

TRAITÉS DE VERRE : RÉFLEXIONS SUR L'INTERPRÉTATION

Jean-François Lévesque

Volume 19, numéro 1, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069150ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1069150ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lévesque, J.-F. (2006). TRAITÉS DE VERRE : RÉFLEXIONS SUR L'INTERPRÉTATION. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(1), 53–78. <https://doi.org/10.7202/1069150ar>

Résumé de l'article

L'interprétation des traités internationaux représente la première véritable étape de mise en oeuvre nécessaire à leur respect en tant que code de conduite et à leur application en tant que norme dans le cas d'un litige. Quoique les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* codifient la « règle générale » d'interprétation et ses moyens complémentaires, un certain flou demeure quant aux méthodes privilégiées par les différents acteurs, notamment la Cour internationale de justice, pour exécuter le texte. La théorie générale du signe et du langage fournit certainement une base théorique susceptible de circonscrire la nature de l'interprétation textuelle en général. Elle propose en effet que toute signification est composée de l'addition d'un signifiant perceptible à un signifié conceptuel et à un référent contextuel. Ainsi, malgré la nature itérative du signifiant, c'est-à-dire la propriété de se répéter dans différentes situations, tout changement de contexte en diffracte le sens premier, qui devient nécessairement la résultante d'un filtre culturel. En d'autres termes, il n'existe pas de texte parfaitement clair. Le droit est un phénomène social et ses règles ne sont valides que dans la mesure où leurs paramètres de conception et leur protocole de légitimation se révèlent accessibles et rigoureux. Si « *law is what States make of it* », il convient certainement de concevoir le traité comme un texte conventionnel au sens strict, c'est-à-dire basé sur des *conventions langagières* constituant davantage qu'un intermédiaire parfaitement transparent du signifiant au signifié. La science physique a depuis longtemps démontré que même le verre le plus limpide produit un effet de diffraction, un phénomène optique de déviation subtile des rayons lumineux. Par analogie, l'*itérabilité* du texte interdit conséquemment d'y rechercher explicitement et exclusivement l'intention du ou des destinataires de la norme. Redevenus sujets de droit une fois les amarres du traité larguées, les États parties se voient soumis au filtre de l'interprétation dont la *Convention de Vienne sur le droit des traités* fournit un cadre holistique certes pertinent, bien que partialement mis en oeuvre à ce jour.

TRAITÉS DE VERRE : RÉFLEXIONS SUR L'INTERPRÉTATION

Par Jean-François Lévesque*

L'interprétation des traités internationaux représente la première véritable étape de mise en œuvre nécessaire à leur respect en tant que code de conduite et à leur application en tant que norme dans le cas d'un litige. Quoique les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* codifient la « règle générale » d'interprétation et ses moyens complémentaires, un certain flou demeure quant aux méthodes privilégiées par les différents acteurs, notamment la Cour internationale de justice, pour exécuter le texte. La théorie générale du signe et du langage fournit certainement une base théorique susceptible de circonscrire la nature de l'interprétation textuelle en général. Elle propose en effet que toute signification est composée de l'addition d'un signifiant perceptible à un signifié conceptuel et à un référent contextuel. Ainsi, malgré la nature itérative du signifiant, c'est-à-dire la propriété de se répéter dans différentes situations, tout changement de contexte en diffracte le sens premier, qui devient nécessairement la résultante d'un filtre culturel. En d'autres termes, il n'existe pas de texte parfaitement clair. Le droit est un phénomène social et ses règles ne sont valides que dans la mesure où leurs paramètres de conception et leur protocole de légitimation se révèlent accessibles et rigoureux. Si « *law is what States make of it* », il convient certainement de concevoir le traité comme un texte conventionnel au sens strict, c'est-à-dire basé sur des *conventions langagières* constituant davantage qu'un intermédiaire parfaitement transparent du signifiant au signifié. La science physique a depuis longtemps démontré que même le verre le plus limpide produit un effet de diffraction, un phénomène optique de déviation subtile des rayons lumineux. Par analogie, l'*itérabilité* du texte interdit conséquemment d'y rechercher explicitement et exclusivement l'intention du ou des destinataires de la norme. Redevenus sujets de droit une fois les amarres du traité larguées, les États parties se voient soumis au filtre de l'interprétation dont la *Convention de Vienne sur le droit des traités* fournit un cadre holistique certes pertinent, bien que partialement mis en œuvre à ce jour.

The interpretation of international treaties represents the first true stage of their implementation, necessary to their respect as a code of conduct and their application as a norm in a case of litigation. Even if the articles 31 to 33 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* codify the “general rule” of interpretation and its complementary means, blurredness remains on the privileged methods of the different actors—notably the ICJ—to execute the text. The theory of sign and language provides a theoretical basis delimiting the nature of general textual interpretation. It proposes that each signification is composed by the addition of a perceptible signifier to a conceptual signified and a contextual referent. Thus, despite the iterative nature of the signifier—its property to repeat itself in different situations—each and every change of context diffracts its first meaning, which necessarily becomes the result of a cultural filter. In other words, there is no perfectly clear text. Law is a social phenomenon and its rules are only valid if their conception parameters and legitimating protocols are accessible and rigorous. If “*law is what States make of it*”, treaties appear to be conventional texts in a strict sense, which means they are based on *language conventions* that constitute more than a perfectly clear intermediary from the signifier to the signified. Physical science has demonstrated that even the most limpid of glasses produces an effect of diffraction, an optical phenomenon of slight deviation of the luminous rays. By analogy, the fact that a text is iterative precludes any quest for the explicit and exclusive intention of the transmitter of the norm. Once again becoming subjects of law when the treaty is cast off, the State parties are submitted to the filter of interpretation for which the *Vienna Convention on the Law of Treaties* provides a pertinent holistic frame, even if only partially put into practice to this day.

* Chercheur associé à la Chaire de recherche du Canada en politiques étrangère et de défense canadiennes (IEIM), Jean-François Lévesque est titulaire d'une maîtrise en droit international (LL.M. avec mention) de l'Université du Québec à Montréal. Il enseigne également la littérature au Collège de Saint-Jean-sur-Richelieu. Membre du Réseau francophone de recherche sur les opérations de paix (CÉRIUM), il s'est vu attribuer en 2006 une bourse de recherche du Consortium canadien sur la sécurité humaine, et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Canada).

– *Quand moi, j’emploie un mot, déclara Humpty Dumpty d’un ton assez dédaigneux, il veut dire exactement ce qu’il me plaît qu’il veuille dire... ni plus ni moins.*

– *La question est de savoir si vous pouvez obliger les mots à vouloir dire des choses différentes, répondit Alice.*

– *La question est de savoir qui sera le maître, un point c’est tout.*

– Lewis Carroll, *De l’autre côté du miroir* (1872).

L’intention première du célèbre auteur d’*Alice au pays des merveilles* n’était certainement pas de fournir une piste de réflexion sur des enjeux de droit. Néanmoins, le lecteur averti décèlera chez Lewis Carroll, et plus particulièrement dans Humpty Dumpty, une métaphore révélatrice de deux de ses particularités fondamentales. D’abord, tel que le révèle l’épigramme, le personnage est obsédé par le rapport arbitraire entre les mots et les objets, leur réconciliation s’établissant de son point de vue par une relation de pouvoir. Ensuite, la nature du personnage – un œuf – incarne une aporie ostensible : une créature à la fois née et en gestation, à la fois actuelle et latente.

Ramenées au droit international, ces deux particularités se retrouvent étonnamment au centre de la théorie de l’interprétation des traités. Inscrites dans le langage, littéralement « codifiées », les normes juridiques sont à la fois actuelles et latentes. Elles existent dans le texte, mais leur sens est virtuel, soumis à l’ambiguïté intrinsèque du langage et aux jeux d’influence entre les instances qualifiées pour l’interpréter. La nature horizontale du système international soumet le droit à la volonté de ses acteurs – producteurs de droit et objets de droit, ils sont à la fois le peintre et sa toile – et les traités sont le plus souvent compris comme l’expression de cette volonté. En cas de litige, toutefois, il apparaît clairement qu’un écart peut exister entre l’intention première du destinataire et l’expression textuelle en faisant foi.

Cet article s’intéressera à l’interprétation des traités en deux parties. D’abord, la théorie générale du signe et du langage fournira un cadre théorique susceptible d’appréhender le traité en tant que texte, c’est-à-dire comme un système formé d’un ensemble de signifiants perceptibles, renvoyant à des signifiés conceptuels, et à des référents contextuels. À ces quelques principes de sémiotique se grefferont l’objet et les méthodes de la déconstruction, qui permettront une appréhension des antinomies de la pensée juridique et de son logocentrisme inhérent.

Ensuite, les traités en tant que source du droit international public seront abordés dans leur cadre théorique traditionnel, selon les modes et les méthodes d’interprétation habituels, mais également de façon critique, en regard de leurs hiérarchies constitutives et de leur indépendance significative potentielle.

Nous verrons enfin que si la jurisprudence tend vers une préférence manifeste pour l'approche textuelle, une méthode d'interprétation plus globale serait propre à éviter – malgré une complexité accrue dépassant le seul instinct ou le simple bon sens – les dilemmes récurrents entre objectivistes et subjectivistes, utopistes et apologistes, textualistes et contextualistes, et de permettre un règlement plus efficace des différends.

