

LES QUATRE STRATES DU DROIT INTERNATIONAL ANALYSÉES DU POINT DE VUE DES SUBALTERNES

Rémi Bachand

Volume 24, Number 1, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068294ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068294ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bachand, R. (2011). LES QUATRE STRATES DU DROIT INTERNATIONAL ANALYSÉES DU POINT DE VUE DES SUBALTERNES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 24(1), 1–44. <https://doi.org/10.7202/1068294ar>

Article abstract

The objective of this article is to put in evidence the different functions that international law plays into the international society. More precisely, it seeks to emphasize in as much as its emancipating aspects and the potentiality of resistance than on the elements of it so that it ensures it tolerates, facilitates and even promotes the reproduction of relationships based on the exploitation and domination of subordinate groups by dominant groups within international society (which certainly includes national societies).

This article seeks to point out that international law plays four functions into international relationships that will be referred as “strata” and that are the juridical form; the rules; the justification of actions by the actors who use international law as a language; and the role of law in the evolution of the ideological construction of the international society. It concludes in estimating that even if certain of these rules (for example the rules regarding humans rights) may, under certain circumstances, be used from the purpose of resistance in order to make sure that exploitation and domination be achieved in a less violent and less brutal manner, as long as the juridical form of international law will remain the same, being, by its nature, biased in favour of the dominant ones.

LES QUATRE STRATES DU DROIT INTERNATIONAL ANALYSÉES DU POINT DE VUE DES SUBALTERNES

*Rémi Bachand**

Cet article a comme objectif de mettre en exergue les différentes fonctions que joue le droit international dans la société internationale. Plus précisément, il cherche à en souligner autant les aspects émancipateurs et les potentialités de résistance que ses éléments qui font en sorte qu'il tolère, facilite voire promeut la reproduction des rapports d'exploitation et de domination des groupes subalternes par les groupes dominants à l'intérieur de la société internationale (ce qui inclut bien sûr les espaces nationaux).

Cet article cherche à montrer que le droit international joue quatre fonctions dans les relations internationales que nous appellerons des strates et qui sont la forme juridique; les règles; la justification des actions par les acteurs qui utilisent le droit international comme langue; et le rôle du droit dans l'évolution de la formation idéologique de la société internationale. Il conclut en estimant que même si certaines de ces règles (par exemple les règles de droits humains) peuvent dans certaines circonstances être utilisées à des fins de résistance de manière à faire en sorte que l'exploitation et la domination soient réalisées de manière moins violente et moins brutale, tant que la forme juridique du droit international demeurera la même, celui-ci sera, par nature, biaisé en faveur des dominants.

The objective of this article is to put in evidence the different functions that international law plays into the international society. More precisely, it seeks to emphasize in as much as its emancipating aspects and the potentiality of resistance than on the elements of it so that it ensures it tolerates, facilitates and even promotes the reproduction of relationships based on the exploitation and domination of subordinate groups by dominant groups within international society (which certainly includes national societies).

This article seeks to point out that international law plays four functions into international relationships that will be referred as "strata" and that are the juridical form; the rules; the justification of actions by the actors who use international law as a language; and the role of law in the evolution of the ideological construction of the international society. It concludes in estimating that even if certain of these rules (for example the rules regarding humans rights) may, under certain circumstances, be used from the purpose of resistance in order to make sure that exploitation and domination be achieved in a less violent and less brutal manner, as long as the juridical form of international law will remain the same, being, by its nature, biased in favour of the dominant ones.

* L'auteur est professeur de droit international au Département des sciences juridiques et directeur du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), Université du Québec à Montréal. Les germes des idées de cet article ont précédemment été couchées sur papier et publiées dans : Rémi Bachand et Thierry Lapointe, « Beyond Presentism : Rethinking the Enduring Co-Constitutive Relationships between International Law and International Relations » (2010) 4 International Political Sociology 271. L'auteur remercie évidemment Thierry Lapointe pour son apport au développement de ces idées. Il tient aussi à remercier les étudiants et étudiantes du séminaire sur le postcolonialisme, ainsi que son collègue Martin Gallié avec lequel il a donné ce séminaire pour les commentaires extrêmement stimulants et intelligents et qui ont été à l'origine de plusieurs des réflexions de cet article. Il remercie aussi Georges LeBel, René Laperrière ainsi que les membres du Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles pour leurs commentaires.

« Que l'intellectuel appartienne au camp des faibles et des non-représentés ne fait aucun doute à mes yeux [...] Car, en définitive, l'intellectuel, au sens où je l'entends, n'est ni un pacificateur ni un bâtisseur de consensus, mais quelqu'un qui engage et risque tout son être sur la base d'un sens constamment critique, quelqu'un qui refuse quel qu'en soit le prix les formules faciles, les idées toutes faites, les confirmations complaisantes des propos et des actions des gens de pouvoir et autres esprits conventionnels »¹

Cet article a comme objectif de mettre en exergue les différentes fonctions que joue le droit international² dans la société internationale. Plus précisément, il cherche à en souligner autant les aspects émancipateurs et les potentialités de résistance que ses éléments qui font en sorte qu'il tolère, facilite voire promeut la reproduction des rapports d'exploitation et de domination³ des groupes subalternes

¹ Edward W. Said, *Des intellectuels et du pouvoir*, Paris, Seuil, 1994 aux pp 38-39.

² Nous reprendrons à notre compte la distinction que font les politologues entre les Relations internationales et les relations internationales en parlant du Droit international lorsque nous parlerons du champ académique, et du droit international lorsque nous parlerons de ses règles de droit positif et de sa pratique. Dans cette dernière explication, le concept de champ est important et nous utiliserons l'explication que faisait Pierre Bourdieu pour qui « [d]ans un champ, les agents et les institutions luttent, suivant les régularités et les règles constitutives de cet espace de jeu (et, dans certaines conjonctures, à propos de ces règles mêmes), avec des degrés divers de force et, par là, des possibilités diverses de succès, pour s'approprier les profits spécifiques qui sont en jeu dans le jeu. Ceux qui dominent dans un champ donné sont en position de le faire fonctionner à leur avantage, mais ils doivent toujours compter avec la résistance, la contestation, les revendications, les prétentions, 'politiques' ou non, des dominés » : Pierre Bourdieu, *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris, Seuil, 1992 à la p. 78.

³ La distinction que nous entretiendrons tout au cours de cet article entre les concepts d'*exploitation* et de *domination* est importante. Nous parlerons d'abord d'*exploitation* – dans une perspective clairement marxiste – lorsque la fonction structurelle du rapport de subordination sera l'exploitation de la force de travail. Il s'agira donc d'une définition économique. Le concept de *domination* sera utilisé pour qualifier toutes les formes de rapports de subordination n'entrant pas dans cette première définition. Il sera donc utilisé afin de qualifier des situations où des groupes ou des individus sont dans des rapports de subordination en ce qui a trait à la capacité de définir le devenir de leur vie dans les sphères qui sont généralement non économiques. Ce concept définira donc principalement des rapports politiques ou culturels (linguistiques ou religieux, par exemple), mais inclura aussi des rapports de subordination dans la sphère domestique (par exemple la violence, sexuelle ou non, faite aux femmes) ainsi que ce que Nancy Fraser appelle les enjeux de *non-reconnaissance* ou de *mépris*. Il pourra aussi être utilisé pour les cas de violences contre des minorités nationales (allant jusqu'au génocide) et dont l'origine n'est pas reliée à l'exploitation de la force de travail. Nous tenons à noter que la distinction entre les rapports d'exploitation et de domination n'est pas toujours claire et que des rapports de domination induisent très souvent des rapports d'exploitation; et que les rapports d'exploitation ont (presque ?) toujours besoin de rapports de domination pour se maintenir. Nous utiliserons enfin le concept de rapports de subordination (dérivé du concept de *subalternes*) pour inclure à la fois les concepts de domination et d'exploitation. Il faut enfin terminer en disant que, comme Susan Marks le fait remarquer au sujet du concept d'« exploitation », le propre de ces deux termes est leur valeur ajoutée par rapport à ceux que les juristes utilisent généralement (tel que la pauvreté, la marginalité économique, la discrimination, etc.) est qu'ils mettent en relief le fait que ce qu'on cherche à décrire, ce sont d'abord et avant tout des structures de relations sociales. Ainsi, lorsqu'on parle d'exploitation, on réfère à une relation dialectique où il y a un exploité et un exploiteur. Au contraire, l'utilisation de termes tels que « pauvreté » dépolitise complètement les facteurs à l'origine de la pauvreté du pauvre et va jusqu'à laisser croire que ces raisons sont contingentes plutôt qu'explicables par une étude de

par les groupes dominants à l'intérieur de la société internationale (ce qui inclut bien sûr les espaces nationaux). Il cherche aussi à réfléchir sur les conditions dans lesquelles les subalternes peuvent utiliser le droit international à des fins de résistance et d'émancipation. Il constitue donc autant une critique des conceptions des positivistes internationalistes qui, si l'on force un peu le trait, considèrent le droit international comme étant un ordre juridique comme tous les autres, ce qui implique que la seule étude de ses règles positives est suffisante car celles-ci créent des effets sur la société du seul fait de leur existence et mise en application; que celles qu'on pourrait de manière caricaturale décrire comme étant adoptées par les (néo)réalistes de Relations internationales et certains positivistes de droit interne qui considèrent que puisque le droit international n'a pas de mécanisme de sanction efficace, il n'est d'aucune utilité et ne joue aucun rôle dans la société internationale.

Fondamentalement, cet article soutiendra que le droit international joue quatre fonctions que nous appellerons des *strates* du fait que leurs différences concernent principalement le niveau de profondeur fondamentale à l'intérieur duquel le droit international influence la vie internationale, ainsi que parce que c'est sur les strates les plus profondes et les plus fondamentales que s'appuient celles qui sont plus superficielles (ce qui ne veut pas dire qu'elles sont moins importantes). Les quatre strates étudiées, qui formeront la structure de cet article, sont la forme juridique; les règles; la justification des actions par les acteurs qui utilisent le droit international comme langue; et le rôle du droit dans l'évolution de la formation idéologique de la société internationale. Ce que cet article cherchera à mettre en relief, ce sont les possibilités qui existent dans chacune de ces strates permettant ou facilitant la reproduction des rapports d'exploitation et de domination, mais également les outils permettant la résistance et l'émancipation des subalternes.

Cet article considérera la position de subalterne du point de vue de l'opposition entre quatre catégories de rapports sociaux de subordination, à savoir les oppositions de classes, de genre, de « race » et la relation entre l'Occident et le tiers-monde. Ce qu'il faut aussi comprendre à propos de ces catégories de classe, genre, « race » et Occident/tiers-monde, c'est qu'elles ne s'ajoutent pas l'une à l'autre, mais qu'elles sont bien souvent interreliées, c'est-à-dire qu'elles agissent en relation les unes avec les autres pour *multiplier* le potentiel d'exploitation et de domination que chacune d'elles contient en son sein. Comme l'expliquaient Floya Anthias et Nira Yuval-Davis il y a déjà près de trente ans, « [r]ace, gender and class cannot be tagged on to each other mechanically for, as concrete social relations, they are enmeshed in each other and the particular intersections involved produce specific effects »⁴. De plus, dans bien des cas, les situations de domination et d'exploitation à

sociologie historique permettant de mettre en relief les relations de pouvoir ayant constitué cette situation. Voir Susan Marks, « Exploitation as an International Legal Concept », dans Susan Marks, dir., *International Law on the Left : Re-examining Marxist Legacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 281; Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005.

⁴ « [L]a race, le genre et la classe ne peuvent pas être associés les uns avec les autres de manière mécanique dans la mesure où, en tant que relations sociales concrètes, elles sont empêtrées les unes avec les autres et leurs intersections particulières impliquent la production d'effets spécifiques » [notre traduction] : Floya Anthias et Nira Yuval-David, « Contextualizing Feminism – Gender, Ethnic and

l'égard de l'une ou l'autre de ces catégories utiliseront le rapport de subordination découlant d'une autre catégorie afin de renforcer son propre pouvoir de subordination. En d'autres termes, chacun des régimes de subordination que sous-tendent ces catégories (le capitalisme, le patriarcat, le racisme, l'impérialisme) utilisera les autres régimes pour renforcer son propre pouvoir sur ses subordonnés. Par exemple, le pouvoir d'exploitation du capitaliste sera multiplié s'il s'exerce sur une ouvrière (plutôt qu'un ouvrier) appartenant à une minorité ethnique opprimée et victime de racisme (voire à un immigrant clandestin) dans une ville du tiers-monde où le taux de chômage est de 40% et où le droit du travail ne propose que peu ou pas de protection pour les travailleurs⁵. En effet, en plus d'avoir une plus grande facilité à exploiter sa force de travail (en exigeant d'elle de prolonger ses heures de travail sans augmenter sa rémunération), seront multipliés les risques qu'il utilise la peur de l'ouvrière de perdre son emploi (et de ne pas en trouver un autre du fait, par exemple, de son statut de mère monoparentale ou à cause du racisme à l'endroit de son groupe ethnique particulier) afin de la forcer, par exemple, à avoir des rapports sexuels non consentants avec lui, ou pour l'humilier de n'importe quelle autre façon.

Ensuite, la multiplication de ces catégories d'oppression permet de faire voir que le fait d'occuper une même position au regard de l'une, deux, voire trois de ces catégories ne signifie pas que deux individus vont rencontrer la même expérience de vie, vont faire face exactement aux mêmes rapports de domination, ni ne jouiront du même potentiel de résistance et d'émancipation. Les féministes et les auteurs utilisant le concept de tiers-monde ont notamment fait face à des critiques découlant de ce constat et qui insistaient sur ce qui apparaissait être, pour leurs détracteurs, une essentialisation des catégories utilisées (femmes, tiers-monde, etc.) qui échouait à décrire correctement la diversité des positions des individus identifiés⁶. De la même façon, il faut admettre que les rapports de subordination qui découlent de l'une ou l'autre de ces catégories ne s'exercent pas toujours de la même façon. Ainsi, bien qu'ontologiquement comparable, la relation de pouvoir qui s'exerce entre un capitaliste et ses ouvriers contient de grandes différences selon qu'elle s'exerce dans un pays où le cadre juridique contient plusieurs protections pour les travailleurs et où le taux de syndicalisation est élevé ou dans un pays n'ayant pas adopté de telles protections et dans lequel la répression contre les syndicalistes est monnaie courante. De la même façon, le patriarcat ne se vit pas de la même manière dans un pays où la culture religieuse est profondément ancrée et dans un pays où les luttes féministes ont mené à une « libération » (notamment sexuelle) de la femme. Ainsi devons-nous reconnaître que les effets concrets de chacune de ces catégories d'oppression varient d'un lieu à un autre ou d'une époque à une autre selon le contexte culturel, social, idéologique, etc. Cependant, et bien que s'exerçant de manière différente, ce sont bien les mêmes catégories sociales (dans ces exemples, les rapports de classes et de genres) qui permettent un rapport de domination et d'exploitation par certains individus sur d'autres. Leur principale utilité est donc de permettre une mise en

Class Divisions » (1983) 15 *Feminist Review* 62 aux pp. 62 et 63.

⁵ Voir à titre d'exemple Chandra Talpade Mohanty, *Feminism Without Borders : Decolonizing Theory, Decolonizing Theory, Practicing Solidarity*, Durham, Duke University Press, 2003 aux pp. 139-168.

⁶ Nira Yuval-Davis, « Intersectionality and Feminist Politics » (2006) 13 *European Journal of Women's Studies* 193 à la p. 199.

relation des expériences individuelles et de fournir une explication au moins partielle de la vie des individus dans ses dimensions interpersonnelles et sociales. Ensuite, il appert que l'addition des catégories d'analyse insistant sur la multiplication des effets reliés aux rapports de subordination a comme effet de complexifier ces catégories et de les *désessentialiser*. Elle permet donc, grâce, par exemple, à une analyse de la configuration de classes ou par une compréhension de la position des sujets analysés dans la relation Occident/tiers-monde, de comprendre pourquoi les rapports de subordination seront différentes pour une ouvrière tunisienne et pour sa consœur belge.

Malgré ces bémols, ces catégories permettent donc de donner un début d'explication sur les *causes structurelles* qui sont à l'origine de la situation du travailleur informel brésilien (ou bulgare, ou ougandais) qui survit en vendant de la gomme à mâcher ou des piles à un real la boîte de six dans les rues de Salvador; de la prostituée mexicaine (ou thaïlandaise, ou lituanienne – qui « travaille » par ailleurs peut-être en France); ou encore de la femme de chambre canadienne (ou indonésienne, ou péruvienne – cette dernière étant possiblement autochtone). Plus important encore, ces catégories permettent de mettre en relation et de comparer une partie du vécu de ces individus en les reliant, non pas à des contingences ou à des choix ou caractéristiques individuels, mais à des *structures de domination et d'exploitation* qui existent bel et bien à l'intérieur de n'importe quelle formation sociale, mise en relation qui dégage un potentiel de solidarité, de lutte et de résistance communes qui porte en lui-même un espoir relatif d'émancipation. Ces catégories permettent, en d'autres termes, d'identifier les cibles structurelles de la résistance, d'identifier les types de rapports sociaux à changer pour espérer l'émancipation des subalternes. D'un point de vue heuristique, ces catégories sont donc d'une certaine valeur car malgré leur imperfection, elles nous permettent de mettre en relation certaines expériences vécues. D'un point de vue politique, leur valeur est encore plus grande car elles permettent de tisser des solidarités du fait d'appartenir à une catégorie commune.

Les deux premières de ces catégories, celles de « race » et de genre, sont constituées de par la construction de l'« Autre » réalisée à partir d'une exacerbation des différences, réelles ou imaginaires, servant à justifier et légitimer la position des dominants dans un régime de subordination. En d'autres termes, ces catégories sont d'abord et avant tout des constructions sociales de nature idéologique, mais dont les racines se trouvent dans la confrontation d'intérêts bien matériels. Dans son article de 1986, devenu un classique sur la question, Joan Scott explique ceci au sujet du concept de « genre » :

Its use explicitly rejects biological explanations, such as those that find a common denominator for diverse form of subordination in the facts that women have the capacity to give birth and men a greater muscular strength. [...] [The use of gender] is a way of referring to the exclusively to the social origins of the subjective identities of men and women. Gender is,

*in this definition, a social category imposed on a sexed body.*⁷

Ce concept part donc d'un constat : il existe des différences entre l'homme (plus fort physiquement) et la femme (pouvant donner naissance) mais les effets de ces différences (en soit insuffisantes pour expliquer et justifier les rapports de subordination découlant du patriarcat) sont amplifiés pour légitimer (ou chercher à le faire) des rapports de domination et d'exploitation dont les dominants sont des hommes et les subordonnées, des femmes. Il s'agit donc de faire ressortir le fait que ces différences ne sont pas des facteurs explicatifs de la domination, mais plutôt des prétextes rhétoriques pour justifier et légitimer celle-ci.

