

L'interprétation en droit international : Une analyse par les contraintes

Rémi Bachand¹

En ce tournant du XXI^e siècle, force est d'admettre que le constat que faisaient les réalistes danois au cours des années 40' est maintenant devenu généralement accepté. À cette époque, Alf Ross² et Max Sørensen³ cherchaient à montrer que la nature imprécise du langage rendait impossible l'interprétation et l'application des règles d'un traité grâce à une analyse strictement « gramatico-linguistique » et qu'il fallait aussi, pour comprendre le raisonnement d'un tribunal, considérer des facteurs tels que l'idéologie et autres « considérations politiques, économiques, sociales, techniques, religieuses ou autres »⁴, tout autant que « ses préjugés personnels, ses sympathies et antipathies, ses caprices et intérêts personnels, en bref, tout ce qui, dans des circonstances particulières, peut psychologiquement influencer sa décision »⁵. Deux décennies plus tard, c'est partant d'un constat semblable, mais animés cette fois d'une flamme militante en faveur de la promotion de la « dignité humaine » fondée d'abord et avant tout sur le respect des libertés civiles que les membres de l'école de New Haven proposèrent de corriger et d'interpréter les contradictions ou lacunes du droit en prenant en considération cette dignité humaine⁶.

Deux années après la parution du livre de McDougall, Laswell et Miller, la Commission du droit international s'entend enfin sur ce qui deviendra la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Un élément doit être rappelé pour comprendre complètement la formulation des articles 31 et 32 qui concernent l'interprétation : les rédacteurs se devaient alors de gérer l'héritage de plusieurs décennies de débats sur la meilleure méthode à utiliser pour interpréter un traité. À ce moment, un constat s'imposait : aucune des trois méthodes (textuelle, subjectiviste et téléologique) généralement proposées pour interpréter les traités n'était adéquate pour remplir cette tâche. En effet, si la méthode textuelle est inefficace à cause de l'indétermination du langage, la méthode subjectiviste l'est tout autant parce la volonté commune des parties est soit inexistante dès le moment où apparaît un différend entre eux⁷, soit impossible à trouver, notamment du fait qu'on ne sait pas auprès de quel organe on doit chercher celle-ci. La méthode téléologique, enfin, doit également être exclue parce que les parties peuvent avoir été en désaccord au sujet de l'objet du traité dès le moment de sa ratification. Bref, c'est avec ces

¹ L'auteur est candidat au doctorat en droit international à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne) et membre du Centre d'étude sur le droit international et la mondialisation à l'Université du Québec à Montréal. Les commentaires peuvent lui être envoyés à l'adresse suivante : remibachand@yahoo.ca.

² Voir : A. Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, 1946 et : *A Textbook of International Law: General Part*, 1947.

³ M. Sørensen, M., *Les sources du droit international*, 1946.

⁴ Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence*, *supra* note 2, aux pp. 141-142 [notre traduction].

⁵ *Ibid*, à la p. 144 [notre traduction].

⁶ M. McDougall, H. Laswell, et J. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, 1967.

⁷ Comme l'a déjà fait remarquer Eric Beckett, le recours à la volonté commune des parties est irréaliste dans la mesure où « il est presque certain que le différend portera sur un élément n'ayant pas été imaginé par [les parties] » : « Observations des membres de la Commission sur le rapport de M. Lauterpacht », 43 :1 *A.I.D.I.* (1950) 435, aux pp. 437-438 [notre traduction].

mésententes en toile de fond que les rédacteurs ont fini par s'entendre sur une formule hybride, qu'on pourrait qualifier d'« éclectique à dominante textuelle » et dont la formulation, bien connue, est la suivante :

Art. 31 Règle générale d'interprétation

1. 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.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Art. 32 Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable⁸.