I. Signe, langage et droit international

[L]a finalité de l'écriture est politique et non théorique.

- Jacques Derrida, *De la grammatologie* (1967).

Avant de s'attarder spécifiquement à l'interprétation des traités, il convient de se doter des bases épistémologiques générales du signe et du langage. Après avoir présenté les concepts nécessaires à une analyse sémiotique et déconstructiviste, nous nous intéresserons à leurs deux pratiques principales que sont l'inversion des hiérarchies et l'indépendance significative du texte. Les quelques propositions émanant de ce survol seront considérées en regard du droit international, à travers ses antinomies et son logocentrisme.

A. Sémiotique et déconstruction

La sémiotique et la déconstruction, souvent confondues, forment deux cadres d'analyse distincts, mais interdépendants, dans la mesure où la première, nécessaire à la seconde, est apparue au milieu du XIX^e siècle avec les travaux de son fondateur, l'Américain Charles Sanders Peirce¹. Il faut attendre plus d'un siècle pour que Jacques Derrida systématisé, sous l'influence des travaux de Peirce et du linguiste français Ferdinand de Saussure², la pratique qui le rendra célèbre³.

1. PRINCIPES DE SEMIOTIQUE

Définie comme l'étude des signes et des systèmes de signification, la sémiotique avance que le langage est une institution sociale composée d'un système

¹ Pour un tour d'horizon de l'apport théorique de l'auteur : Charles S. Peirce, *Peirce on Signs: Writings on Semiotics*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1991.

² L'ouvrage incontournable sur le sujet : Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Bibliothèque scientifique, Paris, Payot, 1972.

³ Pour un tour d'horizon rapide de l'évolution de ces deux mouvements, voir le début de l'article suivant : Jack M. Balkin, « The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics » (1990) 44 U. Miami L.Rev. 1119 à la p. 1119 [Balkin, « The Hohfeldian Approach »].

de signes arbitraires et conventionnels, dont la signification ne serait accessible qu'à travers les relations mutuelles et diachroniques entre les signes eux-mêmes⁴.

Trois concepts entrent ainsi en relation dans le processus de signification. Le *signifiant*, d'abord, qui constitue l'élément matériel et perceptible de la communication; ensuite, le *signifié* qui constitue son élément conceptuel, auquel renvoie le signifiant; enfin, le *réfèrent* qui implique l'élément contextuel à prendre en compte pour jauger adéquatement la signification, celui-ci affectant à la fois la dénotation du concept – son élément invariant et non subjectif – et sa connotation – son élément subjectif⁵.

Pour assurer une adéquation la plus exacte possible entre l'intention du destinataire et la perception du destinataire, ceux-ci devraient certainement partager un code commun, mais également des référents communs. C'est d'ailleurs cette dernière condition qui incarne l'une des embûches principales à toute communication absolument claire, les référents se révélant forcément culturels, et donc sujets à une lecture divergente selon l'écart entre le contexte de l'émission et celui de la réception. *Grosso modo*, « *semiotic inquiry is designed to “demystify” the products of culture, and show their conventional and ideological nature* »⁶.

L'écriture, substitution du signifiant au signifié, consiste ainsi en une médiation entre les expériences d'émission et de réception du texte, permise par une qualité communicationnelle du signe : son potentiel itératif. Nous nommerons ce potentiel, à l'instar de Derrida, l'*itérabilité* du signifiant, c'est-à-dire la possibilité d'emploi du signe dans différents contextes.

2. OBJET DE LA DECONSTRUCTION

Issue de la sémiotique et conçue en tant que réponse aux structuralistes qui ne concevaient la pensée individuelle qu'à partir de sa relation aux pressions sociales, voire linguistiques, dominantes et inconscientes, la déconstruction présente une volonté d'émancipation des individus face aux structures sociolinguistiques dans lesquelles ils évoluent. Toutefois, contrairement aux structuralistes, les déconstructivistes affirment que ces structures ne sont ni stables ni universelles. Considérée comme une approche antihumaniste puisqu'elle réfute l'autonomie véritable de l'individu, la déconstruction contribue d'ailleurs davantage à une pratique

⁴ Définition librement adaptée de Saussure, *Cours de linguistique*, *supra* note 2 aux pp. 33, 112-113, 138-140.

⁵ Par exemple, un signifiant « souveraineté », perçu ici dans sa forme scripturale, renvoie à un signifié qui est le « principe abstrait d'autorité suprême dans le corps politique ». Selon le contexte dans lequel le signifiant est employé, le réfèrent pourra teinter la signification de façon méliorative ou péjorative. Ainsi, la souveraineté n'aura pas la même « charge subjective » pour un diplomate américain que pour un politicien irlandais. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si ce terme est pratiquement banni des autorités fédérales canadiennes, qui lui préféreront le signifiant « séparatisme » pour parler de l'allégeance indépendantiste québécoise. Il est intéressant de noter que ce qui gêne dans ce cas n'est d'ailleurs pas tant la dénotation du signifiant que sa connotation, c'est-à-dire son potentiel « émotif ».

⁶ Balkin, « The Hohfedian Approach », *supra* note 3 à la p. 1136.

qu'à une position philosophique, dont l'objectif primaire est de révéler l'influence et les rouages des forces culturelles en action.

En s'intéressant particulièrement aux connexions existant entre l'intention d'un acteur et l'énoncé résultant du processus de communication, les déconstructivistes montrent l'impénétrabilité, la mutabilité et l'incohérence de tout texte⁷ et stipulent que toute signification n'est qu'interprétation.

La perspective déconstructiviste émerge certes d'une revendication philosophique sur le langage, mais se déploie de façon pragmatique par des techniques de lecture du texte qui seront présentées ultérieurement. Il convient néanmoins de revenir sur l'un des concepts centraux de toute la démarche qui est l'*itérabilité* du signe ou sa capacité de récurrence dans un contexte nouveau. À la fois mutable et immuable, le signe évolue au fil des contextes, porteur à la fois d'un sens contextuel et ponctuel, et du « fantôme » – de la *trace* – de ses significations latentes. Une signification contextuelle donnée se démarque ainsi des autres significations potentielles par une relation d'altérité, où l'absence – la trace – importe autant que la présence – le signifiant. S'il est vrai que « l'*itérabilité* altère », c'est tout simplement que la répétition d'un texte dans un nouveau contexte change forcément sa signification. La déconstruction s'intéressera ainsi aux caractéristiques figuratives et rhétoriques du texte, aux relations inopinées entre ses différentes parties, ainsi qu'à la polysémie intrinsèque du langage.

Un second concept incontournable, découlant des remarques précédentes, est sans nul doute celui de la *différance*⁸. Écrit avec un « a », le mot réfère à la relation entre deux concepts qui sont mutuellement dépendants et mutuellement différenciés, celle s'établissant par exemple entre le signe et sa trace.

Si l'on reconnaît la différence comme l'origine oblitérée de l'absence et de la présence, [...] la *différance* dans son mouvement actif – ce qui est compris, sans l'épuiser, dans le concept de *différance* – est ce qui non seulement précède la métaphysique, mais aussi déborde la pensée de l'être.⁹

En conceptualisant la temporalité dans la *différance*, Derrida conçoit le langage – et nous pourrions dire par extension le droit, ce dernier ne sachant s'instituer autrement que dans le langage – tel « un *processus* de connaissance comme pouvoir »¹⁰ [Nos italiques].

⁷ Dans l'optique postmoderne, le mot *texte* est à prendre au sens large, et non seulement linguistique. Du point de vue de Derrida, l'ensemble des relations sociales constitue un texte qu'il convient de déconstruire. Selon sa formule célèbre (et galvaudée?) : « il n'y a pas de hors-texte ».

⁸ Derrida inscrit simultanément dans ce terme la triple signification que prend le verbe *différer* dans la langue française : être différent, remettre à plus tard, éloigner.

⁹ Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Critique, Paris, Minuit, 1967 à la p. 206 [Derrida, *De la grammatologie*].

¹⁰ Jim George, *Discourses of Global Politics: A Critical (Re)introduction of International Relations*, Boulder, Lynne Rienner, 1994 à la p. 216, tel que cité dans Isabelle Masson,

La déconstruction avance ainsi que les oppositions propositionnelles doivent être considérées consubstantiellement, tout choix entre deux termes s'avérant fallacieux. En tant que strict concept philosophique, le *dilemme* consiste effectivement en un « type de raisonnement qui, sur la base d'une disjonction entre deux (ou plusieurs) cas possibles dont chacun autorise une certaine inférence, conduit à une conclusion qui est valable en tout état de cause »¹¹. L'anecdote suivante sert habituellement à illustrer la nature véritable du dilemme. À un élève l'interrogeant sur la pertinence de la réflexion philosophique, Aristote répondit ceci : « Il est obligatoire soit de philosopher, soit de ne pas philosopher; pour savoir s'il est obligatoire de philosopher, il faut philosopher; pour savoir s'il est obligatoire de ne pas philosopher, il faut encore philosopher; il est donc obligatoire de philosopher »¹².

