁾ Naeem INAYATULLAH, "Beyond the Sovereignty Dilemma : Quasi-States as Social Construct", in T.J. BIERSTEKER and C. WEBER (eds.), *op. cit.*, note 1, pp. 50-80, p. 55.

Parce que la conservation tel quel du concept de souveraineté a été exclue, nous avons proposé une relecture de la souveraineté qui pouvait sembler se prêter, une nouvelle fois, à une entreprise de définition. Mais cette relecture refuse paradoxalement la fixation du sens de la souveraineté et, conséquemment, elle s'éloigne d'une définition immuable. Pour ce faire, nous avons emprunté l'idée du *parergon* au discours esthétique, et cet emprunt a évité la fixation ahistorique et acontextuelle du sens. La souveraineté-*parergon* ressemble donc à un cadre, qui ne peut lui-même être encadré, mais qui distingue pourtant l'interne et l'externe sans faire partie de l'un ou de l'autre. Ce processus continu d'encadrement répond d'une construction sociale et historique. Autrement dit la souveraineté, qu'elle soit envisagée en tant qu'institution, discours, structure ou principe, prend sens au travers de la pratique sociale des États, et cette pratique est tout sauf statique. La souveraineté demeure le signe d'une irréductible et souhaitable singularité mais, contrairement à la représentation moderne, elle n'évolue pas dans un vacuum social. L'identité souveraine se construit donc de façon dialogique et au travers des interactions constantes entre les agents internationaux. Si l'on admet cette définition, qui n'en est pas véritablement une puisqu'elle accueille la polysémie dans le temps et suivant le contexte, la souveraineté n'est plus ce carcan qui fonde les États dans une prétendue insularité. Le droit international, et plus particulièrement sa force et son indépendance normative, peuvent alors se déployer et jouer un rôle de premier plan dans cette construction perpétuelle du sens et dans l'organisation du monde.

En effet, la souveraineté équivaut à une construction sociale et transsubjective et elle s'infère, plus concrètement, de la pratique et des déclarations des États à son sujet. Cette représentation accorde, disions-nous, une nouvelle importance au droit international dans la formation de la pratique et des déclarations. En réponse, le droit international sera dorénavant axé sur le pragmatisme et la rhétorique. À l'évidence, notre relecture de la souveraineté affecte directement la théorie explicative du droit

international. Celui-ci peut se libérer du paradigme dominant qu'a représenté jusqu'alors le jumelage de la philosophie libérale classique et de la méthodologie positiviste. L'aspect pragmatique du droit international reconnaît le caractère profondément socialisant de la construction de la souveraineté. Il accepte la relation constitutive entre l'identité souveraine et la normativité, entre le "qui sommes-nous" et le "comment allons-nous vivre ensemble". Dans cette optique, l'obligation juridique internationale ne peut plus découler exclusivement de la volonté d'un sujet individuel et autarcique. Elle provient plutôt du lien social et langagier qui unit les acteurs internationaux, de cette communauté cognitive de sens qui précise, au fil des argumentations, qu'une norme possède un caractère juridique contraignant. Naturellement, cette détermination va en retour échafauder l'identité souveraine pour l'éloigner d'une représentation autarcique et antinomique au droit et à sa puissance normative.

L'aspect rhétorique du droit, quant à lui, demande un certain nombre d'éclaircissements car il soulève plus largement le problème de la réputation de la rhétorique. Malgré une tradition occidentale enracinée dans l'Antiquité, celle-ci a autant fait l'objet, dépendamment des périodes historiques étudiées, d'une mise en valeur ostentatoire que d'une quasi-disparition⁽⁴⁾. Ce phénomène de quasi-disparition semble d'ailleurs se vérifier auprès des dernières décennies puisque les écrits d'un contemporain, tel que Chaïm Perelman, réintègrent explicitement l'aspect rhétorique dans la théorie du droit. À en juger par la réception de ces écrits, le besoin de la rhétorique s'avérerait pressant pour l'intelligibilité et la légitimité du droit. Comment dès lors expliquer cette éclipse de la rhétorique ?

⁽⁴⁾ Boaventura de Sousa SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, coll. *After the Law*, New York, Routledge, 1995, pp. 38, 39.

Premièrement, cet effacement est volontaire dans la mesure où la rhétorique ne trouvait plus créance auprès des agents. En effet et si la rhétorique possède une longue histoire, celle-ci n'est pas toujours reluisante. Elle a été associée, plus souvent qu'autrement et à l'instigation de Platon, aux sophistes avec tout ce que cette référence comporte de péjoration. Pour mieux dire, la rhétorique était l'instrument privilégié des faux philosophes, de ceux qui, loin de rechercher la vérité, manipulaient les gens par des discours fallacieux. Évidemment, cette utilisation du discours pour persuader l'auditoire à une thèse quelconque ne peut qu'entrer en contradiction avec le schème platonicien qui distingue soigneusement le monde apparent, dans lequel nous sommes plongés, du monde idéal, vers lequel il faut tendre. Suivant la philosophie platonicienne, le langage ne peut être qu'un médium fidèle pour l'appréhension des Idées, formes éternelles, immuables et univoques. La rhétorique est condamnable précisément parce qu'elle réfute ce rôle d'enregistrement des formes idéelles par le langage. Elle repose sur la force changeante des opinions, qui elles-mêmes ne sont qu'ombres à l'intérieur de la caverne pour reprendre le fameux mythe. Si le reproche adressé à la rhétorique n'est plus désormais formulé en ces termes, il ne faudrait pas pour cette raison sous-estimer la puissance de l'héritage platonicien pour la pensée occidentale. Cet héritage se manifeste, notamment, dans la croyance toujours vivace bien qu'implicite dans une vérité ou dans une réalité, que les mots doivent chercher tant bien que mal à traduire. Il se manifeste également dans l'idée relativiste qui veut que toutes les opinions, parce qu'elles sont opinions, se valent, ce qui a pour effet d'amoindrir leur validité ou leur crédibilité.

Toutefois et en l'absence d'une fondation ahistorique, acontextuelle et transcendante telle que Dieu, la Nature, la Vérité ou le Bien commun, la rhétorique devient le passage obligé pour l'organisation politique et juridique du monde, ainsi que pour départager les raisons valides de celles qui le sont moins dans un contexte bien spécifique. Parce qu'il est désormais fort difficile de soutenir une présence

transcendantale, l'organisation du monde revient aux hommes exclusivement et cette responsabilité ne peut plus être déléguée. La rhétorique se préoccupe justement des choses sur lesquelles nous avons une emprise, elle fait bien peu de cas des situations de stricte nécessité où le discours apparaît dans toute sa splendeur superfétatoire. Étant donné que la souveraineté est considérée comme une construction sociale et historique qui distingue l'interne de l'externe au fil des argumentations entre les acteurs internationaux, la rhétorique acquiert une influence prépondérante. Il s'agira d'avancer les meilleurs arguments, ici et maintenant, afin d'obtenir l'adhésion des acteurs internationaux à l'interprétation que l'on offre de la souveraineté.

Deuxièmement, l'effacement temporaire, et plus ou moins récent de la rhétorique à l'intérieur du droit en général, peut s'expliquer en fonction du déplacement de la Vérité de la philosophie vers les sciences naturelles. En effet, le raisonnement qualifié de "scientifique" confère à l'intérieur de nos sociétés contemporaines, un prestige et une confiance inégalée⁽⁵⁾. Il existe, en ce sens, une sorte d'idéologie de la science qui entache, du même coup, les énoncés qui ne répondent pas aux critères scientifiques et reconnus par la communauté scientifique. La rhétorique n'échappe aucunement à l'assaut de cette nouvelle idole. Comme nous l'avons auparavant mentionné, la rhétorique tourne autour de la force des opinions dans le domaine de la contingence. Ces éléments ne sont pas susceptibles d'une observation empirique et des méthodes de raisonnement inductif et déductif. Pour toutes ces raisons, la rhétorique dénote un manque de rigueur inacceptable et nous lui retirons la confiance que nous avons pu lui accorder dans un autre temps et un autre lieu. La théorie et la pratique du droit ne se sont pas dérochées face à ce courant apologétique. Le droit a donc biffé la rhétorique pour calquer le modèle scientifique et technique et ce, au détriment de sa propre légitimité puisqu'il ne peut

⁽⁵⁾ Alan F. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ? Récents développements en philosophie des sciences : Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Paris, éd. de 1987, La Découverte.

raisonnablement conserver ce statut qui n'est pas le sien. Nous devons, et les juristes tout spécialement, réintégrer pleinement la rhétorique au sein du droit car celui-ci s'intéresse aux affaires humaines, aux opinions changeantes, à ces situations, certes sous notre contrôle, mais qui n'offrent pas immédiatement une solution unique tout en revendiquant de façon impérative une décision. La rhétorique est essentielle pour une compréhension du droit qui dépasse la simple codification des règles et de la pratique. Elle fait le pont entre l'être et le devoir-être. Elle peut participer activement à l'harmonisation de la souveraineté et du droit international en fortifiant la relation dialogique entre ces deux termes auparavant antinomiques.