Une analyse semblable doit être faite au sujet de la « race » et cet article s'appuiera sur l'analyse que faisait Albert Memmi qui voyait le racisme comme étant « la valorisation, généralisée et définitive, de différences, réelles ou imaginaires, au profit de l'accusateur et au détriment de sa victime, afin de légitimer une agression »⁸. Une telle définition nous permet de faire un certain nombre de remarques. Premièrement, elle nous permet de justifier l'utilisation du concept de « race » qui sera utilisé comme artifice esthétique permettant de mettre les taxinomies linguistiques, religieuses, culturelles, ethniques et autres en relation avec le racisme. Ensuite, cette mise en relation nous permettra de souligner notre accord avec Memmi à l'effet de quoi l'utilisation raciste de ces concepts a d'abord comme effet, sinon comme objectif, de légitimer socialement et structurellement (plutôt qu'individuellement) un certain rapport social que nous qualifierons ici de *rapport de subordination* (plutôt qu'agression comme le fait Memmi dans sa définition). En dernier lieu, et ce commentaire découle de ce qui vient d'être dit, seront incluses dans le concept de « race » les relations découlant de différences linguistiques, religieuses, culturelles et ethniques.

Si le concept de classes, compris d'une perspective marxiste (plutôt que wébérienne, par exemple⁹), est si important pour une analyse comme la nôtre qui prend comme point de départ la défense des intérêts des subalternes, c'est à cause du rapport d'exploitation qui est inhérent au capitalisme et dont la reproduction est centrale à certains des régimes les plus importants et les mieux organisés du droit international¹⁰, si ce n'est (ce qu'il serait possible de prétendre) à l'ordre juridique

⁷ « Son utilisation rejette explicitement les explications biologiques, telles que celles qui cherchent un dénominateur commun pour les différentes formes de subordination de la femme dans le fait que cette dernière a la capacité de donner naissance et dans le fait que l'homme a une plus grande force physique. [...] [L'utilisation du genre] est une façon de faire référence aux origines sociales des identités subjectives de l'homme et de la femme. Le genre est, vu à partir de cette définition, une catégorie sociale imposée sur un corps sexué » [notre traduction] : Joan Wallach Scott, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis » (1986) 91 *American Historical Review* 1053 à la p. 1056.

⁸ Albert Memmi, *Le racisme*, Paris, Gallimard, 1994 à la p. 14.

⁹ « [The] ingredient that most sharply distinguished the Marxist conceptualization of class from other traditions is the concept of 'exploitation' » (« [l']ingrédient qui distingue le plus l'analyse marxiste de la classe des autres traditions est le concept d'« exploitation » [notre traduction]). Erik Olin Wright, « Foundations of a Neo-Marxist Class Analysis », dans Erik Olin Wright, dir., *Approaches to Class Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 4 à la p. 5

¹⁰ Notamment le régime juridique de l'Organisation mondiale du commerce et du droit international de l'investissement.

international dans son ensemble. Cette prise de position en faveur d'une analyse marxiste de la classe nous impose donc une typologie des classes qui se fait par rapport à la position qu'occupe chacune d'elle par rapport à la propriété des moyens de production et, par conséquent, à l'exploitation de la plus-value. Ainsi, si la domination politique (nécessaire pour assurer la mise en place d'un cadre juridique protégeant la propriété privée et les autres institutions indispensables à la reproduction du mode de production capitaliste) et culturelle (qui permet la mise en place de l'hégémonie idéologique des classes capitalistes nécessaire au « consentement spontané » des subalternes) est une dimension non négligeable des rapports de classes, l'enjeu est d'abord et avant tout économique et concerne l'exploitation de la force de travail des uns par les autres.

La justification à l'utilisation du concept de tiers-monde est analytique, mais est aussi largement influencée par des raisons politiques. On sait comment le poststructuralisme nous a permis de comprendre que le choix des mots a souvent un effet structurant sur la façon dont on envisage le monde, sur la façon dont on va comprendre les causes des situations observées ainsi que sur ses possibilités de transformation. C'est un tel constat qui oblige à l'abandon des termes qui sont généralement employés pour désigner la réalité qui est décrite par le terme tiers-monde¹¹. Ces termes alternatifs supposent généralement que le « sous développement » n'est qu'une situation temporaire parce que ces pays sont en voie de développement et que ce n'est qu'une question de temps avant qu'ils ne « décollent », n'atteignent la maturité et arrivent enfin à l'âge de la consommation de masse¹², que leur place dans la division internationale du travail est en train de changer puisqu'ils sont en voie d'industrialisation; ou au contraire, que l'état économique, social et politique dans lequel ils se trouvent est inévitable et irréversible et est explicable du fait de leur situation géographique, du fait qu'ils sont des *pays du Sud*. L'utilisation de ces termes a évidemment un effet direct sur les possibilités d'émancipation existantes. Si, dans un cas, cette émancipation ne peut se produire que grâce à l'institution que représente désormais le « développement (généralement économique) international » qui est généralement pensé en Occident et qui prend comme modèle les économies occidentales industrialisées¹³, dans l'autre cas, devant les contraintes géographiques, ne reste plus que la charité et la « coopération » comme solution.

Au contraire, ce que le terme tiers-monde réussit à mieux capter, c'est que la situation qui y perdure est d'abord et avant tout explicable par les rapports de pouvoir qui se sont développés entre l'Occident colonisateur, impérialiste et néo-impérialiste, et le tiers-monde qui a été et qui continue à être victime des rapports de domination et d'exploitation inhérents à la colonisation, à l'impérialisme et au néo-impérialisme. Ce terme, tel qu'il est ici utilisé, met donc en relief le fait que les principales caractéristiques de son signifié sont au premier chef le résultat de rapports sociaux de

¹¹ Makau Mutua, « What is TWAIL? » (2000) 94 American Society of International Law Proceedings 31 à la p. 35.

¹² Walt Whitman Rostow, *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960.

¹³ Arturo Escobar, *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

subordination. Il cherche à mettre en relief l'effet pervers qui découle des autres concepts et qui consiste à évacuer le rapport systémique de subordination de manière à laisser croire que la dissolution de ce dernier passe par la coopération des subalternes avec les dominants plutôt que par leur résistance active et leur opposition vigoureuse menant au renversement des structures qui les maintiennent dans leur situation de subalternes. Dans cette perspective, et contrairement à certains auteurs qui définissent ce concept en termes de mouvements sociaux¹⁴ ou qui l'associent à des régions dont le niveau de consommation est moins élevé qu'en Occident, le terme tiers-monde sera ici compris comme étant une zone géographique qui correspond *grosso modo* aux régions qui ont été historiquement victimes du colonialisme et de l'impérialisme¹⁵.

L'utilisation du concept de tiers-monde fait souvent face à la critique selon laquelle la situation des régions comprises à l'intérieur de la sphère géographique signifiée par ledit concept est trop différente pour qu'on puisse continuer à l'utiliser. Comme nous l'avons précédemment expliqué, cet argument, et à supposer qu'il soit valide *a priori*, est beaucoup plus difficile à défendre dès le moment où l'on fait intervenir les autres catégories d'analyse que sont les classes, le genre et les « races ». Cela dit, on doit insister sur un point en particulier : on pourrait par exemple dire que ce qui distingue le Brésil des autres pays du tiers-monde, c'est une configuration particulière entre différentes classes sociales, une dynamique particulière entre les individus de genre masculin et de genre féminin ainsi que des rapports interraciaux particuliers. Le problème avec cette analyse, c'est que chacun de ces éléments ne peut être généralisé à l'ensemble du pays. Par exemple, les rapports interraciaux ne sont pas les mêmes dans le sud du pays, fortement marqué par les immigrations allemandes et italiennes, et dans Bahia dont les traces de l'histoire esclavagiste restent encore extrêmement présentes. De la même façon, les rapports de genres ne se passent pas de la même façon à Rio, ville très libérale sur le plan des mœurs sexuelles, qu'à Porto Alegre où l'influence du christianisme est beaucoup plus présente. Ensuite, une ville comme São Paulo, où résident l'une des bourgeoisies les plus riches au monde (qui côtoient, il ne faut pas l'oublier, d'immenses *favelas*) ne peut être comparée aux villes de la *sertão* du Nordeste où l'accès à l'eau courante demeure un enjeu. Ce que cet exemple cherche à montrer, c'est, en premier lieu, que l'analyse alternative la plus dominante en Droit international qui rejette le concept de tiers-monde et qui s'appuie sur l'État pour comprendre les différentes dynamiques de pouvoir qui découlent ou qui influencent le droit international peut être accusée du même vice, à savoir qu'elle a tendance à réifier et à homogénéiser un certain nombre de rapports sociaux extrêmement complexes. En second lieu, il appert qu'une analyse plus fine (c'est-à-dire notamment qui sort du cadre strict de l'État « nation ») et prenant en considération l'ensemble des catégories mentionnées permet d'apporter suffisamment de nuances pour justifier l'utilisation de ce concept, concept qui, rappelons-le, nous donne la possibilité de faire valoir que le colonialisme et l'impérialisme ont induit des

¹⁴ Balakrishnan Rajagopal, « From Resistance to Renewal : The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions » (2000) 41 *Harv. Int'l L.J.* 529.

¹⁵ Sur ces deux concepts, ainsi que ceux de néo-colonialisme et de postcolonialisme, voir Robert J. C. Young, *Postcolonialism : An Historical Introduction*, Malden, Oxford et Blackwell, 2001 aux pp. 15-69; Ania Loomba, *Colonialism/Postcolonialism*, Londres, Routledge, 1998 aux pp. 1-7.

dynamiques sociales, politiques et économiques qui, bien que différentes d'un endroit à l'autre, demeurent pertinentes pour une véritable compréhension du droit international.

Une fois ces remarques méthodologiques et théoriques faites, le reste de l'article cherchera à mettre en relief les principaux effets du droit international sur les relations entre les subalternes et les dominants dans ses différentes strates.

I. La forme juridique

La première strate à l'intérieur de laquelle le droit international influence la société internationale est celle de la forme juridique. Si ce concept est emprunté aux analyses que font des juristes marxistes tels qu'Evgeny Pashukanis¹⁶ et China Miéville¹⁷, l'utilisation qui en sera faite ici est plus large et cherchera à signifier l'ensemble des éléments qui structurent l'ordre juridique d'un ordre social. Il ne s'agit pas, à cette étape, de savoir si la guerre est interdite ou permise, quels sont les gestes qui sont considérés comme étant de la torture et sont donc interdits par telle ou telle convention, ou encore quel est le niveau maximal auquel l'État X peut garder ses droits de douanes pour les produits importés de l'État Y. La forme juridique, comme strate la plus fondamentale et structurelle de la société internationale, concerne plutôt des critères organisationnels – et notamment de la dimension juridique – de celle-ci. Elle détermine essentiellement trois choses, à savoir : l'identité et la conceptualisation des sujets juridiques (ce qui a un impact sur l'identification de ses acteurs) et de leurs relations entre eux; la façon dont les règles sont créées; et la manière dont celles-ci peuvent être mises en œuvre et imposées lorsqu'elles sont violées. Le rôle du droit international, au niveau de cette strate, est immense dans la mesure où il participe directement à la structuration même du monde tel qu'on le connaît.

L'élément le plus important de la forme juridique du droit international concerne son sujet juridique primaire, à savoir l'État. Avant d'entrer plus en détail dans les implications de cette caractéristique de l'ordre juridique, qu'il nous soit d'abord permis de rappeler jusqu'à quel point cette dimension de la forme juridique est importante dans l'organisation de la société internationale. En effet, rappelons que la définition – extrêmement sensible d'un point de vue politique – de ce qu'est un État (*statehood*) est d'abord et avant tout juridique¹⁸, et que c'est cette définition juridique qui fait en sorte que les États-Unis ont des relations diplomatiques avec le Canada plutôt qu'avec le Québec¹⁹. Rappelons aussi que la délimitation des frontières des États, frontières qui établissent les limites territoriales de la juridiction interne de la gouvernance étatique, est plus souvent qu'autrement le résultat d'actes juridiques

¹⁶ Evgeny Pashukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, Études et documentation internationales, 1976.

¹⁷ China Miéville, *Between Equal Rights : A Marxist Theory of International Law*, Leiden, Brill, 2005.

¹⁸ Louis Henkin, *How Nations Behave : Law and Foreign Policy*, New York, Praeger Publishers, 1968 à la p. 16 [Henkin].

¹⁹ *Ibid.* à la p. 22.

(généralement des traités²⁰). D'une façon similaire, les modes d'acquisition des territoires qui sont devenus légitimes dans l'intersubjectivité partagée entre les États sont également de nature juridique et font partie du cursus académique de n'importe quel cours d'introduction au droit international donné dans une perspective minimalement positiviste²¹. Ensuite, l'interdiction pour les États d'intervenir directement et formellement à l'intérieur des frontières de leurs voisins (par exemple, en permettant à une entreprise minière de forer sur le territoire de l'État voisin, ou encore en taxant les citoyens installés sur le même territoire) a comme fondement le principe juridique de l'exclusivité des compétences des États à l'intérieur de leurs frontières. Enfin, est-il nécessaire de rappeler que plusieurs États (surtout dans les cas d'États nés au cours des dernières décennies) doivent leur existence même à des actes juridiques relevant du droit international (Israël étant l'un des meilleurs exemples²²)? En résumé, non seulement l'acteur organique principal de la société internationale est-il une création juridique, mais l'organisation même de cet acteur a comme fondement des éléments de nature juridique, qui relèvent de la forme juridique.

Le fait que l'État soit le sujet primaire et principal du droit international a plusieurs implications directes sur les rapports entre les subalternes et les groupes dominants dans la société mondiale. En premier lieu, dire que l'État est le sujet juridique primaire du droit international, c'est dire que dans l'ordre juridique international, c'est l'État qui possède des droits et des obligations et que c'est lui qui pose des actes qui deviennent des faits juridiques internationaux. C'est aussi dire que c'est à lui que s'appliquent les sanctions disponibles lorsque ces actes sont interprétés comme étant contraires auxdites obligations. Il est facile de voir que cette caractéristique de la forme juridique internationale entraîne une personnification, voire une réification de l'État à qui on va prêter une volonté (volonté contractuelle et volonté d'action)²³.

²⁰ Le caractère juridique de la délimitation des frontières et des domaines de compétence des États de manière plus générale est tellement reconnu entre les États que leur établissement et leur reconnaissance constitue un pourcentage important des cas présentés à la Cour internationale de justice.

²¹ À titre d'exemples seulement : Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, aux pp. 127-162; Claude Emanuelli, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, aux pp. 184-202; Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2006 aux pp. 248-253.

²² *Rapport de la commission ad hoc chargée de la question palestinienne*, Rés. AG 181(II), Doc. off. AG NU, 2^e sess., supp. no. 11, Doc. NU A/364 (1948).

²³ Rappelons les propos de Ludwig Ehrlich qui s'exprimait dès 1928 dans ces termes : « Au point de vue strictement théorique, ce sera l'État dont on recherchera la volonté. Mais l'État c'est, au point de vue positif, une fiction. Au nom de l'État, ce sont les organes qui se prononcent. Ce qu'on appelle la volonté d'un État, c'est, soit la volonté d'un individu, soit le résultat des actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant tantôt en corps, tantôt dans une combinaison plus ou moins compliquée de groupes et d'individus. En parlant de la volonté d'un État, nous parlons donc de ce qui est le résultat, apprécié d'après la constitution de cet État, d'un certain nombre d'actes accomplis par des individus ou des groupes d'individus. Par conséquent, où saisira-t-on la volonté de l'État ? On n'en peut point trouver en dehors des actes de ses organes. Quels organes ? Ceux qui signèrent ? Ceux qui ratifièrent ? Ceux qui consentirent à la ratification ? Ou s'agit-il bien de la volonté ou, mieux encore, de la pensée de ceux qui, sans formellement représenter les États, furent appelés à rédiger le texte, ou son avant-projet ? » : Ludwik Ehrlich, « L'interprétation des traités » (1928) 24 *Recueil des Cours* 1 aux pp. 65-66.

On peut retracer l'origine de cette réification dès cette époque westphalienne qui se caractérisait par des régimes politiques absolutistes²⁴. L'affirmation de Louis XIV, « l'État, c'est moi »²⁵, représente bien la compréhension qu'on avait de l'État à l'époque. Évidemment, la réalité était plus complexe et, quoi qu'il pouvait bien en penser, le monarque devait constamment tenir compte des intérêts de l'aristocratie sur qui était assise sa légitimité et sa capacité à exercer son autorité sur le pays²⁶. Dès cette époque, la volonté de l'État, sinon celle des classes dominantes, était au moins une volonté de promouvoir et de défendre les intérêts de celles-ci. On le sait, cette privatisation de la volonté de l'État a éventuellement fait l'objet d'une tentative de camouflage lorsque le « tournant nationaliste » du droit international a cherché, à partir du milieu du XVIII^e siècle, à faire passer cette volonté de l'État comme étant celle de la « nation », communauté imaginée s'il en est une²⁷. À cette époque, et reprenant les idées de libéraux tels que Locke et Rousseau, des auteurs aussi importants qu'Emer de Vattel estimaient que puisque la nation a cédé une partie de sa liberté à une autorité supérieure en mesure de commander à tous ses membres, cette autorité était en mesure de la représenter totalement, et notamment en ce qui concerne les affaires internationales. La volonté de ce souverain en venait, en d'autres mots, à représenter la volonté nationale :

Lors donc qu'elle confère la souveraineté à quelqu'un, [la société politique] met en lui son entendement et sa volonté, elle lui transporte ses obligations & ses droits, autant qu'il se rapportent à l'administration de l'État, à l'exercice de l'autorité publique; & le conducteur de l'État, le Souverain, devenant ainsi le sujet où résident les obligations & les droits relatifs au gouvernement, c'est en lui que se trouve la personne morale, qui, sans cesser absolument d'exister dans la nation, n'agit désormais qu'en lui & par lui. [...] *Il représente la nation dans toutes les affaires qu'il peut avoir comme souverain.*²⁸

En fait, le lien, voire la communion d'esprit entre la nation et le souverain était tellement fort chez Vattel que celui-ci se permettait un peu plus loin d'affirmer que :

Quand le conducteur de l'État, le souverain, déclare la guerre à un autre souverain, on entend que la nation entière déclare la guerre à une autre nation. Car le souverain représente la nation et agit au nom de la société entière (L. I. §§. 40 & 41.); et les nations n'ont affaire les unes aux autres qu'en corps, dans leur qualité de nations. Ces deux nations sont donc ennemies, et tous les sujets de l'une sont ennemis de tous les sujets de l'autre. L'usage est ici conforme aux principes.²⁹

²⁴ Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, Walter de Gruyter, 2000 aux pp. 317-321.

