

DU RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA VIOLENCE

De l'opposition à la construction réciproque : illustration par le droit international public

Alexis Bouillo*

Table des matières

INTRODUCTION	200
1. DU DROIT CONTRE LA VIOLENCE A LA VIOLENCE DU DROIT	201
1.1. LA POSITION CLASSIQUE : LE DROIT ANTINOMIQUE DE LA VIOLENCE	201
1.2. LA POSITION MARXISTE : LE DROIT COMME EXERCICE DE LA VIOLENCE	203
2. L'ADOPTION D'UNE POSITION INTERMEDIAIRE : LE DROIT COMME OUTIL DE DETERMINATION DE LA VIOLENCE	205
2.1. FONDEMENTS THEORIQUES : CONTEXTUALISME ET THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION JURIDIQUE	206
2.1.1. <i>De l'indétermination du langage à la théorie réaliste de l'interprétation juridique</i>	206
2.1.2. <i>De l'importance du contexte interprétatif</i>	211
2.2. LA VIOLENCE ET LE DROIT, UN RAPPORT DE CONSTRUCTION RECIPROQUE	219
2.2.1. <i>Positionnement théorique</i>	219
2.2.2. <i>Précisions terminologiques</i>	222
3. ILLUSTRATION : LA LEGITIME DEFENSE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	224
3.1. LA VIOLENCE FONDATRICE DU DROIT	225
3.1.1. <i>Exposé des faits : Le cas du 11 septembre 2001 et des interventions américaine et britannique en Afghanistan</i>	225
3.1.2. <i>Incidences théoriques</i>	229
3.2. LA VIOLENCE CONSERVATRICE DU DROIT	231
3.2.1. <i>Exposé des faits : Le cas du bombardement du réacteur d'Osirak en 1981</i>	231
3.2.2. <i>Incidences théoriques</i>	233
CONCLUSION	235

* Alexis Bouillo est doctorant contractuel à l'IREDIÉS, École de droit de la Sorbonne.

Abstract

In a deconstructionist perspective of law, it is necessary to question what is taken for granted, whether by legal professionals or by the general public. In the legal area, one of the commonly admitted beliefs is the one relating to the pacifying role of law, and of its violence-channelizing purpose. It is therefore necessary to question the relationship between law and violence. It appears that the two classical positions, the ontological opposition of law and violence on the one side, and the identity of law and violence on the other side, can be overcome by a third approach. Indeed, it is possible to apprehend this relationship as a reciprocal construction: on the one hand, violence is shaping the law by intervening in the legal actor's interpretation of the normative statements; on the other hand, law defines what it considers to be violent by qualifying a situation as violent and therefore legally admitting it. Violence can thus create law by modifying a pre-existing interpretation of a statement, but it can also be conservative of the law by leading to the condemnation of a situation considered to be violent. In order to be able to rule on the change or on the conservation of an interpretative state, a general consensus between the legal actors is required. Indeed, the relationship between law and violence is a moving one, whether in time or space. It is nevertheless still necessary to relocate any analysis of the relationships between law and violence in the interpretative context at stake. This is fully illustrated in the field of (public) international law through the right to self-defence.

Résumé

Lorsque nous souhaitons adopter une perspective déconstructiviste du droit, il est nécessaire d'aller questionner ce qui est considéré comme allant de soi tant par les professionnels du droit que le grand public. Concernant le champ juridique, une des croyances communément admises est celle du rôle pacificateur du droit, autrement dit de son rôle canalisateur de la violence. Il est donc nécessaire d'interroger les rapports entre le droit et la violence. Il nous apparaît que les deux positions classiques que sont l'opposition ontologique entre droit et violence et l'identité du droit et de la violence peuvent être dépassées par une troisième approche. En effet, il est possible de comprendre ce rapport comme une construction réciproque : la violence vient modeler le droit en intervenant dans l'interprétation par les acteurs juridiques des énoncés normatifs ; à l'inverse, le droit vient définir ce qu'il considère comme étant violent en qualifiant ou non une situation violente comme juridiquement admise

ou non. Ainsi, la violence peut à la fois être créatrice de droit en venant modifier une interprétation préexistante d'un énoncé mais elle peut aussi être conservatrice du droit en amenant à une condamnation d'une situation jugée violente. Afin de pouvoir statuer d'un changement ou d'une conservation d'un état interprétatif, il faut un consensus entre les acteurs juridiques. En effet, le rapport entre droit et violence est un rapport qui est constamment en mouvement que cela soit dans l'espace ou dans le temps. Cependant, il demeure nécessaire de resituer toute analyse des rapports entre droit et violence dans le contexte interprétatif en jeu. Cela s'illustre parfaitement dans le domaine du droit international public avec le droit de légitime défense.

INTRODUCTION

« S’efforcer de devenir tel qu’on puisse être non-violent.
Cela dépend aussi de l’adversaire »¹.

Se placer dans une perspective déconstructiviste du droit rend nécessaire de questionner des notions qui impliquent ou sont impliquées par un « mythe fondateur » du droit. En effet, afin d’adopter une position critique (mais descriptive) face à un domaine il convient de « défaire et de se défaire des grands récits, des grands mythes, des histoires reconstruites qui se transmettent de génération en génération et qui, d’une certaine façon, agissent comme une sorte de conscience collective, comme un cadre cognitif latent qui oriente la pensée dans des directions déterminées et contrôle la production du discours »². Ce positionnement développé, en partie, par Derrida renvoie avant tout à l’objectif de déconstruire ce que l’on peut considérer comme étant naturel ou allant de soi³. Il est nécessaire de ne pas considérer un texte, un discours, ou une représentation en général comme dégageant une vérité à valeur absolue ou incontestable. Chaque « vérité » n’est que le produit d’une construction située dans le temps et dans l’espace. Il est alors nécessaire de dégager le non-dit des textes et des discours, ce qu’ils supposent et ce qui leur donne sens. Il ne faut pas entendre ce terme de déconstruction « au sens de dissoudre ou de détruire, mais d’analyser les structures sédimentées qui forment l’élément discursif, la discursivité philosophique dans laquelle nous pensons »⁴. Cette approche, largement développée par la *French theory*⁵, ne signifie pas nécessairement de dénoncer toute croyance mais plutôt de « secouer la quiétude avec laquelle on les accepte ; de montrer qu’elles ne vont pas de soi, qu’elles sont toujours l’effet d’une construction dont il s’agit de connaître les règles et de contrôler les justifications »⁶.

Cette façon de voir comme naturelles des croyances qui ne sont que le fruit d’une construction peut s’expliquer par le recours au constructivisme social et notamment à la théorie de l’accoutumance de P. Berger et T. Luckmann. Il apparaît en effet que les habitudes des

¹ S. Weil, *La Pesanteur et la Grâce*, Pocket, 1991, p. 153.

² M. Prost, « Ruptures éthiques et ruptures esthétiques : la pensée critique doit-elle continuer de s’écrire dans un langage critique ? », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, p. 199. P. Bourdieu note à ce titre que le droit tient sur un « fondement mystique » permettant qu’il ne soit pas questionné à savoir la coutume de l’obéissance à la loi (P. Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Seuil, 2003, p. 136-137).

³ J. Derrida, *De la grammatologie*, Éditions de Minuit, 1967.

⁴ Propos de Derrida recueillis par Roger Pol Droit, *Le Monde*, 2004.

⁵ Pour un exposé plus développé de ce mouvement voir par exemple *French Theory* de F. Cusset (F. Cusset, *French theory*, La découverte, 2005).

⁶ M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Gallimard, 2008, p. 39.

acteurs sociaux réduisent l'étendue des possibilités que ces acteurs ont devant eux. L'accoutumance à des comportements réguliers vient réduire les possibilités qui sont pensées par les acteurs⁷. Répéter une croyance, c'est réduire de plus en plus la possibilité d'existence d'autres croyances. Se représenter une réalité de façon constante entraîne une impossibilité à penser d'autres réalités toutes aussi valables que la première. Selon le célèbre adage de Schopenhauer, « le monde est ma représentation »⁸.

Concernant le droit, un des mythes fondateurs est sans nul doute son rôle pacificateur. En effet, l'antagonisme entre le droit et la violence est régulièrement postulé. Cela relève d'un présupposé présumant que le droit a pour finalité la régulation voire la suppression des possibilités d'utilisation de la violence. Le droit est perçu comme l'outil permettant la vie en commun en refrénant les instincts violents de l'être humain. Ce présupposé, qui aujourd'hui à force de croyance, peut et doit être questionné⁹. Pourtant, adopter cette vision du droit opposé par essence à la violence ou à l'inverse comme n'étant que violence (1) empêche de saisir le jeu de construction réciproque existant entre ces deux notions (2). Il nous apparaît alors que la légitime défense en droit international public constitue à cet égard une illustration frappante de ce rapport de co-construction¹⁰ (3).

1. DU DROIT CONTRE LA VIOLENCE A LA VIOLENCE DU DROIT

Afin de schématiser les différentes positions doctrinales concernant les rapports entre le droit et la violence, il est possible de dégager deux grands courants théoriques : la théorie que nous nommerons classique postulant une antinomie entre le droit et la violence (1.1) et un ensemble de théories d'inspiration marxiste voyant dans le droit l'exercice d'une violence de la classe dominante sur les opprimés (1.2).

1.1. La position classique : Le droit antinomique de la violence

Les rapports entre le droit et la violence sont des rapports qui peuvent sembler *a priori* antinomiques. Dans le discours quotidien tant des professionnels du droit que des médias généralistes, le droit est à la fois l'adversaire de la violence et le moyen privilégié pour y mettre

⁷ P. Berger, T. Luckmann, *The social construction of reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, 1967, p. 47-92.

⁸ A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et représentation*, Librairie Félix Alcan, 1912, Livre I^e, § 1.

⁹ Pour la distinction entre norme, valeur et croyance, se référer à P. Demeulenaere (dir.), « Valeurs, normes et croyances », in *Les normes sociales. Entre accords et désaccords*, Presses universitaires de France, 2003, p. 15-41.

¹⁰ Entendu ici au sens de « relation d'entredéfinition entre les différentes entités » (M. Akrich, « Co-construction », in I. Casillo, R. Barbier, L. Blondiaux, F. Chateauraynaud, J.-M. Fourniau, R. Lefebvre, C. Neveu, D. Salles (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, 2013.

fin. L'ordre juridique a pour fonction et condition, la diminution puis la suppression des formes de violence. Comme l'énonce François Terré : « parmi les finalités du droit figure tout particulièrement la recherche de l'ordre et de la paix dans la société »¹¹. Le cas de l'ordre juridique international n'échappe pas à cette vision. Ainsi, comme souligne D. Kennedy, il s'agit d'un « *international legal order premised on the absence of violence* »¹². Le droit est considéré comme l'adversaire « naturel » de la violence.

De nombreux juristes, internationalistes ou non, ont œuvré à l'affirmation d'un droit ennemi de la violence. À titre d'exemple, l'article récent, « Le droit et la violence », de F. Couveinhes-Matsumoto¹³ est intéressant car il tend à démontrer que le droit ne peut se mêler à la violence. Il y énonce que si un « comportement ou une situation sont bien violents, et non par exemple coercitifs ou rigoureux, on ne peut utilement faire appel au Droit pour les justifier mais uniquement pour les condamner »¹⁴. L'idée sous-tendue ici est que la violence ne peut être qu'une violation du droit et ne peut en aucun cas exister à travers l'application de ce dernier. Ainsi, la force serait ce qui est nécessaire en droit alors que la violence serait ce qui ne l'est pas. Le droit ne serait pas capable de violence car il est par essence rigoureux et régi par des conditions d'exercices consubstantielles à l'État de droit telles que les principes de légalité ou de proportionnalité et le critère de nécessité¹⁵.

Les juristes se réclamant d'un droit naturel d'inspiration chrétienne adoptent majoritairement cette posture radicale d'opposition ontologique entre droit et force. À ce titre, il convient d'évoquer la célèbre maxime de Saint Thomas d'Aquin « *id quod justum est* ». Cela renvoie à l'idée selon laquelle si le droit est juste, alors il ne peut être violent¹⁶. En effet, la justice se retrouve dans la proportion des moyens utilisés pour résoudre des conflits. Le droit recourant à l'usage de la force viendrait donc s'opposer à la violence par sa dimension proportionnée et réglementée. Ainsi, le droit serait ce qui distingue violence et force par l'aspect mesuré de son application. Cela reprendrait en quelque sorte la distinction en droit international entre légitime défense et vengeance. La légitime défense répond à des critères juridiquement édictés alors que la vengeance est une action similaire ne rentrant pas dans le cadre de ces

¹¹ F. Terre, « Sur le phénomène de la violence », *Archives de philosophie du droit*, 1999, n° 43, p. 246.

¹² D. Kennedy, *International Legal Structure*, Baden-Baden, 1987, p. 246.

¹³ F. Couveinhes-matsumoto, « Le droit et la violence », *Droits*, 2016, 2016/2, n° 64, p. 221-241.

¹⁴ *Ibid.*, p. 221.

¹⁵ Pour un exposé de cette théorie voir J. Chevallier, *L'État de droit*, LGDJ, 6^e édition, 2017. Dans une perspective davantage critique voir C.-M. Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la Société*, n° 113, juil-sept. 1994, *Figures actuelles du capitalisme*, p. 89-103.

¹⁶ J. B. D'Onorio (dir.), *La violence et le droit : Actes du XIX^e colloque national*, P. Téqui, 2003.

derniers. La force demeurerait dans le cadre du droit car elle lui est subordonnée et est donc rationalisée alors que la violence n'existerait qu'en dehors du droit. Cette position est aussi celle défendue par E. Lévinas pour qui « en aucun cas la violence ne peut et ne doit être rationalisée, puisqu'elle constitue un défi fondamental pour la morale et la loi »¹⁷. Face à cette vision d'un droit comme ontologiquement extérieur à la violence, les penseurs marxistes du droit ont développé une approche diamétralement opposée, celle d'une identité du droit et de la violence.