Si on peut parler d'approche éclectique à dominante textuelle, c'est évidemment parce que la première étape consiste à chercher le sens clair des mots (méthode textuelle), mais que celui-ci doit être analysé en fonction du but et de l'objet du traité (méthode téléologique). De plus, si cette étape laisse le tribunal sur l'impression que le résultat est absurde ou déraisonnable, d'autres outils peuvent être utilisés tels que les travaux préparatoires, hautement associés à la méthode subjectiviste puisqu'ils servent d'abord et avant tout à identifier la volonté des parties. Si, durant une courte période, les internationalistes ont semblé satisfaits de ces articles, un malaise est réapparu assez rapidement par la suite. En effet, si aucune des méthodes ne semblait adéquate comme paradigme unique, leur association hiérarchisée ne pouvait qu'accroître le

⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art. 31 et 32. L'article 33 qui fait aussi partie de la section sur l'interprétation des traités traite de l'interprétation en deux ou plusieurs langues. Nous ne l'avons toutefois pas reproduit à cause de son importance moindre pour notre propos.

problème. En effet, en plus des mésententes possibles sur le sens à donner aux termes du traité en fonction du but et de l'objet du traité, des différences d'appréciation peuvent désormais émerger sur la question de savoir si le résultat est déraisonnable, ce qui permet l'utilisation d'une méthode subjectiviste, via le recours aux travaux préparatoires.

Bref, c'est maintenant la presque totalité des internationalistes qui affirme que l'utilisation des règles par déduction ne suffit pas pour résoudre un problème ou un différend juridique. Il est désormais commun de lire que « le choix de telle ou telle méthode est dicté par les circonstances bien plus que par des positions doctrinales préétablies »⁹, que l'interprétation est une activité au moins « semi-discrétionnaire »¹⁰, que l'interprétation des traités « présente un caractère indiscutablement 'créateur' »¹¹, voire que « dans la plupart des cas, la décision sur l'issue du litige précède la motivation, qui a pour seule fonction de justifier la solution découverte par d'autres moyens »¹². Enfin, l'analyse développée par David Kennedy¹³ et Martti Koskenniemi¹⁴ est désormais bien connue. Pour eux, la nature imprécise du langage n'explique pas à elle seule les problèmes liés à l'interprétation des traités. Pour eux, ce problème réside dans le fait qu'à chaque argument ou méthode « *hard* » ou apologiste (fondé sur le consentement, la volonté des États) peut en être opposé un autre de nature utopiste ou « *soft* » (reposant sur des éléments extra-juridiques tels que la justice ou l'équité).

Ce qui est marquant dans cette tendance doctrinale des trente dernières années, c'est qu'alors que tous s'entendent pour dire que des éléments idéologiques, politiques voire idiosyncrasiques influencent la façon dont les tribunaux rendent leur jugement, nul n'a tenté de théoriser véritablement cette intrusion que font ces éléments extra-juridiques dans le droit. Bien sûr, certains ont tiré certaines leçons de ce constat et cherchent à expliquer comment les États vont construire leur argumentation juridique¹⁵ ou encore que cette indétermination fait en sorte que le droit devient la règle telle qu'interprétée par le plus fort¹⁶, la façon dont les tribunaux construisent leurs raisonnements demeure en grande partie inexplorée et plusieurs questions restent en suspend. Ce texte constitue une première ébauche d'un projet de recherche qui tente de cerner les variables extra-juridiques expliquant ces décisions. Nous y présenterons d'abord (partie 1) notre cadre théorique dont l'argument repose sur l'idée que des contraintes de différente nature empêchent les tribunaux de rendre leurs jugements en fonction de leur seule subjectivité. Ces contraintes sont de quatre types et seront qualifiées de contraintes idéologiques (partie 2), juridiques (partie 3), de contraintes de légitimité juridique (partie 4) et de légitimité substantive (partie 5).

⁹ P. Daillier, et A. Pellet, *Droit international public*, 7^e édition, 2002, à la p. 265.

¹⁰ D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales: Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, 1981, à la p. 143.

¹¹ J. Verhoeven, J., *Droit international public*, 2000, à la p. 418.

¹² Simon, *supra* note 10, à la p. 137.

¹³ Da. Kennedy, « Theses about International Law Discourse » 23 *G.Y.I.L.* (1980) 353 et « The Sources of International Law » 2 *Am. U.J.Int'l L.*, (1987) 1.

¹⁴ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2005.

¹⁵ Par exemple, M. Koskenniemi pour qui les États opposent constamment des arguments apologistes à des arguments utopistes, et vice versa : *ibid.*

¹⁶ C. Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, 2005.