²⁵ Jean-Mamert Cayla, *Pape et Empereur*, Paris, E. Dentu, 1860 à la p. 16.

²⁶ Benno Teschke, *The Myth of 1648 : Class, Geopolitics, and the Making of Modern International Relations*, Londres, Verso, 2003 aux pp. 151-196.

²⁷ Benedict Anderson, *L'imaginaire national : Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 2002.

²⁸ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 1, Washington, Carnegie, 1916 [1758], Livre I, § 40.

Ce lien qui est postulé entre la volonté qui est exprimée par le souverain, porteur de la voix annonciatrice de la volonté de l'État, et la nation, qui s'est volontairement soumise à lui, a comme effet de justifier et de légitimer le fait que les gestes posés par le souverain – qu'ils soient véritablement dans « l'intérêt national », dans les intérêts personnels du souverain ou, ce qui est plus probable, dans ceux des groupes dominants de son espace étatique – peuvent avoir des conséquences (les effets d'une guerre, par exemple) sur l'ensemble des individus formant la nation. En ce qui concerne les effets juridiques de cette vision, la pensée de Vattel nous mène à croire que puisque la nation (ou, pour que ce soit plus clair, la population qui forme cette dernière) est à l'origine des décisions prises par le souverain, il est normal que celle-ci subisse les effets juridiques des actions de celui-ci lorsqu'elles sont contraaires au droit international. Bien que le lien entre la population et son État soit moins infaillible qu'auparavant – notamment grâce au système de protection des droits humains et aux récents développements sur la « responsabilité de protéger »³⁰ qui ont comme effet de protéger la population *contre leur propre État* – le régime juridique de la responsabilité de l'État en cas de comportement illicite³¹ ne se distancie jamais de manière fondamentale de ce principe. L'effet concret de cette réification de l'État qui est légitimée par le nationalisme est que les sanctions qui sont justement imposées à l'« État » finissent bien souvent par avoir davantage d'effets négatifs sur les subalternes que sur les groupes proches du pouvoir dont les intérêts sont bien souvent ceux qui sont défendus par les actions de l'État qui sont reprochées et qui sont à l'origine desdites sanctions. On peut, à titre d'exemple, rappeler les effets dévastateurs sur la population irakienne (et en particulier sur ces femmes et ses enfants) des sanctions imposées à ce pays tout au long de la décennie des années 1990 du fait de l'invasion du Koweït par ce pays. Il est en effet bien connu que les coûts de cette invasion, décidée par l'élite politique du pays, ont été payés par les subalternes de ce pays, à partir des milliers d'enfants mourant à chaque mois de diarrhée jusqu'aux femmes devant accoucher par césarienne sans anesthésie parce que les pièces devant réparer les systèmes d'épuration des eaux et les produits anesthésiques étaient inclus dans la liste interdite d'importation à cause des sanctions³².

S'il est pertinent de faire ces rappels historiques, c'est d'abord parce que « [...] *nationalism and the principle of national self-determination became the core concept around which world order seemed to be organizing as evidenced by the establishment of the League of Nations and its successor, the United Nations* »³³ (« le nationalisme et le principe d'auto-détermination nationale sont devenus [depuis la fin

²⁹ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 2, Washington, Carnegie, 1916 [1758], Livre III, § 70.

³⁰ Louise Arbour, « The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice » (2008) 34 *Review of International Studies* 445; Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

³¹ Dont les principales idées se retrouvent, et sont reconnues comme étant contraignantes sous une forme coutumière, dans le Projet d'articles rédigé par la Commission du droit international : *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off. AG NU, 55^e sess., supp. no. 10, Doc. NU A/56/10 (2001).

³² Geoff Simons, *The Scourging of Irak, Sanctions, Law, and Natural Justice*, 2^e éd. London, Macmillan, 1998; David Cortright et George A. Lopez, « Are Sanctions Just? The Problematic Case of Irak » (1999) 52 *Journal of International Affairs* 725.

de la Première Guerre mondiale] les préceptes centraux autour desquels l'ordre mondial semble s'être organisé, tel que le prouve l'établissement de la Société des Nations et de son successeur, l'Organisation des Nations unies » [notre traduction]). C'est ensuite de manière paradoxale parce que bien que la « volonté de l'État », qui est encore aujourd'hui d'une importance capitale dans la configuration du droit international, demeure grandement influencée par les conflits sociaux à l'intérieur de chaque État, même si on persiste à dissimiler cette réalité en continuant à parler des « intérêts nationaux » dudit État. En effet, si les critiques marxistes de l'État ont historiquement fait remarquer que loin d'être neutre, l'État était généralement le gardien des intérêts des classes dominantes³⁴, les critiques féministes ont pour leur part mis en exergue le fait que la séparation entre les sphères publique et privée et le confinement des problèmes propres aux femmes dans la seconde de celles-ci a comme effet de faire en sorte que l'État est biaisé d'un point de vue du genre³⁵. Enfin, l'une des critiques les plus importantes du mouvement postcolonialiste concerne une critique de l'idée selon laquelle la nation est un tout homogène et qu'il est possible d'identifier des intérêts qui seraient communs à la totalité de ses membres³⁶.

Pour les subalternes, cette fiction doctrinale de la « volonté de l'État » qui est au service des « intérêts nationaux » a un certain nombre d'implications de grande importance qui découlent donc du fait que *leurs intérêts ne sont généralement pas les mêmes que ceux des groupes sociaux qui ont le plus d'influence sur la détermination de la volonté de l'État*. En vérité, lorsqu'on parle de la volonté de l'État ou des intérêts nationaux, ce dont on parle généralement, c'est de la volonté des groupes dominants et de leurs intérêts, et non pas de ceux des subalternes puisqu'ils sont souvent contradictoires avec ceux des dominants (ce que cherche à camoufler toute la rhétorique nationaliste). Dès lors que cette affirmation est acceptée doit-on réaliser que « [t]he idea that different classes share a common interest as members of the same nation has the particular virtue that it is consistent with a limited degree of social conflict »³⁷ (« [l]'idée que différentes classes [et les différents groupes de manière générale] partagent un intérêt commun en tant que membres de la même nation a cette vertu particulière qu'elle est consistante avec une limitation des conflits sociaux » [notre traduction]) et une diminution de la résistance active des subalternes contre les membres de leur « nation » qui sont souvent à l'origine de leur exploitation

³³ Julian Saurin, « International Relations as the Imperial Illusion; or, the Need to Decolonize IR », dans Branwen Gruffydd Jones, *Decolonizing International Relations*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2006, 23 aux pp. 24-25.

³⁴ Le point de départ de la théorie marxiste de l'État est l'affirmation selon laquelle « la bourgeoisie depuis l'établissement de la grande industrie et du marché mondial, s'est finalement emparée de la souveraineté politique exclusive dans l'état représentatif moderne. Le gouvernement moderne n'est qu'un comité qui gère les affaires communes de la classe bourgeoise toute entière » : Karl Marx et Friedrich Engels, *Le manifeste du parti communiste*, Paris, Union générale d'éditions, 1847 à la p. 21.

³⁵ Frances Olsen, « The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform » (1983) 96 Harv. L. Rev. 1497.

³⁶ Partha Chatterjee, *The Nation and its Fragments : Colonial and Postcolonial Histories*, Princeton, Princeton University Press, 1993; Arjun Appadurai, *Après le colonialisme : Les conséquences culturelles de la globalisation*, Paris, Payot, 2005.

³⁷ Alex Callinicos, *Making History: Agency, Structure, and Change in Social Theory*, 2^e éd., Leiden, Brill, 2004 à la p. 176.

et de leur domination³⁸. Dès lors, la déconstruction et la dénonciation de ces idées d'intérêts nationaux et de volonté de l'État représentant ceux-ci devient une tâche primordiale – la plus importante peut-être – de n'importe quelle réflexion critique de Droit international ou de Relations internationales.

Le second élément de la forme juridique concerne son mode de production normative qui demeure principalement le fait de la volonté des sujets juridiques mêmes, c'est-à-dire les États³⁹. Cette caractéristique est une partie essentielle de l'organisation politico-juridique de la société internationale qui est fondée sur le fait que celle-ci cherche à gérer les relations entre des États *juridiquement égaux*⁴⁰, sans l'aide d'une entité supérieure en mesure d'imposer ses vues (caractéristique qui nous permet de qualifier l'ordre juridique d'horizontal plutôt que de vertical comme le sont les ordres juridiques nationaux où une puissance suprême possède une autorité formelle et juridique pour imposer ses vues). Cette caractéristique a comme effet de transformer le processus de création normative en une représentation directe et frontale des rapports de force entre les États. Nul mieux que Monique Chemillier-Gendreau n'a décrit le processus social de formation de la norme dans un tel contexte.

Qu'y a-t-il derrière ce terme de rapport de forces ? Il y a un tissu extrêmement serré de contradictions sociales diverses que seule la méthode dialectique peut permettre de démêler. Les relations sociales sont faites d'intérêts contradictoires qui, surtout en situation de pénurie, sont irréductibles. Ces contradictions sont très complexes et elles sont ou peuvent être à la fois économiques, politiques, idéologiques, stratégiques, etc. Le mouvement de la vie entraîne toujours un phénomène de dépassement de la contradiction, dans lequel l'un des partenaires parviendra à dominer de manière nette la situation de son adversaire.

Vaincu ou convaincu, le plus faible s'inclinera. Dès lors les forces dominantes d'un moment ne songeront plus qu'à pérenniser la situation acquise pour s'opposer à tout nouveau mouvement de la vie sociale. La meilleure façon de le faire est de traduire cette situation en règle de droit puisque le droit a justement pour fonction d'assurer la sécurité des relations

³⁸ « *The symbolic identification with nationalist ideologies and the resultant exclusion of those who do not belong creates a fantasy of common interests, which transcends the divide between rulers and ruled. These identifications foster a sense of belonging and common destiny, by creating a clear divide between 'us' (the English, the Germans, the West) and 'the rest'.* » (« L'identification symbolique avec les idéologies nationalistes et l'exclusion de ceux qui n'appartiennent pas à la nation qui en résulte crée le fantasme des intérêts nationaux qui transcendent la division entre les gouvernants et les gouvernés. Cette identification renforce un sentiment d'appartenance et de destin commun en créant une division claire entre 'nous' (les Anglais, les Allemands, l'Occident) et 'le reste' » [notre traduction]) : Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007 à la p. 99.

³⁹ Évidemment, il serait difficile de récuser complètement les remarques de ceux qui estiment que le droit international est de plus en plus gouverné par un régime de droit administratif global (*global administrative law*). Sur cette idée, voir notamment : Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law » (2005) 68 *Law & Contemp. Probs.* 15; Sabino Cassese, « Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation » (2006) 37 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 663. Malgré leur analyse, cet article part du postulat de la centralité de l'État dans le processus normatif international.

⁴⁰ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. 1, Londres, Longmans, Green and Co., 1905 à la p. 19.

(C'est la formulation en règles de droit du statut de l'esclavage après conquête, ou du tracé des frontières après annexion).⁴¹

En d'autres termes, la forme juridique du droit international fait en sorte que les règles de celui-ci sont d'abord et avant tout le reflet des rapports de force et des relations de pouvoir entre les États qui cherchent à défendre les intérêts qu'on dit « nationaux » mais qui sont en réalité eux-mêmes le reflet des rapports de force existant au sein même desdits États. Dans ce contexte, non seulement les rapports de pouvoir existant entre les classes, les genres et les « races » vont-elles avoir un impact majeur sur la définition de la « volonté de l'État » et dans la définition de ses actes, mais il est également indubitable que la puissance politique, diplomatique, économique et militaire des États occidentaux leur donne (et leur ont donné historiquement) un avantage indéniable sur les États du tiers-monde.

Le dernier élément de la forme juridique du droit international rencontre des problèmes semblables. Si l'absence d'un organe centralisé exerçant les fonctions généralement dévolues au pouvoir législatif permet de faire en sorte que le processus de création normative est le reflet direct des rapports de domination à l'intérieur et entre les États, l'inexistence d'un pouvoir judiciaire centralisé efficace a le même effet lorsque vient le temps d'interpréter les règles et de les mettre en œuvre en cas de violation. C'est bien connu, c'est historiquement l'institution du *self-help*⁴² qui a géré dans la plupart du temps la mise en œuvre de ces règles en cas de violations. Concrètement, le *self-help* signifie que ce sont les États qui sont eux-mêmes chargés, par la collaboration, de mettre en œuvre le droit international et de redresser les torts lorsque des violations surviennent. L'arrivée de l'Organisation de Nations unies a légèrement changé la donne et a transféré au Conseil de sécurité⁴³ certaines de ces responsabilités, lorsque la paix et la sécurité mondiales sont menacées, ou lorsque sont constatés un acte d'agression ou une « rupture de la paix ». Si, dans le cas du *self-help*, l'application du droit international était strictement assujettie à la volonté politique des États suffisamment puissants pour que leur intervention permette de redresser (ce qu'ils considéraient comme étant) les violations du droit international, la situation n'a changé avec l'arrivée du Conseil de sécurité que dans la mesure où le veto de n'importe quel membre permanent de ce dernier est suffisant pour geler le processus. Autrement dit, on a, d'une certaine manière, « diplomatisé » le processus, mais en aucun cas on ne l'a soustrait aux pures relations de pouvoir entre les États. En d'autres termes, au moment de la mise en œuvre des règles et de l'application des sanctions, le droit international est une fois encore mis au service des groupes dominants des États dominants. En résumé, on s'en rend compte, au niveau de cette première strate qui est la plus fondamentale d'un point de vue structurel, les subalternes n'ont pas grand-chose à attendre du droit international.

⁴¹ Monique Chemillier-Gendreau, « L'équité » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Droit international : bilan et perspective*, vol. 1, Paris, A. Pedone, UNESCO, 1991, 283 à la p. 293.

⁴² Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd., Londres, Routledge aux pp. 3-4.

⁴³ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can 1945 n° 7, c. VII.

II. Les règles

Nous venons de constater que la forme juridique a comme effet que les règles sont la représentation plus ou moins parfaite des rapports de force entre, puis à l'intérieur même des États. De ce fait, le droit international peut facilement devenir un instrument possédant un potentiel immense pour la reproduction et la pérennisation des relations de pouvoir existant entre les différentes catégories de rapports subalternes / dominants. Mais avant même d'avoir un impact sur la façon dont les règles sont rédigées, les différents rapports de domination influencent de manière directe les sujets sur lesquels des règles seront mises en place et sur lesquelles des ressources institutionnelles seront investies. C'est ainsi l'hégémonie et le pouvoir que possède le capital à être représenté – contrairement aux subalternes – dans les différentes instances décisionnelles nationales et internationales qui expliquent la profusion et la précision des règles favorables à l'expansion mondiale du capitalisme (notamment grâce aux accords de l'Organisation mondiale du commerce et du droit international de l'investissement), situation qui contraste fortement avec la faiblesse quantitative de règles cherchant, par exemple, à imposer des contraintes aux investisseurs internationaux eu égard aux violations des droits humains des subalternes dont ils sont souvent à l'origine. Mais même lorsque de telles règles existent, les ressources institutionnelles nécessaires à leur mise en œuvre effective sont souvent manquantes. Comme l'a fait remarquer Martti Koskenniemi :

Il est ainsi difficile de justifier l'attention prêtée et les ressources allouées à la « lutte contre le terrorisme », suite aux attaques de New York et Washington qui ont causé la mort de près de 3000 morts, tandis que la mort annuelle de six millions d'enfants de moins de cinq ans pour cause de malnutrition pourrait être enrayée par les ressources économiques et par les techniques existantes. La détermination d'une « crise » dans le monde, laquelle monopolisera à la fois les énergies politiques et les ressources du système international, se fait par un processus entièrement dominé par l'Occident.⁴⁴

Constat qui lui fait dire que :

[e]n ce moment, une grande partie de la vision instrumentaliste du droit international revient à inclure, c'est-à-dire à adopter, le point de vue d'un dirigeant qui se trouve dans un État relativement prospère ou à la tête d'un État leader et qui cherche à être conseillé sur la meilleure façon de conjuguer ses objectifs avec le droit international. Évidemment, le droit international existe « pour » de tels dirigeants.⁴⁵

Si l'on s'attarde à des questions d'actualité, on peut, par exemple, s'interroger sur l'insistance de l'ONU et de la « communauté internationale »⁴⁶ à organiser des élections dans des pays comme Haïti, la Côte d'Ivoire et le Congo-

⁴⁴ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007 à la p. 331 [Koskenniemi, *La politique du droit international*].

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 332.

⁴⁶ Permettons-nous en passant de citer Perry Anderson pour qui « [i]l n'existe pas de communauté internationale. Le terme est un euphémisme pour désigner l'hégémonie américaine » : Perry Anderson, « La casuistique de la guerre et de la paix » (2003) 27/28 *Mouvements* 134 à la p. 139.