Cependant, la rhétorique envisagée ne prône pas obligatoirement le retour à un âge d'or mythique où les noms d'Aristote et de Cicéron incarnent des références incontournables. Cette rhétorique s'appuie beaucoup trop sur la prestance et l'habileté de l'orateur aussi, elle aménage une place importante à la manipulation d'un auditoire fondamentalement passif.

"[...] rhetoric is based on the polarity, speaker-audience, and on the almost exclusive focus on the speaker. Surely, this polarity implies a certain dialogue between the speaker and the audience, in that the argumentation presupposes "a contact of minds", and in that, in order to be effective, it must start from the knowledge of the audience to be influenced by it. However, the dialogic dimension is kept at a minimum, and, indeed, it is accepted only to the extent that it is required to influence the audience. In other words, the relation, speaker-audience, has some family resemblances with the relation, subject-object."⁽⁶⁾

Dans cette perspective qui rappelle étrangement la méthodologie positiviste, l'auditoire se confond à un objet inerte, tenu à distance respectable par l'orateur-sujet. Cette

⁽⁶⁾ B. de S. SANTOS, *op. cit.*, note 4, p. 45.

distance permet parallèlement à l'orateur de rassembler toute information susceptible de mieux manipuler l'auditoire. Nous nous retrouvons, encore une fois, sur un chemin à sens unique, c'est-à-dire que l'orateur-sujet dirige unilatéralement l'auditoire-objet sans subir lui-même aucune espèce de transformation.

Concrètement, cette passivité de l'auditoire demeure tout simplement inacceptable car elle élimine la possibilité même d'une argumentation juridique valable en s'appuyant exclusivement sur la prestance, l'habilité et la force de l'État-orateur. Naturellement, cette rhétorique consolide les jeux de pouvoir déjà présents au niveau international, et le droit ne figure alors que d'un prétexte supplémentaire ou d'un moyen détourné d'imposer une politique extérieure. Elle façonne également l'identité narrative en ce que l'État-orateur va se raconter, avec l'acquiescement d'un auditoire silencieux, en termes d'insularité et de monologisme, alors que nous cherchons précisément, et depuis le tout début, à écarter ce type de narration.

La seule façon de redistribuer le pouvoir au niveau international, en excluant bien entendu la violence, réside dans le discours ou la parole. Le droit international, selon l'approche pragmatique et rhétorique, renferme cet élément propice à une redistribution des pouvoirs. À l'évidence, l'État-orateur qui possède *de facto* une force objective d'ordre militaire, économique, stratégique et technologique, détient une influence dans la présentation d'une argumentation juridique à un auditoire. Affirmer le contraire relève de l'aveuglement pur et simple. La force objective suscite indéniablement l'adhésion de l'auditoire que l'on cherche à obtenir. Toutefois, et cet aspect est bien souvent négligé, la force ou la puissance d'un État est en partie subjective. Et cette subjectivité dépend essentiellement de la réception de l'argumentation par l'auditoire. La passivité de celui-ci consolide, par conséquent, la force objective et subjective de l'État-orateur. À l'inverse, l'auditoire peut, s'il incarne cette fois-ci un sujet actif, profondément modifier la puissance subjective de

l'orateur en refusant son interprétation juridique, en argumentant en retour sur des points spécifiques ou encore en amenant l'orateur, qui s'y refuse, sur le terrain juridique proprement dit. En d'autres termes, la puissance subjective qui participe de l'identité narrative de l'État-orateur, dépend de la perception des autres, ce qui accorde simultanément à ces derniers un rôle à jouer dans la redistribution internationale des pouvoirs.

C'est ce que nous entendons par une rhétorique dialogique⁽⁷⁾ où l'auditoire sort de sa passivité pour refuser, accepter ou améliorer une argumentation juridique. Bref, l'auditoire répond à l'orateur et ceci entraîne une interversion constante dans les rôles qui, trop souvent, restent figés dans une inertie. À titre d'illustration, cette rhétorique dialogique se retrouve dans le discours des années 1970 sur le Nouvel ordre économique mondial. Les États du Tiers-Monde se sont alors véritablement transformés en un auditoire actif qui revendiquait un débat et proposait des alternatives pour une réflexion sur la justice internationale distributive. Si les résultats n'ont guère été probants, et ceci peut en partie s'expliquer par l'abdication des États du Tiers-Monde, il faut reconnaître que ce débat occupait de façon incontournable et au grand dam des États industrialisés la sphère internationale pendant une certaine période de temps. Les arguments juridiques devaient incorporer des éléments de ce discours pour seulement être entendus de l'auditoire.

La redistribution des pouvoirs à l'international passe par une revitalisation du droit, par la force des idées, du discours et du nombre sur la puissance brute. Ceci exige parallèlement une relation dialogique entre l'orateur et l'auditoire dans la construction et l'acceptation des interprétations juridiques et, plus largement, dans l'organisation du monde. Cette relation va, en outre, contribuer à une communauté

⁽⁷⁾ *Id.*

internationale. Il nous faut, pour lors, spécifier ce que nous entendons par communauté internationale car celle-ci n'évoque aucunement, comme l'on est en droit de s'y attendre, une organisation politique spatialement délimitée. Il s'agit plutôt d'une communauté cognitive, condition essentielle et première pour l'organisation territoriale et phénoménologique. Mais cette condition se suffit à elle-même, c'est-à-dire qu'elle ne sollicite pas obligatoirement une assise territoriale pour être réelle. Cette assise territoriale est, par ailleurs, contre-indiquée au niveau international. La communauté cognitive implique pour les acteurs internationaux, en plus d'un partage du monde qui relève de la nécessité existentielle, un partage du sens qui lui demande une certaine concertation.

Pour conclure, la relecture de la souveraineté ainsi que l'approche pragmatique et rhétorique du droit international nécessitent une transformation radicale, voire une micro-révolution dans l'attitude des sociétés domestiques face à la sphère internationale. Jusqu'à maintenant, cette sphère a été envisagée comme un domaine lointain, imprécis car dépourvu d'assise territoriale et rempli de dangers plus ou moins identifiables. Cette perception, alimentée par la fameuse dichotomie interne/externe et qui accorde au premier terme le monopole de l'ordre, de la rationalité et du progrès, a permis la formation d'un huis clos informationnel autour des politiques extérieures. La sphère internationale est devenue, il fallait s'y attendre, la chasse gardée d'un groupe restreint de décideurs, à savoir les politiciens et les diplomates. Il va sans dire que ce huis clos octroie un pouvoir immense car non contrôlé à ce groupe élitiste. Si l'absence de contrôle se vérifie dans les régimes hiérarchiques et dictatoriaux, il se justifie difficilement dans les sociétés dites libérales et démocratiques.

La question de l'apathie des masses soulève une problématique que cette conclusion ne peut raisonnablement aborder. Cependant, la désarticulation de la dichotomie peut participer à l'élaboration d'une nouvelle perception et,

subséquemment, à un intérêt des sociétés civiles pour la sphère internationale. Plus spécifiquement, la désarticulation démontre l'influence réciproque entre les sphères interne et externe. Néanmoins, et si nous parvenons d'une façon ou d'une autre à justifier le désintéressement pour la sphère internationale, le problème de la revitalisation de la sphère publique à l'interne demeure entier. Comment les sociétés civiles libérales et démocratiques peuvent-elles s'intéresser aux problèmes internationaux, alors qu'elles ont déserté la sphère publique interne et qu'elles se préoccupent peu ou prou de l'organisation politique de leur propre communauté ?