Le dilemme entre consentement et justice, par exemple, pose à peu près le même type de logique : dans la mesure où il propose un choix originel fallacieux, le droit ne saurait se départir de l'une ou l'autre des deux options nécessaires pour fonder à la fois sa concrétude et son autorité. Le droit ne saurait également se détourner de l'autorité comme le firent à l'époque les existentialistes qui se détournèrent du divin. De plus, ne faire reposer la justice que sur la volonté des hommes revient à accorder au libre arbitre une confiance dont l'histoire nous rappelle de nous méfier.

Depuis un siècle, nos codes juridiques, jadis minces, ont doublé de volume, puis triplé, quadruplé. À mesure que la justice se compliquait, elle semblait plus exigeante, de sorte qu'il fallut multiplier les lois. En cours de route, il se produisit quelque chose de particulier : *nos langues se révélèrent incapables de formuler des concepts absolus*.¹³ [Nos italiques]

Un véritable droit international ne saurait donc se contenter des pôles traditionnels de l'ordre libéral.

3. INVERSION DES HIERARCHIES

La première pratique de la déconstruction est celle qui consiste à inverser les hiérarchies privilégiées dans un contexte culturel donné. Considérée comme un moyen de découverte intellectuelle, cette pratique vise à dépasser le privilège occidental de la *présence* (ce qui est matériel) sur l'*absence*, en rendant à cette absence une place déterminante dans le processus de signification.

Comme nous l'avons vu, l'*itérabilité* d'un signe – sa capacité à se répéter dans différents contextes – est l'une des nécessités de la communication, toute pensée

« Poststructuralisme/Postmodernisme » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations internationales : théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002, 136 à la p. 136.

¹¹ Sylvain Auroux, dir., *Encyclopédie philosophique universelle II : les notions philosophiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, s.v. « dilemme ».

¹² Gérard Durozoi et André Roussel, *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Nathan, 1990 à la p. 97.

¹³ John R. Saul, *Les bâtards de Voltaire : la dictature de la raison en Occident*, Paris, Payot, 2000 à la p. 404.

ne pouvant s'exprimer par un signe exclusif. L'inversion des hiérarchies cherche ainsi à démontrer la dépendance mutuelle entre présence et absence (par exemple, entre identité et altérité ou entre oralité et écriture¹⁴) afin d'amener la signification au niveau de la *différance*. En considérant ainsi la trace – une métaphore illustrant l'effet du concept opposé sur le concept étudié – et la *différance* comme un jeu de différence et de dépendance entre deux concepts opposés, la déconstruction témoigne de la dynamique du langage et de la nature structurelle des priorités de signification. « *The history of ideas [...] is not the history of individual conceptions, but of favoured conceptions held in opposition to disfavoured conceptions* »¹⁵.

En d'autres mots, le langage nous parle autant que nous le parlons et l'analyse des oppositions conceptuelles vise à révéler comment un terme a été « privilégié » au détriment d'un autre, obligeant ainsi à repenser les relations langagières pour montrer les similarités entre les signes – la similarité fondamentale se situant au niveau de leur nature sémiotique – et leur dépendance conceptuelle, même cachée.

4. INDEPENDANCE SIGNIFICATIVE DU TEXTE

La seconde pratique tend à infirmer un *a priori* coriace, celui selon lequel un texte représente l'intention de son auteur. Nous verrons notamment que cette pratique aura des incidences importantes lorsque nous considérerons l'interprétation des traités internationaux dans la mesure où « *the strong hold that the theory of authorial intent has upon legal thinkers probably arises from its association with the principle of the Rule of Law* »¹⁶.

Nous avons déjà vu que l'écriture est une transmission spatiale et temporelle de signifiants, ce qui suppose que l'auteur n'est plus présent pour corriger les interprétations déviantes ou erronées dans les différents contextes de réception. Le but de l'interprétation sera ainsi de séparer la lecture *correcte* de la lecture *incorrecte* du texte, le signe ne pouvant être utilisé que dans la mesure où il peut se séparer de l'intention de l'auteur – devenir public – et proposer une signification potentiellement intersubjective¹⁷.

L'insistance sur le « libre jeu » du texte tend ainsi à promulguer son indépendance significative, du fait de l'*itérabilité* du signe que nous avons évoquée, et à le concevoir dans une relation de *différance* entre le sens contextuel de la réception et le sens intentionnel de l'émission. La déconstruction accorde en pratique la primauté au texte lu sur le texte écrit, la préséance du signifiant sur le signifié. « *Derrida seeks to understand the gap between what the author commands by h[is]*

¹⁴ Voir les chapitres que Derrida consacre à cet exercice à partir des textes de Rousseau et Lévi-Strauss : Derrida, *De la grammatologie*, supra note 9 aux pp. 149-202.

¹⁵ Jack M. Balkin, « Deconstructive Practice and Legal Theory » (1987) 96 Yale L.J. 743 à la p. 756 [Balkin, « Deconstructive Practice »].

¹⁶ *Ibid.* à la p. 777.

¹⁷ « *The materials of the law – cases, constitutions, and statutes – take on new meanings as legal contexts change. [...] The history of the law is iteration* ». *Ibid.* à la p. 779.

language and what the language performs – the uncontrollable incongruity in human language and thought »¹⁸.

Ainsi, nous verrons que la véritable condition de la règle de droit est l'*itérabilité* de la norme, ce qui suppose une prépondérance du signe sur l'intention du destinataire, où évidemment le sens mais également l'utilité du texte demeurent essentiellement une construction.

B. Déconstruction¹⁹ et droit international

La déconstruction est utilisée en droit comme une méthode pour critiquer la doctrine juridique, montrer que les arguments sont influencés par l'idéologie et offrir une nouvelle stratégie interprétative. En insistant sur l'instabilité et l'indétermination des doctrines juridiques et des idéologies politiques, la déconstruction suppose que toutes les significations sociales et tous les textes ont des sens potentiellement contradictoires. De ce point de vue, la justice présente les caractéristiques d'une expérience impossible, voire d'une aporie²⁰.

Issues du même courant postmoderne et carburant aux mêmes concepts, les *Critical Legal Studies* (CLS) cherchent à éclairer le caractère politique du droit, à démontrer que l'idéologie juridique repose sur des présupposés de « fausse nécessité » des structures juridiques et sociales, et à prouver que certaines doctrines sont incohérentes. Le problème potentiel commun à la déconstruction et aux CLS est déjà apparent : à partir du moment où « *all law is politics* » et où « *all law is rhetoric* », les outils analytiques peuvent servir à démolir la pensée libérale... et son inverse!

Le plus célèbre texte de Martti Koskenniemi²¹ s'inscrit en droite ligne dans la postmodernité des travaux des CLS selon laquelle « il s'agit, d'abord, d'exposer les dichotomies et de renverser les hiérarchies qui composent un discours [privilegié] et, ensuite, de délier les oppositions binaires qui le fondent »²². C'est donc à la construction rhétorique, sociale et idéologique des sources du droit international que

¹⁸ *Ibid.* à la p. 796.

¹⁹ Bien que ce ne soit pas l'objectif du présent ouvrage, le lecteur intéressé par une application de la déconstruction comme méthode argumentaire pourra se référer à l'article suivant : Duncan Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument » dans *Academy of European Law*, dir., *Collected Courses of the Academy of European Law 1992*, vol. 3, n° 2, La Haye, Kluwer Academic, 1994, à la p. 309.

²⁰ « *An address is always singular, idiomatic, and justice, as law (droit), seems always to suppose the generality of a rule, a norm or a universal imperative. How are we to reconcile the act of justice that must always concern singularity, individuals, irreplaceable groups and lives, the other or myself as other, in a unique situation, with rule, norm, value or the imperative of justice which necessarily have a general form, even if this generality prescribes a general form, even if this generality prescribes a singular application in each case?* » Jacques Derrida, « Force of law » (1990) 11 *Cardozo L. Rev.* 920 à la p. 947, tel que cité dans Elisabeth Weber, « Deconstruction is Justice » (2005) 6 *German L.J.* 179 à la p. 180.

²¹ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers Publishing Company, 1989.

²² Masson, « Postmodernisme », *supra* note 10 à la p. 138.

l'auteur s'intéressera, et non à d'éventuelles solutions aux paradoxes et autres culs-de-sac intellectuels qu'il aura pris soin de relever au fil de son argumentation.

Bien que développée à travers une série de concepts aux apparences plutôt abstraites, la thèse de Koskenniemi se révèle plutôt simple. À partir du moment où la théorie des sources constitue « *an attempt to reconcile the law's concreteness with its normativity* »²³, il s'agit de démontrer que la structure du discours relatif aux sources présente une opposition entre des conceptions *ascendante* et *descendante* du droit international, « *by reference to the tension between a consensual and a non-consensual understanding of what sources doctrine is about* »²⁴. Ce qu'il qualifie de conception ascendante résulte d'une base consensuelle des sources du droit, donnant lieu à une interprétation de type apologique, tendant à justifier le droit par la seule volonté des États. La conception descendante, par contre, résulte d'une base non consensuelle des mêmes sources, se soldant par un argument de type utopique et considérant le droit comme la mise en œuvre de normes fondamentales.