Kinshasa (pour ne prendre que des exemples contemporains à l'écriture de cet article) alors que l'on sait d'avance que les perdants vont systématiquement clamer qu'il y aura eu des irrégularités dans le processus électoral et vont chercher à embrigader leurs partisans, au risque de faire sombrer le pays dans le chaos, voire la guerre civile. Alors qu'une partie importante de la critique féministe concerne la distinction qu'a fait historiquement le libéralisme entre la sphère publique et politique, fortement masculine, et la sphère privée, domestique (et, dans une certaine mesure, économique), davantage féminine, il y a lieu de se questionner sur cette détermination à vouloir agir sur la sphère publique en validant des élections⁴⁷ qui auront comme effet de légitimer la domination politique d'une petite clique de mecs provenant de l'élite militaire, économique, voire culturelle⁴⁸ qui rempliront leurs comptes en Suisse et s'achèteront des villas en France⁴⁹ avec l'argent public alors que l'on se doute fortement que le fait que ce soit le Bonnet blanc plutôt que le Blanc bonnet qui soit élu ne changera strictement rien dans la vie des femmes paysannes ou vivant dans les bidonvilles ou de n'importe quel autre subalterne. Bref, lorsque l'on regarde la situation dans des pays comme Haïti ou la Côte d'Ivoire (qui ne sont pas des exceptions mais les derniers exemples de ce genre de situation), un certain nombre de questions se posent. Combien de morts la communauté internationale, agissant par le biais de différentes institutions politico-juridiques, est-elle prête à tolérer pour que la clique de mecs qui aura l'opportunité d'utiliser l'argent public pour s'acheter une demi-dizaine de villas en France soit légitimée par des élections dites « régulières »? Combien de viols ayant eu lieu dans le cadre des chaos et de quasi-guerre civile suivant ces élections et combien d'enfants issus de ces viols les subalternes doivent-ils supporter pour permettre à la « communauté internationale » de donner l'impression qu'elle promeut la « démocratie »? Pourquoi la « communauté internationale » fait-elle preuve d'autant d'acharnement lorsque vient le temps d'agir et de légitimer la sphère publique, et si peu pour régler les problèmes de la sphère privée⁵⁰? Autant d'acharnement pour s'assurer que chacun aura le droit de voter, et si

⁴⁷ Pour un exemple où la « communauté internationale » a validé des élections (celles en RDC) alors que plusieurs indices ont été loin d'être partiels : Luigi Elongui, « La grande imposture », *Afrique-Asie* (janvier 2012) 22.

⁴⁸ Greg Grandin, « Martelly : Haïti's Second Great Disaster », *Al Jazeera* (4 mai 2011), en ligne : [AlJazeera.net <english.aljazeera.net>](http://AlJazeera.net/english.aljazeera.net).

⁴⁹ Philippe Bernard, « Les 'biens mal acquis' africains gênent la France », *Le Monde* (9 juin 2011), en ligne : [Le Monde.fr <www.lemonde.fr>](http://www.lemonde.fr).

⁵⁰ Dans un récent article, Jacqui True fait remarquer ceci : « *A feminist political economy approach implies that stability without justice is not possible. The prioritisation of national security and electoral machinery by governments over the social and economic security of citizens in many post-conflict situations is usually destabilising in the long run. Insofar as women are unable to gain access to physical security, social services, justice and economic opportunities, their particular vulnerability to violence continues in peace time* » (« Une approche féministe d'économie politique implique de réaliser que la stabilité sans la justice est impossible. La priorisation, par les gouvernements, de la sécurité nationale et de la machine électorale sur la sécurité sociale et économique des citoyens dans plusieurs situations post-conflits a généralement un effet déstabilisateur sur le long terme. Tant que les femmes sont incapables d'avoir accès à la sécurité physique, à des services sociaux, à la justice et à certaines opportunités économiques, leur vulnérabilité particulière face à la violence va se perpétuer, même en temps de paix » [notre traduction]) : Jacqui True, « The Political Economy of Violence Agains Women : A Feminist International Relations Perspective » (2010) 32 *Aust. Fem. L. J.* 39 à la p. 45.

peu pour s'assurer que le processus global de ces élections soit démocratique, c'est-à-dire que chacune des forces politiques ait accès aux ressources financières et médiatiques pour expliquer son programme; voire pour assurer l'éducation politique des subalternes électeurs?

Une fois fait le choix des sujets sur lesquels des règles seront rédigées, la façon dont on rédigera celles-ci et, surtout, dont on en institutionnalisera la mise en œuvre subira l'impact des rapports de domination et des rapports de force entre les dominants et les subalternes, même lorsque celles-ci sont apparemment créées afin de défendre les intérêts de subalternes. Ainsi, une critique faite par les différentes analyses tiers-mondistes concerne le caractère essentiellement occidental des droits humains. La pertinence de cette critique vient évidemment du fait que même lorsque le droit international s'intéresse à la question des subalternes et cherche, au moins dans la rhétorique, à défendre ceux-ci et à promouvoir leur émancipation, la forme même des outils juridiques imaginés subit l'influence des rapports de force existants. L'influence de l'hégémonie occidentale et libérale dans le processus de formation normative est visible dans le contenu des droits humains tout autant que dans la structure des institutions ayant comme fonction de les mettre en œuvre. Comme le fait remarquer Makau Mutua, « [a]lthough the concept of human right is not unique to european societies, [...] the sepcific philosophy on which the current 'universal' and 'official' human right corpus is base is essentially European » (« [m]ême si le concept des droits humains n'est pas unique aux sociétés européennes, [...] la philosophie particulière sur laquelle le corpus 'universel' et 'officiel' des droits humains est fondé est essentiellement européen » [notre traduction])⁵¹. Si cette critique de l'universalisation des droits humains concerne le contenu même des droits (qu'on pense à l'accent mis sur les droits civils et politiques – et notamment sur le droit de propriété – par rapport aux droits économiques, sociaux et culturels), la fonction même des droits humains ainsi que la structure des institutions chargées de les mettre en œuvre est également le reflet des rapports de force existant dans la société internationale⁵². Comme le fait remarquer Bonny Ibhawoh⁵³, le fait que le sujet à émanciper soit l'individu plutôt que la famille ou la communauté (comme dans la conception traditionnelle africaine); que l'on insiste sur les droits, justement, mais sans nécessairement établir d'obligations corrélatives directes; et que les droits soient mis en œuvre par un processus judiciaire plutôt que par la médiation, la repentance ou l'éducation, sont trois exemples démontrant que c'est la conception occidentale (plutôt qu'africaine, par exemple) qui prédomine dans le système international des droits humains. À cette critique, on peut rajouter le fait que malgré le fait que les États aient l'obligation de les respecter, les protéger et les mettre en œuvre, les droits humains ont comme fonction principale de protéger les individus contre l'État et très peu contre les exactions commises par les acteurs privés (et notamment les acteurs économiques) ce qui les rend d'une efficacité restreinte pour les subalternes dans leur

⁵¹ Makau Mutua, « The Ideology of Human Rights » (1996) 36 Va J. Int'l L. 589 aux pp. 592-593.

⁵² Sur l'idée selon laquelle les droits humains sont conformes aux intérêts des classes dominantes occidentales (bien qu'ils puissent aussi être utilisés par d'autres groupes), voir : Brad R. Roth, « Retrieving Marx for the Human Rights Project » (2004) 17 Leiden J. Int'l L. 31 aux pp. 56-57.

⁵³ Bonny Ibhawoh, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Right and Liberties in African History*, Albany, Suny Press, 2007 aux pp. 23-24.

relation avec le capital et ceux qui les exploitent dans la sphère privée et économique. Une telle conception des droits humains est évidemment d'inspiration libérale dans la mesure où ils sont vus comme étant une condition essentielle à la protection de la liberté de l'individu contre l'arbitraire de l'État lors du passage de l'état de nature à la société politique. Elle a aussi comme caractéristique de faire prédominer les intérêts de l'individu par rapport à ceux de la société, ce qui est le reflet d'une conception particulière de la relation entre eux (l'individu et la société) qui est loin d'être la seule qu'ait connue l'humanité, que ce soit dans une perspective temporelle ou géographique.

En dernier lieu, il faut remarquer que le fait que les droits humains soient devenus la forme d'émancipation, de contestation et de résistance politiques la plus légitime à travers le monde⁵⁴ a comme effet d'enlever de la légitimité aux autres formes de résistance⁵⁵, principalement lorsque celles-ci prennent une forme violente. Il ne s'agit évidemment pas de faire ici l'apologie de la violence mais de soulever l'ironie du fait qu'alors que, par exemple, le colonialisme qui, tout en étant légitimé par le droit international de différentes façons⁵⁶, s'est imposé au tiers-monde par la violence, ceux qui aujourd'hui s'opposent par la violence à différentes pratiques qui se trouvent historiquement en pleine continuité avec lui se trouvent complètement discrédités à cause dudit droit international⁵⁷. Qu'alors que le capitalisme et la propriété privée que protège le droit international de différentes manières impliquent de séparer, par la violence lorsque le consentement spontané et/ou aliéné est absent, les subalternes des fruits de leur production et des biens (appartenant aux nantis et aux dominants) nécessaires à leur survie, la seule résistance qui se trouve légitimée par le droit international possède une forme non-violente dont le fondement (au moins dans une perspective lockéenne des « droits de l'homme ») est justement le respect du droit de propriété. Si l'on rajoute dans l'adéquation le fait que lorsque cette résistance violente prend une forme plus ou moins organisée, celle-ci se fait rapidement classer dans la catégorie juridique de « terroriste », on doit en venir à la conclusion que le droit international permet, légitime, voire protège les formes de violence qui sont profitables aux dominants, mais interdit et discrédite celles dont pourraient se servir

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 1.

⁵⁵ David Kennedy, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? » (2002) 15 Harv. Hum. Rts. J. 101 aux pp. 108-109. Voir aussi Parta Chatterjee, *Politique des gouvernés : Réflexions sur la politique populaire dans la majeure partie du monde*, Paris, Amsterdam, 2009 aux pp. 67-94 (qui distingue les droits juridiques (*rights*) des « droits de jouissance, titres à des avantages ou bénéfices » qui ne sont pas de nature juridique (*entitlement*)).

⁵⁶ Pensons notamment au système des mandats de la Société des nations ainsi qu'au régime de tutelle des Nations Unies.

⁵⁷ Comment résister à cet endroit à l'envie de citer ce passage des *Damnés de la terre* de Franz Fanon. Après avoir souligné toute la violence de la colonisation (dans un chapitre qui aurait pu être écrit en 2012 par un Gazaoui) et souligné que les colons ont toujours pensé « que le colonisé ne comprend que la violence », il explique : « L'existence de la lutte armée indique que le peuple décide de ne faire confiance qu'aux moyens violents. Lui à qui on n'a jamais cessé de dire qu'il ne comprenait que le langage de la force, décide de s'exprimer par la force. En fait, depuis toujours, le colon lui a signifié le chemin qui devait être le sien, s'il voulait se libérer. L'argument que choisit le colonisé lui a été indiqué par le colon et, par un ironique retour des choses, c'est le colonisé qui, maintenant, affirme que le colonialisme ne comprend que la force » : Franz Fanon, *Les damnés de la terre*, Paris, La Découverte, 2002 [1961] à la p. 81.

les subalternes pour résister à la violence dont ils sont victimes. Et pour donner l'impression que le droit international est de nature progressiste et offre aux subalternes des outils pour la résistance et l'émancipation, on met une énergie discursive et parfois effective considérable pour faire la promotion des droits humains. En d'autres termes, si le droit international permet souvent aux puissants de légitimer leurs actes violents d'agression par le droit international, ceux qui se défendent et qui résistent à ces gestes en répondant à la violence par la violence se trouvent qualifiés de terroristes ou de « combattants ennemis » et perdent automatiquement toute leur place comme interlocuteurs légitimes dans la sphère internationale.

Cette critique est importante mais est loin d'épuiser le sujet. L'autre caractéristique majeure des droits humains comme principal instrument juridique d'émancipation concerne le fait que ceux-ci *n'attaquent généralement pas les structures de domination et d'exploitation, se contentant habituellement d'en adoucir la forme*⁵⁸. Ainsi, le droit international contient évidemment des normes interdisant le travail forcé et l'esclavage⁵⁹, mais l'analyse au fondement de cette interdiction est qu'en l'absence de contraintes physiques, le travailleur est libre de conclure un contrat de travail avec quiconque accepte de l'employer. En d'autres termes, que la forme appropriée pour le contrat de travail est celle du capitalisme libéral où le travailleur « libre » s'entend avec le propriétaire des moyens de production – également libre – afin de lui offrir ses services en échange d'un salaire. Il s'agit là d'une conception de la « liberté » qui a depuis longtemps été critiquée par Marx qui a tôt fait de remarquer que, dépourvu de toute autre propriété que sa force de travail, l'employé se trouve dans une situation où il est *obligé* d'entrer en relation contractuelle avec un employeur⁶⁰. Dans la même veine, si des règles existent pour garantir que les salaires octroyés soient suffisants pour combler les besoins fondamentaux des travailleurs⁶¹, il n'existe aucun instrument juridique qui permettrait de s'attaquer aux fondements même de l'exploitation des travailleurs, à savoir le mode de production capitaliste qui permet au capital d'engranger des profits grâce au travail productif d'autrui. Les droits humains, dit d'une autre façon, *ne luttent pas en faveur de l'élimination totale de l'exploitation, mais en rendent certaines formes seulement (l'esclavage) illégales, et d'autres (le capitalisme) légales et légitimes en se contentant d'en adoucir la forme.*

En plus des sujets sur lesquels des règles existent ainsi que la façon dont celles-ci sont rédigées, c'est aussi les recours possibles pour les rendre efficaces qui sont influencés par les différents rapports de force et de domination. Nous avons conclu la partie sur la forme juridique en disant que l'une des particularités du droit

⁵⁸ Voir notamment Costas Douzinas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism* Abingdon, New York, Routledge-Cavendish, 2007 aux pp. 101-110.

⁵⁹ *Convention concernant le travail forcé ou obligatoire*, 28 juin 1930, 39 R.T.N.U. 55 (entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932); *Convention sur l'abolition du travail forcé ou obligatoire*, 25 juin 1957, 320 R.T.N.U. 291 (entrée en vigueur le 17 janvier 1959).

⁶⁰ Karl Marx, *Le capital*, t. 1, Paris, Gallimard, 1968 aux pp. 262-274. Voir aussi Karl Marx, *La question juive*, Paris, Union générale d'éditions, 1968 aux pp. 37-38.

⁶¹ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. no. 13, Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 25.

international était que celui-ci ne possédait pas d'organe centralisé d'interprétation et d'application de ces règles et que ces fonctions étaient remplies par les membres eux-mêmes. Concrètement, d'un point de vue du droit positif, cette caractéristique fait en sorte que ce sera sur les thèmes qui représentent une défense des groupes sociaux dominants des États les plus puissants qu'on aura des mécanismes de mise en application efficaces. À titre d'exemple, non seulement le droit international a-t-il, au cours des dernières décennies, développé des règles qui sont extrêmement efficaces pour assurer la promotion du capitalisme et la défense de la propriété privée, mais il a en plus assorti ces règles de mécanismes de mise en application dont l'efficacité n'a pas d'égal dans les autres domaines du droit international. D'une part, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, bien qu'imparfait, permet aux États membres de l'organisation de prendre, contre les autres membres qui violent les règles de l'organisation, des mesures de représailles économiques qui ont souvent comme effet de faire reculer les membres délinquants⁶². Évidemment, ces sanctions ont un impact différent pour les différents États impliqués. Ainsi, si une puissance économique manque à ses obligations à l'endroit d'un État dont l'importance dans le commerce international est minime et que ce dernier reçoit l'autorisation de l'Organe de règlement des différends de l'OMC d'imposer de telles mesures de représailles, l'impact de celles-ci risque d'être minime, ce qui en diminue fortement l'effet dissuasif. À l'inverse, si une puissance économique impose des représailles commerciales à l'endroit d'un État de faible importance sur le plan économique mais dont la plus grande partie des exportations se fait en direction du géant, ces sanctions économiques peuvent très vite s'avérer catastrophiques pour l'État puni⁶³. D'autre part et de la même manière, le droit international protège de plus en plus les intérêts du capital grâce à la ratification d'un grand nombre (plus de 2500 dans le monde) de traités de protection des investissements. Ces traités, en plus de contenir des règles protégeant les investisseurs étrangers contre les expropriations et les nationalisations (voire contre les mesures *équivalentes* à des expropriations), contre les mesures gouvernementales violant les standards de traitement juste et équitable, et contre toute mesure discriminatoire à leur égard, contiennent également des dispositions permettant aux investisseurs de porter leurs différends avec ledit État devant un tribunal arbitral international s'ils considèrent que leurs droits découlant des traités sont violés. À l'inverse, si différents instruments – tels que plusieurs traités de l'Organisation internationale du travail – contiennent des dispositions qui établissent des droits pour les travailleurs (et même si leur effet n'est que d'*adoucir* l'exploitation capitaliste), aucun mécanisme de mise en application de ces droits qui s'avèrerait aussi efficace que ceux qui ont comme objet la protection du capital n'existe. En fait, même les mécanismes de mise en application des traités de protection des droits humains sont loin, à certaines exceptions près – comme le système européen – de contenir des mécanismes d'une telle efficacité. En d'autres termes, si les États sont prêts à s'engager les uns envers les autres à protéger les

⁶² *Memorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

⁶³ Bernard M. Hoekman et Michel Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System : The WTO and Beyond*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009 aux pp. 114-115.

intérêts du capital et de leurs groupes dominants, ils sont beaucoup moins enclins à faire la même chose au regard des intérêts des différents groupes de subalternes.

Une fois comprise l'importance des rapports de force découlant directement des situations de domination dans la rédaction des règles et de leurs mécanismes d'application, et avant même de discuter de l'impact desdites règles sur le comportement des États, il y a lieu d'introduire une dimension essentielle du droit qui concerne son indétermination⁶⁴ qui est principalement causée par trois facteurs, à savoir l'imprécision textuelle des règles; le fait que le résultat de leur application n'est pas toujours conforme avec la fonction imaginée pour la règle au moment de l'adoption de celle-ci; et finalement par la nature binaire et dialectique de la structure du droit et des arguments juridiques.

La première de ces dimensions réside dans le fait que des termes qu'on rencontre régulièrement dans les textes de loi et dans les traités tels que « légitime », « équité », « nécessité », etc., n'ont *par essence* aucun contenu (ou un contenu de précision très relative) et ne font que renvoyer à une certaine idée *subjective et idéologique* que l'interprète se fait de ce que sont la légitimité, l'équité ou la nécessité. Si ces exemples sont sûrement exceptionnels du fait de leur manque total de signification lorsqu'ils ne sont pas compris dans un certain contexte idéologique, la plupart des mots utilisés pour décrire le droit sont également indéterminés textuellement, même si leur indétermination est beaucoup plus relative. Dans ce premier type d'indétermination, on peut aussi rajouter des cas où la règle est imprécise à propos de la façon même d'appliquer l'obligation juridique. Par exemple, une règle fréquente des traités bilatéraux d'investissement prévoit que les États doivent en tout temps offrir un « traitement juste et équitable » aux investisseurs étrangers. Or, non seulement les concepts de justice et d'équité sont-ils totalement vides de sens sortis d'un contexte idéologique particulier, mais la façon dont ces concepts doivent être appliqués n'est pas non plus expliquée dans ces traités. Concrètement, l'État doit-il agir de façon juste et équitable au regard du seul investisseur (en d'autres termes, l'obligation implique-t-elle une relation *bilatérale* entre l'État et l'investisseur) ou doit-on plutôt juger son comportement au regard de ce qui était juste et équitable, compte tenu de ses obligations vis-à-vis de la population (donc une relation *multilatérale* impliquant une sorte d'arbitrage entre les intérêts de l'État, de l'investisseur et de la population⁶⁵)?