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

- ADORNO, T., *Dialectique négative*, Paris, Payot, 1978.
- AIRAKSINEN, T. and M.A. BERTMAN (eds.), *Hobbes : War Among Nations*, Avebury, Gower Publishing Co. Limited, 1989.
- ALIBERT, C., *Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945*, coll. Bibliothèque du droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- ALLOTT, P., *Eunomia. New Order for a New World*, New York, Oxford University Press, 1990.
- AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1994.
- AMSELEK, P. et C. GRZEGORCZYCK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989.
- AMSELEK, P., *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, coll. Questions, Paris, P.U.F., 1988.
- AMSELEK, P. (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986.
- APOSTOLIDIS, C., *Doctrines juridiques et droit international. Critique de la connaissance juridique*, coll. Bibliothèque du droit international et relations internationales, Paris, éd. Eyrolles Université, 1991.
- ARENDT, H., *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, coll. Folio/Essais, Paris, Gallimard pour la traduction française, éd. 1995.
- ARENDT, H., *Condition de l'homme moderne*, coll. Agora, Presses Pocket, Paris, Calmann-Lévy, éd. 1992.
- ARISTOTE, *Rhétorique*, traduction de Charles-Émile Ruelle, revue par Patricia Vanhemelryck, coll. Le livre de poche "Classique", Paris, Librairie générale française, éd. 1991.

- ARON, R., *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.
- ATIAS, C., *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1987.
- ATIAS, C., *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985.
- ATTAR, F., *Le droit international entre ordre et chaos*, Paris, Hachette Référence, 1994.
- AUSTIN, J.L., *Quand dire, c'est faire*, coll. L'ordre philosophique, Paris, éd. du Seuil, 1970.
- BACHELARD, G., *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance juridique*, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 6^e éd., 1969.
- BADIE, B., *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, coll. L'espace du politique, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.
- BADIE, B. et M.-C. SMOUTS, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, coll. Amphithéâtre, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1992.
- BARRET - DUCROCQ, F. (dir.), *Intervenir ? Droits de la personne et raisons d'État*, Forum international sur l'intervention tenu à la Sorbonne les 16 et 17 décembre 1993, coll. Académie universitaire des cultures, Paris, Grasset, 1994.
- BARTELSON, J., *A Genealogy of Sovereignty*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BARTHES, R., *Mythologies*, coll. Points/Essais, Paris, éd. du Seuil, 1957.
- BAUDRILLARD, J., *À l'ombre des majorités silencieuses ou la fin du social*, Bibliothèque médiations sous la direction de J.-L. Ferrier, Paris, Denoël/Gonthier, 1982.
- BAUDRILLARD, J., *Simulacres et simulations*, Paris, Galilée, 1981.

- BERNSTEIN, R.J., *The New Constellation. The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1992.
- BERNSTEIN, R.J., *Beyond Objectivism and Relativism : Science, Hermeneutics, and Praxis*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983.
- BIERSTEKER, T.J. and C. WEBER (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- BIX, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- BLOOM, W., *Personal Identity, National Identity and International Relations*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- BODIN, J., *Les six livres de la République*, édition et présentation de O. Mairet, coll. Le livre de poche "Classiques de philosophie", Paris, Librairie générale française, éd. 1993.
- BOURDIEU, P. et L.J.D. WACQUANT, *Réponses*, Paris, éd. du Seuil, 1992.
- BOOTH, K. and S. SMITH (eds.), *International Relations Theory Today*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1995.
- BRILMAYER, L., *Justifying International Acts*, New York, Cornell University Press, 1989.
- BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Pédone, 1978.
- BROWN, C., *International Relations Theory. New Normative Approaches*, New York, Columbia University Press, 1992.
- BULL, H. and B. KINGSBURY and A. ROBERTS (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- BULL, H. (ed.), *Intervention in World Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- BUTLER, W.E. (ed.), *Perestroika and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, 1990.

- CAMILLERI, J.A. and J. FALK, *The End of Sovereignty ? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, London, Edward Elgar Publishers Ltd., 1992.
- CARTY, A., *The Decay of International Law ? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester, Manchester University Press, 1986.
- CASTORIADIS, C., *L'institution imaginaire de la société*, Paris, éd. du Seuil, 1975.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Humanité et souveraineté. Essai sur la fonction du droit international*, coll. Textes à l'appui/série histoire contemporaine, Paris, éd. La Découverte, 1995.
- CHOMSKY, N., *Idéologie et pouvoir*, Bruxelles, éd. EPO, 1991.
- CLARK, I., *The Hierarchy of States. Reform and Resistance in the International Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- CONNOLLY, W.E., *Identity/Difference. Democratic Negotiations of Political Paradox*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1991.
- CONNOLLY, W.E., *Political Theory and Modernity*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988.
- CORNELL, D., *The Philosophy of the Limit*, New York, Routledge, 1992.
- CORTEN, O. et P. KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, coll. de droit international, Bruxelles, éd. Bruylant, 1992.
- D'AMATO, A., *Jurisprudence : A Descriptive and Normative Analysis of Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- DAMROSCH, F.L. and D.J. SCHEFFER (eds.), *Law and Force in the New International Order*, Boulder, Westview Press, 1991.
- DER DERIAN, J. and M.J. SHAPIRO (eds.), *International/Intertextual Relations. Postmodern Readings of World Politics*, Issues in World Politics Series, New York, Lexington Books, 1989.

- DETTER DE LUPIS, I., *The Concept of International Law*, Stockholm, Norstedts Förlong, 1987.
- DEWITT, D. and D. HAGLUND and J. KIRTON (eds.), *Building a New Global Order : Emerging Trends in International Security*, Toronto, Oxford University Press, 1993.
- DONELAN, M., *Elements of International Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- DRAÏ, R. et C.-H. THUAN, *Guerre, éthique et pensée stratégique à l'ère thermonucléaire*, coll. Politiques et Stratégies, Paris, éd. L'Harmattan, 1988.
- DUCHACEK, I.D., *The Territorial Dimension of Politics Within, Among, and Across Nations*, Boulder, Westview Press, 1986.
- EL SAYEGH, S., *La crise du Golfe : de l'interdiction à l'autorisation du recours à la force*, tome 107, Bibliothèque de droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- FALK, R., *The Promise of World Order. Essays in Normative International Relations*, Philadelphia, Temple University Press, 1987.
- FERRY, J.-M., *Philosophie de la communication. 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1994.
- FERRY, J.-M., *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, tome 1 : le sujet et le verbe, coll. Passages, Paris, éd. du Cerf, 1991.
- FERRY, J.-M., *Les puissances de l'expérience. Essai sur l'identité contemporaine*, tome 2 : les ordres de la reconnaissance, coll. Passages, Paris, éd. du Cerf, 1991.
- FERRY, J.-M., *Habermas. L'éthique de la communication*, coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., 1987.
- FERRY, L., *Philosophie politique 1. Le droit : la nouvelle querelle des Anciens et des Modernes*, coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., 2^e éd. 1986.
- FISH, S., *Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, Duke University Press, 1989.

- FOUCAULT, M., *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris, Gallimard, 1966.
- FRANCK, T.M., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- FRANCK, T.M., *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990.
- FREUD, S., *Civilization, Society and Religion : Group Psychology, Civilization and its Discontents and other Works*, vol. 12, coll. The Penguin Freud Library, London, Penguin Books, éd. 1991.
- FROST, M., *Ethics in International Relations : A Constitutive Theory*, New York, Cambridge University Press, 1996.
- FROST, M., *Towards a Normative Theory of International Relations. A Critical Analysis of the Philosophical and Methodological Assumptions in the Discipline with Proposals Towards a Substantive Normative Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- FUKUYAMA, F., *La fin de l'histoire et le dernier homme*, coll. Champs. Manhecourt, Flammarion, 1992.
- GADAMER, H.-G., *Truth and Method*, A Continuum Book, New York, The Seabury Press, 1975.
- GEORGE, J., *Discourses of Global Politics. A Critical (Re)Introduction to International Relations*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1994.
- GIDDENS, A., *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1991.
- GILSON, B., *The Conceptual System of Sovereign Equality*, coll. Philosophie du droit international, Leuven : Peeters, 1984.
- GIRARD, R., *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Grasset et Fasquelle, 1978.
- GIRARD, R., *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972.