1.2. La position marxiste : Le droit comme exercice de la violence

Ce sont principalement les penseurs marxistes du droit qui ont développé une vision de ce dernier comme n'étant qu'une forme d'exercice de la violence par une classe dominante sur une autre classe dominée. Ce postulat se fonde principalement sur le matérialisme historique initié par Karl Marx¹⁸.

Cette posture théorique se fonde sur le rejet d'une société édifée sur un pacte social telle que développée chez les penseurs du contrat social comme J.-J. Rousseau¹⁹ ou T. Hobbes²⁰. Il est alors question de voir l'homme comme « l'ensemble des rapports sociaux donnés à un moment déterminé de l'histoire »²¹. La société, loin d'être le fruit d'un pacte entre le peuple et le souverain dans un but de vie en société, est le résultat de rapports de force. Dès lors, cela sous-entend une vision du droit comme étant un outil de domination de l'un sur l'autre.

À titre d'exemple, Mailles a développé une analyse marxiste du droit en postulant que la société est « l'institutionnalisation d'une violence, celle des intérêts en jeu dans l'organisation de cette production de vie sociale ». Dès lors,

« le droit ne peut plus, dans cette optique être étudié que comme l'un des éléments, l'un des niveaux, l'une des instances de cet ensemble social. Il ne saurait donc échapper à la nature profonde de la société : si celle-ci est violence, celui-là ne peut également être que violence. Ceci nous autorise, de manière générale, à définir le droit de la société capitaliste comme le système de communication formulé en termes de normes permettant la production et la reproduction d'un système socio-économique capitaliste. Or, ce système est celui d'une exploitation d'une classe par une autre classe »²².

¹⁷ Cité dans A. Leder, « Violence et rationalité. », *Quaderni*, Hiver 2002-2003, n° 49, p. 103.

¹⁸ Pour une présentation plus large de cette notion, voir C. Colliot-Thelene, « Le matérialisme historique a aussi une histoire », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1984, n° 55, p. 15-21.

¹⁹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2011.

²⁰ T. Hobbes, *Leviathan*, Folio, 2000.

²¹ M. Miaille, « Le droit-violence », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 2, p. 170.

²² *Ibid.* p. 174.

Ainsi, la société capitaliste étant à l'heure actuelle quasi-hégémonique, le droit en tant que partie intégrante de ce mode d'organisation ne peut constituer qu'une forme d'oppression de la classe bourgeoise sur la classe ouvrière. Ce postulat du droit comme violence bourgeoise sur le peuple ne peut alors être renversé que dans le cas d'un renversement de la société capitaliste elle-même.

Cela rejoint par ailleurs les propos développés par M. Foucault dans son célèbre ouvrage *Surveiller et punir*²³. En effet, le droit « produit lui-même la violence qu'il prétend combattre. Michel Foucault démontre largement comment la naissance de la prison moderne est, en réalité, une domestication des corps qui rend utile la "production" traditionnelle du châtiment exemplaire de l'ancien régime. En d'autres termes, le droit loin d'être le contraire de la violence n'en est qu'une des formes instituées »²⁴.

Ainsi, la pensée de M. Miaille amène à ne considérer le droit que par le prisme de la violence qu'il institue, le droit devient un instrument nécessairement reflet d'une domination d'une classe sur une autre lorsque nous nous situons dans une société capitaliste « classique ».

Dans le domaine du droit international, C. Miéville²⁵ développe lui aussi une analyse marxiste du droit. Pour lui, la structure internationale génère le fait que dans l'arène juridique internationale, il n'y a pas d'État pour peser en tant qu'arbitre final sur des revendications concurrentes et dès lors, la violence reste un moyen aux mains des parties elles-mêmes en désaccord au sujet de la loi²⁶. Cette absence de souverain mondial permettant la régulation des différends entre États entraîne le fait que les rapports juridiques ne sont réglés que par l'intermédiaire du pouvoir de coercition exercé par les acteurs juridiques eux-mêmes²⁷. Ainsi, le droit international, loin d'être un droit pacificateur des relations internationales devient une forme d'argument servant aux recours à la violence. Pour l'auteur, l'idée même de substituer la guerre par le droit n'est pas seulement utopique mais contre-productive car dans sa vision, un monde organisé autour du droit international ne peut être qu'un monde de violence impérialiste²⁸.

²³ M. Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Gallimard, 1993.

²⁴ M. Miaille, *op.cit.*, p. 175. Cependant, il est à noter que Foucault, contrairement aux penseurs de la théorie marxiste classique analysant le rapport entre dominants et dominés comme horizontal, conçoit l'exercice du pouvoir à travers des « mécanismes complexes » et diffus dans le corps social (M. Foucault, *op. cit.*, p.92).

²⁵ C. Miéville, *Between Equal Rights : A Marxist Theory Approach*, Haymarket Books, 2005.

²⁶ *Ibid.*, p. 292.

²⁷ *Ibid.*, p. 133.

²⁸ *Ibid.*, p. 319.

Sans développer davantage, dans le domaine du droit civil, d'autres auteurs adoptent des positions fondées sur matérialisme historique²⁹. Par exemple, A.-J. Arnaud propose une analyse marxiste du Code civil français³⁰. Pour ce dernier, l'objectif de sa démarche consiste à décoder le Code civil dans un objectif de dévoilement du droit comme servant à qualifier de violence toute utilisation de la force qui irait à l'encontre de l'organisation sociale bourgeoise en place. Ainsi, le droit a pour rôle de ne permettre que la violence conservatrice de la paix bourgeoise.

Il apparaît donc, qu'à l'inverse de la vision classique du droit, l'analyse marxiste ou plus largement l'utilisation du matérialisme historique, entraîne la vision d'un droit comme outil aux mains de la classe dominante et constituant l'exercice d'une violence qu'elle soit physique ou symbolique³¹ sur les dominés. Dès lors, le droit n'est que violence et n'est jamais un outil de pacification des rapports sociaux ou du moins il vise à assurer la supériorité d'une classe sur une autre. Cette vision, bien que présentant l'avantage de comprendre le droit comme le fruit de rapports de force présents dans un contexte donné, semble cependant occulter le rôle du droit en tant que générateur de représentations pour tous les acteurs juridiques³² mais surtout amène à considérer le droit comme n'étant l'instrument que d'une forme de domination d'une classe sur une autre. Adopter l'idée d'identité du droit et de la violence revient à occulter les dynamiques pouvant exister entre ces deux notions.

Il nous semble donc qu'une position intermédiaire entre le droit comme ne pouvant être violence et le droit n'étant que violence puisse être trouvée. Celle-ci permet à la fois d'admettre l'objectif pacificateur du droit tout en dévoilant son caractère créateur de violence.

2. L'ADOPTION D'UNE POSITION INTERMEDIAIRE : LE DROIT COMME OUTIL DE DETERMINATION DE LA VIOLENCE

Il nous apparaît que le droit est avant tout un outil de qualification de la violence au sens où il détermine ce qui est violence sans nécessairement l'admettre en son sein (2.1). Ce postulat se fonde sur deux piliers théoriques que sont la théorie réaliste de l'interprétation et l'analyse contextuelle du droit (2.2).

²⁹ Voir un exposé plus détaillé dans D. Manaï, « Les juristes marxistes occidentaux face au phénomène juridique », *Déviance et société*, 1979, vol. 3, n° 3. p. 279-295.

³⁰ A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1972.

³¹ M. Miaille, *op. cit.*, p. 174.

³² Ainsi, il est possible de voir le droit comme créateur de représentations pour tout acteur qui se trouve en contact avec l'ordre juridique et non pas seulement des représentations générées par la classe dominante dans un but de pacification de la classe dominée.

2.1. Fondements théoriques : contextualisme et théorie réaliste de l'interprétation juridique

Afin de comprendre notre position quant aux rapports existant entre le droit et la violence, il convient d'exposer brièvement les fondements théoriques amenant à cette vision. Le premier d'entre eux est celui développé au départ par les réalistes américains puis repris par les réalistes français : la théorie réaliste de l'interprétation juridique (2.1.1). Ce positionnement amène alors à devoir considérer les analyses du droit comme ne valant que pour le contexte en cause (2.1.2).

2.1.1. De l'indétermination du langage à la théorie réaliste de l'interprétation juridique

« C'est l'histoire de Moishé et Yitsh'ok qui se croisent un jour par hasard dans les rues de New York. Cela fait des années qu'ils ne se sont pas vus, depuis la Pologne, depuis le Ghetto, depuis la guerre. Et là, en plein Manhattan, ils se retrouvent, et tombent dans les bras l'un de l'autre. Moishé dit alors à Yitsh'ok : Yitsh'ok ! Comme c'est bon de te voir ! En un mot, dis-moi ce que tu deviens... comment ça va?... Et Yitsh'ok dit : BIEN ! Alors Moishé continue : non, mais, vraiment, dis-moi en deux mots comment ça va... ? Et Yitsh'ok répond : PAS BIEN ! (...) Cette histoire, à mon sens, raconte une certaine lecture juive du monde, ou de la vie... : elle dit qu'il existe toujours plusieurs façons de raconter une histoire, de lire un texte, ou de comprendre une situation. En BIEN ou en PAS BIEN. Une version n'est pas plus juste que l'autre, ou plus vraie que l'autre. Deux interprétations d'une même histoire peuvent exister simultanément »³³.

Cette illustration, à travers une réflexion rabbinique, de l'idée d'une indétermination du langage renvoie au fait qu'il n'existe jamais une vérité quant à une situation donnée. Chaque fait, comme chaque texte, possède autant de sens « vrais » ou valables qu'il existe de personnes pour leur en donner. Ce constat peut trouver son fondement dans l'irréductibilité du réel au langage. Ainsi, R. Barthes dans son étude sur « l'effet de réel » développe l'idée d'une « illusion référentielle »³⁴. Les détails inclus dans un récit, loin de réaliser le réel « ne font rien d'autre,

³³ *Drasha de Kol Nidre* par le rabbin Delphine Horvilleur, publiée sur le site de la revue *Tenou'a* le 19 septembre 2018, disponible ici : <https://tenoua.org/dh-kippour-5779/>.

³⁴ R. Barthes, « L'effet de réel », *Communications*, n° 11, 1968, p. 81-90.

sans le dire, que le signifier »³⁵, c'est-à-dire qu'indiquer la volonté de s'y rapporter. Dès lors, « la fonction du récit n'est pas de "représenter", elle est de constituer un spectacle qui nous reste encore très énigmatique, mais qui ne saurait être d'ordre mimétique »³⁶. Ainsi, ce qu'énonce le langage n'est jamais totalement ce qui est. Il est donc nécessaire d'opérer une séparation entre le vrai et le réel. Le langage peut énoncer ce qui est tenu pour vrai mais ne peut avoir pour résultat d'édicter le réel³⁷. Cela nous amène alors au postulat de la coexistence d'une infinité de vérités quant à une même réalité. Il existe à la fois une pluralité de vraies perceptions d'une situation mais aussi une pluralité de vraies descriptions d'une situation. Toutes ces descriptions se placent dans le champ du vrai mais non dans celui du réel impossible à atteindre par le langage.

Ce constat d'une coexistence de multiples vérités a été dressé par de nombreux penseurs. Ainsi, F. Nietzsche énonce qu'il « n'y a de vision que perspective, il n'y a de connaissance que perspective »³⁸, c'est-à-dire que la réalité implique nécessairement une pluralité de vérités correspondant à autant d'angles de vue possibles la concernant. De manière plus limpide, il rajoute que l'essence d'une chose « n'est somme toute qu'une opinion sur cette chose. Ou plutôt la formule "cela passe pour" est le résidu vrai de la formule "cela est" »³⁹.

M. Foucault a lui-même repris ce constat pour évoquer les règles. Il indique à cet égard qu'elles

« sont faites pour servir à ceci ou à cela ; elles peuvent être ployées au gré de tel ou tel. Le grand jeu de l'histoire, c'est à qui s'empare des règles, qui prendra la place de ceux qui les utilisent, qui se déguisera pour les pervertir, les utiliser à contresens et les retourner contre ceux qui les avaient imposées ; qui, s'introduisant dans le complexe appareil, le fera fonctionner de telle sorte que les dominateurs se trouveront dominés par leurs propres règles »⁴⁰.

Ainsi, même les règles n'ont ni un destin figé dans le temps et l'espace ni une finalité fixée dans le marbre. Le juge de la Cour européenne des droits de l'homme, G. Fitzmaurice, dans une opinion dissidente célèbre rejoint par ailleurs un tel constat en énonçant que :

³⁵ *Ibid.*, p. 88.

³⁶ R. Barthes, « Introduction à l'analyse structurale des récits », *Communications*, n° 8, 1966, p. 26.

³⁷ Il est par ailleurs possible de faire ici un parallèle avec l'œuvre de Magritte *La trahison des images* dans laquelle l'artiste développe une distinction entre ce qui est réel et ce qui est réaliste (voir notamment B. Darras, « Sémiotique du système des objets dans la poétique de Magritte. La durée poignardée entre *aisthesis* et *semiosis* », *Recherches sémiotiques*, 28 (3-1), 2008, p. 81-108.

³⁸ F. Nietzsche, *La généalogie de la morale*, « Troisième traité », Gallimard, § 12, p. 365.

³⁹ F. Nietzsche, *La volonté de puissance*, vol. 1, Livre 1^e, Gallimard, 1995, p. 88.

⁴⁰ M. Foucault, *Dits et écrits, 1954-1988*, t. II, Gallimard, 1994, p. 145-146.

« En pareil cas, les parties vont appliquer des normes différentes ; elles vont suivre des chemins parallèles qui ne se rencontrent jamais. (...) Chacune des deux parties peut, à l'intérieur de son propre système de références, être capable de présenter une thèse cohérente et valable, mais puisque ces systèmes diffèrent l'un de l'autre, aucune des deux thèses ne peut l'emporter telle quelle sur l'autre. Il n'y a pas de solution au problème, à moins que l'on ne puisse déterminer d'abord quel est le système de référence exact ou plutôt acceptable, mais comme l'acceptabilité est une affaire d'optique, de sentiment, d'attitude ou même de politique, plutôt que d'argumentation juridique ou logique exacte, il n'existe guère non plus de solution sur cette base »⁴¹.