L'analyse par les contraintes

L'analyse effectuée ici s'inspire de celle de Duncan Kennedy¹⁷ qui tente de comprendre ce qui empêche les juges états-uniens de rendre des jugements en fonction uniquement de leurs préférences politiques et idéologiques. Kennedy soutient la thèse selon laquelle « une partie du droit produit par le pouvoir judiciaire au moment de la décision peut être mieux décrite comme étant un choix idéologique soutenu par un discours qui nie fortement l'existence de ce choix, et soutenu par des acteurs dont plusieurs sont de mauvaise foi »¹⁸. Pour lui, il existe un certain nombre de contraintes qui font obstacle à de tels jugements, contraintes que Kennedy théorise selon deux typologies différentes. Selon lui, il existerait d'abord deux types de contraintes textuelles, à savoir des « contraintes non-embarrassées par la règle »¹⁹ et les « contraintes par le texte »²⁰. Un second type de contraintes se superpose à celles-ci, à savoir des contraintes internes²¹ et des contraintes externes²². Une fois ces contraintes prises en compte, resterait encore une certaine place pour la subjectivité du juge, subjectivité qui sera utilisée afin de faire la promotion de valeurs politiques et idéologiques.

L'analyse de Kennedy est pénétrante et réussit à convaincre de l'importance des préférences politiques et idéologiques des juges dans la vie juridique états-unienne. Cependant, concernant les contraintes qui réduisent la marge de manœuvre de la magistrature, l'analyse est extrêmement rapide (tient sur deux pages) et reste à être développée. Notamment, Kennedy n'explique pas comment s'articule la relation entre les deux typologies de contraintes et comment celles-ci se forment concrètement. De plus, si la thèse principale consiste à souligner la place des choix (conscients) idéologiques des juges, la place de l'idéologie comme élément influençant *inconsciemment* celui-ci n'est pas évoquée, pas plus que le rôle de cette même idéologie dans la formation de la conscience de l'auditoire qui constitue les contraintes externes évoquées.

Cela dit, l'analyse par les contraintes de Kennedy est pertinente pour dépasser la seule analyse de l'indétermination du droit et de la « texture ouverte » des règles qui ne réussissent pas à répondre aux questions soulevées précédemment. Elle nous ouvre en effet la porte à une compréhension plus profonde de l'interrelation entre la société et le tribunal qu'elle influence autant dans ses valeurs et son appréciation idéologique de ce que « devrait être » le droit que parce que celui-ci voudra garder sa légitimité devant elle. Surtout, elle évite le problème majeur de la dichotomie entre normes déterminées et indéterminées et qui laisse croire qu'on peut objectivement établir que dans certaines situations, la règle est suffisamment claire pour diriger le juge en direction d'une décision précise alors qu'à d'autres moments, elle est indéterminée et permet au tribunal de statuer en fonction de critères personnels et extra juridiques.

¹⁷ Du. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 1997.

¹⁸ *Ibid*, à la p. 4 [notre traduction].

¹⁹ Qui surviennent lorsque deux versions des faits s'opposent, qu'à chacune, une règle claire pourrait être appliquée par déduction pour donner un résultat faisant consensus, et que le travail du juge se résume à choisir entre les deux versions.

²⁰ Où la règle s'applique de façon tellement évidente que le juge doit rendre une décision qui le laisse insatisfait. Face à cette insatisfaction, il tente par tous les moyens d'en arriver à un autre résultat mais n'y parvient pas.

²¹ Qui incitent le juge à rendre un faire le meilleur raisonnement juridique, *à ses propres yeux*.

²² Où ce sera maintenant le jugement de son auditoire qui l'incitera à rendre le meilleur raisonnement juridique possible.

Les contraintes idéologiques

Le premier type de contraintes à considérer est de nature idéologique. Ces « contraintes idéologiques » se distinguent des autres parce qu'elles sont les seules à être « transversales », c'est-à-dire s'exerçant à chaque moment du raisonnement menant à la décision. Pour en saisir la portée, il est important de définir un peu plus précisément ce que nous entendons par « idéologie ».