- GOYARD- FABRE, S., *Les fondements de l'ordre juridique*, coll. L'interrogation philosophique, Paris, P.U.F., 1992.
- GOYARD-FABRE, S., *Kant et le problème du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1975.
- HABERMAS, J., *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1996.
- HABERMAS, J., *Logique des sciences sociales et autres essais*, traduit avec un avant-propos de Rainer Rochlitz, Paris, P.U.F., 1987.
- HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel*, traduit par Jean-Marc Ferry, coll. L'espace du politique, Paris, Fayard, 1987.
- HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law - Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, ed. 1994.
- HAYEK, F.A., *Droit, législation et liberté. Règle et ordre*, vol. 1, coll. Libre échange, Paris, P.U.F., 1980.
- HEGEL, G.W.F., *Principes de philosophie du droit*, coll. Tel, Paris, Gallimard, éd. 1940.
- HELLER, A., *Beyond Justice*, Cambridge, Basil Blackwell, 1989.
- HENKIN, L. et al., *Right v. Might. International Law and the Use of Force*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1991.
- HENKIN, L., *How Nations Behave. Law and Foreign Policy*, New York, Frederick A. Praeger Publishers, 1968.
- HERNES, H.M., *Concepts of Community in Modern Theories of International Law*, Ph.D., The Johns Hopkins University Political Science, International Law and Relations, Ann Arbor (Michigan), University Microfilms, 1970.
- HINSLEY, F.H., *Sovereignty*, coll. The New Thinker's Library, London, C.A. Watts & Co. Ltd., 1966.

- HÖFFE, O., *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1991.
- HORKEIMER, M. et T.W. ADORNO, *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, traduit de l'allemand par Eliane Kaufholz, coll. Tel, Paris, Gallimard, 1974.
- JACKSON, R.H., *Quasi-States : Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- JOERGES, C. and D.M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought : An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989.
- KALINOWSKI, G., *Introduction à la logique juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.
- KAMBOUCHNER, D. (dir.), *Notions de philosophie*, II, coll. Folio/Essais, Paris, Gallimard, 1995.
- KANT, E., *Critique de la faculté de juger*, traduction et introduction par Alexis Philonenko, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Vrin, éd. revue de 1993.
- KANT, E., *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Librairie de Ladrangé, 9^e éd., 1837.
- KENNEDY, D., *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.
- KENNEDY, P., *Préparer le XXI^e siècle*, Paris, Odile Jacob, 1994.
- KEVELSON, R. (ed.), *Codes and Customs : Millennial Perspectives*, vol. 1, coll. Critic of Institutions, New York, Peter Lang Publishing, 1994.
- KLEIN, R.A., *Sovereign Equality Among States : the History of an Idea*, Toronto, University of Toronto Press, 1974.
- KOJEVE, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, coll. Bibliothèque des idées, Paris, Gallimard, 1981.

- KOSKENNIEMI, M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus Finnish Lawyers' Publishing Co., 1989.
- KRATOCHWIL, F.V., *Rules, Norms, and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press, 2^e ed., 1970.
- LANG, C., *L'affaire Nicaragua / États-Unis devant la Cour internationale de justice*, tome 100, Bibliothèque de droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.
- LEE, K., *The Legal-Rational State. A Comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Avebury Series in Philosophy, Avebury, Gower Publishing Co. Ltd., 1990.
- LEGROS, R., *L'idée humanité. Introduction à la phénoménologie*, coll. Le Collège de philosophie, Paris, Bernard Grasset, 1990.
- LENOBLE, J., *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, coll. Humanités, Paris, éd. du Cerf, 1994.
- LENOBLE, J. et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.
- LEYH, G. (ed.), *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice*. Berkeley, University of California Press, 1992.
- LINKLATER, A., *Men and Citizens in the Theory of International Relations*, London, The MacMillan Press Ltd., 1982.
- LYOTARD, J.-F., *Le postmodernisme expliqué aux enfants*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Galilée, 1988.
- LYOTARD, J.-F., *La condition postmoderne*, coll. Critique, Paris, éd. de Minuit, 1979.

- MACDONALD, R.St.J. and D.M. JOHNSTON (eds), *The Structure and Process of International Law : Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983.
- MACINTYRE, A., *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*, coll. Léviathan, Paris, P.U.F., 1993.
- MACLEAN, I., *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The Case of Law*, coll. Ideas in Context, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- MAIRET, G., *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, coll. Folio/Essais, Paris, Gallimard, 1997.
- MAYALL, J. (ed.), *The Community of States*, London, George Allen & Unwin Publishers Ltd., 1982.
- MEYER, M., *Questions de rhétorique : langage, raison et séduction*, coll. Le livre de poche, biblio/essais, Paris, Librairie générale française, 1993.
- MILLER, L.H., *Global Order. Values and Power in International Politics*, Boulder, Westview Press, 2e éd. 1990.
- MITCHELL, W.I.T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1983.
- MOORE, J.N. (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1974.
- NANCY, J.-L., *La communauté désœuvrée*, coll. "détroits", Breteuil-sur-Iton, Christian Bourgois Éditeur, éd. revue et augmentée de 1990.
- NARDIN, T. and D.R. MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- NEULAND, P.A., *Traditional Doctrine of Intervention in the Law of Nations*, Ph.D., Georgetown University in International Law and Relations, Ann Arbor (Michigan), University Microfilms, 1971.
- ONUF, N.G., *World of our Making : Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Series Studies in International Relations, Columbia, University of South Carolina Press, 1989.

- OST, F. et M. Van de KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1992.
- PATHAK, R.S. and R.P. DHOKALIA (eds.), *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, The Indian Society of International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- PERELMAN, C. et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5 éd., 1988.
- PERELMAN, C. (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1965.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- RENAUT, A. et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, coll. Recherches politiques, Paris, P.U.F., 1991.
- RICOEUR, P., *Soi-même comme un autre*, coll. L'ordre philosophique, Paris, éd. du Seuil, 1990.
- RICOEUR, P., *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, coll. L'ordre philosophique, Paris, éd. du Seuil, 1969.
- RORTY, R., *L'espoir au lieu du savoir. Introduction au pragmatisme*, coll. Bibliothèque du Collège international de philosophie, Paris, Albin Michel, 1995.
- RORTY, R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- SACK, R.D., *Conceptions of Space in Social Thought*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1980.
- SANTOS, B. de S., *Toward a New Common Sense Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, coll. After the Law, New York, Routledge, 1995.

- SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, coll. Clarendon Law Series, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- SCHMITT, C., *La notion du politique ; théorie du partisan*, préface de Julien Freund, traduction de Marie-Louise Steinhauser, Paris, Calmann-Lévy, 1972.
- SEUNG, T.K., *Intuition and Construction. The Foundation of Normative Theory*, New Haven and London, Yale University Press, 1993.
- SEUNG, T.K., *Structuralism & Hermeneutics*, New York, Columbia University Press, 1982.
- SICILIANOS, L.-A., *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, tome 102, coll. Bibliothèque de droit international, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.
- SUGANAMI, H., *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- TACSAN, J., *The Dynamics of International Law in Conflict Resolutions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- TAYLOR, C., *Grandeur et misère de la modernité*, coll. L'essentiel, Montréal, Bellarmin, 1993.
- TEUBNER, G. (ed.), *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, Walter de Gruyter & Co. 1987.
- TESON, F.R., *Humanitarian Intervention : An Inquiry into Law and Morality*, New York, Dobbs Ferry, Transnational Publishers Inc., 1988.
- TODOROV, T., *Les morales de l'histoire*, coll. Le collège de philosophie, Paris, Grasset, 1991.
- TODOROV, T., *La conquête de l'Amérique : la question de l'autre*, Paris, Seuil, 1982.
- TOURAINE, A., *Critique de la modernité*, coll. Biblio/Essais, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1992.