La seconde dimension se réfère plutôt à ces situations où une règle est bien claire (par exemple, pour reprendre l'exemple bien connu de Hart, les véhicules sont interdits dans le parc⁶⁶) et devrait *a priori* s'appliquer à un cas particulier, même s'il semble évident que le législateur ne voulait pas inclure ledit cas dans les situations couvertes par la règle (par exemple, une ambulance venant chercher quelqu'un

⁶⁴ Nous entendons par « indétermination » le fait que le droit ne soit pas en mesure de donner une réponse unique à un problème juridique donné.

⁶⁵ Sur cette idée, voir : Rémi Bachand, et Chantal Bouvier, « Critique du formalisme et préjugés disciplinaires : La conception de l'État dans les sentences argentines » (2011) 20 *L'observateur des Nations Unies* 159.

⁶⁶ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1986 à la p. 123.

victime d'une crise cardiaque dans le parc, un tank qu'on voudrait installer dans un parc afin d'honorer la mémoire de soldats morts au combat, etc.).

La troisième dimension de l'indétermination, qui est à la fois beaucoup plus fréquente et plus lourde de conséquences, est au cœur des analyses développées par David Kennedy⁶⁷ et Martti Koskenniemi⁶⁸ pour qui, à chaque règle, principe ou argument évoqué par une partie peut toujours être opposé une contre-règle, un contre-principe ou un contre-argument par la partie opposée. Ainsi, à chaque fois qu'une partie évoque *pacta sunt servanda* pour montrer qu'une autre partie a violé une obligation à laquelle elle s'était volontairement engagée, l'autre partie peut techniquement évoquer *rebus sic stantibus* ou une autre défense fondée sur l'état de nécessité, sur l'état de détresse, sur la force majeure, etc., afin de se désengager de cette obligation. Il peut également évoquer une obligation venant d'un autre régime de droit international (une obligation du droit des droits humains ou du droit de l'environnement pour contrecarrer une obligation de droit économique), voire une autre obligation du même régime (le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes pour répondre à l'obligation de garantir le droit à la pratique religieuse). En d'autres termes, cette thèse soutient que le droit offre presque toujours aux différents protagonistes des outils pour défendre leurs intérêts ou leur position politique.

Cette thèse de l'indétermination structurelle et radicale a fait l'objet de critique importante découlant du constat selon lequel dans bien des situations, des consensus se dégagent sur différentes questions juridiques et qu'il est parfois, voire souvent possible de prédire le résultat de différents éléments d'une décision juridictionnelle. Pour répondre à cette objection, les défenseurs de cette thèse ont cherché à remettre l'utilisation du droit dans le contexte politique et idéologique dans lequel se fait son interprétation et dans lequel se prennent ces décisions juridictionnelles. Concrètement, argumentent-ils, ce qui donne un contenu à des concepts aussi insignifiants que « légitime » (comme dans « légitime défense ») ou « équité » (comme dans le « traitement juste et équitable » qu'un État doit accorder aux investisseurs étrangers), ou qui va établir une position privilégiée entre deux pôles pouvant théoriquement être adoptés dans un problème juridique quelconque (par exemple, une intervention militaire sur le territoire de l'État voisin est-elle illégale en vertu de la règle de l'interdiction du recours à la force; ou sera-t-elle interprétée comme étant l'exercice du droit à la légitime défense), ce sont des préjugés disciplinaires – Kennedy et Koskenniemi utilisent aussi parfois les termes de « préjugés structurels »⁶⁹ ou de « tendances structurelles ou

⁶⁷ David Kennedy, « Theses about International Law Discourse », (1980) 23 *German Yearbook of International Law* 353; David Kennedy, « The Sources of International Law », (1987) 2 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1.

⁶⁸ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [Koskenniemi, *The Structure of International Legal Argument*].

⁶⁹ *Ibid.*, aux pp. 606-607. Cet article emploiera le concept de « préjugé disciplinaire » en préférence aux autres termes parce qu'il renvoie à la fois à l'idée de « préjugés à l'intérieur d'une discipline » et à l'idée de « préjugés qui s'imposent de manière disciplinaire à l'intérieur d'un champ », un peu à la manière des régimes disciplinaires tels qu'expliqués par Michel Foucault. Ces préjugés disciplinaires impliquent donc une sorte de bio-politique des champs académiques.

institutionnelles » – existant à l'intérieur de la conscience juridique⁷⁰ de ceux qui seront légitimés à donner des interprétations du droit (appelons cette communauté le « collègue invisible des internationalistes »⁷¹). Comme l'explique Koskeniemi lui-même :

L'indétermination de la structure argumentative esquissée plus haut implique que ces positions privilégiées ne s'expliquent qu'en raison des *tendances particulières et des préférences substantielles non juridiques des institutions en question* (sans pour autant dire qu'il y a mauvaise foi ou manipulation). Si les arguments juridiques sont indéterminés, il faut trouver quelque structure à l'intérieur de laquelle la décision (l'interprétation, la doctrine, etc.) semble cohérente et bien justifiée. Cette cohérence est une structure *de facto* que l'on peut appeler la *tendance structurelle ou institutionnelle*, où réside la politique du droit international, une tendance ou un préjugé qui résulte – et peut seulement résulter – de facteurs au-delà du droit, mais sans lequel l'objectivité juridique (au sens des décisions des juristes) serait impossible [nos italiques].⁷²

Ces préjugés disciplinaires, sans donner de définitions totalement précises de ces concepts et sans faire disparaître toute l'ambiguïté de leur contenu, permettent d'affirmer ou de nier sans l'ombre d'un doute certaines relations entre le signifié (la situation qu'on veut décrire) et le signifiant (le concept), ainsi qu'entre certains concepts entre eux. Bref, bien que de grandes ambiguïtés persistent sur la signification exacte de la « légitime défense », ces préjugés disciplinaires vont, à l'époque où l'on se parle, possiblement permettre à n'importe quel juriste minimalement compétent d'affirmer que ce principe ne peut être utilisé pour justifier une attaque nucléaire contre un pays voisin sous prétexte de l'interception sur son territoire de 5 soldats de l'État voisin qui se seraient perdus dans une forêt commune à un demi-kilomètre de la frontière.

À partir du moment où l'on accepte le fait que la signification des règles ainsi que l'articulation qui existe entre elles sont fondamentalement déterminées par des facteurs idéologiques et que l'on cherche à comprendre le rôle du droit international dans l'articulation des rapports sociaux entre dominants et subalternes, il devient nécessaire de comprendre ce que d'aucuns pourraient appeler l'économie politique de l'idéologie. Dès le moment où l'on croit, comme Marx et Engels, que « [l]a production des idées, des représentations et de la conscience est d'abord directement et intimement mêlée à l'activité matérielle et au commerce matériel des

⁷⁰ « *The notion behind the concept of legal consciousness is that people can have in common something more influential than a checklist of facts, techniques and opinions. They can share premises about salient aspects of the legal order that are so basic that actors rarely if ever bring them consciously to mind* » (La notion derrière le concept de conscience juridique est que les gens peuvent avoir en commun des choses plus importantes qu'un seul ensemble de faits, de techniques et d'opinions. Ils peuvent partager des prémisses sur les aspects fondamentaux de l'ordre juridique qui sont tellement basiques que les acteurs n'en prennent conscience que très rarement » [notre traduction]) : Duncan Kennedy, « *Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940* » (1980) 2 *Research in Law and Sociology* 3 à la p. 6.

⁷¹ Oscar Schachter, « *The Invisible College of International Lawyers* » (1977) 72 *Nw. U. L. Rev.* 217.

⁷² Koskeniemi, *La politique du droit international*, *supra* note 44 aux pp. 95-96.

hommes, [et qu'] elle est le langage de la vie réelle »⁷³, ce sera sur les conditions matérielles de production de la sphère idéologique dans laquelle se construiront ces consensus idéologiques que nous devons porter notre regard. Puisque ceux qui maîtrisent bien le langage du droit international et des affaires internationales auront inévitablement une grande influence pour la détermination des bonnes interprétations juridiques, il est important de comprendre l'articulation des rapports sociaux à l'intérieur du collège invisible, et notamment à l'intérieur de l'académie universitaire en tant que lieu d'enseignement du droit et de recherche juridique. Mais comme le collège invisible n'évolue pas dans un vase clos mais est aussi influencé par la formation idéologique de la société mondiale, il est important de dire d'abord quelques mots sur celle-ci. Pour ce faire, un recours au penseur marxiste italien Antonio Gramsci peut être utile.

Pour Gramsci, il faut d'abord comprendre par le concept d'idéologie l'idée « d'une conception du monde qui se manifeste implicitement dans l'art, dans le droit, dans l'activité économique, dans toutes les manifestations de la vie individuelle et collective »⁷⁴. Cet article interprétera le concept de « conception du monde » par une façon de concevoir le monde tel qu'il a été⁷⁵, tel qu'il est⁷⁶, tel qu'il pourrait être⁷⁷ et tel qu'il devrait être⁷⁸. Chez l'individu, cette compréhension de la société et de sa place en tant qu'individu dans celle-ci se construit « à travers une lutte 'd'hégémonies' politiques, de directions opposées, d'abord dans le domaine de l'éthique, ensuite de la politique, pour atteindre à une élaboration supérieure de sa

⁷³ Karl Marx et Friedrich Engels, *L'idéologie allemande*, Paris, Éditions Sociales, 1977 [1846] à la p. 50 [Marx et Engels].

⁷⁴ François Ricci avec la collaboration de Jean Bramant, dir., *Gramsci dans le texte*, Paris, Éditions sociales, 1977 à la p. 138 [Ricci, dir.].

⁷⁵ Aspect qui renvoie évidemment à des dimensions historiques. À cet égard, mentionnons la lutte intellectuelle menée par le collectif indien des *subaltern studies* qui a cherché à montrer comment le fait que l'histoire de l'Inde (l'analyse peut probablement être propagée à l'ensemble du tiers-monde) ait été écrite à partir d'une épistémologie historiographique occidentale et à partir de faits trouvés dans la « bibliothèque coloniale » a un impact sur la façon de concevoir le présent et, ultimement, de conceptualiser les luttes sociales. Voir notamment Dipesh Chakrabarty, *Provincialiser l'Europe : La pensée postcoloniale et la différence historique*, Paris, Éditions Amsterdam, 2009; Ranajit Guha, « On Some Aspects of the Historiography of Colonial India » dans Ramajit Guha, dir., *Subaltern Studies – Writings on South Asian History and Society*, Delhi, Oxford University Press, 1982, 37. Voir aussi, sur la possibilité de faire le même raisonnement en Afrique : Mamadou Diouf, *L'historiographie indienne en débat : Colonialisme, nationalisme et sociétés postcoloniales*, Amsterdam, Karthala Sefhis, 1999.

⁷⁶ Cette dimension est importante et touche à de multiples aspects de la vie sociale. Parmi les plus importantes, on peut noter l'identification du « Nous », c'est-à-dire de la communauté, imaginée ou pas, à laquelle on s'associe (« nation », classe sociale, minorité particulière, communauté religieuse, etc.), compréhension de l'Autre, identification des formes adéquates d'organiser les relations politiques, de diviser les ressources, d'organiser la production, etc.

⁷⁷ On pense notamment aux différents artifices idéologiques tels que la naturalisation (qui fait passer des relations sociales contingentes comme étant naturelles et, par conséquent, immuables) et la réification (qui fait passer encore une fois des relations sociales complexes et muables comme étant une chose tangible et immuable) qui ont comme effet d'exclure du champ de l'imaginaire et de l'imaginable des possibilités bien réelles d'émancipation des subalternes. Sur ces propos, voir notamment Terry Eagleton, *Ideology: An Introduction*, Londres, Verso, 1991; Georg Lukács, *History and Class Consciousness*, Cambridge, MIT Press, 1969.

⁷⁸ Qui renvoie bien évidemment à toute la dimension normative et programmatique de l'idéologie.

propre conscience du réel »⁷⁹. Pour Gramsci, la vision du monde qui tend à se généraliser est donc le résultat de luttes politiques et idéologiques entre des conceptions différentes qui tirent racine, on le verra, dans des intérêts matériels divergents.

Cette lutte entre hégémonies opposées implique l'intervention des intellectuels qui donnent une certaine cohérence à ces représentations et qui en font la promotion dans la société. Gramsci commence par se défaire de la vision idéaliste conventionnelle qui perçoit les intellectuels comme étant « au-dessus de la mêlée » et autonomes en rappelant que ceux-ci sont, au contraire, directement liés aux classes sociales et aux luttes de pouvoir dans la société. Cette réflexion lui permet d'établir une distinction entre les intellectuels traditionnels, qui se perçoivent comme étant autonomes par rapport aux luttes sociales⁸⁰, et les intellectuels organiques qui, de par leurs liens avec certaines organisations de classe, sont partie prenante des conflits sociaux. Pour lui,

[c]haque groupe social, naissant sur le terrain originel d'une fonction essentielle dans le monde de la production économique⁸¹, crée en même temps que lui, organiquement, une ou plusieurs couches d'intellectuels qui lui donnent son homogénéité et la conscience de sa propre fonction, non seulement dans le domaine économique, mais aussi politique et social : le chef d'entreprise capitaliste crée avec lui le technicien de l'industrie, le savant de l'économie politique, l'organisateur d'une nouvelle culture, d'un nouveau droit, etc.⁸²

Le développement des consensus fait donc l'objet de luttes entre les intellectuels organiques de chacun des groupes de la société qui cherchent à imposer leur vision. Mais que ce soit dans le contexte général de la société mondiale, des institutions et organisations internationales ou des facultés de droit, cette lutte se fait malheureusement rarement à armes égales. Ce qui ne veut toutefois pas dire qu'il n'y a aucune place pour la résistance et que l'indétermination comme caractéristique du droit international ne permet pas aux subalternes d'en influencer la pratique à des fins émancipatrices.

En ce qui concerne le contexte idéologique de la société mondiale, pour commencer par celle-ci, il est incontestable que le fait d'avoir accès à des moyens de

⁷⁹ Ricci, dir., *supra* note 74 à la p. 147.

⁸⁰ On pourra faire le lien entre ces intellectuels et les intellectuels « professionnels » de Said qui refusent tout engagement politique explicite et se contentent de travailler à l'intérieur des paradigmes dominant leur champ. Pour lui : « [l]a menace qui pèse le plus sur l'intellectuel de nos jours, en Occident comme dans le reste du monde, ce n'est ni l'université, ni le développement des banlieues, ni l'esprit affreusement commercial du journalisme et de l'édition, mais plutôt une attitude à part entière que j'appellerai le professionnalisme. Par professionnalisme, j'entends le fait de penser le travail intellectuel en termes de gagne-pain, un travail effectué de telle heure à telle heure avec un œil sur la montre et un œil attentif à faire 'comme il faut' selon les règles d'un comportement *correct* – sans remous ni scandale, dans le cadre des limites admises, en se rendant 'vendable' et par-dessus tout présentable, apolitique, inexposé et 'objectif' » : Said, *supra* note 1 à la p. 89.

⁸¹ Par cette longue expression, Gramsci veut tout simplement parler des classes sociales, terme qu'il évite pour déjouer la censure.

⁸² Ricci, dir., *supra* note 74 à la p. 597.

communication à grand tirage, de publier dans des maisons d'édition prestigieuses, d'être capable de se faire comprendre dans la *lingua franca* d'une époque (aujourd'hui l'anglais) et de posséder un capital symbolique suffisant (capital symbolique venant par exemple du fait d'avoir été formé dans les universités occidentales réputées⁸³) sont des avantages incommensurables pour faire valoir son point de vue idéologique pour influencer les préjugés disciplinaires. Il est par exemple indéniable que le propriétaire de Cable News Network (CNN) a, à l'égard de la transformation de la formation idéologique mondiale, un pouvoir bien supérieur à celui d'un leader syndical pakistanais de tendance marxiste; que le professeur de Harvard en a aussi bien plus que celui de l'Université de Lahore; que l'intellectuel bourgeois parisien en a plus qu'une organisatrice d'un mouvement féministe autochtone au Nicaragua ou qu'un leader local du Mouvement des sans terres brésilien, ce qui ne présume pourtant pas nécessairement quoi que ce soit sur la puissance et la pertinence des propositions idéologiques des uns et des autres. Paradoxalement, on doit aussi admettre que la pression mise par des groupes d'opposition, les subalternes et leurs intellectuels organiques peut également perturber les consensus que cherchent à mettre en place les dominants. Nous avons, ailleurs dans nos travaux, cherché à montrer comment la contestation antimondialisation puis altermondialiste a possiblement réussi dans certaines circonstances à faire suffisamment de pressions sur les membres de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et des tribunaux arbitraux en matière de droit de l'investissement pour que ceux-ci fassent des interprétations plus progressistes, plus favorables à l'environnement et, dans certaines circonstances, plus favorables aux États (contre les investisseurs étrangers)⁸⁴. Si cette thèse est juste et que la contestation politique a un impact sur l'interprétation d'arbitres et de membres de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC, il est fort à parier qu'elle en a également sur l'ensemble de la communauté juridique qui, et que ces interprétations se fassent ou non par l'intermédiaire d'un organe juridictionnel officiel, interprètent le droit afin de déterminer le sens précis des règles indéterminées ou pour donner priorité à la règle ou à la contre-règle dans le cas d'un conflit entre elles.