Ainsi, les infinies possibilités offertes par la réalité génèrent une infinie possibilité d'interprétation des énoncés qu'ils soient juridiques ou non. C'est de ce constat que part la théorie réaliste de l'interprétation juridique.

Cette théorie affirme que chaque interprète d'un énoncé normatif⁴² opère une réattribution de sens par rapport à celui donné ou voulu par l'auteur⁴³. Elle trouve sa source dans le postulat que le droit n'est pas formé par des énoncés normatifs tels qu'adoptés mais par l'application de ces derniers par le juge⁴⁴. Selon le fondateur de cette pensée en France Michel Troper, cette théorie peut se résumer en trois propositions : « (1) l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ; (2) elle n'a pas objet des normes, mais des énoncés ou des faits ; (3) elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique »⁴⁵.

Au départ apanage des analyses du droit constitutionnel, cette théorie trouve une concrétisation dans le droit international public car « la place éminente accordée à la souveraineté des États, l'importance qu'ils attachent à leur liberté d'interprétation et la primauté qu'ils accordent à la question de la compétence des interprètes élèvent le degré de pertinence des positions réalistes »⁴⁶. Ainsi, pour appréhender la notion découlant d'un énoncé normatif,

⁴¹ *Golder contre Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 1975, opinion dissidente du juge Fitzmaurice, § 23. Pour une analyse plus développée de cet arrêt voir notamment R. Pelloux, « L'arrêt Golder de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 21, 1975. p. 330-339.

⁴² Un énoncé normatif s'entend ici d'un énoncé ayant une valeur juridique attribuée par l'ordre juridique dans lequel il se situe. Cela ne postule toutefois pas l'existence d'une « normativité » inhérente au texte mais la possibilité de transformer ce texte en norme *via* la lecture de ce dernier par un acteur habilité de par la position de ce texte dans l'ordre juridique. À ce titre voir O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 7, décembre 1999.

⁴³ Un constat similaire est présent chez différents sémiotistes comme Umberto Eco ou Charles Sanders Peirce (voir notamment U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, Biblio Essais, 1994, p. 36 et s.).

⁴⁴ Ainsi, il est pertinent de citer la célèbre phrase de O. W. Holmes, « *The prophecy of what the courts will do in fact and nothing more pretentious is what I mean by the Law* », cité dans H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New-York, NY, Russell & Russell, 1961, p. 166.

⁴⁵ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista opinião jurídica*, n° 8, 2006, 2006/2, p. 303.

⁴⁶ D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, 2012, 2012/I, n° 55, p. 87.

il faut s'intéresser à l'interprétation de ce dernier par les acteurs qui le mobilisent au sein de discours juridiques entendus ici comme « l'ensemble des énoncés produits par des autorités habilitées par un ordre juridique »⁴⁷. En effet, la question n'est pas de savoir si le discours juridique est vrai ou faux ou si un acteur a tort ou non de promouvoir une interprétation d'un énoncé, il faut s'intéresser au résultat de cette interprétation. À ce titre H. L. A. Hart qualifie les termes utilisés dans les textes juridiques de termes à la « texture ouverte »⁴⁸.

Plusieurs auteurs ont émis la nécessité de recourir à cette théorie dans le contexte du droit international⁴⁹. Le Professeur Denis Alland a par ailleurs utilisé une méthodologie se rapprochant de la théorie réaliste de l'interprétation dans sa thèse sur les contre-mesures⁵⁰. De même, certains auteurs francophones ont rédigé de courts articles utilisant le corollaire de ce postulat méthodologique à savoir la théorie des contraintes juridiques⁵¹ pour appréhender le droit international⁵². Cependant, cette approche du droit international public reste minoritaire. En effet, au regard des ouvrages traitant de l'interprétation en droit international, cette dernière est avant tout traitée comme un ensemble de techniques utilisées par les acteurs pour appliquer un énoncé⁵³ et non pas comme un outil méthodologique permettant d'analyser le droit international.

Cette carence s'explique notamment par la domination de l'approche positiviste dans la doctrine internationaliste⁵⁴ ainsi que par l'existence de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. En effet, à travers l'édiction d'un texte venant définir les règles d'interprétation,

⁴⁷ V. Champeil-desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 258.

⁴⁸ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, LGDJ, 2^e édition, 2006, p. 155.

⁴⁹ Notamment en France (D. Alland, *op. cit.* ou P. Brunet, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue générale de Droit international public*, 2011, p. 311-327) et en Italie (F. Viola, « Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica », *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, 3^e édition, Laterza, 2000, p. 49-64 ; F. Viola, « Apporti dell'aprica interpretativa del diritto internazionale alla teoria generale dell'interpretazione giuridica », *Ragion pratica*, 2001, Vol. 9, n° 17, p. 53-71).

⁵⁰ D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, 1994.

⁵¹ Cette théorie énonce que l'interprétation d'un énoncé par un acteur est soumise à certaines contraintes juridiques qu'il est possible de découvrir et qui viennent réduire l'indétermination de l'interprétation juridique. À ce titre, voy. l'ouvrage de référence : M. Troper, V. Champeil-desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

⁵² Voy. notamment B. Crottet, « Une Tentative de reformulation de la Théorie des contraintes juridiques – Application à la question de la fragmentation du Droit international », *Jus Politicum*, 2012, n° 7 ; R. Bachand, *L'interprétation en droit international : une analyse par les contraintes*, Société européenne du droit international, 2007.

⁵³ À ce titre, voy. R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruylant, 2007 ; ou S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974. Il est à noter que ces deux ouvrages, bien que conséquents, ne présentent même pas la théorie tropérienne de l'interprétation.

⁵⁴ David Kennedy énonce à cet égard : « Nous avons trop longtemps focalisé notre attention sur les structures-institutions, constitutions- plutôt que sur les résultats. Nous avons préféré l'aspect procédural à la substance », cité dans D. Kennedy, *Nouvelles approches de droit international*, Pedone, 2009, p. 122.

a été émis le souhait de doter le discours interprétatif de qualités objectives de par son encadrement par les règles du traité. Avec l'édiction de ces règles, est postulée la croyance de pouvoir régler la question de l'interprétation en obligeant les acteurs à suivre certaines règles tout en omettant d'admettre l'indétermination de ces mêmes règles interprétatives. Il apparaît en effet peu soutenable de postuler un sens objectif à des règles interprétatives sous prétexte qu'elles viennent régler les questions d'interprétation. Ce n'est pas parce que les États sont tenus par les mêmes règles interprétatives qu'ils les interprètent eux-mêmes de façon identique⁵⁵. En se référant de nouveau à la théorie de l'accoutumance⁵⁶, le fait de considérer les règles d'interprétation de la Convention de Vienne comme étant les règles qui viennent régir toute interprétation, crée une occultation de l'indétermination dont souffrent ces règles elles-mêmes.

F. Zarbiyev fait un rapprochement très pertinent entre le concept de structure centrée de J. Derrida et la Convention de Vienne⁵⁷. Le concept de structure centrée renvoie à l'idée « d'un jeu fondé, constitué depuis une immobilité fondatrice et une certitude rassurante elle-même soustraite au jeu. Depuis cette certitude, l'angoisse peut être maîtrisée, qui naît toujours d'une certaine manière d'être impliqué dans le jeu, d'être pris au jeu, d'être comme être d'entrée de jeu dans le jeu »⁵⁸. À travers ce concept, J. Derrida met en exergue le fait qu'il est rassurant, mais illusoire, de voir dans un ensemble de signes particuliers un outil de détermination du sens des autres signes sans que ce groupe structurant (la structure centrée) ne nécessite lui-même d'autres signes pour être compris. À l'inverse, il faut considérer que même la structure centrée est incluse dans le jeu de significations. Ainsi, la Convention de Vienne serait un outil commode pour les internationalistes car formant une structure centrée qui régulerait le jeu de l'interprétation tout en étant elle-même soustraite à tout jeu d'interprétation.

Cela trouve aussi son illustration à travers ce que l'on appelle le paradoxe de Wittgenstein⁵⁹. Ce dernier donne l'exemple d'un instructeur qui apprend à un élève comment compléter la suite +2 en l'entraînant à écrire cette suite jusqu'à 1000. Ensuite, l'instructeur demande à l'élève de continuer cette suite après 1000. Cependant, l'élève écrit 1004, 1008,

⁵⁵ Plus largement nous pouvons ici reprendre les propos de Nietzsche énonçant qu'il « ne suffit pas, pour se comprendre mutuellement, d'employer les mêmes mots ; il faut encore employer les mêmes mots pour désigner la même sorte d'expérience » (F. Nietzsche, *Par-delà le bien et le mal*, Hachette, 2004, p.226).

⁵⁶ Voir *supra*, Introduction.

⁵⁷ F. Zarbiyev, *Le discours interprétatif en droit international contemporain. Un essai critique*, Bruylant, 2015, p. 30.

⁵⁸ J. Derrida, « La structure, le signe et le jeu dans discours des sciences humaines », *L'écriture et la différence*, Seuil, 1967, p. 410.

⁵⁹ L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2004, p. 124-126.

1012, etc. Son instructeur lui demande de s'expliquer et l'élève répond qu'il avait compris la règle comme consistant à ajouter +2 jusqu'à 1000 puis +4 jusqu'à 2000, +6 jusqu'à 3000, etc. Pour Wittgenstein, cela démontre le fait que toute pratique peut être conciliable avec une règle selon la façon dont est interprétée la règle initiale. Ainsi, toute manière de faire peut être mise en adéquation avec la règle qui s'applique car cette même règle est tout autant indéterminée. Dès lors, dans le cas des règles de la Convention de Vienne, il s'avère qu'elles ne peuvent être à même de déterminer la licéité ou l'illicéité d'une interprétation d'un énoncé normatif. Comme l'énonce S. Kripke dans son analyse du paradoxe de Wittgenstein, il ne peut y avoir « ni accord ni conflit »⁶⁰. Ainsi, la validité d'une interprétation ne dépend pas de règles interprétatives supposément à valeur objective. Chaque interprétation s'appréhende non pas selon un texte qui lui serait supérieur, mais selon son contexte d'émergence.

2.1.2. De l'importance du contexte interprétatif

P. Bourdieu dans ses travaux sur l'analyse du discours, préconise que toute analyse adéquate du discours doit se fonder sur une reconstruction du champ au sein duquel ce discours est produit et reçu et des relations qu'il entretient avec l'espace social dans son ensemble⁶¹. À ce titre, il affirme que toute parole « est produite pour et par le marché auquel elle doit son existence et ses propriétés les plus spécifiques »⁶². Cela, car l'interprète n'aura pas les mêmes intérêts et la même force dans l'établissement d'une signification relative à l'énoncé. Dans ses travaux s'intéressant spécifiquement au droit, il énonce en effet que « l'interprétation opère l'historicisation de la norme, en adaptant les sources à des circonstances nouvelles, en y découvrant des possibilités inédites, en laissant de côté ce qui est dépassé ou périmé »⁶³. Dans une optique proche, Umberto Eco énonce la nécessité de « chercher dans le texte ce qu'il dit en référence à sa propre cohérence contextuelle » afin de déterminer ce que « le destinataire y trouve en référence à ses propres systèmes de signification »⁶⁴. En somme, une signification se place nécessairement dans sa propre dimension socio-historique.

⁶⁰ S. Kripke, *Règles et langage privé : introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Seuil, 1996, p. 69.

⁶¹ P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Points, 2001. Le champ est entendu par P. Bourdieu comme une partie de l'espace social ayant un degré d'autonomie suffisant pour se doter soi-même d'un principe de différenciation et d'auto-organisation. (voy. P. Bourdieu, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Seuil, 1992, p. 93).

⁶² *Ibid.*, p. 113.

⁶³ P. Bourdieu, « La force du droit [Éléments pour une sociologie du champ juridique] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, *De quel droit ?*, p. 8.

⁶⁴ U. Eco, *op.cit.*, p. 29.

Au regard des études réalisées dans le champ de la linguistique, J. Searle donne une illustration très parlante de la nécessité de prise en compte du contexte pour connaître de la signification d'un énoncé : une personne commande un hamburger dans un restaurant avec du ketchup, de la moutarde et un peu de cornichons. Toutefois, le serveur arrive avec un hamburger conforme aux indications précédentes mais encastré dans un cube en plastique qu'il faut briser au marteau piqueur. Le client va alors considérer que son ordre premier n'a pas été obéi même si le sens littéral de sa phrase a été appliqué⁶⁵. Dès lors, le sens littéral ne suffit pas, l'ordre aurait dû être compris dans le contexte général d'un service au restaurant. Le sens littéral de la phrase ne « s'applique que relativement à un ensemble d'assomptions d'arrière-plan qui ne sont pas réalisées dans la structure sémantique de la phrase »⁶⁶. Autrement dit, sans prise en compte du contexte, il n'est pas possible de déterminer le sens d'un ordre.

Dans une perspective similaire, J. Austin postule que le fait de savoir si un énoncé est vrai ou faux dépend des circonstances de l'énonciation. Il énonce à cet égard que « *True and false (...) do not stand for anything simple at all; but only for a general dimension of being a right or proper thing to say as opposed to a wrong thing, in these circumstances, to the audience, for these purposes and with these intentions* »⁶⁷.

Ce constat rejoint par ailleurs la position de C. Perelman lorsqu'il rapporte que « toute argumentation vise à l'adhésion des esprits »⁶⁸. Dès lors, il s'avère indispensable d'adopter une approche contextuelle afin de pouvoir étudier les conditions de production du discours considéré comme vrai. Ces conditions sont nombreuses et comprennent « les types de discours qu'elle accueille et fait fonctionner comme vrais ; les mécanismes et les instances qui permettent de distinguer les énoncés vrais ou faux, la manière dont on sanctionne les uns et les autres ; les techniques et les procédures qui sont valorisées pour l'obtention de la vérité ; le statut de ceux qui ont la charge de dire ce qui fonctionne comme vrai »⁶⁹. Ces conditions de production d'une vérité ne peuvent être appréhendées qu'en recourant à une analyse contextuelle et non textuelle ou littérale.

⁶⁵ J. Searle, *Sens et expression*, Éditions de Minuit, 1982, p. 177-179.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 179.