- ULLMANN, W., *Principles of Government and Politics in the Middle Age*, London, Methuen & Co., 4^e éd., 1978.
- UNGER, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986.
- VILLA, V., *La science du droit*, coll. La pensée juridique moderne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.
- VINCENT, R.J., *Human Rights and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- WALKER, R.B.J., *Inside / Outside : International Relations as Political Theory*, coll. Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- WALKER, R.B.J. and S.H. MENDLOVITZ (eds.), *Contending Sovereignties. Re-defining Political Community*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1990.
- WATZLAWICK, P. (dir.), *L'invention de la réalité. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir ?*, Paris, éd. du Seuil, 1988.
- WIGHT, M., *International Theory. The Three Traditions*, Leicester, Leicester University Press, 1991.
- ZUCKERT, C.H. (ed.), *Understanding the Political Spirit : Philosophical Investigations from Socrate to Nietzsche*, New Haven and London, Yale University Press, 1988.

Articles de revue et de recueil

- ALLAND, D., "Les représentations de l'espace en droit international public", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 163.
- ALLOTT, P., "Kant or Won't : Theory and Moral Responsibility", (1997) 23 *Review of International Studies* 339.
- ALLOTT, P., "Language, Method and the Nature of International Law", (1971) XLV *British Yearbook of International Law* 79.
- APOSTOLIDIS, C. et M. CHEMILLIER-GENDREAU, "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", (1993) 109 *Revue de droit public et de la science politique* 611.
- AREND, A.C., "The United Nations and the New World Order", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 491.
- ASANTE, K.D., "Election Monitoring's Impact on the Law : Can It Be Reconciled with Sovereignty and Nonintervention", (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 235.
- ASHLEY, R.K., "Untying the Sovereign States : A Double Reading of the Anarchy Problematique", (1988) 17 *Millennium : Journal of International Studies* 227.
- BALKIN, J.M., "Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1131.
- BALKIN, J.M., "Understanding Legal Understanding : The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", (1993) 103 *The Yale Law Journal* 105.
- BALKIN, J.M., "Deconstructive Practice and Legal Theory", (1987) 96 *The Yale Law Journal* 743.
- BARKIN, S.J. and B. CRONIN, "The State and the Nation : Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations", (1994) 48 *International Organization* 107.

- BARTELSON, J., "The Trial of Judgment : A Note on Kant and the Paradoxes of Internationalism", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 255.
- BARTON, J.H. and B.E. CARTER, "International Law and Institutions for a New Age", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 535.
- BAYEFSKY, A.F., "Cultural Sovereignty, Relativism, and International Human Rights : New Excuses for Old Strategies", (1996) 9 *Ratio Juris* 42.
- BECK, R.J., "International Law and the Decision to Invade Grenada : A Ten-Year Retrospective", (1993) 33 *Virginia Journal of International Law* 765.
- BEDERMAN, D.J., "From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument (Book Review)", (1990) 23 *New York University Journal of International Law and Politics* 217.
- BÉLANGER, L., "Les relations internationales et la diffusion du temps mondial", (1993) 24 *Études internationales* 549.
- BERES, L.R., "On Assassination as Anticipatory Self-Defense : Is it Permissible ?", (1992) 70 *University of Detroit Mercy Law Review* 13.
- BERKELEY, B., "An African Success Story ?", (1994) 274 *The Atlantic Monthly* 22.
- BERMAN, N., "'But the Alternative is Despair" : European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law", (1993) 106 *Harvard Law Review* 1792.
- BESNIER, J.-M., "Le droit international chez Kant et Hegel", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 85.
- BETTATI, M., "The Right of Humanitarian Intervention or the Right of Free Access to Victims ?", (1992) *International Commission of Jurists - The Review* 1.
- BINDER, G., "Beyond Criticism", (1988) 55 *University of Chicago Law Review* 888.
- BINET, L., "La thématique des transformations du droit et la paradigme du droit - phénomène social", (1990) 31 *Cahiers de droit* 917.

- BLACK, V., "Putting Power in its Place. A Criticism of Legal Deconstruction", (1993) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale - beiheft* 51 77.
- BLANEY, D. and N. INAYATULLAH, "Prelude to a Conversation of Cultures in International Society ? Todorov and Nandy on the Possibility of Dialogue", (1994) 19 *Alternatives* 23.
- BOITTE, P. et B. LOUIS, "À la recherche du paradoxe perdu", (1990) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 83.
- BOTHE, M., "Legal and Non-Legal Norms - a Meaningful Distinction in International Relations ?", (1980) XI *Netherlands Yearbook of International Law* 65.
- BOURDIEU, P., "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", (1986) *Actes de la recherche en sciences sociales* 3.
- BOURDIEU, P., "Habitus, code et codification", (1986) *Actes de la recherche en sciences sociales* 40.
- BOWETT, D.W., "Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", (1983) LIII *British Yearbook of International Law* 1.
- BOYLE, J., "Ideals and Things : International Legal Scholarship and the Prison-House of Language", (1995) 26 *Harvard International Law Journal* 327.
- BOYLE, J., "The Politics of Reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought", (1985) 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685.
- BRAINERD, S., "The Groundless Assault : A Wittgensteinian Look at Language, Structuralism, and Critical Legal Theory", (1985) 34 *The American University Law Review* 1231.
- BRETON, G., "Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ?", (1993) 24 *Études internationales* 533.
- BRILMAYER, L., "The Odd Advantage of Reliable Enemies", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 331.
- BROWN, C., "International Theory and International Society : the Viability of the Middle Way ?", (1995) 21 *Review of International Studies* 183.

- BROWN, C., " 'Turtles All the Way Down' : Anti-Foundationalism, Critical Theory and International Relations", (1994) 23 *Millennium : Journal of International Studies* 213.
- BUCHANAN, P.G. and M.-L. JARAMILLO, "U.S. Defense Policy for the Western Hemisphere", (1994) 4 *North South* 4.
- BURLEY, A.-M. S., "International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda", (1993) 87 *American Journal of International Law* 205.
- BURLEY, A.-M.S., "Law Among Liberal States : Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine", (1992) 92 *Columbia Law Review* 1907.
- BURLEY, A.-M.S., "Law and the Liberal Paradigm in International Relations Theory", (1992) 86 *American Society of International Law Proceeding* 180.
- CALVERT, P., "The Costs of Intervention", (1992) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale-beiheft* 46 19.
- CAMPBELL, D., "The Politics of Radical Interdependence : A Rejoinder to Daniel Warner", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 129.
- CAMPBELL, D., "The Deterritorialization of Responsibility : Levinas, Derrida, and Ethics After the End of Philosophy", (1994) 19 *Alternatives* 455.
- CARTY, A. and J. MAIR, "Some Post-Modern Perspectives on Law and Society", (1990) 17 *Journal of Law and Society* 395.
- CARTY, A., "Du postmodernisme en théorie et en sociologie du droit, ou Rousseau et Durkheim lus par Baudrillard", (1989) *Droit et société* 375.
- CARTY, A., "Le siècle des Lumières, la Révolution et la mort de l'Homme. Une approche postmoderne du droit", (1989) *Droit et société* 315.
- CHANTEUR, J., "La loi de Dieu, la loi des hommes et la paix", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 235.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., "Origine et rôle de la fiction en droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 153.

- CHINKIN, C.M. and R. SADURSKA, "Learning About International Law Through Dispute Resolution", (1991) 40 *International and Comparative Law Quarterly* 529.
- CHINKIN, C.M., "The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law", (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850.
- CHOMSKY, N., "World Order and its Rules : Variations on Some Themes", (1993) 20 *Journal of Law and Society* 145.
- COCHRAN, M., "The Liberal Ironist, Ethics and International Relations Theory", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 29.
- COCHRAN, M., "Postmodernism, Ethics and International Political Theory", (1995) 21 *Review of International Studies* 237.
- COLL, A.R., "The Limits of Global Consciousness and Legal Absolutism : Protecting International Law from Some of its Best Friends", (1986) 27 *Harvard International Law Journal* 599.
- COMBACAU, J., "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 85.
- CONKLIN, W.E., "The Trace of Legal Idealism in Derrida's grammatology", (1996) 22 *Philosophy & Social Criticism* 17.
- CORTEN, O., "Quelques réflexions sur la juridicité du droit international à la lumière de la crise yougoslave", (1996) XXIX *Revue belge du droit international* 216.
- CORTEN, O., "Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation", (1996) 37 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 71.
- CZAPLINSKI, W., "Sources of International Law in the Nicaragua Case", (1989) 38 *International and Comparative Law Quarterly* 151.
- DALLAL, S.L., "International Law and the United Nations' Role in the Gulf Crisis", (1992) 18 *Syracuse Journal of International Law & Commerce* 111.
- DAMROSCH, L.F., "Politics Across Borders : Nonintervention and Nonforcible Influence Over Domestic Affairs", (1989) 33 *American Journal of International Law* 1.