L'idéologie est centrale aux débats théoriques chez les marxistes depuis Gramsci et Lukács, voire depuis Marx et Engels eux-mêmes. La question la plus importante concerne sa teneur et son ampleur. En gros, deux visions s'opposent : une vision négative ou péjorative ; et une vision positive ou descriptive. La première vision, associée (à tort ou à raison) aux auteurs classiques marxistes ainsi qu'à ceux de l'école de Frankfort, considère l'idéologie en tant qu'illusion cherchant à tromper la population afin de légitimer et de soutenir les différentes formes de domination. Cette vision souffre de plusieurs défauts qui nous empêchent d'y adhérer complètement, surtout dans la mesure où ses deux éléments (l'idée de fausseté et d'outil de légitimation du pouvoir) sont problématiques dès le moment où ils sont des conditions *sine qua non* au concept étudié. En effet, l'idée selon laquelle l'idéologie ne s'appuie que sur des fausses idées (ou, dans une version modérée, s'appuie *principalement* sur des faussetés) est problématique dans la mesure où « afin d'être vraiment efficaces, les idéologies doivent considérer un minimum de l'expérience des gens et doivent se conformer jusqu'à un certain degré à ce qu'ils savent de la réalité sociale lors de leur intervention avec eux »²³. Dit autrement, elles doivent généralement être partiellement vraies et expliquer la réalité complexe à partir d'éléments faisant partie du vécu des individus. Ensuite, et concernant le fait qu'elles ne servent qu'à soutenir et légitimer les formes de domination, cette approche en vient nécessairement à exclure des (appelons-les ainsi afin de ne pas utiliser à ce moment-ci le concept d'idéologie) « conceptualisations » cherchant à émanciper un sujet collectif tel que le socialisme ou le féminisme²⁴. Enfin, elle ne distingue pas les éléments faux (par exemple, l'idée que le soleil tourne autour de la terre) et les idées qui ne sont objectivement ni vraies, ni fausses, mais normatives et relevant uniquement du jugement de valeurs (et donc idéologiques) tel que la peine de mort²⁵.

À l'inverse, une vision positive ou descriptive telle que nous allons utiliser cette idée conçoit plutôt l'idéologie comme incluant « la totalité des formes de la conscience sociale ou des idées politiques des classes sociales »²⁶. Dans cette version, l'idéologie est autant formée d'éléments politiques, qu'économiques, culturels, religieux, etc., et contribue à former la conception du monde du sujet individuel, généralement par le biais d'un sujet collectif. Par conception du monde, nous entendons la façon dont ce sujet collectif croit que la société *a été, est, devrait être et pourrait devenir*.

Avant d'aller plus loin, nous allons évoquer rapidement la question du sujet de l'idéologie et de la relation entre le sujet individuel et le sujet collectif. L'idéologie est donc un mécanisme par lequel un individu, c'est-à-dire un sujet individuel, va se créer une conception du monde qui sera en partie responsable de ses actions. Bien que ce sujet individuel soit partiellement autonome, cette conception du monde découle grandement de son appartenance à un (voire

²³ T. Eagleton, *Ideology : An Introduction*, 1991, à la p. 14 [notre traduction].

²⁴ *Ibid*, aux pp. 6 et 7.

²⁵ *Ibid*, à la p. 12.

²⁶ J. Larrain, *Marxism and Ideology*, 1983, à la p. 4.

possiblement à plusieurs) sujet collectif qui lui offre une conception du monde envers laquelle il est interpellé. Ce sujet collectif peut être de différente nature, pouvant prendre la forme d'une nation, d'une classe sociale, d'une communauté linguistique, religieuse ou professionnelle, etc.. Chacun d'eux offre donc une (voire plusieurs) conception du monde qui est plus ou moins cohérente dans son ensemble. Or, les conceptions du monde offertes peuvent être contradictoires les unes envers les autres et c'est de ces contradictions que naissent les luttes hégémoniques entre les différents sujets collectifs pour l'imposition de sa propre conception du monde. Ainsi, bien que n'adhérant pas à une analyse où les déterminants seraient strictement matérialistes, nous devons convenir que les différentes conceptions du monde qui s'affrontent sont en grande partie reliées avec les intérêts (ou plutôt ce qui est *perçu* comme être les intérêts) de ceux qui ont la capacité de mettre en place et de propager de telles constructions théoriques.

C'est donc de la collision entre ces différentes versions du monde que naissent ce qu'il convient d'appeler les formations idéologiques, dont les formes dominantes sont celles qui ont le plus de chances d'influencer un sujet individuel, considérant la structure sociale à l'intérieur de laquelle il est inséré ainsi que la fonction qu'il exerce dans celles-ci, concernant ce qu'il pense que la société a été, est, devrait être et peut devenir. Or, tout en ayant écarté l'approche négative à laquelle ils ont été associés, il faut remarquer que les auteurs associés à l'école de Frankfort n'ont certainement pas tort de remarquer les liens étroits entre les théories tentant d'expliquer la société d'une part, et structures de pouvoir et autres intérêts politiques d'autre part²⁷. Aussi pouvons-nous utiliser l'exemple frappant de David Kennedy :

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 idées²⁸.