*[T]wo strands of arguments, or rather two movements, characterize modern sources discourse. One starts from an ascending justification and proceeds so as to deny it in application. The movement is from pure consent into something more, or other, than it. A second strand starts with a descending, non-consensual theory of binding force and moves to demonstrating its correctness by its closeness to consent. The strands are vigorously opposed and accuse each other, respectively, of apologism and utopianism. But their movement is towards the same point; the point at which justice emerges with consent to create a norm which would be both concrete and normative.*²⁵ [Nos italiques]

Cette perception antinomique entre consentement et justice incarne l'aporie à laquelle Koskenniemi s'attaquera principalement, dans l'esprit des querelles classiques entre les naturalistes et les positivistes. De l'avis même de Kelsen qu'il cite, « toute théorie des "sources" n'est qu'une paraphrase de la théorie bien connue de l'autolimitation de l'État, suivant laquelle l'État ne pourrait être obligé que par sa propre volonté »²⁶.

Il importera donc de fixer une limite. Si la déconstruction, comme nous l'avons vu, se pense en termes d'émancipation de l'individu sur les structures sociolinguistiques, elle devra à tout prix s'interdire de déconstruire jusqu'à l'injustice, l'incohérence et l'impraticabilité du droit²⁷.

²³ Koskenniemi, *supra* note 21 à la p. 264.

²⁴ *Ibid.* à la p. 267.

²⁵ *Ibid.* à la p. 269.

²⁶ Voir, Hans Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », (1926-IV) 14 Rec. des Cours 227 à la p. 285; tel que cité dans *ibid.* à la p. 270.

²⁷ Le système actuel propose déjà un garde-fou pertinent à de tels dérapages en instituant le *consentement* comme critère général ultime d'existence du droit. L'article 38 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*], stipule en effet l'*acceptation* de la coutume et la *reconnaissance* des principes généraux de droit. « [R]ules can be considered as "objective" – in the sense that they are both normative and

1. ANTINOMIES DE LA PENSÉE JURIDIQUE

Une lecture même rapide de quelques auteurs issus des CLS permet de constater que le droit est porteur de contradictions épistémologiques internes. L'une de ces principales contradictions oppose l'obligatoire *légalité* du droit – la présence de règles et de techniques – et sa *légitimité* – son potentiel légal fondé sur des tensions assurant la dynamique de politisation du droit. C'est pourquoi l'objectivité tant réclamée des sources du droit ne se conçoit qu'à travers deux standards apparemment contradictoires mais consubstantiels : d'abord leur *concrétude*²⁸ par le biais d'un consensualisme vérifiable dans l'action des États; ensuite leur *normativité*²⁹, forcément non consensuelle puisque opposable et contraignante. Cette tension entre la pratique et les principes, que Koskenniemi qualifie d'apologisme et d'utopisme, témoigne des deux qualités significatives et itératives d'une norme : assez générale pour être normative et assez déterminée pour être concrète.

Il esquisse ainsi un cercle vicieux auquel les juristes sont incapables d'échapper, les naturalistes tendant vers le positivisme quand vient le temps de justifier la concrétion de leurs normes et les positivistes tendant vers le naturalisme quand vient le temps de justifier leur caractère *contraignant*.

*Consensualism is needed because this seems the only way to guarantee the law's concreteness. Non-consensualism seems needed to provide for its binding force. And yet, both positions seem to exclude each other.*³⁰



Figure 1

Le gestaltisme, également appelé théorie psychologique de la forme, fournit un exemple qui nous semble à cet égard plus éloquent que le cercle vicieux auquel Koskenniemi réfère pour illustrer son point. Le phénomène de *différenciation figure-fond* révèle l'incapacité de notre système perceptif à choisir entre deux perceptions visuelles d'un même stimulus. La *Figure 1* en est l'exemple typique : le cerveau humain se révélant capable de distinguer le vase et les visages alternativement, mais jamais simultanément, chacune des deux perceptions étant néanmoins

concrete – only if they are valid, i.e. have come into existence through the right process of law-making ». Dencho Georgiev, « Politics or Rule of Law: Deconstruction and Legitimacy in International Law » (1993) 4 E.J.I.L. 1 à la p. 8. La façon d'appréhender ce consentement reste malheureusement à préciser dans l'état actuel des choses.

²⁸ « [L]aw has to come into existence in accordance with certain procedures which are recognized as necessary for the generation of law and which provide the criterion for the verifiability of the validity of legal rules ». Georgiev, *ibid.* à la p. 3.

²⁹ « [R]ules remain valid and applicable not just until state practice, will or preferences have changed, but even until such time as the rules themselves have been changed in accordance with the necessary procedures ». *Ibid.*

³⁰ Koskenniemi, *supra* note 21 à la p. 281.

nécessaire à l'existence de l'autre. C'est davantage cette incapacité à considérer simultanément la dualité constitutive du droit qui nous intéresse et non une relation de cause à effet présente dans le concept de cercle vicieux. La concrétude et le caractère contraignant sont consubstantiels au droit.

En matière d'interprétation des traités, Koskeniemi relève de plus le même type de réserve, toute interprétation se révélant soit objective ou subjective, mais jamais les deux à la fois, une autre illustration du dilemme entre consentement et justice que nous avons évoqué précédemment.

*According to a subjective approach, treaties bind because they express consent. An objective approach assumes that they bind because considerations of teleology, utility, reciprocity, good faith or justice require this. The history of the doctrine of treaty interpretation is the history of the contrast between these two approaches.*³¹

L'interprétation des traités se résume ainsi essentiellement dans l'équilibre fluctuant entre les trois points qui forment un triangle formé de la *signification normale* des termes du traité, de l'*intention originale* des parties au traité et du *principe supérieur* apparenté à la notion de justice. En clair, cet apparent dilemme renvoie à la tension fondamentale entre la loi et la justice.

La justice apparaît dès lors comme un paradoxe, et non un idéal transcendant, qui manifeste une interdépendance entre le droit et la politique. Tout système juridique est en conséquence paradoxal. Pour utiliser une métaphore tirée de la navigation, la véritable justice se présente comme l'azimut – la direction réelle – et non le cap – la direction ponctuelle tenant compte de la dérive³². La déconstruction aura donc comme objet de corriger éventuellement le cap, mais non l'azimut, puisque « *it is the use of the ideal and not the ideal itself that should be the object of deconstruction* »³³.

Les nombreux dilemmes caractéristiques du droit international le fondent comme un système de différences, à la fois contingentes et manipulables, comme une construction sociale dans laquelle les éléments se jouxtent dans un processus mutuellement constitutif. « *Because doctrine, rules and behaviour are mutually constitutive it makes little sense to look for their "reality" elsewhere – that is to say outside their mutual co-constitutive relationship* »³⁴.

³¹ *Ibid.* à la p. 291.

³² En d'autres termes, « *the disagreement over interpretation can be viewed as one of means rather than ends* ». Michael S. Straubel, « Textualism, Contextualism, and the Scientific Method in Treaty Interpretation: How Do We Find the Shared Intent of the Parties » (1993-1994) 40 Wayne L. Rev. 1191 à la p. 1194.

³³ Georgiev, *supra* note 27 à la p. 4.

³⁴ *Ibid.* à la p. 5.

Le droit international, d'un point de vue déconstructiviste, n'existe pas en soi. Il résulte de l'interdépendance dynamique de sa *croyance*, de son *existence* et de sa *valeur*.

2. LOGOCENTRISME ET DROIT INTERNATIONAL

Nous avons évoqué précédemment la potentialité du texte de se passer de l'intention du destinataire pour s'inscrire dans un jeu sémiotique véritablement libre au fil des changements contextuels de la réception. Ainsi conçus, les concepts juridiques se révèlent essentiellement des concepts linguistiques qui résultent d'un système de différence. Les changements de sens légal au fil des contextes interprétatifs révéleront des potentialités compétitives, entre autres à cause de l'ontologie différenciée des interprétants. En effet, étant donné la nature arbitraire du droit, un juge, un diplomate, un militaire et un négociateur auront nécessairement des filtres différents de lecture du texte juridique. « *Just as reality is shaped and created by language, so too legal and political reality is shaped and created by mutually defined legal and political rights, powers, and duties* »³⁵.

Ramenés à leur pure essence linguistique, les concepts juridiques et politiques s'avèrent des produits arbitraires et conventionnels. « *The intent theory and a theory of free play must coexist in an uneasy alliance in which neither can be master nor servant. The relation of difference between them prevents either from serving as an originary ground of interpretative practice* »³⁶.

Bref, la déconstruction propose un outil pragmatique et non programmatique, insistant sur la nécessité de jugements contextuels et non généraux qui réfutent l'aphorisme selon lequel « *law is what the judge had for breakfast* ». Le droit est un phénomène social et ses règles ne sont valides que dans la mesure où leurs paramètres de conception et leur protocole de légitimation le sont également, que celles-ci soient codifiées ou non³⁷. Dans l'esprit de ce qu'Alexander Wendt affirmait sur la nature anarchique du système international³⁸, en quelque sorte « *law is what states make of it* »³⁹.

³⁵ Balkin, « The Hohfeldian Approach », *supra* note 3 à la p. 1124.

³⁶ Balkin, « Deconstructive Practice », *supra* note 15 à la p. 790.