⁶⁷ J. Austin, *How To Do Things with Words ?*, Oxford University Press, 1962, p. 145.

⁶⁸ C. Perelman, Olbrechts-titeca, *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, p. 18.

⁶⁹ M. Foucault, *Dits et écrits*, vol. III, Gallimard, 1994, p. 158.

Par ailleurs, pour reprendre l'exemple précédent, même en accordant aux règles interprétatives de la convention de Vienne une valeur de règles constitutives⁷⁰ et donc en admettant que l'interprétation est *réglée* conventionnellement, cela ne peut affranchir le droit de sa soumission au contexte. En effet, ce qui détermine l'identité d'une pratique interprétative ce n'est pas seulement les règles d'interprétation mais aussi l'environnement, le milieu ou le contexte général dans lequel s'inscrit cette pratique. Afin d'illustrer cela, H. Schwyzer donne l'exemple d'une partie d'échecs dans un pays lointain⁷¹. Dans cette communauté, les individus sont heureux lorsque les pions blancs gagnent la partie car cela signifie pour eux que leur Dieu sera bon durant l'année suivante. Face à une telle situation, il n'est pas possible de dire si l'on assiste à une partie d'échecs telle qu'entendue dans notre propre environnement alors même qu'il y a les mêmes règles du jeu que dans une partie classique. Dès lors, les règles du jeu ne permettent pas d'éclairer réellement la pratique sous-tendue par le jeu. Connaître les règles du jeu d'échecs ne permet pas de comprendre l'enjeu divin qui est présent dans cette communauté. Ainsi, connaître des règles du jeu ne permet pas de savoir ce qui se passe avant, après ou autour du jeu, mais seulement ce qui se passe dans le jeu lui-même.

Cela montre que même en accordant aux règles de Vienne la faculté de régler le jeu interprétatif, si le contexte est occulté au sein de l'analyse⁷², alors il demeure impossible de saisir en quoi consistent les pratiques interprétatives et la place de l'interprétation dans l'édiction du droit. De cela émerge le constat qu'ambitionner une connaissance réelle du droit nécessite de ne pas se cantonner à l'étude des règles d'interprétation car cela demeure insuffisant.

Cette contextualisation nécessaire du discours juridique a déjà été mise en exergue aux États-Unis par l'École du contexte total de C. Hyde à propos de l'interprétation des traités internationaux⁷³ puis par l'École de New Heaven de M. McDougal. Ce dernier affirme en effet que le droit est essentiellement contextuel et vient se cristalliser dans un processus d'interactions permanentes entre des *claims* et des *counter-claims* aboutissant à des équilibres

⁷⁰ La distinction entre règles normatives et règles constitutives a été réalisée par J. Searle. Une règle normative règle les comportements dont l'existence ne dépend pas de ces règles ; une règle constitutive a aussi une fonction régulatrice mais vient de surcroît créer ou définir de nouvelles formes de comportement.

⁷¹ H. Schwyzer, « Rules and practice », *Philosophical Review*, 1969, vol. 78, n° 4, p. 454-467.

⁷² Le contexte ne renvoie pas ici à la prise en compte du contexte tel qu'édicte par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne elle-même (voir *infra.*, p.17), mais au contexte interprétatif entendu au sens large.

⁷³ Voy. C. Hyde, « Concerning the Interpretation of Treaties », *American Journal of international Law*, vol° 3, 1909, p. 46 et s., où est énoncé que, dans l'interprétation d'un traité international, le texte n'a aucune priorité par rapport aux éléments de conjecture accompagnant l'interprétation du traité.

toujours momentanés⁷⁴. Cependant, cette école de pensée était assez fortement animée par des objectifs de soutien à la politique des États-Unis et intégrait dans son analyse des questions de respect et de promotion de principes libéraux et démocratiques rejoignant donc une démarche prescriptive et non descriptive. En France, l'École de Reims a adopté une position proche en voulant dépasser le formalisme de la doctrine marquée par « la primauté des apparences sur les réalités, la détermination des règles sans considération des conditions concrètes de leur apparition et de leur application, ainsi que de la structure des États et relations internationales en cause »⁷⁵. Cette école de pensée largement inspirée par le matérialisme historique entend dévoiler les mécanismes de domination animant le droit international public⁷⁶. Bien que dans une perspective purement descriptive du droit l'aspect militant de cette doctrine soit problématique, certains constats qu'elle développe nous apparaissent essentiels à l'approche contextualiste. Ainsi, M. Chemillier-Gendreau explique que « le succès (toujours temporaire) du droit dépend de la pertinence de la séquence choisie et de son articulation à une évolution réelle qui a donc quelque chance de se poursuivre en douceur. Deux moments sont particuliers : celui de la formulation de la norme et celle de sa reformulation si dans l'application trop de nouvelles tensions se sont exprimées »⁷⁷. Ainsi, c'est le contexte qui détermine la pérennité d'une règle de droit ou du moins de sa signification actuelle. Il y a donc ici aussi un objectif dépassant une étude strictement juridique en y ajoutant un objectif de dévoilement de formes de domination par le droit. Il s'avère donc que la contextualisation systématique des discours juridiques est une nécessité qui est présente dans une partie de la doctrine internationaliste, mais rarement dans une optique d'étude descriptive du droit international.

Il peut sembler pertinent d'objecter à ces approches du droit par le contexte qu'il existe déjà dans les discours officiels un dépassement du contextualisme et une prise en compte du contexte. À cet égard, il est possible de se référer à la nécessité de prendre en compte les buts poursuivis par l'auteur d'un texte pour l'interpréter ou encore à l'article 31 de la Convention de Vienne précitée qui demande de prendre en compte le contexte pour l'interprétation d'un texte. Cependant, cette prise en compte du contexte reste très limitée et renvoie en réalité au paradigme textualiste. En effet, il est avant tout fait mention du contexte comme recours face

⁷⁴ M. McDougal, « International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 82, 1953-1, p. 137-180.

⁷⁵ C. Chaumont, « Cours général de Droit international public », *RCADI*, 1970, p. 345.

⁷⁶ A. Lagerwall, « Kennedy et moi », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, p. 13-18.

⁷⁷ M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés : essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, 1995, p. 84.

au flou présumé d'un texte. Le contexte n'est ici pensé que comme un moyen subsidiaire de détermination du signifié de l'énoncé et non pas comme élément déterminant de ce dernier⁷⁸. Selon l'article 31 de la Convention de Vienne, le contexte comprend le préambule et les annexes, ainsi cela se rapporte à une perspective textualiste à peine élargie. Évidemment, cette primauté du texte peut s'expliquer par le fait que le texte est issu de la volonté des États l'ayant rédigé alors que le contexte est indépendant de leur volonté directe. C'est ainsi que l'on se réfère en matière interprétative à « l'intention des auteurs » du traité. Cela pourrait laisser penser à une forme d'éloignement du textualisme. Toutefois, il s'avère que ce critère n'est en réalité pas pertinent dans le processus interprétatif. En effet, il apparaît assez difficile, pour ne pas dire impossible, de connaître de l'intention d'un acteur, qu'il soit auteur du texte ou non. Il n'est possible de connaître que de l'action d'un acteur, son intention mentale ne pouvant jamais être réellement saisie. En admettant cette intention supposée comme relevant de la fiction juridique, cela ne fait que renforcer le constat d'une indétermination des règles interprétatives. Effectivement, les fictions juridiques demeurent des lieux de liberté interprétative⁷⁹.

De plus, même ici, il s'avère qu'indépendamment de la volonté des acteurs, une prise en compte du contexte est implicitement présente. En effet, même en adoptant une position purement textualiste, les acteurs juridiques, qu'il s'agisse des États ou de la doctrine, lisent le texte avec en arrière-plan une certaine compétence et une expérience spécifiques à ce champ⁸⁰. Les textes de droit nécessitent inévitablement, pour leur compréhension, un arrière-plan intellectuel qui est le produit d'un contexte socio-culturel dans lequel agissent les acteurs juridiques. De même, il apparaît assez difficile de nier l'existence d'une intertextualité entre les textes de droit. Tout texte porte nécessairement les traces d'autres textes antérieurs ou coexistants⁸¹. Dès lors, même implicitement ou involontairement, le texte en cause est remplacé dans un contexte textuel plus large. En droit international cela peut se voir assez aisément : un traité portant sur les droits de l'homme sera forcément lu avec, dans l'esprit du lecteur, une certaine vision des droits de l'homme façonnée par les traités antérieurs ou l'état actuel de la société internationale. Développer une réelle approche contextualiste ne revient cependant pas

⁷⁸ À titre d'exemple, la Cour internationale de Justice dans *l'Affaire du différend territorial* énonce que « l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte lui-même » (Cour internationale de Justice, *Affaire du différend territorial* du 3 février 1994, arrêt, fond, Jamahiriya arabe libyenne contre Tchad, § 41).

⁷⁹ Voy. notamment F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in *Les artifices du droit : les fonctions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83-101.

⁸⁰ Sur ce sujet, voy. P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.

⁸¹ À ce propos voir J. Kristeva, *Semiotike. Recherches pour une sémanalyse*, Seuil, 1969, p. 82-83.

à nier le sens même du texte ou plutôt ce que les acteurs considèrent comme étant le sens ordinaire du texte. Comme l'énonce F. Zarbiyev, cela permet de démontrer que :

« la source de cette évidence ne se trouve pas dans le champ linguistique mais dans le contexte de la situation au sens large du terme. [...] Le contexte est le contexte des internationalistes (la Convention de Vienne) mais aussi le contexte propre à l'interprète qui se compose, entre autres, de son expérience passée et de ce qu'il connaît du domaine d'intervention de l'énoncé »⁸².

Ce manque de prise en compte par la doctrine du contexte dans l'analyse du droit en général et du droit international en particulier peut trouver sa source dans la recherche continue de cohérence et d'unité du système international. M. Foucault exprime très bien cet état de fait en énonçant :

« Au discours qu'elle analyse, elle fait d'ordinaire un crédit de cohérence. Lui arrive-t-il de constater une irrégularité dans l'usage des mots, plusieurs propositions incompatibles, un jeu de significations qui ne s'ajustent pas les unes aux autres, des concepts qui ne peuvent pas être systématisés ensemble ? Elle se met en devoir de trouver, à un niveau plus ou moins profond, un principe de cohésion qui organise le discours et lui restitue une unité cachée. Cette loi de cohérence est une règle heuristique, une obligation de procédure, presque une contrainte morale de la recherche : ne pas multiplier inutilement les contradictions ; ne pas se laisser prendre aux petites différences ; ne pas accorder trop de poids aux changements, aux repentirs, aux retours sur le passé, aux polémiques ; ne pas supposer que le discours des hommes est perpétuellement miné de l'intérieur par la contradiction de leurs désirs, des influences qu'elles ont subies, ou des conditions dans lesquelles ils vivent ; mais admettre que s'ils parlent et, si, entre eux, ils dialoguent, c'est bien plutôt pour surmonter ces contradictions et trouver le point à partir duquel elles pourront être maîtrisées »⁸³.

De ce fait, proclamer l'importance du contexte dans l'interprétation des énoncés normatifs, c'est remettre en cause cette recherche de cohérence du système, c'est postuler une fragmentation du droit et dès lors l'absence d'unité du système.

Une approche du droit par le contexte suppose de se détacher du positivisme formaliste. Ainsi, comme l'énonce O. Corten, cela demande de centrer « son propos sur les interactions, en privilégiant en principe une perspective dynamique »⁸⁴. Cela nécessite, comme énoncé précédemment, de prendre acte de la place de l'interprétation dans le raisonnement juridique et d'adopter une posture démonstrative avec la volonté d'expliquer les évolutions du droit par une prise en compte du contexte. Ce qui compte c'est le droit tel qu'il entre en relation avec son

⁸² F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 49.

⁸³ M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Gallimard, 2004, p. 203.

⁸⁴ O. Corten, « Le droit en contexte est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, 2013/1, vol. 70, p. 70-76.

environnement. Pour P. Brunet, les « changements sociaux sont à la fois le résultat du droit, un usage de ce dernier et toujours un jeu avec lui »⁸⁵ ; il faudrait ajouter à cela que le contexte est à la fois créateur de droit, le résultat du droit et toujours un jeu avec lui.

Ainsi, pour reprendre M. Weber, « l'ordre juridique se dissipe en complexe de maximes, empiriquement effectives dans la tête d'individus déterminés, influençant causalement leur conduite factuelle et à travers eux, indirectement celle des autres »⁸⁶. Étudier le droit par le contexte revient alors à s'intéresser à un ordre juridique empirique et toujours mouvant. Il faut préciser, que le contexte tel qu'entendu dans cette étude, se fonde sur le concept de communauté interprétative. Ce dernier postule l'idée que l'existence d'interprétations concordantes entre les différents acteurs d'un système suppose l'existence d'une base commune à ces acteurs qu'est la communauté interprétative. Cette dernière serait une sorte de code de compréhension commun aux différents acteurs. Ce concept de communauté interprétative a été développé à l'origine par J. Royce qui indique que nos interprétations du monde dépendent nécessairement des interprétations passées sans qu'il soit possible de les attribuer à des individus bien identifiés⁸⁷. Dès lors, cette « masse » d'interprétations passées venant encadrer les interprétations nouvelles forme la communauté interprétative. Cela postule donc une intersubjectivité de l'interprétation et donc pour la comprendre, il faut la replacer dans son contexte de production. Le contexte est alors vu comme une enceinte de valeurs/codes partagés entre les acteurs du système.

J. G. Ruggie a repris ce concept pour l'appliquer aux relations internationales en parlant de *epistemic communities*, il définit ces communautés comme consistant « *of interrelated roles which grow up around an episteme: they delimit, for their members, the proper construction of social reality* »⁸⁸. L'*episteme* étant pour lui « *a dominant way of looking at social reality, a set of shared symbols and references, mutual expectations, and a mutual predictability of intention* »⁸⁹.

Un acteur international agit donc au sein d'une communauté épistémique qui va venir influencer l'interprétation d'un énoncé normatif par cet acteur. Cette influence de la

⁸⁵ P. Brunet, « Quand le droit compte comme texte », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, 2013/I, vol. 70, p. 54.