- DANILENKO, G.M., "The Changing Structure of the International Community : Constitutional Implications", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 353.
- DAVID, E., "Portée et limite du principe de non-intervention", (1990-2) XXIII *Revue belge de droit international* 350.
- DELBRÜCK, J., "A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations", (1992) 67 *Indiana Law Journal* 887.
- DE SCHUTTER, O., "Le discours juridique de la postmodernité", (1993) 24 *Recherches sociologiques* 91.
- DE SCHUTTER, O., "Les Critical Legal Studies au pays du droit international public", (1992) *Droit et société* 585.
- DETHIER, L., "Le droit par la bande. Sur la logique du dispositif discursif juridique", (1990) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.
- DEVETAK, R., "The Project of Modernity and International Relations Theory", (1995) 24 *Millennium : Journal of International Studies* 27.
- DILLON, M., "Sovereignty and Governmentality : From the Problematics of the "New World Order" to the Ethical Problematic of the World Order", (1995) 20 *Alternatives* 323.
- DINSTEIN, Y., "International Law as a Primitive Legal System", (1986-87) 19 *New York University of International Law & Politics* 1.
- DJEDJRO, F.M., "La guerre civile du Liberia et la question de l'ingérence dans les affaires intérieures des États", (1993-2) XXVI *Revue belge de droit international* 393.
- DUNNE, J., "Beyond Sovereignty and Deconstruction : the Storied Self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 137.
- DUPUY, P.-M., "Sécurité collective et organisation de la paix", (1992-3) *Revue générale de droit international public* 617.
- ELAGAB, O.Y., "Coercive Economic Measures Against Developing Countries", (1992) 41 *International and Comparative Law Quarterly* 682.

- ELSHTAIN, J.B., "Sovereign God, Sovereign State, Sovereign Self", (1991) 66 *Notre Dame Law Review* 1355
- ERH-SOON TAY, A., "The Western Legal Tradition and the Internationalization of Law", (1992) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale - beiheft* 54 173.
- FARER, T.J., "Collectively Defending Democracy in a World of Sovereign States : The Western Hemisphere's Prospect", (1993) 15 *Human Rights Quarterly* 716.
- FELDMAN, H.L., "Objectivity in Legal Judgment", (1994) 92 *Michigan Law Review* 1187.
- FERRY, J.-M., "Approaches to Liberty. Outline of a "Methodological Communitarianism"", (1994) 7 *Ratio Juris* 291.
- FERRY, J.-M., "Une approche philosophique de la rationalité juridique", (1993) *Droits* 89.
- FISHER, D., "The Ethics of Intervention", (1994) 36 *Survival* 51.
- FITZPATRICK, P., "'The Desperate Vacuum' : Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment", (1989) *Droit et Société* 347.
- FRANCK, T.M., "The Security Council and "Threats to the Peace" : Some Remarks on Remarkable Recent Developments", dans *Le développement du rôle du Conseil de sécurité*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 83-110.
- FRANCK, T.M., "The Emerging Right to Democratic Governance", (1992) 86 *American Journal of International Law* 46.
- FRANCK, T.M. and F. PATEL, "U.N. Action in Lieu of War : The Old Order Changeth", (1991) 85 *American Journal of International Law* 63.
- FRANCK, T.M., "Is Justice Relevant to the International Legal System ?", (1989) 64 *Notre Dame Law Review* 945.
- FRANKE, M.F.N., "Immanuel Kant and the (Im)Possibility of International Relations Theory", (1995) 20 *Alternatives* 279.

- GABEL, P., "Reification in Legal Reasoning", (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 25.
- GAETE, R., "Rites of Passage into the Global Village", (1995) VI *Law and Critique* 113.
- GAINES, R.L., "On the Road to a Pax UN : Using the Peace Tools at our Disposal in a Post-Cold War World", (1993) 25 *New York Journal of International Law and Politics* 543.
- GARDAM, J.G., "Proportionality and Force in International Law", (1993) 87 *American Journal of International Law* 391.
- GEORGE, J., "Realist 'Ethics', International Relations, and Post-Modernism : Thinking Beyond the Egoism - Anarchy Thematic", (1995) 24 *Millennium : Journal of International Studies* 195.
- GOEBEL, C.M., "Population Transfer, Humanitarian Law, and the Use of Ground Force in UN Peacekeeping : Bosnia and Herzegovina in the Wake of Irak", (1993) 25 *New York University Journal of International Law and Politics* 627.
- GOODRICH, P., "Sleeping with the Enemy : an Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", (1993) 68 *New York University Law Review* 389.
- GORDON, R.W., "Critical Legal Histories", (1984) 36 *Stanford Law Review* 57.
- GOYARD-FABRE, S., "Les silences de Hobbes et de Rousseau devant le droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 59.
- GOYARD-FABRE, S., "Le droit est-il de ce monde ?", (1986) *Droits* 35.
- HABERMAS, J., "The European Nation State. Its Achievement and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship", (1996) 9 *Ratio Juris* 125.
- HALBERSTAM, M., "The Copenhagen Document : Intervention in Support of Democracy", (1993) 34 *Harvard International Law Journal* 163.
- HELLER, T.C., "Structuralism and Critique", (1984) 36 *Stanford Law Review* 127.

- HENKIN, L., "The Mythology of Sovereignty", in *State Sovereignty : The Challenge of a Changing World*, Proceedings of the 21st Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, 1992, 15-23.
- HENKIN, L., "The Invasion of Panama Under International Law : A Gross Violation", (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 293.
- HODGSON, M.N., "When to Accept, When to Abstain : a Framework for U.N. Election Monitoring", (1992) 25 *New York Journal of International Law and Politics* 137.
- HUNT, A., "The Big Fear : Law Confronts Postmodernism", (1990) 35 *McGill Law Journal* 507.
- HYDE, A., "The Concept of Legitimation in the Sociology of Law", (1983) 71 *Wisconsin Law Review* 379.
- INAYATULLAH, N. and D.L. BLANEY, "Realizing Sovereignty", (1995) 21 *Review of International Studies* 3.
- INIS, C. Jr., "The Tension Between Principle and Pragmatism in International Relations", (1993) 19 *Review of International Studies* 215.
- INIS, C. Jr., "Myths About the State", (1986) 12 *Review of International Studies* 1.
- JACKAMO III, T.J., "From the Cold War to the New Multilateral World Order : The Evolution of Covert Operations and the Customary International Law of Nonintervention", (1992) 32 *Virginia Journal of International Law* 929.
- JACKSON, R.H., "Quasi-States, Dual Regimes, and Neoclassical Theory : International Jurisprudence and the Third World", (1987) 41 *International Organization* 518.
- JACKSON, R.H., "Negative Sovereignty in Sub-Saharan Africa", (1986) 12 *Review of International Studies* 247.
- JACKSON, R.H. and C.G. ROSBERG, "Why Africa's Weak States Persist : the Empirical and the Juridical in Statehood", (1982-83) 35 *World Politics* 1.

- JACOB, B.E., "Ancien Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics : A Review Essay on the Translation of Viehweg's "Topics and Law"", (1995) 89 *Northwestern University Law Review* 1622.
- JAMESON, F., "Postmodernism, or the Cultural Logic of Late Capitalism", (1984) *New Left Review* 53.
- JANIS, M.W., "International Law ?", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 363.
- JOHNSTON, D.M., "Functionalism in the Theory of International Law", (1988) XXVI *The Canadian Yearbook of International Law* 3.
- KEENAN, T., "The "Paradox" of Knowledge and Power : Reading Foucault on a Bias", (1987) 15 *Political Theory* 5.
- KELSEN, H., "Théorie du droit international public", (1953-III) 84 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 5.
- KENNEDY, D., "Turning to Market Democracy : A Tale of Two Architectures", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 373.
- KENNEDY, D., "Primitive Legal Scholarship", (1986) 27 *Harvard International Law Journal* 1.
- KENNEDY, D., "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship", (1985-86) 21 *New England Law Review* 209.
- KEOHANE, R.O., "Compliance with International Commitments : Politics Within a Framework of Law", (1992) 86 *American Society of International Law Proceedings* 176.
- KOCS, S.A., "Explaining the Strategic Behavior of States : International Law as System Structure", (1994) *International Studies Quarterly* 535.
- KOOIJMANS, P.H., "The Enlargement of the Concept "Threat to the Peace"", in *The Development of the Role of the Security Council*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 111-121.
- KOSKENNIEMI, M., "International Law in a Post-Realist Era", (1995) 16 *Australian Year Book of International Law* 1.