³⁷ « [T]hrough the concreteness of the law-making process "abstract" rules acquire actual and not just imagined validity ». Georgiev, *supra* note 27 aux pp. 5-6.

³⁸ Alexander Wendt, « Anarchy is What States Make of It: the Social Construction of Power Politics » (1992) 46:2 *International Organization* 391.

³⁹ En d'autres termes, « "[d]econstruction is justice", since it calls for an untiring, in principle infinite, because never "finished", analysis of the philosophical heritage and its juridico-political systems, an analysis that is inseparable from an equally infinite responsibility ». Weber, « Deconstruction is Justice », *supra* note 20 à la p. 184.

II. L'interprétation des traités

[L]aw is the decisional responses to claims arising out of social interactions.

– Peter J. Liacouras, « The International Court of Justice and Development of Useful “Rules of Interpretation” in the Process of Treaty Interpretation » (1965).

Comme nous l'avons évoqué précédemment, étant donné la nature polysémique du langage, la question de l'interprétation pose de nombreux défis en soi. Cette remarque implique que, lorsque appliquée à un domaine comme celui de la justice, ces défis se révèlent potentiellement lourds de conséquences.

Après avoir situé brièvement les traités parmi les autres sources du droit international, nous nous pencherons plus spécifiquement sur la théorie de l'interprétation par le biais de sa définition, ainsi qu'une présentation de ses différents modes et de ses principales méthodes d'exécution. Un regard sur la jurisprudence internationale en la matière nous permettra de cerner à la fois la naissance étrange et la vie schizophrénique des traités⁴⁰ qui évoquent en quelque sorte un miroir reflétant les caractéristiques du système juridique où, comme nous l'avons vu, la normativité des règles importe autant que leur légitimité.

A. Les traités : sources du droit international public

Le droit international présente de nombreuses particularités susceptibles de le distinguer du droit interne. Sa structure de type *horizontal*, basée sur la collaboration des sujets – essentiellement les États – en représente deux des principales, surtout lorsqu'elles sont comparées aux régimes nationaux fondés sur une structure de type *vertical*, basée sur la *subordination* des personnes morales. Une troisième particularité du régime international repose certainement sur les *sources* du droit, malgré qu'elles fassent toujours l'objet de nombreuses discussions, sinon de critiques radicales.

L'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*⁴¹ prévoit quatre sources principales afin de permettre la réalisation de sa mission qui consiste à « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis »⁴². Notons d'abord (a) « les conventions internationales [...] établissant des règles expressément reconnues par les États en litige »⁴³ et procédant directement de la norme *pacta sunt servanda*; ensuite (b) « la coutume internationale comme preuve

⁴⁰ David J. Bederman, « Revivalist Canons and Treaty Interpretation » (1993-1994) 41 UCLA L. Rev. 953 à la p. 954.

⁴¹ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T. Can 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art. 38.

⁴² *Ibid.*, art. 38(1).

⁴³ *Ibid.*, art. 38(1)a).

d'une pratique générale »⁴⁴ et témoignant d'une *opinio juris*; troisièmement (c) « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁴⁵; et enfin (d) « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations »⁴⁶.

Puisqu'elle découle de pratiques séculaires et inscrites dans les premières bribes des relations entre les acteurs westphaliens⁴⁷, la codification de ces sources tente de réunir deux aspects à la fois complémentaires et potentiellement conflictuels : l'essence contraignante de normes reconnues par tous⁴⁸, et la nature changeante d'un système international dont la pierre d'assise demeure encore à ce jour la souveraineté des États. Les traités, dont l'une des principales fonctions est d'assurer la stabilité des relations internationales⁴⁹, proposent dès lors un régime de *jus aequum* et non de seul *jus strictum*.

Étant donné la nature encore éminemment anarchique du système, les traités se révèlent le produit combiné d'un triple droit : de réciprocité, d'abord, vu leur nature consensuelle; de coordination, ensuite, parce que institutionnalisés; et de puissance, enfin, l'acteur le plus influent décidant encore en pratique de leurs orientations concrètes⁵⁰. Puisque « [t]he existence of a legal text or norm is evidence of a commitment to the relationship embodied therein »⁵¹, le droit repose sur une double rationalisation, à la fois dépendante et différenciée : le statut *juridique* que leur accordent leurs assises doctrinales et le statut *politique* qu'oblige leur flexibilité, étant donné la nature changeante du système et le nécessaire jeu de négociation qui en découle.

De par cette consubstantialité, et pour rejoindre les propos tenus précédemment, le droit des traités incarne inévitablement un système de différence.

Le débat entre l'objectivité et la subjectivité des sources représente d'ailleurs l'une des pierres d'achoppement que nous nous chargerons d'identifier. Contentons-nous pour l'instant de dire que si tout un pan théorique considère les normes

⁴⁴ *Ibid.*, art. 38(1)b).

⁴⁵ *Ibid.*, art. 38(1)c). Le concept de « nations civilisées » permet, en ce qui a trait aux sources doctrinales, d'indiquer « les nations les plus représentatives, du point de vue de leur maturité juridique ». Francesco Capotorti, « Cours général de droit international public » (1994) 248 Rec. des Cours 9 à la p. 125.

⁴⁶ *Supra* note 41 à l'art. 38(1)d).

⁴⁷ « [L]a nature de la codification internationale [...] consiste dans la formulation, par des conventions multilatérales spéciales, du texte de normes internationales, qui avaient été introduites le plus souvent dans l'ordre juridique par des coutumes générales. [...] Chaque expérience de codification est devenue un processus de réexamen du droit international préexistant ». Capotorti, *supra* note 45 aux pp. 114-115.

⁴⁸ « [T]he relevance of international law, even its character as law depends on whether or not such States are bound by it ». Koskeniemi, *supra* note 21 à la p. 281.

⁴⁹ Kenneth J. Vandeveld, « Treaty Interpretation from a Negotiator's Perspective » (1988) 21 Vand. J. Transnat'l L. 281 à la p. 283.

⁵⁰ Georg Schwarzenberger, « Myths and Realities of Treaty Interpretation » (1968-1969) 9 Va. J. Int'l L. 9 à la p. 16.

⁵¹ Ian Johnstone, « Treaty Interpretation: the Authority of Interpretive Communities » (1990-1991) 12 Mich. J. Int'l L. 372 à la p. 419.

internationales comme une « réalisation de la justice par le droit »⁵² – dans une approche doctrinale de type idéaliste –, de nombreux auteurs se sont chargés de rappeler que celles-ci découlent en réalité d'un « rapport de forces »⁵³, qui ne constitue d'ailleurs pas un frein absolu à la réalisation d'un cadre normatif efficace, et la prise en charge des relations internationales contemporaines⁵⁴.

Véritable œuvre d'art juridique plutôt que simple mécanique, l'interprétation des traités pose deux questions fondamentales : qui peut interpréter? comment interpréter?

B. La théorie de l'interprétation

Interpretation is never a presuppositionless grasp of something given [for] that which at first is there [in a text] is nothing but the natural, undiscussed fore-opinion of the interpreter.

- Heidegger cité dans Straubel, « Textualism, Contextualism, and the Scientific Method in Treaty Interpretation: How Do We Find the Shared Intent of the Parties » (1993-1994).

De façon générale, deux conceptions de l'interprétation des traités reviennent chez les différents auteurs s'étant penchés sur le sujet. L'interprétation comme *connaissance* d'abord, c'est-à-dire la conception d'une signification latente qu'il convient de découvrir à travers une méthode la plus rigoureuse possible, et l'interprétation comme *volonté*, c'est-à-dire la conception d'une signification potentielle et intersubjective dont la légitimité reposera sur un protocole le plus ouvert et le plus transparent possible.

Cette première remarque posée, une autre dualité apparaît rapidement. L'interprétation a-t-elle comme objectif de faire appliquer la volonté des parties signataires, ou de résoudre un différend entre deux ou plusieurs de ces parties⁵⁵? Cette question revient à s'intéresser à la double fonction de l'interprétation, c'est-à-dire celle de rechercher la *volonté des parties*, nécessairement subjective, et celle de choisir le *sens du droit*, un sens plausible et non objectif étant donné la nature textuelle du traité. Comme nous l'avons évoqué, l'indépendance significative du texte

⁵² Monique Chemillier-Gendreau, « L'équité » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Droit international : bilan et perspectives*, vol. 1, Paris, A. Pedone, 1991, 283 à la p. 290.

⁵³ *Ibid.* à la p. 293.

⁵⁴ « [G]iven the manner in which the international political order is structured, and given the distribution of powers and functions between States, organizations, individuals, and other social groups, international law provides a normative framework that is adequate to accommodate most international transactions that in fact take place at present ». Vaughan Lowe, « The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norms Creation Changing? » dans Michael Byers, dir., *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 207 à la p. 209.

⁵⁵ « [T]he primary purpose of treaty interpretation is to give effect to the intention of the parties rather than simply to settle a dispute by recourse to a third-party interpretation ». Vandeveld, *supra* note 49 aux pp. 308-309.

et les fondements de la règle de droit reposant sur l'*itérabilité* de la norme empêchent la réalisation exclusive de la première de ces fonctions.