Cette brève analyse est importante pour notre propos dans la mesure où les contraintes idéologiques influencent la façon dont chacune des autres contraintes seront exercées, et notamment parce que la légitimité du tribunal et de l'ordre juridique international exige que l'on tienne compte de ce que la conception idéologique de la société civile²⁹.

²⁷ Voir, par exemple : M. Horkheimer, *Théorie traditionnelle et théorie critique*, 1974.

²⁸ Da. Kennedy, « When Renewal Repeats: Thinking Against the Box » 32 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (2000) 335, à la p. 421 [notre traduction].

²⁹ L'utilisation du concept « société civile » nous semble légèrement embêtante parce que d'une part, son utilisation chez Marx, par exemple, suppose (de la façon dont nous comprenons son utilisation) qu'elle soit totalement exclue de la sphère politique, parlementaire autant qu'extra-parlementaire. On quitte donc la société civile dès le moment où on participe à l'activité politique. Gramsci fait une utilisation toute aussi pertinente du concept en assimilant la société civile à la partie de la superstructure dont la fonction (idéologique) est d'assurer le consentement. Notre utilisation, dictée d'abord et avant tout par l'inexistence de concept décrivant la réalité que nous voulons décrire, ira toutefois dans un sens plus large et visera l'ensemble de la société extra-

Les contraintes juridiques

Pour comprendre le rôle des règles dans le droit, il est important de définir le point d'équilibre entre deux pôles opposés concernant la capacité du droit et des règles de déterminer les décisions des tribunaux. Le premier de ces points de vue soutient que les mots dans lesquels sont formulées les règles ayant une essence ou, au moins, une signification précise établie par les conventions sociales, ces règles donc, appliquées par déduction à une situation empirique, ne peuvent donner qu'une seule décision. Cette position est aujourd'hui rejetée par la totalité de la communauté juridique, notamment à cause du développement des théories linguistiques ayant établi l'indétermination du langage. Elle doit être également rejetée, notamment au regard des travaux convaincants de Martti Koskenniemi pour qui chaque « principe » utopiste peut se voir opposer un autre « principe » apologiste. Ainsi, à une argumentation juridique fondée sur le respect d'une obligation à laquelle on a consenti (*pacta sunt servanda*) peut être opposée une autre argumentation aussi convaincante et justifiée par des changements exceptionnels de circonstances (*rebus sic stantibus*).

Inversement, la position sceptique-radical (voire nihiliste³⁰) considère que le langage et le droit sont tellement indéterminés que tout peut être défendu³¹. Il s'agit, là aussi, d'une position qui a été généralement rejetée pour avoir refusé de considérer suffisamment les conventions sociales qui établissent certains consensus autour des mots. Comme le fait remarquer Altman : « [s]i tous les mots sont indéterminés dans leur signification, les arguments [des défenseurs de cette position] le sont aussi et, s'il en est ainsi, [leurs] arguments ne signifient et ne prouvent rien »³².

Ainsi, seule une position mitoyenne est soutenable. Cette position peut être établie grâce à l'affirmation suivante : le droit positif est trop indéterminé pour donner, par simple déduction, une solution unique à un problème juridique. Les consensus sociaux existant autour de la signification à donner aux termes définissant ses règles substantives et procédurales sont toutefois suffisamment forts pour contraindre les tribunaux de telle façon que ceux-ci ne puissent statuer en fonction uniquement de leur subjectivité. *Autrement dit, si le droit ne dit pas précisément quelle doit être la décision à un problème ou un différend juridique, il exclut quand même un certain nombre de raisonnements qui ne peuvent pas être pris par les tribunaux.*

Une telle position doit prendre au sérieux un certain nombre de considérants. D'abord, une règle peut bien être claire, le droit dans son ensemble peut quand même s'avérer indéterminé sur une question relative à celle-ci du fait qu'une contre-règle existe et peut la contrebalancer. Ainsi, lorsqu'on évoque les contraintes juridiques imposées par un traité, ce ne sera pas seulement le texte en soi qui devra être considéré mais l'ensemble du droit, et tout particulièrement les règles d'interprétation dans toute leur rigueur et leur ambiguïté. Cette contre-règle peut aussi bien être une règle d'un autre domaine du droit international qui entre en contradiction avec la première règle, qu'un principe d'interprétation contradictoire avec celui utilisé dans l'argumentation de l'autre partie comme l'a montré Koskenniemi. Par exemple, une

étatique, partant de l'individu isolé et non inséré dans un réseau politique et allant jusqu'à l'organisation syndicale internationale et la firme transnationale.