⁸⁶ M. Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Presses universitaires de Laval-Cerf, 2001, p. 147.

⁸⁷ Ce concept tel que pensé par J. Royce est exposé par G. D. Beebe dans G. D. Beebe, *The Interpretive Role of the Religious Community in Friedrich Schleiermacher and Josiah Royce: Heavenly Bonds*, Edwyn Meller Pr, 1999.

⁸⁸ J. G. Ruggie, « International Responses to Technology: Concepts and Trends », *International Organization*, 1975, n° 29, p. 569-570.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 570.

communauté sur l'interprétation a été développée plus largement par S. Fish. Dans son ouvrage *Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, il explique que les acteurs développent des stratégies propres à leur communauté interprétative avant même de lire un énoncé normatif et de ce fait ces stratégies vont conditionner l'interprétation suivant l'acte de lecture⁹⁰. Dès lors, l'interprétation n'est ni conditionnée par le texte, ni par l'acteur interpréteur mais par la communauté interprétative. Ainsi, une interprétation ne peut être comprise que dans son contexte de production et non pas comme une interprétation isolée et le fruit d'une réflexion *in abstracto* des acteurs.

Cela rejoint, sous certains aspects, la perspective structuraliste telle que pensée par J. Derrida, C. Lévi-Strauss ou R. Barthes⁹¹. En effet, selon cette approche, le réel ne s'appréhende qu'en le divisant en plusieurs unités reliées par la structure. Ainsi priment les relations entre les différentes unités de la structure sur la finalité de ces relations⁹². Les unités elles-mêmes ne sont jamais constituantes de la structure mais c'est cette dernière qui vient constituer différentes unités. En l'espèce, c'est le contexte d'énonciation (la structure) dans laquelle prend place l'interprétation d'un énoncé normatif qui va déterminer les différentes unités résultant du processus interprétatif. Dès lors, déterminer ce qu'est le droit nécessite d'interroger le contexte dans lequel prend place l'interprétation des textes.

En somme, l'ensemble de ces postulats théoriques conduit inévitablement à rejeter les deux positions classiques des rapports entre le droit et la violence exposées précédemment⁹³. Pour comprendre des rapports entre le droit et la violence, il n'est ni utile ni même possible de postuler une identité ou une opposition par essence. En effet, la violence en tant que fait et en tant que résultat du processus interprétatif est nécessairement mouvante. Présenter un constat figé des rapports entre cette notion et le droit crée l'illusion de pouvoir dresser une image fidèle à la réalité concernant ce champ d'étude. Cette approche empêche de s'intéresser à la seule chose appréhendable par le langage, à savoir ce qui est vrai dans un contexte donné. Ainsi, droit et violence doivent être approchés sous un angle dynamique dans un rapport entre la structure (contexte) et les unités qui en découlent (interprétations). Il est alors possible de comprendre des rapports entre le droit et d'autres concepts que comme des rapports de contingence

⁹⁰ S. Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press Books, 1990.

⁹¹ À cet égard voy. J. Derrida, *L'écriture et la différence*, Seuil, 1967 ; C. Lévi-Strauss, *L'homme nu*, Plon, 1971 ; R. Barthes, *Essais critiques*, Seuil, 1964.

⁹² Comme l'indique J. Derrida, « Tout commence par la structure, la configuration ou la relation » (J. Derrida, *op. cit.*, p. 419).

⁹³ Voir *supra*. 1.

contextuelle issus des variations du processus interprétatif. Dire que le droit n'est que violence (ou l'inverse), c'est adopter une position figée dans le temps ne permettant pas de prendre en compte la pluralité des vérités pouvant coexister sur ce sujet. Il nous apparaît donc que c'est par la contextualisation des interprétations que le droit en général et les rapports entre droit et violence en particulier peuvent être appréhendés sans sombrer ni dans l'opposition ontologique ni dans un rapport de pure domination.

2.2. La violence et le droit, un rapport de construction réciproque

Cette étude se propose d'adopter une troisième voie fondée sur les rapports de construction réciproque entre droit et violence (2.2.1) nécessitant des précisions terminologiques afin d'être comprise (2.2.2).

2.2.1. Positionnement théorique

Le postulat d'une opposition totale du droit et de la violence, bien que permettant d'échapper à l'impasse du droit comme n'étant que violence, semble adopter une posture obscurcissant le rôle d'établissement du réel que peut revêtir le droit. En effet, admettre cette position de la violence comme étant *de jure* condamnée par le droit, c'est postuler que le droit lui-même est l'outil déterminant ce qui est violent en créant une division entre force juridiquement admise et violence juridiquement rejetée. Dès lors, selon les systèmes et ordres juridiques envisagés, les situations d'usage de la force ou de violence ne seraient pas toujours les mêmes. Ainsi, il existe bien un processus de qualification de la réalité par le droit qui génère une représentation de cette réalité comme étant soit violente soit juridiquement admise⁹⁴. Le droit étant le fruit de l'interprétation, ses rapports avec la violence ne peuvent être compris qu'à travers elle. Cela amène donc aussi à voir le droit comme un processus d'édiction d'un réel valable pour une situation donnée à un moment donné. De ce fait, il semblerait plus approprié de voir le rapport entre le droit et la violence comme un rapport de construction réciproque. Il est à cet égard pertinent de s'intéresser à la psychanalyse et notamment évoquer les travaux de Freud qui remarque que « c'est une erreur de calcul de ne pas considérer que ce qui est droit était à l'origine violence brute et qu'aujourd'hui encore il ne peut se passer du soutien de la violence »⁹⁵. Une situation violente, si elle est permise par le droit, perd son caractère violent pour devenir une situation de recours licite à la force. À l'inverse, une situation violente rejetée

⁹⁴ Ainsi, est définie la violence juridiquement qualifiée comme « l'emploi illégitime ou du moins illégal de la force » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 2002, p. 1210).

⁹⁵ A. Vanier, « Droit et Violence. Freud et Benjamin », *La clinique lacanienne*, 2016, 2016/1 n° 27, p. 23-36.

par le droit, conserve son caractère violent. Il faut donc pour cela distinguer deux formes de violence : la violence pré-qualification juridique, c'est-à-dire la *violence brute* ; et la violence rejetée par le droit, c'est-à-dire la *violence qualifiée* comme telle. D'une part, la violence brute est une violence qui précède le processus de qualification de la situation et qui est fondée sur une analyse extra-juridique de la situation. D'autre part, la violence qualifiée est une violence brute qui a ensuite été qualifiée de violence par les acteurs juridiques à travers le recours à un énoncé normatif. Le processus interprétatif opère le passage d'un champ à l'autre à travers la réattribution d'un sens à l'énoncé normatif correspondant.

Selon les contextes de qualification par le droit (changement d'interprètes, de lieu d'énonciation, *etc.*), ces constats vont évoluer et dès lors, des situations de violence brute pourront être des violences qualifiées à un moment puis devenir des situations d'usage licite de la force par la suite.

Dès lors, le droit n'est pas que violence mais il n'a pas non plus rien à voir avec la violence. Loin d'une question de domination de classe, c'est la dynamique interprétative qui va déterminer le jeu entre droit et violence. Cela se rapproche ici de la position hégélienne avec l'idée que « le fait que la violence et la tyrannie puissent constituer un élément du droit positif est quelque chose de contingent par rapport à lui et ne concerne pas sa nature »⁹⁶. Le droit peut intégrer la violence mais cette intégration n'est pas systématique. De même, plusieurs juristes publicistes ont déjà affirmé l'idée que la violence n'est pas l'opposé du droit mais « le revers d'une médaille dont il serait l'avvers »⁹⁷. En effet, tout comme la distinction entre rationalité et violence qui ne sont « que les sœurs jumelles issues d'une même sombre divinité », la distinction entre droit et violence est issue d'une même situation factuelle⁹⁸ ou violence brute. Le droit, à travers le processus interprétatif, est justement ce qui va déterminer ce qui est violent. Cela rejoint ici, sous certains aspects, l'idée d'un monopole de la violence légitime comme critère de l'État de M. Weber⁹⁹. Selon lui, l'État s'approprie l'usage légitime de la violence et *de facto* est celui qui définit quelle violence en est une. Cela permet d'émettre l'idée que le droit est ce qui définit la violence légitime et donc lui fait perdre son caractère violent. Ainsi, ce n'est

⁹⁶ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'État*, traduction par R. Dératé, Éditions Vrin, 1998, p. 64.

⁹⁷ S. Tortorella, « Le rapport entre la norme et la violence : un conflit irrésolu ou une association indépassable ? », *Droit & Philosophie*, 2016, vol. 8, p. 237-250.

⁹⁸ M. Horkheimer, T. W. Adorno, *Dialectique de la raison*, Gallimard, 1974.

⁹⁹ M. Weber in C. Colliot-Thelene, « La fin du monopole de la violence légitime ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2003, vol. 34, n° 1, p. 6 : « Ce qui est spécifique à l'époque présente est que tous les autres groupements ou toutes les autres personnes individuelles ne se voient accorder le droit à la violence physique que dans la mesure où l'État la tolère de leur part : il passe pour la source unique du "droit" à la violence ».

pas réellement le droit en tant qu'ensemble d'énoncés normatifs qui est violent mais les conséquences de ces énoncés qui peuvent l'être. Il convient à cet égard d'évoquer les travaux de R. Cover. Ce dernier dans son célèbre article *Violence and the word*¹⁰⁰, émet l'idée que les mots du droit ne sont pas nécessairement violents mais que l'exécution des prescriptions qu'ils contiennent peut générer de la violence (notamment dans le cas des jugements). En reprenant ce postulat avec ce qui a été énoncé précédemment, cela permet de comprendre que le processus de qualification entraîne l'existence d'une violence en qualifiant une situation de violente. Ainsi, le droit est violent dans le sens où, pour une situation factuelle (violence brute) qu'il considère violente (violence qualifiée), il crée une situation juridiquement violente. De même, lorsque le droit qualifie une situation factuelle violente d'usage licite de la force, alors il intègre la violence comme étant partie du droit. Dès lors, la violence brute peut se transformer en violence juridiquement admise ou juridiquement refusée. Dans les deux cas, le droit va, à travers son énoncé, intégrer la violence¹⁰¹. Ainsi, le discours juridique (et le droit n'existe qu'à travers le discours des acteurs juridiques) en soi n'est pas violent mais la violence, elle, est « médiée par le langage »¹⁰². En somme, le droit est un outil de qualification du réel (et non d'édiction du réel) qui à la fois peut amener à l'admission de situations violentes tout comme il peut amener à considérer certaines violences comme se situant hors de l'ordre juridique.

Il convient toutefois de souligner que cela ne préjuge pas de la nécessité, réelle ou non, pour le droit de recourir à la violence pour exister¹⁰³.

Cependant, cela permet d'envisager, notamment au travers des écrits de W. Benjamin, comment la violence et le droit interagissent dans un processus de modification réciproque¹⁰⁴. Ce dernier distingue plusieurs formes de violence dans leurs rapports avec le droit. Il existe la violence fondatrice qui vient établir un droit nouveau renversant le droit existant ; la violence conservatrice qui est une violence utilisée comme moyen en vue de fins conformes au droit ; enfin, la violence destructrice du droit qui serait une forme de violence « pure » qui ne

¹⁰⁰ R. Cover, « Violence and the Word », *Faculty Scholarship Series*, 2708, 1986.

¹⁰¹ Il convient ici de reprendre la célèbre tirade citée par R. Cover « A. A violent order is disorder ; and B. A great disorder is an order. These Two things are one » (W. Stevens, « Connoisseur of Chaos », *The Collected Poems of Wallace Stevens*, 215, 1954).

¹⁰² F. Müller, « Travail de textes, travail de droit. La question linguistique dans la théorie structurante du droit », in O. Jouanjouan, F. Müller (dir.), *Avant dire droit*, Presses de l'Université de Laval, 2007, p. 36.

¹⁰³ Il serait ici question des rapports entre le droit et la sanction de sa violation. Il est toutefois pertinent de citer M. Foucault qui adopte une position proche de la nôtre : « La loi ne peut pas ne pas être armée et son arme par excellence c'est la mort ; à ceux qui la transgressent, elle répond au moins à titre d'ultime recours par cette nuance absolue. La loi se réfère toujours au glaive » (M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 1975, p. 190).

¹⁰⁴ Nous nous référons ici principalement à l'ouvrage *Critique de la violence* de W. Benjamin de 1921 (W. Benjamin, *Critique de la violence*, Payot, 2012).

demanderait ni ne voudrait rien¹⁰⁵. Il ne nous apparaît pas que l'idée de violence destructrice du droit appartienne au champ du réel. En effet, il est assez difficile de concevoir une violence qui n'a aucun but par rapport à l'ordre (juridique ou non) en place. Une colère pure porte nécessairement contre une représentation de la réalité, elle ne peut être totalement désintéressée de son environnement et de ses conditions d'émergence.

Toutefois, les deux autres types de violence (créatrice et conservatrice) semblent permettre d'appréhender les rapports entre droit et violence dans une perspective contextualiste. Ainsi, si une violence brute est qualifiée d'usage licite de la force (et donc n'est plus violente selon droit), tandis que précédemment une situation analogue¹⁰⁶ avait été qualifiée de violente alors la seconde est créatrice de droit. En effet, cette nouvelle violence vient modeler le droit en faisant varier son contenu. À l'inverse, si une situation factuelle violente est qualifiée de violente tout comme d'autres situations analogues, alors elle est violence conservatrice en permettant une interprétation constante du droit et donc une affirmation de celui-ci. Ainsi, les rapports entre violence et droit sont des rapports qui nécessitent, pour être déterminés, une contextualisation des interprétations.

Cette position théorique nécessite cependant des précisions terminologiques pour ne pas être source de mécompréhension.

2.2.2. Précisions terminologiques

Avant d'illustrer notre propos par des exemples tirés de la pratique, il convient de définir *a minima* ce qui est entendu dans cette étude par le terme de violence. En effet, une définition au moins négative de la violence est nécessaire au traitement du sujet. Comme indiqué précédemment, chaque concept étant *de facto* soumis à l'interprétation du lecteur, la signification de celui de violence doit être déterminée au préalable¹⁰⁷.