Ces dernières explications constituent sûrement la toile de fond permettant d'expliquer le développement de la recherche et de l'enseignement universitaires qui sont également largement influencés par les rapports de force et par leur

⁸³ Évoquant les effets du colonialisme, Hobsbawm fait une remarque intéressante à ce sujet : « L'héritage culturel le plus important laissé par l'impérialisme fut donc une éducation à l'occidentale pour diverses minorités de privilégiés qui eurent accès aux études et, à cette occasion, découvrirent, avec ou sans l'assistance de la conversion au christianisme, la voie royale de la réussite sociale incarnée par le prêtre ou le pasteur, l'instituteur, le fonctionnaire ou l'employé de bureau, quand ils ne devenaient pas, dans certains pays, des soldats ou des policiers au service des nouveaux maîtres, adoptant leurs vêtements ainsi que leur conception particulière du temps, de l'espace et de l'organisation ». Éric John Hobsbawm, *L'Ère des empires 1875-1914*, Paris, Fayard, 1989 à la p. 108. Nous renverrons par ailleurs aux travaux de Dezalay et Garth qui remarquent aussi l'importance du capital symbolique acquis par ceux qui ont étudié aux États-Unis ou en France. À titre d'exemple : Yves Dezalay et Bryant G. Garth, *La mondialisation des guerres de palais : La restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine, entre notables du droit et 'Chicago boys'*, Paris, Seuil, 2002.

⁸⁴ Rémi Bachand, *Les contraintes juridiques et extra-juridiques de l'interprétation juridictionnelle des traités de droit international : l'exemple du droit international économique*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, 2007 [non publiée].

environnement politique et économique immédiat⁸⁵. Rappelons d'abord les paroles de Louis Althusser qui faisait jadis remarquer que « l'École (mais aussi d'autres institutions d'État comme l'Église, ou d'autres appareils d'État comme l'Armée) enseignent des 'savoirs-faire', mais dans des formes qui assurent l'*assujettissement à l'idéologie dominante*, ou la maîtrise de sa 'pratique' »⁸⁶. On peut facilement penser ici à la professionnalisation de l'enseignement du droit⁸⁷ où l'objectif premier est souvent de « former » les fonctionnaires internationaux ou encore plaideurs, arbitres, juges ou membres des organes juridictionnels et qui seront d'une importance essentielle pour dire « ce que le droit nous dit sur telle ou telle question ». C'est d'une certaine manière ce que cherche à faire remarquer Duncan Kennedy qui, et s'exprimant plus spécifiquement sur l'éducation juridique dans les facultés de droit états-uniennes, nous explique comment celle-ci participe de différentes façons à la reproduction des hiérarchies, notamment en mystifiant le raisonnement juridique et en enseignant aux étudiants les rituels à suivre, à « *act just like all the other lawyers in the system* (« agir comme tous les autres avocats du système » [notre traduction])⁸⁸, c'est-à-dire, en d'autres termes, à assimiler l'idéologie juridique dominante (et les préjugés disciplinaires ajouterons-nous) et à respecter et intégrer les hiérarchies existantes. Enfin, de façon un peu semblable, Martti Koskeniemi explique que l'éducation (notamment juridique) professionnelle a comme fonction l'internalisation des préjugés structurels d'une discipline, c'est-à-dire l'« apprentissage » des préférences politiques du système juridique⁸⁹. Bref, étudier le droit – et cette réflexion est d'autant plus vraie lorsque l'enseignement se fait d'un point de vue positiviste, c'est-à-dire en laissant croire qu'il y a « une bonne réponse à chaque problème » et en donnant l'impression que si l'étudiant ne fait pas le même raisonnement que la cour dans telle décision étudiée, « c'est qu'il y a quelque chose qu'il n'a pas tout à fait compris » –, c'est tout autant en apprendre le langage que les préjugés disciplinaires. C'est autant apprendre des règles qu'assimiler l'idéologie qui se trouve derrière ces règles. Et si cette idéologie est empreinte de préjugés favorables aux dominants, c'est apprendre à être biaisé en faveur de ces derniers.

Si l'académie universitaire a une fonction de « propagation » des préjugés, il ne faut pas oublier qu'elle participe aussi amplement à la formation de ceux-ci. À cet égard, il y a lieu de renvoyer le lecteur à l'analyse que fait David Kennedy des luttes

⁸⁵ Stuart Tannock, « Learning to Plunder : Global Education, Global Education and the Global City » (2010) 8 *Policy Futures in Education* 82.

⁸⁶ Louis Althusser, « Idéologie et appareils idéologiques d'État » dans Louis Althusser, *Position*, Paris, Éditions Sociales, 1976, 67 à la p. 73.

⁸⁷ Par professionnalisation de l'enseignement nous cherchons à mettre en opposition deux objectifs contradictoires de l'enseignement du droit : s'assurer que les étudiants de droit soient en mesure de s'intégrer rapidement dans leur milieu de travail professionnel une fois leurs études terminées (objectif auquel renvoie justement la professionnalisation de l'enseignement); et faire des étudiants des intellectuels en mesure de réfléchir de manière critique sur les enjeux de la société.

⁸⁸ Duncan Kennedy, « Legal Education and the Reproduction of Hierarchy » (1982) 32 *J. Legal Educ.* 591 aux pp. 600-608, citation à la p. 607. En français, voir Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, Montréal, Lux, 2010.

⁸⁹ « [S]ometimes internalizing the language of international law may mean also internalizing a structural bias (« Parfois, internaliser le langage du droit international peut aussi signifier internaliser un préjugé structurel » [notre traduction]) : Koskeniemi, *The Structure of International Legal Argument*, *supra* note 68 à la p. 615.

qui ont opposé historiquement les différentes écoles théoriques de droit international aux États-Unis⁹⁰. Si l'on cherche à faire l'économie politique de la recherche universitaire, on doit en premier lieu, comme le fait Kennedy, prendre au sérieux l'impact des subventions qui sont octroyées par des organismes privés et les gouvernements des États nantis aux universités pour faire de la recherche sur des sujets bien précis et dans des perspectives bien délimitées⁹¹. Pour résumer sa pensée :

Si l'administration américaine injecte de l'argent dans les institutions internationales pour développer l'intérêt pour le droit international par les tribunaux locaux, si les professeurs agrégés des principales écoles de droit montrent de l'intérêt envers les tribunaux nationaux, si la Société américaine de droit international subventionne l'étude du droit international par les juges des tribunaux nationaux, ou si les journaux importants tiennent des symposiums sur les relations entre les juridictions nationales de différents pays tout ceci aura un effet sur la possibilité et la plausibilité de ces idées.⁹²

Il ne s'agit pas de dire que ces subventions sont toutes biaisées en faveur des dominants. Au contraire, il est bien connu que certains organismes subventionnaires encouragent clairement des projets qui promeuvent et défendent les intérêts des subalternes. Sauf que même dans ces situations, les projets seront ceux choisis par les nantis (pour octroyer des subventions, il faut avoir les ressources pour le faire!) qui décideront que ce sera tel groupe de subalternes et non pas tel autre qui sera défendu, telle perspective politique plutôt que telle autre qui sera défendue, etc. Ensuite, et nous renvoyons à la critique des droits humains que nous avons faite plus haut, ces subventions seront nécessairement octroyées pour des projets de recherche qui se situent à l'intérieur des limites permises par les préjugés idéologiques et disciplinaires. En bref, et cet article rejoint sur ce point la critique postcoloniale qui insiste sur la façon dont le savoir académique est occidentalisé et conforme aux intérêts de l'Occident – et principalement de ses groupes dominants – et sur les répercussions politiques de ce savoir⁹³, il est important de ne pas sous-estimer le rôle de l'académie et des universitaires dans la reproduction des rapports de domination, mais aussi du développement des perspectives de résistance et d'émancipation.

On en revient donc à Marx et Engels et à leur commentaire selon lequel

[l]es pensées de la classe dominante sont aussi, à toutes les époques les pensées dominantes, autrement dit la classe qui est la puissance *matérielle* dominante de la société est aussi la puissance dominante *spirituelle*. La classe qui dispose des moyens de la production matérielle dispose, du même coup, des moyens de la production intellectuelle, si bien que, l'un dans l'autre, les pensées de ceux à qui sont refusés les moyens de production intellectuelle sont soumises du même coup à cette classe dominante. Les

⁹⁰ David Kennedy, « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box » (2000) 32 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 335 [Kennedy]; En français, le lecteur pourra lire David Kennedy, *Nouvelles approches de droit international*, Paris, Pedone, 2009 à la p. 29.

⁹¹ Kennedy, *supra* note 90.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Edward Said, *L'orientalisme : L'Orient créé par l'Occident*, Paris, Seuil, 2005; Branwen Gruffydd Jones, dir., *Decolonizing International Relations*, Lanham, Rowman and Littlefield Publishers, 2006.

pensées dominantes ne sont pas autre chose que l'expression idéale des rapports matériels dominants, elles sont ces rapports matériels dominants saisis sous forme d'idées, donc l'expression des rapports qui font d'une classe la classe dominante; autrement dit, ce sont les idées de sa domination.⁹⁴

Cette remarque demeure pertinente parce que sans un certain consensus idéologique à l'intérieur d'une société, nul ordre de domination (et nulle classe sociale dominante) ne saurait se maintenir sans avoir constamment recours à la coercition pour éviter le danger incessant de son renversement. Ainsi, l'idéologie qui influence le raisonnement juridique résulte d'un processus social dans lequel certains acteurs ont un poids plus important que les autres. Néanmoins, l'autre côté ne doit pas non plus être oublié : pour qu'un ordre de domination (et le droit international en est un) puisse prospérer sans être trop contesté, il doit nécessairement considérer non pas uniquement l'idéologie dominante mais aussi plusieurs des autres dimensions de la formation idéologique et, notamment, celles qui contestent l'idéologie dominante. Par conséquent, la compréhension de la « mécanique » de la construction des consensus donnant un sens à l'ordre juridique dans son ensemble passe nécessairement par l'étude de la formation idéologique dans laquelle s'insèrent ceux qui mettent en application les règles de celui-ci, c'est-à-dire cette lutte entre les différentes idéologies de laquelle découleront l'idéologie dominante et l'espace de légitimité idéologique.

Un exemple peut être donné pour montrer comment la transformation des intérêts des acteurs dominants sur la scène internationale a un impact direct sur la façon dont on va qualifier juridiquement différents faits sociaux et politiques. Cette qualification, dès lors qu'elle peut être faite de différentes manières, est grandement influencée, pour ne pas dire totalement déterminée par les préjugés disciplinaires. Cet exemple concerne l'évolution de la qualification juridique des groupes luttant contre les différentes formes de colonialisme, ceux-ci étant passés du statut de « groupe de libération nationale » à celui de « terroristes » en l'espace d'une trentaine d'années. Rappelons d'abord qu'assez rapidement après la grande vague de décolonisation autour de 1960, plusieurs organisations luttant contre les régimes coloniaux qui refusaient la décolonisation ont été reconnues par différentes organisations internationales, et, au premier chef, par l'Organisation des Nations unies. Dans cette dernière, cette reconnaissance donnait à ces différents fronts de résistance le statut non négligeable d'observateur dans son Assemblée générale et dans plusieurs de ses instances. À l'intérieur de l'Organisation de l'Union africaine, un « Comité de coordination pour la libération de l'Afrique » a même été créé en 1963 avec comme objectifs de soutenir financièrement ces organisations de lutte et de coordonner celles-ci sur une base régionale. Il est important de faire remarquer que les critères retenus par le Comité afin de reconnaître ces organisations découlaient du premier de ces objectifs : « il s'agi[ssait] d'utiliser au mieux les fonds disponibles, et donc de ne les distribuer qu'aux mouvements *effectivement engagés dans la lutte armées*, et qui se conform[aient] à la politique de coordination interterritoriale de l'O.U.A. » [nos

⁹⁴ Marx et Engels, *supra* note 73 à la p. 86.

italiques]⁹⁵. En d'autres termes, non seulement ce comité ne reconnaissait pas uniquement les groupes engagés dans des stratégies de « désobéissance pacifique » comme on le ferait aujourd'hui, mais au contraire, il ne reconnaissait (en principe du moins, la réalité étant parfois différente) *que* les groupes engagés dans une lutte armée. De manière plus générale, la reconnaissance de ces groupes comme sujets de droit international rendait les Conventions de Genève applicables à leur conflit, ce qui constituait pour eux un avantage certain. Cette reconnaissance, il faut le dire, se faisait dans un contexte où les principales puissances du monde n'avaient plus (à part quelques exceptions anachroniques) de colonies à proprement parler, l'exploitation et la domination du tiers-monde étant désormais rendues possibles sans qu'un contrôle politique formel ne soit nécessaire. Or, c'est justement contre ce maintien d'une gouvernance formellement et juridiquement imposée par des puissances étrangères (ou, dans le cas de l'Afrique du Sud, contre un régime ouvertement raciste) que les mouvements de libération luttent. En d'autres termes, leurs luttes, bien souvent armées, ne risquaient pas de heurter les intérêts des États dominants. Cette dynamique a toutefois bien changé au cours des dernières décennies. Premièrement, le rôle stratégique d'Israël semble avoir pris énormément d'importance pour les puissances impérialistes (et surtout pour les États-Unis où le lobby sioniste semble jouer un rôle crucial à chaque élection) qui ont, sur d'autres fronts, adopté des stratégies géopolitiques beaucoup plus agressives et interventionnistes, notamment au Proche-Orient, en Asie centrale et dans le sous-continent indien⁹⁶. Cette transformation de la configuration géostratégique a eu un impact significatif sur certains aspects du droit international, et notamment, justement, sur la qualification juridique de ceux qui résistent par la force contre le colonialisme (à l'intérieur des territoires palestiniens occupés, par exemple) et les différentes formes d'occupations étrangères (en Afghanistan ou en Irak) et qui sont désormais qualifiés, non plus de « groupes de libération nationale » comme auparavant mais bien de « terroristes », voire de « combattants illégaux », ce qui leur enlève toute légitimité politique sur la scène internationale.

Cette longue discussion sur l'idéologie nous donne une idée de la façon dont se construit le sens à donner aux règles et, finalement, à l'ordre juridique international dans son ensemble. Elle ne nous donne toutefois aucune indication de la fonction desdites règles et interprétations dans la société mondiale. Le point de départ de la discussion est bien sûr le constat que faisait déjà il y a longtemps Louis Henkin, à savoir que la plupart des États respectent la plupart de leurs obligations la plupart du temps⁹⁷. Si, depuis ce constat (et même avant), se sont succédées des explications qui, par exemple, ont pris appui sur les intérêts matériels des États⁹⁸ ou sur la théorie des régimes⁹⁹, ont placé l'accent sur la légitimité¹⁰⁰ ou sur l'internalisation de la règle¹⁰¹,

⁹⁵ Claude Lazarus, « Le statut des mouvements de libération nationale à l'Organisation des nations unies » (1974) 20 A.F.D.I. 173 à la p. 180.

⁹⁶ David Harvey, *The New Imperialism*, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp. 1-25 [Harvey].

⁹⁷ Henkin, *supra* note 18 à la p. 42.

⁹⁸ Hans Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 A.J.I.L. 260.

⁹⁹ Robert Keohane, « International Relations and International Law: Two Optics » (1997) 38 Harv. Int'l. L. J. 487.

ou ont développé une approche dite « managériale »¹⁰², ces explications ont généralement partagé deux défauts. En premier lieu, elles ont habituellement sous-estimé le rôle de l'indétermination que nous venons de décrire et dont nous venons d'expliquer les effets. De manière générale, elles ont postulé qu'il était facile d'identifier avec précision le contenu de la règle servant d'étalon de mesure au comportement étatique. Cet article a, espérons-le, donné une explication à cette question en démontrant que c'est au regard des préjugés disciplinaires que l'on juge du comportement des États, et non au regard des règles et de l'ordre juridique dans son ensemble dont le contenu demeure indéterminé. En d'autres termes, lorsque nous disons qu'un État « a violé le droit international »¹⁰², ce que nous voulons dire, c'est que ses agissements ont été contraires à la façon dont les règles de ce régime juridique sont comprises par les préjugés disciplinaires. La seconde lacune de ces auteurs, lacune sur laquelle cet article ne touchera que deux mots, concerne le postulat selon lequel ce sont les mêmes raisons et les mêmes grilles d'analyse qui permettent d'expliquer le respect et la violation des règles. De l'avis de cet article (et cette explication n'exclut pas totalement les autres), ce postulat est incomplet et oublie que si les États les moins puissants ont intérêt à respecter le droit international pour en éviter les sanctions, les plus puissants, eux, ont intérêt à le faire pour garantir la légitimité de l'ordre juridique international dans son ensemble, ordre juridique qui leur est généralement favorable à cause de la forme juridique dont nous avons précédemment expliqué les tenants et aboutissants. Comme le faisait remarquer John Ikenberry il y a déjà plus de dix ans au sujet de l'ordre d'après-guerre :

*Taken together, the Western postwar order involves a bargain : the leading state gets a predictable and durable order based on agreed-upon rules and institutions—it secures the acquiescence in this order of weaker states, which in turns allows it to conserve its power. In return, the leading states agrees to limits on its own actions—to operate according to the same rules and institutions as lesser states—and to open itself up to a political process in which the weaker states can actively press their interests upon the more powerful state.*¹⁰³

En d'autres termes, pour continuer à utiliser le langage du droit international (qu'ils ont plus que les autres contribué à écrire) afin de défendre leurs intérêts, ces États ont tout avantage à donner au moins l'impression qu'ils prennent ce droit international au sérieux. Le rejet, voire le dédain qu'avait l'administration Bush pour

¹⁰⁰ Ian Hurd, « Legitimacy and Authority in International Politics » (1999) 53 *International Organization* 379.

¹⁰¹ Harold Hongju Koh, « Transnational Legal Process » (1996) 75 *Neb. L. Rev.* 181.