³⁰ Voir, par exemple : Singer, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory » 94 *Yale L. Rev.* (1984) 1.

³¹ Voir, par exemple : Peller, « The Metaphysics of American Law » 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 1151.

³² A. Altman, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, 1990, à la p. 93 [notre traduction].

règle « claire » qui donnerait un résultat bien déterminé si on en faisait une interprétation textuelle peut voir sa signification mise de côté parce que le résultat de son application est considéré comme étant « déraisonnable », tel que le prévoit « clairement » la *Convention de Vienne*, alors que rien n'établit positivement ce qui est clair et ce qui ne l'est pas.

Ensuite, on doit réfléchir à la façon dont les tribunaux s'approprient le droit et participent à l'établissement de contraintes textuelles en fonction, notamment, des contraintes idéologiques qui les guident, c'est-à-dire, notamment, de leur conception de ce qu'ils croient que la société a été, est, devrait devenir et peut devenir. Par exemple, s'il a déjà semblé douteux à certains que le statut juridique de l'ONU lui permettait de se prévaloir de la possibilité de faire des réclamations devant des juridictions internationales, l'*Avis sur les réparations des dommages subis au service des Nations Unies*³³ fait en sorte que plus aucune juridiction ne refuserait de se reconnaître compétente sous prétexte que l'Organisation n'est pas un État. Dans ce cas, la Cour a elle-même participé à ce qui est devenu une contrainte juridique, et non pas seulement une contrainte de légitimation juridique étant donné l'importance théorique qui a été donnée à cet avis.

Enfin, on doit se questionner sur la façon dont des relations sociales sont réifiées et conceptualisées au moment de l'interprétation au point de former des « contraintes juridiques » mais d'une façon telle que ce que l'on se représentera à partir du signifiant réifié interprété sera différent du signifié qu'il a comme fonction de décrire. À titre d'exemple, on sait que le caractère normatif du droit international est en grande partie légitimé par le fait que, théoriquement, ses règles ne deviennent (sauf exception) contraignantes que par le consentement de l'État, c'est-à-dire de par la volonté de celui-ci. Cette légitimité découle de la fiction de la volonté de l'État représentant la somme des volontés libres des membres de la communauté étatique et que l'on retrouve chez plusieurs auteurs fondamentaux en théorie politique tels que Locke, Hobbes et Hegel, pour ne nommer qu'eux. Puisque seul un acte de volonté de l'État (plus précisément l'État-nation, concept légitimé partout dans le monde) peut le contraindre juridiquement, et qu'il est habilité à poser cet acte grâce à sa *souveraineté* (autre concept à connotation positive) reposant théoriquement sur la volonté de ses sujets, le droit international est ultimement légitimé parce qu'il repose en dernière instance sur la volonté populaire. Parallèlement, les interprétations de ses organes juridictionnels qui reposent sur cette « volonté de l'État » se trouvent légitimées grâce à la responsabilité commune et illusoire que ce terme permet de colporter. Or, cette réification permet la légitimation du droit international sur la base de relations sociales dont la structure fait en sorte que le pouvoir de détermination diffère incommensurablement selon les individus. Puisque c'est sur elle que reposent toutes les interprétations du droit international (puisque la première étape de toute procédure contentieuse consiste à identifier les obligations des parties), cette réification permet de faire porter à l'ensemble d'une population la responsabilité d'un acte illicite décidé par les groupes dominants de cet État (et souvent motivé par leurs seuls intérêts) mais dissimulé par le vocable de « volonté de l'État ». On peut par exemple, faire assumer par tous les Argentins le fardeau de la responsabilité internationale de leur pays engagée par des violations à des dispositions des licences d'exploitation accordées suite aux privatisations du début des années 90 sans prendre en considération le contexte de corruption³⁴ ayant entouré celles-ci, ni de façon vraiment sérieuse l'impact pour la population du statut quo,

³³ *Avis sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. C.I.J. (1949). 174.