Sur le fondement de ce qui précède, il nous apparaît qu'il faille distinguer deux types de violence : une violence brute et une violence juridiquement qualifiée. Concernant la violence juridiquement qualifiée, la définition a déjà été abordée précédemment. Il s'agit en effet d'un cas de violence brute, qui, après examen par les acteurs juridiques, devient un « emploi

¹⁰⁵ Il est par ailleurs possible de rapprocher la violence destructrice du droit avec l'idée de la violence pure évoquée par Hannah Arendt dans son essai sur la violence de 1969 (H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, Pocket, 2002).

¹⁰⁶ L'idée d'analogie des situations renvoie à l'idée de situations temporellement et/ou spatialement différentes mais mobilisant le même énoncé normatif avec des acteurs interprétateurs identiques.

¹⁰⁷ Pour un développement quant à la nécessité de définir les concepts employés dans toute étude juridique, voy. par exemple l'ouvrage d'O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 88-96).

illégitime ou du moins illégal de la force»¹⁰⁸. Une violence juridiquement qualifiée renvoie donc assez simplement à une violence brute n'ayant pas obtenu l'assentiment des acteurs juridiques. C'est davantage la définition de la violence brute, c'est-à-dire pré-qualification juridique, qui pose problème. En effet, cela renvoie à la problématique de la définition de la violence elle-même en tant que phénomène social.

Ainsi, comme l'explique Yves Michaud, il y a autant de définitions de la violence qu'il y a de tentatives de la définir¹⁰⁹. Chaque auteur, sociologue ou philosophe, a sa propre conception de la violence. Cette notion est par ailleurs constamment utilisée mais n'est jamais clairement définie. Cela peut s'expliquer par le caractère changeant de la notion : chaque période, chaque contexte ont leur propre conception de la violence. Cela peut par ailleurs être issu de l'effet performatif de la qualification d'une situation en situation violente. Définir une situation comme violente revient à attribuer une valeur à celle-ci. Ainsi, le terme de violence dans les années 1960 pouvait renvoyer en premier lieu à la violence révolutionnaire contre laquelle il fallait lutter alors qu'actuellement la violence est avant tout l'attribut des actions terroristes¹¹⁰. Cela nécessite par ailleurs de distinguer entre les violences et la violence¹¹¹. Le terme de violence renvoie au registre imaginaire, c'est-à-dire la violence telle que nous nous la représentons dans notre esprit. À l'inverse, lorsqu'il est question des violences, cela renvoie au registre réel c'est-à-dire les violences concrètes subies ou agies par des individus. Dans la présente étude, il n'est question que des violences dites réelles qui seront regroupées sous le terme de violence. Ainsi, il n'est pas question de la violence en tant que concept philosophique ou psychologique. De même, il faut distinguer entre la violence en acte qui se manifeste sous la forme d'actes physiquement constatables et la violence en situation qui est une violence diffuse et n'implique pas la survenance d'une situation conflictuelle¹¹². La présente étude, n'ayant pas pour objet d'étudier la violence en tant que composante consubstantielle à la société, se borne à la violence en acte. Nous retiendrons donc une définition très empirique de la violence. Comme le rapporte W. M. Reisman, « ne vaudrait-il pas mieux se concentrer sur le contexte, les contingences, les alternatives, les conséquences de leur emploi [de la violence] ou

¹⁰⁸ A. Lalande, *op. cit.*

¹⁰⁹ Y. Michaud, *La violence*, Presses universitaires de France, « Que sais-je ? », 2004.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Distinction opérée dans D. Martin, R. Fichelet et M. Fichelet, « Si la violence existe, discours du violent », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 3, p. 291-308.

¹¹² Distinction opérée dans J. Freund, *Sociologie du Conflit*, Presses universitaires de France, 1983, p. 100 et s.

de leur non-emploi »¹¹³ plutôt que de s'attacher à définir la violence en tant que notion juridique abstraite.

D'autre part, adopter une telle définition permet de ne pas amalgamer violence et guerre. La guerre est une notion plus restrictive car c'est une forme de violence mais c'est une « violence dirigée, ciblée et rationalisée »¹¹⁴. De même, cela permet de ne pas s'en tenir à la distinction classique entre droit de la paix et droit de la guerre. En effet, les juristes internationalistes ont tendance à distinguer les deux en champs juridiques autonomes avec d'un côté un droit de la paix organisant la coopération entre les États, et de l'autre un droit de la guerre régissant les cas où la coopération n'est pas présente et lorsque survient une intervention¹¹⁵. Cette distinction nous apparaît superficielle et ayant un objectif avant tout prescriptif. Distinguer les deux champs juridiques de la force et de la paix, c'est postuler l'absence de recours à la force dans la coopération entre États et à l'inverse l'absence de coopération dans le recours à la force. Cela revient par ailleurs à nier le caractère possiblement violent du droit de la paix, par exemple en cas de règlement judiciaire d'un différend.

Ce positionnement théorique engendre une méthode d'analyse pratique fondée sur l'analyse des interprétations par le lieu d'énonciation de ces dernières. Concernant les rapports entre le droit et la violence, il est possible de prendre la notion de légitime défense en droit international pour illustrer ce propos.

3. ILLUSTRATION : LA LEGITIME DEFENSE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Afin d'illustrer notre propos théorique précédemment exposé, il est possible de recourir à la notion de légitime défense en droit international. Cette notion est présente à l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui énonce :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir

¹¹³ W. M. Reisman, « La conscience tourmentée : user et juger de la violence illicite », in W. M. Reisman, *L'École de New Heaven*, Collection Doctrine(s), LGDJ, 2010.

¹¹⁴ P. Chaunu, « Violence, guerre et paix », *Politique étrangère*, 1996, n° 4, p. 887-898.

¹¹⁵ À ce titre, voy. D. Kennedy, *International Legal Structure*, Nomos Publishers, 1987, p. 198.

à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales »¹¹⁶.

En effet, l'étude des invocations par les États de cet énoncé normatif permet de voir que la violence peut à la fois créer du droit nouveau (3.1) ou alors agir comme un gardien de l'ordre juridique actuel (3.2)¹¹⁷.

3.1. La violence fondatrice du droit

Avant de pouvoir tirer des conclusions théoriques sur les possibilités pour la violence de fonder un nouveau droit (3.1.2), il faut réaliser un exposé factuel permettant de saisir le processus interprétatif (3.1.1).

3.1.1. Exposé des faits : Le cas du 11 septembre 2001 et des interventions américaine et britannique en Afghanistan

Comme exposé précédemment, l'exercice du droit de légitime défense présent à l'article 51 de la Charte des Nations Unies suppose pour un État d'avoir subi une agression armée. Ainsi, un État ne peut *a priori* agir en légitime défense que contre l'État l'ayant directement agressé. Cette interprétation possède un statut majoritaire depuis l'adoption de la Charte. Il est par exemple possible d'illustrer cela par les multiples condamnations d'Israël par la communauté internationale lors de ses bombardements du Liban dans les années 1960-1970 justifiées par le soutien offert au Hezbollah par l'État libanais¹¹⁸. De nombreux exemples en ce sens peuvent être trouvés¹¹⁹. Cependant, cette interprétation va perdre sa position presque hégémonique à l'occasion de l'intervention des Américains et des Britanniques en Afghanistan suite aux attentats du 11 septembre 2001. Ainsi, une *violence brute* va entraîner l'admission, nécessairement contextuelle, d'un droit nouveau : le droit de légitime défense en cas d'agression indirecte.

¹¹⁶ Article 51 de la Charte des Nations Unies. Pour une présentation détaillée de cette notion voy. par ex. R. Kolb, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing & Lichtenhahn, 2009 ; ou encore O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2^e édition, Pédone, 2014.

¹¹⁷ Il est cependant à noter qu'il s'agit ici d'une illustration du propos théorique précédent et non d'une analyse exhaustive de la question de l'interprétation contextuelle de la légitime défense par les États.

¹¹⁸ Voir par exemple M. C. Adler, *The inherent right of self defense*, Springer Netherlands, 2013, p. 137 et s. ; ou encore les débats au Conseil de sécurité : *S/PV.1643* du 26 février 1972 et *S/PV.1650* du 26 juin 1972 ; *S/PV.1460* du 29 décembre 1968 ; *S/PV.1643* du 26 février 1972 ; *S/PV.1650* du 26 juin 1972.

¹¹⁹ Pour un exposé exhaustif concernant le refus de l'agression indirecte avant les attentats du 11 septembre 2001, voy. notamment O. Corten, *op. cit.*, p. 743 et s. ou encore M. C. Adler, *op. cit.*, p. 160 et s.

À la suite des attentats du 11 septembre 2001 par Al-Qaida aux États-Unis, ces derniers avec l'aide des Britanniques, de l'Australie ainsi que d'autres pays, vont envahir l'Afghanistan et occuper une partie de son territoire¹²⁰.

Le Conseil de sécurité va alors prendre une résolution qui, sans surprise, est pleine d'ambiguïté mentionnant toutefois qu'il

« reconnaît le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective » et « Appelle tous les États à travailler ensemble de toute urgence pour traduire en justice les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces attaques terroristes et souligne que ceux qui portent la responsabilité d'aider, soutenir et héberger les auteurs, organisateurs et commanditaires de ces actes devront rendre des comptes »¹²¹.

Dans sa déclaration sur la loi d'autorisation américaine d'envoi de forces armées, le Président américain énonce que :

« Those who plan, authorize, commit, or aid terrorist attacks against the United States and its interests – including those who harbor terrorists – threaten the national security of the United States. It is, therefore, necessary and appropriate that the United States exercise its rights to defend itself and protect United States citizens both at home and abroad »¹²².

Ainsi il est postulé à travers ce texte, un droit de légitime défense face aux États ayant soutenu le terrorisme d'une quelconque manière. Cela car ils se seraient indirectement rendus coupables d'une agression armée. En effet, les États-Unis ont immédiatement invoqué la légitime défense devant les instances internationales pour riposter à l'agression indirecte constituée par les attentats du 11 septembre 2001 sans cependant prétendre qu'une telle agression était imputable à l'État afghan :

« D'ordre de mon gouvernement, j'ai l'honneur de faire savoir que, conformément à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, les États-Unis d'Amérique ont engagé avec d'autres États des actions dans l'exercice de leur droit de légitime défense individuelle et collective à la suite des attaques armées perpétrées contre eux le 11 septembre 2001 »¹²³.

¹²⁰ Pour un exposé détaillé de l'attitude américaine à ce moment voir M. C. Adler, *op. cit.*, p. 160 et s.

¹²¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1368 (2001) sur la menace à la paix et la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*, 12 septembre 2001.

¹²² *President Signs Authorization for Use of Military Force Bill, Statement by the President*, The White House, 18 septembre 2001.

¹²³ S/2001/946, Lettre du Représentant des États-Unis au Président du Conseil de sécurité du 7 octobre 2001.

Il apparaît qu'à la suite de ces déclarations, de nombreux États ont indiqué leur soutien à l'administration américaine¹²⁴ et leur accord avec le fondement juridique invoqué. On peut à titre d'exemple évoquer la réponse faite par les 19 États membres de l'OTAN¹²⁵ :

« Le 12 septembre, le Conseil de l'Atlantique Nord a tenu une nouvelle réunion, au lendemain des effroyables attaques menées contre les États-Unis d'Amérique. Le Conseil a décidé que, s'il est établi que cette attaque était dirigée depuis l'étranger contre les États-Unis, elle sera assimilée à une action relevant de l'Article 5 du Traité de Washington, qui stipule qu'une attaque armée contre l'un ou plusieurs des pays alliés, en Europe ou en Amérique du Nord, sera considérée comme une attaque dirigée contre tous les Alliés. (...) L'engagement en faveur de la légitime défense collective, tel qu'il est inscrit dans le Traité de Washington, avait été pris à l'origine dans des circonstances très différentes de celles qui prévalent maintenant, mais il n'en demeure pas moins valable et essentiel aujourd'hui, dans un monde confronté au fléau que constitue le terrorisme international »¹²⁶.

Puis :

« L'exposé a porté sur les événements du 11 septembre, sur les résultats de l'enquête connus à ce jour, sur ce que l'on sait d'Oussama ben Laden et de l'organisation Al-Qaida, sur leur rôle lors des attaques et lors de précédentes activités terroristes, ainsi que sur les liens entre Al-Qaida et le régime taliban en Afghanistan. Les faits sont clairs et ne laissent subsister aucun doute. Les informations présentées pointent de façon concluante vers un rôle d'Al-Qaida dans les attaques du 11 septembre. Nous savons que les individus qui ont perpétré ces attaques faisaient partie du réseau terroriste mondial d'Al-Qaida, dirigé par Oussama ben Laden et ses principaux lieutenants, sous la protection des talibans. Sur la base de cet exposé, il est à présent établi que l'attaque du 11 septembre contre les États-Unis était dirigée depuis l'étranger et qu'elle sera donc assimilée à une action relevant de l'Article 5 du Traité de Washington, qui stipule qu'une attaque armée contre l'un ou plusieurs des Alliés survenant en Europe ou en Amérique du Nord sera considérée comme une attaque dirigée contre eux tous. Je tiens à répéter que les États-Unis d'Amérique peuvent compter sur le plein soutien de ses dix-huit Alliés membres de l'OTAN dans la campagne contre le terrorisme »¹²⁷.

De même, l'Organisation des États américains va quant à elle prendre une résolution énonçant :

« CONSCIENT que l'article 2 de la Charte de l'OEA proclame que l'un des buts essentiels de l'Organisation est d'organiser l'action solidaire des États membres en cas d'agression,

¹²⁴ M. Poulain, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : quelques points de repère », *Annuaire français de droit international*, 2002, vol. 48, p. 27-48.

¹²⁵ À savoir : Allemagne, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, France, Grèce, Hongrie, Italie, Islande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Tchéquie, Turquie.

¹²⁶ Déclaration du Conseil de l'Atlantique Nord du 12 septembre 2001 : <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124f.htm>.