La *Convention de Vienne*⁵⁶, plus spécifiquement ses articles 31 à 33, fournit les principes, les règles et les techniques encadrant l'interprétation. En tant que codification de la coutume, il est convenu de considérer cette convention comme l'expression d'une *lex lata*, une norme contraignante même pour les États ne l'ayant pas ratifiée.

1. DÉFINITIONS DE L'INTERPRÉTATION

Les définitions de l'interprétation sont à l'image des nombreuses tendances⁵⁷ que nous avons évoquées précédemment. Puisqu'elle forme l'approche principale, il convient de débiter avec l'approche *textuelle*, qui postule l'interprétation comme la recherche d'une signification existant d'emblée dans le texte. « [L]a tâche d'interprétation [...] consiste à dégager le *sens exact* et le *contenu* de la règle de droit applicable dans une situation donnée »⁵⁸. « L'interprétation des normes du droit international consiste dans la recherche de leur *sens intrinsèque* et de leur *portée* dans le cadre de l'ordre juridique international »⁵⁹.

Une seconde approche, *quasi textuelle*, considère l'interprétation à la lumière du texte, évidemment, mais cette fois en inscrivant la signification dans les circonstances de la réalisation du traité. « [*T*]reaty interpretation aims at the establishment of a true meaning of a treaty at the time when it was concluded »⁶⁰ [Nos italiques].

Une troisième approche, *subjective*, relativise l'importance primordiale du texte, pour le considérer comme un moyen de comprendre l'intention des signataires dans le contexte de réalisation du traité.

*Interpretation is the process of establishing the legal character and effects of a consensus achieved by the parties [...] giving effect to the[ir] expressed intention [...], that is their intention as expressed in the words used by them in the light of the surrounding circumstances.*⁶¹

Enfin, l'approche *téléologique* considère l'importance du texte et du contexte, mais surtout des objectifs poursuivis par l'instrument. « [*G*]iving meaning

⁵⁶ *Convention de Vienne*, *supra* note 27.

⁵⁷ Pour un tour d'horizon de leur évolution : Rémi Bachand, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes positivistes du XX^e siècle » (2006) 39 *Rev. B.D.I.* 173.

⁵⁸ Quoc Dinh Nguyen, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987 à la p. 232.

⁵⁹ Capotorti, *supra* note 45 à la p. 120.

⁶⁰ Georg Schwarzenberger et Edward Duncan Brown, *A Manual of International Law*, 6^e éd., Milton, Professional Books, 1976 à la p. 133.

⁶¹ Schwarzenberger, *supra* note 50 aux pp. 7-9.

to the words chosen "in their context", and notably also in the light of the treaty's object and purpose »⁶².

Une voie demeure, néanmoins, celle d'inspiration postmoderne qui considérera l'interprétation non plus comme la recherche d'un *a priori*, mais plutôt comme une démarche dynamique ayant pour objectif « *to ascertain the shared subjectivities of communicators* »⁶³. Elle nécessitera de répondre d'abord à notre première question : qui peut interpréter?

2. MODES D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

To the extent that the facts of international life are not self-evident, what actually happened is less important than what relevant authorities think (or say) happened.

- Johnstone, « Treaty Interpretation: the Authority of Interpretive Communities » (1990-1991).

En identifiant les différentes instances interprétantes, les modes d'interprétation tendront à accorder plus ou moins d'autorité à chacune d'entre elles, qu'elles incarnent la voie internationale ou nationale, de façon authentique ou non authentique.

La voie internationale propose trois instances distinctes. D'abord, l'interprétation gouvernementale internationale est de nature à procéder à une démarche expresse (qu'elle soit conventionnelle ou diplomatique) ou tacite (le cas plus rare de l'*interpretatio usualis*) dont les effets juridiques sont égaux aux traités. Vient ensuite l'interprétation juridictionnelle internationale, par le biais des arbitres et des tribunaux, dont la décision est obligatoire aux parties signataires. Enfin, l'interprétation organisationnelle internationale est dotée d'un caractère essentiellement politique, par exemple dans le cas de dispositions émanant d'organes onusiens.

La voie interne, quant à elle, propose deux instances distinctes. D'abord, l'interprétation gouvernementale interne, prise en charge, par exemple, par le ministère des Affaires étrangères, a des effets juridiques rétroactifs à l'interne, le droit national devant s'ajuster aux normes internationales auxquelles l'État est assujéti. L'interprétation juridictionnelle interne existe également, mais les inévitables débats de compétence freinent quelque peu son autorité.

Afin de définir plus clairement les deux voies présentées précédemment, notons qu'il est aussi possible d'y établir une distinction entre l'interprétation authentique et l'interprétation non authentique. L'interprétation authentique répond à

⁶² Frank Berman, « Treaty "Interpretation" in a Judicial Context » (2004) 29 Yale J. Int'l L. 315 à la p. 318.

⁶³ Schwarzenberger et Brown, *supra* note 60 à la p. 9.

la maxime *ejus est interpretari cujus est condere*, qui signifie qu'il appartient à celui qui a créé la loi de l'interpréter. Quand elle se présente sous une forme unilatérale, exprimée par des États ou des organisations internationales, son autorité est limitée. L'interprétation authentique concertée, par contre, représentera la forme la plus autoritaire d'interprétation, dans la mesure où elle exprime la volonté directe et explicite des parties au traité. L'interprétation non authentique est celle entreprise par un juge, un arbitre, ou par une organisation internationale, donc une tierce partie. D'autorité moindre, l'interprétation non authentique requiert une compétence implicite, et pose parfois un risque de contradictions entre les organes d'une même institution.

Bref, si de nombreuses instances sont aptes à interpréter avec une incidence relative les dispositions d'un traité, il importe certainement d'en connaître les moyens.

3. MÉTHODES D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Malgré qu'elles soient soumises aux aléas théoriques et doctrinaux évoqués précédemment, les diverses méthodes d'interprétation tendent à favoriser une lecture des traités au sens strict (*lex lata*) plutôt qu'à les faire évoluer dans une démarche révisionniste (*lex ferenda*). Trois grandes directions existent à cet égard : d'abord une conception *textuelle* où le texte est perçu comme l'expression la plus transparente de l'intention des signataires; ensuite, la conception *subjective* où l'intention elle-même supplante le texte; enfin, la conception *téléologique* où l'objet et l'utilité du traité priment sur le texte et l'intention. Les deux objectifs de l'interprétation demeureront néanmoins toujours les mêmes : donner effet au sens « original » de la disposition et définir les dispositions potentiellement ambiguës. Il est donc possible de concevoir les normes de deux façons : comme des *règles* par leur *lettre* (méthode objective) ou comme des *standards* par leur *esprit* (méthode subjective). Dans la suite logique de ce que nous avons déjà dit, il est évident que « *the two views of treaty content are not mutually exclusive* »⁶⁴.

Les principes généraux édictant l'interprétation des traités sont la bonne foi (*bona fide*), le principe de l'effet utile (*ut res magis valeat quam pereat*), l'importance de tenir compte de l'objet et du but du traité (*ratio legis*) ainsi que le maintien de l'unité du droit international.

Bien qu'il n'y ait pas nécessairement de consensus à ce sujet, il est possible de regrouper les procédés techniques pour l'interprétation du texte en six grandes catégories⁶⁵. L'interprétation *sommaire*, de type intuitif, aura pour objectif de s'intéresser au sens ordinaire des mots et de procéder de façon relativement spontanée. L'interprétation *littérale* se penchera sur la sémantique, l'analyse grammaticale et l'analyse syntaxique, de façon à chercher dans la disposition le sens textuel le plus rigoureux. L'interprétation *systematique*, contrairement à

⁶⁴ Vandeveldel, *supra* note 49 à la p. 285.

⁶⁵ Straubel, *supra* note 32 à la p. 1193.

l'interprétation littérale, s'intéressera au sens de la disposition, mais dans le traité, en regard de ses différentes parties constitutives. L'interprétation *logique* procédera à un dégagement du sens à partir d'une relation d'altérité face aux alternatives récusables *a contrario* et *ab absurdo*. L'interprétation *historique* s'intéressera aux travaux préparatoires ayant mené à la disposition analysée. Enfin, l'interprétation *fonctionnelle* ou téléologique cherchera le sens à partir des objectifs et des intentions de la disposition et de l'instrument dans son ensemble.

En résumé, l'approche *textualiste* préconisera évidemment le texte et ne s'intéressera au contexte quand dans un cas d'absolue nécessité, lorsqu'une disposition se révèle ambiguë. Elle applique l'idée selon laquelle « *the unrestricted use of extratextual sources will lead to unfettered judicial discretion and judicially created changes* »⁶⁶, et donc à une usurpation des pouvoirs législatif et exécutif par le pouvoir judiciaire. Ensuite, l'approche *contextualiste* préconisera une utilisation systématique du contexte à partir de l'idée que « *failure to consider extratextual material will allow or cause the courts to replace the true intent of the parties [...] with the court's parochial understanding of the words* »⁶⁷.

De manière à récapituler les aspects les plus importants des techniques d'interprétation, le *Tableau 1* présente sommairement la relation s'établissant entre les perspectives objectiviste/subjectiviste et la distinction règle/standard, en corrélation avec les articles de la *Convention de Vienne*.