³⁴ Voir, par exemple : R.P. Saba et L. Manzetti, « Privatization in Argentina: The Implications for Corruption » 25 *Crime, Law & Social Change* (1997) 353, particulièrement aux pp. 363 à 365.

c'est-à-dire du respect par l'État des engagements pris à ce moment³⁵. Bref, il y a lieu de se questionner sur la façon dont les relations sociales sont représentées sous forme de concept au moment de l'interprétation afin de voir si la signification qui leur est accordée dans ce moment important du droit est bien conforme avec la réalité sociale.

Les contraintes de légitimité juridique

Une fois établies ces limites à l'intérieur desquelles le jugement sera formulé, d'autres contraintes apparaissent qui concernent la légitimité des tribunaux ou de l'ordre juridique, voire de l'ordre social dans son ensemble. Les premières de ces contraintes, qu'on appellera les « contraintes de légitimité juridique », font en sorte que les tribunaux se sentent l'obligation de rendre des décisions qui paraîtront, aux yeux de deux auditoires (un premier formé du public profane et un second de la communauté juridique), être conformes au droit et notamment aux « tendances jurisprudentielles » plutôt que prises en fonction de leurs seules opinions sur la question. Notamment, les tribunaux d'une juridiction quelconque tenteront de donner l'impression qu'ils donnent toujours la même réponse aux mêmes questions juridiques lorsque ceux-ci se présentent dans des affaires différentes.

La teneur idéologique de ces contraintes est importante : il s'agit, pour le tribunal, de donner l'impression de la stabilité du droit, d'alimenter l'illusion que les droits et obligations sont fixes et bien établis et que le sujet juridique, supposé connaître le contenu de ceux-ci, n'a qu'à se conformer aux règles afin d'éviter les foudres du pouvoir public (ou de la communauté internationale dans notre discipline). Cette prévisibilité est particulièrement importante dans la théorie politique libérale, dont l'allégorie du passage de l'état de nature à l'État politique suppose que l'on abandonne certaines libertés pour assurer sa protection personnelle. Les limites imposées à cette liberté doivent toutefois être définies à l'avance afin d'éviter que la puissance publique n'exerce ses pouvoirs de façon arbitraire. Il est incontestable que le droit international est également légitimé par une telle idée de règles définies à l'avance et appliquées de la même façon en toute circonstance. Ces contraintes de légitimité juridique ne concernent donc pas que la légitimité du tribunal mais bien celle du droit international, aussi bien que celle de l'ordre international dans son ensemble. Il s'agit de donner *l'impression* que l'ordre international est géré par des règles qui s'appliquent pareillement à tous, et non uniquement par l'expression des rapports de force.

Les contraintes de légitimité substantive

Nous appellerons le second type de contraintes de légitimité les « contraintes de légitimité substantive ». Ces contraintes se forment également au moment d'un dialogue avec l'auditoire du tribunal mais concernent le résultat *substantif* de la décision, c'est-à-dire ses effets sur la société. Les contraintes de légitimité substantive sont extrêmement influencées par les contraintes idéologiques en ce sens qu'elles concernent la tâche du tribunal de rendre une décision qui sera conforme avec les attentes de cet auditoire à propos de ce qu'est, de ce que veut devenir et de ce que peut devenir la société. Ces contraintes apparaissent sous au moins deux dimensions.

³⁵ Nous faisons évidemment référence aux nombreuses requêtes déposées devant le CIRDI par des investisseurs étrangers suite aux mesures prises pour juguler la crise du début de la décennie. Voir la première décision sur le fond : *CMS Gaz c. Argentine* (ARB/01/8) (Décision sur le fond) (2005).

En premier lieu, elles ciblent les acteurs possédant la capacité de remettre en question la crédibilité et la légitimité du tribunal, de l'organisation internationale ou du traité desquels le premier tire sa juridiction ; ou encore l'ordre juridique, voire politique. Ces acteurs sont de deux types : les États et les acteurs de la société civile. Dans le premier cas, comment ne pas utiliser comme exemple le fameux et très controversé *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* où l'Assemblée générale des Nations Unies a demandé à la Cour de répondre à la question suivante : « [e]st-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance? »³⁶. Il est rapidement apparu aux yeux de tous que cette question était un panier de crabes pour la Cour : statuer en faveur de la licéité l'aurait complètement discrédité face aux États ne possédant pas une telle arme ; trancher au contraire en faveur de son illicéité lui aurait fait perdre toute légitimité envers les puissances nucléaires. Face à un tel *catch* 22, la majorité, obtenue grâce au vote prépondérant du Président Bedjaoui, a conclu ainsi sur la question principale :

Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire ;

Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, *la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause*³⁷.