¹²⁷ Déclaration du Secrétaire Général de l'Organisation du Traité Atlantique Nord, Lord Robertson du 2 octobre 2001 : <http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002b.htm>.

CONSIDÉRANT que la perpétration des actes terroristes, ainsi que l'appui direct ou indirect apporté pour la commission de ces actes ne sont pas compatibles avec l'exercice effectif de la démocratie représentative, et que la démocratie représentative est indispensable à la stabilité, à la paix et au développement des Amériques,

CONVAINCU que ceux qui ont perpétré ces actes terroristes s'appuient sur un réseau international de support qui peut disposer de plusieurs filières dans notre propre Continent, et que ceux qui se font complices des organisations terroristes ou les recèlent, sont responsables des actes perpétrés par ces terroristes,

1. De condamner à titre d'attaque contre tous les États des Amériques, les actes de terrorisme perpétrés sur le territoire des États-Unis d'Amérique le 11 septembre 2001, lesquels actes se sont soldés par l'assassinat de milliers de citoyens de plusieurs États membres ainsi que de ceux d'autres nations. [...]

4. D'appeler les gouvernements des États membres et tous les autres gouvernements à recourir à tous les moyens nécessaires et à leur portée pour poursuivre, capturer et sanctionner les auteurs de ces attaques, et de prévenir des attaques additionnelles »¹²⁸.

Enfin le Conseil européen va s'exprimer suivant ces termes :

« Le Conseil européen est entièrement solidaire avec le peuple américain face aux attentats terroristes meurtriers. Ces attentats constituent une attaque contre nos sociétés ouvertes, démocratiques, tolérantes et multiculturelles. Ils interpellent la conscience de chaque être humain. L'Union européenne coopérera avec les États-Unis pour traduire en justice et punir les auteurs, les responsables et les complices de ces actes barbares. Sur la base de la résolution 1368 du Conseil de Sécurité, une riposte américaine est légitime. Chacun selon ses moyens, les pays membres de l'Union sont prêts à s'engager dans de telles actions. Les actions doivent être ciblées. Ces actions peuvent également être dirigées contre les États qui aideraient, soutiendraient ou hébergeraient des terroristes »¹²⁹.

Ainsi, il est possible d'attester d'une forme de soutien généralisé des États à l'intervention américaine. Il existe cependant quelques contestations, par exemple de l'Organisation de la Conférence Islamique¹³⁰ mais elles demeurent profondément minoritaires¹³¹.

¹²⁸ CP/RES. 796 (1293/01) du 19 septembre 2001 : http://www.oas.org/oaspage/crisis/res796_fr.htm.

¹²⁹ Conclusions et plan d'action du Conseil européen du 21 septembre 2001 : <http://www.europa.eu.int/news/110901/september.htm>

¹³⁰ « [...] 11. La Conférence s'est dite préoccupée par le fait que la lutte contre le terrorisme pourrait faire des victimes parmi les innocentes populations civiles en Afghanistan. Elle a réaffirmé la nécessité de garantir l'intégrité territoriale de ce pays et préserver son identité islamique. Elle a refusé le fait qu'un État islamique ou arabe puisse être visé sous le prétexte de la lutte contre le terrorisme » (*Communiqué final de la 9e session extraordinaire de la Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères*, 10 octobre 2001 : <http://www.oic-oci.org/press/french/activity.htm>).

¹³¹ Pour un exposé exhaustif de la position de tous les États sur la question, voy. : <https://iusadbellum.files.wordpress.com/2011/07/afghanistan-2001.pdf>.

3.1.2. Incidences théoriques

Dès lors, ici une violence brute constituée en l'espèce par les attentats du 11 septembre, va entraîner la fondation d'un droit nouveau sans qu'un changement de texte n'ait lieu¹³². En effet, dans l'argumentation américaine le simple fait d'héberger (« *harbor* ») des terroristes constitue une agression indirecte. Cela diffère donc de la conception « classique » telle qu'énoncée par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*¹³³ indiquant notamment des critères de contrôle et/ou de soutien aux groupes armés auteurs de l'agression. Il est possible de résumer le processus à l'œuvre ici à travers le schéma suivant.

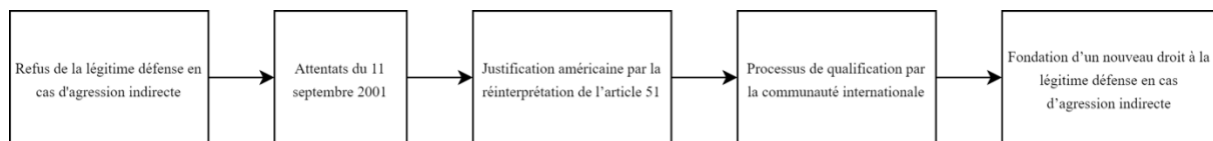


Schéma n° 1 : Exemple de violence fondatrice de droit

Ainsi, il n'est pas possible de dire que le droit n'a rien à voir avec la violence. En effet, cette dernière peut entraîner la construction d'une nouvelle situation interprétative. Nous sommes donc bien ici dans un rapport de co-construction au sens où la violence génère une nouvelle situation juridique et l'ordre juridique opère une qualification de la situation comme n'étant pas violente en l'intégrant en son sein. De ce fait, le droit opère par contraste une redéfinition de ce qu'est la violence. L'action américaine n'est pas une violence qualifiée donc la conception qu'a l'ordre juridique de la violence s'en trouve modifiée.

Il est par ailleurs à noter que cette réinterprétation n'a pas besoin d'être partagée par tous les États pour devenir valable. S. Kripke, dans son analyse du paradoxe de Wittgenstein exposée précédemment, avance que la solution à ce paradoxe se trouve dans l'ajout d'un aspect communautaire. Il énonce en effet qu'en se rapportant à la communauté à laquelle appartient l'acteur soumis à une règle il est alors possible d'obtenir un critère pour juger de la licéité de la pratique¹³⁴. En effet, la pratique individuelle de l'acteur ne devient licite par rapport à la règle que dans le cas où elle concorde avec la pratique communautaire. Une pratique ne devient conforme à la règle que si elle participe ou copie le « consensus général » régnant au sein de la

¹³² Pour voir une démonstration de ce changement d'interprétation, voy. S. Ratner, « *Ius ad bellum and Ius in bello after September 11* », *AJIL*, 2002, p. 906-910. Pour un avis contraire, voy. O. Corten, *op.cit.*, p. 750 et s.

¹³³ Cour Internationale de Justice, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua contre États-Unis d'Amérique), arrêt, fond, 27 juin 1986, §§ 194-195.

¹³⁴ S. Kripke, *op.cit.*, p. 105-108.

communauté concernée¹³⁵. Ainsi, connaître d'une règle, c'est connaître du consensus autour de la croyance partagée qu'une certaine pratique correspond à la façon correcte de suivre la règle.

Cela rejoint par ailleurs l'existence d'un droit coutumier de la légitime défense reconnu par la Cour internationale de justice¹³⁶. En effet, la coutume étant une « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit »¹³⁷, l'existence d'un nouveau consensus quant au droit de légitime défense entraîne une modification de celui-ci. Cependant, cette modification de la coutume ne préjuge pas d'une absence de changement de l'interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. En effet, les États-Unis ayant explicitement invoqué le texte de la Charte des Nations Unies, le consensus (et donc l'évolution du droit) se place à la fois dans les champs coutumier et conventionnel.

À la lumière de ces observations, il apparaît que l'illicéité d'une pratique n'intervient que lorsqu'un acteur commet des actes déviants de la croyance générale. Ainsi, pour connaître de la signification d'un énoncé normatif, il n'est pas pertinent de recourir aux règles interprétatives qui sont censées régir son interprétation mais il est nécessaire d'étudier la pratique communautaire relative à celle-ci. Dans une perspective proche, il est possible de recourir à la distinction entre les conceptions réaliste et pragmatique de la vérité interprétative¹³⁸. La conception réaliste reviendrait à dire que la vérité est établie par correspondance avec la réalité, ce qui est vrai est ce qui est. À l'inverse, la conception pragmatique renvoie à l'idée que la vérité ne copie pas la réalité mais émerge d'un consensus atteint au sein d'une communauté donnée. Ainsi, pour connaître du vrai, il faut connaître de la qualité qui est attachée à telle représentation de la réalité. Une représentation de la réalité consensuellement acceptée devient la vérité. Chaïm Perelman, *via* le recours à l'idée de clarté du texte rejoint par ailleurs cette vision. Il énonce en effet qu'une « notion est claire non pas indépendamment de son contexte, mais parce que, dans des contextes connus, on n'entrevoit pas de cas où son application pourrait raisonnablement prêter à controverse »¹³⁹. Dès lors, « la controverse n'est pas le droit d'une obscurité intrinsèque de la règle, mais du désaccord sur ses

¹³⁵ *Ibid.*, p. 112.

¹³⁶ Cour internationale de Justice, *Affaire des Activités militaires*, *op. cit.*, § 194.

¹³⁷ *Statut de la Cour Internationale de Justice*, article 38.

¹³⁸ À cet égard, voy. W. James, *Pragmatism A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Barnes & Noble, 2003.

¹³⁹ C. Perelman, « De l'évidence en métaphysique », *Le champ de l'argumentation*, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 244.

implications précises »¹⁴⁰. Ainsi, la clarté tient à l'absence de controverse dans les contextes considérés¹⁴¹.

En l'espèce, il y a un consensus (même si non unanime) qui entraîne la validité de la nouvelle interprétation de l'article 51. Ainsi, la nouvelle interprétation fait suite à une violence brute qui entraîne une interprétation nouvelle, qui elle-même entraîne un processus de qualification qui entraîne un consensus qui entraîne une nouvelle vérité juridique. Dès lors, il est possible d'affirmer que la violence est créatrice de droit.

Bien sûr, cela ne veut pas dire que ce droit créé par une situation violente reste immuable. Comme exposé précédemment, une vérité juridique ne vaut que pour un contexte donné. En effet, nul doute qu'une autre situation violente pourra engendrer un retour à l'ancienne interprétation. En l'espèce, en s'intéressant par exemple au cas de l'intervention en Syrie dans le cadre de la lutte contre l'État islamique, les fondements juridiques invoqués mêlent à la fois légitime défense individuelle et collective et autorisation du Conseil de sécurité¹⁴². Ainsi, il s'agit surtout ici de montrer le rôle de la violence dans le processus interprétatif et non pas son rôle sur l'évolution du droit sur le long terme.

À l'inverse de la situation présentée ici où la violence est créatrice de droit, il existe des situations où la violence va être conservatrice de droit dans le sens où elle va entraîner une confirmation d'une interprétation déjà présente.

3.2. La violence conservatrice du droit

Comme pour le cas vu précédemment, il est nécessaire de mettre en exergue les faits pertinents (3.2.1) afin d'en déduire les incidences théoriques relatives aux rapports entre le droit et la violence (3.2.2).

3.2.1. Exposé des faits : Le cas du bombardement du réacteur d'Osirak en 1981

Israël a, en 1981, bombardé un réacteur irakien situé à Osirak. Durant cette période, l'Irak ambitionnait de construire un réacteur nucléaire sur son sol grâce au concours de

¹⁴⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10^e édition, 2012, p. 172.

¹⁴¹ Cependant nous ne rejoignons pas ici C. Perelman sur la pertinence de l'idée de raisonnable qui tout en étant impossible à définir clairement, varie lui aussi selon les contextes.

¹⁴² À ce titre, voy. F. Latty « Le brouillage des repères du jus contra bellum. À propos de l'usage de la force par la France contre Daech », *Revue générale de Droit international public*, 2016, t. CXX, n° 1, p. 12-39. De même, concernant la résolution 2249 du Conseil de sécurité, elle forme elle-même un texte très ambigu au niveau juridique et aux motivations profondément politiques. Voy. F. Couveinhes-Matsumoto, « Chronique des faits internationaux : Conseil de Sécurité/Syrie – Lutte contre le terrorisme, Résolution 2249 (2015) : soutien politique aux bombardements et non autorisation juridique », *Revue générale de Droit international public*, 2016, n° 1.

plusieurs puissances étrangères. L'État d'Israël voyant alors ce dernier comme un instrument pour le détruire décida de neutraliser l'installation irakienne au moyen d'un bombardement aérien. Le bombardement causera la destruction du réacteur ainsi que d'un centre de recherche nucléaire proche où était notamment présent un technicien français¹⁴³. Pour se justifier, Israël va explicitement invoquer la légitime défense préventive¹⁴⁴. L'État hébreu va arguer d'une évolution interprétative de la portée du droit de légitime défense :

« En fait, la notion du droit d'un État à la légitime défense n'a jamais changé à travers l'histoire. Cependant, sa portée s'est considérablement élargie au fur et à mesure que la capacité de l'homme de semer la destruction chez ses ennemis a progressé. Par conséquent, cette notion a pris des applications nouvelles et plus larges avec l'avènement de l'ère nucléaire. Quiconque pense autrement ne tient nullement compte des réalités horribles du monde dans lequel nous vivons aujourd'hui. Cela est particulièrement vrai pour les États de petite dimension dont la vulnérabilité est très grande et la capacité de survivre à une attaque nucléaire très limitée »¹⁴⁵.

Le discours israélien ici présenté semble indiquer que cet État considère que l'émergence d'une nouvelle forme de violence entraîne une évolution du droit de légitime défense. Dès lors, apparaît ici clairement le rôle que peut jouer la violence dans le processus interprétatif alors même qu'il n'est pas question de violence réalisée mais de violence hypothétique. Il n'est pas ici question d'avancer une utilisation de la violence comme prétexte de la part d'Israël, car rien ne permet de connaître de l'intention réelle de cet État. Cependant, dans une optique descriptive, il est possible d'avancer que la violence même non advenue peut intervenir dans le processus interprétatif et donc dans l'édiction du droit tel qu'il est ou sera.

En réaction à cela, le Conseil de sécurité va adopter à l'unanimité la résolution 487 condamnant fermement l'action israélienne :

« Considérant que, aux termes du § 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, "les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies."