Tableau 1 : Relations entre les approches interprétatives⁶⁸

	Règles	Standards
Perspective objectiviste	<i>Approche textuelle</i> Article 31(1)	<i>Approche téléologique</i> Article 31(1)
Perspective subjectiviste	<i>Approche quasi textuelle</i> Article 31(4)	<i>Approche subjective</i> Article 32

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 1192. En d'autres termes, une crainte d'une « *judge-made law as some brooding omnipresence in the sky* ». James C. Wolf, « The Jurisprudence of Treaty Interpretation » (1987-1988) 21 U.C. Davis L. Rev. 1023 à la p. 1071.

⁶⁷ Straubel, *supra* note 32 à la p. 1192.

⁶⁸ Tableau traduit et adapté de Vandevelde, *supra* note 49 à la p. 292. « *The Vienna Convention [...] prefers a rule orientation over a standard orientation. It prefers the textual approach somewhat more than the teleological approach: both are objectivist, but only the former is rule-oriented. Likewise, it prefers the quasi-textual approach to the subjective approach. Both are subjectivist, but again the former is rule oriented* ». *Ibid.* à la p. 293.

Il apparaît donc que les techniques d'interprétation ne font pas l'objet d'un consensus et que celles-ci demeurent toujours sujettes à des manœuvres permettant aux parties de chercher dans le texte ou dans le contexte les éléments les plus susceptibles d'aller dans le sens de leurs intérêts⁶⁹. Néanmoins, si la plus simple des précautions appelle à une « *judicious balance [...], in which the words of the treaty play the central part* »⁷⁰, reste à savoir ce qu'en pense l'une des instances au cœur de ce débat, la Cour internationale de justice (CIJ).

C. La jurisprudence de l'interprétation des traités

Les orientations jurisprudentielles de la CIJ montrent une nette préférence – en théorie, du moins – pour la textualité, mais de nombreuses situations récurrentes de compromis et de jeux d'équilibre témoignent en réalité d'une impossibilité de choisir entre les techniques abordées précédemment et prévues aux articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*. Sans prétendre à un relevé exhaustif des décisions mentionnant des enjeux liés à l'interprétation, les quelques cas ci-dessous illustrent néanmoins une diversité que ne laissent pas supposer les deux premiers arrêts cités.

En effet, et puisqu'il s'agit du discours officiel de la CIJ, il importe de présenter d'abord des cas où la Cour stipule que l'interprétation repose essentiellement sur le texte du traité. L'Affaire du *Lotus*⁷¹ de 1927 et l'avis consultatif sur les *Conditions d'admission*⁷² de 1948 en fournissent une illustration convaincante, sinon redondante. « La Cour doit rappeler dans cet ordre d'idées ce qu'elle a dit dans certains de ses arrêts et avis précédents, à savoir qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est suffisamment clair »⁷³ [Nos italiques].

La Cour considère le texte suffisamment clair; partant, elle estime ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de la CPIJ, d'après laquelle « *il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair* »⁷⁴ [Nos italiques].

Cinq décisions viennent illustrer des cas où le texte est considéré comme la source principale d'interprétation, mais à la lumière de l'intention des parties ou du contexte de la négociation ayant mené au traité : l'avis consultatif sur la *Compétence*

⁶⁹ « *Legally trained men pride themselves – and are paid for – their abilities to interrelate the relevant features of the context, to reach the heart of “the” problem, and to come up with a solution moving towards their clients’ over-all objectives* ». Peter J. Liacouras, « International Court of Justice and Development of Useful “Rules of Interpretation” in the Process of Treaty Interpretation » (1965) 59 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 161 à la p. 167.

⁷⁰ Berman, *supra* note 62 à la p. 322.

⁷¹ *Affaire du Lotus (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 9 [*Lotus*].

⁷² *Conditions de l'admission d'un État comme membre des Nations unies (article 4 de la Charte)*, Avis consultatif, [1948] C.I.J. rec. 57 [*Conditions d'admission*].

⁷³ *Lotus*, *supra* note 71 à la p. 16.

⁷⁴ *Conditions d'admission*, *supra* note 72 à la p. 63.

de l'OIT⁷⁵ de 1922; l'avis consultatif sur l'Interprétation des traités⁷⁶ de 1950; l'avis consultatif sur la Compétence de l'AG⁷⁷ de 1950; l'affaire du Temple de Préah Vihear⁷⁸ de 1961 et l'affaire du Différend territorial⁷⁹ de 1994 :

Pour examiner la question actuellement pendante devant la Cour, à la lumière même des *termes* du traité, il faut évidemment lire celui-ci dans son ensemble et *l'on ne saurait déterminer sa signification sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu* et qui, séparées de leur *contexte*, peuvent être interprétées de plusieurs manières.⁸⁰ [Nos italiques]

La Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser. Le principe d'interprétation qui est exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, principe souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile, ne saurait autoriser la Cour à entendre la clause de règlement des différends insérée dans les traités de paix *dans un sens qui [...] contredirait sa lettre et son esprit*.⁸¹ [Nos italiques]

La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir du tribunal appelé à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de *donner effet selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte*. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, *ont un sens dans leur contexte*, l'examen doit s'arrêter là. [...] Quand la Cour ne peut donner effet à la disposition d'un traité en donnant aux mots dont on s'est servi leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification.⁸² [Nos italiques]

[L]a Cour doit appliquer ses règles normales d'interprétation dont la première est, d'après sa jurisprudence bien établie, *qu'il faut interpréter les mots dans leur sens naturel et ordinaire dans le contexte où ils figurent*.⁸³ [Nos italiques]

La Cour rappellera que, selon le droit international coutumier qui a trouvé son expression dans l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, un traité doit être interprété de bonne foi suivant *le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but*. L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même. Il peut être fait appel à titre complémentaire à des

⁷⁵ *Compétence de l'Organisation internationale du travail pour les conditions de travail dans l'agriculture* (1922), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 2 [Compétence de l'OIT].

⁷⁶ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 121 [Interprétation des traités].

⁷⁷ *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations unies*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 4 [Compétence de l'AG].

⁷⁸ *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 26 mai 1961 [1961] C.I.J. rec. 17 [Temple de Préah Vihear].

⁷⁹ *Affaire du différend territorial (Libye c. Tchad)*, [1994] C.I.J. rec. 6 [Différend territorial].

⁸⁰ *Compétence de l'OIT*, *supra* note 75 à la p. 22.

⁸¹ *Interprétation des traités*, *supra* note 76 à la p. 229.

⁸² *Compétence de l'AG*, *supra* note 77 à la p. 8.

⁸³ *Temple de Préah Vihear*, *supra* note 78 à la p. 32.

moyens d'interprétation tels les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.⁸⁴ [Nos italiques]

L'affaire des *Indemnités russes*⁸⁵ fournit un exemple, certes quelque peu daté, dans lequel l'*exécution des engagements* fournit un paramètre d'interprétation. « L'*exécution des engagements est, entre États, comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements* »⁸⁶ [Nos italiques].

L'avis consultatif sur *Jaworzina*⁸⁷ de 1923 présente un cas où la Cour se prononce sur la nature de l'interprétation *authentique*. « [L]e droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer »⁸⁸.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁸⁹, et contrairement à l'avis consultatif sur l'*Interprétation des traités*⁹⁰, la Cour statue sur l'importance du principe de l'*effet utile*, aussi connu sous la maxime *ut res magis valeat quam pereat*. Il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre insérée dans un compromis soit une disposition sans portée et sans effet⁹¹.

Dans l'esprit d'une approche contextuelle assez ouverte, l'avis consultatif sur la *Présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*⁹² de 1971 fournit un cas où un des éléments contextuels déterminants peut être le *système juridique* en vigueur. « Tout instrument international doit être *interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique* en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »⁹³ [Nos italiques].

Enfin, l'affaire *Gabcíkovo-Nagymaros*⁹⁴ de 1997 insiste sur la nature *évolutive* de l'instrument, sujette à influencer son interprétation⁹⁵.

[L]a Cour tient à relever que de *nouvelles normes* du droit de l'environnement, récemment apparues, sont pertinentes pour l'exécution du traité [...]. En insérant dans le traité [des] *dispositions évolutives*, les

⁸⁴ *Différend territorial, supra* note 79 à la p. 21.

⁸⁵ *Affaire des indemnités russes*, (1912), XI 421 R.S.A. (Cour permanente d'arbitrage), (Landry, Bon de Taube, Mandelstam, H. A. Bey, R. A. Bey).

⁸⁶ *Ibid.* à la p. 433.

⁸⁷ *Jaworzina*, (1923), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 8.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 17.

⁸⁹ *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 1 [*Détroit de Corfou*].

⁹⁰ *Supra* note 76.

⁹¹ *Détroit de Corfou, supra* note 89 à la p. 24.

⁹² *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec.16.

⁹³ *Ibid.* aux pp. 31-32.

⁹⁴ *Affaire du projet de Gabcíkovo-Nagymaros (Slovaquie c. Hongrie)*, [1997] C.I.J. rec. 5 [*Gabcíkovo-Nagymaros*].