- KOSKENNIEMI, M., "The Future of Statehood", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 397.
- KRATOCHWIL, F.V., "Of Systems, Boundaries, and Territoriality : An Inquiry into the Formation of the State System", (1986-87) 39 *World Politics* 27.
- KRATOCHWIL, F.V., "Thrasymachos Revisited : On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations", (1984) 37 *Journal of International Affairs* 343.
- KRATOCHWIL, F.V., "Is International Law "Proper" Law ? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena", (1983) 69 *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale* 13.
- KRESOCK, D.M., "'Ethnic Cleansing" in the Balkans : The Legal Foundations of Foreign Intervention", (1994) 27 *Cornell International Law Journal* 203.
- LEBEN, C., "Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public", (1987) *Droits* 121.
- LENOBLE, J., "Repenser le libéralisme. Au-delà des critiques communautariennes et post-modernes", (1991) *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen* 179.
- LE ROY, E., "L'accès à l'universalisme par le dialogue interculturel", (1995) 26 *Revue générale de droit* 5.
- LINKLATER, A., "The Question of the Next Stage in International Relations Theory : A Critical-Theoretical Point of View", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 77.
- LINKLATER, A., "The Problem of Community in International Relations", (1990) 15 *Alternatives* 135.
- LIPKIN, R.J., "Pragmatism - The Unfinished Revolution : Doctrinaire and Reflective Pragmatism in Rorty's Social Thought", (1993) 67 *Tulane Law Review* 1561.
- LIPSCHUTZ, R.D., "Reconstructing World Politics : The Emergence of a Global Civil Society", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 389.

- LITTLE, R., "Revisiting Intervention : a Survey of Recent Developments", (1987) 13 *Review of International Studies* 49.
- LUKASHUCK, I.I., "The Principle of Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law", (1989) 83 *American Journal of International Law* 513.
- LYNCH, C., "Kant, the Republican Peace, and Moral Guidance in International Law", (1994) 8 *Ethics & International Affairs* 39.
- MACEY, J.R. and G.P. MILLER, "The End of History and the New World Order : The Triumph of Capitalism and the Competition Between Liberalism and Democracy", (1992) 25 *Cornell International Law Journal* 277.
- MacLEAN, R.M., "The Proper Function of International Law in the Determination of Global Behavior", (1989) XXVII *The Canadian Yearbook of International Law* 57.
- MALAWER, S.S., "Reagan's Law and Foreign Policy, 1981-1987 : The "Reagan Corollary" of International Law", (1988) 29 *Harvard International Law Journal* 85.
- MARCELLA, G. and D.E. SCHULZ, "Pitfalls and Prospects for Haiti", (1994) 4 *North South* 26.
- MAY, T., "Sovereignty and International Order", (1995) 8 *Ratio Juris* 287.
- MELKEVIK, B., "Le modèle communicationnel en science juridique : Habermas et le droit", (1990) 31 *Cahiers de droit* 901.
- MERTENS, T., "War and International Order in Kant's Legal Thought", (1995) 8 *Ratio Juris* 296.
- MILLER, J.B.D., "Sovereignty as a Source of Vitality for the State", (1986) 12 *Review of International Studies* 79.
- MOCK, W.B.T., "Game Theory, Signalling, and International Legal Relations", (1992) 26 *The George Washington Journal of International Law and Economics* 33.

- MOHR, J.W., "From Saussure to Derrida : Margins of Law", (1993) 18 *Queen's Law Journal* 343.
- MOOTZ III, F.J., "The Ontological Basis of Legal Hermeneutics : a Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur", (1988) 68 *Boston University Law Review* 523.
- MORIN, J.-Y. et M.R. SIMONNET, "La souveraineté et l'État", dans *La souveraineté au XXI^e siècle*, papier délivré lors d'un colloque du 26 juin 1987 dans le cadre des premiers entretiens du Centre Jacques Cartier, Lyon, Cahiers C.D.R.E., 9-37.
- MOUTON, J.-D., "La notion d'État et le droit international public", (1992) *Droits* 45.
- MUIR WATT, H., "Droit naturel et souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 71.
- MURUMBA, S.K., "Grappling with a Grotian Moment : Sovereignty and the Quest for a Normative World Order", (1993) 19 *Brooklyn Journal of International Law* 829.
- NAARDEN, G.L., "UN Intervention After the Cold War : Political Will and the United States", (1994) 29 *Texas International Law Journal* 231.
- NEACK, L. and R.M. KNUDSON, "Re-Imagining the Sovereign State : Beginning an Interdisciplinary Dialogue", (1996) 21 *Alternatives* 135.
- NITZE, P.H., "Foreword : International Security in a New World", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 481.
- O'CONNELL, M.E., "Continuing Limits on UN Intervention in Civil War", (1992) 67 *Indiana Law Journal* 903.
- O'M., R.L., "Notes. Applying the Critical Jurisprudence of International Law to the Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua", (1985) 71 *Virginia Law Review* 1183.
- O'NEILL, O., "Practical Reason and Possible Community : A Reply to Jean-Marc Ferry", (1994) 7 *Ratio Juris* 308.

- ONU, N.G. "Sovereignty : Outline of a Conceptual History", (1991) 16 *Alternatives* 425.
- ONU, N. and F.F. KLING, "Anarchy, Authority, Rule", (1989) 33 *International Studies Quarterly* 149.
- ONU, N., "Do Rules Say What They Do ? From Ordinary Language to International Law", (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 385.
- ONU, N.G., "International Legal Order as an Idea", (1979) 73 *American Journal of International Law* 244.
- ONU, N.G., "The Principle of Nonintervention, the United Nations, and the International System", (1971) 25 *International Organization* 209.
- OSBORNE, P., "Modernity is a Qualitative, Not a Chronological, Category", (1992) *New Left Review* 65.
- ORFORD, A., "Locating the International : Military and Monetary Interventions after the Cold War", (1997) 38 *Harvard International Law Journal* 443.
- OST, F. et M. Van de KERCHOVE, "L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ?", (1993) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 191.
- OST, F. et M. Van de KERCHOVE, "De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?", (1991) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 77.
- ÖSTERUD, Ö., "The Narrow Gate : Entry to the Club of Sovereign State", (1997) 23 *Review of International Studies* 167.
- PATOMAKI, H., "From Normative Utopias to Political Dialectics : Beyond a Deconstruction of the Brown-Hoffman Debate", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 53.
- PEASE, K.K. and D.P. FORSYTHE, "Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics", (1993) 15 *Human Rights Quarterly* 290.
- PELLET, A., "The Normative Dilemma : Will and Consent in International Law-Making", (1992) 12 *The Australian Year Book of International Law* 22.

- PETERS, B., "On Reconstructive Legal and Political Theory", (1994) 20 *Philosophy & Social Criticism* 101.
- PETERSON, S.V., "Transgressing Boundaries : Theories of Knowledge, Gender, and International Relations", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 183.
- PHILPOTT, D., "Sovereignty : An Introduction and Brief History", (1995) 48 *Journal of International Affairs* 353.
- PURVIS, N., "Critical Legal Studies in Public International Law", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 81.
- QUIGLEY, J., "The New World Order and the Rule of Law", (1992) 18 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 75.
- QUIGLEY, J., "The United States and the United Nations in the Persian Gulf War : New Order or Disorder ?", (1992) 25 *Cornell International Law Journal* 1.
- RAMOSE, M.B., "Wars of National Liberation and the Laws of Armed Conflict". (1992) *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale - beiheft* 46 9.
- RASMUSSEN, D., "Rethinking Subjectivity : Narrative Identity and the Self", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 159.
- RAWLS, J., "The Law of People", (1993) 20 *Critical Inquiry* 36.
- RAYNAUD, P., "La guerre et le droit : les limites de la rationalisation. Max Weber et sa postérité", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 101.
- REICHLER, C., "La réserve du symbolique", (1992) 48 *Les Temps modernes* 85.
- REISMAN, M.W., "The View from the New Haven School of International Law", (1992) 86 *American Society of International Law Proceedings* 118.
- RENGGER, N.J., "A City Which Sustains All Things ? Communitarianism and International Society", (1992) 21 *Millennium : Journal of International Studies* 353.