1 ° Condamne énergiquement l'attaque militaire menée par Israël en violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des normes de conduites internationales ;

¹⁴³ C. Rousseau « Chronique des faits internationaux », *Revue générale de Droit international public*, 1982 p. 161.

¹⁴⁴ S/PV.2288 du 19 juin 1981, p. 9, § 79.

¹⁴⁵ S/PV.2288, *op. cit.*, p. 9, § 85.

2 ° Demande à Israël de s'abstenir à l'avenir de perpétrer des actes de ce genre ou de menacer de le faire »¹⁴⁶.

Il est intéressant de noter que même les États-Unis, détenteur du droit de veto et soutien d'Israël ont voté en faveur de cette résolution. Cette position a semble-t-il été motivée par un souci de préservation de la paix et non par une illicéité de l'action israélienne¹⁴⁷, l'argumentation semblant faire porter la responsabilité de l'action israélienne sur le comportement irakien¹⁴⁸. Ainsi, l'usage américain du veto semble davantage motivé par le maintien d'un *statu quo* interprétatif que par une condamnation ferme de l'interprétation israélienne. Dans la même optique, l'Assemblée générale va condamner l'action israélienne dans la résolution 36/27 avec seulement deux voix contre (sans surprise, Israël et les États-Unis)¹⁴⁹. Il apparaît donc que contrairement au cas de l'invasion de l'Afghanistan précédemment évoqué, la prétention à une évolution du droit est stoppée par une mobilisation très large de la communauté internationale.

En posant un parallèle avec le cas de l'intervention américaine lors de la Seconde guerre du Golfe, il est intéressant de noter que les États-Unis pour intervenir ne mentionneront pas la légitime défense préventive face à la menace nucléaire irakienne mais la violation des différentes résolutions du Conseil de sécurité sur le sujet¹⁵⁰. Ainsi, les États-Unis semblent, concernant la légitime défense, se placer dans une continuité interprétative par rapport au cas israélien. En effet, ayant refusé l'argument de légitime défense israélien en 1981 par un vote affirmatif à l'adoption de la résolution 487, ils ne reprennent pas la même argumentation que l'État hébreu pour leur propre intervention en Irak en 2003.

3.2.2. Incidences théoriques

La violence a ici un rôle de *conservation* vis-à-vis de l'énoncé normatif. En effet, la légitime défense préventive est, en 1981, assez largement rejetée¹⁵¹ avec cependant l'existence d'un débat sur le sujet lors de certaines occasions¹⁵². Lorsqu'Israël attaque le réacteur d'Osirak,

¹⁴⁶ CSNU, *Résolution 487 (1981)*, 19 juin 1981.

¹⁴⁷ S/PV.2288, p. 4, §§ 27-28.

¹⁴⁸ Il est ainsi évoqué que les États-Unis ont été « choqués par l'attaque aérienne israélienne » tout en affirmant qu'Israël « avait des raisons de s'inquiéter étant donné l'attitude passée de l'Irak », *Ibid.*

¹⁴⁹ Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution 36/27*, 13 novembre 1981.

¹⁵⁰ Voy. notamment avant l'intervention : A/57/PV.2, 12 septembre 2002, p. 10 ; S/PV.4625, 17 octobre 2002, p. 11 ; S/PV.4644, 8 novembre 2002, p. 4 ; S/PV.4701, 5 février 2003, p. 19. Concernant la justification post-intervention voy. S/PV.4726, 27 mars 2003, p. 27). Pour un exposé détaillé de l'argumentation américaine voy. par ex. M. O'Connell, « La doctrine américaine », *Annuaire français de droit international*, vol. 49, 2003, p. 3-16.

¹⁵¹ À ce sujet, voy. O. Corten, *op. cit.*, p. 650 et s.

¹⁵² Nous pouvons toutefois citer par exemple les débats ayant eu lieu lors de l'adoption de la résolution 3314 de l'Assemblée générale relative à la définition de l'agression. À cette occasion, certains États vont défendre la

il se crée un consensus¹⁵³ autour de la condamnation du bombardement. Cela génère ensuite une affirmation de l'interprétation majoritaire concernant la légitime défense préventive. Nous pouvons représenter cela par le schéma suivant :

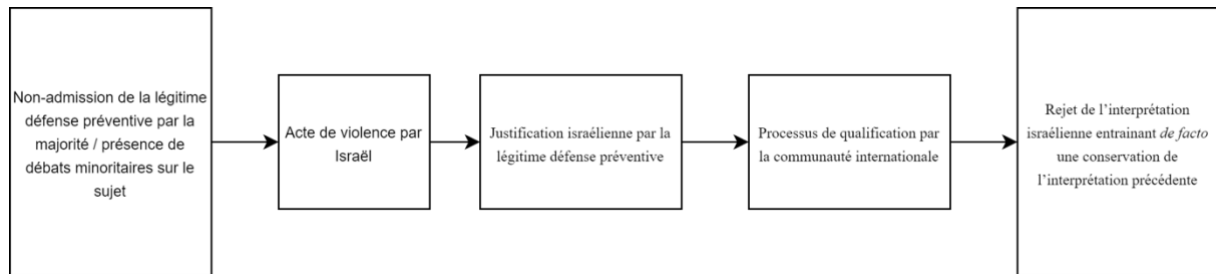


Schéma n° 2 : Exemple de violence conservatrice du droit

Il serait envisageable d'objecter à ce constat, le fait que la violence n'ait ici aucun impact sur le droit au sens où l'interprétation majoritaire ne varie pas. Cependant, cette critique n'est pas fondée car la violence entre nécessairement dans le processus de qualification de la situation. Dès lors, la violence brute joue un rôle dans la représentation du réel que se font les acteurs internationaux même si ce rôle est conservateur de l'interprétation préétablie. Par ailleurs, l'argumentation américaine lors de la Seconde guerre du Golfe vient renforcer ce constat car la légitime défense n'étant pas invoquée comme constituant le fondement à l'intervention, elle se retrouve confirmée dans son acception présente en 1981. Dès lors, l'absence de mobilisation d'un énoncé normatif face à une situation analogue pour laquelle il été précédemment avancé entraîne *a contrario* sa redéfinition¹⁵⁴.

De même, le droit lui-même joue un rôle quant à la définition même de ce qu'est la violence en tant que violence qualifiée. Ici, et contrairement au cas précédent, le recours à la violence est vu comme n'étant pas conforme au droit. Cela entraîne le passage d'une violence brute à une violence qualifiée. En effet, le fait générateur du déclenchement du processus interprétatif (la violence brute) est interprété comme constituant un acte violent au regard de l'ordre juridique et devient une violence juridique qualifiée comme telle. En l'espèce, le bombardement israélien justifié par la légitime défense est perçu par les acteurs internationaux comme étant un acte de violence qui existe tant dans le champ du fait (violence brute) que dans

légitime défense préventive (voy. par ex. : *A/C.6/SR.290*, 16 janvier 1952 ; *A/C.6/SR.410*, 28 octobre 1954 ; *A/C.6/SR.1351*, 6 novembre 1972 ; *A/C.6/SR.1474*, 11 octobre 1974).

¹⁵³ Au sens entendu précédemment, voy. *supra*. 3.1.

¹⁵⁴ Cette redéfinition pouvant être conservatrice (redéfinition venant valider l'interprétation précédente) ou modificatrice (redéfinition venant invalider l'interprétation précédente) du droit.

le champ du droit (violence qualifiée). Le passage de l'un à l'autre est alors opéré à travers le processus interprétatif quant à la légitime défense et au développement d'un consensus sur la question. Dès lors, l'action israélienne participe à la construction de ce que le droit considère comme violence, c'est-à-dire que la définition même de la violence se trouve « affinée » par le droit.

CONCLUSION

À travers les deux exemples présentés ci-dessus, il apparaît assez clairement que la violence rentre dans un rapport de co-construction avec le droit. Il devient en effet difficile de soutenir l'existence d'une forme d'opposition par essence entre droit et violence car les interactions entre les deux peuvent amener à des vérités diamétralement opposées et variables dans le temps et l'espace. Le droit est à la fois l'outil venant définir ce qu'est la violence mais est lui-même modelé par celle-ci à travers le processus interprétatif. Ce processus interprétatif se fonde sur deux éléments : la qualification par les acteurs de la situation violente et la mobilisation de l'énoncé normatif correspondant. Lorsque la situation violente se trouve qualifiée comme ne rentrant pas dans le cadre de ce que permet l'énoncé normatif tel qu'interprété alors nous obtenons une situation de violence qualifiée. À l'inverse, lorsque la situation violente se trouve qualifiée comme rentrant dans le cadre de l'énoncé normatif, elle perd son caractère violent eu égard à l'ordre juridique et devient un recours à la force. Cette analyse ne vaut alors que pour un contexte donné car une situation analogue peut subvenir à tout moment et relancer le processus interprétatif.

Cela amène donc à l'existence de deux mouvements réciproques entre le droit et la violence :

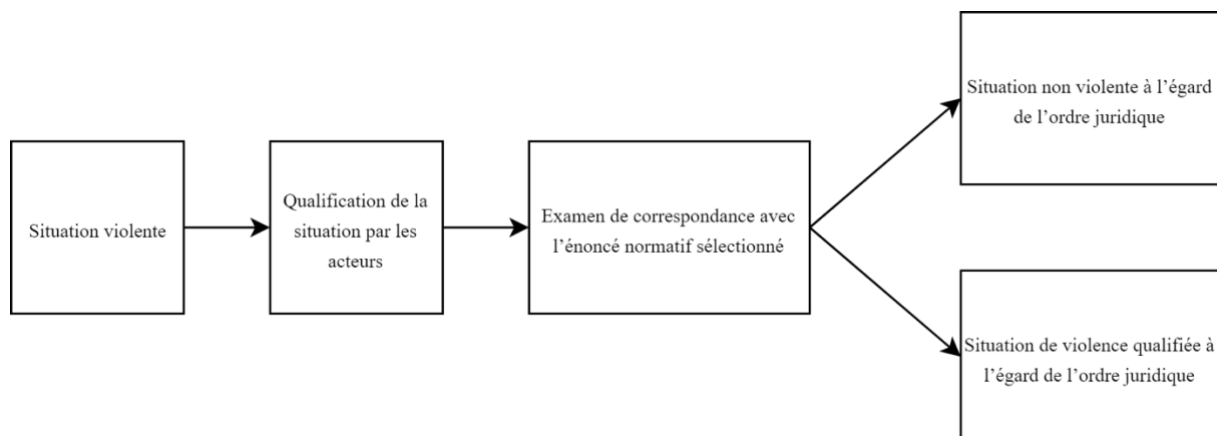


Schéma n° 3 : Construction du droit par la violence

DU RAPPORT ENTRE LE DROIT ET LA VIOLENCE

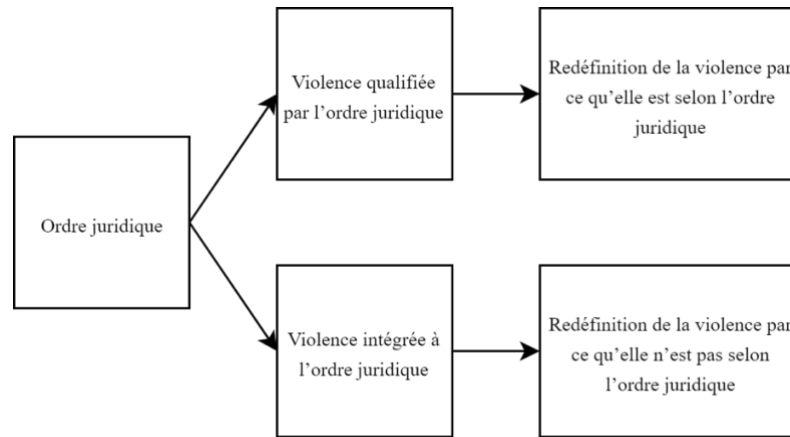


Schéma n° 4 : Construction de la violence par le droit

Cette approche des rapports entre le droit et la violence permet par ailleurs de résoudre la distinction entre violence et force et plus précisément de ne pas amalgamer étude des rapports entre droit et force et entre droit et violence. La distinction entre les deux se place sur le champ de la terminologie. En effet, la force renvoie à un concept au moins partiellement identifié au sein de l'ordre juridique international. À l'inverse, la violence se place sur le terrain du fait ou du moins de la représentation de situations factuelles¹⁵⁵. Ainsi, parler de force renvoie à des définitions (toujours sujettes à interprétation) déjà présentes au sein de l'ordre juridique¹⁵⁶. À l'inverse, parler de violence, renvoie à la question de la perception de situations factuelles et de leur inclusion dans l'ordre juridique. La violence n'est pas intégrée à l'ordre juridique à travers une définition *a priori* et l'étudier ne revient pas à étudier une forme de « régime juridique de la violence » mais plutôt un champ discursif qui vient modeler l'ordre juridique.

Afin d'adopter une position ne se fondant pas sur une représentation préétablie de ce que sont les rapports entre le droit et la violence, il faut utiliser comme point de départ non pas l'ordre juridique mais l'ordre discursif. Se placer dans le champ discursif permet de ne pas être tenu par des définitions préexistantes mais plutôt de partir du discours pour terminer par établir des définitions. Ainsi, en se fondant sur l'étude des rapports entre le droit et la violence il est possible d'appréhender la question du régime juridique du recours à la force sans se risquer à définir les concepts avant même d'étudier leur signification émergeant du processus interprétatif. De ce fait, étudier les rapports entre le droit et la violence permet d'étudier les rapports entre le droit et la force sans être tenu par des représentations qui se trouvent intégrées

¹⁵⁵ Cette distinction doit toutefois être cantonnée au plan terminologique car, comme énoncé précédemment, les rapports entre droit et violence sont des rapports de construction réciproque.

¹⁵⁶ Dans le domaine du droit international public, il est par exemple pertinent de penser à la définition de l'agression présente dans la *Résolution 3314* de l'Assemblée générale des Nations unies ou dans la Charte elle-même, à travers son interdiction du recours à la force et ses exceptions.

consciemment ou non à travers l'étude classique du droit. Cela rejoint ainsi la perspective déconstructiviste exposée au début de cet article.