⁹⁵ Voir en ce sens les opinions dissidentes du juge Alvarez et son livre qui compare un traité à un bateau qui, après avoir quitté le chantier, a sa propre destinée. Alejandro Alvarez, *Le droit international nouveau*, Paris, A. Pedone, 1959 aux pp. 497-499.

parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, *le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international.*⁹⁶ [Nos italiques]

À la lumière de ces quelques décisions, il est aisé de constater à quel point la jurisprudence témoigne étonnamment d'une diversité « d'interprétation de l'interprétation », et ce, au cœur d'une même instance : la CIJ. Néanmoins, malgré cet éclectisme relatif, un consensus émerge selon lequel l'approche textuelle représente la première et la principale parmi les différentes méthodes d'interprétation, bien qu'il s'agisse apparemment là d'une lecture restrictive des normes prévues aux dispositions de la *Convention de Vienne*.

En effet, l'article 31 précise qu'« un traité doit être interprété de *bonne foi* suivant le *sens ordinaire* à attribuer aux termes du traité dans leur *contexte* et à la lumière de son *objet* et de son *but* »⁹⁷, ce qui ne revient nullement à dire que le texte prime sur le contexte. De plus, les « moyens complémentaires » étant propres à « confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31 »⁹⁸, il est pour le moins suspect de voir dans les circonstances de création du traité et dans ses travaux préparatoires des sources d'interprétation facultatives, voire jetables. La formulation de la *Convention* demeure sur ce point ambiguë dans la mesure où les deux articles n'incarnent pas nécessairement deux étapes successives, mais peut-être davantage une seule, plus globale ou holistique que ce qu'en disent la doctrine et la jurisprudence.

Devant ce constat, de nombreux auteurs ont proposé des alternatives aux préférences de la CIJ, que ce soit par l'approche scientifique⁹⁹, l'approche du négociateur¹⁰⁰ ou une révision des « canons » de l'interprétation¹⁰¹, le point commun de toutes ces propositions étant leur volonté de faire plus de place au contexte, de manière à réduire le risque « *of a faulty reading by increasing the sources of interpretation* »¹⁰².

En somme, il est intéressant de noter dans les différentes initiatives évoquées une prise en charge éclairée du rapport arbitraire existant entre le signifiant et le signifié, malgré un attachement à la « volonté des parties » contraire à l'indépendance significative de tout texte que nous avons démontrée dans la première partie. La meilleure solution à cette apparente aporie revient à dépasser la sacro-sainte volonté à la base du système juridique international actuel, pour laisser place, à travers un protocole transparent et rigoureux, au consentement des parties. La tension naturelle entre justice et droit y serait perçue dans sa relation de différence, davantage que comme un dilemme, d'autant plus que « les internationalistes considèrent maintenant

⁹⁶ *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 94 aux pp. 67-68.

⁹⁷ *Convention de Vienne*, *supra* note 27, art. 31.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Straubel, *supra* note 32.

¹⁰⁰ Vandeveld, *supra* note 49.

¹⁰¹ Bederman, *supra* note 40.

¹⁰² Straubel, *supra* note 32 à la p. 1211.

de façon majoritaire que des éléments extranormatifs jouent un rôle essentiel au moment de l'interprétation »¹⁰³.

* * *

On devrait peut-être considérer la déconstruction avant tout comme un procédé visant à défendre l'intelligence contre les conséquences de l'unilatéralisme.

– Peter Sloterdijk, *Derrida, un Égyptien* (2006).

L'objectif de cet article était de dresser un portrait critique du cadre épistémologique et juridique relatif à l'interprétation des traités en droit international. Nous avons d'abord vu dans la théorie générale du signe et du langage une série d'outils conceptuels susceptibles d'appréhender le traité en tant que texte, c'est-à-dire comme un système formé d'un ensemble de signifiants perceptibles, renvoyant à des signifiés conceptuels et à des référents contextuels. À ces quelques principes de sémiotique se sont greffés l'objet et les méthodes de la déconstruction, qui ont permis une appréhension des antinomies de la pensée juridique et de son logocentrisme inhérent. Ensuite, les traités ont été abordés dans leur cadre théorique traditionnel, selon les modes et les méthodes d'interprétation habituels. Nous avons enfin observé les préférences jurisprudentielles de la CIJ à l'égard de la méthode textuelle, malgré le fait que cette dernière interprète elle-même de façon étonnamment restrictive les dispositions prévues à la *Convention de Vienne*.

Reflète apparent de la volonté des acteurs, le droit international conventionnel se retrouve ainsi dans la fâcheuse position évoquée par Humpty Dumpty à l'égard du langage – c'est-à-dire potentiellement soumis à la loi du plus fort¹⁰⁴ et, comme l'œuf, à la fois actuel et latent. Si les dilemmes entre objectivistes et subjectivistes, utopistes et apologistes, textualistes et contextualistes témoignent d'une série d'oppositions binaires entre leurs conceptions du langage, du droit et de l'interprétation, ces dernières, d'un point de vue déconstructiviste, sont plutôt mutuellement constitutives¹⁰⁵. La seule signification possible ne peut s'inscrire qu'en tenant compte de la *différance*, c'est-à-dire d'une appréhension de la différence entre le contexte d'énonciation et celui de la réception, ainsi que des différences de lecture entre les interprétants qui en résulte.

¹⁰³ Bachand, *supra* note 57 à la p. 175.

¹⁰⁴ « [T]he record of the United States Supreme Court reveals a tendency in fact to favour maintenance of US interests and legal structures even over plain meaning ». Detlev F. Vagts, « Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading » (1993) 4 E.J.I.L. 472 à la p. 505.

¹⁰⁵ « [B]y relegating the parties' intent to secondary importance, traditional treaty interpretation abandons the principle on which it bases its legitimacy as law ». Vandeveld, *supra* note 49 à la p. 295.

Nous avons évoqué les limites d'utilisation de la *Convention de Vienne* par la CIJ quant au dégagement d'une signification aux dispositions d'un traité propres à en faire un instrument parfaitement efficace de règlement des différends, comme prévu à l'article 38 de son statut constitutif¹⁰⁶. Il convient aussi de signaler parallèlement son inadéquation à dégager les intentions des parties – difficilement extractibles par la méthode textuelle –, mais résolument au cœur de ce qui fonde un traité, autant comme instrument de relations internationales que de droit international¹⁰⁷.

Si « [r]echercher les *volontés* des parties, c'est interpréter leurs manifestations »¹⁰⁸, « *the parties' interpretations are ultimately justifiable only by reference to their "attitudes" about justice* »¹⁰⁹. Conséquemment, et il s'agit là d'un retour à la différenciation gestaltiste à laquelle nous avons fait allusion plus tôt, « *[t]he structure of treaty interpretation is governed by the constant shift from a subjective into an objective position and vice-versa* »¹¹⁰.

Le droit est un phénomène social et ses règles ne sont valides que dans la mesure où leurs paramètres de conception et leur protocole de légitimation se révèlent accessibles et rigoureux. Si « *law is what States make of it* », il convient certainement de concevoir le traité comme un texte conventionnel au sens strict, c'est-à-dire basé sur des conventions langagières incarnant davantage qu'un intermédiaire parfaitement clair du signifiant au signifié¹¹¹. La science physique a depuis longtemps démontré que même le verre le plus limpide produit un effet de diffraction, un phénomène optique de déviation subtile des rayons lumineux. Par analogie, l'*itérabilité* du texte – sa propriété de se répéter dans différents contextes – interdit conséquemment d'y rechercher explicitement et exclusivement l'intention du ou des destinataires de la norme. Redevenus sujets de droit une fois les amarres du traité larguées¹¹², les États parties se voient soumis au filtre de l'interprétation dont la *Convention de Vienne* fournit un cadre holistique certes pertinent, bien que partialement mis en œuvre à ce jour.

[L]es mots que nous employons ne correspondent plus au monde. Lorsque les choses avaient encore leur intégrité, nous ne doutions pas que nos mots puissent les exprimer. Mais, petit à petit, ces choses se sont cassées, fragmentées, elles ont

¹⁰⁶ *Convention de Vienne*, supra note 27, art. 38.

¹⁰⁷ « *[T]he generalized character of words and the elusiveness of meaning indicate that the commitment is and must be something more than an agreement to abide by substantive rules of behaviour. It is also a commitment to a process of constructing the meaning of the relationship together* ». Johnstone, supra note 51 à la p. 419.

¹⁰⁸ Karl Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, (1934-I) 47 Rec. des Cours 259 à la p. 380, tel que cité dans Koskeniemi, supra note 21 à la p. 294.

¹⁰⁹ *Ibid.* à la p. 296.

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 299.

¹¹¹ Cette vision naïve constitue le fantasme du langage adamique prébabélien, une langue d'origine « divine » ou « naturelle » ayant donné cours à des expérimentations pour le moins inquiétantes sur des enfants sauvages privés de contacts sociaux durant leurs premières années de vie, le plus souvent accidentellement, mais également parfois de façon volontaire.

¹¹² Pour filer la célèbre métaphore du juge Alejandro Alvarez.

sombré dans le chaos. Et malgré cela nos mots sont restés les mêmes. Ils ne se sont pas adaptés à la nouvelle réalité. Par conséquent, chaque fois que nous essayons de parler de ce que nous voyons, nous parlons à faux, nous déformons cela même que nous voulons représenter.

- Paul Auster, « Cité de verre » (1991).