- RIALS, S., "La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 189.
- RICOEUR, P., "Reflections on a New Ethos for Europe", (1995) 21 *Philosophy & Social Criticism* 3.
- RINGMAR, E., "The Relevance of International Law : A Hegelian Interpretation of a Peculiar Seventeenth-century Preoccupation", (1995) 21 *Review of International Studies* 87.
- ROBERTS, L.D., "United Nations Security Council Resolution 687 and its Aftermath : the Implications for Domestic Authority and the Need for Legitimacy", (1993) 25 *New York University Journal of International Law and Politics* 593.
- ROSTOW, E.V., "Until What ? Enforcement Action or Collective Self-Defense ?", (1991) 85 *American Journal of International Law* 506.
- ROSTOW, N., "The International Use of Force After the Cold War", (1991) 32 *Harvard International Law Journal* 411.
- RUGGIE, J.G., "Territoriality and Beyond : Problematizing Modernity in International Relations", (1993) 47 *International Organization* 139.
- RYAN, C.M., "Sovereignty, Intervention, and the Law : A Tenuous Relationship of Competing Principles", (1997) 26 *Millennium : Journal of International Studies* 77.
- SALMON, J., "La construction du fait en droit international", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 135.
- SANDOZ, Y., "'Droit' or 'Devoir d'ingérence' and the Right to Assistance : the Issues Involved", (1992) *International Commission of Jurists - The Review* 12.
- SANTOS, B. de S., "La transition post-moderne : droit et politique", (1990) *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 77.
- SANTOS, B. de S., "Law : A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", (1987) 14 *Journal of Law and Society* 279.

- SAURETTE, P., "I Mistrust all Systematizers and Avoid Them" : Nietzsche, Arendt, and the Crisis of the Will to Order in International Relations Theory", (1996) *25 Millennium : Journal of International Studies* 1.
- SCHACHTER, O., "United Nations Law in the Gulf Conflict", (1991) 85 *American Journal of International Law* 452.
- SCHROEDER, J.L., "Subject : Object", (1992) 47 *University of Miami Law Review* 1.
- SCHWEIGMAN, D., "Humanitarian Intervention Under International Law : The Strife for Humanity", (1993) 6 *Leiden Journal of International Law* 91.
- SCOBIE, I., "Towards the Elimination of International Law : Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism", (1990) LXI *British Yearbook of International Law* 339.
- SCOTT, G., "Dialogical Sovereignty : Preliminary Metaphorical Musings", in *State Sovereignty : The Challenge of a Changing World*, Proceedings of the 21st Annual Conference of the Canadian Council on International Law, Ottawa, 1992, 267-293.
- SCOTT, S., "Building Bridges with Political Science ? : A Response from the Other Shore", (1995) 16 *Australian Year Book of International Law* 271.
- SCOTT, S., "International Law as Ideology : Theorizing the Relationship Between International Law and International Politics", (1994) 5 *European Journal of International Law* 313.
- SEVE, R., "L'institution juridique : imposition et interprétation", (1990) *Revue de métaphysique et de morale* 311.
- SHAPCOTT, R., "Conversation and Coexistence : Gadamer in the Interpretation of International Society", (1994) 23 *Millennium : Journal of International Studies* 57.
- SIMPSON, G.J., "Imagined Consent : Democratic Liberalism in International Legal Theory", (1994) 15 *The Australian Year Book of International Law* 103.
- SINGER, J.W., "The Player and The Cards : Nihilism and Legal Study", (1984) 94 *The Yale Law Journal* 1.

- SOFAER, A.D., "The Legality of the United States Action in Panama", (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 281.
- SPEGELE, R.D., "Political Realism and the Remembrance of Relativism", (1995) 21 *Review of International Studies* 211.
- SUGANAMI, H., "A Normative Enquiry in International Relations : the Case of "Pacte Sunt Servanda"", (1983) 9 *Review of International Studies* 35.
- SULLIVAN, D.S., "Effective International Dispute Settlement Mechanisms and the Necessary Condition of Liberal Democracy", (1993) 81 *The Georgetown Law Journal* 2369.
- SUR, S., "Système juridique international et utopie", (1987) 32 *Archives de philosophie du droit* 35.
- SUR, S., "La coutume internationale. Sa vie, son oeuvre", (1986) *Droits* 111.
- TESÓN, F.R., "International Abductions, Low-Intensity Conflicts and State Sovereignty : A Moral Inquiry", (1994) 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 551.
- TESÓN, F.R., "Realism and Kantianism in International Law", (1992) 86 *American Society of International Law Proceedings* 113.
- TESÓN, F.R., "The Kantian Theory of International Law", (1992) 92 *Columbia Law Review* 53.
- TEUBNER, G., "How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law", (1989) 23 *Law & Society Review* 727.
- THOMSON, J.E., "State Sovereignty in International Relations : Bridging the Gap Between Theory and Empirical Research", (1995) 39 *International Studies Quarterly* 213.
- TIMSIT, G., "Sur l'engendrement du droit", (1988) *Revue de droit public* 39.
- TRIMBLE, P.R., "International Law, World Order, and Critical Legal Studies", (1990) 42 *Stanford Law Review* 811.

- TRUBEK, D.M., "Where the Action Is : Critical Legal Studies and Empiricism", (1984) 36 *Stanford Law Review* 575.
- TRUYOL SERRA, A., "Souveraineté", (1990) 35 *Archives de philosophie du droit* 313.
- VINCENT, A., "The Hegelian State and International Politics", (1983) 9 *Review of International Studies* 191.
- WALKER, K., "An Exploration of Article 2(7) of the United Nations Charter as an Embodiment of the Public / Private Distinction in International Law", (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 173.
- WALLERSTEIN, I., "The Withering Away of the States", (1980) 8 *International Journal of Sociology of Law* 369.
- WALLON, E., "Vers un espace public international", (1995) 50 *Les Temps modernes* 65.
- WARNER, D., "Levinas, Buber, and the Concept of Otherness in International Relations : A Reply to David Campbell", (1996) 25 *Millennium : Journal of International Studies* 111.
- WARNER, D., "An Ethic of Responsibility in International Relations and the Limits of Responsibility / Community", (1993) 18 *Alternatives* 431.
- WATSON, J.S., "Autointerpretation, Competence, and the Continuing Validity of Article 2(7) of the UN Charter", (1977) 71 *American Journal of International Law* 60.
- WEBER, C., "Dissimulating Intervention : A Reading of the U.S. Led Intervention into Haiti", (1995) 20 *Alternatives* 265.
- WEBER, C., "Writing Sovereign Identities : Wilson Administration Intervention in the Mexican Revolution", (1992) 17 *Alternatives* 313.
- WEBER, C., "Reconsidering Statehood : Examining the Sovereignty / Intervention Boundary", (1992) 18 *Review of International Studies* 199.

- WEDGWOOD, R., "The Use of Armed Force in International Affairs : Self-Defense and the Panama Invasion", (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 609.
- WEIL, P., "Vers une normativité relative en droit international", (1982) 86 *Revue générale de droit international public* 5.
- WENDT, A., "Collective Identity Formation and the International State", (1994) 88 *American Political Science Review* 384.
- WENDT, A., "Anarchy in What States Make of it : the Social Construction of Power Politics", (1992) 46 *International Organization* 391.
- WENDT, A., "The Agent-Structure Problem in International Relations Theory", (1987) 44 *International Organization* 335.
- WINTER, S.L., "Contingency and Community in Normative Practice", (1991) 139 *University of Pennsylvania Law Review* 963.
- _____, "The End of Sovereignty ?" (Panel IV) (1994) *American Society of International Law Proceedings* 71.
- _____, "Theoretical Perspectives on the Transformation of Sovereignty", (Panel I) (1994) *American Society of International Law Proceedings* 1.