¹⁰² Abram Chayes et Antoine Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

¹⁰³ « Ultimentement, l'ordre d'après-guerre occidental implique un échange: les États dominants ont un ordre prévisible et durable basé sur des règles et des institutions généralement acceptées et ceci sécurise l'acceptation de cet ordre par les États plus faibles ce qui, en retour, leur permet de conserver leur pouvoir. En retour, les États dominants acceptent de limiter leurs propres actions c'est-à-dire d'accepter d'agir selon les mêmes règles et institutions que les États plus petits et ainsi de s'ouvrir à un processus politique dans lequel les États plus faibles peuvent promouvoir activement leurs intérêts par rapport aux États plus puissants » [notre traduction] : John Ikenberry, « Institutions, Strategic Restraint, and the Persistence of American Postwar Order » (1998-99) 23 *International Security* 43 à la p. 59.

le droit international et la perte de crédibilité rapide du gouvernement états-unien à partir de 2002 semble être la plus belle preuve *a contrario* de cet état de fait. Il est en effet loin d'être certain que le non-respect du droit international par les États-Unis durant les années suivant les événements du 11 septembre 2001 ait véritablement servi les intérêts matériels de ce pays (c'est-à-dire, pour être plus précis, des intérêts de ses groupes dominants) dans la mesure où les actions et les propositions de son gouvernement ont fait face à de plus en plus de résistance, citoyenne autant que de la part des autres gouvernements (pensons à l'enlisement des négociations du Cycle de Doha à l'Organisation mondiale du commerce). Cette perte de sympathie est ironique considérant la forte empathie qui s'était développée pour le pays après lesdits événements de 2001. Cela dit, cette situation générale a comme effet que ce ne sont pas les mêmes règles qui seront violées par les différents types d'États. Logiquement, si les petits États peuvent bien violer quelques règles « peu importantes » du droit international du fait que cette violation n'a peu ou pas de répercussion sur les « intérêts nationaux » (sic) des puissances hégémoniques, ils ont toutefois intérêt à respecter scrupuleusement celles qui sont considérées comme étant plus importantes par ces derniers. Au contraire, les États puissants et ceux qui leur sont inféodés ont intérêt à respecter les règles techniques dont le respect n'entraîne que peu d'inconvénients ou de contraintes dans la mesure où le respect de ces règles les fera passer pour des « bons citoyens » dans le monde. Par contre, si ce qu'ils considèrent comme étant leurs « intérêts vitaux » est remis en question (par exemple, si l'approvisionnement des États-Unis en pétrole est mis à risque¹⁰⁴ ou si l'occupation illégale des territoires palestiniens fait face à trop de contestation aux yeux des Occidentaux), le droit international perdra tout pouvoir de contrainte sur eux. En d'autres termes, et même si la situation est loin d'être parfaite à cet endroit, les droits humains sont nettement mieux préservés aux États-Unis qu'ils ne le sont, par exemple, en Irak. Par contre, alors que ce dernier pays a eu à faire face à des sanctions internationales (et à une guerre menée entre autres au nom du droit international) pour avoir envahi un pays voisin en 1991, les États-Unis ne se sont butés qu'à quelques critiques mais à aucune sanction véritable pour avoir fait la même chose en Irak et en Afghanistan dans la première décennie des années 2000 (même si le caractère légal de ces deux interventions continue à faire l'objet de débats juridiques), au Panama moins de deux ans avant l'invasion du Koweït par l'Irak, ou encore pour avoir soutenu les Contras au Nicaragua, soutien déclaré illégal par la Cour internationale de justice¹⁰⁵.

Ces diverses réflexions nous mènent à certaines conclusions. Premièrement, il est difficile de nier qu'à cause de la forme juridique du droit international, les règles sont généralement écrites en fonction des intérêts des dominants. Cela dit, ces derniers ont intérêt, dans l'écriture de ces règles, à donner l'impression que l'ordre juridique international est favorable à l'ensemble de l'humanité et, surtout, n'est pas biaisé en leur faveur. C'est à cause de cet objectif que ces règles vont parfois considérer les pressions des subalternes et intégrer des dimensions qui vont respecter

¹⁰⁴ Sur l'importance du pétrole dans la conduite des relations étrangères états-uniennes : Harvey, *supra* note 96 aux pp. 1-25; Noam Chomsky, *Les États manqués*, Paris, Fayard, 2007 aux pp. 42-56.

¹⁰⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, [1986] C.I.J. rec. 11.

et défendre les intérêts de ceux-ci. Mais pour que cet objectif soit atteint, les subalternes ont tout intérêt à contester l'ordre établi et à remettre en question l'hégémonie des dominants parce que seule la crainte d'une remise en question de la légitimité de cet ordre peut inciter les dominants à faire des concessions. Cela dit, et tant que la forme juridique demeurera celle que l'on connaît actuellement, il semble indubitable que jamais ces règles ne vont aller fondamentalement à l'encontre des intérêts de ceux qui rédigent ces règles.

Deuxièmement, et la dernière affirmation doit être reçue avec ce bémol, on doit prendre acte du fait que les règles n'ont de signification que suite à leur interprétation et que celle-ci représente d'abord et avant tout le reflet des préjugés disciplinaires. Ce constat nous fait comprendre qu'il demeure possible d'agir sur ces règles et de faire en sorte qu'elles soient comprises de manière un peu plus favorable aux intérêts des subalternes. Pour ce faire, il est toutefois nécessaire que les membres du collège invisible comprennent que toute interprétation des règles est politique et cessent, dans leur écriture et leur enseignement, de reproduire les préjugés disciplinaires historiquement conservateurs et de considérer ceux-ci comme étant intouchables et incontestables. Une prise de position en faveur des subalternes est évidemment de mise et une bataille politique et idéologique à l'intérieur du collège invisible apparaît inévitable. Cela dit, et dans la mesure où les intellectuels organiques des subalternes ont quand même à travailler avec des règles écrites et des institutions créées par les dominants, dans la mesure aussi où ils disposent généralement de moins de moyens que les intellectuels associés aux dominants, les chances que ces interprétations signifient davantage qu'un adoucissement de la domination et de l'exploitation des subalternes par les dominants demeurent assez restreintes.

III. Le droit comme langue légitime de la politique internationale

La thèse de l'indétermination radicale qui vient d'être évoquée a une conséquence importante en ce qui concerne le rôle que joue le droit dans la société internationale. Elle fait en sorte que celui-ci n'est plus perçu comme étant d'abord et avant tout un ensemble de règles fixes et définitives dont l'énonciation a comme objectif d'établir des contraintes au comportement des sujets assujettis à lui, mais plutôt comme *langue* permettant aux différents acteurs impliqués dans les luttes politiques, économiques, sociales et autres, d'articuler dans un langage commun et de légitimer leurs préférences politiques et leurs intérêts particuliers¹⁰⁶. Il permet donc de généraliser dans un langage légitime des intérêts individuels. Un passage succulent du classique d'Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, donne une bonne idée de la fonction du droit comme langage, même s'il ne le théorise pas exactement de cette manière. Ce passage relate la rencontre de Schachter avec Fiorello La Guardia à l'époque où celui-ci était directeur-général de l'Administration des Nations Unies pour le secours et la réhabilitation, organisation pour laquelle

¹⁰⁶ Koskeniemi, *The Structure of International Legal Argument*, *supra* note 68.

Schachter a travaillé durant deux ans à partir de 1946 :

When I first met Mr. La Guardia on business in his office, his first question was : "Sonny", he said (this was a long time ago) are you a hot lawyer or a cold lawyer?" I looked at him blankly and he said: "Well if you are a hot lawyer, I am going to get myself a cold lawyer; and if you are a cold lawyer, I am going to get myself a hot lawyer". This rather dumbfounded me, and I said: "Does this mean I am through?" He said : "No, you are not through. But I need both of you. I need a hot lawyer to tell me that I can do what I want to do, and I need a cold lawyer to tell me I cannot do what I don't want to do".

Perhaps I should have told La Guardia (but I did not) that in the best American Law schools, we trained lawyers who could turn hot or cold, as appropriate, though not necessarily on order from above. But let us first consider the unstated premises of La Guardia's attitude. One such premise, clearly, was that most legal questions permit at least two responses. The second was that it is in the lawyer's role to serve his client, or in this case, to carry out the aims of the Director-General. It is apparent, too, that La Guardia's concern was not with rules of law but with the decisions that had to be taken.¹⁰⁷

Si le droit permet au juriste de dire à son client qu'il a le droit de faire ce qu'il a envie de faire, et qu'il n'a pas le droit de faire ce qu'il n'a pas envie de faire, il devient donc autant un outil permettant aux acteurs dominants de défendre des positions et de légitimer des actions ayant des effets oppresseurs (même s'ils sont présentés comme étant émancipateurs et conformes au droit, et notamment aux droits humains¹⁰⁸) qu'il permet aux dominés d'articuler juridiquement des positions qu'ils jugent émancipatrices et qui leur permettent de résister face aux assauts des dominants. Il devient, en d'autres termes, « *a mark of legitimacy* »¹⁰⁹ pour les acteurs, étatiques ou pas, qui l'utilisent pour formuler leur point de vue, pour défendre leurs

¹⁰⁷ « La première fois que j'ai rencontré Monsieur La Guardia à son bureau, il m'a d'entrée de jeu posé la question suivante : 'Sonny', a-t-il dit (c'était il y a très longtemps), 'es-tu un *hot lawyer* ou un *cold lawyer*?' Je l'ai regardé un peu ébahi, et il a rajouté : 'Ce que je veux dire, c'est que si tu me dis que tu es un *hot lawyer*, je vais te dire que ce dont j'ai besoin, c'est d'un *cold lawyer*; et si tu me dis que tu es un *cold lawyer*, je vais te dire que ce dont j'ai besoin, c'est d'un *hot lawyer*'. Cette remarque m'a complètement perturbé et je lui ai répondu : 'Est-ce à dire que je ne suis pas un bon candidat à vos yeux?'. Et il m'a répondu : 'Non, pas du tout. Mais j'ai besoin que tu sois les deux à la fois. J'ai besoin d'un *hot lawyer* pour me dire que je peux faire ce que j'ai envie de faire, et j'ai besoin d'un *cold lawyer* pour me dire que je ne peux pas faire ce que je ne veux pas faire.

Peut-être aurais-je dû dire à monsieur La Guardia (mais je ne l'ai pas fait) que dans les meilleures écoles de droit des États-Unis, on enseigne aux étudiants à devenir des avocats pouvant être des *hot lawyers* ou des *cold lawyers* selon les besoins, et pas nécessairement dans cet ordre. Mais considérons d'abord les postulats implicites de l'attitude de La Guardia. Le premier de ces postulats est, clairement, que la plupart des questions juridiques permettent au moins deux types de réponses. Le second est que c'est le rôle de l'avocat de servir son client et, dans ce cas, d'œuvrer en fonction des objectifs du Directeur-Général. » [notre traduction] : Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordecht, Martinus Nijhoff, 1991 à la p. 19 [Schachter].

¹⁰⁸ On peut ici penser à l'utilisation grandissante que font le Fonds monétaire international et la Banque mondiale – institutions dont les politiques ont historiquement été surtout favorables à la défense des intérêts du capital – des droits humains. Voir Marc Toufayan, « Empathy, Humanity and the "Armenian Question" in the Internationalist Legal Imagination » (2012) 24.1 R.Q.D.I. 171.

¹⁰⁹ David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006 à la p. 45.

intérêts ou pour justifier leurs actions. C'est cette caractéristique du droit international qui fait en sorte que les États utilisent régulièrement un langage juridique (plutôt que moral ou éthique, ou strictement politique, c'est-à-dire fondé sur leurs soi-disant « intérêts nationaux ») pour défendre leurs positions dans les sphères diplomatiques. C'est aussi elle qui fait que les différents acteurs de la société civile articulent de plus en plus leurs positions dans ces termes¹¹⁰. Ainsi, les luttes entre travailleurs et capitalistes dans les *maquilas* mexicaines seront décrites en utilisant le langage des « droits des travailleurs » plutôt que comme un enjeu de luttes de classes et on aura tendance à articuler les velléités séparatistes de telle ou telle région en utilisant le langage du « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » plutôt qu'en des termes strictement culturels ou politiques (ce qui n'empêchera pas les dimensions politiques ou culturelles de venir *justifier* la revendication au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes). En fait, même les plus sceptiques au sujet du rôle du droit dans les relations internationales sont obligés d'avouer que de plus en plus, le discours interétatique est articulé dans la langue du droit international.

Le droit international comme langage a aussi comme potentiel de permettre aux États de mettre en place des mesures qui sont fondamentalement favorables aux intérêts des élites et des dominants et défavorables à ceux des subalternes tout en lui faisant porter l'odieux, ce qui permet aux États et aux groupes des dominants de ne pas porter la responsabilité politique desdites mesures. Concrètement, il est possible d'argumenter que les réformes imposées par le FMI sont autant des règles, dans le sens où nous avons décrit celles-ci dans la partie 2, que des outils permettant de justifier des coupures dans les services sociaux sans pour autant que l'État et ses élites – qui sont possiblement favorables à de telles coupures – en portent la responsabilité politique.

Cette réflexion nous mène à une question importante : cette thèse revient-elle à dire que l'indétermination du droit nous permet d'utiliser n'importe quel argument

¹¹⁰ À titre d'exemple, en 2003, au moment du déclenchement de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les États-Unis, l'auteur de ce texte a été, avec quelques camarades d'université, à l'initiative d'une « Lettre des intellectuels contre la guerre » qui fut signée par quelques centaines d'universitaires et publiée dans un journal montréalais. Dans cette lettre, l'un des principaux arguments était de nature juridique : la guerre en Irak est *illégal*. Elle n'est pas seulement impérialiste, amoral, contraire à l'éthique ou quoi que ce soit d'autre. Elle est aussi contraire au droit international. L'importance de cet argument dans notre argumentation générale nous fait comprendre un certain paradoxe. C'est qu'alors que pour le citoyen profane (voire, pour bien des juristes professionnels mais de tendance positiviste), celui que nous voulions convaincre de notre position, les arguments politiques (il s'agit d'une guerre impérialiste, les « intérêts du Canada » seraient mieux défendus en n'intervenant pas; les raisons évoquées par les États-Unis pour justifier l'invasion sont fausses, etc.) pouvaient se buter à des contre-arguments politiques (le Canada est le meilleur allié des États-Unis et il doit les appuyer dans leurs luttes politiques; le Canada est aussi menacé par le « terrorisme », etc.) et que les arguments éthiques (cette guerre va provoquer un grand nombre de morts civils) pouvaient se voir opposer des contre-arguments éthiques (on doit faire preuve de solidarité envers les Irakiens, victimes d'une dictature, et les libérer de Saddam Hussein), les arguments juridiques jouissaient d'une grande légitimité du fait que la plupart d'entre eux (nous parlons toujours des citoyens profanes), *il est possible de décréter la légalité ou l'illégalité d'une action*. Le paradoxe est donc le suivant : alors que le citoyen profane sait intuitivement que le langage politique et le langage éthique sont indéterminés, il croit généralement que si un juriste lui affirme que tel geste est légal, il va le croire et être persuadé que la question est réglée.

juridique si ceux-ci sont *théoriquement* disponibles (et cette thèse postule qu'il y en aura toujours)? Cette question nous permet de préciser quelque peu l'analyse qui a été faite plus haut au sujet des préjugés disciplinaires qui établissent des consensus autour de certaines questions et qui permettent d'expliquer pourquoi, et malgré l'indétermination radicale d'un ordre juridique, on est, par exemple, parfois capables de prédire le résultat d'un différend juridique.

On doit d'abord reconnaître que les luttes qui se font en vue de l'hégémonie idéologique de la société auront non seulement comme effet de créer occasionnellement des consensus sur certaines questions, mais aussi, et surtout, de créer un espace de légitimité idéologique qui définira des frontières à l'extérieur desquelles nul ne pourra situer son discours argumentatif et être pris au sérieux. Dit en d'autres termes, seront établies des frontières qui vont déterminer ce qui peut être dit et ce qui ne peut pas l'être¹¹¹. Pierre Bourdieu, faisant une analogie bien connue avec l'économie marchande, a proposé l'idée de l'existence d'un langage légitime imposé par la distribution d'un capital linguistique dont une quantité minimale est nécessaire à l'avancement dans la hiérarchie sociale. Selon lui, à partir du moment où les gens comprennent qu'ils ont à obtenir une compétence (c'est-à-dire un capital) linguistique nécessaire à cette ascension, l'échange linguistique devient un rapport de force basé sur la possession de ces compétences, rapport de force dont les termes sont définis par « le détenteur de la compétence la plus proche de la compétence légitime »¹¹². Ainsi, puisque le capital linguistique est à la fois le reflet de l'origine de classe mais est aussi un préalable à l'ascension dans celle-ci, le locuteur comprend qu'il a intérêt à *se conformer à une certaine forme de langage* et à posséder certaines qualifications linguistiques pour réussir son ascension dans la structure sociale.

Pour notre propos, l'analyse de Bourdieu est pertinente parce qu'elle nous fait réaliser que bien que l'indétermination du droit international permette l'articulation d'un discours contre-hégémonique et de résistance, les possibilités qu'aura ce discours d'être efficace – c'est-à-dire de convaincre le collègue invisible des internationalistes – seront directement proportionnelles au « capital idéologique » qui y sera investi. Le résultat concret est le suivant : bien que le langage du droit ouvre la porte à des possibilités de résistance et d'émancipation, celles-ci devront néanmoins posséder suffisamment de capital idéologique pour être convaincantes. Et cet « investissement en capital » placera presque nécessairement le discours de résistance à l'intérieur de balises établies par les dominants parce que ce sont eux qui sont les plus à même d'établir l'étalon de mesure de ce capital idéologique. En d'autres mots, il est fort à parier que les éléments de ces discours contre-hégémoniques qui remettraient radicalement en question les structures permettant l'exploitation et la

¹¹¹ Voir aussi l'analyse bien connue de Marcuse qui s'attaque à la société industrielle avancée dans laquelle l'opposition demeure à l'intérieur des balises bien définies par le système : Herbert Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, Paris, Éditions de Minuit, 1968. Cette analogie est intéressante car de la même façon que les institutions politiques, économiques et sociales d'une société peuvent être remises en question à l'intérieur de certains paramètres qui sont déterminés par les luttes entre les différents groupes de ladite société, le droit et ses interprétations ne peuvent se faire (et se contester) qu'à l'intérieur de certaines frontières idéologiques.

¹¹² Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982 à la p. 77. Voir aussi Pierre Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Fayard, 2001.

domination des subalternes (par exemple, qui contesteraient des éléments de la forme juridique) tomberaient à l'extérieur des frontières établissant cet espace de légitimité idéologique. Ainsi, un juriste qui ferait une analyse qui serait trop fondamentalement incompatible avec la théorie des sources volontariste et étatiste du droit international ou qui, sur le plan économique, ferait des propositions juridiques incompatibles avec la reproduction du mode de production capitaliste serait fort probablement ignoré par la plupart de ses confrères et consœurs (à part peut-être ceux faisant partie de la communauté dite « critique ») et ne serait jamais considéré au moment où sont prises les interprétations d'autorité. En bref, bien que le droit, en tant que langage, permette l'ouverture d'un espace de résistance pour les groupes subalternes (par exemple, grâce aux droits humains), cette résistance ne peut s'imaginer qu'à l'intérieur de paramètres qui sont eux-mêmes au fondement même de l'oppression des subalternes par les dominants. Le droit international, comme langage, ne semble donc au mieux être utile que pour adoucir la domination et l'exploitation des subalternes.