Pour reprendre les termes de notre cadre d'analyse, les contraintes juridiques auxquelles faisait face la Cour étaient tellement peu rigides qu'il nous appert qu'elles auraient pu permettre un avis allant dans un sens comme dans l'autre et qu'un tel résultat aurait été aussi justifié face au droit que le « compromis » auquel la Cour est arrivée. L'ampleur des possibilités qu'offraient ces contraintes textuelles est d'ailleurs démontrée par la division profonde ayant marqué le vote, la décision sur la question principale ayant été adoptée par un vote de sept contre sept, avec vote prépondérant du Président. Les six opinions dissidentes démontent par ailleurs que les contraintes de légitimité juridique ont également été assez peu importantes, l'avis offert par la majorité ayant été grandement critiqué à l'intérieur même de la Cour. En fait, il appert que le facteur le plus important a été sans contredit les contraintes de légitimation substantive. De manière parallèle, certains indices semblent indiquer que certaines décisions rendues par des tribunaux arbitraux en droit de l'investissement aient été influencées par la contestation de la part de certaines parties de la société civile à laquelle fait face, par exemple, le chapitre 11 de l'ALÉNA³⁸.

Dans leur deuxième dimension, les contraintes de légitimité substantive sont créées en fonction de ceux qui pourraient éventuellement s'adresser à la juridiction concernée. La multiplication des juridictions habilitées à se prononcer sur les mêmes questions et la « lutte

³⁶ *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. CIJ (1996) §1.

³⁷ *Ibid*, § 105, point 2) E de la conclusion [nos italiques].

³⁸ Voir notre analyse : *Interprétation et légitimité : les tribunaux arbitraux formés en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA ont-ils peur de la contestation aux États-Unis ?* en ligne : http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/article-gric.php?id_article=2726.

hégémonique » que se livrent celles-ci³⁹ risque fort de pousser les tribunaux à rendre des interprétations incitant ceux qui sont aptes à se saisir de leur juridiction à faire appel à eux plutôt qu'aux juridictions concurrentes : ainsi pourrions-nous interpréter, encore une fois, certaines décisions des tribunaux CIRDI concernant la juridiction⁴⁰.

Conclusion

Une fois l'ensemble de ces contraintes considérées, c'est la subjectivité des tribunaux qui se trouve à être interpellée afin de conclure le raisonnement juridique. Cette subjectivité sera principalement utilisée en fonction de l'idéologie politique des membres des tribunaux, c'est-à-dire en fonction, une fois de plus, de ce que ceux-ci croient que la société a été, est, veut devenir et peut devenir. Ainsi, après avoir joué un rôle important dans la détermination de l'espace à l'intérieur duquel cette subjectivité peut être exercée, l'idéologie réapparaît au dernier moment de l'exercice du raisonnement juridique.

Si cette analyse est juste, elle met en relief certains aspects du droit international, voire de l'ordre international dans son ensemble. Nous devons d'abord souligner le rôle important joué par les membres de tribunaux internationaux, en pleine prolifération⁴¹, sur la vie internationale. Ensuite, nous ne pouvons pas ne pas être frappés par l'avantage dont jouissent, au moment de l'interprétation juridictionnelle, ceux qui ont la capacité de produire ces visions du monde, ces versions de ce que le monde a été, est, devrait être et peut devenir. En contrepartie, il faut également prendre au sérieux le rôle que jouent les visions contestatrices des idéologies dominantes, considérant leur place centrale dans les contraintes de légitimité substantive.

³⁹ Voir, par exemple : M. Koskeniemi et P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties » 15 *Leiden J.I.L.* (2002) 553.

⁴⁰ Voir à ce sujet E. Gaillard qui évoquait « un mouvement très général d'interprétation large de la quasi-totalité des conditions de compétence dans la juridiction du Centre » : « Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales » 127 *J.D.I.* (2000) 149, à la p. 161.

⁴¹ Voir le symposium sur cette question : 31 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (1999) 679.