IV. Le droit comme élément idéologique

Après avoir vu le rôle de l'idéologie dans la construction des consensus juridiques, il y a lieu d'évoquer la façon dont le droit international influence à son tour la façon dont une formation sociale envisage la société telle qu'elle a été, qu'elle est, qu'elle devrait être et qu'elle pourrait devenir. L'idée qui est défendue ici est assez simple : la légitimité dont jouit le droit dans les sociétés modernes permet à celui-ci d'avoir une influence sur la formation idéologique, et notamment au moment de l'identification de ce qui est bon ou mauvais, juste ou injuste, normal ou anormal.

Les sociétés modernes, et c'est particulièrement vrai pour les sociétés dont les assises philosophiques s'appuient sur le libéralisme politique, considèrent généralement que la juridisation des relations sociales est la meilleure façon de se protéger contre la violence d'autrui. D'un point de vue philosophique, la difficulté vient évidemment de la façon d'identifier les règles qui seront retenues pour contraindre les sujets et les protéger les uns des autres puis, évidemment, pour leur offrir la même protection contre l'arbitraire de l'État. À cet égard, il n'est donc sûrement pas exagéré de dire que de Locke à Montesquieu, la règle de droit et la manière d'organiser le pouvoir de légiférer constitue la pierre angulaire de l'ordre de domination politique que les penseurs libéraux suggèrent. En droit national, on va généralement ainsi considérer que la démocratie est garante de cette légitimité parce que les règles vont nécessairement représenter ce que la majorité considère comme étant juste (ou au moins nécessaire) et injuste. Au niveau international, comme nous l'avons expliqué précédemment, l'illusion nationaliste va généralement permettre de légitimer l'ordre juridique du fait que l'État, principal créateur de la règle, va être perçu comme étant le représentant de la nation. Ce qu'il est important de considérer, c'est que dans un cas comme dans l'autre, le droit, si son mode de création normative est légitime, va constituer un étalon de mesure, le meilleur étalon de mesure dans l'imaginaire libéral athée devrions-nous dire, pour l'identification du juste et de l'injuste, du normal et de l'anormal. Le même phénomène va aussi jouer en droit

international au point où, comme l'expliquait Oscar Schachter, « [...] *a good part of law observance takes place because of the officials concerned do not even consider the option of violation; they have, so to speak, "internalized" so that possibilities of action contrary to the law do not even rise to conscious decision-making*¹¹³ (« [...] une bonne partie du respect des règles va avoir comme origine le fait que les officiels concernés ne considèrent même pas l'option de la violation. Ceux-ci ont, pour ainsi dire, "internalisé" les règles de telle façon que la possibilité d'une action contraire au droit ne leur vient même pas à l'esprit des preneurs de décisions » [notre traduction]).

C'est justement cette légitimité qui est accordée au droit qui va permettre à celui-ci d'influencer le comportement de ses sujets juridiques (et des différents acteurs qui sont directement ou indirectement touchés par ses règles) autrement que par la sanction ou pour toute autre raison que l'on pourrait qualifier de rationaliste parce que fondée sur un calcul coût / bénéfice. Ainsi, une règle qui, au moment de son entrée en vigueur, pourrait avoir été contestée par une partie plus ou moins importante des acteurs juridiques touchés (qui par ailleurs, l'auront peut-être respectée quand même par crainte de la sanction qui lui est associée) pourra éventuellement être graduellement intégrée par ceux-là mêmes qui la contestaient et qui finiront par la respecter, non plus par crainte de la sanction, mais désormais par habitude ou encore parce qu'ils auront ultimement intériorisé la norme sociale que cette règle¹¹⁴ institutionnalise. La règle, en d'autres mots, sera éventuellement considérée comme représentant le comportement social qu'il est « normal » d'adopter dans telle ou telle situation. Le meilleur exemple historique de ce phénomène est sûrement la propriété privée qui, tout en excluant une majorité des individus de la planète de la possession immédiate des biens qui sont nécessaires à leur survie parce que ceux-ci sont sous l'emprise monopolistique de leurs propriétaires, est devenue avec les siècles l'une des institutions les plus légitimes des sociétés d'à peu près partout sur la planète. Or, ce que cet article postule, c'est que le fait d'avoir fait de l'usage exclusif d'un bien un droit a joué un rôle non négligeable dans sa légitimation en tant qu'institution, légitimation qui est rendue tellement grande que même les populations les plus miséreuses peinent souvent à remettre en question la propriété privée comme institution.

D'une perspective plus sociologique que philosophique maintenant, cet article a expliqué dans la partie précédente que le droit est un langage qui permet de justifier légitimement des actions et des prétentions politiques. En tant que langue, et comme toutes les langues, le droit a comme effet de créer des catégories à partir desquelles on va qualifier des situations. Ce faisant, le droit va structurer l'imaginaire en donnant les outils langagiers pour définir ce qui est de l'exploitation et de la domination, mais aussi en donnant des catégories à partir desquelles les subalternes vont pouvoir articuler leurs luttes. Par exemple, le fait de pouvoir qualifier la torture¹¹⁵

¹¹³ Schachter, *supra* note 107 à la p. 7.

¹¹⁴ Nous distinguons ici comme ailleurs la règle, strictement juridique, de la norme, qui est un code comportemental qui peut autant avoir comme fondement le droit, la religion, l'éthique, la morale, la politesse, etc.

¹¹⁵ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987).

ou l'interdiction de faire partie d'un syndicat¹¹⁶, mais pas d'être obligé pour des raisons économiques structurelles de vendre sa force de travail contre un salaire de cinq dollars par jour de « violations des droits humains » va avoir un effet sur ce que la conscience collective et individuelle va considérer comme étant la cible à viser pour attendre un état d'émancipation. Le fait de savoir qu'on a un droit à la liberté syndicale mais que la propriété privée des moyens de production est aussi un droit va, de la même façon, influencer les formes de résistance adoptées par les subalternes dans la mesure où le droit va leur donner des outils argumentaires pour lutter pour la formation d'un syndicat, mais va aussi en donner aux dominants pour lutter pour le maintien du capitalisme. Ce que cet article soutient, c'est que le droit comme langage a subséquemment un effet structurellement idéologique fort : en offrant les outils langagiers pour décrire la réalité, le droit a aussi comme effet de transformer la conscience collective et individuelle des sujets en ce qui concerne les formes d'exploitation, de domination et de résistance et d'émancipation.

Qu'on s'entende : il ne s'agit pas d'affirmer que le droit à lui seul est en mesure de transformer n'importe quelle règle infâme en norme que les individus considèrent comme étant le reflet de la justice. Au contraire : pour que le pouvoir reste légitime, les règles qu'il institue doivent *a priori* être minimalement légitimes, c'est-à-dire pas trop éloignées de ce que la majorité considère comme étant la « justice ». Il convient néanmoins de rappeler, et c'est ce que cet article cherche à montrer, que le droit est un élément parmi tant d'autres – bien que particulièrement important croyons-nous – finissant par influencer l'idée de ce que les individus pensent de ce que leur société a été, est, devrait être et pourrait devenir. Le droit, en d'autres termes, est l'un des outils disponibles pour influencer la formation idéologique d'une société.

Cette dernière remarque sert, d'une certaine façon, de mise en garde pour faire remarquer le fait qu'il est extrêmement difficile de prouver une relation de cause à effet entre le droit et la transformation d'une formation idéologique quelconque. Il est d'ailleurs – et il s'agit d'une seconde mise en garde – tout aussi difficile de décrire avec précision une telle formation idéologique, et encore plus d'en prouver l'évolution. En bref, et bien que l'une des thèses principales de cet article est que l'un des rôles les plus importants – sinon le plus important – du droit international dans les relations internationales est justement d'agir sur la formation idéologique et d'influencer le comportement des acteurs grâce à une modification de leur identité et de leurs intérêts (pour parler comme les constructivistes), l'argumentation qui sera présentée se fonde davantage sur des présomptions que sur des preuves.

Cet article a déjà discoursu longuement sur les droits humains, mais un retour sur ce sujet n'est sûrement pas superflu. Premièrement, nous avons vu que le langage des droits humains a comme effet de légitimer une certaine forme de résistance et, par conséquent, d'en délégitimer d'autres. Il s'agit là peut-être de la principale preuve à l'argument soutenu dans cette partie dans la mesure où c'est désormais bien souvent à partir d'étalons de mesure juridiques (les droits humains) que l'on va identifier les

¹¹⁶ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 8 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

situations de domination et d'exploitation, mais aussi qu'on va espérer en redresser les torts et rétablir une situation de « justice ». Évidemment, les critiques faites précédemment nous font comprendre que cet étalon de mesure permettra de rendre idéologiquement acceptable des situations d'exploitation (l'exploitation capitaliste) à condition que les ouvriers aient le droit de s'unir et de se syndiquer, par exemple. Plus encore et dans une veine similaire, le langage des droits humains a aussi comme effet de rendre certaines formes d'exercice du pouvoir normales, et d'autres anormales. Conjointement avec d'autres pratiques préconisées par les institutions internationales (pensons spécifiquement au discours de la « bonne gouvernance »), il a notamment comme effet de légitimer *une certaine forme de démocratie*, la démocratie représentative et multipartite où peuvent s'opposer des partis issus de branches différentes et divergentes des classes dominantes, alors qu'un régime à parti unique mais participatif (en droit et en fait), par exemple, ne serait pas considéré légitime. Cette légitimité est importante parce qu'elle donne des arguments à ceux qui veulent préserver un régime de démocratie représentative multipartite contre quiconque considérant ce régime comme étant imparfait et inachevé sur le plan démocratique et qui revendiquerait une organisation politique où la voix des subalternes serait médiatisée de manière différente et (qui sait?) peut-être plus efficace que par le biais de partis politiques, par ailleurs possiblement formés par les élites nationales et les dominants. Ce discours et les pratiques des institutions internationales ont aussi comme effet d'influencer les balises à partir desquelles on va juger le caractère « démocratiques » des élections. Ainsi, celles-ci seront qualifiées de « frauduleuses » si trop d'irrégularités sont constatées *le jour des élections*, mais seront considérées « démocratiques » même si la nature du processus fait en sorte que les candidats doivent *de facto* être multimillionnaires pour espérer avoir une chance d'être élus, ou si certains candidats sont incapables de faire passer leur message électoral parce que les médias, propriétés d'une élite capitaliste, refusent de leur accorder une couverture équitable. Deuxièmement, et en contrepartie, il semble clair que le même langage a fait en sorte d'inscrire dans la normalité certains comportements émancipateurs pour les subalternes. Il semble apparent que l'interdiction de la liberté d'expression et d'association est désormais considérée comme étant « anormale » et intolérable dans une partie de plus en plus grande du monde. La révolte arabe que nous rappellent les journaux de manière quotidienne au moment où cet article est en train d'être rédigé nous montre que les régimes dictatoriaux et corrompus sont rendus suffisamment « anormaux » pour que des adolescents et des jeunes adultes soient prêts à tout risquer pour les contester. Enfin, et bien que la torture n'ait pas complètement disparu de notre monde, cet article va se risquer à suggérer que son interdiction juridique a eu comme effet d'en diminuer (et d'en modifier) la pratique, notamment parce que les bourreaux eux-mêmes considèrent qu'il est inacceptable et anormal d'en faire usage.

Une analyse semblable peut possiblement se faire au sujet de plusieurs règles du droit international économique. Le régime de protection des droits de propriété servira de premier exemple et cet article fera la proposition suivant laquelle l'entrée en vigueur progressive de plusieurs accords sur le sujet, le dernier et le plus important d'entre eux étant l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui*

*touchent au commerce*¹¹⁷ qui a comme fonction de protéger les droits de propriété intellectuelle atteint au moins en partie cet objectif non seulement en établissant des règles pouvant être mise en œuvre de manière efficace grâce au mécanisme de règlement des différends dont nous avons précédemment fait mention, mais également en faisant entrer dans la conscience individuelle et collective des différents acteurs de la scène internationale (des États en tant que tels aux travailleurs informels vendant des maillots du Real de Madrid dans les rues de Rio ou des disques compacts de Céline Dion à Istanbul) que les idées, les marques de commerce, les chansons et les films sont des « droits privés »¹¹⁸ qu'il est normal de protéger et qu'il n'est pas complètement illégitime que l'État réprime ceux qui s'en approprient et en tirent « illégalement » profit. Pourtant, il y a aussi peu que vingt-cinq ans, il est fort possible que de telles idées auraient paru complètement loufoques et impensables pour plusieurs. La même chose peut être dite en ce qui a trait au régime de traités d'investissement qui se répand autour de la planète à une vitesse avoisinant celle de la grippe A-H1N1. Ses règles, qui protègent de moult façons la propriété privée des investisseurs étrangers, accompagnées de l'accès possible à l'arbitrage international, offrent non seulement une protection juridique formelle d'une efficacité hors du commun en droit international, mais semblent également établir ce qui s'apparente à un régime d'autodiscipline où les États intériorisent la manière avec laquelle on doit traiter les investisseurs étrangers. Grâce – notamment – à ces traités, la protection des investissements internationaux est entrée dans la « normalité » des affaires internationales.

Notre dernier exemple concerne un élément de la forme juridique, à savoir l'organisation de l'ordre juridique international autour de l'État comme sujet juridique principal, ce qui contribue également à le faire percevoir comme étant le principal acteur des relations internationales. Cette caractéristique de l'ordre juridique international contemporain doit être comprise en conjoncture avec la normalisation de la compétence exclusive de l'État à l'intérieur de ses frontières ainsi qu'avec, comme nous l'avons expliqué, la légitimité de son processus normatif où la volonté de l'État – qui permet à une règle d'être opposable audit État – est perçue comme représentant la volonté de la nation dans sa totalité. Ces divers éléments sont au fondement d'un certain nombre de dispositions importantes du droit international qui ont elles-mêmes des impacts directs sur la formation idéologique des sociétés de la totalité de la planète. Deux exemples seulement seront proposés. En premier lieu, c'est cette conception qui est au fondement du droit des réfugiés qui a comme effet de normaliser la situation de fait où, dès que l'État a, dans certaines situations exceptionnelles, l'obligation positive d'accepter des réfugiés, c'est donc dire qu'il a autrement le droit de maintenir des frontières rigides et qu'il est « normal » qu'il agisse ainsi¹¹⁹. Ainsi, alors que le droit international « normalise » la libre-circulation des marchandises et des capitaux, il a comme effet contraire de consolider dans la sphère idéologique l'« emprisonnement » des individus à l'intérieur de certaines

¹¹⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3) (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

¹¹⁸ *Ibid.*, préambule.

¹¹⁹ Frédéric Mégret, « L'étatisme spécifique du droit international » (2011) 24.1 R.Q.D.I. 106.

frontières du fait, non pas qu'ils ne peuvent pas en sortir, mais parce qu'ils ne peuvent pas franchir les frontières des autres pays. En deuxième lieu, cette conception est aussi au fondement du droit des minorités qui, bien qu'ayant comme effet d'offrir une protection souvent nécessaire à celle-ci, en vient paradoxalement à confirmer juridiquement et idéologiquement la distinction entre les membres de la nation et les « autres ». En d'autres termes, le droit international fait entrer dans la normalité le fait que les individus d'un territoire étatique donné considèrent qu'il s'agit de « leur » territoire, c'est-à-dire du territoire de « leur nation », alors que les idées de frontières étatiques, de territoire national, de nation même, ne sont en soi rien d'autre que des constructions sociales et historiques relativement récentes et incontestablement contingentes. Dans la mesure où c'est généralement pour améliorer son sort qu'un individu cherche à immigrer, il devient facile de comprendre que cet apport idéologique du droit international est défavorable aux subalternes.

En guise de conclusion, cet article cherchera à attirer brièvement l'attention du lecteur sur deux éléments qui ont déjà fait l'objet de longs développements. Premièrement, et quoi qu'en disent certains juristes positivistes qui envisagent le droit international à partir d'une analogie avec le droit interne ainsi que certains politologues de tendance réaliste ou néo-réaliste, le droit international joue un rôle extrêmement important dans la vie internationale. Si la peur de la sanction est visiblement moins importante qu'en droit national, les éléments de la forme juridique finissent par structurer la société internationale à un point tel que plusieurs ne réalisent pas que certaines caractéristiques centrales des R/rerelations internationales (telles que l'organisation du monde en États formellement égaux qui jouissent de l'exclusivité des compétences sur leur territoire) sont fondamentalement juridiques. Le droit international, en deuxième lieu, fournit aux diplomates et responsables étatiques un langage à partir duquel ceux-ci sont en mesure d'articuler leurs positions et préférences politiques. Enfin, le droit international a un effet idéologique important dans la mesure où sa légitimité lui permet d'influencer la formation idéologique mondiale en étant un facteur (parmi d'autres il faut le dire) non négligeable dans la détermination, dans la conscience individuelle et collective, du juste et de l'injuste, du normal et de l'anormal.

En deuxième lieu, cet article s'était donné comme mandat de réfléchir sur les aspects émancipateurs du droit international autant que sur ceux qui sont utilisés afin de reproduire et de légitimer des rapports de domination et d'exploitation. Ce que cet article a cherché à montrer, c'est que tant que la forme juridique du droit international demeurera la même, celui-ci sera, par nature, biaisé en faveur des dominants. En effet, tant que les règles et les institutions permettant de mettre celles-ci en œuvre seront le produit des rapports de force entre et à l'intérieur des États, les subalternes seront condamnés à ne voir le droit international répondre à leurs aspirations et intérêts que lorsque les dominants sentiront qu'ils ont l'obligation conjoncturelle de légitimer l'ordre juridique et les structures de domination politique et économique qu'ils ont mis en place ou qu'ils cherchent à instaurer. Cela étant dit, il ne faudrait pas non plus

oublier que certaines de ces règles (par exemple les règles de droits humains) peuvent dans certaines circonstances être utilisées à des fins de résistance de manière à faire en sorte que l'exploitation et la domination soient réalisées de manière moins violente et moins brutale. Pour l'universitaire qui écrit de son bureau de Montréal, cette formule peut paraître naïve et sans grand intérêt. Pour le prisonnier politique qui court le risque d'être torturé, elle doit prendre plus d'importance. Par ailleurs, cet article a également cherché à montrer que les juristes progressistes ont aussi parfois l'opportunité d'utiliser l'indétermination et les ambiguïtés inhérentes au droit international de manière à pervertir les règles et à faire en sorte que celles-ci aient un potentiel émancipateur que leurs rédacteurs ne leur avaient pas imaginé. Mais pour ce faire, il faut absolument se débarrasser des vieux réflexes positivistes, cesser de se cacher derrière des règles apparemment objectives et se lancer à la défense des subalternes.